

Verdugo, José del Castillo.



" DE LA NOVACION Y DE LA  
COMPENSACION".

**SCIB**  
00018105

Tratado para el doctorado  
en Derecho y Ciencias  
Políticas.

1488

1926.

DEDICATORIA:

A mis padres.

A mis hermanos.

A mis tíos Hermogenes y Maria Gari

Al Doctor Abel M. Cabrales.

Al Dr. Manuel Carlos Rosales.



3

REPÚBLICA DE COLOMBIA.-- UNIVERSIDAD DE CARTAGENA .

-FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS.-

---

RECTOR DE LA UNIVERSIDAD:

DOCTOR

---

DIRECTOR DE LA FACULTAD:  
DOCTOR MIGUEL ANGEL BOYO.

---

PRESIDENTE DE TESIS:

DOCTOR JUAN FUPO VILLA

---

JURADO DE EXAMINADORES:

DOCTOR HECTOR H/ EULA

DOCTOR CLODOMIRO HERRERA HERRERA

DOCTOR DIOGENES ARRIETA ARRIETA

---

SECRETARIO DE LA FACULTAD:

DOCTOR JOSE MARIA BUSTILLO FRANCO.

---

## - CAPITULO I.-

4

### DE LA NOVACION.

#### DEFINICION Y UTILIDAD.

La novacion es uno de los modos de extinguir las obligaciones. Fué en el Derecho Romano en donde se establecieron las normas que regulan la novacion. De allí han venido pasando a las modernas legislaciones, con algunas modificaciones adaptadas al avance progresivo de la humanidad en el decurso de los tiempos.

De lo anterior se infiere que la novacion fué el resultado de un postulado primitivo, en virtud del cual los ciudadanos romanos no podian celebrar dos contratos sobre una misma cosa y entre unas mismas personas, así como tampoco suscribir dos pleitos que versaran sobre la misma deuda. Si el nuevo contrato era idéntico al antiguo no habia novacion, y si en algo era diferente producía la novacion, pero extinguía el primer contrato. A medida de que las cosas fueron avanzando, con el correr de los tiempos, o sea en la etapa conocida con el nombre de Derecho Clasico se admitió la posibilidad de juxtaponer entre las mismas partes una obligación nueva a la obligación antigua sin extinguir esta. Entonces entró en uso la novacion como un medio de extinguir las obligaciones, pero sólo cuando las partes así lo manifestasen en forma tal que no violara el consentimiento a causa del error. Este es el verdadero origen del fenómeno jurídico conocido con el nombre de novacion.

El Código Civil Colombiano, en su artículo 1.667, lo define así: "La novacion es la sustitucion de una nueva obligación a otra anterior, la cual queda por lo tanto extinguida." Es equivalente al pago, porque extingue la obligación existente, pero se diferencia de este en que

mientras con él no satisface al acreedor con la misma materia de la obligación, en la novación este se declara satisfecho de la nueva obligación, lo cual hace que se produzcan consecuencias semejantes a las del pago.

La novación implica la idea de que dos actos que concurren, que no pueden faltar; una obligación que se extingue y otra que nace. De allí que el nacimiento de la segunda sea la causa para que muera la primera, y que la extinción de ésta sea la causa para que nazca la segunda. Son pues, dos actos que se relacionan íntimamente, que no hacen parte de un mismo sistema.

No se concibe que haya novación sin que exista cambio en la relación jurídica que vincula a las partes que novan. Por eso, la nueva obligación tiene que ser distinta a la primera o antigua, pues si son idénticas, la última no sería sino la ~~reafirmación~~ ratificación o el reconocimiento de la primera. Si no hay cambio, no puede haber novación, porque es de la esencia de la misma que la nueva obligación sustituya y extinga la primera. De manera que no habrá novación en el caso de un deudor que garantizara el cumplimiento de su obligación con prenda, o hipoteca o fianza; porque con ello no cambiaría la obligación primitiva.

Ilustremos la cuestión con este ejemplo: Victor debe a Diego cierta cantidad de arroz, y posteriormente convienen en que aquél dé a este en calidad de pago igual cantidad de maíz. De esto resulta claramente que Victor ya no debe a Diego arroz sino que le queda debiendo maíz, puesto que en virtud de la novación se ha extinguido la obliga-

ción primitiva y ha nacido otra.

El Diccionario de Legislación y Jurisprudencia de Escribano, en forma clara y precisa, define la novación: " Novación es la sustitución de una nueva deuda u obligación a la antigua o contratada anteriormente, que de este modo queda extinguida."

La utilidad de la novación consiste en que aquella es ventajosa o conveniente para las partes, ya que tiene por objeto una liquidación amigable o un arreglo extrajudicial. Es decir, si una persona adeuda a otra determinada cantidad de dinero, por concepto de mandato o gestión de negocios, y en vez de hacer efectiva la deuda por ante el Poder Judicial, lo que daría motivo a un juicio demorado y costoso, conviene en sustituir la obligación por una nueva, comprómetiéndose, v. gr. , a entregarle cierto objeto, queda de una vez extinguida la posible controversia. De no haber procedido así hubiera tenido el acreedor que intentar la acción judicial correspondiente, con el deber ineludible de probar los actos de su mandato, y sin tener la seguridad anticipada de obtener la condena del deudor.

## - CAPITULO II -

### - FORMAS O MODOS DE LA NOVACION.-

La novación puede efectuarse de tres modos al decir del artículo 1690 del Código Civil:

- ° 19.- Sustituyéndose una nueva obligación a otra, sin que intervenga nuevo acreedor o deudor.
- ° 20.- Contrayendo el deudor una nueva obligación respecto de un tercero, y declarándole en consecuencia libre de la obligación primitiva.

el primer acreedor.

9.3o.-- Sustituyendose un nuevo deudor al antiguo, que en consecuencia queda libre."

Una lectura del articulo transcrito nos conduce como de la mane a sostener que hay tres clases de novacion: La que cambia la deuda, la que cambia al deudor y la que cambia al acreedor.

En los tres casos hay cambio de obligacion, pues si no lo hubiera, como quedo dicho atras, no habria novacion. Solo que al decir de los autores, en un caso de novacion, puede ser objetiva o subjetiva, o ambas cosas a la vez, segun que la nueva obligacion sea distinta de la primitiva, por su objeto o solamente por su causa.

Otros tratadistas conceptúan que la novacion es objetiva cuando cambia la obligacion, y subjetiva si cambia la persona o personas.

Conviene transcribir lo que el comentador Chileno Don Arturo Alessandri Rodriguez, en su Tratado de las obligaciones, dice al respecto:

"La novacion, segun esto, puede ser objetiva o subjetiva. Es objetiva cuando se por alteracion de la materia de la obligacion, cuando el elemento que en la obligacion se transforma, es el objetivo sobre que recae; en cambio, la novacion es subjetiva cuando se produce por la transformacion de los sujetos que en ella intervienen, en que en lugar de esta como en el caso del cambio del acreedor o del cambio del deudor."

El primer modo consiste en cambio de la naturaleza juridica del objeto aunque permaneciendo los mismos acreedores y deudor. Por ejemplo: A debe a B cierta cantidad de arroz, y luego convienen en que en lugar de esta le pague cien pesos. Como es facil observar este cambio de objeto

extinguo la primera obligación, desde luego que A. queda debiéndole a B. una suma de dinero.

El segundo modo consiste en un cambio del acreedor, esto es, en que el deudor de una obligación primitiva contraiga otra respecto de un tercero, declarándolo libre de aquella al primer acreedor. Para que este cambio se verifique es indispensable que todos los que en él intervengan presten su consentimiento, porque de lo contrario no tendría vida jurídica. Por ejemplo: X. le debe a Y. cien pesos; este quiere donárselos a Z., y los tres convienen en que comprometiéndose X. a pagar los cien pesos a Z. queda extinguido el crédito por esta cantidad a favor de Y. Por este ejemplo se vé con claridad meridiana que esta clase de novación supone la sustitución de un nuevo acreedor al primitivo, y de consiguiente este pierde sus derechos y aquél (el nuevo) los adquiere. Viendo por todos sus aspectos la cuestión, fácil es colegir que la novación por cambio de acreedor tiene semejanza con la cesión de créditos, aunque con algunas modalidades que las diferencian, y son:

La cesión puede hacerla el acreedor sin el consentimiento del deudor y la novación no. La novación como ya se dijo, tiene por objeto extinguir la primitiva obligación con todos sus accesorios; hipotecas, fianzas, prendas, intereses, etc., y en cambio la cesión conserva estos accesorios. Ahora bien, en una operación en que no intervenga el deudor y no se haya redactado un nuevo contrato, no hay novación sino cesión de crédito. Hay otra diferencia, y es que si se trata de novación se cancela un documento y se otorga otro; si de cesión el mismo documento se entrega al cesionario con la nota de traspaso.

El tercer caso de novación se presenta cuando una persona extraña al deudor toma sobre sí la carga de la obligación que sobre éste pesa, quedando por consiguiente libre de la misma el primer deudor. Se ope-

ra la novación con o sin el consentimiento del deudor. Si lo primero, hay DELEGACION, y si lo segundo EXPROMISION. La ultima parte del artículo 1.590 establece: "Esta tercera especie de novación puede efectuarse sin el consentimiento del primer deudor. Cuando se efectua con su consentimiento, el segundo deudor se llama delegado del primero." Por lo cual fué leal el legislador a dos principios por él mismo consagrados: cualquiera persona puede pagar por el deudor, aún sin su consentimiento y contra su voluntad; y el de la libre estipulación por personas aptas legalmente para contraer obligaciones.

Por esto es por lo que la novación por cambio del deudor, puede revestir dos modos diferentes, o que el cambio se opere por propia iniciativa del deudor al acreedor quien consiente en ello y dá por libre al antiguo deudor, o por espontánea voluntad de un tercero que así lo solicita del acreedor. Esta diferencia entre delegación y expromisión está, como fácilmente se comprende, en que la iniciativa para que haya novación de una obligación por otra, por el cambio de deudor, parte del primer obligado o de un tercero que quiera obligarse para con el acreedor, con el ánimo de liberar de esa obligación al antiguo deudor.

La delegación la definen así: "El acto por el cual el deudor presenta a su acreedor una tercera persona, esto es, un nuevo deudor que se obliga a pagar la deuda."

Tres personas intervienen, pues, en el acto de la delegación: el delegante, o sea el primer deudor que presenta a su acreedor la persona que ha de reemplazarlo; el delegatario, que es el acreedor que consiente en que la obligación mude de deudor; y el delegado, o sea el tercero, que asiente, en aceptar el mandato que le hace el delegante, y en obligarse en su condición de nuevo deudor.

Son tres consentimientos que concurren a hacer posible la delegación y que se dé ocurrencia práctica encontrarlos cuando todas las personas que en ella intervienen, son deudoras y acreedoras a la vez. Así, A. le debe a B., y C. es deudor de A. A. delega a C. para que le pague a B. y en esta forma se obtiene la extinción de dos obligaciones: la de A. para con B. y la de C. para con A. La primera se extingue por cambio de deudor y la segunda por cambio de acreedor. Ahora, si falta el consentimiento del delegado, porque este no es deudor del delegante, y porque el último no podía compelerle a que pagara por él, hay expromisión y no delegación.

De otro lado, la delegación puede ser perfecta o imperfecta. Un elemento la determina: que el acreedor exprese su voluntad de dejar libre al primitivo deudor. Si falta este asentimiento, se entenderá que el tercero que es un diputado del deudor para hacer el pago, o que se obliga con él solidariamente, según se deduzca mejor del tenor o espíritu del acto. (artículo 1694 del C.C.).

Es, pues, el consentimiento que el acreedor da a la propuesta del deudor para que uno nuevo lo sustituya en su lugar y lo liberte de la obligación, lo que indica si la delegación es perfecta o imperfecta. Y si no lo es, porque falta ese consentimiento, y el tercero que hace las veces de delegado paga, otra es la situación jurídica contemplada, pero en todo caso no es la de novación.

Empero, la expromisión, como la delegación, puede constituir una novación; cuando, por ejemplo, el acreedor da su aprobación a la propuesta que le hace el nuevo deudor para pagar por el actualmente obligado, que no ha dado su asentimiento para tal caso; y a la inversa, no entra la novación cuando el acreedor no expresa su voluntad en dejar por libre al primitivo deudor.



Prestado el consentimiento por el acreedor para que haya cambio de deudor, se considera como irrevocable, las cosas no pueden volver al estado que tenían antes y la obligación primitiva queda extinguida con sus privilegios y cauciones, aunque el nuevo deudor caiga en insolvencia, a menos que en el contrato de novación se haya reservado este caso expresamente, o que la solvencia haya sido anterior y pública o conocida del deudor primitivo". (Art. 1696 del C.C.).

Esta es, someramente expuesta la situación jurídica que se contempla en el caso tercero previsto por el artículo 1.690 del C. C., como un modo de efectuarse la novación.

REQUISITOS DE LA NOVACION EN EL DERECHO ROMANO.

Los romanos al echar las bases de la institución jurídica denominada "NOVACION", establecieron los requisitos indispensables para darle vida. Tales requisitos eran los que siguen :

- 1o.- Una obligación anterior legalmente constituida, que era la que debía novarse, o, lo que es lo mismo, extinguirse por medio de la novación. La obligación podía ser de cualquier clase, ya que era factible novar obligaciones de todo género, v. gr., tanto civiles como naturales y pretorias. Así lo dice terminantemente Ulpiano: "obligatio ultrum naturalis an civilis, an honoraria, et utrum verbis, an re, an consensu, qualiscunque igitur obligatio sit, quae praecessit novari potest."
- 2o.- Obligación nueva o novadora legalmente contraída, que para producir la novación debía reunir los requisitos siguientes:  
Capacidad para obligarse en el deudor, y para enajenar en el acreedor; y en ambos el *ánimus novandi*, o sea la intención de extinguir la obli-

gación antigua y reemplazarla por la nueva. El último requisito no fué exigible en el Derecho antiguo, en vista de que la novación se producía de pleno derecho desde el momento en que se verificaba o se contraía la nueva obligación sobre el mismo objeto.

Pero más tarde al admitirse la posibilidad de la coexistencia de dos obligaciones sobre el mismo objeto, se hizo obligatorio a fin de distinguir cuando había novación y cuando dos obligaciones de tipo diferentes. De aquí emana el principio, desde entonces reconocido, de que la novación no se presume, y por tanto, la intención de realizarla debe resultar del acto.

La apreciación de la existencia del *ánimus novandi* presentaba dificultades, en los casos en que no se había expresado claramente, sobre todo cuando la nueva obligación a más de recaer sobre el mismo objeto que la antigua se contraía entre las mismas personas. En torno de esa apreciación se suscitaban controversias y dudas, para cortar las cuales Justiniano dió en el año 530 una Constitución (Ley 8. Tit. 42; Libro 8 del Código), bastante oscura. Su interpretación motivó nuevas discusiones. En suma, el Emperador dispuso que la novación no tendría vida sino cuando de los términos de la obligación se dedujese la voluntad de novar en los contratantes; que en caso de duda no existiría la novación, coexistiendo ambas obligaciones, y que por vía de incremento se agregara a la primera lo estipulado en la segunda, si no está contenido en aquella.

2o.- El mismo objeto de la obligación antigua ha de ser el de la nueva. Es decir, el mismo esclavo, el mismo fundo, la misma suma de dinero, el mismo usufructo, etc.. Esta exigencia fué rigurosamente cumpli-

do en el Derecho Romano, de tal manera que si se cambiaba el objeto aunque fuera por uno de igual naturaleza, no habia novación, sino dos obligaciones distintas y el deudor podía ser perseguido tanto por la antigua como por la nueva.

Transcurrido algun tiempo el Derecho pretorio moderó un tanto el rigor de las consecuencias del requisito expresado, y para ello concedió al deudor perseguido en tal caso por la deuda antigua una exceptio pacti. Los tratadistas modernos discuten si Justiniano llegó hasta el punto de reconocer implícitamente una novación con cambio de objeto, v. gr., dando un uso en lugar de un usufructo, siempre que estuviese especialmente expresada la voluntad de novar.

4.- En cuanto a la sustantividad de la obligación. Que esta contenga algo nuevo con relación a la obligación antigua, pues de lo contrario se confundian. Esta aliquid novi constituye el motivo racional o causa de la novación, y puede consistir en el cambio de la persona del deudor o del acreedor, o de ambos, o en una nueva modalidad o accesorio.

5.- En cuanto a la forma. Tenia que adoptarse un contrato formal, aunque la obligación fuese natural. En el nuevo Derecho la forma era verbal, esto es, la stipulatio. En el Derecho antiguo podía celebrarse la novación por medio de un contrato literal o escrito, en los que llamaban nomina transcripticia; más en el Derecho posterior las investigaciones de Salpius han provocado discusiones en torno de la doctrina en boga entonces de que la novación podía llevarse a cabo por el pacto de constitutu, por el preceptum argentarii y por la litis contestatio, y si habia verdadera novación.

Las partes podían hacerse representar en cuanto lo permitiera la operación, pero el mandato de recibir pagos no implicaba en forma alguna podería novar. Cuando la nueva convención era condicional se producía la novación, siempre y cuando que la condición se cumpliera.

-- CAPITULO III.--

REQUISITOS PARA QUE SE VERIFIQUE LA NOVACION.-

La novación como un verdadero contrato que es, requiere que las partes que lo celebran sean capaces para obligarse; que expresen libremente su consentimiento; que recaiga sobre un objeto y una causa lícita. Si por alguna circunstancia falta de estos cuatro requisitos la capacidad el contrato será rescindible o anulable, y si falta alguno de los restantes, a excepción del consentimiento, el contrato es inexistente, porque carece de un fundamento esencial para la validez de toda convención.

La capacidad no es más, si bien se mira, que la facultad que tiene una persona para obligarse por sí misma, sin el ministerio o autorización de otra. De tal manera se infiere que es persona capaz la que tiene la libre administración y disposición de sus bienes. La regla general aceptada por todas las legislaciones es la de que todas las personas son capaces para obligarse, y la excepción es la incapacidad. Por eso es por lo que el Código Civil Colombiano, en su artículo 1504 enumera las personas que son incapaces para contratar, a saber: Los dementes, los impúberes y los sordo-mudos que no pueden darse a entender por escrito, los menores adultos que no han obtenido habilitación de edad, los disipadores que se

hallan bajo interdicción de administrar lo suyo y las personas jurídicas.

La incapacidad para los tres primeros es absoluta y cualquier acto que ellos realicen no produce ni aún obligación natural. Ello se justifica porque como esos actos o contratos no proceden de personas que saben lo que hacen y que se determinan así mismas, lógico es que no existan legalmente.

Por otra parte, los menores adultos que no han obtenido habilitación de edad, los disipadores que se hallan bajo interdicción de administrar lo suyo y las personas jurídicas, adolecen de una incapacidad relativa, vale decir, sus actos tienen valor en ciertas circunstancias y bajo ciertos respectos determinados por las leyes.

Las personas que padecen de alguna de las incapacidades relativas son, por así decirlo, hábiles por naturaleza puesto que tienen el uso de la razón y pueden comprender lo que les conviene o les perjudica. Pero la ley establece esta clase de incapacidad por causas especiales y en beneficio de las personas que la sufren para evitar que se abuse de su estado un tanto anormal.

Existen además otras incapacidades de carácter particular que se refieren a la prohibición que la ley ha impuesto a ciertas personas para ejecutar ciertos actos, a pesar de que gozan de todas sus facultades, o de que son hábiles para obligarse. Esta incapacidad no tiene más objeto que el de sustraer de la influencia

que tales personas puedan ejercer sobre otras para forzarlas a obligarse de acuerdo con sus deseos. La citada prohibición comprende a los guardadores o curadores para comprar los bienes de sus pupilos; a los cónyuges no divorciados; a los padres para comprar los bienes de sus hijos menores de edad; a los empleados públicos para ~~no~~ comprar los bienes públicos o privados que se vendan por su ministerio; a los Magistrados de la Corte Suprema Justicia y de los Tribunales, Jueces y Secretarios de unos y de otros para comprar los bienes, en cuyos litigios han intervenido, y que se vendan de resultas del litigio, aunque lo hagan en pública subasta; a los mandatarios, síndicos y albaceas para comprar los bienes u objetos encomendados a ellos, ya directamente, ya por interpuesta persona.

El segundo requisito para que haya novación es el consentimiento. El consentimiento es el acuerdo de dos o más personas sobre una misma cosa, es la armonía de voluntades al rededor de un mismo objeto. El consentimiento es de carácter bilateral. La razón clara; una persona puede querer sola, pero no consentir sola. No es suficiente que una persona ofrezca obligarse para que de una vez quede obligada, sino que es indispensable que encuentre quien acepte su oferta. El que ofrece no se obliga porque no puede legarse por su sola voluntad, y por esto para que se ligue formalmente con otro, debe este aceptar la oferta. A más de eso es necesario que quien haga la oferta tenga conocimiento de la aceptación. Es esto lo que viene a unir las voluntades. En nuestro derecho moderno dicen Planiol y Ripert, ~~xx~~ ~~xx~~ ~~xx~~

refiriéndose al consentimiento, ~~que~~ es un principio básico que el consentimiento de los contratantes, es decir, la voluntad concordante del uno y del otro sobre el objeto materia del negocio, el cual no se produce el contrato, basta para obligarlas.-

El tercer requisito de la novación, como el de todo contrato, es el objeto lícito. Este es la cosa o hecho a que el contrato se aplica. Varios expositores lo definen diciendo que es la materia sobre que recae la obligación. Nada más evidente que esto, porque si una obligación no tiene algo como base, entonces carece de un elemento esencial para su existencia, pues la nada no puede producir consecuencias jurídicas.

El Código Civil Colombiano, define el objeto así: "Objeto es la cosa o cosas que se trata de dar, hacer, o no hacer" (art. 1517).

Planiol dice que " el objeto es la cosa que puede ser exigida al deudor por el acreedor".

El objeto de una obligación consiste en una prestación, la cual puede ser positiva o negativa.

Prestaciones positivas son todas las de hacer. Ejemplo: obligación de un vendedor (entregar el bien vendido).

Prestaciones negativas son las de no hacer. Ejemplo: obligaciones del propietario de un predio, sometido a una servidumbre de tránsito.

Condiciones que debe reunir el objeto:

a).- El objeto de la obligación debe ser posible, con posibilidad material y jurídica.



Si se exige el cumplimiento de una prestación irrealizable como en el ejemplo clasico de los romanos, tocar el caelo con un dedo, tal pretensión careceria de la eficacia inherente a la obligaciones, por tratarse de un acto materialmente imposible de cumplir.

b).- El objeto debe ser conforme al derecho y a las buenas costumbres.

Una prestación antijuridica es inexigible, porque el vinculo de derecho que sanciona las obligaciones, solo garantiza, por definicion, la satisfaccion de intereses legitimos. Verbigracia: Un individuo que se obligara a dar muerte a otro.

c).- La prestación en que el objeto consiste en que debe ser determinada, o por lo menos determinable.

Para que ella pueda cumplirse es necesario que existan indicaciones suficientes que, en un momento dado, permitan saber con precision qué es lo que se debe. No llenaria esta condicion si una persona se obligara a entregar un animal no especificado siquiera en cuanto a su género, pues al deudor, en ese caso de indeterminación, le bastaría entregar un insecto cualquiera, y dar así por satisfecha su deuda.

d).- La prestación debe tener por lo regular un valor económico, es decir, apreciable en dinero.

El último requisito para que se verifique la novación es la causa lícita. Esta es el móvil que determina a las partes a contratar, es el motivo que tiene para obligarse, pues nadie se compromete a dar, hacer o no hacer sin razón alguna. En suma, la causa es el por qué de la obligación. Por ejemplo: José vende a

Manuel un predio en la suma de mil. De este contrato resultan obligaciones reciprocas, por ser la compraventa un contrato bilateral. La de José es la de transmitir el dominio del predio a Manuel, y la obligacion del comprador pagar el precio del predio.

Cual será la causa en estas dos obligaciones? La causa para José es la venta del predio por parte de Manuel, y para Manuel es la transferencia del dominio del predio de parte de José. Así, pues las dos obligaciones de los contratantes se sirven mutuamente de causa.

Toda novación supone necesariamente dos obligaciones: Una que es la que se extingue por la novación, y la otra la que debe reemplazar a la extinguida. Estando unidas por el lazo que es la causa al efecto, tenemos que la extinción de la primera obligación es la causa de la creación de la nueva, y reciprocamente la creación de la nueva es la causa de la extinción de la primitiva. Por lo visto se trata de dos partes solidarias de un mismo sistema. Este es una realidad que emerge del artículo 1689 de nuestro Código Civil que dice: "Para que sea válida la novación es necesario que tanto la obligación primitiva como el contrato de novación sean válidos a lo menos naturalmente."

Entonces es claro que si una obligación adolece de nulidad absoluta, porque en su celebración intervino una persona absolutamente incapaz tal obligación no sirve de elemento para novar, puesto que no es civil ni natural. De forma, pues que esa obligación es imposible sustituirla con una válida, debido a que está viciada de nulidad total. Asimismo tampoco una obligación válida puede sustituirse con una nula, porque no existiendo esta no se e-

fecta la novación que requiere dos obligaciones: Una que se extingue y otra que nace. En este caso es que la obligación sustituta es nula, queda subsistente la primitiva o antigua.

Del tenor del artículo 1689 del Código Civil se desprende, en forma incontrovertible, que es válida la novación si a la vez son válidas natural y civilmente tanto la nueva obligación como la antigua. Luego una obligación natural se puede sustituir con una civil, y al contrario una civil se puede sustituir con una natural.

Se dice que una obligación es civil cuando da derecho para exigir su cumplimiento. En tal virtud son civiles las obligaciones de las personas capaces. Es natural la obligación que no confiere el derecho de exigir su cumplimiento. Por ejemplo: Son naturales las obligaciones contraídas por los menores adultos no habilitados de edad. Un ejemplo de sustitución de una obligación natural por una civil sería el siguiente: Una persona de veinte (20) años de edad, que no está habilitada de edad, se constituye directamente deudor de otra por una suma de dinero, contrayendo así una obligación natural. La novaría válidamente por una civil si después de cumplidos los veintiun (21) años, se obligara a pagar, en vez del dinero, cierta cantidad de arroz.

Examinando cuidadosamente el ejemplo anterior, tenemos:

La constitución de una obligación natural con una civil. En este caso la novación puede considerarse como una ratificación del contrato antiguo que, por adolecer sólo de nulidad relativa, es ratificable, y por ende, válida la novación. Es factible la efectividad de la obligación civil, toda vez que se origina de la extin-

ción de una obligación natural.

La novación, como ya se ha dicho, es un contrato, y si no reúne los requisitos de estos para su celebración adolece de nulidad relativa o absoluta, y es por lo mismo rescindible o anulable. Será nula absolutamente la novación en el caso de nulidad de la segunda obligación por falta de causa, como hemos visto. Será rescindible si para la celebración de ella hubo alguno de los vicios del consentimiento: error, fuerza y dolo. En todo caso, notase que si desaparece la segunda obligación, subsiste la primera.

A veces ocurre que una novación válida no sea cumplida por alguna de las partes contratantes. Entonces la otra, si el contrato de novación es bilateral tiene derecho de pedir la resolución del contrato, o el cumplimiento del mismo con indemnización de perjuicios (Artículo 1546 del C.C.).

En cambio, si el contrato es unilateral la parte beneficiada por el mismo tiene derecho de pedir su cumplimiento con la indemnización de perjuicios, o esta sola.

La resolución de un contrato tiene por objeto reponer las cosas al estado que tenían antes de celebrarse, y en esa virtud la parte que hubiera cumplido su obligación tiene derecho de exigir que se le restituya lo pagado. Aplicando este precepto a un contrato de novación, se tiene que si este se resuelve, porque una de las partes no cumple sus obligaciones, revive ipso facto la primitiva obligación.

Aparte de los requisitos atrás expresados, son aplicables al caso los que dá el artículo 1.692 del Código Civil que dice: " Si

la antigua obligación es pura y la nueva pende de una condición suspensiva, o si, por el contrario, la antigua pende de una condición suspensiva y la nueva es pura, no hay novación, mientras esté pendiente la condición; y si la condición llega a fallar o si antes de su cumplimiento se extingue la obligación antigua, no habrá novación.

"Con todo, si las partes, al celebrar el segundo contrato convienen en que el primero quede desde luego abolido, sin aguardar el cumplimiento de la condición pendiente, se estará a la voluntad de las partes."

El primer inciso del artículo transcrito contiene una regla general; en cambio el segundo es una excepción.

Un contrato de novación es condicional cuando una de las obligaciones está sometida a condición suspensiva. No hay novación mientras no se cumpla la condición. Aplicando esta regla a los dos casos que prevé el inciso primero del artículo citado, tenemos:

1o.- La antigua o primitiva obligación es pura y la nueva pende de una condición suspensiva. No hay novación mientras no se cumpla la condición, porque antes del cumplimiento de esta como no hay una segunda obligación no puede quedar extinguida la primera. Por lo mismo si falla la condición no hay novación. Asimismo no la hay cuando se cumple la condición, estando extinguida la primera obligación por otro medio, como por la prescripción.

2o.- Cuando la antigua o primitiva obligación pende de una condi-

ción suspensiva y la nueva es pura. En este caso se vé claramente que la nueva obligación tiene que pender de la condición que vá envuelta en la primitiva. Si por alguna circunstancia la condición falla o no se cumple no hay novación, por motivo de que no existe obligación primitiva que extinguir.

Ahora, con relación al inciso segundo del artículo 1692 citado, debemos decir que establece una excepción consistente en que si las partes al celebrar el segundo contrato convienen en que el primero quede abolido, sin saber si se cumple o no la condición, teniéndolo en cierta manera como puro y simple, habrá novación. Tendrá vida la segunda obligación, aunque la primera hubiera podido o no tenerla. Un ejemplo ilustra la cuestión: A. debe a B. bajo condición suspensiva doscientos pesos (\$200.00). Lo que quiere decir en buen romance que si la condición no se le cumple nada le deberá. A. le propone a B. que, sin esperar el cumplimiento de la condición, le dé cincuenta pesos (\$50.00) y queda libre de la obligación condicional. Si B. acepta esta propuesta que, como se vé, cambia una suma aleatoria por una segura menor, habrá novación, aunque los cincuenta pesos no los deba B., de contado sino a plazo.

La excepción consagrada en el inciso segundo del artículo mencionado es fácil hacerla extensiva al caso contemplado en el inciso primero. Se trata de una obligación pura y simple, de

existencia cierta, lo cambia el acreedor por una obligación incierta o aleatoria, pero de mayor cuantía. Así en el ejemplo anterior A. debe a B. cincuenta pesos (\$50,00), y se le propone que extinga esta obligación comprometiéndose a deber doscientos pesos (\$200,00) bajo condición suspensiva.

Para que la novación se repute perfecta es indispensable que ello se manifieste en forma inequívoca. Según el artículo 1693 del Código Civil " para que haya novación es necesario que lo declaren las partes, o que aparezca indudablemente que su intención ha sido novar, porque la nueva obligación envuelve la extinción de la antigua. Si no aparece la intención de novar, se mirará las dos obligaciones como coexistentes, y valdrá la obligación primitiva en todo aquello en que la posterior no se opusiere a ella, subsistiendo en esa parte los privilegios y cauciones de la primera."

El señor Ballo, citado por Don Fernando Veloz en su estudio sobre el Derecho Civil Colombiano, expone este caso:

" Como pudiera dejar de haber novación si la antigua y la nueva obligación son incompatibles? Por ejemplo: Pedro debe a Juan el precio de una cosa que le ha comprado. Contratan luego que Pedro retenga el precio a título de mutuo. Queda consumado el contrato de venta y pasa a la acción ex vendito, la acción ex mutuo; las dos no pueden existir a un tiempo."

El artículo transcrito en su inciso primero dispone que no puede haber novación sino en dos casos:

10.- Cuando las partes lo declaran. Este caso es de una conciliación pacífica que no necesita de observación alguna. Quienes han celebrado un contrato, si en uno posterior dicen que queda extinguido íntegramente el primitivo, porque lo sustituye el segundo, o que este reemplaza a aquél, o que no hay novación del primitivo contrato, pues los términos en que declaran su voluntad no son determinados, si esto dicen es claro que la ley tiene que aceptar la novación, porque las partes son dueños de sus derechos y pueden disponer de ellos como lo crean conveniente (art. 1602).

20.- Cuando las partes no declaran en ninguna forma que hacen novación, pero aparece indudablemente en el nuevo contrato que intención ha sido novar, porque la nueva obligación envuelve la extinción de la antigua, hay novación. Es decir, existe esta, porque la intención de los contratantes es la suprema ley de sus convenciones (artículo 1.618); pero esa intención en el presente caso debe manifestarse de una manera evidente, como haciendo incompatibles las dos obligaciones, de tal manera que se vea de modo indudable que necesariamente la segunda obligación debe reemplazar y no modificar o adicionar a la primera.-



Así como hemos visto ya distintos casos de novación, así hay casos en que no se verifica. Por ejemplo: No hay novación cuando el deudor diputa a una persona para que pague por él; cuando un tercero es subrogado en los derechos del acreedor; cuando una de las obligaciones es condicional y no se cumple la condición; cuando se sustituye un nuevo deudor al primitivo y el acreedor no declara que dá por libre a este; y cuando el delegado es sustituido contra su voluntad al delegante.

El Código Civil indica otros casos en que no hay novación. Según el artículo 1.705 cuando la segunda obligación consiste simplemente en añadir o quitar una especie, género o cantidad a la primera, los codeudores subsidiarios y solidarios podrán ser obligados hasta concurrencia de aquello que en ambas obligaciones convienen. Lo que quiere decir que si el acreedor y el deudor pactan en un nuevo contrato modificar el primitivo añadiéndole o quitándole especies, géneros o cantidades, es claro que no hay novación, porque subsistan los mismos deudores y acreedores y la obligación no se ha sustituido sino variado en puntos accesorios. Pero si hay otros codeudores solidarios o el único tiene fiador, a estos no les obligan los cambios de la obligación primitiva si no los consientes expresamente; pero no quedan libres de su responsabilidad en lo que en ambas obligaciones convienen, porque esto no queda novado. Ejemplo: Un individuo debe maíz, arroz y café, se compromete con el acreedor a darle en lugar

del maíz, dinero o a deberle además de los generos indicados, azúcar. Si tiene fiador, éste no puede ser obligado sino a pagar o el arroz y el café en el primer caso o estos y el maíz en el segundo, pero no el dinero ni el azúcar.

Según el artículo 1.708 del C.C. la ampliación del plazo de una deuda no constituye novación; pero pone fin a la responsabilidad de los fiadores y extingue las prendas e hipotecas constituidas sobre otros bienes que los del deudor; salvo que los fiadores o los dueños de las cosas empeñadas o hipotecadas accedan expresamente a la ampliación.

El acreedor respecto de un crédito que tenga garantizado con fiador o con hipotecas o prendas sobre bienes que no sean del deudor, amplía a este el plazo que tiene para satisfacer la deuda, sin que el fiador o los dueños de los bienes convengan en la ampliación. Aunque esto no constituye novación produce un efecto semejante al de ésta, puesto que da fin a la responsabilidad del fiador, o extingue las prendas o hipotecas, lo que quiere decir que aquél o estos quedan libres de la obligación (Artículo 2361).

Pero si antes de comenzar el nuevo plazo, lo renuncia el deudor (Art. 1.554), al vencimiento del primitivo, puede el acreedor dirigir su acción contra el fiador o contra los bienes en pren-

da o hipotecados? Puede decirse que si siguiendo la regla general de que las garantías de una obligación subsisten para responder de esta en los mismos términos en que fué constituida, sobre todo si el cambio accidental hecho a ella desaparece por convenio de los mismos que lo hicieron. Sin embargo, a esto puede oponerse que dando fin, la mera ampliación del plazo, a la responsabilidad del fiador o de las prendas e hipotecas, esta no puede revivir por hechos posteriores a aquella, -es decir, porque la ampliación desaparezca posteriormente por un acuerdo de acreedor y deudor con el objeto de perjudicar al fiador o a los bienes de terceros.

El caso contrario al anterior está previsto en el artículo 1709 de la misma obra, según el cual la mera reducción del plazo también constituye novación. Se trata de una incidencia que deja a los mismos acreedores y deudor y la misma obligación primitiva. Pero como la reducción del plazo (arts. 1554 y 2398), no debe surtir sus efectos sino respecto al deudor que la conviene, el pago no puede exigirse de los demás codeudores solidarios o subsidiarios, sino luego que se venza el plazo estipulado en la obligación.

-- CAPITULO V. --

DE LOS EFECTOS DE LA NOVACION

La novación desde cuando comenzó su existencia en el Derecho Romano, produjo ciertos efectos en relación con las personas que intervienen en ella y con la primitiva obligación. Como esos efectos revisten suma importancia, obvio es que fijemos su alcance en la medida de nuestras escasas fuerzas.

Los efectos de la novación se deducen de la misma definición, a saber: extinguir la obligación antigua con todas sus consecuencias: hipotecas, prendas, privilegios y cauciones, así como la mora, hasta el punto de que el deudor no deja recurso alguno al acreedor contra el antiguo deudor si el nuevo resulta insolvente. El rigor de estas consecuencias se puede mitigar pactando en la nueva obligación que la novación se entiende hecha con la condición de que las garantías de la antigua deuda servirían para la nueva, caso en el cual si llegado el momento faltaban las garantías accesorias enumeradas no había novación.

Además de lo dicho arriba la novación produce el efecto de crear una obligación nueva en sustitución de la antigua, con todos los requisitos legales. Han discutido los tratadistas de derecho civil sobre si son o no aplicables, y en qué medida, a la nueva

obligación las excepciones que pudieran oponerse a la antigua. La oposición que parece más acertada es la de Girard, quien sostiene que cuando la obligación nueva se ha contraído bajo la fórmula de una promesa del deudor relacionada con el contenido de la obligación antigua, si son oponibles las excepciones; pero sólo cuando se había prometido el objeto de una manera independiente de la obligación antigua.

Lo anterior se infiere en parte del tenor del artículo 1.699 del Código Civil: "De cualquier modo que se haga la novación, quedan por ella extinguidos los intereses de la primera deuda, si no se expresa lo contrario."

El Doctor Fernando Veloz comenta la disposición citada en los términos siguientes:

"Si quien debe una suma de dinero de plazo vencido (art. 1.617), conviene con su acreedor en sustituirla por otra, se entiendo que esta extingue los intereses debidos por la mora, a menos que en el contrato de novación se exprese lo contrario, es decir, que se quedan debiendo. En suma, la nueva obligación nada deja subsistente de la primera, salvo excepción que sea permitida, como la reserva de prendas o hipotecas de que habláramos enseguida."

Sea que la novación se opere por la sustitución de un nuevo deudor o sin ella los privilegios de la primera deuda se extinguen por la novación (art. 1.700).

Conviene enumerar aquí las distintas clases de créditos privilegiados que consagra nuestro Código Civil.

Al tenor del artículo 2.495 la primera clase comprende los siguientes:

1o.- Las costas judiciales que se causan en el interés general de los acreedores;

2o.- Las expensas funerales necesarias del deudor difunto;

3o.- Los gastos de la enfermedad de que haya fallecido el deudor. Si la enfermedad hubiere durado más de seis meses, fijará el Juez, según las circunstancias, la cantidad hasta la cual se extiende la preferencia;

4o.- Los salarios de los dependientes y criados por los últimos tres meses;

5o.- Los artículos necesarios de subsistencia, suministrados al deudor y a su familia durante los últimos tres meses;

6o.- Los créditos del fisco y los de las Municipalidades por impuestos fiscales o municipales devengados.

Ley 57 de 1931, artículo 55.- Gozará de privilegio los créditos garantizados con prenda agraria que se constituyen por razón de esta ley, después de que se hayan satisfecho los créditos indicados en el artículo 2495 del Código Civil.

Según el artículo 2.497 ibidem a la segunda clase pertenecen los de las personas que en seguida se enumeran:

1o.- El posadero sobre los efectos del deudor, introducidos por éste en la posada, mientras permaneciesen en ella, y hasta concurrencia de lo que se deba por alojamiento, expensas y daños;

20.- El acarreador o empresario de transportes sobre los efectos acarreados que tenga en su poder o en el de sus agentes o dependientes, hasta consurrencia de lo que se deba por acarreo, expensas y daños, con tal que dichos efectos sean de la propiedad del deudor.

Se presume que son de la propiedad del deudor, los efectos introducidos por él en la posada, o acarreados de su cuenta;

30.- El acreedor prendario sobre la prenda.

El artículo 2.502 del C.C. enumera los créditos de la cuarta clase:

10.- Los del Fisco contra los recaudadores, administradores y rematadores de rentas y bienes fiscales;

20.- Los de los establecimientos de caridad o de educación, costeados con fondos públicos, y los del común de los corregimientos contra los recaudadores, administradores y rematadores de sus bienes y rentas;

30.- Los de las mujeres casadas por los bienes de su propiedad que administra el marido, sobre los bienes de éste;

40.- Los de los hijos de familia por los bienes de su propiedad que administra el padre, sobre los bienes de éste;

50.- Los de las personas que están bajo tutela y curaduría, contra sus respectivos tutores o curadores;

60.- Los de todo pupilo, contra el que se case con la madre o abuela, tutora o curadora, en el caso del artículo 599.

Los créditos hipotecarios no gozan de privilegio, conforme lo dispone el artículo 2.494 del Código C.

El comentarista D. Fernando Velaz, en su excelente obra ESTUDIO SOBRE EL DERECHO CIVIL COLOMBIANO, al tratar del artículo 1.700 dice:

" Ahora bien: si el acreedor de uno de esos créditos, como de costas judiciales o de gastos en una posada o de acarreo de efectos, conviene en que el deudor en lugar del primitivo, una de estas dos novaciones, suprime el privilegio que el crédito tiene para ser satisfecho en una prelación de créditos. Por lo mismo, si una obligación comercial, es sustituida por una civil, ésta queda sometida no a las disposiciones del Derecho comercial, sino a las del Civil."

El artículo 1.701 consagra una excepción a la regla de que al novar una obligación desaparecen los accesorios de esta, desde luego que abre la puerta para mantener vigentes, si expresamente se conviene en el contrato de novación, las prendas o hipotecas con que se garantizó el pago de la primitiva obligación, para garantizar el de la nueva.



Pero las reservas de las prendas e hipotecas de la obligación primitiva no valen cuando las cosas empeñadas e hipotecadas pertenecen a terceros que no acceden expresamente a contraer la segunda obligación. Si la segunda obligación excede a la primera por algún concepto no valdrá la reserva en cuanto al exceso.

La novación, aunque no se varíe de deudor extingue la prenda o hipoteca de la obligación primitiva. Esto tiene como excepción que el acreedor y deudor convengan en la reserva, esto es, en que las prendas o hipotecas continúen garantizando la nueva obligación, reserva que no exige nuevo registro de ellas y que les dá la preferencia de su primitiva constitución para los efectos legales (art. 2499 del c.c.).

Si esto no fuera así, no habría reserva, sino constitución de prenda o hipoteca, la cual puede hacerse en cualquier tiempo observando los preceptos legales. Por ejemplo: si Manolo debe a Orlando cincuenta pesos (\$ 50.00) garantizados con una hipoteca sobre un inmueble del deudor, pueden celebrar el contrato de novación para que Manolo en vez de dicha suma quede debiendo determinada cantidad de arroz, y reservar la hipoteca para garantizar el cumplimiento de esta nueva obligación. La fecha de hipoteca no sería la de la nueva obligación sino la

de la primitiva, y por esto <sup>no</sup> requiere nuevo registro, sino una nota explicativa al margen del primitivo.

El derecho de reserva tiene dos excepciones:

1o.- Si las cosas empeñadas o hipotecadas no son del deudor sino de tercero, y estos expresamente no acceden a la segunda obligación, la reserva que haga el deudor no vale por la sencilla razón de que cauciones constituidas para una obligación sólo pueden hacerlas extensivas a otra quienes las constituyeron.

2o.- Si la segunda obligación es superior a la primera, porque esta, por ejemplo, no devenga intereses y la segunda sí, las hipotecas o prendas no se extienden al exceso, es decir, en el caso de los intereses no garantizan el pago de estos. Esto tiene su razón, y es que no se puede reservar lo que no existe: es necesario constituirlo. Además, esa reserva, si fuera admisible podría ser en perjuicio de terceros, como de otros acreedores hipotecarios, puesto que ampliaría la responsabilidad de los bienes empeñados o hipotecados, comprendiendo sumas no previstas en la constitución de la caución.

La reserva debe hacerse en el mismo contrato de novación, porque si se hace en uno posterior, estando ya extinguida la pri-

nitiva obligación, quedan extinguidos sus accesorios, y no sería aceptable que continuase subsistente lo que dejó de existir.

La novación no obstante su eficacia vá perdiendo importancia en la práctica, por razón de que sus resultados pueden obtenerse apelando a procedimientos más modernos. Ha ido perdiendo también su función traslativa a medida que ha ganado terreno la transmisibilidad de las obligaciones. La cesión de crédito hace inútil la novación por sustitución de crédito. Sin embargo, la novación es tiene sino una función traslativa. Ella constituye el medio jurídico adecuado para procurar un cambio en el objeto y en la causa de la obligación. La relativa frecuencia con que se realiza explica la pobre vitalidad de la novación en nuestros días.

--CAPITULO VI --

LA NOVACION SE PROPONE COMO ACCION O COMO EXCEPCION?

La excepción es un derecho de defensa que la ley reconoce al demandado para repeler el ataque del actor. Por lo tanto puede hacerse uso de él en la forma y terminos prescritos por el Código Judicial.

Conforme al artículo 329 constituye excepción perentoria todo hecho en virtud del cual las leyes desconocen la existancia de la obligación, o la declaran extinguida si alguna vez existió. Ellas son el medio más poderoso que puede esgrimir el demandado para obtener su absolución. Atacan, por así decirlo, lo sustancial de la acción.

Todo contrato legalmente celebrado por personas capaces, una vez perfeccionado en correcta forma, es fuente de derecho exigibles y constituye una ley para ellas; y las obligaciones derivadas de él, solamente pierden su ~~haber~~ vigor por consentimiento mutuo de las partes; puesto que las obligaciones se deshacen como se establecen, y tambien lo pierden por la concurrencia de alguno de los modos de extinguir las obligaciones (arts. 1.602 y 1.625), los cuales pueden emplearse como excepciones perentorias.

Y así uno de los modos de extinguir las obligaciones es la NOVACION, obvio es que se le emplee como excepción.

En tal virtud, si se entabla una acción para conseguir el cumplimiento de una obligación que ha sido novada, el demandado puede destruir la acción proponiendo la correspondiente excepción. Asimismo si la obligación primitiva se garantizó con fianza, prenda o hipoteca, y no se ha hecho la reserva del caso, esto es, que no subsistan las obligaciones accesorias, los fiadores pueden excepcionar basados en el principio de que la novación extingue las obligaciones accesorias sino se conviene en la reserva.

Quiénes pueden alegar la novación, y en que oportunidad?

El demandado en la contestación de la demanda puede proponer la excepción, y alegarla en cualquiera de las instancias del juicio antes de la citación para sentencia (art. 341 del C.J.).

-- CAPITULO VII --

- DE LA COMPENSACION -

La compensación como la mayoría de las instituciones civiles de recibo aún en las legislaciones modernas, tuvo su origen en Roma, cuna del Derecho. Ella fué consagrada como parte integrante de clarísimas normas de equidad y de justicia que expidieron varones sabios, á propósito de regular las relaciones existentes entre los hombres.

En concepto de los jurisconsultos romanos la compensación consistía en la oposición mutua y recíproca de obligaciones de la misma especie. Compensatio es - dice el Emperador Hadriano - debit y credit mutui inter se contributio; o sea el equilibrio de dos deudas cualesquiera, de suerte que se destruyan, como se destruyen mutuamente dos pesos iguales opuestos, o como un peso menor opuesto a otro mayor destruye a este hasta el límite de su propia pesadez. Por ejemplo: Yo le debo a José Miguel doscientos pesos, y este me debe igual cantidad; si yo estuviera obligado a pagarle la deuda a José Miguel, podría exigirle inmediatamente después del pago, que me pague lo que yo acreedito de él; de modo que me devolvería con una mano lo mismo que antes recibí con la otra.

En la época del Derecho clásico, la compensación no operaba IPSO JURE, en el sentido de que el demandado necesitaba proponerla, por medio de una excepción IN LIMINE LITIS. En cambio, bajo el Imperio de Justiniano las cosas sucedían en sentido contrario. La expresión IPSO JURE- debe tenerse en cuenta- fué empleada por los juristas romanos para poner de manifiesto, en ese caso, la oposición a la fórmula EXCEPTIONIS OPE.

Segun las Partidas la compensación tiene como objetivo descontar un deudo por otro.

La compensación viene, por tanto, a ser una excepción reciproca entre deudor y acreedor. Es de observar que más que extinguir las obligaciones que genera el contrato, extingue el vínculo establecido por este (pues aquellas sólo se extinguen por el cumplimiento).

La compensación tiende a libertar a los contratantes de procedimientos inútiles y en ocasiones largos y costosos. En virtud de ella se impone el pago forzado y el acreedor no puede rehusarla cuando el acreedor lo invoca.

En el Derecho Colombiano, que es copia del Franco, acogió también la compensación, como uno de los modos ~~abundantemente~~ adecuados para extinguir las obligaciones. Así, pues, si dos personas son deudoras una de otra, y por consiguiente ambas acreedoras, la ley permite, siempre que las deudas llenen las exigencias de rigor, que en vez de pagarse mutuamente, los deudores quedan extinguidas las obligaciones, sin necesidad de ejecutar hecho alguno.

La compensación, en buen romance, no es más que un pago, porque el que compensa paga lo que debe con lo que a su vez el acreedor lo debe. Con razón dicen las partidas que la compensación " es una manera de pago porque se descarta la obligación de la deuda que un caso debe a otro".

En tanto que el Código Civil Colombiano sólo habla de la compensación legal, los Códigos de otros países distinguen tres especies, a saber: legal, facultativa y judicial.

La legal es la que se efectúa de pleno derecho, es decir, por ministerio de la ley. No requiere, por tanto, la intervención ni el consentimiento de los interesados, en caso de que las deudas mutuas de estos reúnan los requisitos que más adelante se estu-



dian.

Compensación facultativa es la que está subordinada a la voluntad de una de las partes, y que para hacerla efectiva exige que se supere un inconveniente, como puede suponerse la del artículo 1.723. En todo caso, dicha compensación cabe dentro de la doctrina del Código y puede oponerse siempre que el obstáculo que impida que sea legal, se suprima por el dador en favor de quien lo establece la ley, quien, de consiguiente, puede renunciarlo.

La judicial es la que puede operarse por el juez en virtud de demanda de reconvencción de la parte, cuyo crédito no reune las exigencias para la compensación legal, pero las cuales pueden completarse reconociendo o liquidando un crédito que el demandante pretende tener contra el demandado en reconvencción.

-- CAPITULO VIII.--

- REQUISITOS DE LA COMPENSACION. -

Varios artículos de nuestro Código Civil hacen referencia a los requisitos para que se realice la compensación, y en primer termino el

Artículo 1.715. La compensación se opera por el sólo ministerio de la ley y aun sin conocimiento de los deudores; y ambas deudas se extinguen recíprocamente hasta la concurrencia de sus valores, desde el momento que una y otra reúnen las calidades siguientes.

Del espíritu de este artículo emerge la regla por la cual la compensación no extingue íntegramente las dos deudas sino cuando son iguales; en caso contrario sólo extingue aquella parte en que lo sean. Por ejemplo: Pedro y Juan se deben mutuamente diez mil pesos (\$10.000); ambas deudas quedan extinguidas en su totalidad; pero si Pedro le debe a Juan quince mil pesos (\$15.000) y este a Pedro sólo diez mil, lo extinguido es esta suma, lo que quiere decir que Pedro queda debiéndole a Juan cinco mil pesos (\$5.000,00), y este nada a Pedro (art.1492).

El artículo 1.715 establece el primer requisito para que haya compensación, y es que sean ambas (las dos deudas) de dinero o de cosas fungibles o indeterminadas de igual género y calidad.

Según el señor Vera, citado por Don Fernando Velez, en esta norma legal hay una redundancia, porque el dinero de que aquí se trata, está comprendido en las cosas fungibles. Con esta regla se establece la igualdad de las deudas que se extinguen por la compensación, pues siendo esta un pago, y no pudiendo un acreedor según el artículo 1.627, ser obligado a recibir otra cosa que lo que se le deba, la ley no podía compensar lo que se le deba con lo que debe, sino cuando lo uno y lo otro sea lo mismo, pues de lo contrario podría perjudicar a uno de los acreedores. Si lo son, por ejemplo, o de dinero, o de café, o de maíz, o de caballos, quedan compensadas sus deudas por ministerio de la ley; pero si el uno es acreedor de dinero y el otro de café, o el uno de un caballo indeterminado y el otro de cierto caballo, no puede haber compensación.

Por esto dicha regla exige para que se efectue la compensación, que las dos deudas de que se trate sean o de cosa fungibles de igual género y calidad, o de cosas no fungibles pero indeterminadas y también de igual género y calidad.

Las cosas fungibles pueden reemplazarse fácilmente, y así es que si dos personas se deben mutuamente dinero o café, la una debe a la otra cosa idéntica a la que se le debe, y por tanto compensable sin perjuicio de ninguna de las dos.

Las cosas indeterminadas siendo del mismo género y calidad, también son compensables, por representar créditos idénticos. Por ejemplo, cuando dos personas se deben mutuamente ~~algunos~~ o un ~~carro~~ o caballos o mulas o vacas, la compensación es admisible; pero en caso de que se trate de cosas determinadas es indispensable la compensación.

El segundo requisito es que ambas deudas sean líquidas.

Aunque el Código Civil no define lo que es una deuda líquida, según dice el señor Vera en el comentario al artículo 1.696, está aceptado en Jurisprudencia que una deuda es líquida cuando consta su existencia y su cantidad o cuantía. De forma que para que la compensación se efectúe es necesario que las deudas de igual género y calidad, sean

1o.- Ciertas, es decir, que existan legalmente, y 2o.- De cantidad determinada.

1o.- Ciertas en cuanto a su existencia. Este requisito es factible fundarlo en que representando la compensación un pago recíproco de los deudores, no debe admitirse a sino respecto de créditos indudables y exigibles. Por lo tanto, una deuda contraída bajo una condición suspensiva no es líquida mientras pende la condición, porque si siquiera se sabe si llegará a existir, es decir, si será exigible. No deja de ser indudable no puede haber duda en vista de las pruebas presentadas. V.gr. Ernesto ejecuta a Miguel por diez mil pesos (\$10,000.00), y este opone la excepción de compensación. Aunque Miguel niegue deber a Ernesto, si este prueba su crédito por los medios legales, como con un documento reconocido, el Juez tendrá que declarar que las deudas estaban extinguidas por compensación.

Según sentencia de la Corte Suprema de Justicia, si una de las deudas no ha sido reconocida, no tiene lugar la compensación sino cuando se dicte sentencia condenatoria, que es cuando la deuda tiene ya el carácter de exigible. Tampoco

sería compensable una obligación natural, porque el acreedor no puede exigir su cumplimiento (art. 1.527). Puede decirse que no es una deuda cierta legalmente.

2o.- Determinadas en cuanto a su cantidad.- Una deuda puede ser cierta o existir legalmente sin ser determinada. Si Pedro le debe a Juan daños y perjuicios, esta deuda cierta no será determinada, sino cuando se fije el monto de aquellos, y mientras tanto no será aceptable que pueda compensarse con la suma cierta y determinada, como diez mil pesos que Juan le debe a Pedro. Sin embargo, no deben tenerse como indeterminadas deudas que fácilmente pueden fijarse, porque para precificarla sólo sea necesario sumar diversas partidas de una cuenta aprobada en todas sus partes, o averiguar los intereses de una cantidad en curso.

El tercer requisito es que ambas sean actualmente exigibles.

No puede entrar en compensación una deuda bajo condición suspensiva antes de que esta se cumpla, ni una deuda natural, ni una prescrita, pero es porque no son líquidas o ciertas, esto es, porque no existen de acuerdo con la ley. Ahora se trata de las que existen, entre las cuales se hallan las bajo condición resolutoria que son compensables, pues existen desde la perfec-

ción del contrato, pero cuyo pago no puede exigirse actualmente al acreedor a causa de un plazo o término de que goza el deudor.

Como el plazo es renunciable de acuerdo con el artículo 1.554, si el deudor lo renuncia siendo exigible su deuda inmediatamente, sería compensable, pero la compensación no se efectuaría por ministerio de la ley, sino luego que se hiciese constar la renuncia.

Las esperas dice el último inciso del artículo 1.715 concedidas al deudor impiden la compensación; pero esta disposición no se aplica al plazo de gracia concedido por un acreedor a su deudor.

El señor Vera, en el comentario al artículo 1.656 igual al 1.715, dice:

" En la legislación francesa se emplea esta frase para ilustrar ciertos plazos concedidos por el Juez. Allí existe plazo de derecho y de gracia; el primero es el que se concede por la convención y el segundo por el Juez.

" Nuestro Código no autoriza a los Jueces para conceder plazos; sólo en el mutuo hay un caso como dice el artículo 2.210 (2.226 de nuestro Código), en que el Juez atendidas las

circunstancias puede fijar el plazo para el pago, si es que se hubiese pactado que el mutuario pague cuando le sea posible. Es indudable que se debe entender aquel plazo concedido gratuitamente y sin formalidad alguna por un acreedor a su deudor.

No es lo mismo plazo de gracia que la mera abstención de cobrar. Algunos consideran que las esperas se conceden judicialmente, y que el plazo de gracia es privado.

El cuarto requisito es que las dos partes sean recíprocamente deudoras. Esto se funda en el artículo 1716 que dice:

Para que haya lugar a la compensación es preciso que las dos partes sean recíprocamente deudoras.

Así, el deudor principal no puede oponer a su acreedor, por vía de compensación, lo que el acreedor le deba al fiador.

Si requerido el deudor de un pupilo por el tutor o curador, se sabe a fin pueden oponerle por vía de compensación lo que el tutor o curador le deba a él.

Si requerido uno de varios deudores solidarios pueden compensar su deuda con los créditos de sus codeudores contra el mismo acreedor; salvo que estos lo hayan cedido.



De acuerdo con la regla contenida en el primer inciso, para que la compensación se verifique es necesario que la deuda en cuestión se haya contraído en favor de la misma persona a quien se opone. Es decir, para que dos deudas se compensen, se requiere que los créditos que implican sean propios de quienes compensan, o que las dos partes sean ellas mismas deudoras- mejor dicho tal vez- deudoras y acreedoras a la vez, como lo observa el señor Vera en el comentario al artículo 1.657.

La base del cuarto elemento para la compensación es la reciprocidad. Por ejemplo, un deudor que tiene fiador es demandado, para extinguir la deuda no puede alegar que está compensada con lo que el acreedor le deba al fiador, aunque ambas deudas reúnan los requisitos del artículo 1.715, porque el deudor principal demandado y su acreedor no son recíprocamente deudores.

Con efecto, siendo accesorio la obligación del fiador, puede decirse que lleva implícita la condición de que no puede exigirse su cumplimiento sino una vez que requerido el deudor principal se vea que no puede pagar. Más claro: el fiador paga si no puede pagar el deudor. Por tanto, permitirle a este que oponga la compensación a su acreedor con créditos en favor del fiador, equivale a quitar a este el beneficio de excusión (Art.

2.383) desde que la compensación no es otra cosa que un pago.

Si un tutor o curador exige de un deudor de su pupilo, que pague, el deudor no puede oponerle como compensación lo que a él le deba el guardador, porque el demandante y el demandado no son recíprocamente deudores. También debe ser aceptable que si al guardador se le debe, su ~~mixto~~ deudor no puede compensar con lo que el pupilo le deba a él.

En la consecuencia del inciso 3o. que nos ocupa hay además una razón de conveniencia para el pupilo, pues si lo que a este le deben pudiera compensarse con lo que le deba el guardador, se podrían comprometer los intereses del pupilo.

Cuando hay varios deudores solidarios, demandado uno por el acreedor, no puede, compensar su deuda con los créditos de sus codeudores contra el mismo acreedor, salvo que estos se los hayan cedido. Esta es la misma regla del inciso 2o. del artículo 1577, que se refiere a crédito de uno de los codeudores solidarios. En suma, demandado un deudor solidario por el acreedor, si este le debe a otro u otros deudores solidarios,

no puede oponerse la compensación, si el deudor o deudores que sean acreedores, no le ceden el crédito o créditos respectivos.

Ejemplo: Tomás y Manuel son deudores solidarios de Enrique y este deudor de Tomás de una suma igual al crédito solidario. Demandado Manuel por Enrique, no puede compensar con lo que este le debe a Tomás, este puede oponer la compensación a Enrique por lo que le debe. Resulta de esto, según lo observamos, que la compensación no se origina en el presente caso de que la circunstancia de ser uno de los deudores solidarios acreedor del acreedor, sino sólo de que este se ha dirigido contra el codudor solidario que es su acreedor. Si después de la compensación entre Tomás y Enrique, se demandado Manuel, puede este alegar que la deuda está extinguida por un medio que es el pago.

El quinto requisito es que ninguna de las deudas compensadas sea de las que la ley exceptúa.

Puede decirse de una manera general que las deudas que reúnen los cuatro requisitos que hemos indicado, se compensan no obstante que tengan causas diferentes; que sean incapaces las partes, puesto que el mismo pago lo hace la ley; que estas ignoren

la compensación, y que ella no extinga íntegramente ambas demandas, sino hasta concurrencia de sus valores, dejando existente el exceso de la una sobre la otra.

Sin embargo, a la regla general aludida, por motivos de moralidad, de intereses o conveniencia, establece excepciones el

Artículo 1.721.- No puede oponerse compensación a la demanda de restitución de una cosa de que su dueño ha sido injustamente despojado, ni a la demanda de restitución de un depósito, o de un comodatario, aún cuando perdida la cosa, sólo subsista la obligación de pagarla en dinero.

Tampoco podrá oponerse compensación a la demanda de indemnización, por un acto de violencia o fraude, ni a la demanda de alimentos no embargables.

El artículo transcrito contempla cuatro situaciones en que no puede esgrimirse la compensación.

1o.- Restitución.- Esta excepción, relativa al deber de restituir una cosa a quien injustamente se ha despojado de ella, por quien la tiene, sin que esta pueda alegar compensación a su dueño por lo que éste le deba, es una ampliación de la regla *Spoliatas ante omnia restituentur*. Por ejemplo, Pedro debe a Juan cinco mil pesos (5.000,00); no pudiendo éste lograr que se le

paguen, los toma arbitrariamente de dinero de Pedro. Si este intenta demanda de restitución contra Juan, este no puede oponerla en compensación su crédito de cinco mil pesos y será obligado a restituirlos, quedandole su derecho de demandar después el pago de lo que se le debe. Si esto no fuera así, la ley sancionaría un acto inmoral, como es el de una persona que prescindiendo de la autoridad pública se hace justicia a sí misma. El despojo tiene también sanción criminal.

2o.- Depósito o Comodato.- Cuando el depósito es de cosa cierta (arts. 2.236 y 2.240) y siéndolo siempre el comodato (art. 2.200), de acuerdo con los principios que rigen la compensación, requerido el depositario (Arts. 2.251 y 2.257) o el comodatario (art. 2.205 etc.) para que restituya la cosa, la compensación es inaceptable. En esta hipótesis no hay, por lo mismo excepción ninguna a tales principios.

Sin embargo, en el depósito hay casos en que el depositario sólo queda deudor de género, porque tiene el uso de la cosa depositada. En este depósito llamado irregular por los romanos, si el depositario recibe, por ejemplo, una suma de dinero, que no está en arca cerrada o en saco cerrado y sellado (art. 2246)

si podrá ocurrir que debiendo el depositante al depositario una suma de dinero igual, alegase este la compensación para no restituir el depósito. Algunos estiman que en este caso ella debería admitirse, pues si Pedro recibe en depósito de Juan cien arrobas, que siendo indeterminadas éstas y aquellas deben considerarse de igual calidad porque no compensar las unas con las otras? Se ha dicho que por el carácter sagrado que tiene la deuda que se origina de un depósito.

En este se permite una compensación al depositario, según la última parte del artículo 2258, respecto de las expensas y perjuicios de que habla el art. 2259.

El tratadista Fernando Velez se sorprende de que siendo el comodato siempre de cosa cierta figure en la excepción que se estudia. Sin embargo, el art. 1721 dice que cuando la cosa se pierde y la obligación del comodatario sea pagarle en dinero, y por lo mismo, en el caso del artículo 2212 no puede el comodatario oponer compensación, al exigirsele el pago del precio de la cosa con lo que a él deba el comodante. Esto debe fundarse en lo sagrado de la deuda del comodatario, como en el depósito, y se ha objetado como poco razonable y equitativo.

Si el depositante y el comodante son demandados por el depositario y el comodatario para que les paguen lo que les deben, en el caso de que la compensación no pueden esgrimirlos, no

obstante que reuna los requisitos del artículo 1715, no se vé porqué pudieran oponerlos aquellos desde que la excepción que hemos estudiado parece sólo en favor del depositante y el comodatario, que son los acreedores de deuda sagrada.

3o.- Indemnización por violencia o fraude. Dice Fernando Vález que si a un individuo se le demanda para que pague perjuicios por un acto de violencia o fraude, que es engañoso y por tanto doloso (art. 1515) condenado a pagarlos, y aún fijada la suma de dinero que comprenden, no puede extinguir esta compensación con lo que el demandante deba. Esto es una sanción contra el que perjudica a otro violentándolo o engañándolo. De modo que condenado Pedro a pagar por perjuicios a Juan cinco mil pesos, en la ejecución en que este los demande no se le admitirá a Pedro la excepción de compensación por una suma igual y exigible que le deba Juan.

4o.- Alimentos.- Cuando estos se deben en virtud de la ley no son compensables según el art. 425, ni embargables de acuerdo con el No. 9o. del artículo 1577. De modo que si Pedro le debe a Juan una pensión alimenticia legal de cinco mil pesos, y Juan a Pedro una suma igual, demandado este para el pago de la pensión, no puede extinguirla alegando compensación con lo que Juan le debe. El motivo de esta excepción a las reglas que rigen la compensación es que si esta fuese admisible respecto de alimentos que se deban para conservar la vida, podría no producir este resultado por-

que la compensación no es un pago efectivo, y de éste necesita quien no tiene para alimentarse sino una pensión.

De acuerdo con el artículo 436 las pensiones alimenticias a-  
trasadas pueden compensarse.

SEPTO.- que la compensación no perjudique a terceros.

artículo. 1720. La compensación no puede tener lugar en perjui-  
cio de los derechos de tercero.

Así embargado un crédito, no podrá el deudor compensarlo en  
perjuicio del embargante por ningún crédito suyo adquirido después  
del embargo.

El inciso 1o. de este artículo establece la regla de que la com-  
pensación no puede realizarse cuando perjudique a un tercero en  
sus derechos, y el inciso 2o. habla del caso en que hay el perjui-  
cio aludido.

La regla, según dice Fernando Velez, es equitativa, porque aunque  
la compensación es pago, no siendo efectivo, admitirla en todo caso  
podría tener como consecuencia que se violasen los derechos de un  
tercero sin razón ninguna. El caso del 2o inciso esclarece mejor  
la regla que largas explicaciones. Si Pedro debe a Juan diez mil  
pesos y un acreedor de este hace embargar ese crédito, no perjudi-  
caría el acreedor si ~~antes~~ a Pedro le fuese permitido compensar  
su deuda con una de Juan que adquiriese después del embargo, porque  
compensado, al acreedor de Juan no podría pagárselo con el crédito



en favor de éste (art. 1.521). Sin embargo, si al acreedor se le paga de otra manera, después de desembargado el crédito, se operaría la compensación por el ministerio de la ley con el adquirido por Pedro.

La reglamentada es hasta cierto punto aplicación de la que prohíbe compensar deudas que no son actualmente exigibles (art. 1715, 3o.), pues así puede considerarse el crédito embargado. El caso del inciso 2o. del artículo 1720, no es el único en que hay perjuicio de tercero; podría citarse otros, como el del deudor que acepta sin reserva la cesión de que habla el art. 1.718.

Hay expositores que sostienen la imposibilidad de que se verifique la compensación en perjuicio de tercero. De tal manera que el acreedor hipotecario de un inmueble no podría pretender que se compensase su crédito con el precio del inmueble, en perjuicio de otros acreedores a favor de quienes estuviese también hipotecado.

El señor Vera, citado por Don Fernando Vález, al comentar el artículo 1661 del Código Civil de Chile, igual al 1.720 nuestro, dice/:

"Con relación al artículo 1.661 expondremos que si Pedro tiene mil pesos en un Banco y su acreedor Juan pide embargo sobre ellos; pero con posterioridad el Banco deudor de Pedro adquiere un crédito por igual cantidad, se efectuará la compensación?

Nó, dice porque se perjudica a Juan que había ya embargado el crédito y nadie puede enriquecerse con el trabajo de otro. Sólo alegando preferencia o en caso de concurso, podría Juan ser perjudicado en esa preferencia. Los acreedores de Pedro se pagarán con otros bienes de él si los tuviere."

-- CAPITULO IX --

-DE LOS EFECTOS DE LA COMPENSACION.-

El principio de que la compensación se efectúa por ministerio de la ley, produce consecuencias importantes, tales son:

1o.-La compensación se opera aún sin conocimiento de los deudores, a pesar de la incapacidad de éstos, de la diferencia de la causa de sus créditos y de la formalidad externa de estos, como si el uno consta en escritura pública y el otro en documento privado, siempre que reúnan los requisitos que hemos examinado.

El Sr. Vera en el comentario al art. 1.656 del Código Chileno, igual al 1.715 del nuestro, dice que la compensación se produce sin conocimiento de las partes.- Como entonces puede suceder esto? Un ejemplo encontramos en la herencias: yo debo mil pesos a Herrogence que es mi primo y la deuda es a título de mutuo. Después

~~Manuel~~ ~~de~~ ~~los~~ ~~hermanos~~ ~~de~~ ~~los~~ ~~hermanos~~ me debe mil pesos, valor de un legado que me dejó su padre y en tal caso ambas deudas se compensan sin nuestro consentimiento.

° En caso de concurso y en otras relaciones con terceros, es muy útil la compensación, puesto que si no se pudiera oponer compensación, el concursado sólo pagaría con las quitas y esperas que le concedieran los acreedores y no estándole habría que pagar todo. Es también útil en los casos de embargo y de cesión de bienes; pero para que la compensación tenga lugar en general, es necesario que existan las calidades que expresa este artículo. °

2o.- Los intereses de las deudas extinguidas por compensación cesan luego que ésta se efectúa. Si fuere parcial continuarán respecto de la parte de crédito subsistente.

3o.- La compensación extingue los accesorios de los créditos, como privilegios, hipotecas, fianzas, etc. Sin embargo, si una de las deudas se ha extinguido sólo en parte, las prendas o hipotecas indivisibles continuarán vigentes en su totalidad, sin perjuicio de la reducción de que habla el artículo 2.455.-

4o.- La prescripción que corría antes de compensación, no puede cumplirse una vez que ésta se opere. Por ejemplo: hace muchos años que Sabas debe a Manuel diez mil pesos; el día antes de

cuáplirse el término de la prescripción que extingue la deuda, Se-  
bas adquiere un crédito de diez mil pesos contra Manuel; si dezan-  
da su pago, Manuel puede oponerle la compensación que por ministe-  
rio de la ley se efectuó en el día que faltaba para cumplirse la  
prescripción.

Segun el artículo 1693 cuando hay muchas deudas compensables,  
deben seguirse para la compensación las mismas reglas que para la  
imputación del pago.

Segun el artículo 1653 si se deben capital e intereses, el pago  
se imputará primeramente a los intereses, salvo que el acreedor con-  
siente expresamente que se impute al capital.

El artículo 1654 enseña que si hay varias deudas, puede el deu-  
dor imputar el pago a la que elije; pero sin el consentimiento del  
acreedor no podrá preferir la deuda no devengada a la que no lo  
está; y si el deudor no imputa el pago a ninguna en particular, el  
acreedor podrá hacer la imputación en la carta de pago; y si el deu-  
dor lo acepta, no le será lícito reclamar después.

El art. 1655 dispone que si ninguna de las partes ha imputado el  
pago, se preferirá la deuda que al tiempo del pago estaba devengada  
a la que no lo estaba; y no habiendo diferencia bajo este respecto,  
la deuda que el deudor eligiere.

Segun Fernando Vélez la disposición del art. 1.722 no tiene lugar si

no cuando las diversas deudas de que una persona es deudora de otra, ha precedido al anterior crédito que aquella adquirió contra esta.

Dice el mismo tratadista que aquel que por error pagare una deuda que la compensación había extinguido, podrá reclamar lo que ha pagado, como indebidamente pagado, tendrá solo la conditio indebiti, por consecuencia del antiguo principio de que la compensación extingue las dos deudas. Pero esta consecuencia sería inícuo y en vista de ello la ley hace revivir al crédito compensado con todas sus accesorias, es decir, con todas sus privilegios, prendas, hipotecas, fianzas, etc. y para que esta resurrección tenga lugar, la ley no exige sino que haya un justo motivo que hiciera ignorar la compensación y no una ignorancia efectiva la que sería difícil probar muchas veces; basta algo que haga presumirla, salvo también el derecho en la otra parte para destruir o desvanecer esta presunción. No bastaría decir que había una justa causa para ignorar, si se probare que en realidad no había ignorado.

..CAPITULO X ..

...LA COMPENSACION EMPLEADA COMO EXCEPCION...

Como es sabido la excepción es un derecho de defensa que la ley permite al demandado para repeler el ataque del actor. Por lo tanto, puede hacer uso de él en la forma y en los terminos señalados por el Código Judicial.

Todo contrato legalmente celebrado por persona<sup>s</sup> capaces, perfeccionado que haya sido en legal forma, es fuente de derecho exigible y constituye una ley para ellas, y las obligaciones derivadas de él, solamente pierden su vigor por consentimiento mutuo de las partes, puesto que las obligaciones se deshacen como se establecen, y tambien lo pierden por la concurrencia de alguno de los modos de extinguir las obligaciones, los cuales pueden emplearse como excepción perentoria. El Código Judicial en su art. 329 define la excepción perentoria diciendo que la constituye todo hecho en virtud del cual las leyes desconocen la existencia de la obligación, o la declaran extinguida si alguna vez existió. Luego la compensación que es un modo de extinguir las obligaciones tambien es un medio de defensa oponible como excepción perentoria.

A quien se le reclame una deuda extinguida por la compensación, si no quiere que se le condene, debe alegar esta; si no lo hiciere así, el Juez puede declararla, porque esto le es permitido de oficio al tenor del artículo 343 de la ley 105 de 1931. Tal declaración debe hacerse en la sentencia y fallar el pleito en conformidad con la excepción reconocida.

La compensación como excepción perentoria puede proponerse en la contestación de la demanda y alegarse en cualquiera de las instancias del juicio.

BIBLIOGRAFIA.

DERECHO ROMANO.

H. MOREN DE COSMOS.

DERECHO CIVIL COLOMBIANO.

BERNARDO VILLEGAS.

DICCIONARIO DE LEGISLACION  
Y JURISPRUDENCIA.

ESCRIBANA.

CODIGO CIVIL FRANCÉS.

PLANCHON Y ALBERT.

CODIGO CIVIL

ANTONIO ALVARADO R.

Varias estudios de autores Colombianos

CARLOS BONFANTE OBREGON

EXONERACION DE LA RESPONSABILIDAD

CONTRACTUAL EXTRA CONTRACTUAL Y DELICTUAL

1.948



A

CARLOS BONFANTE VELEZ

Y

EMMA OBREGON DE BONFANTE

REPUBLICA DE COLOMBIA  
UNIVERSIDAD DE CARTAGENA  
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS

DECANO : DOCTOR MIGUEL ANGEL ROYO

Presidente de tesis

DOCTOR MANUEL EDMUNDO MENDOZA

Examinadores

DOCTOR DIOGENES ARRIETA ARRIETA

DOCTOR CARMELO SALADEN MARRUGO

DOCTOR ISMAEL A GUETE

Secretario

DOCTOR JOSE M BUSTILLO FRANCO

-----

Cartagena 1.946

La Facultad no aprueba ni desaprueba las opiniones emitidas en la tesis ; tales opiniones deben considerarse como propias de sus autores .

## INTRODUCCION

70

El presente estudio tiene por objeto presentar las diversas causas de exoneración que pueden tener los sujetos a quienes se les atribuyen una responsabilidad contractual, extracontractual o delictual.

Para ello necesitamos precisar claramente los conceptos con que el derecho nos presenta la responsabilidad contractual, la extracontractual y delictual, para luego entrar al estudio de la exoneración.

### RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL

Veamos en primer término qué es la responsabilidad contractual.

Al tenor del artículo 1603 de nuestro Código Civil " Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella " .

Una de las características de las obligaciones consiste en que constituyen un vínculo jurídico, y consecuencia legítima de esta característica es que el deudor cumpla con su obligación y no quede esta a su capricho ya que en un momento dado el legislador da medios al acreedor para exigirle su cumplimiento.

Los efectos, estudiados desde el punto de vista del acreedor constituyen el conjunto de derechos que el legislador da al acreedor para exigir del deudor el cumplimiento íntegro y oportuno de su obligación, y, miradas las cosas desde el punto de vista del deudor, la necesidad en que se encuentra el deudor

dor de dar cumplimiento a sus obligaciones .

Además , el artículo 1602 prescribe que " Todo contrato legalmente celebrado es una ley para las partes contratantes , y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales "

Esbozados los principios generales del alcance que tienen respectivamente las obligaciones de las partes en los contratos , veamos de donde puede nacer la responsabilidad contractual .

En primer lugar , tomando como ejemplo los contratos bilaterales , tenemos que la responsabilidad que en ellos se origina , nace del incumplimiento de la obligación , siendo consecuencia inmediata de esto la resolución del contrato .

Luego tenemos como causa de responsabilidad el principio universal de derecho Nemo Laederi . O sea , no hacer daño a nadie .

Tenemos pues en el daño otro elemento que da nacimiento a la responsabilidad , pero , para que pueda ser causa de responsabilidad , es necesario que provenga de culpa y que haya relación de causalidad entre el daño y la culpa .

De lo expuesto podemos ya sacar la conclusión de que la responsabilidad contractual es la situación jurídica de aquel que por culpa causa perjuicios a otra persona o a sus bienes y es contraído judicialmente a reparar el perjuicio .

O , más bien , la responsabilidad contractual es la situación jurídica de aquel que se encuentra obligado a reparar el perjuicio causado por su culpa .

De esta definición se desprenden las condiciones de la responsabilidad al mismo tiempo que dos principios importantes :

Primero : Esta situación de dependencia jurídica no tiene razón más que en vista de la reparación del perjuicio .

Segundo : Esta obligación de reparar , que es la responsabilidad civil , es una obligación sanción , distinta de las demás obligaciones preexistentes , contractuales , delictuales o legales .

De los tres elementos dados como causas de la responsabilidad civil : daño , culpa y relación entre el daño y la culpa , analizaremos el primer elemento : daño , y , seguidamente , los otros .

Tenemos entonces que el daño es la ofensa causada al derecho de otro , el perjuicio causado a una persona a sus bienes o a su honor - aunque esta última parte pertenece a la responsabilidad extracontractual que estudiaremos en el capítulo siguiente .

La constatación del daño no presenta dificultades , es sobre todo una cuestión de hecho , pero es condición esencial que la culpa sea reprimida por el derecho , porque no es más que en vista de la reparación de un daño que la obligación es contraída .

La responsabilidad no existe en efecto más allá de la medida del daño y su reparación .

El daño puede ser material , moral , o implicar desventaja en el patrimonio del perjudicado , en los bie-

nes materiales , en el honor , en la capacidad de adquisición , en la capacidad de trabajo , etc .

Dos clases de daño estudia nuestro Código Civil : una positivo en su forma , el otro , de forma negativa ; dice el artículo 1613 " La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante , ya provenga de no haberse cumplido la obligación , o de haberse cumplido imperfectamente , o de haberse retardado el cumplimiento .

Exceptuarse los casos en que la ley la limita expresamente al daño emergente " . Y , el artículo 1.614 " Entiéndese por daño emergente el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente , o de haberse retardado su cumplimiento ; y por lucro cesante , la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación , o cumplidola imperfectamente , o retardado su cumplimiento " .

En el daño emergente -forma positiva- tenemos el empobrecimiento real y efectivo ; y por lucro cesante -forma negativa- lo que deja de ganarse si no se cumple la obligación .

Deja establecido a su vez este artículo dos grandes maneras de resarcir los daños , una compensatoria , cuando el acreedor exige al deudor que le pague en dinero lo que habría valido el cumplimiento íntegro de la obligación , que viene a reemplazar al cumplimiento mismo de la obligación , y , otra , moratoria , cuando el acreedor solicita al deudor el pago en dinero del equivalente al cumplimiento oportuno de la obligación .

Estudiado el elemento daño , pasamos a estudiar el segundo elemento o sea la culpa .

Para obligar a la persona responsable no es suficiente que aparezca solamente el daño , se necesita que haya incurrido en culpa .

La culpa es una condición necesaria de la responsabilidad civil , bien pudiera decirse que es su fundamento mismo .

La culpa en sí , es una noción abstracta , bastante dificultosa de configurar .

El eminente profesor francés Planiol , da una definición que pudieramos tomar como la más exacta de lo que es la culpa . Dice el profesor Planiol : que la culpa consiste en "el incumplimiento de una obligación preexistente " .

La responsabilidad supone necesariamente una obligación violada , esta obligación puede ser impuesta por un contrato o por la ley ; decimos entonces que la responsabilidad es contractual o extracontractual .

Parece que el derecho romano hacia de la culpa una división bipartita que consistia en grave y leve , luego , los glosadores , basandose en textos romanos , hicieron una división tripartita de la culpa que designaban con los nombres de culpa lata , culpa levis y culpa levissima .

El Código Civil colombiano adopta la división tripartita de la culpa , sin duda , para establecer el grado de responsabilidad que quepa a la parte obligada con mayor precisión .

Dice el artículo 1604 de nuestro Código Civil en su inciso primero "El deudor no es responsable sino de la culpa lata en los contratos que por su naturaleza solo son útiles al acreedor ; es responsable de la leve en los contratos que se ha-



cen para beneficio recíproco de las partes ; y de la levisima en los contratos en que el deudor es el único que reporta beneficio "

Consiste la culpa grave en la emisión de aquella diligencia que los hombres más descuidados emplean en sus negocios ; la leve consiste en no emplear aquella diligencia que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios ; y la culpa levisima es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes " .

Analizados el daño y la culpa , entremos a estudiar el tercer elemento , o sea el vínculo de causalidad entre el daño y la culpa .

No basta el daño sufrido por una persona y una culpa cometida por otra para que esta última sea obligada a reparar el perjuicio sufrido por la primera . Es necesario que una relación de causa a efecto exista entre la culpa y el daño .

Es esta una condición enteramente natural de la responsabilidad , pero , en las circunstancias de hecho , casi siempre complejas , es con frecuencia muy difícil de apreciar este vínculo de causalidad . Esta dificultad puede provenir de la pluralidad de efectos o de la pluralidad de causas .

No hay que confundir este fenómeno con lo que los franceses llaman "cumulo de responsabilidades" , que consiste en la dubitación que sufre el acreedor contractual al encontrarse ante la dificultad de invocar la responsabilidad delictual en lugar de la contractual o viceversa .

El fenómeno de que tratamos comprende dos casos :

Primero : Una culpa puede haber dado lugar a varias consecuencias dañosas que se encadenan mutuamente ; pero , no hay relación de causalidad suficiente para derivar la responsabilidad que producen los daños que son la consecuencia directa del descuido o de la culpa .

Segundo : El daño puede ser debido al concurso de varios acontecimientos , cuales son , entre otros , aquellos que pueden ser considerados como causas .

Si examinamos separadamente cada uno , encontramos el siguiente interrogante : Si tal acontecimiento no hubiera intervenido , se hubiera producido el daño ?

Por lo pronto , tenemos que , sin su intervención el daño no se hubiera realizado , la intervención de este acontecimiento es la causa del perjuicio .

Todos los acontecimientos que han concurrido a la realización de un perjuicio son por consiguiente todas las causas , y , todos , bajo el punto de vista de la responsabilidad , son equivalentes .

Equivalentes , si cada uno de estos acontecimientos se encuentra independiente de los otros , es decir , si no puede ser establecido entre ellos un vínculo de causalidad ; pero si , inversamente , uno de los hechos sucesivos que producen el daño , no es más que la consecuencia de un hecho ya dado , debe buscarse en otra parte , y no en el , la causa del perjuicio , la causa generatriz de la responsabilidad .

De este modo , es suficiente que un vínculo de causalidad exista entre la culpa original y el perjuicio sufrido para que la persona responsable de la culpa original responda de los acontecimientos todos que le subsiguen .

## RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL

Estudiada la responsabilidad contractual , entremos a estudiar la responsabilidad extracontractual .

Aunque la responsabilidad extracontractual parece teoría del moderno derecho civil , ya era conocida por los romanos como lo afirma el profesor Louis Jossierand en su estudio "La evolución de la responsabilidad" ; aquellos la llamaron culpa aquiliana .

Se caracteriza la responsabilidad extracontractual en que antes de que el deudor o el autor del ilícito cometa el acto generador de la responsabilidad no hay vínculo jurídico alguno entre el acreedor y el deudor o entre el autor del ilícito y la víctima de este .

La víctima del ilícito adquiere entonces derecho a la reparación o al resarcimiento de los daños sufridos por culpa o como consecuencia del hecho .

Se hace necesaria una distinción de los puntos de diferencia que la responsabilidad extracontractual tiene con la contractual , para hacer mayor claridad sobre esta materia , veamos seguidamente cada uno de estos puntos .

Primero : Se refiere este punto al origen de ambas responsabilidades . La extracontractual -que comprende la delictual- proviene de la ley , anterior a ella no hay vínculo jurídico , nace él , por haberse cometido el ilícito o el accidente , accidente de trabajo en ciertos casos ; la responsabilidad contractual tiene su origen en el contrato .

Segundo : Se refiere a la capacidad , para tener responsabilidad contractual se hace necesario tener la

misma capacidad que para celebrar actos y contratos , es decir ,  
una capacidad restringida ; en cambio en la responsabilidad extra-  
contractual o delictual , de acuerdo con los artículos 2347 y si-  
guientes del libro 4o , Título 34 , de nuestro Código Civil , to-  
da persona es responsable excepto los menores de diez años y los  
dementes .

Tercero : El radio de acción de la  
responsabilidad extracontractual o delictual en cuanto a la in-  
demnización , es mucho mayor , porque contempla los perjuicios  
previstos y no previstos , en cambio , la responsabilidad contrac-  
tual , se limita a la indemnización de los perjuicios previstos ,  
y , solo cuando hay dolo , a los imprevistos .

Cuarto : En la responsabilidad delicto-  
tual o extracontractual nadie discute que el daño moral provenien-  
te de ella es indemnizable , cosa que no sucede en la responsabili-  
dad contractual .

Quinto : Segun el artículo 2344 de  
nuestro Código Civil , la responsabilidad delictual o extracon-  
tractual atribuida a dos o mas personas por el acto cometido por  
ellas , es solidaria , en cambio , la responsabilidad contractual ,  
cuando varios son los deudores negligentes , no es solidaria .

Sexto : No se requiere la mora en la  
responsabilidad extracontractual o delictual para incurrir en ella  
puesto que no hay contrato alguno entre las partes , en cambio ,  
tiene el deudor que estar en mora , para que de ella se derive una  
indemnización de perjuicios como consecuencia de la responsabilidad  
contractual .

Nuestro Código Civil inicia su estudio  
sobre la responsabilidad civil por delitos y culpas en su artículo

78

2341 cuando dice "El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido".

Tanto el delito como el cuasi delito suponen un hecho con el cual se viola ilícitamente el derecho de otro, y que exista además un daño que de lugar a la reparación. Ya hablamos del daño como uno de los elementos de la responsabilidad civil en el capítulo anterior.

Como no es nuestro propósito analizar cada uno de los artículos que comprenden la responsabilidad por delitos y culpas, sino hacer una teoría general sobre la materia, pasamos enseguida a estudiar nuevos aspectos de la responsabilidad.

Seguidamente tenemos la responsabilidad de las personas que responden por las faltas de otros, ellos son, entre los muchos que dice el Código, los padres, el tutor del pupilo, el propietario de un edificio en ruinas que produce algún daño, los directores de colegio por el comportamiento de sus discípulos, los habitantes de los edificios altos por los daños que causen las cosas que arrojen a la calle, los artesanos y empresarios por los hechos de sus aprendices, etc.

Cada una de estas responsabilidades tiene distinto fundamento jurídico. La responsabilidad de los padres, curadores y maestros, se funda en una presunción de falta de vigilancia, mientras que la de los artesanos y empresarios, se funda en

una presunción de negligencia al escoger sus domesticos .

80

La responsabilidad por los daños causados por la ruina de un edificio tiene su fundamento jurídico en la falta o descuido del dueño del edificio .

La responsabilidad por los daños causados por animales tiene su fundamento jurídico en la falta de vigilancia , en la culpa o en el descuido ; esta responsabilidad , no solo corresponde a los dueños del animal , sino a aquellos que de él se sirven , a menos que el daño haya provenído de un vicio del animal que el dueño con mediana prudencia debió prever , en tal circunstancia la responsabilidad obligará al dueño del animal .

Una nueva fase de la responsabilidad extracontractual pasamos a estudiar seguidamente .

El nuevo derecho social , inspirado en purísimos sentimientos de justicia , y desarrollado por los pensadores positivistas del derecho civil en el principio de RIQUEZA obliga , ora inspirado en la caridad cristiana , ora en la solidaridad social , ha sentado la máxima de que "quien de algo se aprovecha , cargue con los inconvenientes" .

De aquí nace la teoría del riesgo creado . Pero , luego de pasado el entusiasmo por los razonamientos positivistas , la doctrina ha derivado hacia la escuela clásica del derecho civil , encontrando asidero legal en el artículo 2356 del Código Civil que dice : "Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona , debe ser reparado por esta .

Son especialmente obligados a esta reparación :

Primero : El que dispara imprudente-

mento un arma de fuego ;

81

Segundo : El que remueve las losas de una acequia o cañería , o las descubre en calle o camino , sin las precauciones necesarias para que no caigan los que por allí transitan de día o de noche ;

Tercero : El que obligado a la construcción o reparación de un acueducto o fuente , que atraviesa un camino , lo tiene en estado de causar daño a los que transitan por el camino".

Planiol y Ripert se refieren en estos términos a la teoría del riesgo : "La ineficacia de la teoría de la responsabilidad subjetiva , aun estableciendo presunciones de culpa , mencionadas anteriormente , para asegurar la indemnización de las víctimas en ciertos casos en que se estima necesaria , ha llevado a ciertos tratadistas a contraponerle una doctrina en que la culpa no es ya necesaria para la existencia de la responsabilidad . Tal es la llamada responsabilidad objetiva . Bajo su aspecto más sencillo consiste en eliminar la idea de culpa en la responsabilidad , admitiéndose que todo riesgo creado debe ser de cargo de la actividad que lo origina .

Esta teoría se ha ideado primeramente a fin de asegurar la reparación de los accidentes de trabajo en una época en que el legislador se daba al estudio del problema sin ofrecer soluciones y después de haber fracasado del intento de aplicar a estas materias la responsabilidad contractual .

El desarrollo del empleo de maquinarias en las industrias del siglo XIX ocasionó hacia su terminación un aumento considerable de los accidentes perjudiciales a los obreros ; muchas veces la causa de ellos quedaba en el misterio . Y aun cuan-

do consistiera en vicios de la maquinaria misma , su existencia no podía imputarse al patrón , quien ignorante de ellos , la había adquirido y la hacía funcionar en las condiciones normales ; se decía que el accidente era anónimo .

El espectáculo de las víctimas privadas de recursos conmovió la opinión pública y ciertos juristas , sin intentar obtener una reforma legislativa , que demoraría mucho , propusieron nuevas interpretaciones jurisprudenciales , todas las cuales tenían como comun denominador el traslado de la obligación de probar , que , de la víctima , pasaba a ser incumbencia del patrón . De esa suerte fueron llevados a colocarse en el terreno de la responsabilidad del derecho comun , la que , en cierta forma , daban una orientación nueva .

Toda actividad , se dijo , implica algún riesgo para los terceros , al propio tiempo que para el que actúa ; es justo que este sufra las consecuencias reparando los daños causados por su acción , aun cuando no pueda reprochársele culpa de ningún género . Y ello es debido a que crea los riesgos para su provecho propio , con la finalidad de obtener ganancias o una satisfacción .

Ya que en su favor se inclinan los beneficios eventuales , las buenas probabilidades , debe sufrir las malas . Ubi emolumentum , ibi onus . Bastará , por tanto , para producir la responsabilidad que exista una relación de causalidad entre la actividad del demandado y el perjuicio sufrido por el actor .

El riesgo creado se convierte de este modo en fundamento de responsabilidad . En el terreno de la industria se le ha denominado riesgo profesional ; y para mayor abundamiento se



he dicho que el empresario debe y puede incluir ese capítulo dentro de los gastos generales de su empresa "

Una objeción hay que hacer a la teoría del riesgo creado , radica en su propio fundamento : -el que goza de una cosa como dueño está obligado a indemnizar el daño que ella ocasione , como justa compensación de los provechos que la cosa le reporta-

Todo hasta aquí , muy bien , pero en caso de insolvencia del dueño de la cosa , habría que aplicarle la misma sentencia ? O se podría poner en práctica el principio barbaro de que si no tiene sino el cuerpo para pagar , que pague con los brazos ?

Ante semejantes inconvenientes , el código suizo de las obligaciones en su art. 54 , y el alemán en el 629 del código civil , adoptan un temperamento más justo , permitiendo al juez dictar condenas de equidad para determinar si es justa la indemnización y en caso de que haya lugar , para determinar su cuantía , el juez debe tener en cuenta los recursos y necesidades tanto del demandante como del demandado , sin llevar a este a la miseria y sin dejarlo impedido para cumplir otras obligaciones .

## RESPONSABILIDAD CIVIL DE LAS PERSONAS JURIDICAS

Nueva fase de la responsabilidad civil es esta de que vamos a tratar .

Cosa generalmente admitida es , dentro del campo del derecho , la responsabilidad civil de las personas jurídicas .

La responsabilidad penal , sigue todavía sujeta a discusión , la civil , se admite por todos , cualquiera que sea el criterio adoptado en cuanto a la naturaleza de la personalidad jurídica .

Tiene como objeto en el derecho privado la idea de la personalidad jurídica , permitir a las agrupaciones de personas y de capitales la participación en el comercio jurídico en igualdad de condiciones que las personas físicas .

No puede admitirse que aquellas pretendan la responsabilidad de las últimas sin ser a la vez responsables en las mismas condiciones .

La responsabilidad exclusiva de sus representantes sería insuficiente para terceros , y demasiado onerosa para ellos mismos .

Si el carácter de las personas jurídicas las hiciera irresponsables extracontractualmente también podrían serlo contractualmente , y todavía a nadie se le ha ocurrido sostener que las personas jurídicas se encuentran exoneradas de cumplir los contratos celebrados en su nombre .

De aquí bien se puede sacar la conclusión de que las personas jurídicas son responsables civilmente tanto en

el caso de culpa probada como por las presunciones de culpa .

34

Se ha llegado a formular como interrogante , dado que las personas jurídicas siempre actúan por mediación de las personas físicas , si la obligación será a título de mandante o comitente del que actúa en su nombre , ya que la existencia de la culpa o el funcionamiento de la presunción se determinan en primer término en relación con el agente , o bien , si alguno de esos agentes no deberá considerarse como representante de la persona jurídica , tanto en el plano contractual como en el extracontractual , de manera que su culpa será apreciada como culpa de la persona jurídica y las presunciones de culpa se aplicarán directamente contra esta .

Para la solución de este problema se ha acordado que la persona física que ha actuado como órgano de la persona jurídica queda libre de toda responsabilidad personal .

Veamos ahora un caso especial , propio de las personas jurídicas y de las colectividades de personas .

Consiste en que varios miembros del grupo , actúan colectivamente y sin acuerdo previo por parte de los que tienen facultades para adoptarlo .

Cuando los que actúan sean suficientemente numerosos , no será la agrupación o colectividad misma la que actúa y por tanto quedará obligada ?

No nos parece . Las personas jurídicas , bajo el aspecto de vista de los actos voluntarios , actos ilícitos o jurídicos , tienen vida jurídica en tanto se hallan organizadas y en función de su organización ; luego será necesario que el acto haya sido aprobado por la asamblea general o por los agentes de la dirección o consejo de administración .

En la practica , se entenderá que existe el asentimiento de los dirigentes de la persona jurídica siempre que no solo hayan participado en el acto , sino cuando teniendo conocimiento del mismo , no se hayan opuesto a su realización .

Por otra parte , de conformidad con la regla admitida en cuanto a sociedades se refiere , quedará obligada la colectividad aun cuando se haya constituida de modo irregular o cuando adoleciendo de anomalías hayan tomado sus representantes la decisión adoptada .

DEL ESTADO POR LOS ACTOS DE SUS FUNCIONARIOS

Analizados los conceptos sobre la responsabilidad civil de las personas jurídicas entramos al estudio de la responsabilidad civil del estado por los actos de sus funcionarios .

La antigua teoría de la responsabilidad del estado , por ser el derecho administrativo una ciencia completamente nueva , para establecer la responsabilidad del estado por los actos de sus funcionarios , acudía al derecho civil y asimilaba al estado y a sus agentes al amo al primero y a sus criados a los últimos .

La culpa dentro de esta teoría , es la única fuente de responsabilidad ; depende la culpa de la mala o buena escogencia que el estado hace de sus agentes y de la mala o buena vigilancia de los mismos para evitar que cometan los daños cuya responsabilidad se le deduce .

Los principios expuestos son aplicables a las personas y no al estado , por lo que su mismo fundamento es erróneo .

Consisten sus errores en lo siguiente :

Primero : Porque los gobernantes y el estado no pueden ser comparados a los criados y al amo por cuanto que no es precisamente el estado el que dirige a sus gobernantes , sino son estos los que le dan forma y le hacen actuar .

Segundo : Los patronos y los amos son personas independientes de sus subalternos , en tanto que el estado como persona moral que es , no es distinto de sus gobernantes puesto que

actua por medio de estos .

87

Tercero : Los dueños pueden vigilar a sus subordinados , y son personas independientes los unos de los otros , no sucede lo mismo con el estado ya que es incapaz de vigilar a sus agentes puesto que vigila por medio de ellos .

Se desprende naturalmente de esto que no hay semejanza en la situación contemplada por nuestro Código Civil y los principios de derecho administrativo para hacer responsables al estado y a sus secciones .

La teoría moderna sobre la responsabilidad del estado ha tenido su origen y desarrollo en Francia ; su Consejo de estado ha analizado su fundamento en la jurisprudencia y ha marcado el principio a seguir .

Sirven de antecedentes a la moderna teoría de la responsabilidad civil del estado los principios del Código Civil sobre responsabilidad común , pero la responsabilidad administrativa se aparta de estos principios por cuanto que se estructura sobre un elemento nuevo , extraño al derecho civil , que es la noción de servicio público .

Sus bases son las siguientes : El estado puede perjudicar a los particulares : a) por las leyes que dicta ; b) por los fallos que pronuncia ; c) por el funcionamiento de los servicios públicos .

Se pueden ver aquí claramente las situaciones de responsabilidad del estado como legislador , como juez y como gerente de sus servicios públicos .

Estos principios no solamente regulan la responsabilidad de los órganos centrales del estado sino que se aplican también a los Departamentos , Municipios y demás establecimientos

88

públicos .

En un tiempo se aplicaron principios de derecho civil a la responsabilidad de ciertos establecimientos públicos , pero luego se vió que esta distinción entre los establecimientos públicos y el Estado , los Departamentos y Municipios carecía de fundamento toda vez que el servicio público es la base de la responsabilidad , y siendo el servicio jurídicamente el mismo cualquiera que sea la entidad que lo preste , no se justifica que en determinados casos se apliquen los principios de derecho administrativo y en otros los del derecho civil .

Coexisten en el derecho administrativo las dos formas de responsabilidad ; la responsabilidad por culpa , que se rige en principio por las reglas del Código Civil , y la responsabilidad sin culpa , que puede ser garantía por riesgo , que se rige por principios generales de derecho público , aunque esos principios no estén escritos en muchos casos , sin embargo el fundamento de esta última clase de responsabilidad se haya en las disposiciones constitucionales que consagran las garantías civiles de todos los administrados .

Ya hablamos de la responsabilidad que puede tener el estado en ejercicio de sus funciones , estudiemos ahora cada una de ellas .

En primer término tenemos la responsabilidad del estado por las leyes que dicta .

Como principio general , el estado no es responsable de los daños que los particulares puedan sufrir en sus vidas o en sus bienes con motivo de las leyes de carácter general que dicta el parlamento ; pero , este principio tiene excepciones cuyo fundamento es el de que muchas leyes son actos de administración por

los cuales sí responde el Estado .

89

Por ejemplo , si las leyes establecen monopolios o como medida tienen el objeto de enriquecer en cualquier forma el patrimonio público , los individuos que en virtud de la aplicación de esa ley sufran perjuicios apreciables en dinero , deben ser indemnizados .

Además , si el daño causado por la ley , es especial y no general , el daño será causa de indemnización .

Viendo el segundo aspecto , o sea el de que la ley tenga por objeto enriquecer al patrimonio público , aunque ella no establezca un monopolio , la obligación del Estado de indemnizar los daños se impone y como ejemplo tenemos los casos de expropiación y la destrucción de edificios particulares para contribuir al embellecimiento de una ciudad .

Hay que tener en cuenta que no basta que la ley establezca un monopolio , sino que prive a algún ciudadano de alguna industria lícita para que haya lugar al resarcimiento .

Estudiando la responsabilidad del Estado por los fallos judiciales , encontramos como principio general que los actos jurisdiccionales nunca comprometen la responsabilidad del Estado .

Sin embargo , hay casos , en que por virtud de un error judicial es condenado un individuo por un delito que no ha cometido ; demuestrada su inocencia y absuelto , podrá este individuo pedir indemnización , y en tal caso , a quien ?

Lógico es que debería reclamarla al Estado como agente que es del servicio público de justicia .

El artículo 578 del Código de Procedimien-



to Penal Colombiano resuelve esta situación del modo siguiente :  
"Los condenados a quienes se absolvieren en virtud de la revisión , o sus herederos , tendrán derecho a exigir a los magistrados o jueces o testigos o peritos que hubieran determinado la condena , la indemnización de los perjuicios sufridos con ella . La acción correspondiente se surtirá ante los jueces competentes del ramo civil" .

Esta disposición de nuestro Código de Procedimiento Penal , no es del todo justa , ya que hace impracticable el resarcimiento de los daños cuando las personas responsables son insolventes .

El profesor Bonnard dice al respecto "En materia penal , cuando la inocencia de un condenado ha sido reconocida en la revisión de su proceso , hay lugar a indemnización por causa de error judicial cometido " .

El Estado , salvo las ejecuciones que lleve a cabo por sus actos de gobierno , como administrados , siempre es responsable ; aunque como persona jurídica , por principio general se tiene por carente de responsabilidad en sus actos de legislador y juzgador .

Tenemos pues al Estado responsable por causa del funcionamiento de los servicios públicos , excepto por las ejecuciones que se lleven a cabo por sus actos de gobierno .

La responsabilidad del Estado como administrador de sus servicios públicos , radica en que el Estado en esta situación está asimilado a una persona jurídica , y como tal no puede actuar físicamente , sino por medio de sus agentes o funcionarios .

Son los actos de los funcionarios los que comprometen la responsabilidad del estado , mas no en todos los casos .

Pueden presentarse los siguientes ca- 91  
sos :

Primero : Actos personales de los funcionarios ejecutados fuera de servicio y sin vinculación alguna con este , claro es que en esta situación , por regla general , los funcionarios no comprometen sino su propia responsabilidad .

Segundo : Actos personales de los funcionarios que , por su estrecha vinculación con el servicio , deben reputarse actos de servicio .

Tercero : Actos de servicio .

En el primer caso , o sea el de las faltas personales de los funcionarios , se reconocen en que constituyen hechos de la vida común de los hombres , ejecutados con dolo y por vías extrañas al servicio público en que el funcionario se encuentra destinado como empleado .

Este acto debe ser personal del agente y completamente desvinculado de la función .

Debe mirarse sobre todo el aspecto intencional del acto que revele su individualización ; no basta que el acto sea ilegal o cumplido contra sus ordenes o contra los reglamentos del servicio , porque el funcionario bien ha podido actuar en interés del servicio violando sus reglamentos ; en cuyo caso , el acto , aunque aparentemente personal , sería un acto de servicio .

Inversamente , puede acontecer que un empleado dentro del servicio y ejerciendo sus funciones , cometa un acto personal , como cuando excediéndose de sus funciones sin necesidad se compromete por exceso , como sucede con los abusos .

En las faltas de los funcionarios impu-

tables al servicio se comprenden aquellos actos ejecutados por los funcionarios en interés del servicio y con ocasión a su trabajo, pero con menoscabo del buen funcionamiento del servicio.

Refiriéndose a esta situación dice el profesor Hauriou "Son las negligencias, las omisiones, los errores que, aunque censurables, hacen parte de los hábitos del servicio, y por consecuencia le son inseparables. Podría añadirse más: son las faltas imputables a las autoridades que dirigen el servicio más que a los agentes subalternos que han cometido materialmente el hecho".

Estos actos pueden ser por acción o por omisión.

El profesor Carlos H. Pareja se expresa en estos términos sobre esta materia: "El hecho de que el acto esté prohibido por el reglamento del servicio o expresamente contraordenado por las autoridades superiores, no lo hace acto personal del agente cuando ha podido ocurrir por una mala organización del servicio, por indisciplina habitual o a ciencia y paciencia de los superiores que lo contemplan sin impedirlo.

En tal caso, el hecho es, a la vez, hecho personal del agente y hecho del servicio, por cuanto la primera condición solo ha podido ocurrir a causa de existir la segunda, o sea la indisciplina o desorganización del servicio. Este es el caso en que hay acumulación de la responsabilidad del agente y del Estado, y esa responsabilidad puede hacerse efectiva a este, sin perjuicio de que repita contra su agente, sin que a ello se oponga la doctrina de la Corte que contiene el fallo de 10 de diciembre de 1.937 por cuanto esta doctrina contempla el caso de la falta personal sin falta de servicio, o viceversa, y la que nosotros estudiamos es la falta personal unida a la falta de servicio, o

atribuible a esta , con o sin culpa" .

Las faltas del servicio , que provienen anónimamente , sin ser determinadas por funcionario alguno , son causas de responsabilidad también .

Nunca pueden estas faltas reputarse como personales de los funcionarios ; ellas provienen de la organización defectuosa del servicio . Ejemplo de esta clase de falta es la carta que se extravía en el correo del Estado .

El estado tiene una responsabilidad absoluta en esta clase de faltas , ya que se encuentran basadas en una irregularidad de la actividad administrativa .

Dice el profesor Bonnard "hay funcionamiento defectuoso y por consiguiente falta de servicio , no solamente cuando el servicio ha funcionado mal , sino también cuando no ha funcionado , habiendo debido funcionar , o cuando habiendo funcionado lo ha hecho tardíamente" .

La teoría del riesgo creado es también aplicable a los actos ejecutados por el Estado administrador .

Refiriendonos ligeramente a los actos de policía , podemos decir como teoría general de los mismos actos de policía que no son fuente de responsabilidad para el Estado , para que esta pudiera existir se haría necesario que el daño fuera anormal y excepcional , y que no afecte en forma igual a la generalidad o colectividad de individuos que constituyen la nación .

Para considerar esta clase de responsabilidad , hay que tomar a la policía como un servicio público , que es obligado a dar protección a todos los administrados conforme a la constitución .

Como el servicio de policia es de pres-  
tacion discrecional , corresponde a las autoridades decidir , si  
es o no necesaria su proteccion ; sobre todo , porque no son los  
ciudadanos los que han de imponer al estado la proteccion que este  
debe concederles .

Sin embargo , hay casos , en que el ciu-  
dadano puede pedir proteccion a las autoridades y echar sobre el es-  
tado la obligacion de prestarsela so pena de indemnizarle los per-  
juicios .

En casos de huelgas y lock-outs , los in-  
teresados pueden lograr que los jueces obligados a amparar la propie-  
dad privada , ordenen que la policia preste a los propietarios la  
proteccion necesaria , los ponga en posesion de sus bienes y resti-  
tuya a los obreros al trabajo ilegalmente interrumpido .

Si en tales casos la policia no funciona  
correctamente , falta a una obligacion y debe reparar las consecuen-  
cias ; pero es necesario que el dano se produzca y el mandato judi-  
cial se haya dado y sea legal .

El simple hecho de una huelga con ocu-  
pacion indebida de una fabrica no causa responsabilidad al Estado  
si no se han llenado las formalidades que anunciamos en el parrafo  
anterior , o si la proteccion del estado , con todos sus esfuerzos ,  
no ha sido suficiente .

No es excepcional ni anormal el riesgo en  
estos casos ; es el mismo riesgo a que estan sujetos todos los habi-  
tantes .

Veamos la aplicacion que esta teoria tie-  
ne en Colombia .

En Colombia, la teoría de la responsabilidad del Estado no ha podido independizarse del derecho común, ya que no hay ley determinada que establezca en forma expresa la responsabilidad del Estado.

La teoría de la responsabilidad del Estado en Colombia tiene por base la culpa y saca sus fundamentos de los artículos 2347 y 2349 del Código Civil que dicen: "Art 2347 " Toda persona es responsable, no solo de sus propias acciones para el efecto de indemnizar el daño, sino del hecho de aquellos que estuvieren bajo su cuidado.

Así, el padre, y a falta de éste la madre, es responsable del hecho de los hijos menores que habiten en la misma casa.

Así, el tutor o curador es responsable de la conducta del pupilo que vive bajo su dependencia y cuidado.

Así, el marido es responsable de la conducta de su mujer.

Así, los directores de colegios y escuelas responden del hecho de los discípulos mientras están bajo su cuidado, y los artesanos y empresarios, del hecho de sus aprendices o dependientes, en el mismo caso.

Pero cesará la responsabilidad de tales personas, si con la autoridad y el cuidado que su respectiva calidad les confiere y prescribe, no hubieran podido impedir el hecho".

Art. 2349 "Los amos responderán del daño causado por sus criados o sirvientes, con ocasión de servicio prestado por éstos a aquellos; pero no responderán si se prueba o apareciere que en tal ocasión los criados o sirvientes se han comportado de un

modo impropio , que los amos no tenían medio de prevenir o impedir empleando el cuidado ordinario y la autoridad competente ; en este caso recaerá toda la responsabilidad del daño sobre dichos criados o sirvientes" .

Los jueces , retrogradando los conceptos modernos a la época clásica , asimilan al Estado a los amos y comitentes y a sus funcionarios a sus sirvientes o criados .

Cuando estos causan daño a particulares deben probar la culpa in eligendo o la culpa in vigilando del Estado , para que sobre esto recaiga la responsabilidad del hecho ; hay leyes especiales que regulan la responsabilidad de determinados servicios , como el de ferrocarriles .

No se reconoce en Colombia la responsabilidad por riesgo , ni se ha construido teoría alguna sobre el hecho de los servicios independientes del hecho de sus funcionarios .

A pesar de la carencia de teoría alguna sobre la responsabilidad del Estado en Colombia , nuestra Corte Suprema de Justicia se ha mostrado amplia en la aplicación de estos principios , hasta llegar a equipararse a los países que están más avanzados sobre esta materia .

Por parecernos de interés , enumeramos a continuación algunas doctrinas de la Corte sobre responsabilidad del Estado .

"Siendo el Estado una persona jurídica y habiendo obrado un agente del Gobierno en virtud de facultades generales y extraordinarias , conferidas por el mismo Gobierno para el régimen de un Departamento , no puede desconocer que los actos del agente comprometen la responsabilidad civil del comitente , que obra

en nombre de aquel y en ejercicio de la autoridad que se le ha da-  
do " . Sent . oct 20 , 1898 .

" Segun los principios dominantes en la  
materia , las entidades de derecho público (la Nacion , los Depar-  
tamentos y los Municipios) no responden civilmente por los actos  
que los representantes de tales entidades ejecuten jure imperii,  
como son los referentes al nombramiento y remoción de empleados .

Por punto general , solamente los actos  
de gestión , que las referidas entidades ejecutan como personas de  
derecho privado pueden en determinados casos dar origen a la respon-  
sabilidad y consiguientemente obligación de indemnizar perjuicios"  
Sent junio 9 de 1.926 .

" El artículo 2356 del Código Civil extien-  
de la reparación a todo daño inferido a una persona por malicia o  
negligencia de otra , de manera que no puede limitarse su ordena-  
miento unicamente al daño patrimonial , o sea en lo que mira al  
derecho de propiedad respecto de los bienes pecuniarios , ya que  
ese derecho es solo una parte del conjunto de elementos que in-  
tegran la persona humana como sujeto de derecho .

El hecho de que en muchos casos sea di-  
fícil determinar el quantum de la reparación moral , esa circun-  
stancia no puede ser óbice para fijarlo , aunque sea aproximadamente ,  
ya que de otro modo habría que concluir que derechos de alta im-  
portancia quedaban desamparados por las leyes civiles , cuando quie-  
ra que su infracción escapara a la acción de las leyes penales .

Para estimar los perjuicios causados al  
querellante por razon del dolor o molestia que le ha producido el  
hecho indebido o negligente de otro (la extracción de los restos de



los restos de un ser querido) , los peritos además de las razones que sirvan para fundar su dictamen , deben tener en cuenta la intensidad del agravio , la condición social del demandante y de la persona a que se refieren los restos , y las circunstancias de haber comprado aquel la bóveda para mantenerlos guardados al amparo de toda profanación" . Casación , 21 de julio de 1.928 .

CIVIL CONTRACTUAL

Para descargarse el deudor de la responsabilidad, tiene que establecer que en la inexecución de la obligación no se le pueden discernir las condiciones necesarias para declararle responsable, y que de tal inexecución no ha obtenido provecho alguno.

La responsabilidad de todo deudor es obligada desde que el acreedor prueba el daño y la inexecución de la obligación contractual. Luego, una presunción de culpa pesa siempre sobre el deudor en todos los casos de responsabilidad contractual, para exonerarse de la responsabilidad, tiene que descargarse de la presunción de culpa.

Dos maneras tiene el deudor para descargarse de la presunción de culpa: por causas de excusa legal y por causas de justificación.

No traen las modernas teorías sobre la culpa en el derecho civil un orden establecido sobre las causas de excusa legal y las causas de justificación; cada expositor se dedica a estudiar indistintamente las causas de su preferencia, mezclándolas a veces, sin procurar una ordenada nomenclatura de las mismas.

Iniciaremos nosotros el estudio con la falta del acreedor.

Lógico es que no habrá lugar a responsabilidad alguna por parte del deudor si la inexecución de la obligación se debe a culpa del acreedor, como si en un contrato

de mutuo el acreedor no puede prestar la cantidad de dinero completa a que se ha comprometido o necesita que el deudor se la devuelva antes del plazo fijado .

Refiriendose a la responsabilidad del deudor , nuestro Código Civil dice en su artículo 1604 "El deudor no es responsable sino de la culpa lata en los contratos que por su naturaleza solo son útiles al acreedor ; es responsable de la leve en los contratos que se hacen para beneficio recíproco de las partes ; y de la levisima en los contratos en que el deudor es el único que reporta beneficio .

El deudor no es responsable del caso fortuito , a menos que se haya constituido en mora (siendo el caso fortuito de aquellos que no hubieran dañado a la cosa debida , si hubiese sido entregada al acreedor) , o que el caso fortuito haya sobrevenido por su culpa .

La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que debido emplearlo ; la prueba del caso fortuito , al que lo alega .

Todo lo cual , sin embargo , se entiende sin perjuicio de las disposiciones especiales de las leyes , y de las estipulaciones expresas de las partes " .

Este ultimo inciso pone de manifiesto que la responsabilidad contractual marcada por el artículo 1604 , puede ser modificada por la voluntad de las partes .

Y si pueden ser modificadas por la voluntad de las partes las cláusulas que enuncian los motivos de responsabilidad del deudor , claro está que entre estas modificaciones se pueden establecer cláusulas que eximan la responsabilidad del deudor .

101

dor , y aquí tenemos otra causa de exoneración de la responsabilidad del deudor .

Refiriéndose a estas cláusulas de irresponsabilidad , los tratadistas franceses dicen que perfectamente se puede estipular en un contrato que el deudor no responderá de culpa alguna , o sea de cualquiera falta de cuidado en que de buena fe incurra en el cumplimiento de la obligación , lo que no quiere decir que en virtud de la dicha cláusula de exoneración por culpa <sup>libre</sup> liberte al deudor del cumplimiento de la obligación , porque solamente se trata de que no será comprometida su responsabilidad pero sí está obligado al cumplimiento de la obligación por que del contrato no se han suprimido las demás cláusulas que pesan sobre el deudor .

Como ejemplo de esta clase de contratos tenemos los que hacen firmar las empresas de navegación interoceánica en los barcos de turismo ; la empresa se compromete a transportar al pasajero y su equipaje , pero no responde de las pérdidas que sufra el equipaje en el curso del paseo .

Los hermanos H y L Mazeaud , en su "Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle" dicen de estas cláusulas de irresponsabilidad :

"Pero un contratante no podría estipular que si intencionalmente no ejecuta su obligación no será de ello responsable , porque no podría estipular que no responderá del dolo , esto es , de la intención positiva de perjudicar a la otra parte , ya que tal estipulación sería ilícita . Así lo disponía el Derecho Romano . Por otra parte , dejar al deudor la facultad de estipular que , si intencionalmente no ejecuta su obligación , no

será responsable , sería dejarle la facultad de ejecutar o no ejecutar el contrato a su arbitrio ; al mismo tiempo que debería , no debería porque dependería de el no deber ; su obligación dependería de su mera voluntad" .

Aunque ya dejamos visto el estudio sobre la culpa al tratar de la responsabilidad contractual , como ella es uno de los fundamentos esenciales de la responsabilidad , queremos , antes de seguir adelante , hacer esta anotación : Hay autores que dicen puede haber responsabilidad contractual sin culpa y otros que la culpa se hace necesaria para que se produzca la responsabilidad .

Nosotros , no encontramos otra cabida para que se produzca la responsabilidad sin culpa que el riesgo creado .

Producida la responsabilidad , el deudor tendrá que probar para descargarse de la inejecución de la obligación y por consiguiente de la responsabilidad cualquiera de estas causas de exoneración : Cumplimiento de la ley , disposición de autoridad legítima , autorización administrativa , autorización o mandatos judiciales , caso fortuito o fuerza mayor .

Bien pudiéramos decir aquí con frases propias del derecho original , que no se trata de causas de exoneración sino de causas de justificación .

Lo mismo que en materia penal , en materia civil , los actos ordenados por la ley no pueden ser imputados a su autor .

La disposición de autoridad legítima , especialmente si es autoridad militar , ha llevado a admitir que el

agente podrá ser relevado de responsabilidad por el ilícito realizado en cumplimiento de órdenes superiores, por ejemplo, si en el entrenamiento del ejército, un capitán da orden de romper la empalizada que sirve a una hacienda para encerrar el ganado; los soldados, en este caso, necesariamente tienen que ser relevados de toda responsabilidad.

Ya dijimos, cuando tratamos de la responsabilidad del Estado por los hechos de sus funcionarios, que no había lugar a la responsabilidad en casos de cumplimiento de trabajar en fajas expropiadas judicialmente por la nación y que estuvieran ocupadas todavía, o cuando las autoridades públicas proceden a quitar de las casas los artefactos que vayan contra la buena vista y el embellecimiento de la ciudad.

Hay casos, especialmente en aquellos en que se concede autorización para el funcionamiento de fábricas que implican peligro o insalubridad, cuando por culpa se excede la fábrica o viole las normas trazadas por las relaciones de vecindad podrá obtenerse orden judicial para que aquella adopte medidas para evitar perjuicios futuros, pero los tribunales no podrán decretar el cierre del establecimiento.

Si la fábrica se encuentra funcionando por autorización ilegal de autoridad no competente no podrá ser eximida de responsabilidad.

Las autorizaciones judiciales no constituyen completa garantía de irresponsabilidad aunque ellas sean causas de justificación; implican responsabilidad al no emplear en la ejecución de aquellas los medios lícitos y el carácter regular del acto; aunque habrá que tener en cuenta la negligencia del sujeto.

al no haber procedido a cumplir la autorización judicial a la medida en que pudo haber creído justificar el acto al confiar en la disposición judicial .

Las disposiciones judiciales , ya sean el resultado de la jurisdicción contenciosa o voluntaria , no constituyen otra cosa que una autorización , en el sentido de que si por cualquier circunstancia queda desvirtuada por algún recurso de la parte ejecutada , la parte ejecutante tendrá que reparar los daños causados por la ejecución .

El caso fortuito o fuerza mayor es otra de las causas de exoneración de la responsabilidad .

Nuestro Código Civil define en estos términos el caso fortuito : "Se llama fuerza mayor o caso fortuito el imprevisto a que no es posible resistir , como un naufragio , un terremoto , el apresamiento de enemigos , los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público etc" .

Los tratadistas franceses discuten si son cosas sinónimas la fuerza mayor y el caso fortuito , y cobra fuerza esta creencia porque el legislador habla a veces de fuerza mayor y otras de caso fortuito .

Sin embargo , una interpretación se le ha dado ultimamente a estas palabras : fuerza mayor cuando proviene del acto dado por una autoridad competente y caso fortuito cuando el hecho proviene de la naturaleza .

Para que haya caso fortuito o fuerza mayor son necesarios cuatro requisitos :

Primero : Se requiere que el hecho se produzca independientemente de la voluntad del deudor ;

Segundo : Se requiere que este acontecimiento sea imprevisto , que las partes no hayan podido preverlo ;

Tercero : Se requiere que el acontecimiento sea insuperable ;

Quarto : El caso fortuito o fuerza mayor debe tener como consecuencia una imposibilidad permanente de ejecutar la obligación .

El primer caso establece , como se requiere que el hecho se produzca independientemente de la voluntad del deudor , <sup>que</sup> no quedará este eximido , si el hecho se produce durante su culpa o su mora .

Refiriéndose al segundo caso los tribunales franceses han fallado mas de una vez que no hay caso fortuito cuando un individuo se compromete a vender cierta cantidad de mercadería que no tiene en su poder y después de un acontecimiento cualquiera no puede adquirirla .

En cuanto al caso fortuito , como requisito se necesita también que haya una absoluta imposibilidad de preverlo y que impida el cumplimiento de la obligación .

Si el acontecimiento produce una imposibilidad temporal , no exime al deudor .

Siempre quedará este obligado cuando hayan cesado las causas que impidieron el oportuno cumplimiento de la obligación .

Sin embargo , no habrá lugar a exoneración por caso fortuito en los siguientes casos establecidos por nuestro Código Civil :

Artículo 1732 " Si el deudor se ha constituido responsable de todo caso fortuito , o de alguno en particular



se observará lo pactado" .

El artículo 1.731 dice en su inciso segundo "Sin embargo , si el deudor está en mora , y el cuerpo cierto que se debe perece por caso fortuito , que habría sobrevenido igualmente a dicho cuerpo , en poder del acreedor , solo se deberá la indemnización de los perjuicios de la mora . Pero si el caso fortuito pudo no haber sucedido igualmente en poder del acreedor , se debe el precio de la cosa y los perjuicios de la mora" . y , el Artículo 1735 "Al que ha hurtado o robado un cuerpo cierto , no le será permitido alegar que la cosa ha perecido por caso fortuito , aun de aquellos que habrían producido la destrucción o pérdida del cuerpo cierto en poder del acreedor" .

En síntesis tenemos que no habrá lugar a exoneración por caso fortuito o fuerza mayor , cuando el deudor ha tomado expresamente sobre sí el caso fortuito ; cuando se ha producido el caso fortuito durante la mora del deudor ; cuando la cosa perece en mano de quien la ha hurtado o robado .

EXONERACION DE LA RESPONSABILIDAD

DELICTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL

La justa facultad de obrar, como principio esencial del derecho, ha establecido normas de conducta a seguir en determinados casos en que el individuo, fuera de la tutela jurídica del estado, tiene que cobrarse justicia por su cuenta, cuando el estado se encuentra imposibilitado para impedir que se violen los derechos del individuo.

Todos los tratadistas respaldan esta opinión ya que de otra manera romperían los principios del derecho mismo, de suerte que la justa facultad de obrar quedaría quebrantada.

No queremos decir con esto, que el agente puede extender su actividad hasta violar el derecho ajeno, ya que la justa facultad de obrar se entiende dentro de la esfera jurídica del agente.

Luego, si esta actividad es permitida por el derecho, tenemos que aquel que ha procedido jure, es decir, dentro de la esfera de su derecho, queda exonerado de la responsabilidad delictual que pueda haberle, toda vez que en la acción del agente, nada hay de ilícito cuando obra en ejercicio de su derecho.

Tenemos pues que cuando el agente comete una ofensa como consecuencia del ejercicio de la facultad que le corresponde, o en el de una obligación impuesta legítimamente, el lesionado carece de derecho para exigir la responsabilidad y contraer a la parte obligada al resarcimiento del daño, ya

que en este nada hay de ilícito .

Marcarlas como están las fronteras de actividad jurídica de cada persona , no se las puede franquear sin justo motivo y quien de tal manera procede tiene que confrontar su derecho con el ajeno porque de no hacerlo así incurriría en responsabilidad .

Dos consecuencias se desprenden de esta situación jurídica : la primera , que no podrá demandar por responsabilidad aquel que no ha sufrido lesión alguna por el hecho dañoso o injurioso ; la segunda , que no habrá lugar a responsabilidad de la parte ofendida cuando el hecho lesivo surge por la amenaza de violación del derecho de la parte ofendida .

Estas consecuencias ofrecen lugar a discusión cuando se presenta el problema de la moral para limitar el campo del derecho , cosa sumamente peligrosa , porque solo la ley puede limitar derechos ya de modo directo , ya reconociendo ciertas convencionalidades , pero , al tratar de semejante asunto , el razonamiento jurídico debe partir de otras bases y proceder de otro modo ; porque las facultades que tienen los sujetos de derecho y las garantías para ejercitarlo no le imponen la condición de elegir entre los modos de ejecución y someterlo a la renuncia del modo más ventajoso si este produce daño a otro .

La otra consecuencia deducida de la teoría de obrar jure , se refiere a la defensa de la propia persona a fin de alejar un daño que lo amenaza próximo a suceder .

Basada esta segunda conclusión en la teoría de la legítima defensa , hay necesidad de examinar

sus elementos, porque relacionados a los factores de tiempo y lugar, donde se realiza la amenaza, es como debe determinarse la verdad de la preocupación y el poder de la persona de medir la defensa para que no exceda del peligro que trata de eludir con ella.

Estudiada la exoneración de la responsabilidad delictual y extracontractual por la manera de obrar jure en la teoría general veamos además que casos diversos pueden desprenderse de esta manera de obrar, que de ella toman su fuerza jurídica, y luego estudiaremos las múltiples facetas que cada uno de estos casos puede confrontar en el campo que analizamos.

Se presentan los casos siguientes como causas de exoneración: La legítima defensa; el estado de necesidad; la culpa de la víctima; el caso fortuito; el hecho de un tercero; la voluntad del agraviado; la prescripción del derecho o de la acción; la renuncia de la acción; y, no al empuje, la buena fe, y el pacto anterior al hecho ilícito.

Enunciadas anteriormente algunas consideraciones sobre la legítima defensa veamos los elementos estructurales que la componen: a) una agresión injusta por parte de una persona sin haberle dado motivo el agredido; b) inminencia de peligro grave del honor, de la vida o de los bienes del agredido; c) que el ataque sea proporcional a la defensa.

Para la licitud del acto no hace necesaria la justicia de la reacción; la ofensa por reacción no es por lo tanto ilícita; por ella no hay un derecho lesionado, lo que hay es la acción ejercitada jure de quien ofende únicamente para evitar la agresión injusta y la inminencia del peligro.

La segunda causa de exoneración trata

del estado de necesidad . Como no es nuestro proposito hacer profundos estudios sobre estos casos en si , sino como causas de exoneración , desechemos los casos de necesidad que se alejan un poco de la materia tratada para entrar a estudiar a aquel que como la legitima defensa pone en peligro la vida o los bienes de una persona .

Muy parecidas son las situaciones de legitima defensa y estado de necesidad ; para establecer una diferencia rotunda entre ambas situaciones jurídicas el profesor Raimundo del Rio dice que para que haya estado de necesidad se hace necesaria una colisión de derechos como que no sucede en la legitima defensa donde hay solamente un derecho legitimo que es el de la parte ofendida .

Como ilustración damos el ejemplo de aquel que en un naufragio se agarra a la tabla salvadora sin tener en cuenta al resto de sus compañeros que tratan de salvarse por medio de la misma tabla .

Será también jure la acción en este caso ?

Para algunos autores el temor en este caso es justo y legitima la acción dañosa , otros investigan la existencia de este temor racional independientemente de las circunstancias del caso para la valoración de los perjuicios civiles ; para nosotros , no es posible eludir el siniestro , ni entrar a avaluar después de este los perjuicios según hubiera tenido o no razon el sujeto responsable al proceder de esta manera .

Para motivo justificante de la no responsabilidad , basta decir que el daño inferido al tercero por huir

o evitar el daño conque otro amenaza, no determina que la acción ejercitada sea jure, pero ello no impide la exención porque quien obra en estado de necesidad obra bajo la presión del caso fortuito.

Un ejemplo más claro todavía es el de aquel que destruye una casa vecina para salvar del incendio a la propia a fin de que aislando la casa del lugar del incendio no se propaguen las llamas.

Aprovechándose de este ejemplo dicen algunos autores que si el incendio ha invadido ya la casa, la acción es jure, otros, que siempre lo es, aunque el incendio no hubiera invadido la casa.

El profesor Giorgi trae este ejemplo, si un capitán de buque, para salvar el que manda, choca voluntariamente con otro, tendrá por esto responsabilidad?

Su acción en este caso no es el ejercicio de un derecho, es una ofensa inferida al derecho ajeno; pero si bien el caso fortuito bajo cuya presión obró justifica la exoneración de la responsabilidad, debe responder por el enriquecimiento ilícito, ya que la salvación de su propia nave y la conservación de sus cosas, dependen del daño que causó sin tener derecho. Nos parece bien hacer notar que en este caso no hay un verdadero estado de necesidad, ya que no había colisión de derechos por parte de la nave a redida por que para ella no había ningún peligro, sobre todo; si el capitán de la nave agresora llevó a cabo el hecho para salvar a su buque de un escollo.

Nuestro Código de Comercio Marítimo en su artículo 56, inciso 4, establece la responsabilidad civil de los hechos del capitán o tripulación, bien constituyen un delito

112

o cuasidelito , bien import n una mera culpa , a favor del naviero .

Queremos agregar , que no será acto jure , todo aquel realizado con fraude a la ley .

En caso de exoneración de la responsabilidad delictual o extracontractual por culpa de la víctima , hay que examinar la conducta del ofendido , la que puede haber dado lugar al hecho dañoso o a la injuria , de un modo voluntario , o por negligencia .

En nuestro derecho del trabajo tenemos por ejemplo -y aquí tenemos un caso de culpa de la víctima como causa de exoneración extracontractual , no delictual- que los artículos 2y3 de la Ley 57 de 1.915 , exoneran de la responsabilidad extracontractual al patrono porque el hecho dañoso sea debido al descuido , imprudencia o arrojo innecesario del obrero , o a la desobediencia a órdenes expresas de los superiores o a los reglamentos de la empresa , y todo acto u omisión que produzca consecuencias desgraciadas al mismo trabajador .

Como ejemplo de exoneración de la responsabilidad delictual por culpa de la víctima , tenemos el caso de que el hecho que ocasionó el daño no se hubiera producido sin su culpa , como , al pasar un automóvil por la calle a velocidad normal una persona distraída se atraviese y rueda bajo el carro a pesar de haber puesto el conductor toda su maestría para evitar el desastre .

Hay veces en que la responsabilidad delictual se produce por el hecho de un tercero contra quien debe dirigir su acción el ofendido . Nuestro Código Penal nos da el

113

caso en su artículo 23 que exige de responsabilidad al actor cuando comete la acción por insuperable coacción ajena, sin que haya previamente el agente consentido en cometerla.

Del concepto tan extendido de que sin culpa no hay lugar a responsabilidad, se desprende de que cada uno responde de sus propios hechos y no de los cometidos por terceros, según lo cual existe la obligación por el ilícito ajeno cuando, dada la condición de la persona responsable con relación al autor material del hecho, debe reputarse este como propio de aquella.

En el consentimiento de la víctima es evidente la no existencia de injuria, -volenti non fit injuria- rezca el proverbio latino, ya que faltaría el concepto mismo de la lesión, siendo la víctima causa de su propio daño. Si cada uno debe soportar las consecuencias de sus actos, también justo es que sufra los efectos del daño que se produce por su propia voluntad.

Puede manifestarse esta voluntad en el hecho de buscar deliberadamente el daño y no rehuirlo ni reaccionar contra él, como sucede en materia de trabajo o a aquel que se arroja a las ruedas de un camión con el propósito de suicidarse.

La autorización para realizar determinados actos por cuyos motivos resulte dañoso el hecho del agente, no puede equipararse a consentimiento de la víctima, como en el caso de que se le encomienda a un médico una operación quirúrgica de extrema gravedad y por la cual no responde de la vida del paciente, o al abogado a quien se le encomienda la defensa de una causa cuyas



114

dificultades ya se hubieran puesto de relieve .

La voluntad del agraviado en caso de exoneración por culpa suya debe ser libre y desenvolverse con entero conocimiento del hecho , con el completo dominio de todas las facultades físicas y mentales .

Por este motivo quien hubiera influido en la voluntad de otro para llevarlo al suicidio , será responsable dice el artículo 367 de nuestro Código Penal , en el título sobre los delitos contra la vida y la integridad personal .

La prescripción es otra de las causas de exoneración de la responsabilidad extracontractual y delictual ya que muerta la acción o el derecho se hace imposible contraer al culpable del hecho o al responsable al resarcimiento de los daños sufridos por la víctima .

Toda obligación se extingue por la prescripción , luego la obligación de resarcir un daño causado por culpa extracontractual o delictual se extingue con el término fijado por la ley .

Causa de exoneración también es la renuncia de la acción . La voluntad de la víctima puede validamente manifestarse con la renuncia de la acción por responsabilidad , ya que la facultad de obrar dentro del derecho permite renunciar ; no tiene mayor importancia dentro del estudio que hacemos esta causa de exoneración .

No habrá lugar a exención de responsabilidad extracontractual o delictual por pacto de irresponsabilidad anterior al hecho ilícito , dicen los tratadistas sobre esta materia .

Ya vimos en la responsabilidad con-

tractual que si son validas las clausulas de irresponsabilidad establecidas en el contrato .

En cambio , hacer semejante cosa tratándose de la responsabilidad delictual , sería un verdadero delito .

Admitir de una persona la inmunidad por la ofensa que pueda cometer , va contra la moral pública y el orden jurídico .

Dentro del presente estudio , tenemos que confrontar casos aislados de responsabilidad , que aunque ligeros , no pueden pasarse por alto .

Tomemos el caso por ejemplo del agente de información , o mejor , una oficina de referencias , un Banco ; en tal caso , nos parece que no podrá declararse responsable a quien suministra los informes , consejos o noticias sobre determinada persona , aunque le cause perjuicios , cuando el agente se encuentra dentro de la oficina de información y en ejercicio de sus funciones .

Tomemos este caso por ilustración : La casa Barbur Hnos , pide una gran cantidad de licores a Inglaterra a crédito , con plazo de 90 dias , y los señores Barbur Hnos , sin saber que la casa de exportación de licores en Inglaterra ha pedido referencias al Royal Bank of Canada de los Barbur , habiéndolas obtenido malas , desperdician otras oportunidades y pierden una gran cantidad de dinero , porque , por supuesto , la casa de Inglaterra no les despacha .

En caso de que el Banco Royal haya procedido de buena fe , pero erradamente , podrán los Barbur entablar

acción de perjuicios contra el Royal Bank ?

Alc

No nos parece , porque aunque los Hnos Barbur fueron calumniados por el Royal Bank , esto lo hizo de buena fe y en ejercicio de sus funciones .

Tengase en cuenta que no tomamos aquí en consideración la culpa exigible en el vínculo jurídico creado entre la casa exportadora de licoras de Inglaterra y el Royal Bank , porque sería entrar nuevamente a la culpa contractual , sino , nos referimos solamente a los Barbur o sean las personas que se creen injuriadas o agravadas injustamente .

Libra la ley en ciertos casos las ofensas producidas , por ejemplo , los miembros del Parlamento en ejercicio de sus funciones ; las injurias expresadas por los litigantes , apoderados o defensores , en los escritos discursos o informes producidos ante los Tribunales y no dados por sus autores a la publicidad ; los autores de escritos históricos que no los hagan con el propósito rememorar o divulgar hechos que injurien directamente a determinada persona ; y , en caso de compensación de culpas , cuando las injurias sean reciprocas y según el criterio del juzgador .

Sobre la responsabilidad extracontractual y delictual , nuestra Corte Suprema de Justicia ha establecido su criterio en la forma siguiente : "No habiendo entre nosotros normas especiales que excluyan de indemnización civil en asunto como el que se estudia en este pleito , es lógico deducir que independientemente de la responsabilidad industrial existe a la vez la responsabilidad civil originada de la culpa aquiliana . Pero

si las acciones que se cuestionan no se excluyen, ello no significa que puedan acumularse las indemnizaciones, de tal modo que vengán a constituir fuentes de enriquecimiento.

El seguro obligatorio no se ha constituido para obtener lucro, sino como una medida de indemnización, de provisión y de garantía. No está en Colombia constituido por los aportes de los trabajadores, sino como carga del empresario. Como dicen rotundamente Planiol y Ripert, "un accidente no puede convertirse en una fuente de ganancia para la víctima, por consiguiente, cada indemnización no podrá reclamarse más que en la cuantía en que otra no haya bastado a indemnizar totalmente, pero cabe estos límites".

Otro fallo que merece citarse es el siguiente: El día 15 de enero de 1.938, en las primeras horas, el joven F. M. R. de diez y siete años de edad, se dirigía de Pereira a Andalucía (Valle del Cauca), en el autobús matriculado en Andalucía con el número 005, de propiedad de S. G. y que manejaba el chofer A. A. por la carretera que conduce a Cartago.

Unas dos cuadras antes de llegar a la estación del ferrocarril en el sitio denominado Nacaderos, el conductor del vehículo observó que a muy poca altura sobre la vía colgaban unos alambres, y como consideraba que no alcanzaba a caber el carro, detuvo la marcha. F. M. R. subió entonces sobre la capota del autobús con el fin de retirarlos, y al hacerle murió electrocutado, pues los alambres eran conductores de enormes corrientes de energía eléctrica.

Como lo que nos interesa es el fallo

118

por la doctrina que sienta, entramos directamente en el sin tener en cuenta el resto de las consideraciones del juicio.

De lo expuesto se deduce ; que el poste o cruceta que sostenía las líneas de la energía eléctrica en el sitio en donde ocurrió el accidente era de madera fina, que estaba en perfecto buen estado y que se rompió sin duda por haber recibido un fuerte golpe, ocasionado por algún vehículo en las primeras horas de la madrugada del día 15 de enero de 1.938 ; que no obstante haberse descolgado las líneas por la ruptura del poste, la carretera daba campo suficiente para que pasara cualquier vehículo, sin obstáculo o peligro alguno, como en efecto -se comprobó- que pasaron varios ; el chofer conductor del vehícuo número 005 en que ocurrió el accidente, se metió imprudentemente entre las líneas descolgadas, habiendo podido evitar el peligro que la empresa de energía eléctrica no tuvo conocimiento de la ruptura del poste sino después de ocurrido el accidente y no hubo por lo mismo, tiempo para que hubiera podido evitar o prevenir el peligro que implicaba el descolgamiento de las líneas, dado que según todas las probabilidades solo transcurrió muy poco tiempo entre la ruptura del poste y el momento en que ocurrió la muerte de F. M. R. y que este se expuso imprudentemente a sufrir el daño, dado a que no estaba obligado a remover el obstáculo que ofrecían las líneas descolgadas, pues no era empleado ni obrero al servicio del dueño del vehículo, ni del chofer que lo conducía, sino un pasajero y sin obligaciones de ayudante. Este error de conducta daría lugar, aun en el evento de deducirse responsabilidad contra el Municipio, a una reducción total, suficiente para compensar el daño, conforme a lo dispuesto en el art. 2357 del C.C.

119  
Todo esto supone de manifiesto la existencia de un verdadero caso fortuito , que como atrás se dijo , destruye la presunción de culpabilidad del Municipio de Pereira y lo exonera de toda responsabilidad por la muerte de F. M. R." . Gaceta Judicial No 1971 de 1.941 .

Los artículos tiene el Código Civil Colombiano que marcan causas de exoneración por responsabilidad común por delitos y culpas ; estos son el Art. 2347 y el Art. 2349 .

En efecto dice el inciso final del Art. 2347 "Pero cesará la responsabilidad de tales personas , si con la autoridad y el cuidado que su respectiva calidad les confiere y prescribe , no hubieron podido impedir el hecho" .

El Art. 2349 dice en su segunda parte "pero no responderán si se probare o apareciere que en tal ocasión los criados o sirvientes se han comportado de un modo impropio , que los amos no tenían medio de prever o impedir empleando el cuidado ordinario y la autoridad competente ; en este caso recaerá toda responsabilidad del daño sobre dichos criados o sirvientes" .

Después de estas , no tenemos nosotros en nuestro derecho disposiciones legales precisas que exoneren de responsabilidad , el estudio teórico que hemos hecho , lo hemos tomado en su mayor parte de teorías ultimamente en boga en los centros jurídicos de Europa , y , aunque tienen bastante relación con el derecho colombiano , estamos lejos todavía de tener en nuestros códigos la articulación precisa que determine las causas de responsabilidad y los motivos de exoneración .

I N D I C E

120

INTRODUCCION

RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL

RESPONSABILIDAD CIVIL DE LAS PERSONAS JURIDICAS

TEORIA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL ESTADO POR LOS

ACTOS DE SUS FUNCIONARIOS

EXONERACION DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL

EXONERACION DE LA RESPONSABILIDAD DELICTUAL Y EXTRA CON-

TRACTUAL

BIBLIOGRAFIA

Henri Mazeaud et Léon Mazeaud -Traité théorique et pratique de la  
 Responsabilité Civile, Délictuelle et Contractuelle-

Henri Lalou -La Responsabilité Civile-

Louis Josserand -Cours de Droit Civil Positif Français-

Dallos -Précis de Droit Civil-

Michel Perrin -Le Dol dans la Formation des Actes Juridiques-

Jean Mazen -Essai sur la Responsabilité Civile des Héritiers-

Planhol - Ripert -Derecho Civil Frances-

C. P. Chironi -La Culpa en el Derecho Civil Moderno-

Carlos H. Pareja -Derecho Administrativo-

Archila -Codigo Civil Colombiano-

Arcadio Plasas -Codigo Penal Colombiano-



REPUBLICA DE COLOMBIA  
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES  
Y POLITICA DE CARTAGENA-

\*\*\*\*\*

APUNTES TEORICOS Y PRACTICOS SOBRE LA  
JURISDICCION COACTIVA

\*\*\*\*\*

---

TESIS presentada y sostenida por  
EDUARDO MENDEZ MENDEZ, para optar  
el titulo de doctor en Derecho y  
Ciencias Politicas-

\*\*\*\*\*

---

1 . 9 4 6 -

0-0

REPUBLICA DE COLOMBIA

(UNIVERSIDAD DE CANTABRIA)

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

00000-00000

RECTOR DE LA UNIVERSIDAD :

Dr.

DECANO DE LA FACULTAD DE DERECHO

Y CIENCIAS SOCIALES :

Dr. MIGUEL ANGEL ROYO

PROFESOR DE DERECHO :

Dr. FRANCISCO DE P. VARGAS V.

EXAMINADORES :

Dr. MIGUEL GOMEZ FERNANDEZ,

Dr. ROQUE PUYO-VILLA,

Dr. RAFAEL MERCADO,

SECRETARIO DE LA FACULTAD :

Dr. José María Bustillo Franco.

D E D I C A T O R I A  
- - - - -

A la inolvidable memoria de mi madre  
MANUELA H. DE REYES.

A mi padre  
FABIAN RAMON MARTINEZ CORONADO

A mis hermanos

A mi tía  
SUCANA MARTINEZ DE MARTINEZ

A mi Presidente de Tesis y a los miembros de mi Jurado Examinador, como prueba de testimonio y aprecio.

A mis profesores y compañeros de estudio.

A mis amigos Antonio de la Vega J., Leopoldo Angulo de la Guardia, Fernando Benediti Rodriguez, Eduardo Azuero Martinez y William Solvalis Rodyero.

"LA FACULTAD NO APRUEBA NI DESAPRUEBA LAS OPINIONES  
EMITIDAS EN LAS TESIS; TALES OPINIONES DEBEN CONSI-  
DERARSE COMO PROPIAS DE SUS AUTORES".

126

T 3 5 I 8

C-O

No anidó comparendo de la "jurisdicción coactiva", la poca importancia que le da nuestra legislación positiva, así como los tratadistas en general. Por otra parte, a más de ser un tema sumamente interesante, se observa -con harta frecuencia- que son muy pocos los estudiantes que al salir de la Facultad tienen un conocimiento claro y preciso de lo que se entiende por jurisdicción coactiva, cual es su fundamento jurídico, y en que momento las entidades de derecho público se valen de ella para cobrar ejecutivamente los gravámenes.

Cabe observar aquí, que desde los tiempos primitivos ha sido siempre necesidad de los Estados la adopción de reglas más o menos precisas, para conciliar al contribuyente moroso, a fin de que efectue oportunamente la contraprestación de los impuestos para atender de ese modo los múltiples gastos que ocasionan los servicios públicos.

En vista de estas circunstancias, me propongo hacer un breve estudio sobre el particular, el cual intitularé "A UNIDAD TEORICA Y PRACTICA SOBRE LA JURISDICCION COACTIVA". Y con el fin de darle a la monografía un carácter práctico la he dividido en tres partes; en la primera trataré de la recolección histórica de la jurisdicción coactiva, de los impuestos, de las distintas clases de jurisdicciones, de la definición, objeto y fin de la jurisdicción coactiva; en la segunda, haré un breve estudio de la tramitación de estos juicios, cuales son los funcionarios que están investidos de la jurisdicción coactiva, quienes conocen de las apelaciones, excepciones y teorías. Por tramitarse estos juicios conforme a las reglas comunes del juicio ejecutivo, de conformidad como lo prevé el Art. 1.635 del C. Judicial, nos detendremos a comentar todo lo

relacionado con los juicios ejecutivos. Por último, insertaremos en la tercera parte algunos leyes, o ilustraremos este estudio con algunos modelos de las principales providencias que se dictan en la tramitación de estos juicios. En fin, para documentar nuestro trabajo recurriremos además a las sentencias de la Corte Suprema de Justicia que sean pertinentes al tema que nos ocupa, como también a los estudios que se han hecho sobre el particular.

DEL AUTOR.

- 8 -

129

CAPITULO PRIMERO

REGIMEN HISTORICO

-----

Los Estados a través de todos los tiempos y en todas las edades se han valido de los medios coercitivos para cobrar los gravámenes a los contribuyentes. Vamos que desde tiempos remotos los soberanos españoles se encontraban investidos de poderes omnímodo en todo aquello que se relacionaba con el cobro de las deudas fiscales del estado. Los empleados encargados de recaudar las contribuciones por la comun al presentarse delante los pebrres campesinos a cobrarle los diezmos, iban armado de resistente y largo facho, el cual caía impronablemente en las espaldas del campesino al negarse este a pagar sus gravámenes, no por desobediencia a las leyes del príncipe, sino porque las contribuciones eran tan altas que el producido de las tierras no era suficiente para atender a estos gastos. Era esta la primera manifestación de lo que hoy se conoce con el nombre de jurisdicción coactiva. Al emplear estos funcionarios la coacción para hacer efectivas las contribuciones no se ajustaban a ninguna norma legal procedimental. Cabe observar, que esta situación desarrreglada en cobrar por los medios coactivos los impuestos imperaba en todas las monarquías del viejo mundo. En los tiempos antiguos no existía en una forma reglamentada, tal como se entiende hoy, el impuesto como recurso fiscal, existía como tributo obligatorio, que sólo se hacía efectivo como recurso de carácter extraordinario, ocasionados por necesidades imprevistas, como la guerra. Al cobro de estas contribuciones no se tenía en cuenta para nada la capacidad tributaria de los individuos, es decir, no había establecido una equitativa y prudente distribución de las cargas públicas. No existía tampoco en las sociedades pri-



mitivas una norma legal para proceder ejecutivamente en el cobro de las deudas fiscales, que les permitiera a los Estados atender en su debida oportunidad las exigencias de los cuantiosos gastos que demandaban los servicios públicos.

Después de una larga evolución en los pueblos primitivos, vino a constituirse prácticamente el derecho a la fuerza, sentándose principios generales que más tarde se cristalizaron en normas un tanto precisas, que aparecen por vez primera en el Derecho Romano.

En España existían los Jueces de Hacienda Pública o de Renta del Estado que gozaban de la jurisdicción de Hacienda Pública, y que consistía en la facultad para conocer de todos aquellos asuntos en que tenía interés o podía salir perjudicado el Erario Público. Estos funcionarios conocían principalmente de los asuntos de contribuciones y derechos que se debían al Erario, cuando se hacían contenciones, con derogación de todo fuero.

La jurisdicción de Hacienda la ejercían en primera instancia los Intendentes y demás subdelegados de rentas con un asesor, de nombramiento del Rey, y en segunda y tercera instancia las Audiencias territoriales, a las cuales iban a parar las apelaciones y consultas de estos Juzgados, del mismo modo que la de los Jueces ordinarios de primera instancia. Parte de la jurisdicción de hacienda se ejercía también por el Tribunal Mayor de Cuentas, establecido en Madrid, y que tenía las facultades que le fueron concedidas por Real cédula de Nov. de 1528, y conocía de las apelaciones en negocio de cuentas o sus incidentes.

El decreto sobre unificación de fueros de 6 de Dic., atribuyó a la jurisdicción ordinaria el conocimiento de los negocios de Hacienda y de los delitos de contrabando y defraudación y sus conexos, excepto el de resistencia armada á los guardas de costas.

Suprimiéronse, por tanto, los juzgados especiales de Hacienda, debiendo sustanciarse los negocios de esta clase con arreglo á lo que determinaban las leyes comunes. (1)

Después del Fuero Juzgo se sucedieron otros códigos y recopilaciones como el Fuero Real de España, las leyes de Alfonso el Sabio, hasta la consagración del Código más sabio concebido en tal época, el de las Siete Partidas. Luego aparecieron la Nueva Recopilación sancionada por Felipe Segundo y la Novísima Recopilación, de Carlos IV, en los años de 1567 y 1805, respectivamente. En estos códigos se encuentran disposiciones generales que reglamentan las formas de establecer las contribuciones y el modo de hacer efectivos los impuestos por medio de los Jueces de Hacienda Pública o de Rentas del Estado, que gozaban como hemos visto de la jurisdicción de Hacienda Pública.

Las disposiciones españolas pasaron a regir en todas las colonias hispanoamericanas, las que eran aplicadas con mucha severidad.

En la Constitución expedida en Cúcuta en el año de 1821 se reconoce la legislación española como aplicable en Colombia en todo lo que no era contrario con las leyes que organizaba el nuevo sistema de gobierno.

Las leyes 22. de 1.913 y la 84 de 1.915 invistieron a los Tesoreros Municipales de la jurisdicción coactiva, para cobrar por los medios compulsivos los gravámenes de los contribuyentes morosos.

Posteriormente las leyes 53 de 1.918 y la 78 de 1.933, que trata esta última sobre la forma de cobrar los impuestos de la renta, patrimonio y exceso de utilidades, facultaron a los Administradores de Hacienda Nacional para conocer de los juicios ejecutivos y por último la ley 63 de 1.936 y los Decretos 1135, 1315 y 1620 invistieron de jurisdicción coactiva a los Jueces Nacionales de Ejecuciones Fiscales, a los Jueces de Rentas Nacionales a los Sin-

Álcos y demás funcionarios que por leyes especiales tengan esta jurisdicción, para exigir por la vía ejecutiva, los impuestos, recargos y multas que al entrar en vigencia la Ley 63 de 1.936 se hayan causados.

Esta es a grandes rasgos, la evolución histórica de la jurisdicción coactiva y las principales disposiciones que la reglamentan en Colombia. Pasemos a hablar brevemente de los impuestos, por ser ellos los que dan lugar a la aplicación de esta jurisdicción especialísima.

0000000-00000000

## IMPUESTOS

133

Vamos a hablar a grandes rasgos de los impuestos, por ser ellos los que dan lugar a la aplicación de la jurisdicción coactiva por parte de las entidades de derecho público, cuando no son pagados en su debida oportunidad.

DEFINICION DEL IMPUESTO-

La literatura fiscal está plagada de innumerables definiciones del impuesto, deficiones estas que "obedecen a los distintos criterios que han venido primando sobre la naturaleza, el fundamento filosófico y el objeto de los impuestos".

Así pues, son muchas las definiciones que circulan en los tratados de Hacienda pública y economía política, vamos las mas autorizadas.

El diccionario de la lengua nos da la idea de que el impuesto es un tributo, o una carga por parte del contribuyente. También se tiene la noción de que el impuesto es una contribución que percibe el Estado, el Departamento o el Municipio. Algunos opinan que el impuesto "es la institución jurídica, política y económica, consistente en la relación existente entre los ciudadanos y los organismos del Estado, por la cual aquéllos tienen la obligación de aportar y éste el derecho de exigir una parte proporcional de la fortuna de los primeros para atender a la prestación de los servicios públicos".

Montesquieu opina que el impuesto es una porción que cada ciudadano da de sus bienes, para asegurar el resto o para gozar de ellos mas cómodamente. Para Mirabeau es un anticipo hecho para obtener la protección del orden social. Esta definición se inspira en los principios filosóficos que le tocó sostener a esta brillante inte-

ligencia de la revolución francesa, pero no se ajusta al concepto preciso que hoy se tiene del impuesto.

La Asamblea Nacional Francesa sostuvo que el impuesto es la deuda común de todos los ciudadanos y el precio de los beneficios que la sociedad procura.

Voltaire decía : "Pagar el impuesto es emplear una parte de los bienes en conservar la otra".

Se puede considerar como una definición aceptable la de Leroy Beaulieu cuando sostiene que "el impuesto es la contribución exigida a cada ciudadano por su parte en los gastos del gobierno", sin embargo no se ajusta a un concepto preciso, porque como bien lo anota nuestro hacendista colombiano Esteban Jaramillo, tiene el inconveniente de hablar de la parte de cada ciudadano en los gastos públicos, cosa imposible de fijar, y engloba en la definición del impuesto los honorarios, los impuestos especiales y los de valorización.

También el profesor Steurn define lo que él entiende por impuesto, y dice que es la "deducción hecha sobre los haberes individuales de los contribuyentes, para subvenir a las necesidades de los servicios públicos".

Por considerar que el profesor Esteban Jaramillo trae en su tratado de Hacienda Pública un concepto exacto del impuesto y de las distintas diferencias que existen entre éste y las contribuciones especiales, nos vamos a permitir reproducir estos conceptos.

El profesor Jaramillo sustenta su definición en el concepto expresado por Soligman, y lo define diciendo : "Impuesto es el tributo obligatorio exigido por el Estado a los individuos, para atender a las necesidades del servicio público, sin tener en cuenta compensaciones o beneficios especiales". Continúa diciendo el profesor Jaramillo que "es el tributo obligatorio", para distinguir el im-

puente de los ingresos públicos de carácter gratuito, como las donaciones, y de los voluntarios, como las tasas; y sin tener en cuenta compensaciones o beneficios especiales, para diferenciar el impuesto propiamente dicho de las contribuciones especiales, del impuesto de valorización y de los honorarios.

Es de singular importancia distinguir lo que se entiende por impuesto, y lo que se entiende por tasa; hemos visto que el impuesto es el tributo obligatorio exigido por el Estado a los individuos, para atender las necesidades de los servicios públicos, sin tener en cuenta compensación o beneficios especiales. En cambio las tasas "son la remuneración que el Estado percibe por los servicios que presta a los asociados en las empresas públicas que explota, como el correo, el telégrafo y los ferrocarriles. Estos ingresos envuelven la idea de compensación o retribución especial por determinados servicios, y son de carácter voluntario, pues sólo se les pagan los que quieren utilizar tales servicios. En concepto de los tratadistas de Hacienda Pública, para que aquel ingreso tenga el verdadero nombre de tasa, debe cubrir apenas los gastos de prestación del servicio y a lo sumo una módica utilidad para el Estado; pero si tales empresas son fuente de considerables utilidades para el fisco, entonces revisten los caracteres de un verdadero impuesto. Así por ejemplo, si lo que se paga como parte de las cartas es aproximadamente lo que le corresponde al costo del servicio postal, hay una tasa; mas si dichos portes dejan al fisco una renta de consideración, entonces hay un impuesto.

Se diferencia el impuesto de las contribuciones especiales, en que ésta envuelven también la idea de un beneficio particular para cierta clase o grupo de individuos, mientras que aquél va en provecho de toda la comunidad. Así, por ejemplo, el gravamen establecido sobre los que se sirven de un río navegable, para atender

a su canalización y mejoramiento, es un impuesto especial que re-  
 funde principalmente en beneficio de los que hacen uso de dicha  
 arteria". (TRATADO DE HACIENDA PÚBLICA DEL DR. ESTEBAN JARAMILLO).  
 La diferencia que dejamos anotada entre el impuesto y la tasa, ra-  
 dical en que este último tiene como único finalidad, provecho o lu-  
 cro, y no es ni obligatorio ni tampoco permanente, es decir, esta  
 contribución la paga quien se vale de los servicios, vale decir,  
 que hay una reciprocidad por parte de quien los utiliza.

Ta se tiene una idea exacta de lo que se entiende por impuesto,  
 en que consiste la diferencia entre éste y las contribuciones de  
 carácter obligatorio, pasamos ahora a estudiar las formas de los  
 impuestos o sean los sistemas que se emplean para su distribución  
 o recaudación.

FORMAS DEL IMPUESTO.

Sea los sistemas que se usan o emplean para su distribución y re-  
 caudación. Las formas que conocidas son : directa e indirecta; de  
 tanto fijo é de cuota y de repartimiento; por administración y por  
 último, por arriendo.

IMPUESTOS DIRECTOS E INDIRECTOS.

Sea impuestos directos los percibidos directamente de los contri-  
 buyentes. Llámase impuestos indirectos, los percibidos en razón  
 de determinadas cosas del consumo de ciertos artículos.

En esta la división que importante de los impuestos, por ese país,  
 vamos a estudiarla con alguna detención.

Observan los tratadistas de Hacienda Pública que estos vocablos *impuestos*  
 directos e indirectos- los emplean con frecuencia, y peoan con las  
 personas que los precisan con claridad, llegando la mayoría de las  
 veces los autorés a dixerir en el significado de sus términos.

Así, para Hoffman son directos los impuestos que recaen sobre las  
 cualidades (personales, profesionales, etc.) é los bienes (capital

137

rentas); o indirectos los que recaen sobre los otros.

Según sostiene que los impuestos directos gravan las manifestaciones inmediatas (por ejemplo, rentas, patrimonio) de la riqueza, e indirectos gravan las manifestaciones mediadas (transacciones, consumos, etc.)

M. Sullach afirma que con impuestos directos los que recaen sobre la propiedad y el trabajo, o indirectos los demás.

Otros opinan que los impuestos directos son los que se pagan por la misma persona a quien se grava con ellos, y los indirectos, son aquellos cubiertos por otra u otras personas distintas en virtud del traspaso de la carga tributaria, hecho por el individuo gravado. Sostiene el doctor Jaramilla que esta definición ha sido rechazada por muchos exponentes modernos, pues confunde la calidad de directo e indirecto del gravamen con el fenómeno de la trasladación. Afirman algunos que se entiende por impuesto directo el que se establece en virtud de hechos fijos y constantes, como la persona, la propiedad, la renta, etc., y se recauda sobre catastro o listas nominativas; sostienen además que son contribuciones indirectas los que se establecen por medio de tarifas impersonales sobre ciertos hechos intermitentes.

Hemos visto anteriormente, que con frecuencia confunden los conceptos de impuestos directos e indirectos, y para obviar este inconveniente en la práctica, el profesor Veilla se lo ha esmerado distinguirle en la siguiente forma: dice que a los impuestos indirectos corresponden al verbo "hacer"; y los directos a los verbos "ser e tener". Aclara esta fórmula diciendo, que hacer un negocio, una introducción de mercancías o un negocio comercial, da origen a un impuesto indirecto; ser propietario o tener una renta, ocasiona un impuesto <sup>directo</sup> ~~tened~~ una renta, ocasiona un impuesto directo. Para formarnos un concepto más claro del impuesto directo, sigamos



la definición del profesor Golligum: Dijo que "constituye la última etapa en el desarrollo histórico de las rentas públicas". A esta extensa definición agrega el Doctor Roberto Juraniño, que "el impuesto directo es en otro caso, que la última manifestación del esfuerzo constante hecho por la humanidad, para alcanzar la justicia fiscal distributiva, ha sido ante todo el resultado de la implantación de los sistemas democráticos en todos los países cultos".

Se le atribuye a los impuestos directos el inconveniente que presentan en la recaudación y en las numerosas dificultades que ocasionan la recaudación de ellos, por la resistencia por parte de los contribuyentes en pagarlos en su debido oportunidad. Aquí pues, encontramos mas adelante entre su juicio los privilegios exorbitantes de que gozan las personas administrativas, y que consiste en la facultad de cobrar las deudas fiscales por medio de la jurisdicción coactiva.

REQUISITOS DE LOS IMPUESTOS-

Para completar el estudio sobre el impuesto, señalaremos las cuatro máximas de Adam Smith, sobre las cualidades necesarias del impuesto.

1o.- Los súbditos de cada Estado deben contribuir para los gastos del Gobierno, tanto como sea posible, en razón de sus facultades respectivas, es decir, en proporción a la renta de que goza cada uno de ellos bajo la protección del Estado. El gasto del Gobierno es, respecto de los individuos de una misma nación, como los gastos de administración respecto de los propietarios en posesión de un gran dominio, los cuales están obligados a contribuir, para todas estas erogaciones, en proporción al interés que reportan de dicho dominio. Observar esta máxima o apartarse de ella, constituye lo que se llama <sup>bad</sup> desigualdad en la repartición del impuesto;

2o.- El tributo impuesto a cada ciudadano debe ser cierto, y no arbitrario. El tiempo, el modo, la cantidad de pago, todo debe ser claro y neto para el contribuyente, así como para toda otra persona. Un grado de desigualdad muy considerable, según la experiencia de todas las naciones, no es aproximadamente tan grave como un pequeño grado de incertidumbre.

3o.- Todo impuesto debe ser recaudado en la época y según la forma que aparezca más cómoda para el contribuyente;

4o.- Todo impuesto debe ser establecido y recaudado de tal manera que retire del bolsillo de los contribuyentes la menor cantidad posible de dinero fuera de la que entra a las arcas públicas.

Estas cuatro reglas se sintetizan en los siguientes términos: los impuestos deben llevar los requisitos de justicia, certeza, equidad y economía.

HISTORIA DEL IMPUESTO-

El impuesto se encuentra ya en las primitivas organizaciones sociales, tanto en su forma personal (servicio militar) como real (parte del botín que se adjudica al jefe de la tribu). Con el cultivo de las artes útiles aparecen los tributos en especie, como captación sobre los rendimientos de la agricultura y de la ganadería (dióznos. Como se ve, la primera forma que adopta el impuesto es la directa; la indirecta no aparece hasta después, cuando crecen las necesidades del Estado. En Oriente los Gobiernos vivían de los dominios (propiedades fiscales y del despojo de los pueblos vencidos, así como de los tributos en especie de la agricultura; sin embargo, en Egipto y en Persia se conocieron ya los impuestos en numerario, llegando a existir un sistema tributario bastante complicado, con impuestos de carácter industrial y algunos indirectos, como el de Aduanas, llevándose en Egipto una administración y contabilidad detalladísima, de la que queda constancia en

los papiros y en las representaciones de las funciones de los agentes del Fisco.

En Grecia y Roma los impuestos fueron en un principio carga de los extranjeros, pero los ciudadanos, aparte del servicio militar, se le contribuían con prestaciones reales en circunstancias extraordinarias; pero más adelante, merced á la necesidad de costear la armada (teórica) en Atenas, y las guerras y distribuciones públicas en Roma, tuvo que apelar á todas las fuentes del ingreso que se encontraron á mano, estableciéndose ya la prioridad en el cobre y el pago en numerario como regla general, llegándose á conocer casi todos los impuestos. En Atenas existieron: el territorial, progresivo de un modo semejante al de los cantones suizos (elephora), que se extendió después á todos los capitales; la capitación sobre los extranjeros, el de potentes, el de aduanas, censos, sobre las ventas, el de derechos en actuaciones judiciales, etc.

En Roma se estableció la capitación, que en tiempo de Servio Tulio se convirtió en el censo sobre el capital, que subsistió hasta el año 530 de la Ciudad; la República estableció el territorial y el de aduanas para las nuevas provincias; Augusto creó el sobre las sucesiones y los censos, continuándose desde entonces el establecimiento de nuevas gabelas, como la Instauratio collatio e contribución industrial, creada por Constantino, que se calculaba en un 8 por 100 y se percibía cada cinco años por adelantado; el Estado se reservaba, además, el comercio de un gran número de artículos, unido al sistema del arriendo en la recaudación, fueron relativos de guerra abusos.

En Egipto volvió á los impuestos personales. En sus primeros siglos no existieron propiamente impuestos públicos ni verdaderos impuestos. Los señores feudales imponían á sus vasallos capita-

clases e impuestos territorial y cobraba ciertos derechos por la circulación de las personas y de las cosas (peajes, bareajes, portajes, portajes, redas, castellanías) y sobre las transacciones de la propiedad y las sucesiones; el rey vivía de su patrimonio y del derecho que lo cobraba para que todos contribuyeran á sus necesidades (como con la moneda forera y los yantares en España); pero no existían principios, base ni sistemas tributarios. En las Repúblicas Italianas de los siglos XII y XIII se establecieron verdaderos impuestos generales y directos sobre el capital e la fortuna, con algunos indirectos (sal, transacciones, alcabala); y los reyes van pactando con los municipios á cambio de subsidios, participando, por encargo del Papa, de las rentas de la Iglesia y mermando, en beneficio del Fisco, los derechos de los señores: establecidas las Cortes de representantes de los pueblos y clases sociales, comienzan las impositions generales, pero éstas tienen el carácter de una concesión graciosa, hecha á petición del rey (y de ahí su nombre de liberalidades, ayudas, auxilios ó servicios), y consisten en el otorgamiento de una cantidad asignada que luego se repartía como capitación, contribución territorial, derechos de consumo ó como monopolio durante cierto tiempo, recaudándose en diversas formas. Del vez el primer impuesto general propiamente dicho en este tiempo fue el diezmo católico, que se originó en el siglo XIII, para los gastos de la tercera Cruzada á todos los que no tomaban parte en ella. El desarrollo del comercio hace que se extienda el impuesto de Aduana.

Desde el siglo XVI los impuestos se multiplican en todos los países. Como los directos rinden poco, y además, están exentos el clero y la nobleza, se hace preciso acudir á los impuestos indirectos, inventándose constantemente nuevos ferros, llegando en los siglos XVII y XVIII á ser sumamente gravados el mas.

con las iniquidades en su distribución y las rapaces que acompaña-  
ban a la cobranza.

En el siglo XIX se disminuyeron algunos de estos males, continuan-  
do, orpaso, la desorganización; desaparecieron los privilegios,  
se introdujo una mayor generalidad y el principio de justicia a-  
parció el modo progresivo; los impuestos directos especiales fue-  
ron numerosos e innumerables los indirectos; pero sin unidad ser-  
nal al sistema reflexivo.

En nuestros días se ha reducido el número de las contribuciones  
directas y el de las municipales, y se ha perfeccionado la base  
de las primeras, desarrollándose la industrial y la de las utili-  
dades; el método fijo está casi abolido, aplicándose al pro-  
porcional y generalizándose cada vez más el progresivo; pero los  
impuestos indirectos siguen siendo numerosos y cada día más  
graves, sin que se vea esperanza de su disminución por la nece-  
sidad de acudir a las enormes rentas de los Estados y a la caren-  
cia de la vida que ha producido la última guerra. (Enciclopedia  
Universal Ilustrada- Tomo 60- Editores; Espasa- Calpe-).

\*\*\*\*\*

DELIMITACION DE CLASES DE JURISDICCIONES

DEFINICION DE LA JURISDICCION-

De conformidad con el artículo 142 del C. J. se entiende por jurisdicción, la facultad de administrar justicia en nombre de la República y de acuerdo con la constitución y las leyes. Entidad esta que ejerce la República por medio del órgano judicial. Sin embargo, cabe observar que hay tribunales ordinarios que ejercen la administración de justicia de modo permanente, y empíricos e entídicos personales particulares que sin pertenecer al órgano judicial, la ejercen en casos especiales.

Para Ezequiel Jurisdicción es "la potestad de que se hallan revestidos los Jueces para administrar justicia".

CONCEPTO DE LA COMPETENCIA-

Las leyes en el art. 143 del código citado cuando la define dicen: "es la facultad que tiene un Juez o Tribunal para ejercer por autoridad de la Ley, en determinado negocio, la jurisdicción que corresponde a la República". La competencia es, por consiguiente, la medida de la jurisdicción. Definitivamente la jurisdicción tienen los jueces para administrar justicia; mediante la competencia aquella facultad se radica en ciertos hechos, en ciertas personas y en territorios determinados.

JURISDICCION Y COMPETENCIA-

Así pues, que jurisdicción es la facultad de administrar justicia, y competencia es la facultad de los jueces para administrar justicia en ciertos asuntos. Un Juez sin jurisdicción es nada; pero, aún gozando de ésta, puede carecer de competencia para determinados negocios.

Cuando en las actuaciones judiciales hay una irregularidad sustancial que dé por resultado el dejar el juicio sin juez, por concurrir en él incompetencia, existe una causa de nulidad, que el art. 443 del C. J. denomina con toda propiedad incompetencia de jurisdicción. La jurisdicción viene de la ley, y es prerrogativa; por tanto la una como la otra parten del principio de que en el juez conciente haya alguna jurisdicción. La in prerrogativa no le es tanto como parece, porque puede prorrogarse retrospectivamente, anulando o ratificando lo actuado.

Los juzgadores están investidos de jurisdicción, pero su ejercicio está regulado por las leyes, lo que significa que éste no depende de su propio arbitrio. (V. Gaceta Judicial No. 1927 de 15 de Junio de 1929).

Luis Mattirole nos establece la diferencia que existe entre jurisdicción y competencia diciendo: "La soberanía confía el ejercicio del poder judicial a la autoridad, cuyo conjunto constitutivo se denomina orden judicial. La potestad que cada uno de estas autoridades despliega en el ejercicio de sus funciones dice jurisdicción; competencia es la medida con que dicha potestad se distribuye entre las varias autoridades judiciales".

DISTINTAS CLASES DE JURISDICCIONES-

La jurisdicción reviste un carácter general, cuando se refiere a las personas y cosas sujetas al derecho aplicable a los casos corrientes de la vida civil; y reviste un carácter excepcional cuando se trata de personas y cosas que, por razones de orden superior, gozan de fueros privilegiados en sus relaciones jurídicas: en el primer caso, la jurisdicción se denomina ordinaria, y corresponde a los jueces y tribunales instituidos para la generalidad de los casos comunes; en el segundo es especial, y la ejercen los jueces y tribunales establecidos para conocer de los casos car-

143

presidido en la exposición. (Detalle sobre el procedimiento civil del Dr. Escobar).

En término general, la jurisdicción se divide en contenciosa y voluntaria, presentando además otras sub-divisiones como la jurisdicción preventiva, disciplinaria, territorial eclesiástica y eciviliana. Nos ocuparemos de cada una de estas divisiones.

Jurisdicción contenciosa es aquella que se ejerce por el Juez entre las pretensiones opuestas de dos o más partes, y que las termina por medio de una sentencia en favor de la una o en perjuicio de la otra. Su nombre lo deriva, por analogía a la jurisdicción voluntaria.

Jurisdicción voluntaria es la que se ejerce por el Juez en las demandas, que ya por su naturaleza, ya por razón del estado no admiten contradicción.

Escrito dice: "que la jurisdicción contenciosa se ejerce "inter invites" o por decir en invites, esto es, entre e sobre los que no estando de acuerdo tienen que acudir al juicio a pesar suyo e contra su voluntad e instancia e solicitud o alguna de ellos; y por que no llama contenciosa, agrega que la jurisdicción voluntaria se ejerce por el contrario "no in invites, sino ante inter volentes o in volentes", esto es, a solicitud o por consentimiento de las dos partes que están de acuerdo, o en virtud de la demanda de una sola parte mientras no deba como pueda comunicarse por el Juez a la otra que tenga interés en contradicción".

La jurisdicción voluntaria tiene siempre un fin constitutivo; los actos de la jurisdicción voluntaria tienden por lo regular a la constitución de estados jurídicos nuevos y cesan al desarrollo de relaciones existentes.

Jurisdicción coactiva es aquella de que gozan las autoridades administrativas de derecho público, representada por los Recaudadores



o Jueces Fiscales, etc. para proceder por los medios compulsivos a hacer efectivas las contribuciones del erario, por parte de los contribuyentes que no han constituido en mora. En capitulo aparte estudiaremos todo lo referente a esta jurisdiccion.

Jurisdiccion eclesiastica es la potestad que tiene la Iglesia para conocer y decidir de los negocios civiles y criminales, que ya por derecho propio, o por concesiones o privilegios de los Estados con su consentimiento.

Jurisdiccion militar es la potestad que tienen los jueces militares para conocer de los negocios de aquellas personas que prestan sus servicios en el ejercito o sus dependencias. La jurisdiccion militar es ordinaria o comun, y privilegiada o especial.

-----

**DEFINICION-** Se llama jurisdicción ejecutiva, aquella de que están investidas las entidades de derecho público, como son la Nación, el Departamento y el Municipio, representadas por los Recaudadores o Jueces Fiscales, los Administradores de Hacienda y los Tenedores Municipales respectivamente, para cobrar ejecutivamente los impuestos, multas, derechos etc. a los contribuyentes que se han constituido en mora del fisco nacional, departamental o municipal. La jurisdicción ejecutiva es un privilegio concedido en favor del Estado, que consiste en la facultad de cobrar los deudas fiscales por medio de los empleados recaudadores, actuando en el negocio respectivo la doble calidad de Juez y parte. Para este privilegio no va hasta pretorizar las formalidades procedimentales señaladas por la ley para adelantar las acciones ejecutivas. (Canto, Sala de Negocios Generales, Gaceta Judicial No. 1929).

El Sr. Carlos H. Peroja en su tratado de Derecho Administrativo define así la Jurisdicción ejecutiva: "como una modalidad de la justicia interna de la administración, o independiente de la justicia administrativa propiamente dicha, existe una justicia que pudiera llamarse justicia fiscal, que es la encargada de hacer efectivas a cargo de los ciudadanos particulares las deudas a favor del Estado. Esta justicia se ejerce por los jueces de ejecuciones fiscales y los jueces territoriales de rentas ordinarias".

BASES JURIDICAS-

Sobre el fundamento doctrinal de esta jurisdicción, ha dicho la corte: "Siendo que las personas administrativas, como entidades jurídicas, no pueden obrar por sí mismas en la gestión de sus negocios propios, se ven en la necesidad de acudir a funcionarios

que las representen y administran los bienes de que deben subsistir, por lo que las leyes que emanan de otras personas administrativas o que las crean, han establecido en su favor ciertos privilegios que se han reputado en todo tiempo como necesarios. Uno de esos privilegios es la jurisdicción o facultad coactiva, en virtud de la cual el estado, el departamento o el Municipio cobran por medio de sus representantes o recaudadores ciertas cantidades que se les adeudan, haciendo confundir aparentemente en el empleado que ejerce la jurisdicción los caracteres de juez y parte.

Esta facultad es uno de los privilegios exorbitantes de las personas administrativas, según lo expresa el notable publicista M. Huerfion. Este privilegio, el de que las personas administrativas no litigan con los individuos sobre un pie de perfecta igualdad, ha dado nacimiento a la jurisdicción coactiva, sin la cual seguramente la comunidad social no obtendría en tiempo oportuno los recursos que le son necesarios para atender a las exigencias de la administración pública. Por esta razón, dice el citado autor, que "Las acreencias públicas están amparadas por un privilegio general de cobranza, que es una de las manifestaciones del procedimiento de acción directa; la Administración, confeccionando un simple documento de cobranza, se crea un título ejecutivo. Este privilegio existe, por lo menos en provecho del Estado, de los Departamentos....."

En virtud de este privilegio, los reconocimientos formados por los Recaudadores tienen en su favor una presunción de verdad, por lo que no puede el juzgador inquirir, al librar la ejecución, si ellos están bien o mal hechos, pues basta que se hayan practicado por quién puede y debe hacerle, y que expresen cantidad determinada a favor del Fisco, y además, que hayan sido hechos por

los Recaudadores a cargo de los Deudores por rentas o contribuciones, porque la obligación de los particulares en tal caso no es certosa por voluntad de ellos, sino por ministerio de la ley", como lo ha expresado la corte en otras ocasiones".

CONSIDERACIONES SUPLENTE.

Como visto que gozan de jurisdicción coactiva las entidades de derecho público -Nación, Departamento y Municipio-, y que tienen por objeto hacer efectivas las deudas fiscales de los contribuyentes que se han constituido en mora, por medio de los empleados recaudadores, en favor del Estado.

Los enormes gastos de la administración pública son atendidos por las contribuciones que pagan los ciudadanos, pero si estos gravámenes no son recaudados en su debida oportunidad por negarse al contribuyente a ello, esta inestabilidad en la recaudación redundará en perjuicio de la buena marcha que deben orientar los servicios públicos, por eso pues, este privilegio exorbitante de que gozan las entidades administrativas según dice M. Haurion, tiene en razón de ser.

Así pues, las entidades de derecho público tienen que valorar de todos los medios legales para recaudar las deudas públicas. En un capítulo aparte nos ocuparemos ampliamente de la tramitación de los juicios ejecutivos que se adelantan por medio de la jurisdicción coactiva.

EN QUE SE DISTINGUE LA JURISDICCION COACTIVA DE LA JUDICIAL.

Cabe observar aquí la diferencia que existe entre la jurisdicción coactiva y la judicial; en la primera el funcionario tiene el doble carácter de Juez y parte, representando al mismo tiempo la parte ejecutante, lo que sitúa a las entidades administrativas en una situación privilegiada; en cambio la judicial debe calificarse a los negocios contenciosos, en que se presentan dos partes dis-

patente sobre derechos u obligaciones existentes, nacidas de la ley, del contrato o de un hecho propio, sin poder tener por base de sus resoluciones sino lo alegado y probado por ellos.

Sobre el particular ha dicho la Corte que estas Entidades Administrativas, no litigan, pues, con los particulares sobre un plano de perfecta igualdad, porque sus representantes tienen a la vez el carácter de Juez y parte, pero sin cargo, la medida es por demás laudable, porque de lo contrario la colectividad no podría atender oportunamente a las exigencias de la administración pública.

Así pues, en los juicios por jurisdicción coactiva, el Juez del conocimiento, al mismo tiempo es el representante de la entidad que cobra. Véase que este doble carácter le reviste de una facultad de que no goza el Juez de derecho común, con el que se diferencia en este modo esencial. Aquella facultad confiere al Juez de Ejecuciones Fiscales Imperio para proceder en defensa de los intereses de la entidad de pública que representa.

-----

CAPITULO QUINTO

JUICIOS EJECUTIVOS POR JURISDICCION COACTIVA

El artículo 1058 del código de organización judicial establece para los funcionarios públicos que están investidos de jurisdicción coactiva y de conformidad con la Ley, el procedimiento ejecutivo en el cobro de las deudas fiscales.

Por transitarse los juicios ejecutivos por jurisdicción coactiva de la misma manera que los juicios ejecutivos de jurisdicción contenciosa, es por lo que vamos a estudiar en este capítulo todo lo relacionado con los juicios ejecutivos.

Antes de estudiar todo lo relacionado con los juicios ejecutivos y para ilustrar nuestra monografía, vamos a reproducir lo que dijo la Comisión revisora del Código de organización judicial sobre el Título XXIII. Lib. II del C. J.

"El Título que trata de las ejecuciones, uno de los más importantes y delicados del procedimiento civil, y también el que en nuestra legislación judicial ha sufrido mayor número de reformas y adiciones, no ha tenido en los Códigos anteriores, método alguno para señalar y seguir las diferentes fases que se presentan en una ejecución.

En el presente Título se ha procurado que los artículos estén lógicamente relacionados unos con otros en la manera de que se trata, señalándose en cada capítulo la parte genérica que le corresponde, y dividiéndolo en párrafos, de manera que cada uno de éstos contenga la especie que le corresponde. Así se facilita la consulta al público, a los abogados y a los Jueces; era irregular y causaba el efecto de una miscelánea heterogénea la interposición de artículos relativos a las excepciones y apelaciones, involucrados en los que tratan del secuestro, y éstos en la acción

de descargo, y aun en los que se refieren a la sentencia de pro-  
gón e a los remates, que vienen siendo el final de estos juicios.  
Para todo el cuerpo de este Título se ha tenido en cuenta y con-  
servado los principios científicos que han informado nuestra le-  
gislación sobre la materia; se han tenido a la vista las doctri-  
nas de jurisprudencia nacionales y extranjeras; se han consulta-  
do códigos de otros países que tienen legislación civil análoga  
a la nuestra; se ha oído a las entidades y a los individuos par-  
ticulares que han opinado en el asunto; se ha aplicado la experien-  
cia personal de los miembros de la Comisión Revisora; y en la dis-  
cusión no se ha olvidado que los procedimientos judiciales tienen  
por objeto hacer efectiva la justicia, que como dijo el Sabio,  
es "raigada virtud que dura siempre en las voluntades de los hom-  
bres justos, ot da et comparte a cada uno igualmente su derecho".  
En la redacción se ha procurado la mayor sencillez y claridad,  
como para todo el cuerpo del Código, y las palabras, especialmen-  
te las de carácter técnico, se ha procurado lloven la acepción  
ferente que les da el Diccionario de la Academia de la Lengua;  
y asimismo se ha tenido presente el punto muy principal de que  
el juicio ejecutivo por su objeto y naturaleza ha de ser de un  
procedimiento abreviado, como que la obligación jurídica debe ser  
ejecutada sin dilaciones, y esto no solamente para que la admi-  
nistración de justicia no sufra entorpecimiento, sino porque la  
tara en el cumplimiento acarrea perjuicios que pugnan con la equi-  
dad; y también porque uno de los defectos de que más se ha resen-  
tido entre nosotros la tramitación de estos juicios ha sido el  
abuso de los términos y plazos en las actuaciones. No ha querido  
la Comisión tampoco que por una rápida incensiderada se sacrifi-  
que el derecho, de las partes, sino evitar esa lentitud que con  
tanta frecuencia ha hecho casi nugatoria la especialidad de este

juicio y de su procedimiento.

Las innovaciones, como verá quien haga cotejo con lo que ha existido en los Códigos anteriores, son varias, y sólo sobre las principales creemos preciso hacer las explicaciones pertinentes.

El artículo 981 se consideró que debía ser la base de este Título, y se ha puesto con redacción más clara y concisa que el 1009 del Código Judicial vigente, y no se encuentra la razón para que fuera suprimido en la Ley 103; parecía a primera vista inútil, pero ha habido Jueces y Abogados que no han estado de acuerdo respecto de la consión en que ha comenzado a surtirse el juicio ejecutivo; uno lo ha creído establecido desde que se ha introducido en el despacho la petición del mandamiento al Juez executor, lo que en lógica judicial es un absurdo, desde luego que nadie está obligado a ejecutar órdenes que no conoce; otros han querido que se actúen o revivan cuestiones ya terminadas, y otros pretenden que se corte el juicio antes de que se termine sin haber llenado su objeto. Por el art. 982 redactado en la forma que mejor le ha parecido a la Comisión, se ha suprimido la larga lista que traían los artículos 1010 y 1011 del antiguo Código Judicial y el 46 de la Ley 40 de 1907, porque además de que las listas son taxativas y dejan por fuera renglones de igual naturaleza, una fórmula general que contenga los instrumentos previstos de mérito ejecutivo, conforme al derecho y de acuerdo con la esencia de ese procedimiento, queda más conforme con las disposiciones del Código Civil.

En el art. 981 (983) se le niega a la confesión judicial hecha en peticiones absueltas en juicio ordinario, después de contestada la demanda, la calidad de título ejecutivo, suscitóse la duda sobre este punto al considerarse que el principio científico sobre que se funda el legislador al atribuir a ciertos instrumentos el mérito ejecutivo es que éstos tienen tal fuerza probatoria del de-



154

mandado, como es el caso de una orden establecida en instrumento público, que consignada en documento privado es reconocida ante un Juez, y también el de la confesión judicial con caracteres de plena prueba y completa, que es lo que contienen unas posiciones; pero por otra parte se presenta otro principio científico y jurídico, cual es el de que toda demanda ordinaria debe terminar con una sentencia que tenga la autoridad de cosa juzgada. Si a unas posiciones absueltas durante el término de prueba de un juicio ordinario se les concediera mérito ejecutivo, resultaría que quedaría cortado el juicio original antes de una sentencia definitiva, sin allegar otros elementos de convicción debatidos entre las partes, y sin que se llenara la plenitud de los procedimientos judiciales, y para obrar con lógica se haría preciso conceder el mismo efecto a la confesión judicial hecha dentro del término probatorio, a las declaraciones uniformes de varios testigos y a todas aquellas actuaciones que conforme a la ley producen pruebas plenas y completas, lo cual equivaldría a terminar los juicios ordinarios en la mitad de su curso, o antes".

Es necesario anotar que el artículo 982 del presente Código, tal como ha quedado consagrado, representa el término de un proceso de estudio laborioso de interés científico, por haber hallado la fórmula adecuada, y bajo este concepto nos parece irropechable, sin dejar de reconocer las dificultades que pueda ofrecer en la práctica como institución nueva.

Recuérdese en efecto que la Ley 103 en su artículo 801 esbozaba ya una regla de aplicación judicial distinta a la presentada por el Dr. Arboleda, fruto del paciente estudio efectuado por el Consejo de Estado de los numerosos y encontrados conceptos emitidos al respecto por los diferentes centros de cultura jurídica del país, como la Academia Colombiana de Jurisprudencia.

En los artículos 992 a 998 (994 a 994) se han tenido como el 1024 del C. Judicial y los 803 a 809, 812, 814 y 815 de la Ley 103, ya para darles más claridad, ya para uniformarles en la redacción de todo el código, y también para ponerlos en el lugar que consulta la homogeneidad de que se ha hablado antes. El artículo 983 (985) se le agregó el inciso que allí se lee, porque hubiera quedado un vacío ocasionado a dudas irregulares perjudiciales al procedimiento y a los litigantes. El artículo 983 (980) significa una obligada provisión, desde luego que sería motivo de interrupciones y demoras, o de graves irregularidades, la falta de una liquidación o de una base firme aproximada a ésta para que el procedimiento ejecutivo se funde sobre una cantidad líquida. Y ésta es la misma razón del artículo 993 (993)".

DEFINICION Y NATURALEZA DEL JUICIO EJECUTIVO-

Se ha dicho que el origen de los juicios ejecutivos se debió a la imperiosa necesidad de hacer efectivas las obligaciones por medio de un procedimiento breve y sencillo, cuando dichas relaciones contractuales no eran canceladas en el tiempo estipulado, o cuando el deudor se negaba a cumplir voluntariamente sus obligaciones que constaren en determinados documentos de mérito excepcional, o también cuando provenían de fallos judiciales.

Escriche define el juicio ejecutivo diciendo que es "un juicio sumario en que no se trata de declarar derechos deudores y contravertidos, sino sólo de llevar a efecto lo que ya está determinado por el Juez o consta evidentemente de uno de aquellos títulos que por sí mismos hacen prueba plena y que a la ley da tanta fuerza como a la decisión judicial".

Según algunos autores, el juicio ejecutivo es "el procedimiento sumario seguido por el acreedor para cobrar una deuda cuando ésta es líquida en dinero o en especie y aparece de una manera clara

y cierta". Otros sostienen, que "es el que tiene por objeto, hacer efectivo el cumplimiento de una obligación. Precede esta clase de juicio, siempre que se demande una cantidad de dinero, en virtud de un título que traiga aparejada ejecución: ej: los instrumentos públicos, los documentos privados suscritos por el obligado y reconocidos en juicio, las cuentas aprobadas o reconocidas en juicios, etc..."

Para el profesor Manresa es "un procedimiento que se emplea a instancia del acreedor contra su deudor moroso para exigirle breve y sumariamente el pago de la cantidad líquida que le debe de plazo vencido y en virtud de un documento indubitable". Algunos otros autores españoles sostienen que el juicio ejecutivo es "un modo de proceder breve y sumariamente para llevar a efecto una obligación que consta de una manera tal que la ley no puede ponerla en duda". Por último copiamos la definición del jurista chileno Rafael Voleto Chaves, que dice que es "un procedimiento especial por cuyo medio una parte persigue el cumplimiento total o parcial de ciertas obligaciones fehacientes declaradas que la otra no realizó en su oportunidad".

Según nuestro procedimiento civil, se puede definir el juicio ejecutivo, diciendo que es un procedimiento contencioso especial, por medio del cual el acreedor persigue el cumplimiento total o parcial de una obligación expresa, clara y actualmente exigible, que consta en acto o documento proveniente del deudor o de su causante, o que emana de una decisión judicial que debe cumplirse y que el deudor no realizó en su debida oportunidad.

PERSONAS QUE INTERVIENEN EN LOS JUICIOS POR JURISDICCION COACTIVA-

Ya hemos visto, cuando tratamos de los juicios ejecutivos que se adelantan por la jurisdicción contenciosa, las diferencias que existen entre estos y los ejecutivos que se ventilan por medio de la

157

jurisdicción coactiva, por tanto, sabemos que en estos el Juez del conocimiento, al mismo tiempo es el representante de la entidad recaudadora, es decir, está investido de un doble carácter de Juez y parte, facultad esta que no puede tener el Juez de derecho común, con el que se diferencia en este modo esencial.

En termino general se denomina ejecutante al acreedor que instaura una acción ejecutiva, bien sea personalmente o por medio de representante legal, constituyendo lo que podríamos llamar la parte actora en los juicios. Así pues en los juicios ejecutivos instaurados en la jurisdicción coactiva el ejecutante es, la respectiva entidad de derecho público, representada por el funcionario investido con esa jurisdicción especialísima, revestido del doble carácter de Juez y parte; y ejecutado es la persona contra quien se dirige la acción ejecutiva. En tesis general es el deudor moroso que no ha cancelado sus impuestos.

#### CUANDO COMIENZA EL JUICIO EJECUTIVO-

El artículo 981 del Código Civil dice que "hay juicio ejecutivo desde que se notifica al deudor el mandamiento de pago hasta que éste se hace al acreedor, o se ejecutaria la sentencia que manda cesar la ejecución".

Ahora bien, la notificación de este precepto tiene que ser personal y de conformidad con lo previsto con el artículo 990 de la obra citada. Observa la Corte que la inobservancia de dicho requisito constituye un obstáculo que se opone a la prosperidad de los incidentes de excepciones o de las apelaciones que se interpongan contra aquella providencia. Agrega que esto es muy explicable si se tiene en cuenta que antes de la referida notificación no hay juicio ejecutivo, y no existiendo dicho juicio mal se puede intentar proponer una excepción, interponer un recurso, embargar bienes, etc.

Así pues, para concluir este punto, se puede afirmar que mientras no haya sido notificado legalmente el ejecutado del mandamiento de pago, no puede afirmarse que exista juicio ejecutivo.

TITULO EJECUTIVO EN LOS JUICIOS EN JURISDICCION COACTIVA-

Los tratadistas de derecho procesal definen el título ejecutivo diciendo: "que es una declaración expresa a que la ley confiere carácter suficiente para exigir el cumplimiento ejecutivo de la obligación que contiene". Hay otros autores que dicen que el título ejecutivo es el que acredita plenamente la existencia de una obligación de hacer, de pagar o de entregar alguna cosa y que, de acuerdo con la ley, puede demandarse en la forma rápida establecida para sustanciar el juicio de que se trata". Afirma el doctor Jiménez que el título ejecutivo es el antecedente necesario e indispensable para toda ejecución, pues éste por ningún aspecto puede tener nacimiento legal sin el título, que en recurrentes cuentas se es otra cosa que una declaración judicial, administrativa, contractual o legal.

Veamos cuales son los requisitos que establece el Código Judicial para poder exigir ejecutivamente el cumplimiento de una obligación; estos requisitos nos los señala el artículo 583 de la obra citada y ellos son: a) que conste en este o documento que provenga del deudor, o de su caucante; b) que constituya per sí solo, según la ley, plena prueba contra él, o que emane de una decisión judicial que debe cumplirse y c) que del documento o la decisión judicial resulte a cargo del demandado una obligación expresa clara y concretamente exigible de hacer, o de entregar una especie de cuerpo cierto, o bienes de género, o de pagar una cantidad líquida de dinero. También se considere que reúna los requisitos del caso, y que por tanto presta mérito ejecutivo, las sentencias judiciales, cuando de ella aparezca cualquiera de las obligaciones indicadas.

PROVIDENCIAS DE EJECUCIÓN DE ACTOS ADMINISTRATIVOS-

Sea vnos a ocupar solamente de las providencias administrativas que presten mérito ejecutivo en los juicios que se adelantan por medio de la jurisdicción coactiva.

Es de vnoto anteriormente que las leyes han establecido a favor de las entidades de derecho público, como entidades morales, ciertos privilegios que se han reputado en todo tiempo como necesarios, los cuales el publicista francés M. Haricou les calificó de "exorbitantes". Y en virtud de ellos, determinados actos dictados por las personas administrativas están revestidos de una presunción de verdad, los cuales traen aparejada ejecución. Obsérvese la Corte que el Jugado no puede inquirir al libran la ejecución respectiva, sin las resoluciones o actos administrativos están bien o mal hechos, pues basta que se hayan practicado por quién debe y puede hacerlos y que expresen una cantidad determinada en contra del deudor. Notándose además, que los defectos de fondo de que adolecen pueden dar lugar a que sean impugnados por medio de excepciones.

Por lo regular, las deudas fiscales, ya consten en alcances liquidados definitivos, en copia de reconocimientos o de resoluciones ejecutoriadas o en actos y documentos de los mencionados en los artículos 992 y 1059 del Código Judicial constituyen títulos ejecutivos que se hacen efectivos por medio de la jurisdicción coactiva.

CUALES RESOLUCIONES Y ACTOS ADMINISTRATIVOS PUEDAN SERVIR EJECUTIVOS-

Entre otras, y de conformidad con los Arts. 992 y 1059 del C. J. son las resoluciones y actos administrativos que se emiten a continuación:

PRIMERO: a) Los Alcances liquidados y definitivos deducidos contra los responsables del Erario por el Departamento de Centralería, los demás Tribunales de cuentas nacionales, departamentales, o mi-

b). Las copias de los reconocimientos hechos por los recaudadores a cargo de los deudores de impuestos.

c). Las copias de las resoluciones definitivas ejecutoriadas proferidas por funcionarios competentes en ejercicio de sus funciones, sobre multas que deben ingresar al Tesoro Nacional, Departamental o Municipal.

Por estimar de mucha importancia la jurisprudencia contada por la Honorable Corte Suprema de Justicia sobre este artículo, voy a transcribir parte de ella: "Las Resoluciones y actos anteriores de carácter Administrativo a que se refiere el art. 1659 del C. J. para que constituyan título ejecutivo suficiente y <sup>en</sup> lugar a una ejecución firme, que no sea impugnada con excepciones de fondo, deben deducirse con observancia de todas las reglas que se prescriben en las Leyes y Ordenanzas y por medio de la autoridad competente. Los actos y demás Resoluciones que se estudian, llevan en sí mismos las presunciones de verdad en cuanto a la obligación que declaran, pero únicamente, como ya se dijo, en relación con la parte externa del título; de modo que aun cuando se haya formado regularmente, por la autoridad competente y con la observancia de todas las reglas legales, no por eso acredita de una manera indubitada la causa interna de la misma obligación; de ahí que, aunque declaren la existencia de ésta, no por ello impide la defensa del deudor tendiente a demostrar, por ejemplo, que se cumplieron determinados hechos según los cuales la obligación se extinguió e no pudo tener existencia legal. Por tanto, si la Resolución o el acto administrativo se forma declarando una obligación que no ha podido nacer por falta de derecho en la Entidad pública en cuyo favor se reconoce, o se crea cuando ya la obligación está extinguida por alguna causa legal, no existe obstáculo para que por medio

de las excepciones correspondientes se declara que la obligación no ha nacido, o que, aunque tuvo causa justa, ella es extinguida. (V. Causa Judicial No. 1026).

SEGUNDO: De conformidad con el inciso final del artículo 62 de la ley 63 de 1935, presta igualmente mérito ejecutivo, un ejemplar de la liquidación del impuesto de sucesiones y donaciones, debidamente autenticado por el respectivo Síndico Ecuatorador.

Estos impuestos, recargos, multas, gastos y demás derechos que en favor de la Nación establece la Ley 63 de 1.935 por concepto de sucesiones, son exigibles por medio de la Jurisdicción coactiva, de la misma manera que las obligaciones que señala el artículo 1059 del código judicial. (V. Ley 63 de 1.935, Apéndice).

TERCERO: Las Resoluciones dictadas por el Ministerio de Correos en caso de pérdida o extravío de valores recomendados e encomendados.

Aunque el numeral 5o. del artículo 1060 del Código Judicial se refiere exclusivamente a las resoluciones sobre multas que deban ingresar al Tesoro Público, las cuales prestan mérito ejecutivo, también existe en el Código Postal y Telográfico una disposición, que es el artículo 40, según la cual presta mérito ejecutivo la Resolución que dicta la Dirección General de Correos y Telógrafos en caso de pérdida o extravío de valores recomendados e encomendados. (V. sentencia, Sala de Negocios Generales, Nos. 1997 y 1998).

CUARTO: La copia de la escritura de la hipoteca acompañada de copia del auto en que se ordena hacer efectiva la caución, tratándose de garantías prestadas para obtener la libertad provisional del procesado, según el artículo 400 de la Ley 94 de 1938 (Código de Procedimiento Penal).

Existe sobre el particular una jurisprudencia de la Corte sumamente interesante, que corre publicada en la revista de esa alta co-



162  
tidad, en el Tomo XLIV, Dec. 1918 y 1919, según la cual *la jurisdicción*  
coactiva procede siempre para ser efectivas estas sanciones o multas  
cuando estén aseguradas con hipoteca, no pudiendo seguir la acción  
el juicio que contempla el Tit. XLII del libro II del Código Judicial,  
porque las deudas fiscales ya constan en alcances líquidos definitivos,  
en copiado reconocimientos, en resoluciones ejecutoriadas o en actos y do-  
cumentos de los mencionados en el art. 982 del C. J., con siempre del  
recorte de la jurisdicción coactiva.

QUINTO: La copia de la diligencia de fianza, para los mismos efectos de  
garantizar la libertad del procesado, con el auto que ordena hacer efec-  
tiva la caución, de conformidad con el art. 401 del citado Código de  
Procedimiento Penal.

SEXTO: Los documentos privados en que consten fianzas de responsables  
del erario deben acompañarse originales para que sirvan como recaudo  
ejecutivo, de conformidad con el artículo 643 del código de organiza-  
ción predecimental.

SEPTIMO: Ademas presta mérito ejecutivo, toda Resolución o Acto admi-  
nistrativo que se ajuste a la regla señalada en el artículo 982 del Có-  
digo Judicial.

Este artículo establece las siguientes normas: a) Toda obligación que  
conste en acto o documento que prevenga del deudor, o de su causante  
y constituya por sí solo, según la ley, plena prueba contra él, o que  
emane de una decisión judicial que deba cumplirse; b) que el documento  
o la decisión judicial resulte a cargo del demandado una obligación  
expresa, clara y actualmente exigible de hacer, o de entregar una es-  
pecie o cuerpo cierto, o bienes de género, de pagar una cantidad liqui-  
da de dinero.

Esta disposición aclara lo que se entiende por cantidad líquida, y di-  
ce que es la que puede expresarse en un guarismo determinado, sin estar  
sujeta a deducciones interminables aunque ciertas.

Debe observarse aquí, que cuando estas Resoluciones o Actos Administrativos prestan mérito ejecutivo van en papel común, por tratarse de intereses del Fisco. Se observa también como dato de suma importancia que los documentos que sirven de recordo ejecutivo por medio de la jurisdicción cautiva, no necesitan reconocimiento de firma de ninguna clase, porque cuando de funcionarios públicos, en ejercicio de sus funciones oficiales, tienen el carácter de auténticos y la verdad se presume tanto en cuanto a las firmas como en relación con el contenido; pero como la presunción es simplemente legal, puede desconstruirse lo contrario por medio de excepciones. (V. Cota Judicial Tomo XLVI. Res. 1034 de 22 de Marzo de 1.939).

\*\*\*\*\*

PROSECUCION POR JURISDICCION COACTIVA

La Comisión revisora del Código de Procedimiento Civil se pronunció en estos términos al comentar el Capítulo IV del Tit. XXIII, L. II C. J.

"Del capítulo IV de este Título (artículos 1036 a 1039 - 1038 a 1041), que es el que trata de las ejecuciones por jurisdicción coactiva, debemos decir que no comprende sino la estrictamente necesario como edición a los capítulos anteriores. Se ha observado, sin embargo, que en estos artículos no se halla la limitación de excepciones que han puesto las leyes anteriores, a las que puede oponer el ejecutado, porque la Comisión, después de un estudio detenido y de una seria discusión en que hubo uniformidad de votos, no encontró razón alguna para que a los deudores del Fisco no les cupiera el mismo derecho que a los ejecutados por individuos particulares para alegar toda excepción en virtud de la cual puedan considerarse su deuda extinguida, o inexistente, o sin causa; no es justo, por ejemplo, que se lleve a efecto por una deuda que puede ser compensada si el Fisco es deudor del ejecutado, o si ha sido condonado por un acto legislativo sancionado durante el curso del juicio, o tal vez prescrita con arreglo a derecho".

CHALES SON LOS FUNCIONARIOS QUE ESTAN INVESTIDOS DE LA JURISDICCION COACTIVA-

Gozan de jurisdicción coactiva, para proceder ejecutivamente á hacer efectivos las obligaciones de los contribuyentes constituidas en su favor y a favor del Fisco nacional, departamental o municipal, los funcionarios comprendidos en las dependencias que se

Institutos de enseñanza.

Primer grupo: Funcionarios nacionales: El inciso 1o. del artículo 63 de la Ley 63 de 1930, invariable a los empleados de Hacienda nacional, de jurisdicción ejecutiva, o prevención, a los Síndicos Recaudadores, Administradores e Inspectores de Rentas Nacionales, Jueces Nacionales de Ejecuciones Fiscales, Jueces de Rentas Nacionales y demás funcionarios que por leyes especiales tengan dicha jurisdicción. (V. artículo - Ley 63 de 1930 y Decreto ejecutivo No. 1.185 de fecha 11 de Mayo de 1936)

Segundo grupo: Los empleados Departamentales encargados de la recaudación para hacer efectivos los cobros de los créditos en favor del Fisco Departamental, de conformidad con el artículo 66 de la Ley 84 de 1.915.

Tercer grupo: Los funcionarios de Hacienda de los Municipios. Estos funcionarios son los Tesoreros o Recaudadores Municipales encargados de las ejecuciones por concepto de impuestos, multas y otros créditos en favor de los respectivos Municipios, según el artículo 213 de la Ley 4a. de 1913 (V. Código Político Municipal).

Cuando se trata de funcionarios nacionales de ejecución, como los Síndicos Recaudadores e Inspectores de Rentas Nacionales, Jueces Nacionales de Ejecuciones Fiscales, Jueces de Rentas Nacionales, Departamentales o Municipales, tienen su despacho propio, con Secretario y demás empleados del caso, encargados de la tramitación de los juicios y de las notificaciones respectivas, observando la tramitación procesal indicada para los juicios ejecutivos, de acuerdo a los cargos, decretos, cédulas y resorte de bienes, hasta efectuar el pago en favor de la respectiva Entidad.

Se observa que en algunos de todos los Municipios capitales de Departamento existen funcionarios -distintos de los Tesoreros Mu-

- 40 -

166

funcionarios- encargados de la recolección de ejecuciones fiscales del Municipio, que gozando de jurisdicción coactiva delegada, y con base en los Reconocimientos dictados por el Tesorero Municipal, inician y adelantan los respectivos juicios ejecutivos, sin la intervención directa del Tesoro Municipal. Por lo regular el Tesorero Municipal es un empleado versado más bien en cuestiones relacionadas con los sistemas contabilísticos, siendo por tanto, en la mayoría de las veces un profano en las causas que tienen relación a la instrucción material de los juicios que en ejercicio de sus funciones tiene que ventilar. Por otra parte, estos funcionarios están recargados de trabajos y no le queda tiempo para revisar estas actuaciones procesales, firmando en la mayor parte de las veces las providencias dictadas por el Secretario encargado de la orientación del juicio sin enterarse a fondo de su contenido jurídico.

En lo que respecta al Municipio de Cartagena, no existen Jueces de ejecuciones fiscales Municipales, encargados de iniciar los juicios ejecutivos y adelantar todas las diligencias seguidas por el Municipio, como existen en Bogotá y en casi todas las capitales de Departamento. El Tesorero Municipal de Cartagena para la orientación del centro de las deudas fiscales, está asesorado por un empleado subalterno, denominado impropiaemente Abogado Recaudador de Vigilancia Expirada, quien haciendo las veces de Secretario Ad-Hoc. Centro de la escuela del juicio es el encargado de la dirección del negocio. Naturalmente que para el desempeño de este cargo se requiere como condición indispensable ser Abogado. El autor de esta monografía tuvo la suerte de ocupar este cargo, y por eso pudo, las observaciones apuntadas atrás con las conclusiones sacadas de la práctica. Esta forma indirecta en la instrucción de los juicios que se adelantan de conformidad con el artí

167

ente 215 de la ley de. de 1.913 ref. en notable perjuicio por la recaudación. Causa de decaer que los ediles del Concejo Municipal de Cartagena, cesaron con los Jueces de ejecuciones fiscales municipales, para que sean ellos los que inicien y dirijan las ejecuciones. A no dudarse estos funcionarios contribuirían enormemente en aumentar los ingresos municipales, ya que deograciadamente en nuestro país no todos los contribuyentes pagan voluntariamente los impuestos, olvidando por tanto, que de ellos dependen la vida de los servicios públicos. Ojalá que estas instituciones sean atendidas por los señores concejales, porque ellas se inspiran únicamente en las deficiencias señaladas arriba, y en el deseo de dotar a la ciudad de un organismo de competentes funcionarios de Ejecuciones Fiscales del Municipio, que a no dudarse aumentarían progresivamente los ingresos municipales. En la parte final de esta monografía transcribírase la Resolución No. 1 de 1930, dictada por el Tesorero Municipal de Bogotá, por la cual reglamenta la organización y funcionamiento de las Recaudaciones de Ejecuciones Fiscales de aquel Municipio.

La Ley no ha estimado conveniente determinar un procedimiento especial para los negocios de jurisdicción coactiva, y los sujeta a las normas aplicables a los juicios ejecutivos en general; y como hemos dicho alguna el mismo procedimiento de los juicios ejecutivos, regla esta que la establece el artículo 1.053 del Código Judicial. De suerte que los juicios ejecutivos que ventilan los funcionarios investidos de jurisdicción coactiva comienzan con la notificación personal del mandamiento de pago, providencia esta que se dicta con base en el reconocimiento o en cualquier otra resolución o acta administrativa que preste soporte ejecutivo, después viene el requerimiento de pago, embargo, excepciones, forzarías si es el caso, citación para sentencia de prógna y re-

ento, cubierta, pago del proceso de la adjudicación, aprobación del  
recuento etc. Caso de ve, en consecuencia en idéntica forma que las  
ejecuciones propuestas por los particulares.

RECONOCIMIENTOS-

El reconocimiento que ha de servir de título ejecutivo, caso to-  
dos los de su clase, es un acto administrativo que debe estar de  
acuerdo con la ley, puesto que toda acción administrativa debe ha-  
carse en las leyes y en los reglamentos de la Administración, e  
sea: todo acto administrativo tiene que ejecutarse de la manera  
dijesta en las normas legales, tanto cuando el procedimiento  
señalado se encamina a proteger los derechos del Estado como cuando  
se va a amparar los de los particulares. (V. Sentencia de la Corte  
XLVI, marzo 30 de 1935).

Ha sostenido la Corte en distintos fallos que los Reconocimientos  
dictados por los Recaudadores respectivos, llevan en sí una pre-  
sumción de verdad, por lo que no puede el juzgador inquirir, al  
libre de ejecución, si ellos están bien o mal hechos, pues basta  
que se hayan practicado por quien puede y debe hacerlo, y que  
expresen cantidad determinada a favor del Fisco.

Sostiene además la misma entidad que es necesario que los Recono-  
cimientos de los Recaudadores de Hacienda, lleven su propia firma  
y se la de sus empleados subalternos, a fin de que presten mérito  
ejecutivo. Sin embargo no es motivo de invalidez de un Recono-  
cimiento, de los que enumera el art. 1059 del C. J., la falta de  
la firma del Secretario, porque la ley no exige esta formalidad  
para que el reconocimiento hecho por un Recaudador preste mérito  
ejecutivo. (V. Apudico)

MANEJO DE TRABAJO-

Ha la imposibilidad de tratar en este trabajo detenidamente todas  
las etapas por las cuales pasa una ejecución, vamos a dar una idea

general de cada una de ellas. Posiblemente mas tarde, completare-  
mos este estudio, por haber despertado esto tema un gran interes  
en nuestro unico.

En tesis general la demanda ejecutiva constituye un acto por me-  
dio del cual el acreedor invoca una accion que consta en un tita-  
lo ejecutivo en su favor y en contra del Estado.

Sabemos que los Jueces de ejecuciones fiscales estdn revestidos  
del doble caracter de Juez y parte, así pues que al instaurar o  
iniciar la ejecucion lo hacen con base en el Reconocimiento o en  
cualquier otro Resolucion o acto activo que ha de servir de tita-  
lo ejecutivo, los cuales llevan en si una presuncion de verdad,  
como hemos visto cuando tratamos de los Reconocimientos.

El articulo 995 del Codigo Judicial establece que si el titulo es  
de los que trae aparejada ejecucion el Juez competente, sin citar  
al ser el deudor decretará el mandamiento ejecutivo.

QUE DEBE CONTENER EL DECRETO O MANDAMIENTO EJECUTIVO-

1o.- La orden de satisfacer la deuda que conste en el titulo eje-  
cutivo, en los terminos establecidos en el Tit. XXXII, Cap. I del  
C. J.

2o.- La designacion, por su nombre completo, del acreedor ejecu-  
tante, del deudor ejecutado, o del poseedor de la cosa indicada  
bajo juramento, si se trata de accion real; y

3o.- La intimacion al deudor de nombrar oportunamente acreedores  
y un avaluador de los bienes que haya lugar a embargo, con ad-  
vertencia de que si no los nombra en el acto de la notificacion,  
o nombra individuos ausentes, o que no quieran o puedan aceptar,  
los nombra el Juez de la causa, o el comisionado en su caso.

El articulo 998 del C. J. agrega: Si el ejecutante ejercita la  
accion real basada de la constitucion de una hipoteca o de un can-  
ce, el mandamiento ejecutivo debe contener el embargo de la cosa



170

y la orden de evaluar ésta, el el demandante exhibe un certificado del Registrador de Instrumentos Públicos en que consta que el demandado es el actual poseedor, y cuando, el el acreedor lo pide, se dispone el secuestro de la cosa. Este artículo tiene aplicación en los juicios por jurisdicción coactiva cuando se inician ejecuciones, de conformidad con los artículos 600 y 491 de la Ley de 1938.

NOTIFICACION DEL MANDAMIENTO EJECUTIVO-

El Juez ejecutor para verificar la notificación del auto ejecutivo al deudor, tendrá que observar los siguientes requisitos: 1o.- Ordenar la comparencia del deudor al despacho por medio de una boleta de citación, y notificarle personalmente a éste el auto ejecutivo. Esta diligencia debe ser firmada por el Juez, el ejecutado, o un testigo por éste, si no sabe, si no puede, o no quiere firmar, y por el Secretario; 2o.- Instar al deudor que satisfaga la deuda que se le demanda, de conformidad con lo dispuesto en el decreto de ejecución; 3o.- Exigirle en el acto que si no cumple la obligación, según lo dispuesto en el ordinal anterior, ponga bajo juramento si tiene o no bienes para el pago de lo que se le demanda y las costas del juicio y cuáles ofrece al efecto, y que nombre porite evaluador y secuestro de los bienes que han de embargarse; 4o.- si ofrece bienes, advertirle que pueda dar caución de cumplimiento; 5o.- decretar inmediatamente el embargo, el secuestro y el avalúo de los bienes ofrecidos por el deudor; 6o.- si el ejecutado no abedece al cumplimiento ni ofrece bienes suficientes para satisfacer su obligación, ni tampoco da la caución de cumplimiento dentro del término prudencial que se le señala, decreta el embargo, secuestro y avalúo de los bienes claramente especificados que el acreedor, jurando no proceder de malicia, denuncia como de propiedad del deudor; y 7o.- dictar sin

- 20 -

171

demora las providencias adecuadas para hacer efectivo el decreto de embargo.

Ha dicho la Corte que es tan importante la notificación del mandamiento de pago al deudor, que el artículo 981 del Código Judicial lo establece como el principio mismo del juicio. De tal manera que la inobservancia de dicho requisito constituye un obstáculo que se opone a la prosperidad de los incidentes de excepciones o de las apelaciones que se interpongan contra aquella providencia. Así pues, se puede afirmar a la luz del artículo citado anteriormente, que no habiendo sido notificado legalmente el ejecutado del auto ejecutivo, no puede afirmarse que existiera juicio ejecutivo. Si a pesar de los requerimientos hechos por el Juez executor no concurriero al Despacho a notificarse el auto ejecutivo al deudor, entonces se podrá hacer uso de la fuerza, si es necesario, para lo cual se decretará la captura de éste y se comisionará a la policía para que lo de cumplimiento a esta orden. Esta detención durará hasta el momento de notificarse el mandamiento de pago. Las notificaciones de estas providencias podrán hacerse también a los representantes legales debidamente acreditados. Los artículos 676 y 678 del C. J. exigen a determinadas personas de la obligación de concurrir al Despacho del Juez para notificarse el mandamiento de pago, entonces la notificación se les hará en su casa, avisándoles oportunamente el día y la hora en que ha de practicarse esta diligencia judicial.

COMO SE HACE LA NOTIFICACION AL DEUDOR QUE SE ESCONDE-

El art. 1001 del C. J. nos dice: "Si el ejecutante acredita sumariamente que el deudor se esconde o que se ignora su paradero, el Juez sin necesidad de emplazamiento previo, le nombra un curador ad-litem, con el cual se entienden la intimación del mandamiento y las diligencias subsiguientes del juicio. Este no obstante, el

mandamiento y las diligencias subsiguientes del juicio. Esto no obstante, el mandamiento ejecutivo debe notificarse al deudor mismo o a un curador con emplazamiento de aquél, antes de la citación para sentencia de pregon y remate; pero si el auto ejecutivo fue apelado, no se concede nueva apelación cuando se notifique por segunda vez.

Es bueno observar que de conformidad con el artículo 10. de la ley 62 de 1928 el curador ad-litem que el Juez haya de nombrar en representación del demandado, debe ser un Abogado inscrito. Este nombramiento de curador, sin emplazamiento previo, sólo tiene el carácter de provisional, para facilitar al acreedor el embargo de bienes rápidamente, y dura hasta el auto de citación para sentencia de pregon y remate. Antes de este auto, el acreedor debe obtener el comparecimiento del deudor que se oculta, solicitando al Juez la captura, si fuere el caso, lo mismo que el cumplimiento de los apremios, bien sea de multa o de arresto; pero si no fuere posible obtener que el deudor comparezca, es necesario hacer el emplazamiento en la forma ordenada por el art. 317 del C. J. En uno u otro caso el Juez debe notificar el mandamiento ejecutivo otra vez al deudor directamente o al nuevo curador definitivo, todo antes del auto de citación para sentencia de pregon y remate (V. Gaceta Judicial. Tomo XLIII Nos. 1909 y 1910).

A QUIEN SE LE NOTIFICA EL AUTO EJECUTIVO, CUANDO LO EMBARGADO ES UNA NAVE-

Por último el artículo 1002 del C. J. dispone que cuando lo embargado sea una nave, que está especialmente afectada al pago de la tripulación, o para pagar sumas tomadas a la gruesa ventura y otra deuda que la afecte legalmente, pongamos por ejemplo, el no pago de los impuestos correspondientes por parte de la agencia o razón social a que pertenezca esta nave, entonces las notificaciones

nes de todas las providencias del juicio, se hacen al naviero, al capitán o al consignatario, si aparecen, y si no, a un curador ad-litem que se nombre como se dispone en el artículo que anteriormente hemos comentado.

EMBARGO Y SEQUESTRO EN LOS JUICIOS POR JURISDICCION COACTIVA- En tesis general y especialmente de conformidad con nuestra legislación procedimental, el Embargo no es otra cosa sino el medio para asegurar la eficacia de las acciones del acreedor contra actos del deudor, que enajenado o gravando sus bienes, normo y hasta haga desaparecer el respaldo de sus obligaciones; llegando la ley hasta permitir el embargo preventivo, a fin de que no resulte ilusorio el juicio cuando el demandante tenga motivo para temer que la reivindicación de la cosa mueble se pierda o deteriore en manos del poseedor, o que este se ha ausentado o tema que se ausente. (V. arts. 273 y 274 C. J.).

Algunos tratadistas españoles consideran el embargo como "el acto de apoderarse judicialmente de los bienes del deudor y pagarse con su importe".

Esoriche dice que el embargo es la ocupación, aprehensión o retención de bienes hecha con mandamiento del Juez por razón de deuda o delito; y considera que tiene por finalidad asegurar los resultados del juicio, es decir, la satisfacción de la responsabilidad pecuniaria que una persona ha contraído realmente o se cree haber contraído, sea en virtud de obligación civil que dimanase de la convención, de la ley o bien en virtud de un delito o cuasidelito que hubiese perpetrado.

El artículo 2273 del Código civil define el Secuestro así: "es el depósito de una cosa que se disputan dos o más individuos, en manos de otro que debe restituirla al que obtenga una decisión a su favor. El depositario se llama secuestro".

174

El Juez o funcionario investido de jurisdicción coactiva cuando inicia un juicio contra determinado contribuyente para hacer efectiva una acreencia del Erario con base en un reconocimiento, resolución o actos administrativos que de conformidad con los arts. 1039 y 982 del C. J. prestan mérito ejecutivo, podrá decretar embargo y secuestro preventivo de los bienes denunciados, siempre y cuando que se observen los requisitos señalados en los artículos 273 y 274 del citado Código Judicial.

Para la práctica de esta diligencia se observara lo previsto en el Tit. V. Cap. I de la obra citada.

Sostiene el doctor Osorio que "sin el embargo y el depósito judicial no habría objeto en emplear la vía breve y sumaria del juicio ejecutivo, porque son esas medidas las que vienen a hacer posible la efectividad del cobro compulsivo, de otra suerte faltarían los elementos propios para su eficiencia, ya que constituyen un medio coercitivo que la ley brinda para que, con su concurso, pueda hacerse efectiva rápidamente la obligación".

#### BIENES QUE NO SON EMBARGABLES-

El parágrafo 3o. del Tit. del Código Judicial, tras una larga lista de los bienes que no son embargables, lista esta que se completa entre otras leyes con las siguientes; el 1677 del C. C. el art. 20 de la ley 41 de 1.915, el 3o. de la Ley 68 de 1.922, el art. 9o. inciso final de la ley 115 de 1928; el art. 13, ley 118 de 1928; art. 21, ley 70 de 1931; art. 52, ley 134 de 1931; art. 22 ley 2a. de 1932; art. 2o. ley 61 de 1936; art. 14, ley 66 de 1936; art. 3o. ley 203 de 1936; art. 7o. ley de 1.937.

Como dicho ya, que al decretar el Juez de ejecuciones fiscales el embargo y secuestro de determinado bien de propiedad del ejecutado, tendrá que observar todos los requisitos pertinentes cu-

175

establecidas en el código de organización judicial para los juicios ejecutivos ordinarios. Por falta de tiempo no nos es posible comentar en una forma más detenida el procedimiento a seguir, desde el instante que se dicta embargo y secuestro.

#### EN QUE CONSISTE LA CAUCION DE SANEAMIENTO-

La caución de saneamiento es una garantía que da el ejecutado consistente en una prenda, una hipoteca, o una fianza, cuya suficiencia califica el Juez, para responder por las resultas de la ejecución.

#### DESEMBAARGO-

#### QUIEN CONOCE DE LOS DESEMBAARGOS EN LOS JUICIOS POR JURISDICCION COACTIVA-

La doctrina que se desprende del artículo 1060 (1) del Código Judicial, es la de que los funcionarios nacionales investidos de jurisdicción coactiva están dotados de plena capacidad para actuar en todo lo que se relaciona con el correcto y adecuado logro de sus fines, menos cuando en los procedimientos agitados por ellos surjan o excepciones, o tercerías, o apelaciones o consultas, eventos que la ley substraen de su radio de acción para colocarlos dentro de la esfera de atribuciones de la justicia ordinaria.

Una simple solicitud de desembargo no participa de la calidad de excepción, ni de tercería, ni de apelación ni de consulta, por lo cual el funcionario coactivo ante quien se presenta es competente para estimarla. Además, debe tenerse en cuenta, que si en derecho las cosas se deshacen como se hacen, no se ve obstáculo legal ni razón alguna en cuya virtud el funcionario que ha decretado el embargo esté inhibido para revocarlo o infirmarlo. (1)

Derogado por los Arts. 30. 40. y 50. de la Ley 67 de 1943 (V. Gaceta Judicial XLIV, Nos. 1918 y 1919.

Sea de opinión, que después de cancelada la obligación por la cual

el contribuyente moroso fue ejecutado, el funcionario investido de la jurisdicción coactiva sin solicitud de parte, es decir de oficio, puede decretar el desembargo de los bienes trabados. Y este es así, por encontrarse estos funcionarios investidos del doble carácter de Juez y parte.

EXCEPCIONES-

Dentro del actual sistema legal se presentan para el particular interesado dos vías de defensa para la revisión o declaratoria de inexistencia de los recaudos fiscales que él considere se lo exigen indebidamente. Con anterioridad al cobro ejecutivo, el particular puede acudir a los Tribunales Administrativos, a fin de obtener la revisión de la respectiva providencia de las autoridades fiscales. Sobre los mismos puntos materia de la decisión de aquéllos no puede el particular proponer excepciones en el juicio como consecuencia de la sentencia de la jurisdicción contencioso administrativa se lo siga por los funcionarios recaudadores, pues ello implicaría una manifiesta violación del artículo 93 de la ley orgánica de lo contencioso administrativo (Ley 130 del 1913), ya que esta disposición establece que las sentencias definitivas proferidas por tales Tribunales no están sujetas a revisión por parte de la justicia ordinaria. Pero si el particular interesado no hizo uso del trámite administrativo, bien puede, en cuanto ello no choque con las atribuciones privativas de las oficinas fiscales, ejercitar ante la jurisdicción común, con posterioridad a la iniciación del juicio ejecutivo, los medios de defensa que sean conducentes. Aún si se ha hecho uso del recurso administrativo, y luego de la decisión de éste, se presentan durante la ejecución defensas basadas en hechos o en motivos distintos de los que fueron considerados por los Tribunales Administrativos, la justicia ordinaria puede conocer y decidir de ellos, sin que

26

177

esto implique revisión de las providencias administrativas. (V. Sentencia de la Corte, Sala de Negocios Generales. No. 1930). Cabe observar aquí como dato de suma importancia, que en los juicios ejecutivos por jurisdicción coactiva, puede el ejecutado proponer excepciones en la misma forma que en los juicios ejecutivos comunes. Sobre este particular la Corte sentó la siguiente doctrina: "En los juicios ejecutivos por jurisdicción coactiva puede proponer el ejecutado, al igual que en los otros juicios por jurisdicción general, todas las excepciones que oca tener a su favor (art. 1025 del C. J.), encaminadas a enervar la ejecución, sin que sea óbice para ello que el auto ejecutivo se halle ejecutoriado. Es decir, el nuevo Código Judicial, o Ley 105 de 1.931, no reprodujo el artículo 1028 del Código Judicial anterior, que quedó derogado".

El artículo 1025 del C. J. señala en que momento es oportuno proponer las excepciones por el ejecutado, ese momento es desde la notificación del mandamiento ejecutivo, hasta que se autorice el auto de citación para sentencia de pronón y remate. Esta sólo puede proponerse por una sola vez.

DEFINICION- Se entiende por excepción en el procedimiento civil, todo medio de defensa de que hace uso el demandado para repeler la acción del demandante. Los medios de defensa que la ley le brinda al demandado para su defensa, son de dos clases: perentoria y dilatoria. Tiene lugar la excepción perentoria cuando ataca directamente en su fondo el derecho ejercitado; y cuando ataca el procedimiento, ya sea para suspenderlo o mejorarlo entonces constituye la excepción dilatoria.

Estos conceptos coinciden claramente con la definición que trae el artículo 329 del C. J. cuando considera que "constituye excepción perentoria todo hecho en virtud del cual las leyes consens-



con la existencia de la obligación, o la declararan extinguida si alguna vez existió. Al comentar esta disposición dice el doctor Genzale Jiménez, "de donde se infiere que las excepciones perentorias son de dos clases: la primera ocurre cuando el demandado admitiendo en principio la existencia del hecho constitutivo del derecho, propone al mismo tiempo la existencia de otro hecho en su origen coetáneo con el primero y está dentro de la segunda, cuando el demandado, dando por supuesta la relación del derecho, alega la existencia de hechos posteriores que la anulan. Como ejemplo de la primera tomamos las excepciones de dolo, error, fuerza mayor, simulación etc. y de la segunda, el pago, la remisión, condonación, compensación, novación, transacción, cosa juzgada, prescripción, etc."

DIVISION DE LA EXCEPCION DILATORIA- Las excepciones dilatorias

son de cuatro clases: 1o.- Declinatoria de jurisdicción, esto es, cuando el Juez carece de jurisdicción, o no es competente para conocer de la demanda promovida; 2o.- Illegitimidad de la personeria, cuando el demandante no es hábil para comparecer en el juicio, o cuando el apoderado o demás personas que gestionan a nombre de otras no han acreditado la representación, o también, cuando no está acreditada la identidad de la persona que estableció la demanda; 3o.- Inoprt de demanda, cuando la que se propone no reúne los requisitos legales, o bien cuando se dirige contra persona distinta de la obligada, o cuando a la demanda se le da un curso distinto al que le corresponde; y 4o.- Pleito pendiente, que tiene lugar cuando se sigue otro juicio sobre la misma acción en que el excepcionante figura como parte. (V. arts. 330 a 334 del C. J.).

CLASIFICACION DE LAS EXCEPCIONES PERENTORIAS-

El actual código de procedimiento no trae como el derogado, la

lista de las excepciones perentorias que pueden proponerse dentro del juicio, por considerar que la forma taxativa como las enumeraba dicho código era deficiente. Así pues, los tratadistas y la Corte se ha permitido agruparlas en cuatro grupos:

1o.- Cuando tienen por base un hecho en virtud del cual la ley desconozca la existencia de la obligación, o sea que niega la fuerza obligatoria de ésta por existir un vicio que la invalida. A este grupo dicen que pertenecen las siguientes: Nulidad, Incapacidad para consentir, Objeto Ilícito, Causa Ilícita, Simulación, Falsedad, Rescisión o Nulidad Relativa, Incapacidad Relativa, Omisión de requisitos esenciales en el Contrato, Lesión Enorme, Error, Fuerza, Dolo y otras semejantes;

2o.- Cuando ocurre la extinción de la obligación. A este grupo pertenecen: Solución o Pago efectivo, Pago por Consignación o Subrogación, Pago por cesión de bienes, Pago con beneficio de Competencia, Dación en pago, Novación, Remisión de la Deuda, Pacto de no Pedir, Compensación, Pérdida de la cosa que se debe, Evento de la condición resolutoria, Prescripción y otras similares.

3o.- Aquéllas que terminan el juicio pero no destruyen la acción. A esta clase pertenecen las siguientes: Orden o Exclusión, Condición no cumplida y Fetición antes de Tiempo. Y por último dicen que hay otras excepciones que bien pueden clasificarse en un cuarto grupo, que son aquellas que participan de las dilatorias y de las perentorias, como son la Cosa Juzgada y Transacción.

En sentencia de 8 de agosto de 1935, (Caceta Judicial Nos. 1901 y 1902, pag. 628 dice la Corte Suprema: "Un ciudadano no denunció el impuesto sobre la renta. La respectiva Administración de Hacienda la hizo. Se le notificó al deber la liquidación. Como no pagase, se le inició juicio ejecutivo. Dentro de éste propuso excepciones. El Procurador alega que no habiendo apelado de la

liquidación del Administrador de Hacienda, ni habiendo ocurrido a la jurisdicción contencioso-administrativa, no era legal y oportuno oírle las excepciones al ejecutade. Y a esto dijo la Corte: La Corte estima que aun transcurrido el lapso que la ley y decretos vigentes fijan como hábil para interponer los recursos pertinentes, ya ante el superior jerárquico en la esfera administrativa, ya ante la jurisdicción contencioso-administrativa, sin que el interesado los proponga, si al seguirse el juicio coactivo correspondiente éste propone y funda excepciones, no se puede declarar infundadas a pretexto de que habría sido más oportuno y propio invocarlas antes, si se hubiese hecho uso de los recursos que la ley dispensa. Bien es verdad que la Corte no puede conceder la misma latitud de apreciación que brinda el juicio administrativo, donde el ejecutade tiene un amplio campo de defensa, pero no es menos cierto que si aparece de autos la plena prueba que extinga la acción ejecutiva o la desvirtúe esencialmente, el juzgador no puede desestimarla. La tesis contraria llevaría al absurdo extremo de vencer y condenar sin haber antes oído en juicio, además de que cancelaría la eficacia de la ley procedimental, ya que ésta tiene establecido que el incidente de excepciones, de las tercerías y de las apelaciones y consultas en los juicios seguidos por jurisdicción coactiva, conoce la justicia ordinaria (art. 1060 del C. J.) (1) Esta disposición fue derogada por los arts. 3o., 4o. y 5o. de la ley 87 de 1.943.

Para terminar estos ligeros comentarios sobre la excepciones diremos que la tramitación de los incidentes de excepciones se tramitarán observando lo provisto en los títulos VII del lib. II, y el parágrafo 6o. del Tit. XXXIII. del Código Judicial.

QUIENES CONOCEN DEL INCIDENTE DE EXCEPCIONES-

El artículo 1060 del código judicial faculta a la justicia ordi-

181  
naria, para conocer del incidente de excepciones, de las tercerías y de las apelaciones y consultas en los juicios seguidos por jurisdicción coactiva.

El artículo anterior fue derogado en forma expresa, por la Ley 67 de 1.943, cuando dice en su art. 50. "El conocimiento de las apelaciones y de los incidentes de excepciones y tercerías que se susciten en los juicios por jurisdicción coactiva en asuntos nacionales, correspondiendo al Consejo de Estado cuando la cuantía del negocio, en su acción principal, sea de quinientos pesos (\$ 500,00) o más. En los demás casos correspondiendo en única instancia al Tribunal Administrativo de la vecindad del funcionario ejecutor. Art. 40. En los mismos juicios, referentes a asuntos departamentales o municipales, conocerá de las apelaciones e incidentes de excepciones y tercerías, en única instancia, el correspondiente Tribunal Administrativo, cuando la cuantía de la acción sea de menos de quinientos pesos (\$ 500,00)". Habrá lugar a segunda instancia en los incidentes de excepciones y tercerías cuando la cuantía del negocio sea de quinientos pesos (\$ 500,00) o mas".

#### CRITICA A LA LEY 67 DE 1.943-

Al quitarle ésta ley la facultad a la justicia ordinaria para conocer de los incidentes de excepciones, tercerías, apelaciones y consultas que se presentaran en los juicios iniciados por medio de la jurisdicción coactiva, y dársela al Consejo de Estado, cuando la cuantía del juicio en su acción principal sea de quinientos pesos o mas, y a los Tribunales Contenciosos Administrativos cuando se trate de negocios departamentales o municipales, cuya acción sea inferior a quinientos pesos, parece que el Legislador a querido corregir la anomalía de este procedimiento, porque los juicios por jurisdicción coactiva son considerados como verdaderos juicios administrativos, por tanto, lo lógico y lo jurídico sería

182

que las ~~excepciones~~ que se suscitan conciernan de otros los funcionarios mencionados. Sin embargo se observa que trámitándose, como en efecto se tratan estos juicios por las normas establecidas en el código judicial, la aplicación de los arts. 39. y 40. de la ley 87 de 1945 nos dará por resultado la intermisión del procedimiento civil con el contencioso administrativo quebrándose la armonía que debe existir entre estos dos códigos.

Lo que caracteriza esencialmente a la jurisdicción coactiva es el doble carácter de que se encuentran investidas las entidades administrativas al ser al mismo tiempo Juez y parte. Este privilegio exorbitante se inspira en la necesidad inaplazable que tiene el Estado para arbitrar en un momento dado los impuestos que el contribuyente se obliga a pagar voluntariamente, el cual se ha reputado en todo tiempo como necesario. Imagínense por un solo momento que todos los contribuyentes del Estado se negaran a pagar las contribuciones a que están obligados. ¿qué recurso le quedaría al Estado al no estar investido de la jurisdicción coactiva para obligar a pagar los gravámenes por una vía breve y efectiva que permita atender las imperiosas necesidades de los servicios públicos? Es bien conocida la frase esta de que los servicios públicos no esperan. Estando pues los Estados obligados a procurarse a sus expensas todos los servicios que demandan las sociedades modernas, como el agua, la luz, el telegrafo, etc. como medida de orden público, es indispensable esta facultad, porque de otro suero no obtendría en tiempo oportuno los recursos que le son necesarios para atender a las exigencias de la Administración pública.

Aunque en verdad las personas administrativas no litigan con los individuos sobre un pie de perfecta igualdad, lo aconsejable sería que de los incidentes que se presenten en estos juicios, echen en la justicia ordinaria, por considerar los particulares en

general que estos funcionarios son mas de su confianza, sin que esto quiera decir que los funcionarios de la jurisdicción contenciosa administrativa no presten garantía suficiente para sus intereses, es pues, solamente un fenomeno de apreciación, que le motiva la manera sui generis de estos juicios.

Para terminar estos ligeros comentarios sobre las excepciones, agregaremos que la tramitación de los incidentes de excepciones en los juicios ejecutivos por jurisdicción coactiva se tramitan según lo previste en los titulos VII del Lib. II en armonia con lo señalado en el parágrafo 6o. del Tit. XXXIII del código de organización judicial.

APELACION INTERPUESTA EN LOS JUICIOS POR JURISDICCION COACTIVA-

En los juicios ejecutivos por jurisdicción coactiva, lo mismo que en todos los juicios, el recurso de apelación no se concede en contra de los autos de sustanciación, contra los cuales solo es pertinente el recurso de reposición. Dice así el art. 487 C. J. "El recurso de reposición procede contra los autos de sustanciación; de él ha de hacerse uso dentro de los tres días siguientes al en que quedan notificados, y se decreta de plano".

Los autos interlocutorios son apelables por el acto en el efecto que quiera, y por el ejecutado en el devolutive, con excepción de la sentencia de excepciones y de pregón y ramato, y los autos que deciden las articulaciones de descargo propuesta por el ejecutado e por un torero son apelables en el efecto suspensivo, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 1032 del C. J. y demás disposiciones legales.

Así pues, cuando se concede una apelación en el efecto devolutive, se sacan las partes pertinentes del juicio y se remiten estas copias a las entidades señaladas en los arts. 3o. y 4o. de la ley 67 de 1943 sin que la ejecución se paralice un solo momento. No

184

sucede lo mismo cuando se trata de apelaciones concedidas en el carácter suspensivo la cual hace que se suspenda la ejecución mientras el superior decida.

El auto ejecutivo apelado ha costado en distintas ocasiones la Corte, no debe estudiarse superficialmente sino a fondo, al respecto dijo: "El reconocimiento de un Administrador de Nación que sirvió de base para librar mandamiento de pago a favor de Nación, por unas sumas de dinero provenientes de impuestos, dictado en forma ilegal. Apelado el auto ejecutivo dijo la Corte: Estima el Señor Procurador que el reconocimiento reúne las condiciones que exige el artículo 1059 del Código Judicial, y que por tanto debe confirmarse el auto ejecutivo. A esto se observa, como ya se ha dicho otras veces, que la Corte no debe limitarse en estos casos a examinar la parte formal de la providencia que sirvió de base al recaudo ejecutivo, sino que debe estudiarla a fondo para saber si al dictarla se cumplieron las disposiciones legales, y si de ese estudio resulta que se ha quebrantado el derecho, declarar que no puede tal providencia servir de base al juicio ejecutivo". (V. Gaceta Judicial Nos. 1905 y 1906). Por considerar de mucha importancia la jurisprudencia sentada por la Corte en relación con las apelaciones concedidas en el efecto devolutivo, aconsejamos ver la Gaceta Judicial No. 1.930 de 27 de Octubre de 1.937).

#### REMATE DE BIENES-

Todo lo relacionado con el remate de bienes y pago al acreedor en las ejecuciones que se adelantan por medio de la jurisdicción ejecutiva, se tramitará de acuerdo con lo señalado en el párrafo septimo, capitulo segundo, Título treinta y tres, del libro segundo del código judicial. Sobre este particular, dijo la comisión revisora del código citado lo siguiente: "Más o menos en la

prácticas del foro las disposiciones que contienen los artículos 1031 a 1053 (1033 a 1055), pudiera decirse que por sus numerosas detalles son propiamente una reglamentación del modo de llevar a efecto la venta subastada de los bienes embargados y sequestrados y el pago de la deuda; y como esta parte del Título es quizás la que mejor caracteriza una sección eminentemente práctica, es también la que menos necesita explicación. La Comisión ha tenido cuidado de no introducir modificaciones de fondo, pero al mismo tiempo ha querido evitar que se susciten dudas, y desacuerdos que puedan entorpecer los labores de los Jueces, introducir abusos de los rematantes o causar perjuicios a las partes, para lo cual ha puesto los artículos 1044, 1045 y 1047. No habiendo previsto el Código vigente el plazo que pueda concederse a un comprador para el pago de la cosa rematada cuando se ha hecho el remate ante un Juez conciliador, tal vacío viene a llenarlo el artículo 1047; y como la diligencia de remate con el auto de su aprobación constituye un título de propiedad de los bienes objeto de la venta equiparado a una escritura pública, en el artículo 1039 se ha dispuesto lo que ha de constar en tal diligencia, haciendo así más preciso y detallado el artículo 1071 del Código vigente. El artículo 1030 para el caso del registro de la diligencia en la oficina respectiva contempla la circunstancia de que él se haya de hacer en el Circulo de su ubicación o en otro distinto.

Detengámonos a dar una idea general de lo que se entiende por remate. Según el diccionario de la lengua, remate significa poner término o acabar una cosa; pero en su acepción jurídica, remate es la adjudicación que se hace de los bienes que se venden en almoneda o licitación pública.



En los remates en juicios ejecutivos por jurisdicción coactiva se admiten todo clase de licitadores, y para que estos puedan hacer postura, es indispensable someterse a los requisitos establecidos en los artículos 1045 y siguientes del C. J. En estos juicios, el remate es siempre judicial y forzoso, porque se verifica por medio de la justicia.

La omisión en los anuncios de la situación, linderos y demás circunstancias que den a conocer con precisión el bien raíz que se va a rematar, es causa de nulidad.

Para que sea válido el remate de bienes raíces, es indispensable que en los anuncios respectivos se detallan por su situación, linderos y demás circunstancias que los den a conocer con precisión, de acuerdo con los artículos 1038 y 1041 del C. J. Si carecen de esas circunstancias los avisos, el remate es nulo según el numeral 2o. del artículo 451 del mismo código. (V. C. J. No. 1943).

El remate exige formalidades especiales, ora antecedentes, ya concomitantes o subsiguientes. Una de ellas es el avalúo "base del remate", como se expresa en el artículo 1038 del Código Judicial. Cuando el artículo 451 del propio Código estatuye como causales de nulidad la falta de formalidades para hacer el remate de los bienes embargados, comprende allí muchos detalles, tales como el que se haga constar el lugar donde se fijaron los carteles (art. 1038); que se den los pregonos preparatorios (art. 1044); que el remate se celebre en horas de Despacho (art. 1043) etc. Hoy el artículo 451 del actual Código de Procedimiento abarca en su contexto todas las formalidades procedimentales para el remate, sin las cuales el juicio es nulo.

Siendo el avalúo base del remate, esa formalidad es indispensable para que éste pueda verificarse legalmente. (V. Gaceta Judicial No. 1916).

Refiriéndose a los otros requisitos que se deben observar en el remate de bienes embargados, a sostenido la Corte que las formalidades prescritas en los artículos 1037 y 1038 del C. J. establecidos en beneficio directo e inmediato del ejecutante y ejecutado, tienen un incuestionable carácter de normas protectoras de derechos secundarios y personales de evidente naturaleza privada y por consiguiente válidamente renunciables por sus beneficiarios. No se quebranta con su renuncia ninguna de las fórmulas esenciales del enjuiciamiento que pudiera afectar las bases de la jurisdicción o el derecho de defensa amparado por las formas propias del juicio según la expresión constitucional. Este trámite legal del anuncio del remate puede llegar, por supuesto, a perder su carácter de orden privado y personal y por tanto su calidad de formalidad renunciable, en que caso de que además del acreedor ejecutante haya en el juicio otros acreedores que busquen por la vía judicial la prestación de sus créditos, porque entonces la ritualidad en referencia adquiere la condición de norma protectora de derechos de terceros, distintos de los de actor y demandado, que para éstos valen como intereses generales que no pueden menoscabarse de ningún modo. (V. Gaceta Judicial Nos. 1957 y 1958).

QUE DEBE CONSTAR EN LA DILIGENCIA DE REMATE-

En el acta de toda diligencia de remate de bienes embargados, a más de la firma de todas las personas que han intervenido en la diligencia, debe contener en la forma más detallada del caso, los siguientes requisitos:

1o.- La fecha del remate, la hora de iniciación y terminación de la diligencia, lo mismo que el hecho de haberse dado los pregones preparatorios;

2o.- La designación de las partes con sus nombres respectivos, lo mismo que los licitadores que hicieron postura y de la perso-

- na que remató el bien. Ademas se hará mención en la diligencia de las pujas y repujas, de los proponentes y de las ofertas hechas;
- 30.- La determinación de las cosas rematadas con indicación de su nombre, ubicación y linderos y la procedencia del título del ejecutado, si se trata de bienes inmuebles;
- 40.- La suma por la cual fue rematado el bien;
- 50.- La adjudicación de la cosa al rematante, la aceptación por parte de éste, la hora en que se dió fin a la diligencia o en que se dispuso el aplazamiento, la devolución de las consignaciones o los licitadores vencidos y las circunstancias y convenios de las partes que acordaren unánimemente, lo mismo que el plazo o plazos que se hubieren concedido al rematante para el pago del resto del precio. (V. Apéndice).

TERCERIAS EN JUICIOS EJECUTIVOS-

En terceria según el artículo 1062 del C. J. la petición que hace un tercero para que, con el producto de los bienes embargados en una ejecución, se le pague preferentemente, e a prorrata, un crédito contra el ejecutado cuyo título preste mérito ejecutivo. En los juicios ejecutivos, con jurisdicción coactiva, son admisibles las tercerias conyuvantes. La condición esencial para que pueda prosperar la terceria, es la de que el crédito en que se apoya preste mérito ejecutivo. La manera como deben pagarse los diversos créditos, es cuestión que se decide en la respectiva sentencia de graduación de ellos, de conformidad con las normas que señala el Código Civil, (V. G. Judicial No. 1945). Aunque el artículo 1062 no dice nada en cuanto si el ejecutante puede valorar de esta acción, sin embargo parece como que sí, de conformidad como lo había establecido el artículo 216 de la ley 105 de 1890. En la transición de la demanda de terceria en los juicios ejecu-

tivos por jurisdicción coactiva se observaran las reglas señaladas en el cap. V. del Tit. XXXIII. Con lo cual damos por terminado nuestra monografía que ha versado sobre apuntes teóricos y prácticos de la jurisdicción coactiva y especialmente sobre la tramitación de estos juicios.

Con el fin de completar este trabajo le hemos agregado un apéndice que contendrá los modelos de las principales providencias que se dictan en estos juicios, así como algunas leyes que tratan sobre la jurisdicción coactiva.

000000-000000

FINANZA PUBLICA

ANEXOS

Esta monografía se va a adiciónar con modelos de las principales providencias que se dictan en los juicios ejecutivos por jurisdicción coactiva, así como también de algunas leyes que tratan sobre el particular a fin de que sirvan de guía en la instrucción de estos juicios.

La primera providencia que dicta el funcionario recaudador es el Reconocimiento, documento este que presta mérito ejecutivo, según vimos en el capítulo correspondiente. A continuación pondremos uno de los modelos de estos actos administrativos.

10.-

RECONOCIMIENTO No.

República de Colombia

Tesorería General del Distrito

Cartagena,..... de 19

Reconocese a favor del Municipio de - - - - y a cargo de

.....

la cantidad de.....

que según registros definitivos de Tesorería, por impuesto

de.....

.....legalmente formados, debe por los

siguientes períodos y conforme a la siguiente liquidación:

Impuesto - - - - - 0.....

Impuesto - - - - - 0.....

Impuesto - - - - - 0.....

Impuesto - - - - - 0.....

Impuesto - - - - - 0.....

Impuesto - - - - -	.....	191
Impuesto - - - - -	.....	
Impuesto - - - - -	.....	
Impuesto - - - - -	.....	

**T O T A L** -----

Debo, además, los recargos al dos por ciento por cada mes o fracción de mes de demora sobre los impuestos correspondientes a cada período, liquidados desde la fecha en que las respectivas disposiciones legales autorizan el cobro de tales recargos hasta el día del pago.

**EL TESORERO GENERAL DEL DISTRITO,**

-----

Co.-

AUTO EJECUTIVO

TESORERIA GENERAL DEL MUNICIPIO

Cartagena, ----- de ----- de mil novecientos  
cuarenta y

VISTOS: la copia del reconocimiento que precede ; resta mé-  
rito ejecutivo según lo dispuesto en los artículos 988 y 1.059  
del Código Judicial y el suscrito se funcionario competente  
para conocer de la ejecución de conformidad con el artículo  
213 de la Ley 4a. de 1913.

Por tanto, la Tesorería Municipal de ....., administra-  
do justicia en nombre de la República de Colombia y por auto-  
ridad de la Ley,

DECRETA:

1a. Líbrase orden de pago por la vía ejecutiva a favor de  
este Municipio y a cargo de..... por la  
cantidad de.....  
(\$-----) más los intereses, a razón de dos por ciento  
anual e fracción de ran sobre la suma que se le cobra, dep-  
do el día en que según disposiciones legales se hizo oña ori-  
gible hasta el día del pago y por las costas de la ejecución.

2a. Inténase al donador a que nombre un acreedor y un peri-  
to avalador de los bienes que haya lugar a embargarlo con la  
advertencia de que si no hace esos nombramientos en el momen-  
to de la notificación de este auto o nombra a personas suscri-  
tas o que no pueden o no quieren aceptar el cargo, los hará  
esta Tesorería.

3a. Cítese al donador para que comparezca a este Despacho a

fin de notificazio personalmente el presente auto.

Hébrese Secretario ad-hoc para que actúe en este juicio al  
cañer

---

Notifiquese y emplazo.

EL FISCERO GENERAL DEL DISTRITO.

---

El Secretario.

---



So.

NOTIFICACION DEL AUTO EJECUTIVO

En Cartagena, a.....de mil noventa  
 y.....compareció ante la Tesorería  
 General del Distrito de Cartagena, el señor.....  
 previa citación, con el objeto de recibir notificación del  
 auto ejecutivo de fecha.....  
 de.....dictado por esta Tesorería.....  
 que lo ordena pagar al Municipio, la suma  
 de.....por concepto de.....  
 más los intereses que devengue  
 esa cantidad desde el día en que según disposiciones legales  
 se hizo exigible hasta el día del pago, y las costas del ju-  
 cio si se causaran. El señor Tesorero, por ante el infracri-  
 to Secretario, exigió al deudor que cancelara inmediata-  
 te la deuda que se le demanda, de conformidad con el auto  
 ejecutivo, y lo hizo saber que si no la paga, debe, bajo la  
 gravedad del juramento, manifestar si tiene o no bienes con  
 qué responder por la deuda y las costas del juicio y decir  
 cuales ofrece o denuncia al efecto, con la advertencia de  
 que puede dar ocasión de secuestro y de que debe nombrar  
 perito avaluador y secuestro de los bienes que hubiere lu-  
 gar a embargarle, porque, si no los nombra o nombra a porce-  
 ras sucesos o que no quieran o no puedan aceptar el cargo,  
 los nombrará esta Tesorería.

El deudor.....manifestó "que se da  
 por notificado del auto aludido y que

40.

AUTO PARA DECRETAR EL EMBARGO DE BIENES-

Tesorería Municipal de.....(fecha en letras y números)  
 Decrétese al embargo, secuestro y avalúo (aquí se enumeran los bienes haciendo una especificación detallada de los bienes que se van a embargar, si son bienes inmuebles se hará mención de su ubicación, linderos y demás distintivos.....  
 Comuníquese este embargo (cuando es de finca raíz) al señor Registrador de Instrumentos Públicos y Privados en la forma prevista en el art. 29 de la Ley 57 de 1957 y solicítaselo que expida el certificado de que trata el art. 1009 del C. J. Señálase la hora.....del día.....para que tenga lugar la práctica de la diligencia de secuestro y avalúo de los bienes embargados (o señálase a los peritos el término de .....días para que presenten sus dictámenes de avalúo).

Dentro del término de.....días nombren las partes al perito que les corresponde (si la parte al momento de notificar el auto ejecutivo no nombre perito evaluador y secuestro de los bienes que hubiere lugar a embargarlo, entonces el funcionario ejecutor nombrará el secuestro y los peritos evaluador del caso).

Firma del Juez y del Secretario, y notificaciones.

DILIGENCIA DE INVENTARIO Y AVALUO SIN OBJECION

En.....(fecha del lugar con numero y letras) siendo el día y hora señalados por auto de fecha.....para la práctica de la diligencia de inventario y avalúo ordenados por el mismo auto de los bienes embargados en esta ejecución, se trasladó el señor Tesorero de.....en asocio de su Secretario, constituido en audiencia pública, junto con los peritos.....y los interesados (nombre de ellos) al lugar en donde se hallan situados los bienes objeto de esta diligencia. Una vez allí se procedió a la identificación de los bienes objeto de la diligencia en la siguiente forma: (aquí se identifican detalladamente los bienes según los datos que aparecen en autos, si fueran bienes raíces se hará mención a su ubicación, linderos, mejoras y demás accesorios). Los peritos procedieron a rendir su dictamen pericial así: de común acuerdo estimaron el valor de los bienes en la suma de.....pesos, teniendo en cuenta las circunstancias siguientes en que fundan sus dictámenes (si no están de acuerdo, se hará mención por separado de cada perito y de la suma en que avalúo el bien, y como no están de acuerdo, el señor Tesorero ordenó al perito tercero que rindiera su dictamen, expresando el avalúo y en que lo funda; se tomó el medio aritmético y se puso el resultado, por cuya cantidad quedó avaluada la finca). Luego el señor Tesorero en asocio de su Secretario procedió a hacer la de los bienes embargados al inventario (se relaciona aquí la forma que se hace la entrega de acuerdo con los casos previstos en la ley) recibiendo el depositario estos bienes en la misma forma. No habiendo más nada de que tratar se da por terminada la presente diligencia que para constancia se firma por todas las personas que han intervenido en ella.

(firmas del funcionario, parte ejecutada, poritos, secuestro y apoderados si los hay).

AVISO DE REMATE :

Por la Tenoreria Municipal de..... se ha señalado el día ..... para que en el juicio ejecutivo por medio de la jurisdicción coactiva se adelante contra..... por sumas de pesos, tenga lugar el remate de los siguientes bienes:..... (se hace la descripción de los bienes objeto del remate, por su situación y linderos si son rústicos).

Estos bienes fueron avaluados en la suma de..... pesos. La licitación principiará a las..... (hora de dicho día y no se cerrará sino después de transcurridas tres horas. Será postura admisible la que cubra el..... por ciento (... ..) del avalúo, previa consignación ante esta oficina del respectivo porcentaje legal.

(Lugar y fecha)

El Secretario H. H.

DILIGENCIA DE REMATE-

En..... (fecha y lugar), siendo el día y la hora señalada por auto de fecha..... para dar principio a la diligencia de remate de los bienes embargados en el juicio por jurisdicción coactiva que se adelanta contra el señor..... por sumas de pesos, habiéndose cumplido con todos los requisitos previos de los denuncios de remate, según aparece de la constancia que figure en autos, acerca de los lugares en donde fueron fijados los carteles y el periódico en que fueron publicados, se pre-

cedió a dar principio a la licitación ordenada, de acuerdo con los <sup>pregones</sup> preparatorios que se dieron en las horas de la mañana del día de hoy, los cuales se hicieron a las....., comenzando con la lectura en alta voz en la puerta de esta Tesorería, al cartel de anuncio en mención que dice:.....(se copia dicho cartel) Se hizo lectura nuevamente en la misma forma al cartel que anuncia el remate. Como esta finca fue avaluada en la suma de..... es postura admisible la que cubra las dos terceras partes o sea la suma de..... Se presentó el señor N. N. con el objeto de hacer postura, consignó la suma de..... cuya postura le fue admitida por reunir los requisitos legales y se anunció su oferta en alta voz de modo que oyeron todas las concurrentes. Se presentó el señor N. N. consignó igualmente la suma de ..... como valor del porcentaje legal dicho, e hizo oferta por la suma de..... que se le admitió y se anunció en la misma forma. Se presentó el ejecutante señor N. N., quién en su calidad de..... no hizo consignación alguna y ofreció la suma de..... por cuenta de su crédito y hasta concurrencia de su crédito, cuya propuesta fue admitida y se anunció en voz alta como las anteriores. Se presentó el señor N. N. quién previa consignación del porcentaje dicho hizo oferta por ... que en la misma forma fue anunciada. El posterior señor..... hizo una puja ofreciendo la suma de..... cuya postura se anunció igualmente al público; el posterior señor N. N. etc. Transcurridas tres horas desde que se abrió la licitación y como nadie más mejorara la oferta, cese las.....(hara), se dió otro pregón, se anunció la última postura por primera, segunda y tercera vez y como no se presentara nadie a mejorarla, siendo de la mejor postura la del señor N. N., por la suma de..... al señor Tesorero, administrando justicia en nombre de la Repúbli-

199

ca y por autoridad de la ley y en acuerdo de su Secretario, adjudicó al señor..... (con puerca las generales de la ley), la siguiente finca, objeto de este remate de propiedad del ejecutado, señor..... adquirida por éste según..... a saber: (aquí se relaciona el bien objeto del remate, si es raíz por su situación, nombre, número y linderos). El rematante adjudicatario señor....., manifestó que acepta este remate y la adjudicación que en él se le hace y se obligó a consignar el valor del remate dentro del término de tres días hábiles en este lugar (o dentro del término de la distancia y cinco días más en la Tesorería.....) A los licitadores vencidos se les devolvió su consignación. Para constancia se firma esta diligencia por todas las personas que han intervenido en ella.

.....  
.....  
(firma del Tesorero)

.....  
.....  
(firma del rematador)

.....  
.....  
(firma del ejecutado)

.....  
.....  
(firma del secretario)

"por la cual se dictan varias disposiciones que modifican la organización y atribuciones de la Corte Suprema de Justicia".

El Congreso de Colombia, decreta :

**ARTICULO 50.-** El conocimiento de las apelaciones y de los incidentes de excepciones y tercerías que se susciten en los juicios por jurisdicción coactiva en asuntos nacionales, corresponde al Consejo de Estado cuando la cuantía del negocio, en su acción principal, sea de quinientos pesos (\$ 500,00) o más. En los demás casos corresponde en única instancia al Tribunal Administrativo de la localidad del funcionario ejecutor.

**ARTICULO 51.-** En los mismos juicios, referentes a asuntos departamentales o municipales, conocerá de las apelaciones e incidentes de excepciones y tercerías, en única instancia, el correspondiente Tribunal Administrativo, cuando la cuantía de la acción sea de menor de quinientos pesos (\$ 500,00).

Habrá lugar a segunda instancia en los incidentes de excepciones y tercerías cuando la cuantía del negocio sea de quinientos pesos (\$ 500,00) o más.

**ARTICULO 52.-** Los funcionarios con jurisdicción coactiva, los Tribunales Administrativos y el Consejo de Estado procederán en estos juicios mediante la observancia del procedimiento establecido en el Código Judicial y demás leyes sobre la materia.

**ARTICULO 53.-** Quedan derogadas todas las disposiciones contrarias a la presente ley. Hada en Bogotá a quince (15) de diciembre de mil novecientos cuarenta y tres. (Folleto del Diario Oficial No. 25431 del 23 de Dic. de 1.943).

"Por la cual se organizan los impuestos sobre la masa global hereditaria, asignaciones y donaciones, y se suprime el artículo 60. de la Ley 78 de 1.925".

EL CONGRESO DE COLOMBIA DECRETA :

CAPITULO IV.

Art.....61 "Están sujetos al impuesto las sucesiones, asignaciones y donaciones de bienes situados en Colombia, aunque la sucesión se haya abierto o la donación se haya otorgado en el exterior, y las sucesiones, asignaciones y donaciones de bienes situados en país extranjero, cuando el juicio mortuario se siga o la donación se otorgue ante las autoridades colombianas, salvo siempre lo dispuesto en los tratados públicos.

Art.....62 Para exigir por la vía ejecutiva las sumas correspondientes a impuestos, recargos, multas, gastos y demás derechos que al entrar en vigencia esta Ley se hayan cancelado o que en lo sucesivo se cancelen quedan investidos de jurisdicción coactiva, a provención, los respectivos Síndicos Recaudadores, Administradores e Inspectores de Rentas Nacionales, Jueces Nacionales de Ejecuciones Fideicomisarias, Jueces de Rentas Nacionales y demás funcionarios que por leyes especiales tengan dicha jurisdicción.

Los impuestos sobre la masa global hereditaria y las asignaciones son exigibles por jurisdicción coactiva, sin recargos, pasados diez días de la ejecutoria de la liquidación; y con recargos, transcurrido el año de que trata el artículo 27 de esta Ley.

El impuesto de donaciones es exigible con recargos y por jurisdicción coactiva, desde que se otorgue la respectiva donación.

La ejecución puede adelantarse con las personas que en el juicio



En sujeción notán como representantes de los señores del impuesto, sin necesidad de nuevos poderes o formalidades.

Las ejecuciones que tengan por causa una misma cartuería, pueden iniciarse conjuntamente y seguirse bajo una misma causa.

Ademas de los actos y documentos mencionados en los artículos 652 y 653 del Código Judicial, presta mérito ejecutivo un ejemplar de la liquidación debidamente autenticada por el respectivo Sindicato Recaudador.

"por el cual se reglamenta la Ley 65 de 1.950"

El Presidente de la República de Colombia, en uso de sus facultades legales, y especialmente de las que le confiere la Ley 65 de 1.950, DECRETA :

#### CAPITULO VI.

#### RECAUDO Y PAGO DEL IMPUESTO

Art. 60. En los términos expresados en el artículo 62 de la Ley 65 de 1.950, se cobrará el impuesto exigible por la vía ejecutiva, mediante el ejercicio de la jurisdicción coactiva, y teniendo en cuenta las solidaridades que para el pago del impuesto y sus recargos establecen los artículos 10 y 24 de la misma Ley.

El mandamiento ejecutivo se librará conjuntamente y la ejecución se adelantará bajo una misma guarda contra todos los deudores, cuando se trate del impuesto sobre la masa global hereditaria. Cuando se trate del impuesto sobre adquisiciones y donaciones, podrá iniciarse ejecución separada o conjunta, según convenga a la facilidad de los trámites o a la claridad en las liquidaciones, pero la solidaridad en una misma deuda se hará efectiva bajo una sola guarda.

La ejecución puede dirigirse contra toda persona o entidad a quien afecte la liquidación del impuesto y puede entenderse como lo expresa el artículo 62 de la Ley 65 que se reglamenta, con la persona que en el juicio de sucesión actúe como representante de los deudores del impuesto, sin necesidad de nuevos poderes o formalidades, y mientras, de acuerdo con las normas de procedimiento civil, no haya cesado el apoderado o representante en el ejercicio del cargo.

El funcionario executor no librará sino una sola citación al fisco-

204

der o su representante para la intimación del mandamiento ejecutivo, y si fuere desobedecido, adoptará los recursos legales para hacer comparecer al citado.

En caso de ausencia del deudor aplicará también las prescripciones legales sobre nombramiento de curador ad litem, provisional de definitivo, dejando constancia en el expediente de las diligencias adecuadas que haya efectuado para hacerlo la citación, teniendo en cuenta los casos en que debe trasladarse al domicilio o despacho del ejecutado para intimarle el mandamiento ejecutivo y observando las reglas sobre inmunidades parlamentarias o diplomáticas y demás fueros especiales.

Para el pago de la deuda de un contribuyente no se embargarán bienes de otro, a menos que la acción se dirija contra ellos como deudores solidarios. Dicho embargo recaerá sobre los bienes del ejecutado afectos e no, a la respectiva mortuoria, o sobre sus respectivos derechos hereditarios, procurando en todo caso la mayor eficacia dentro del menor perjuicio para el ejecutado, y que haya proporción entre lo embargado y la deuda con sus futuros recargos y los costos del juicio.

La ejecución se librará y adelantará sin perjuicio de aplicar durante el tiempo de su duración las disposiciones de la ley 63 de 1.936, sobre pagos obligatorios o forzosos sin necesidad de juicio ejecutivo, tales como los establecidos en los artículos 53 - 57 - 63 - 75 - 77 y otros.

Art. 67. Cuando un funcionario distinto del Jefe Secundario haga uso de la jurisdicción coactiva de acuerdo con facultades que le confieren las leyes o decretos, lo hará cerciorándose previamente de que no ha sido abierta la ejecución por otro de los funcionarios que previamente están investidos de la misma jurisdicción. Una vez librado el mandamiento ejecutivo, dará cuenta de ello el

administrador de Hacienda Nacional y al Síndico Recaudador respectivo, para que estos funcionarios se abstengan de actuar en el mismo asunto.

El funcionario ejecutor podrá librar comisiones para la práctica de diligencias ejecutivas a los Jueces Síndicos Recaudadores, pero procurará contratar esas comisiones solamente a las diligencias que él mismo no pueda practicar.

Art. 68. Los Síndicos Recaudadores llevarán un registro de los juicios ejecutivos que cursen ante su despacho o ante el Poder Judicial para el pago del impuesto, con ocasión del curso que lleven tales diligencias, y rendirán al Administrador de Hacienda respectivo y a la Jefatura de Rentas un informe anual sobre la deuda pendiente por impuesto sobre la masa global hereditaria, asignaciones y donaciones, multas, gastos y demás derechos fiscales y sobre las ejecuciones en curso.

Art. 69. Los Síndicos Recaudadores levantarán por sí o por medio de sus empleados y con el auxilio del personal del respectivo Juzgado, un censo completo de los juicios ejecutivos que para el pago del impuesto se hallen pendiente ante el Poder Judicial, por haber sido iniciado bajo la vigencia del artículo 49 de la Ley 32 de 1.918 y activarán el curso de tales ejecuciones hasta su completa terminación.

-----

**BIBLIOGRAFIA**

.....

**Tratado de Ciencia de la Hacienda Pública**  
Por el Dr. Esteban Jaramillo

**Estudio sobre el Procedimiento Civil**  
Por el doctor Anibal M. Osorio-

**Comentarios al Código Judicial**  
Por el doctor Jesús M. Restrepo Barrientos

**Código Judicial - De José Antonio Archila**

**Doctrina de la Corte Suprema de Justicia sobre el Código de Procedimiento Civil ( 1.935 - 1.940 ):-**  
Por el doctor Gástor Jaramillo Arrubla..

**Enciclopedia Universal Ilustrada**  
Editores : Espasa Calpe-

**Diccionario razonado de Jurisprudencia**  
Por Escriche.-

**Teoría y Práctica del Juicio Ejecutivo**  
Por el doctor Gonzalo Jiménez H.

**Derecho Administrativo**  
Por Carlos H. Paroja-

**Procedimiento Civil**  
Por; Manresa y Saverro.

**IBHS Colombianas.**

Introducción

Pags -

PRIMERA PARTE

--Capitulo I--

RESEÑA HISTORICA

3

Capitulo II-

IMPUESTOS

Definición del impuesto	12
Formas del impuesto	15
Impuestos Directos e Indirectos	15
Requisitos de los Impuestos	17
Historia de los Impuestos	18

Capitulo III

DISTINTAS CLASES DE JURISDICCIONES

Definición de la Jurisdicción	22
Concepto de la competencia	22
Jurisdicción y competencia	22
Distintas clases de jurisdicciones	23
Jurisdicción contenciosa	24
"    voluntaria	24
"    coactiva	24
"    militar	25
"    eclesiástica	25

Capitulo IV-

JURISDICCION COACTIVA

Definición, Objeto y fin	26
Razón jurídica	26
Consideraciones generales	28
En que se distingue la jurisdicción coactiva de la judicial	28

Capitulo V--

JUICIOS EJECUTIVOS POR JURISDICCION COACTIVA

Definición y naturaleza del juicio ejecutivo	34
Personas que intervienen en los juicios ejecutivos por jurisdicción coactiva	35
Cuándo comienza el juicio ejecutivo	36
Títulos ejecutivos en los juicios por jurisdicción coactiva	37
Cuales resoluciones y actos administrativos prestan mérito ejecutivo.	38

.....

-- Capitulo VI --

PROCEDIMIENTO POR JURISDICCION COACTIVA

Cuáles son los funcionarios que están investidos de la jurisdicción coactiva	: 43
Reconocimiento	47
Mandamiento ejecutivo	48
Que debe contener el mandamiento ejecutivo	48
Notificación del mandamiento ejecutivo	49
Cómo se hace la notificación al deudor que se esconde	50
A quien se le notifica el auto ejecutivo cuando lo embargado es una nave	51
Embargo y secuestro en los juicios por jurisdicción coactiva	58
Bienes que no son embargables	53
En que consiste la caucion de saneamiento	54
Desembargos	54
Excepciones	55
División de la excepción dilatoria	57
Clasificación de las excepciones perentorias	57
Quienes conocen del incidente de excepcion	59
Crítica de la ley 67 de l.943	60
Apelación interpuesta en los juicios por jurisdicción coactiva	62
Remate de bienes	63
Que debe constar en la diligencia de remate	66
Tercerias en juicios ejecutivos	67

TERCERA PARTE

--Apendice --

FORMULARIOS DE LAS PRINCIPALES PROVIDENCIAS

Reconocimiento	69
Auto ejecutivo	71
Notificación del auto ejecutivo	73
Auto que decreta embargo y secuestro de bienes	74
Diligencia de secuestro y avaluo sin oposición	75
Aviso de Remate	76
Diligencia de Remate	76
Ley 67 de l.943	79
Ley 63 de l.936	80
Decreto No. 1.020	82
Bibliografía.	85



FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS DE LA  
UNIVERSIDAD DE CARTAGENA.

Rector de la Universidad:

Decano de la Facultad: Dr. Miguel Angel Royo.

Presidente de Tesis: Dr. Ramon P. de Hoyos.

Examinadores: Dres. Miguel Gómez Fernández, Juan Ignacio  
Gómez Naarrr y Alfredo Araujo Grau.

Secretario de la Facultad: Dr. José Ma. Bustillo Franco.



"La Facultad no aprueba ni desaprueba las opiniones emitidas en las tesis; tales opiniones deben considerarse como propias de sus autores".

211  
REPUBLICA DE COLOMBIA

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS DE LA UNIVERSIDAD DE CARTAGENA

DE LA REIVINDICACION Y OTRAS  
ACCIONES REALES.

UNA CRITICA A LA JURISPRUDENCIA COLOMBIANA.

Tesis presentada y sostenida por Antonio  
de la Vega para optar el titulo de Doctor  
en Derecho y Ciencias Politicas.

1.946

INTRODUCCION

Este trabajo versa primordialmente sobre la reivindicación. El tema constituye interesante tópico de derecho, con méritos para un extenso y disertado tratamiento.

Desventuradamente, ni los recortados límites de una tesis de grado, ni la angustiosa brevedad del tiempo de que dispusimos por fuerza de especiales circunstancias, nos han hecho imposible tratar el tema con la conveniente amplitud.

No quisimos, con todo, prescindir de un ligero examen de la jurisprudencia que ha elaborado la H. Corte Suprema de Justicia sobre la petición reivindicatoria de dominio, y especialmente sobre la prueba de éste. Esa jurisprudencia nos ha sugerido algunas glosas, que nuestros examinadores encontrarán consignadas en la tercera parte de esta monografía.

La aludida doctrina de la Corte, prestada a los tribunales de Francia, no cuadra con los moldes de nuestra legislación positiva. Se inspira en la necesidad de defender a los propietarios reivindicantes contra las dificultades teóricas de la prueba del dominio; y encuentra apoyo en la conveniencia de conceder acción reivindicatoria a los que, sin poder acreditar dominio cabal, demuestran un mejor derecho que sus demandados.

Pero olvida que tales exigencias de equidad vienen satisfechas por la propia letra de nuestro código, al consagrar éste dos acciones distintas: una acción reivindicatoria propiamente dicha, ejercitable únicamente por los verdaderos dueños (arts. 946, 950 c.c.); y una acción que participa de la antigua publiciana de los romanos, que es concedida al simple poseedor regular contra poseedores de calidad inferior (art. 951 c.c.). La Corte, al construir

esa jurisprudencia, no quiso reconocer las virtudes satisfactorias del articulo 951 para desnaturalizar innecesariamente la acción de dominio propiamente dicha.

X X  
X

Siendo el tema principal de nuestro estudio una garantía del dominio y su acción por excelencia, no resulta ajeno a nuestro propósito que discurremos sobre la noción de propiedad. De ahí que en el plan de trabajo que nos hemos trazado, figure en primer término un estudio somero sobre ese concepto general.

Importa también estudiar, conjuntamente con la reivindicación, las otras garantías del derecho de dominio, tales como los interdictos posesorios y la acción publiciana. Y para obtener un resultado general armónico, hemos tenido cuidado de señalar puntualmente las diferencias que distinguen a estas acciones de la reivindicatoria o de dominio.

PRIMERA PARTE:

NOCION DE LA PROPIEDAD.

P R I M E R A P A R T E

N O C I O N D E L A P R O P I E D A D

---

CAPITULO PRIMERO

Definición. -

I - El código civil colombiano dice en su artículo 669 (inciso primero):

"Art. 669. El dominio (que se llama también propiedad) es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente, no siendo contra ley o contra derecho ajeno".

Ahora bien, ¿De dónde nace el fundamento legítimo de ese derecho, y hasta qué grado es él realmente absoluto y pleno?

El análisis que hagamos de esa definición y la respuesta que demos a este interrogante, completarán de una manera mas o menos cabal la noción de propiedad.

Para un mejor desarrollo de esta tarea, dividiremos el trabajo en capítulos diferentes.

CAPITULO SEGUNDO

La Propiedad es un derecho real.

2 - La propiedad es el mas perfecto de los derechos reales. Conviene, por eso, antes de seguir adelante, que analicemos cuidadosamente esta especie de derechos, y establezcamos las diferencias fundamentales que la distinguen de los derechos personales.

3 - Sobre las cosas, dice Pothier, pueden tenerse dos especies de derechos: un derecho real (jus in re), que es un derecho en la cosa misma, y por virtud del cual esa cosa nos pertenece, al menos bajo cierto aspecto; y un derecho personal (jus ad rem), o sea un derecho con relación a una cosa, la cual constituye el objeto de la obligación del deudor.

La definición que da Pothier sobre derecho personal es inexacta. El derecho personal, en efecto, no siempre es el que tenemos "con relación a una cosa", toda vez que el objeto de una obligación personal puede consistir en un simple hecho, v. gr., una representación teatral, o en una abstención, como sería, por ejemplo, el caso en que el deudor quedara obligado a no competir con el acreedor en determinada clase de negocio.

No sucede lo mismo con el derecho real, el cual no se concibe sino con una cosa sobre la que se ejerce. Y es esa, justamente, una de las diferencias sustanciales que existen entre derecho real y derecho personal, como tendremos ocasión de ver más adelante. (1)

4 - Se entiende por derecho real el poder jurídico, directo e inmediato,

---

(1)- F. Laurent, "Principios de Derecho Civil", tomo 6o.

que el titular tiene sobre un objeto determinado. Pertenece a la categoría general de los derechos absolutos, y es oponible, por tanto, a terceros.

El derecho personal, en cambio, es aquel en virtud del cual una persona llamada acreedor puede exigir de otra, llamada deudor, la observancia de cierta conducta que ha de traducirse necesariamente en una obligación de dar, hacer o no hacer. Es un derecho por su esencia relativo, ya que no puede ejercitarse sino contra la persona del deudor.

5 - De la definición de derechos reales y personales se desprende que los primeros confieren la propiedad o un desmembramiento de la propiedad, sobre las cosas en que se ejercitan. En tanto que el derecho de crédito sólo da acción contra la persona del deudor para constreñirla a cumplir una prestación.

Ya hemos dicho que el derecho real es el poder jurídico que el titular ejerce sobre una cosa determinada. Ahora bien, ese poder es más o menos intenso, según la naturaleza del derecho de que se trate. En la propiedad --el derecho real por excelencia-- ese poder es absoluto y entraña un aprovechamiento total de la cosa, ya que el propietario puede usar, disfrutar y disponer de ella como le plazca. En los demás derechos reales, llamados por los romanos "jura in re aliena", ese poder es limitado y sólo autoriza un aprovechamiento restringido. Se ha dicho que "el criterio de distinción entre el derecho real absoluto y típico: la propiedad, y los demás derechos reales, radica en la forma del aprovechamiento, total en la propiedad y parcial en los demás derechos reales". (1)

Originalmente sólo se concebía entre los romanos un derecho de propiedad

---

(1). Rafael Eojina Villegas, "Derechos Reales y Personales".



sin limitaciones. Los derechos reales más antiguos, distintos de la propiedad, son creados por el pretor o por la legislación del Bajo Imperio.

6 - Su creación obedece a naturales exigencias del tráfico jurídico. Sobre este particular dice Rodolfo Sohm, en su tratado "Instituciones de Derecho Privado Romano": "Con la propiedad tienen que existir otras relaciones garantizadas por el Derecho, que permitan usar y disfrutar de las cosas, sin necesidad de adquirirlas dominicalmente. Pueden desempeñar este oficio, en ocasiones, las relaciones de carácter contractual --por ejemplo: el arrendamiento o el comodato-- celebradas con el dueño de la cosa. Mas no siempre es esto suficiente, toda vez que los derechos así adquiridos tienen mera eficacia creditual y, por tanto, solo pueden hacerse efectivos entre las personas contratantes.

"Los contratos como fuentes que son de obligaciones, solo conceden derechos personales y relativos, por fuerza imperfectos, sin satisfacer plenamente las necesidades del comercio social. Es preciso que a su lado existan otros derechos mejor protegidos y de alcance más amplio, que permitan usar y disfrutar con mayores garantías las cosas ajenas. Tales son los derechos reales....."

Las servidumbres fueron los primeros derechos reales limitativos del dominio que consagrara el antiguo derecho romano. Más tarde, a fines del siglo III, fué la Enfitéusis, cuya primitiva forma no se diferenciaba sustancialmente del arriendo, pero que fué adquiriendo con el correr de los tiempos caracteres distintivos. Posteriormente el derecho pretoriano estableció el de "superficie, perfeccionado por Justiniano, y los derechos reales accesorios.

7 - Pese a las teorías esbozadas autorizadamente por Ortolan y Planiol, de un lado, y Salleilles, Jallu y otros connotados juristas, de otro lado, que tratan de asimilar, aunque por distintos aspectos y desde diferentes puntos de

vista, los derechos reales y personales, es incuestionable que entre unos y otros hay diferencias irreductibles, de las cuales trataremos de hacer onseguida una puntual enumeración.

8 - Hay diferencia sustancial en cuanto al sujeto. El derecho real, como ya dijimos, es un poder jurídico que el titular ejerce directa e inmediatamente sobre la cosa. Es decir, que para que el derecho real sea ejercitado, se realice cabalmente, no ha menester de la intervención de un sujeto pasivo determinado. En la propiedad, por ejemplo, el propietario usa, disfruta y dispone de la cosa sin que surja necesariamente el sujeto pasivo. O, como lo quiere Planiol, el sujeto pasivo existe pero en forma indeterminada y potencial, pues solo surge ostensiblemente cuando ha habido una violación de ese derecho. No constituye de esta suerte el sujeto pasivo un elemento necesario para la constitución del derecho real.

El papel del sujeto pasivo en el derecho de crédito es bien distinto.

Siendo el derecho personal la facultad que el acreedor tiene para exigir del deudor el cumplimiento de una prestación o de una abstención, es claro que el concurso de éste es indispensable para nazca el derecho de aqué. La facultad de todo derecho personal la ejerce siempre el titular contra la persona determinada del deudor.

9 - Por eso se dice que el derecho de crédito es relativo, porque se dirige contra una persona determinada, en tanto que el derecho real es absoluto, porque es oponible a todos los terceros, esto es, porque produce efectos erga omnes. Y esta diferencia, que hace relación a la naturaleza misma de los dos derechos, es otra de las más importantes.

10 - También hay diferencia en cuanto a los objetos. En el derecho real, el objeto es, necesariamente, una cosa determinada sobre la cual el titular

ejercita su poder jurídico. En el derecho personal, en cambio, el objeto es una prestación, una conducta, que el acreedor puede exigir del deudor. Puede acontecer que la prestación debida en un derecho de crédito, consista en dar una cosa. Pero en el ejemplo propuesto, esa cosa no vendría a ser tampoco el objeto directo e inmediato del derecho, sino indirecto y mediato.

11 - Las dos últimas diferencias entre derecho personal y derecho real, que hemos anotado, engendran una consecuencia importante.

Siendo el derecho real un derecho absoluto, oponible a todos, y tratándose de un poder jurídico que recae sobre una cosa concretamente individualizada, su ejercicio encuentra fácil protección en una acción que faculta al titular para perseguir la cosa y recuperarla cuando otra persona la retenga indebidamente. Si el derecho real es el de dominio, esa acción se llama reivindicatoria.

Pero no es dable imaginar una acción de persecución nacida de un derecho de crédito, ya que es éste un derecho esencialmente relativo, que sólo puede dirigirse contra la persona del obligado, y toda vez que el objeto del mismo se reduce a una prestación, positiva o negativa.

12 - Otra diferencia notable entre las dos especies de derechos se refiere al contenido pecuniario de la obligación personal.

En los derechos reales no es posible encontrar obligación patrimonial ninguna, toda vez que no hay sujeto pasivo propiamente dicho.

Sin embargo, autores de la categoría de Planiol pretenden que al violarse un derecho real, surge el sujeto pasivo con una obligación que se traduce en dinero.

Pero en realidad, esa obligación pecuniaria de quien viola un derecho real, nace del hecho ilícito que entraña la obligación y no de un vínculo obligatorio preexistente.

13 - Finalmente, Bonnetcase expone una diferencia capital entre los dos

derechos, pero desde un punto de vista estrictamente económico, que el autor enuncia así:

En la economía existen dos fenómenos fundamentales, a saber: el fenómeno económico de la riqueza y el fenómeno económico del servicio.

Pues bien, dice Bonnacase, esos dos fenómenos gobiernan también las relaciones jurídicas, y dan origen, separadamente, a los derechos reales y a los derechos personales.

Para este autor el derecho real es la organización jurídica del fenómeno de la apropiación de la riqueza, y el derecho personal la consagración jurídica del fenómeno económico del servicio. (1)

14 - Con la enumeración de las más importantes diferencias que existen entre derecho personal y derecho real, creemos dejar completadas las nociones de uno y otro. Y siendo el derecho de dominio un derecho real --el derecho real por excelencia-- la tarea hasta aquí desarrollada resulta muy útil a nuestro propósito general y último de precisar el concepto de la propiedad.

---

(1). Julian Bonnacase, "Précis de Droit Civil", t. II.

CAPITULO TERCERO

EXTENSION Y FUNCIONES DEL DERECHO DE PROPIEDAD

15 - Del contenido del artículo 669 del código civil se infiere la extensión que en nuestra legislación positiva tiene el derecho de propiedad, y que podemos condensar en la fórmula romana "potestas utendi, fruendi et abutendi".

Aunque la citada disposición no consagra expresamente a favor del propietario la facultad de uso que tiene sobre la cosa objeto de su derecho, es claro que si la tiene, y va envuelta en la de gozar la cosa.

Con todo, no siempre van juntos el uso y el goce en los derechos reales. Así, por ejemplo, el comodatario tiene el uso de la cosa que se le presta, pero no puede arrendarla ni percibir en manera alguna sus frutos.

En el antiguo derecho romano las palabras goce y uso tenían un alcance nitidamente delimitado; así, el goce comprendía únicamente la percepción de los frutos, y el uso era el provecho que se derivaba de las cosas que no producen frutos, pero de las cuales se sirve uno según su destino.

Esta ociosa disquisición no importa al objeto de nuestro estudio. Sólo queremos aclarar que aunque el artículo 669 citado no lo dice expresamente, son tres las facultades esenciales que nacen del derecho de propiedad, a saber:

1o. El uso (jus utendi), o sea el derecho de aprovecharse de la cosa según su destino;

2o. El goce (jus fruendi), o sea la facultad de percibir los frutos que la cosa está en capacidad de producir;

3o. El abuso (jus abutendi), o sea el derecho de disponer arbitrariamente de la cosa, no siendo contra ley ni contra derecho ajeno.

Un cuarto atributo de la propiedad ha sido consagrado por la doctrina: la exclusión.

La propiedad es exclusiva, lo cual quiere decir que las facultades que de ella nacen se concentran todas en la persona del propietario, con exclusión absoluta de extraños. El carácter exclusivo de la propiedad "aloja la idea de facultad de otra persona respecto de la misma cosa". (1)

1o - La propiedad, como acabamos de ver, es un derecho, en principio, absoluto. Pero absoluto solo en el grado en que puedan serlo los derechos humanos.

La vida en sociedad, el mantenimiento y el progreso del orden social, limitan necesariamente la extensión del derecho de dominio. Tal derecho, ha dicho la ley positiva colombiana, faculta al propietario para gozar y disponer de la cosa de que es dueño, pero "no siendo contra la ley o contra derecho ajeno."

Jossorand, exagerando la importancia restrictiva de las limitaciones que se imponen al dominio, llega hasta afirmar que el derecho de propiedad es absoluto en el sentido de que es oponible a todos pero que es relativo en su ejercicio, en su realización. (2)

---

(1) Alfredo Barros Brizauriz, "Derecho Civil", 1r. tomo.

(2) Louis Jossorand, "Cours de Droit Positif Française, tome 1o.

En realidad, el derecho de propiedad si es inviolable y absoluto, aunque, como todos los derechos humanos, encuentra su justo límite en el derecho de los demás y queda sometido en su ejercicio a las exigencias y necesidades del orden social.

17 - De aquí que el Estado pueda, mediante graves motivos de utilidad pública, expropiar los bienes de los particulares, previa indemnización de los perjuicios consiguientes.

A este principio (consagrado en casi todas las constituciones políticas después de la revolución francesa) se le justifica mal diciendo que el interés general debe primar sobre el interés particular.

El propietario tiene más que un interés: tiene un derecho. Y si ese derecho cede ante las exigencias del orden social, relativas casi siempre a la salud y a la vida de los asociados, es porque ellas entrañan otro derecho superior y principal. "La vida de los hombres es el más precioso de los derechos y supera al de los propietarios, no porque la sociedad los pueda despojar, sino porque puede obligarlos a ceder sus tierras y sus casas, previa indemnización". (1)

La razón de utilidad pública que se aduce para una expropiación debe, por lo demás, estar rigurosamente calificada por una ley del estado. Y al acto de la expropiación deben proceder sentencias judiciales e indemnización suficiente. El propietario a quien se despoje sin estos requisitos puede hacer valer contra el Estado la acción reivindicatoria que le concede su derecho.

18 - En guarda también del bien común y el interés general, la ley ha establecido así mismo limitaciones parciales al derecho de dominio

---

(1) F. Laurent, op. cit.

y ha facultado al propietario para que establezca otras a voluntad. (Ver art. 793 c. c.)

19 - Las demás restricciones con que se ejercita el derecho de propiedad, resultan del conflicto de los derechos privados y tienen su fundamento en la justicia conmutativa. "El derecho del propietario, dice Portalis, por extenso que sea, consiente límites que el estado de sociedad hace indispensables. Pues que vivimos con nuestros semejantes, debemos respetar sus derechos, como ellos deben respetar los nuestros. No debemos, pues, permitirnos, ni aun en nuestros fundos, procedimientos que puedan herir el derecho adquirido de un vecino o de cualquier otra persona". (1)

Ahora bien, ¿cuándo el proceder de un propietario hiera el derecho de otro? Sobre este particular es necesario que se precisen los conceptos.

Pothier explica así este principio: "Aunque el dominio de propiedad de al propietario el derecho de hacer en su heredad lo que le parezca, no puede, sin embargo, hacer allí lo que las obligaciones de vecindad no permiten que haga con perjuicio de los vecinos". (2)

Entonces, ¿Basta que un propietario cause un "perjuicio" a otro para que el derecho de este pueda considerarse violado?

Creemos que no, y estimamos que estos principios esenciales así expuestos de manera tan genérica y vaga, prestase a peligrosas confusiones y pueden inducir a conclusiones evidentemente falsas.

No basta que un propietario haya irrogado un perjuicio a otro, para que se le considere extralimitado en su derecho.

---

(1) Portalis "Exposición de motivos"

(2) Pothier, "De la Propiedad"



226

Para que el propietario sobrepase realmente los límites de su derecho, es necesario que con el perjuicio que causa viole el derecho de otro. Hay en esto, pues, dos hipótesis esencialmente distintas que pueden acaso considerarse fruto de rebucadas sutilezas. Sin embargo, la cuestión es importante, y dos ejemplos clásicos que vamos a proponer en seguida aclararán el asunto suficientemente.

"Si levanto una construcción en mi heredad, con ella le quito la luz al vecino, causándole, consiguientemente un perjuicio: ¿Debo reparar ese perjuicio? No, dice Pothier. (1) Construyo en mi fundo un horno de cal, que despiden hacia el del vecino un humo denso y desagradable: ¿Estoy obligado a reparar el daño que le cause? Pothier dice que sí. Si en ambos casos hay perjuicio, ¿por qué debo reparar en uno, y no debo hacerlo en otro? Porque en uno de esos casos vulvere un derecho de mi vecino: el derecho que tiene al aire puro de su heredad, aire que yo corrompo. Tengo, a la verdad, derecho de construir en mi fundo; pero mi vecino tiene, por su parte, derecho al aire, condición para la salud y la vida. Hay dos derechos encontrados, y así, el uno limita al otro". (2)

20 - El ejercicio de la propiedad como derecho subjetivo y las limitaciones que el Estado establece a ese derecho con miras al bien común, imprimen al dominio un carácter individual y privado que atiende al interés de los particulares, y un carácter social y público que mira al interés de la sociedad.

De este doble carácter nacen las funciones de la propiedad: su na-

---

(1) Véase art. 934 del cc.

(2) P. Laurent, o. cit.

227

tural función individual y su necesaria función social.

En el reconocimiento de estas dos funciones armónicas radica el concepto cristiano, estético, de la propiedad, que concilia sabiamente las contrapuestas nociones de "individualistas" y "socialistas".

El antiguo concepto de la propiedad que la consideraba un derecho arbitrario, - que nos viene de los romanos, que fue proclamado por la Revolución Francesa y consagrado por el Código Napoleón- ha querido ser sustituido en los tiempos modernos por doctrinas igualmente absolutistas y falsas.

La propiedad --es ha dicho-- no es un derecho subjetivo y absoluto sino una función social; no es un derecho natural sino una creación jurídica sancionada por una regla de derecho. El propietario no tiene derechos sino deberes; no puede usar la casa que posee como le plazca, ni menos abstenerse de usarla con perjuicio para la colectividad, sino que está obligado a explotar la cosa de manera que contribuya a la riqueza pública. El hombre no es sujeto de derechos inviolables y absolutos, sino un "funcionario" del Estado, y como tal tiene la obligación de dar a la cosa que posee el empleo que mejor convenga a los intereses sociales.

Un paladín de esta falsa doctrina, Leon Duguit, ha dicho textualmente:

"Todo individuo tiene la obligación de cumplir en la sociedad una cierta función en razón directa del lugar que en ella ocupa. Ahora bien, el poseedor de la riqueza, por lo mismo que posee la riqueza, puede realizar un cierto trabajo que este sí puede realizar. Este sí puede aumentar la riqueza social haciendo valer el capital que posee. Está pues obligado socialmente a realizar este trabajo, y no será protegido socialmente más que si lo cumple y en la medida que lo cumple. La propiedad no es, pues, el derecho subjetivo del propietario, es la función social del tenedor de la ri-

228

queza".

De estos principios fluye lógicamente una consecuencia: el no uso de la propiedad entraña el incumplimiento de la obligación principal del propietario y produce para éste la pérdida de su derecho.

o De esta manera la nueva doctrina impugna el carácter arbitrario que tiene la propiedad según el concepto tradicional, que faculta al propietario para gozar y disponer como quiera de la cosa que es objeto de su derecho, o para no gozar ni disponer de ella.

Este poder negativo del propietario es realmente injusto e inconveniente. Pero las reformas que proponen las modernas tendencias son inaceptables en el mismo grado, porque entrañan un concepto totalitario del Estado y pugnan con los derechos naturales e inmanentes del hombre.

22 - "Por lo tanto --ha dicho la Iglesia Católica-- hay que evitar cuidadosamente el chocar contra un doble escollo. Como, negado o atenuado el carácter social y público del derecho de propiedad, por necesidad se cae en el llamado "individualismo", o al menos se acerca uno a él, de semejante manera, rechazado o disminuido el carácter privado o individual de ese derecho, se precipita uno hacia el "colectivismo", o por lo menos se tocan sus postulados. Quien pierda de vista estas consideraciones se despenará por la pendiente hasta la cima del modernismo moral, jurídico y social, denunciado por Nos". (1)

23 - El pensamiento de la Iglesia en punto a caracteres y funciones de la propiedad es, pues, de sabia situación intermedia, desde la cual se defiende el postulado de la inviolabilidad de los derechos del individuo y se reconoce al mismo tiempo el deber en que está el propietario de usar las

---

(1) Pío XI - Enc. "Quadragesimo Anno".

cosas que sean de su dominio de manera que resulten útiles a toda la sociedad. Estos principios sostenidos por la Iglesia, y recogidos por nosotros de copiosa documentación pontificia, pueden sintetizarse en los siguientes puntos:

Primero: La facultad de adquirir las cosas y reservarlas para sí con exclusión de los demás, tiene su fundamento en el derecho natural sancionado por Dios y proclamado al linaje humano por medio de la recta razón.

Esa facultad "fue otorgada por la naturaleza, o sea por el mismo Creador, a los hombres, ya para que cada uno pueda atender a las necesidades propias y de su familia, ya para que, por medio de esta institución, los bienes que el Creador destinó a todo el género humano sirvan en realidad para tal fin".

Segundo: Se deduce de lo anterior que la propiedad tiene dos funciones esenciales: una función privada y una función social.

Tercero: Corresponde a los poderes públicos fijar un justo límite a estas funciones de la propiedad y reglamentar debidamente el ejercicio de este derecho. Pero en cumplimiento de este deber, los que gobiernan el Estado deben proceder guiados por la ley natural y consultando siempre las verdaderas necesidades del bien común.

Cuarto: "Poseer algunos bienes en particular, es, como poco antes hemos visto, derecho natural al hombre; y usar de ese derecho, mayormente cuando se vive en sociedad, no sólo es lícito, sino absolutamente necesario" (1). Es deber del propietario, pues, usar las cosas que posee de

---

(1) Leon XIII, Enc. "Rerum Novarum", 19.

manera que asegure la interdependencia social y contribuya al progreso común.

Quinto: Sin embargo, son cosas bien distintas el derecho de propiedad y su uso. "respetar santamente la división de los bienes y no invadir el derecho ajeno, traspasando los límites del dominio propio, son mandatos de la justicia que se llama conmutativa". En tanto que el uso útil y honesto de las cosas que se poseen en particular es obligación que no está sancionada por esta justicia, sino que pertenece a otras virtudes cuya observancia "no se puede exigir por vía jurídica". (1)

Sexto: Siendo esto así, y teniendo el derecho de propiedad su origen y fundamento en la ley natural; siendo ese derecho anterior y superior al Estado, y no pudiendo la autoridad pública, por tanto, violarlo ni desconocerlo, resulta inaceptable que el abuso o el simple no uso de la propiedad produzcan para el propietario la pérdida de su derecho.

---

(1) Enc. Cuadragesimo Anno, 17.

SEGUNDA PARTE

PROTECCION A LA PROPIEDAD

( ACCIONES POSESORIAS, PUBLICIANA Y DE DOMINIO )

SEGUNDA PARTE

PROTECCION A LA PROPIEDAD

CAPITULO PRIMERO

LAS ACCIONES POSESORIAS. DIFERENCIAS CON LA ACCION DE DOMINIO.

24 - Es principio general que todos los derechos pueden, en un momento dado, ejercitarse judicialmente. O, lo que es lo mismo, que todo derecho puede deducirse en juicio, cuando quiera que injustamente se viole o desconozca. *a todo derecho corresponde una acción*

El recurso judicial que nace de todo derecho se llama acción. Y ésta puede ser real o personal, mobiliaria o inmobiliaria, según sea el derecho de que provenga.

En esta segunda parte de nuestro trabajo vamos a tratar de algunas acciones reales, esto es, de algunas de las acciones que sirven de garantía a los derechos reales. Son ellas las acciones posesorias, la acción Publiciana y la de dominio o acción reivindicatoria.

En el presente capítulo estudiaremos las primeras, pero sin perder de vista el tema principal de esta monografía, por lo cual tendremos ponderoso cuidado en ir señalando las diferencias que distinguen a las acciones posesorias de la de dominio.

25 - Objeto de las acciones posesorias. - Las acciones posesorias tienen por objeto conservar o recuperar la posesión de bienes raíces o de derechos reales constituidos en ellos (art. 973 c.c.), y en algunos casos especiales, evitar que el poseedor sea molestado o amenazado en el completo goce de su posesión.

A diferencia de la reivindicación, las acciones posesorias no defienden un derecho, sino un estado de hecho: la posesión.

Y la principal razón de este amparo a un hecho, que puede acaso no coincidir con un derecho, radica en el principio de que quien posee una cosa se presume dueño de ella mientras otra persona no justifique serlo. Se ha considerado justo, además, que el poseedor pueda defender el estado de hecho de que disfruta por un medio jurídico, en atención a que la posesión continuada conduce a la propiedad.

Por otra parte, la acción posesoria le es útil también al verdadero dueño, quien puede rechazar las intrusiones y usurpaciones mediante un juicio posesorio, rápido y sumario, sin necesidad de discutir su derecho de dominio en un juicio ordinario de dilatado conocimiento.

El objeto de la acción posesoria es, pues, asegurar la posesión, pero la posesión como hecho aislado e independiente de todo derecho, a diferencia de la acción reivindicatoria, con la que, si en realidad se asegura la posesión, es como consecuencia obligada del reconocimiento que hace el juez del derecho del reivindicador.

26 - A quién competen las acciones posesorias. - Siendo el objeto de estas acciones conservar y recuperar la posesión de bienes raíces y de derechos reales constituidos en ellos, es claro que establecerlas compete al poseedor de esos bienes o de esos derechos.

En efecto, dice el artículo 974 del Código Civil: "No podrá instaurar una acción posesoria sino el que ha estado en posesión tranquila y no interrumpida un año completo".

Y el artículo 975, en su inciso primero, reza: "El usufructuario, el usuario y el que tiene derecho de habitación son hábiles para ejercer por sí las acciones y excepciones posesorias dirigidas a conservar o recuperar el goce de sus respectivos derechos aun contra el propietario mismo. El propietario es obligado a auxiliarlos contra todo turbador o usurpador extraño, siendo requerido al efecto".



En nuestro derecho positivo, pues, sólo el que ha poseído puede incoar las acciones posesorias. Y queda naturalmente entendido que el usufructuario, el usuario y el habitador son hábiles para entablarlas, no como poseedores de los inmuebles sobre que recaen sus derechos, sino como poseedores de sus derechos mismos.

El antiguo Derecho Romano, a diferencia de nuestra legislación actual, concedía al no poseedor, acciones cuya finalidad era adquirir una posesión futura. Tales acciones eran llamadas "interdicta adiacendae Possessionis", y constituían recursos petitorios más bien que interdictos de protección posesoria.

Queda dicho que quien pretenda instaurar una acción posesoria debe, además, llenar ciertos requisitos relativos al tiempo y al modo de la posesión de que ha disfrutado: es necesario que haya estado en posesión tranquila y no interrumpida un año completo.

Y es que si la ley proyeja al poseedor es porque se supone que a la posesión acompaña el derecho, y esta presunción es imposible que subsista tratándose de una posesión viciosa o precaria. De la misma manera, una posesión que no ha durado un año no da fuerza ninguna a esa presunción.

Esta regla general tiene una excepción, que es la contemplada en el artículo 984 del Código Civil. Según este artículo, "todo el que violentamente ha sido despojado, sea de la posesión, sea de la mera tenencia, y que por poseer a nombre de otro, o por no haber poseído bastante tiempo, o por otra causa cualquiera, no pudiere instaurar acción posesoria, tendrá sin embargo derecho para que se restablezcan las cosas en el estado en que antes de hallaban, sin que para esto necesite probar más que el despojo violento, ni se le pueda objetar clandestinidad o despojo anterior." Como puede verse, se trata de una acción extraordinaria, con reglas peculiares, de la cual hablaremos más a <sup>de</sup>espacio cuando tratemos de las distintas acciones posesorias.

Por ahora, y para finalizar esta parte de nuestro trabajo, agregamos que el heredero tiene y está sujeto a las mismas acciones posesorias que tendría y a que estaría sujeto su autor, si viviese (Art. 975).

Antes de pasar a otro punto de nuestro estudio, y para ser fieles a nuestro propósito de distinguir puntualmente las acciones posesorias de la acción de dominio, vamos a hacer una observación final:

La acción posesoria corresponde al poseedor que ha estado en posesión tranquila y no interrumpida un año completo, y la acción reivindicatoria es la que tiene el dueño de una cosa singular, de que no está en posesión, para que el poseedor de ella sea condenado a restituírsela. Luego en el juicio posesorio se discute la calidad de poseedor, esto es, el hecho de la posesión, en tanto que en el juicio reivindicatorio se debate la condición de dueño, es decir, la existencia del derecho de dominio.

27 - A que cosas se aplica la protección posesoria. - Hemos dicho que las acciones posesorias protegen la posesión de los bienes inmuebles y de los derechos reales constituidos en éstos. Concretadas de esta manera las cosas que son susceptibles de acción posesoria, quedó tácitamente establecido que las cosas muebles y los derechos reales en ellas constituidos, no pueden ser objeto de esa acción. A esta exclusión implícita que se hace de las cosas muebles de la protección posesoria, es preciso agregar otra ordenada expresamente por el Código Civil, y que se refiere a las cosas que no pueden ganarse por prescripción, como las servidumbres inaparentes o discontinuas (Art. 973 c.c.).

Por qué las cosas muebles no son susceptibles de acción posesoria? porque según nuestro derecho, la posesión de las cosas muebles equivale a un título de propiedad. *en fait de meubles possession vaut titre*

Y así, quien discute la posesión de una cosa mueble discute su dominio.

Tratándose de esta clase de bienes, sólo la acción reivindicatoria es procedente.

Este principio no era aceptado entre los romanos. Para éstos la posesión de cosa mueble no había de confundirse necesariamente con la propiedad de la misma. De ahí que rigiera para las cosas muebles un interdicto posesorio llamado según las fuentes romanas "interdictum utrubi", que engendrabá un "judicium duplex", o situación procesal doble, en que ambas partes eran demandante y demandado a un mismo tiempo. En el juicio se adjudicaba la cosa litigiosa no al último poseedor, sino a quien demostrara haberla poseído más tiempo durante el año anterior. Justiniano modificó el sistema y asiló este interdicto al "uti possidetis", prevaleciendo desde entonces la posesión existente en el momento de entablar la demanda y no la más sostenida del año anterior.

Y las cosas imprescriptibles, ¿por qué razón no son objeto de acción posesoria? Porque la simple posesión de cosas imprescriptibles no produce efectos jurídicos favorables al poseedor. La ley sólo proteje mediante el régimen de las acciones posesorias, la posesión de las cosas que pueden llegar a adquirirse por prescripción. En el caso de las servidumbres inaparentes o discontinuas que trae nuestro Código por vía de ejemplo, ni siquiera puede haber verdadera posesión. Los actos de uso de esas servidumbres se presumen actos de pura tolerancia o de simple facultad.

Los señores Chacón y Vera dicen a este respecto: "Las cosas que no pueden ser adquiridas por tiempo alguno de posesión, tampoco son susceptibles de acciones posesorias, porque no puede exigirse que se nos conserve o reponga en una posesión que jamás hemos tenido civilmente". En este caso se encuentran, por ejemplo las servidumbres discontinuas y las inaparentes.

"En efecto, el goce que se tiene, sin título, de una servidumbre discontinua, es un goce de pura tolerancia que el dueño del predio en que se ejerce

puede hacer cesar a su arbitrio; y el goce que se tiene, de una servidumbre inaparente, no atribuye derecho alguno, porquese de ella un uso clandestino, se supone siempre ignorado por el dueño del predio en que se ejerce". (1)

Sin embargo, dos casos pueden presentarse de servidumbres inaparentes o discontinuas, que confieren acción posesoria. Esas dos excepciones, sancionadas por abundante jurisprudencia, pueden enunciarse así:

Primero: Si el que ejerce la servidumbre alega un título que consolida la posesión de que disfruta, puede hacer uso de acción posesoria. Porque en ese caso, los actos de ejercicio de la servidumbre pierden su carácter de mera tolerancia para convertirse en un derecho.

Segundo: Si la servidumbre discontinua es de las que la ley establece, como por ejemplo, la servidumbre de tránsito a que tiene derecho el propietario de un fundo destituido de toda comunicación con el camino público, (Arts. 905 y 908 c.o.), entonces esa servidumbre confiere también acción posesoria porque el poseedor de ella tiene un título, un derecho, que nace de la ley misma.

28 - De las distintas acciones posesorias. Para lograr una ordenada clasificación de las distintas acciones posesorias, vamos a dividir las en dos grandes categorías: acciones posesorias generales, que se refieren a hechos directamente ejecutados en las cosas que poseemos, para perturbarnos en la posesión ó para privarnos de ella; y acciones posesorias especiales, relativas a obras realizadas en propiedades ajenas pero que perturban el completo goce de las cosas que poseemos.

---

(1) Fernando Vélez "Estudio sobre el Derecho Civil Colombiano", Tomo III.

A la primera categoría pertenecen: a) la acción para conservar la posesión; b) la acción para recuperarla, y c) la acción extraordinaria para restablecerla cuando el poseedor ha sido violentamente despojado.

*un den  
"den omnia  
de m. Carlos O. Ruiz*

A la segunda categoría pertenecen las siguientes acciones: a) la denuncia de obra nueva; b) la denuncia de obra ruinosas, y c) "otras acciones posesorias especiales".

29 - Acciones Posesorias Generales - a) Acción para conservar la posesión. Dice el Artículo 977 del Código Civil: "El poseedor tiene derecho para pedir que no se le turbe o embarace su posesión o se le despoje de ella, que se le indemnice del perjuicio que ha recibido, y que se le dé seguridad contra el que fundadamente teme".

Este artículo consagra la acción posesoria por excelencia, tradicionalmente llamada "interdicto de retener" o "querrela de amparo", que tiene su origen remoto en el "interdictum uti possidetis" de los romanos.

*ret. nuda p. posesoria*

Esta protección interdictal se daba entre los romanos en los casos en que la posesión era embarazada o perturbada, pero siempre que el poseedor la hubiese adquirido "nec vi, nec clam, nec precario", es decir, sin vicios. Según nuestra legislación, precisa también que la posesión no sea viciosa y que el demandante la haya disfrutado, por lo menos, un año completo.

Tratándose de una acción que se concede al poseedor contra terceros perturbadores, resulta importante saber con precisión que se entiende por "perturbación" para los efectos de esta acción posesoria.

Al poseedor se le turba o embaraza su posesión no con agresiones simplemente materiales de carácter transitorio, como el daño que se causa en las sementeras de un fundo sin pretensión jurídica determinada, sino con perturbaciones de hecho o de derecho, que manifiestan claramente la intención que tiene el perturbador de negar el derecho del poseedor por tener él un pretendido mayor derecho a poseer.

"Se entiende por perturbación, dicen Aubry y Rau, (1) cualquier hecho material o cualquier acto jurídico que, ya directamente o por sí mismo, ya indirectamente y por vía de consecuencia, constituye o implica una pretensión contraria a la pretensión ajena".

30 - B) Acción para recuperar la posesión. La concede el artículo 982 cuando dice: "El que injustamente ha sido privado de la posesión, tendrá derecho para pedir que se le restituya con indemnización de perjuicios".

El artículo transcrito, pues, confiere acción al poseedor de inmuebles o de derechos reales constituidos en ellos, para que se le restituya en su posesión cuando ha sido despojado de ella injustamente, es decir, sin mandato de juez competente. Con esta acción de restitución, el poseedor puede reclamar el pago de los perjuicios que con el despojo le hayan sido causados.

"La acción para la restitución, dice el artículo 983 del Código Civil, puede dirigirse no solamente contra el usurpador, sino contra toda persona cuya posesión se derive de la del usurpador por cualquier título.

"Pero no serán obligados a la indemnización de perjuicios, sino el usurpador mismo, o el tercero de mala fe, y habiendo varias personas obligadas, todas lo serán **INSOLIDAMENTE**".

31 - C) Acción extraordinaria para restablecer la posesión cuando el poseedor ha sido violentamente despojado. Es esta una acción de reglas muy peculiares concedida por el legislador con mucha mayor liberalidad

---

(1) Citado por Colin y Capitant, Derecho Civil, Vol segundo.

y que se refieren a casos especiales de violencia. Por virtud de esta acción, todo el que violentamente ha sido despojado, sea de la posesión, sea de la mera tenencia, y que por poseer a nombre de otro, o por no haber poseído bastante tiempo, o por otra causa cualquiera, no pudiere instaurar acción posesoria, tendrá sin embargo, derecho para que se restablezcan las cosas en el estado en que antes de hallaban, sin que para esto necesite probar más que el despojo violento, ni se le pueda objetar clandestinidad o despojo anterior.

Este derecho prescribe en seis meses. (Art. 984 cc.)

Por la naturaleza especialmente grave de los hechos que dan origen a esta acción, es racional y justo que se conceda ella más ampliamente que las demás acciones posesorias. Se trata de proteger a quien posee una cosa, contra hechos de fuerza que alteran el orden público. Además, mediante esta acción no se va a decidir sobre la posesión propiamente dicha; lo que se persigue con ella es reparar un "hecho ilícito y contrario a la paz pública" restableciendo las cosas al estado en que se encontraban. Por eso se hace extensiva al mero detentador y aun al poseedor violento y clandestino. Y por eso dispone la ley que restablecidas las cosas y asegurado el resarcimiento de daños, podrá intentarse por una o por otra parte las acciones posesorias que correspondan (Art. 984 inc. final)

Se ha discutido si procede esta acción respecto de las cosas imprescriptibles, como las servidumbres inaparentes o discontinuas. Nosotros creemos que sí. Porque, si bien es cierto que el artículo 973 del Código Civil dispone terminantemente que sobre las cosas que no pueden ganarse por prescripción no puede haber acción posesoria, no es menos evidente que no se está frente a una acción posesoria, rigurosamente tal. En efecto, esta acción que nos ocupa, acabamos de decirlo, no se ha dado para garantizar y conservar la posesión, sino antes que todo para reparar el hecho ilícito que viola el orden jurídico. Y si la ley expresamente concede esa acción a quien posee sin nin-

gún derecho, como el poseedor vicioso, no vemos razón jurídica ninguna para que se le niegue a quien, pacífica y públicamente, ejerce una sorvidumbre inaparente o discontinua.

32 - Acciones posesorias especiales. De acuerdo con la clasificación general que hicimos, estas acciones se refieren a obras realizadas en propiedades ajenas que de algún modo perturban o amenazan perturbar el disfrute de las cosas de que estamos en posesión. De esta clase de acciones trata el título XIV del Código Civil, el cual, por inexplicable incongruencia, aparece encabezado por el siguiente artículo: "Art. 986. El poseedor tiene derecho para pedir que se prohíba toda obra nueva que se trate de construir sobre el suelo de que está en posesión. Pero no tendrá el derecho de denunciar con este fin las obras necesarias para precaver la ruina de un edificio, acueducto, canal, puente, acequia, etc., con tal que en lo que puedan incomodarlo se reduzcan a lo estrictamente necesario, y que, terminadas, se restituyan las cosas al estado anterior a costa del dueño de las obras. Tampoco tendrá derecho para embarazar los trabajos conducentes a mantener la debida limpieza en los caminos, cañerías, acequias; etc."

El artículo transcrito, como fácilmente se advierte, no se refiere a obras realizadas en propiedad ajena sino construidas sobre suelo de que se está en posesión. Tales obras implican una turbación de la posesión, y por ello la regla que contiene el primer inciso del artículo que comentamos, no es otra cosa que una variedad del principio según el cual el poseedor tiene derecho para pedir que no se le turbe o embarrase su posesión. Y las excepciones de que tratan los incisos finales no son, en consecuencia, sino modificaciones de aquel principio.

Hemos creído, por eso, que la disposición que nos ocupa, cae fuera del cuadro de las acciones posesorias especiales y encaja con mayor



propiedad en el título de las acciones posesorias generales.

Hecha esta breve acotación, pasemos a ocuparnos de las acciones posesorias especiales, propiamente dichas.

33 - Denuncia de obra nueva. - Esta acción tiene por objeto impedir que con obras nuevas realizadas en fundo ajeno se nos cause perjuicio o menoscabo en la posesión de que disfrutamos. En otros términos, se trata de evitar con ella "una perturbación eventual que hacen temer las obras emprendidas por el vecino. Sin esperar a su terminación, y por consiguiente, la realización de la perturbación, el poseedor pide la suspensión de estas obras". (1)

Ahora bien ¿qué obras realizadas en predio ajeno son capaces, según la ley, de estorbar la posesión de que disfrutamos?

El artículo 987 dice "Son obras nuevas denunciables las que, construidas en el predio sirviente, embarazan el goce de una servidumbre constituida en él.

"Son igualmente denunciables las construcciones que se trata de sustentar en edificios ajenos, que no está sujeto a tal servidumbre.

"Se declara especialmente denunciable toda obra voladiza que atraviesa el plano vertical de la línea divisoria de los predios, aunque no se apoye sobre el predio ajeno, ni dé vista, ni vierta aguas lluvias sobre él".

Esta acción se concede:

1o. A los poseedores de bienes o de derechos reales afectados con la obra nueva; y 2o. A la Municipalidad o a cualquier persona del pueblo, pero solo respecto de caminos, plazas u otros lugares de uso público

(Art. 1.005 c. c.)

---

(1) Colin y Capitant. Derecho Civil - Vol. 2o.

Esta acción tiene por objeto la destrucción o reparación de un edificio vecino ruinoso del que se teme recibir perjuicio (Art. 988), o de cualesquiera construcciones de que se teme igual peligro; o de árboles mal arraigados o expuestos a ser derribados por casos de ordinaria ocurrencia. (Art. 992);

Así, el que teme que la ruina de un edificio vecino le pare perjuicio, tiene derecho de querrelarse al Juez para que se mande al dueño de tal edificio derribarlo, si estuviere tan deteriorado que no admita reparación; o para que si la admite, se le ordene hacerla inmediatamente; y si el querrellado no procediere a cumplir el fallo judicial, se derribará el edificio o se hará la reparación a su costo.

Si el daño que se teme del edificio no fuere grave, bastará que el querrellado rinda caución de resarcir todo perjuicio que por el mal estado del edificio sobrevenga. (Art. 988 e.c.)

En el caso de hacerse por persona distinta del querrellado la reparación del edificio en ruina, el que se encargue de hacerla deberá conservar la forma y dimensiones del antiguo edificio en todas sus partes, salvo si fuere necesario alterarlas para precaver el peligro. Las alteraciones se ejecutarán a voluntad del dueño del edificio, en cuanto sea compatible con el objeto de la querrela. (Art. 989)

La resolución judicial que se profiere en esta clase de juicios, debe siempre estar precedida de una inspección ocular, a la cual debe concurrir el Juez asociado de dos peritos. De acuerdo con lo que Juez y peritos adviertan en esa diligencia, el fallo deberá contener, según el caso, la orden de que se derribe el edificio, de que se repare, o de que preste el dueño caución de resarcir todo perjuicio que resulte del mal estado de la obra.

Si notificada la querrela, cayere el edificio por efecto de su mala

condición, se indemnizará de todo perjuicio a los vecinos; pero si cayere por caso fortuito, como avenida, rayo o terremoto, no habrá lugar a indemnización; a menos de probarse que el caso fortuito, sin el mal estado del edificio, no lo hubiera derribado (Art. 990)

35 - C) "Otras acciones posesorias especiales". Por este punto de nuestro trabajo vamos a referirnos a algunas de las acciones posesorias contenidas en el título XV del Código, que, por no tener una denominación especial, vamos a llamar "otras acciones posesorias especiales".

Esas acciones tienen lugar en los siguientes casos:

"Art. 998. El dueño de una casa tiene derecho para impedir que cerca de sus paredes haya depósitos o corrientes de agua o materias húmedas que puedan dañarlas.

"Tiene asimismo derecho para impedir que se planten árboles a menor distancia que la de quince decímetros, ni hortaliza o flores a menor distancia que la de cinco decímetros.

"Si los árboles fueren de aquellos que extienden a gran distancia sus raíces, podrá el Juez ordenar que se planten a la que convenga para que no dañen a los edificios vecinos: el máximo de la distancia señalada por el Juez será de cinco metros.

"Los derechos concedidos en este artículo subsistirán contra los árboles, flores u hortalizas plantados, a menos que la plantación haya precedido a la construcción de las paredes".

"Art. 993. Si se hicieron estacadas, paredes y otras labores que tuercen la dirección de las aguas corrientes, de manera que se derramen sobre el suelo ajeno, o estancándose lo humedezcan, o priven de su beneficio a los predios que tienen derecho de aprovecharse de ellas, mandará el Juez, a petición de los interesados, que las tales obras se deshagan o modifiquen y se resarzan los perjuicios.

"Art. 995. El que hace obras para impedir la entrada de aguas que no es obligado a recibir, no es responsable de los daños que, atajadas de esa manera, y sin intención de ocasionarlos, puedan causar en las tierras o edificios ajenos".

"Art. 996. Si corriendo el agua por una heredad se estancare o torciere su curso, embarazada por el cieno, piedras, palos u otras materias que acarrea y deposita, los dueños de las heredades en que esta alteración del curso del agua causa perjuicio, tendrán derecho para obligar al dueño de la heredad en que ha sobrevenido el embarazo, a removerlo, o los permita a ellos hacerlo, de manera que se restituyan las cosas al estado anterior.

El costo de la limpia o desahorro se repartirá entre los dueños de todos los predios, a prorrata del beneficio que reporten del agua."

Art. 997. Siempre que de las aguas de que se sirve un predio, por negligencia del dueño en darle salida sin daño de sus vecinos, se derraman sobre otro predio, el dueño de éste tendrá derecho para que se le resarza el perjuicio sufrido, y para que en caso de reincidencia se le pague el doble de lo que el perjuicio importare."

36 - Consecuencia de las acciones posesorias. Hemos dicho y repetido que el objeto de las acciones posesorias es conservar o recuperar la posesión de que disfrutamos o impedir que se nos perjudique en ella a causa de obras realizadas en predios ajenos.

En una palabra, se obtiene mediante las acciones posesorias, un resultado de efectos transitorios: asegurar el completo goce de la posesión, pero sin perjuicio de que se intente y haga valer después contra el poseedor, la acción reivindicatoria de dominio.

Las consecuencias de un juicio de dominio son, en cambio, definitivas. Mediante un juicio de reivindicación, se define de manera inmodificable, una situación de derecho que hace relación al dominio u otro derecho real constituido en una cosa singular, raíz o mueble.

Siendo así que en los juicios posesorios sólo se discute el hecho de la posesión, considerado en forma independiente, la prueba de éste deberá producirse aisladamente y sin que haya de tomarse en cuenta el dominio que por una u otra parte se alegue.

Podrán, con todo, exhibirse títulos de dominio para comprobar la posesión, pero sólo aquellos cuya existencia pueda probarse sumariamente; ni valdrá objetar contra ellos otros vicios o defectos que los que puedan probarse de la misma manera (Art. 979).

La posesión de los derechos inscritos, como el dominio sobre un inmueble, por ejemplo, se prueba por la inscripción, y mientras ésta subsista y con tal que haya durado un año completo, no es admisible ninguna prueba de posesión con que se pretenda impugnarla. (Art. 980)

Ahora, la posesión de los bienes raíces no inscritos, se prueba por hechos positivos, de aquellos a que sólo dá derecho el dominio, como el corte de maderas, la construcción de edificios, la de corramientos, las plantaciones o sembraduras y otros de igual significación, ejecutados sin el consentimiento del que disputa la posesión (Art. 981).

38 - Prescripción de las acciones posesorias. Por el carácter especialmente sumario de los juicios a que dan lugar, estas acciones prescriben con el transcurso de un plazo muy breve.

Pero no todas prescriben al cabo de un tiempo igual, ni el plazo de prescripción se cuenta uniformemente desde que el poseedor fué despojado o perturbado, sino que es preciso tener en cuenta, para efectos del cómputo, las circunstancias especiales con que se realizaron el despojo o la perturbación. Veremos.

Acciones posesorias generales.

a) Para conservar la posesión. Las acciones que tienen por objeto conservar la posesión, prescriben al cabo de un año completo, contado desde el acto de molestia o embarazo inferido a ella.

b) Para recuperarla. Las que tienen por objeto recuperarla, expiran al cabo de un año completo, contado desde que el poseedor anterior la ha perdido.

Pero si la nueva posesión ha sido violenta o clandestina, se contará este año desde el último acto de violencia, o desde que haya cesado la clandestinidad.

c) Acción extraordinaria para el caso de despojo violento. La acción extraordinaria concedida a quien ha sido violentamente despojado, sea de la posesión, sea de la mera tenencia, que por cualquier circunstancia no puede incoar acción posesoria ordinaria, y que tiene por objeto conseguir que se restablezcan las cosas al estado en que antes de hallaban, expira en seis meses.

#### ACCIONES POSESORIAS ESPECIALES.

Denuncia de obra nueva. Si las acciones dirigidas contra una obra nueva no se instauraren dentro de un año, los denunciados o querrelados serán amparados en el juicio posesorio, y el denunciante o querrelante podrá solamente perseguir su derecho por la vía ordinaria.

Pero ni aún esta acción tendrá lugar cuando, según las reglas dadas para las servidumbres, haya prescrito el derecho.

La acción que se concede al poseedor para obtener que se derribe o repare una obra ruinoso de la que teme recibir perjuicio, naturalmente que no prescribe mientras haya justo motivo para temerlo. La naturaleza especial de este derecho hace imposible la fijación de un plazo para su duración, toda vez que esa acción será procedente mientras subsista la situación de peligro que le da origen.

Otra cosa acontece con las acciones que en este caso se conceden para la indemnización de un daño sufrido, las cuales prescriben para siempre al cabo de un año completo (Art. 1.007 c. c.).

Transcurrido un año completo, el poseedor damnificado no podrá intentar acción ninguna. Tal es el sentido de la frase "para siempre", que nosotros hemos subrayado.

A diferencia de las acciones posesorias --que como hemos visto, prescriben en corto plazo-- la acción reivindicatoria no se extingue sino mediante la prescripción adquisitiva del correspondiente derecho.

39 - Ventajas de la posesión. Según el artículo 762 del Código Civil "el poseedor es reputado dueño, mientras otra persona no justifique serlo". Esa disposición entraña una presunción legal de dominio a favor de quien posee, que sirve de fundamento al régimen de protección posesoria que dejamos estudiado en el presente capítulo, y que constituye, por ende, la primordial ventaja de poseer.

Las acciones posesorias, como queda dicho, sirven para conservar y recuperar la posesión de bienes inmuebles y de derechos reales constituidos en ellos, mediante la prueba del hecho escueto de la posesión. De esta suerte, quien se pretenda con un mejor derecho que el poseedor, deberá acreditar en un juicio de lato conocimiento su calidad de dueño, esto es, deberá probar su derecho de dominio sobre la cosa que es disputada, con todas las dificultades que arrastre esa empresa probatoria.

La posesión regular dispone de otra garantía distinta de los interdictos posesorios: la acción publiciana, de la cual vamos a tratar en el capítulo siguiente.

CAPITULO SEGUNDO

LA ACCION DE DOMINIO

b -----

40 - Su doble aspecto. La acción reivindicatoria, a la luz del derecho positivo colombiano, ofrece dos aspectos diferentes. Consagra en rigor, nuestro estatuto civil, dos acciones nitidamente delimitadas, cada una de las cuales exige calidades distintas en la persona que pretenda ejercitarlas.

Establecen los Arts. 946 y 950 del Código Civil la acción de dominio propiamente dicha, que corresponde al dueño, al que tiene la propiedad de la cosa que ha de reivindicarse, ya sea esa propiedad plena o nuda, absoluta o fiduciaria. Para el eficaz ejercicio de esta acción precisa la prueba del dominio.

Otra acción — consagrada por el art. 951 — se concede, aunque no pruebe dominio, al que ha perdido la posesión regular de la cosa, y se hallaba en el caso de poderla ganar por prescripción. No es válida esta acción ni contra el verdadero dueño ni contra el que posee con igual o mejor derecho.

Don Andrés Bello, al componer el artículo 951, se inspiró en la acción publiciana de los romanos (Véase la nota de Bello al art. 1.039 del proyecto de 1.853) (1). Por eso creemos de utilidad, para una mejor comprensión del fundamento y alcance de esta acción, que aportemos a nuestro estudio, antes de seguir adelante, una noticia histórica que reproduzca tan fielmente como nos sea dable, las consideraciones especiales de equidad que hubo de tener en cuenta el Protor para incorporar

---

(1) Bello. Ob. Comp. IV "Proyecto de Código Civil" T. II, p. 244 - Editorial Nascimento.



a la legislación nacional de Roma la Actio Publiciana, y la extensión que para aquellos tiempos se acordó a su ejercicio.

41 - La acción publiciana en el Derecho Romano. La actio Publiciana in rem, o acción Publiciana, fue creada en Roma por el Derecho Pretoriano. Toma su nombre de Publicio, el Pretor a quien se debe su creación.

Esta acción tiene facultades reivindicatorias, y se concede al poseedor ad usucapionem por una ficción en virtud de la cual se supone que la cosa ha sido poseída durante el tiempo necesario para usucapirla.

Siendo la usucapión uno de los modos civiles de adquirir la propiedad, confiere, una vez consumada, las acciones reivindicatoria y negatoria que corresponden a todo propietario. Mas consideró el Pretor que era de justicia amparar también al poseedor que se hallaba en el caso de adquirir la propiedad de una cosa por usucapión, antes de que por tal modo la adquiriera. Y al efecto creó la acción Publiciana, que da al poseedor los mismos derechos que asisten al legítimo propietario, pudiendo ejercitarla, en consecuencia, para obtener la restitución de la cosa, --como la acción reivindicatoria, propiamente dicha-- si fuere por alguna causa desposeído, y en sustitución, además, de la actio negatoria del propietario, para reclamar contra simples perturbaciones.

Con todo, la acción publiciana no puede ejercitarse contra el verdadero dueño ni surte efecto alguno contra quien tiene igual derecho, sino que se concede al poseedor usucapiente contra el poseedor de condición inferior.

"Pero, además, puede ser ejercitada por el mismo propietario, en vez de la rei vindicatio y de la acción negatoria, ya que, de este modo, no necesita probar el derecho de propiedad que lo asiste, bastándole con justificar que posee de buena fe y con justo título, si el demandado no puede alegar derechos preferentes. De este modo, se exime del deber de aqui-

latar minuciosamente la validez de su adquisición. Y, de hecho, en la práctica del Derecho común, son los propietarios mismos, en efecto, los que, en la inmensa mayoría de los casos, entablan la actio Publiciana. Por donde la protección de la possessio ad usucapionem se convierte, prácticamente, en un medio de facilitar al propietario, con recursos procesales más sencillos, la defensa de su derecho, eludiendo los trámites formalistas y rigurosos de la acción reivindicatoria". (1)

42 - La acción Publiciana como amparo de la propiedad "Bonitaria".

Originalmente, los modos de adquirir la propiedad en el Derecho Romano eran de dos clases: civiles y naturales. Civiles, como la mancipatio, o venta con solemnidades especiales, la in jure cessio, la usucapio, etc., que eran todos modos peculiares de adquisición del dominio, consagrados por el Derecho Nacional. Y naturales que eran los modos tradicionalmente establecidos por el jus gentium, como la tradición, la ocupación, etc.

En esta rigurosa etapa del Derecho Romano, las res Mancipi o cosas susceptibles de enajenación, no podían adquirirse en legítima propiedad sino por uno cualquiera de los modos llamados "civiles". La simple tradición u ocupación no eran fundamento bastante del llamado por las fuentes "dominium ex jure Quiritium", o dominio legítimo.

Bajo este régimen torpemente formalista, el que adquiría una propiedad por uno de los medios "naturales", y era luego despojado de su posesión, no podía recobrarla, toda vez que, en riguroso derecho, no era propietario.

El Pretor advirtió que ese orden de cosas, absurdo y perjudicial, estaba necesitado de evolución. Y, a fines de la República, erigió frente

(1) R. Sohm, op. cit.

al rigido concepto tradicional de la propiedad, uno nuevo, mas amplio y conveniente. La nueva Propiedad, llamada "Preterita" o "Bonitaria", pudo ser adquirida validamente por los modos "naturales"; y la propiedad asi adquirida se vio amparada, lo mismo que la posesión ad usucapionem, por la Actio Publiciana in rem.

43 - Quién puede reivindicar. Hemos dicho que son dos las acciones que pueden ejercitarse para reivindicar la cosa de que no se está actualmente en posesión. Debemos subrayar que son dos acciones inconfundibles, que exigen para su prosperidad calidades diferentes en quien vaya a entablarlas. Por eso la pregunta de "quien puede reivindicar" es imposible absolverla en terminos que cobijen por igual las dos acciones. Es preciso distinguir, para dar acertada respuesta, si se trata de la acción reivindicatoria, rigurosamente tal, o si por el contrario se trata de la acción Publiciana, concedida por la ley al simple poseedor regular.

Si se trata de la acción de dominio --consagrada por los arts. 946 y 950-- solamente podrá reivindicar el verdadero señor, quien estará obligado a acreditar su derecho de propiedad sobre la cosa que reivindicada. En efecto, el poseedor actual de la cosa, esto es, la persona contra quien va a reivindicarse, está amparado por una presunción de dominio (Art. 762 c.c.), que solo podrá destruir el reivindicante aportando la prueba suficiente de su derecho.

Teóricamente, la prueba "suficiente" del dominio es la prueba completa y absoluta de este. Pero tratándose de una propiedad adquirida por un modo derivativo, la aplicación de este principio ofrece insalvables dificultades. Si la cosa ha sido adquirida por un titulo traslativo de dominio, no se acredita el derecho de propiedad sobre ella con la exhibición del titulo respectivo, sino que importa probar también el derecho del causante, prueba sin la cual no podría aceptarse el derecho del

adquirente, ya que nadie puede transferir las cosas de que no es dueño. Ni podría así mismo aceptarse como bastante la prueba del derecho del causante, sin que sucesivamente se acreditara el derecho de todos y cada uno de sus antecesores. Tal era prueba, llamada con razón "probatio diabólica", es humanamente imposible que se produzca.

Ante el escollo de esta prueba, la jurisprudencia universal ha propuesto soluciones aceptables. Nuestro Tribunal de Casación ha adoptado también las suyas, sobre las cuales nos permitiremos formular algunas glosas en el capítulo pertinente de nuestro trabajo.

En principio, pues, el reivindicador ha de presentar la prueba suficiente de su dominio. *Justicia plena - absoluta y diabólica.*

Es necesario, además, que no posea la cosa, porque precisamente el objeto de la reivindicación es obtener que se lo instituya, lo cual supone que es persona distinta del dueño quien la posee.

44 - Si la acción que pretende ejercitarse es la Publiciana, consagrada por el artículo 951 c.c., podrá solamente incoarla quien demuestre su calidad de poseedor regular con mérito de prescribir. La noción de poseedor regular es necesario descomponerla para su cabal comprensión.

El poseedor, para que se repunte regular, ha de tener justo título y haber adquirido la cosa de buena fe. (Art. 764 c.c.)

El justo título puede ser constitutivo o traslativo de dominio. (Art. 765).

Si el título que se invoca es constitutivo de dominio, es decir, si consiste en uno de los modos originarios de adquirir la propiedad, como la ocupación o la accesión, la prueba de él puede producirse por todos los medios probatorios admitidos por la ley.

Y si el título aducido es traslativo de dominio, esto es, si consiste en un modo derivativo de adquirir la propiedad, como la venta, por ejem-

plo, entonces deberá acreditarse indispensablemente, además del contrato por el cual se transfirió la propiedad, la tradición o entrega efectiva de la cosa cuyo dominio se transfiere.

La posesión de una cosa, a ciencia y paciencia del que se obligó a entregarla, hará presumir la tradición. Pero tratándose de bienes inmuebles, la tradición sólo se prueba por la inscripción de la correspondiente escritura en la Oficina de Registro de instrumentos públicos. (Arts. 758 y 764 c.c.)

La prueba de la posesión regular puede decirse que se reduce a la prueba del justo título. En efecto, la buen fé, que es el otro elemento que configura la posesión regular, se presume en todos los casos, excepto en aquellos en que la ley establece expresamente la presunción contraria.

Para concluir, recordamos que la acción Publiciana ha menester para su prosperidad que no vaya dirigida contra el verdadero dueño, quien puede, demostrado su dominio, paralizar la pretensión del actor; y que no es viable tampoco contra el poseedor de igual o mejor derecho: "In pari causa melior est possidentis".

45 - Advertencia. Hemos tratado de presentar deslindadas las dos acciones que concede nuestro derecho para obtener la restitución de las cosas que nos pertenecen. Ello debe entenderse así, ya que para su ejercicio la ley exige, en cada caso, calidades muy distintas en el actor; y toda vez que mientras la acción de reivindicación nace a nuestro derecho como figura jurídicamente pura, la acción Publiciana obtiene su consagración merced a consideraciones especiales de equidad y de orden simplemente práctico.

Sin embargo, este divorcio no puede extremarse. Las dos acciones no difieren sustancialmente en cuanto a su objeto. Ambas tienden a devolver las cosas al patrimonio de quien, por ser dueño ó mejor poseedor, tiene

un preferente derecho de derecho sobre ellas.

En los litigios de reivindicación se discute con rigor probatorio la condición de dueño, vale decir el derecho de propiedad. Pero en teoría, igual derecho se debate en los juicios a que da origen el art. 951. Porque, en realidad de verdad, lo que el poseedor regular trata de hacer valer en tales juicios, es un pretendido derecho de propiedad que le está reconocido por una ficción legal, en virtud de la cual se supone que la cosa ha sido ya adquirida por prescripción, aun cuando ese fundamento adquisitivo no se haya operado todavía.

Identificadas de esta manera en sus efectos, es natural que ambas acciones sean sometidas a una reglamentación común. Por eso las reglas que trae el Título XII, libro segundo del Código Civil, excluidas desde luego las que se refieren a la categoría del actor, se establecieron para las dos acciones.

Y como nuestro Código no hace distinción nominal de las dos acciones, cuando en el referido título usa la denominación de "acción reivindicatoria o de dominio", se está refiriendo a ambas por igual.

46 - Cosas que pueden reivindicarse. Solo puede reivindicarse una cosa singular o una cuota determinada pro indiviso de una cosa singular (Arts. 948 y 949). La cosa singular reivindicable puede ser corporal o incorporeal, raíz o mueble.

Todas las cosas corporales, raíces o muebles, pueden ser susceptibles de reivindicación. Exceptuándose las cosas muebles, cuyo poseedor las haya comprado en una feria, tienda, almacén u otro establecimiento industrial en que se vendan cosas muebles de la misma clase. Justificada esta circunstancia, no estará el poseedor obligado a restituir la cosa, sino se le reembolsa lo que haya dado por ella y lo que haya gastado en

repararla y mejorarla (Art. 947).

Esta excepción se funda en la buena fé del comprador. "Es de suponerse que quien compra una cosa mueble en un establecimiento público destinado a la venta lícita de cosas de la misma clase, tiene conciencia de adquirirla de su legítimo dueño. Por tanto, no sería justo que por hacer efectivo rigurosamente el derecho de propiedad, se violase la equidad natural que es la base del comercio". (1)

Son cosas incorporales reivindicables los derechos reales, excepto el derecho de herencia. Ese derecho produce la acción de petición de herencia. (Art. 948).

En los juicios de petición de herencia se discute la calidad de heredero; en tanto que en los juicios de reivindicación se discute la calidad de dueño.

La acción de petición de herencia, además, recae sobre una cosa universal --la herencia-- y ya hemos visto que las acciones que venimos estudiando sólo son admisibles con respecto a cosas singulares.

47 - Contra quien se puede reivindicar. Siendo el dominio un derecho real, esto es, una facultad jurídica que se ejerce directa e inmediatamente sobre la cosa, la acción que otorga tal derecho ha de tener por finalidad la de perseguir la cosa misma, sin respecto a persona determinada, y obtener su restitución de manos de quien esté en posesión de ella.

Pero puede el dueño enderezar también su acción contra quien, por haber enajenado la cosa, ha hecho imposible o difícil su persecución; o contra el que, habiendo poseído de mala fé, por hecho o culpa suya ha dejado

---

(1) Fernando Velez. Op. cit. pag. cit. pag. 467.

de poseer. Sólo que, en tales casos, la acción cambia de objeto, pues no se dirige entonces a recuperar la cosa, sino su precio. Veamos los distintos casos que puedan presentarse.

a) Como la regla general es que se persiga la restitución de la cosa, el caso de más ordinaria frecuencia es el de que la acción de dominio se dirija contra el actual poseedor (Art. 952). Y como puede acontecer que el poseedor no tenga la tenencia material de la cosa, sino que a nombre suyo la disfrute un mero tenedor, la ley dispone que el mero tenedor de la cosa que se reivindica está obligado a declarar el nombre y residencia de la persona a cuyo nombre la tiene (Art. 953), con el objeto de que sea posible notificar al verdadero poseedor la demanda de reivindicación.

Y si el mero tenedor, de mala fé, se dá por poseedor de la cosa que se reivindica, e impide de esta suerte la notificación de la demanda al verdadero poseedor, será condenado a la indemnización de todo perjuicio que de este engaño resulte al actor. (Art. 954). Estos perjuicios pueden consistir en las costas del juicio, y aún en el precio mismo de la cosa, si durante el tiempo que dure el litigio el poseedor ha completado el lapso necesario para la prescripción, y no puede el actor, por ese motivo, recuperarla después.

b) La acción de dominio puede también tener lugar contra el que, poseyendo de buena fé, enajenó la cosa, pero siempre que por haberla enajenado se haya hecho difícil o imposible su persecución. El objeto de la acción, en este caso, es obtener del poseedor de buen fé que enajenó a un tercero, que restituya al verdadero dueño únicamente lo que haya recibido por la cosa. Pero si la enajenó a sabiendas de que era ajena, deberá además indemnizar al dueño de todo perjuicio.

Recibido por el reivindicador el precio de manos del que dejó de po-



seor por haber enajenado la cosa, por el mismo hecho ratifica y confirma la enajenación al actual poseedor de la cosa, el cual queda de legitimo dueño de ella. (Art. 955)

c) Igualmente, contra el que poseía de mala fé y por hecho o culpa suya ha dejado de poseer, podrá intentarse la acción de dominio, como si actualmente poseyere. En esta caso, a semejanza del que señalamos en el punto precedente, el actor ejercita una como facultad subsidiaria que le permite perseguir el precio de la cosa, ante la dificultad de perseguir la cosa misma.

Puede ocurrir que el reivindicador prefiera dirigirse contra el poseedor actual para obligarlo a la restitución. Podrá en tal caso dirigirse también contra el poseedor anterior de mala fé, para cobrarle todas las prestaciones a que está obligado en razón de frutos, deterioros y expensas respecto del tiempo que estuvo la cosa en su poder.

Si dirigida la acción de dominio contra el poseedor que ha dejado de poseer, este paga el valor de la cosa, sucederá en los derechos del reivindicador sobre ella, pero el reivindicador no será obligado al saneamiento, es decir, no estará obligado a ampararlo en el dominio ni a responder de los vicios ocultos de la cosa. (Art. 957)

48 - Medidas Provisionales. Para garantía del reivindicador, y con el objeto de que la acción que intenta no resulte ilusoria en sus efectos, la ley autoriza la adopción de ciertas medidas provisionales durante la secuela del juicio, que van encaminadas a impedir que en manos del poseedor se pierda o deteriore la cosa que se reivindica.

Estas medidas varían, según que la cosa materia del juicio sea mueble o inmueble, o consista en el precio.

Si reivindicándose una cosa corporal mueble, hubiere motivo de temer que se pierda ó deteriore en manos del poseedor, podrá el actor pedir su

secuestro; y el poseedor será obligado a consentir en él o a dar seguridad suficiente de restitución, para el caso de ser condenado a restituir. (Art. 958)

Si se demanda el dominio u otro derecho real constituido sobre un inmueble, el poseedor seguirá gozando de él hasta la sentencia definitiva, pasada en autoridad de cosa juzgada. Pero el actor tendrá derecho de provocar las providencias necesarias para evitar todo deterioro de la cosa y de los muebles y semovientes anexas a ella y comprendidos en la reivindicación, si hubiere justo motivo de temerlo, o las facultades del demandado no ofrecieron suficiente garantía (Art. 959).

Si se endereza la acción contra el poseedor que enajenó la cosa, en demanda de lo que hubiere recibido por ella, permite la ley que en tal caso se decreta embargo, en manos de tercero, de lo que éste daba como precio o permuta al demandado.

Estas medidas precautorias son de carácter provisional; deberá el Juez hacerlos cesar tan pronto como desaparezca el temor en que se fundaron o se otorgue caución suficiente.

49 - Prestaciones mutuas. El primer y principal efecto de la acción reivindicatoria es la restitución de la cosa que debe efectuar el poseedor que ha sido vencido en el juicio, al dueño legítimo de ella.

Pero dicha acción importa también el mutuo reconocimiento de ciertas prestaciones que se deben entre el demandante y demandado, en razón de frutos, expensas, mejoras, etc. De tales prestaciones toca ocuparnos. Para el ordenado desarrollo de este estudio, trataremos en primer lugar de las obligaciones del poseedor vencido para con el reivindicador; y en segundo término, de las prestaciones que debe cumplir el reivindicador.

dor en relación con el poseedor vencido.

260

50- Prestaciones que debe el poseedor vencido.

1a. Su primera obligación, y su obligación primordial, es restituir la cosa que ha sido materia de la demanda.

Para la restitución el poseedor dispondrá de un plazo que deberá ser fijado por el Juez en la sentencia, de acuerdo con la ley (Art. 961).

La restitución ha de ser completa. Es decir, debe comprender todo lo que forma parte de la cosa reivindicada. Si se trata de una heredad, se comprenderán las cosas que se reputan como inmuebles por su conexión con ella, según lo dicho en el título De las varias clases de Bienes. En la restitución de un edificio se comprende la de sus llaves. En la restitución de toda cosa, se comprende la de los títulos que conciernen a ella, se se hallan en manos del poseedor.

La restitución debe ser conforme con la demanda y sentencia. Quiere ello decir que no serán comprendidas en la restitución, sino aquellas cosas que lo hubieren sido también en el libelo y en la sentencia. Las cosas excluidas de tales piezas podrán, sin embargo, reivindicarse separadamente (Art. 962).

2a. Otra de las prestaciones a que está obligado el poseedor vencido dice relación a los deterioros que ha sufrido la cosa durante su posesión. La responsabilidad que por este concepto se deduce al poseedor vencido, varía según se trate de un poseedor de buena o de mala fé. Si el poseedor vencido ha sido poseedor de mala fé, responde siempre de los deterioros que por hecho o culpa suya ha sufrido la cosa durante su posesión. Mas el poseedor de buena fé, mientras permanece en ella, no es responsable de estos deterioros, sino en cuanto se hubiere aprovechado de ellos; por ejemplo, destruyendo un bosque o arbolado y vendiendo la madera o la

llosa, o apropiándola en beneficio suyo (Art. 963).

Solo en las condiciones anotadas responde de los deterioros el poseedor de buena fé. Pero precisa que el poseedor de buena fé "permanezca en ella". Lo cual significa que no basta la buena fé inicial, sino que es necesaria la buena fé actual. La actualidad de la buena fé opera también en las prestaciones relativas a frutos, expensas y mejoras, como tendremos ocasión de ver mas adelante.

3a. Para fijar la responsabilidad del poseedor en relación con los frutos que ha producido la cosa, importa también, como en el caso precedente, distinguir si se trata de un poseedor de buena o de mala fé. -

El poseedor de mala fé es obligado a restituir los frutos naturales y civiles de la cosa, y no solamente los percibidos, sino los que el dueño hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad, teniendo la cosa en su poder. - Si no existen los frutos, deberá el valor que tenían o hubieran tenido al tiempo de la percepción: se consideraran como no existentes los que se hayan deteriorado en su poder. -

El dueño, a su turno, está en la obligación de pagar al poseedor, aunque sea de mala fé, los gastos que ha invertido en producir los frutos. - De otra manera se enriquecería injustamente. -

El poseedor de buena fé, después de contestada la demanda, será para estos efectos considerado poseedor de mala fé. - Obedece ello a que, una vez trabada la litis, el poseedor de buena fé está en aptitud de conocer al verdadero dueño, y queda, por tanto, desde ese momento, jurídicamente equiparado al poseedor de mala fé. De aquí la máxima "Post litem contestatam omnes possessores sunt parati". Respecto de los frutos percibidos después de la contestación de la demanda, queda, pues, el poseedor de buena fé sujeto a las mismas reglas que rigen para el poseedor de mala fé.

El poseedor de buena fe --entendido que no subsista esta después de contestada la demanda-- goza de la facultad de percibir legítimamente todos los frutos que produzca la cosa, como si fuese realmente el dueño de ella. No estará por esta razón obligado a restituir los frutos que hubiere percibido durante el tiempo que permaneció en su buena fe.

En. Cuando tratamos de las medidas provisionales que puede provocar el actor en un juicio de reivindicación, a objeto de impedir que se pierda o deteriore la cosa, vimos que esta puede en algunos casos ser secuestrada. Los gastos que el secuestro invierte en la custodia y conservación de la cosa deberá pagarlos el actor; pero este tendrá derecho para que el poseedor de mala fe se los reembolse. (Art. 961).

Aquí surge, pues, otra obligación del poseedor de mala fe respecto del reivindicador.

51 - Prontaciones que debe el reivindicador. Las prontaciones a que está obligado el reivindicador en relación con el poseedor vencido, se refieren al abono de los gastos ordinarios que este hubiere invertido en la producción de frutos, y el pago de los gastos causados por las mejoras hechas a la cosa vindicada, según las reglas que veremos enseguida:

a) Gastos de producción de frutos. Ya dijimos que en toda restitución de frutos se abonará al que la hace los gastos ordinarios que ha invertido en producirlos, ya se trate de poseedor de buena o de mala fe.

Y que esa restitución, sin el reconocimiento por parte del reivindicador de los gastos que el poseedor vencido hubiere invertido en producirlos, constituiría un enriquecimiento injusto. En esta materia rige, pues, la regla de que no hay frutos sino una vez deducidas las expensas: Nulli sunt fructus nisi impensis deductis.

Sin embargo, no deben abonarse más que los gastos ordinarios que se hu-

bieren invertido en la producción; es decir, las expensas comunes, las que ordinariamente se causan en inversiones semejantes, y no los gastos excesivos que por negligencia o ignorancia hubiere hecho el poseedor.

B)- Expensas o mejoras. Hay que entender por mejoras las obras realizadas por el poseedor que benefician la condición de la cosa vindicada.

La ley reconoce tres clases de mejoras: mejoras necesarias, que son las que han de hacerse necesariamente para evitar la pérdida de la cosa; mejoras útiles, o sea, aquellas que sin ser absolutamente necesarias, aumentan el valor venal de la cosa; y mejoras voluptuarias, que son las que sólo consisten en objetos de lujo y recreo, y no aumentan el valor venal de la cosa o lo aumentan sólo en una proporción insignificante, como jardines, miradores, fuentes, cascadas artificiales, etc.

Mejoras necesarias.- El poseedor vencido, sea de buena o de mala fe, tiene derecho a que se le abonen los gastos que hubiere invertido en la conservación de la cosa, pero para fijar el monto de la indemnización se seguirán las reglas siguientes:

Si las expensas se invirtieron en obras permanentes, como una cerca para impedir las depredaciones, o un dique para atajar las avenidas, o las reparaciones de un edificio arruinado por un terremoto, se abonarán al poseedor dichas expensas, en cuanto hubieron sido realmente necesarias, pero reducidas a lo que valgan las obras al tiempo de la restitución. Y si las expensas se invirtieron en cosas que por su naturaleza no dejan un resultado material permanente, como la defensa judicial de la finca, serán abonadas al poseedor en cuanto aprovecharen al reivindicador y se hubieron ejecutado con mediana inteligencia y economía (art. 935).

Mejoras útiles.- Por no ser las mejoras útiles obras de absoluta ne-

264

cesidad, no se reconocen ellas sino al poseedor de buena fe, quien tendrá derecho a que se le abonen todas las realizadas antes de contestarse la demanda. Para efectuar el pago, el reivindicador puede elegir entre el pago de lo que valgan al tiempo de la restitución las obras en que consistan las mejoras, o el pago de lo que en virtud de dichas mejoras valiere más la cosa en dicho tiempo. En cuanto a las obras hechas después de contestada la demanda, el poseedor de buena fe tendrá solamente los derechos que conciernen al poseedor de mala fe.

El poseedor de mala fe no tiene derecho a que se le abonen las mejoras útiles. Pero podrá llevarse los materiales de dichas mejoras, siempre que pueda separarlos sin detrimento de la cosa reivindicada, y que el propietario rehuse pagarlo el precio que tendrían dichos materiales después de separados. (Art. 966).

Mejoras voluptuarias.- Las mejoras voluptuarias hechas exclusivamente para ornatear la cosa o satisfacer un gusto personal del poseedor, pero sin aumentar apreciablemente su valor venal, no dan lugar a restitución alguna. El propietario no será obligado a pagarlas al poseedor de mala fe ni de buena fe, que solo tendrán el derecho de llevarse los materiales, como en el caso anterior. (Art. 967).

Se entenderá que la separación de los materiales permitida en los casos indicados es en detrimento de la cosa reivindicada, cuando hubiere de dejarla en peor estado que antes de ejecutarse las mejoras; salvo en cuanto el poseedor vencido pudiera repararla inmediatamente a su estado anterior, y se allanare a ello (Art. 968).

53 - actualidad de la buena o mala fe del poseedor.- La buena o mala fe del poseedor se refiere, relativamente a los frutos, al tiempo de la percepción, y relativamente a las expensas y mejoras, al tiempo en que fueron

hecho. (Art. 969). Por eso dijimos en otro lugar de otro capítulo, que para los efectos de fijar las prestaciones que se deben recíprocamente las partes en un juicio de reivindicación, lo que importa es la buena fe actual, y no simplemente la buena fe inicial, como ocurre para la posesión regular.

55 - Derecho de retención. - Para impedir que el reivindicador burle al poseedor vencido en el cumplimiento de las prestaciones a que está obligado para con él, dispone el art. 970 del Código Civil que cuando el poseedor vencido tuviera un saldo que reclamar en razón de expensas y mejoras, podrá retener la cosa hasta que se verifique el pago, o se lo asegure a su satisfacción.



266

TERCERA PARTE

JURISPRUDENCIA COLOMBIANA

---

267

TERCERA PARTE

JURISPRUDENCIA COLOMBIANA

CAPITULO UNICO

Exposición y Crítica .-

54 - Nuestro Tribunal de Casación ha elaborado y viene sosteniendo inmodificablemente desde hace algún tiempo, una interesante jurisprudencia sobre la acción de dominio y la prueba de éste, cuyo análisis va a constituir esta tercera parte de nuestro trabajo.

Esa construcción jurisprudencial, si bien aporta soluciones prácticas y equitativas al problema teórico de la prueba del dominio, adolece, sin embargo, de un excesivo empirismo, y desatiende, a nuestro juicio, la letra y el espíritu de la legislación colombiana.

Hemos considerado que la doctrina de la Corte de que hacemos mérito, no descansa, en general, sobre bases rigurosamente científicas. Y pensamos que los resultados satisfactorios a que conduce, porían también alcanzarse, entre nosotros, por caminos que derivaren más directamente del Código Civil.

Tal es la idea fundamental que vamos a sostener en esta parte de nuestro estudio, y que hemos expuesto hasta aquí, en términos simplemente enunciativos.

Su desarrollo cabal requiere un cierto orden en el discurso. Por lo que hemos resuelto dividir el trabajo en dos partes: la primera, destinada a una oscura exposición de aquella doctrina; y la segunda, que reservaremos a la crítica que el sistema nos sugiere.

268

55 - Exposición. La acción de dominio --ha dicho la Corte-- está configurada por los siguientes factores: a) Derecho de dominio en el demandante; b) Cosa singular reivindicable o cuota determinada de cosa singular; c) Posesión material en el demandado, y d) Identificación de la cosa materia de la reivindicación, o sea que lo que se reivindica por el demandante sea lo mismo que posee el demandado. (1).

La primera de estas condiciones arrológicas de la acción de dominio sufre en su prueba insalvables dificultades de orden teórico, que son precisamente las que la jurisprudencia ha tratado de resolver.

El poseedor contra quien se reivindica está amparado por una presunción de dominio (768 c.c.). Para que tal presunción sea destruida, debe el actor presentar la prueba de su dominio. Es el reivindicante, además, a quien incumbe la carga de la prueba, de acuerdo con las reglas probatorias de nuestro derecho, porque es el quien pretende modificar una situación actualmente establecida.

Ahora bien, en qué ha de consistir la prueba que el actor es obligado a presentar? Se contesta que todo depende de la fuente jurídica de que el actor pretenda derivar su derecho.

Si el dominio que alega el reivindicador proviene de título constitutivo; es decir, si deriva de uno de los modos originarios de adquirirlo, como la ocupación, la posesión prolongada, la accesión, etc., toda dificultad probatoria desaparece. Basterá con que acredite el hecho de la ocupación, de la prescripción o de la accesión, para lo cual podrá disponer de todas las reglas probatorias admitidas por la ley.

La dificultad surge cuando el derecho del actor radica en un título translativo de dominio, como una venta, una donación, etc. Porque entonces no podría decirse, en riguroso derecho, que la sola exhibición del título es prueba

(1) Gaceta Judicial. Tomo ALVI, pag. 626.

ba suficiente de la propiedad. Importa tambien acreditar el derecho del causante, prueba sin la cual careceria de toda validez el titulo del adquirente, ya que nadie pueda transferir las cosas de que no es dueño. Ni valdria tampoco el titulo del causante, sino en cuanto proviniera tambien de legitimo propietario. Lo cual conduce a la necesidad de demostrar el derecho de todos y cada uno de los anteriores dueños. Es la "prueba diabólica", de la cual ha dicho la Corte en frase gráfica, que equivale a "comprobar la solidez de todas las piezas que componen una cadena infinita".

Otra dificultad teórica se opone a la prueba del dominio, cuando esta proviene de titulo traslativo: la relatividad de los actos jurídicos. Si tal titulo consiste en una venta, por ejemplo, el poseedor podrá decirle al reivindicante: no niego su titulo de adquisición, pero no puedo serle opuesto. Su titulo no hace fe sino contra sus otorgantes, es decir, contra el vendedor. Realizada la venta entre un tercero y Ud., es para mí res inter alios acta; no puede perjudicarme.

Se pretendió vencerse este escollo con la afirmación de que, siendo de la propiedad un derecho absoluto, que puede ser opuesto a todos, el acto que acredita la transmisión de ese derecho debe tener la misma fuerza erga omnes. Pero en esto hay un sofisma. Se confunde el derecho transmitido con el acto traslativo. Evidentemente, el derecho de propiedad puede ser opuesto a todos; pero hace falta que exista. Ahora bien, si procedo de un acto que no pueda serle opuesto al poseedor actual, no existe, respecto de este último (1).

36 - Estas inconvenientes de prueba, alejaban peligrosamente la posibilidad de que los dueños recuperaran sus bienes contra terceros po-

---

(1) Colin y Capitant. Vol. 2o., pag. 1.153.

señores, circunstancia que creaba en la práctica situaciones aberrantes que era preciso remediar.

Suprema Corte Suprema, urgida por esta necesidad, incorporó a nuestra jurisprudencia, con algunas modificaciones, una doctrina sostenida por los tribunales de Francia que venía dando al problema soluciones más o menos justas.

El Código Civil francés apenas concede la acción de dominio propietario dicha. No concede, como otros Códigos, la acción publiciana, mediante la cual es dable a un aparente titular de dominio recobrar su posesión. Es tal suerte que una rigurosa y restrictiva aplicación de la ley entre los franceses, haría negatoria la reivindicación para todos aquellos dueños que no puedan aguilatar minuciosamente su propiedad, y que no aducen sino un mejor derecho que sus demandados.

A presencia de tal vacío, y de los graves problemas de equidad que por su causa se planteaban a diario, la jurisprudencia resolvió ampliar el ejercicio de la acción reivindicatoria. Apelo para la nueva construcción a la acción Publiciana de los romanos, que tanto auge tuvo en el antiguo derecho de Francia, y que tan vinculada estaba a la tradición de ese país. Hereda a esta inicial combinación de dos acciones distintas, una prohibida por el Código y otra no, la reivindicación, que, en principio, y relativamente al actor, agnase admito discusiones de dominio, abrió el camino, accediendo a dar primacía a quienes la invocaban sin ser verdaderos dueños, pero con mejores derechos para poseer. Así vino al arbitrio de la acción reivindicatoria la llamada "comparación de posesiones", entre actor y reo. Y no ha sido preciso desde entonces, para triunfar en una reivindicación, que se presente la prueba de una verdadera propiedad, sino que basta que se acredite un derecho mejor y más probable.

271

57 - El sistema francés, elaborado por necesidades prácticas, inspiró a nuestra Corte Suprema de Justicia, como puede verse de la enorme semejanza que existe entre las jurisprudencias francesa y colombiana.

En sentencia de 28 de Febrero de 1.930 (1) dijo la Corte lo siguiente: "El carácter de "dueño", exigido por el artículo 946 del Código Civil, y la noción de "propiedad", prescrita por el 950 de la misma obra, son figuras esencialmente relativas. Aunque el dominio es un derecho sin respecto a determinada persona, suficiente para que su titular goce y disponga de la cosa mientras no atente contra ley o contra derecho ajeno, la existencia del que compete al reivindicador, origen de la acción real de dominio, no se refiere sino al poseedor y se prueba sólo frente a éste. La declaración de propiedad, que en juicio reivindicatorio precede a la de entrega, no da ni reconoce al reivindicante un dominio absoluto o erga omnes. Apenas respectivo, es decir, frente al poseedor. Y la sentencia de absolución proferida en juicio de este clase no constituye título de propiedad para el demandado absuelto.

"Al "dueño" que quiere demostrar "propiedad" le toca probar su derecho, pero exhibido el título no hay por qué exigirle la prueba del dominio de su causante, cuando la fecha del registro de tal título es anterior a la posesión del vec. Si se pide esa demostración, lógicamente podría obligarsele también a comprobar la solidez de todas las piezas que componen una cadena infinita. Sería la probatio diabólica, que el buen sentido rechaza como necesaria para decidir conflictos sobre propiedad privada entre particulares.

"Prescindiendo de la acción admitida por el artículo 951 del Código Civil, semejante a la publiciana del derecho romano, y concretando el estudio

---

(1) Casota Judicial. Tomo XLIII, pag. 339.

a la consagrada por el artículo 950, pueden contemplarse varios casos.

"Llácese Pedro al demandante y Juan al demandado.

"Primer caso. Pedro, con un título registrado en 1.910, demanda a Juan, cuya posesión principió en 1.911. Debe triunfar Pedro.

"Segundo caso. Pedro, con un título registrado en 1.910, demanda a Juan, cuya posesión principió en 1.909. Debe triunfar Juan.

"Tercer caso. Pedro, con un título registrado en 1.910, demanda a Juan cuya posesión principió en 1.909, y presenta además otro título registrado con el cual comprueba que su autor fue causahabiente de Diego desde 1.908. Debe triunfar Pedro, no por mérito de su título sino por mérito del título de su autor.

En estos tres casos, referentes a una propiedad privada, se ha partido de la base de que Juan es poseedor sin título".

Diversos son los casos que se presentan cuando el demandado, además de la posesión material opone titulación inscrita.

A tales casos se refiere la Corte en casación de 7 de Junio de 1.939, (1)

"Cuando el poseedor además de ampararse en su posesión presenta un título inscrito --dice la Corte-- entonces surge el problema de la confrontación del título o títulos del demandante con los del demandado para determinar a cuál de ellos asiste mejor derecho. Mas en este caso también la posesión material juega primordial papel, porque entonces los títulos del demandante deben comprender un período mayor que el de la posesión del demandado. Cuando los títulos de este y lo mismo su posesión son de fecha posterior a los del demandante, la acción de este prospera; por el contrario, cuando el título inscrito del demandado es anterior al del demandante, la petición reivindicatoria

---

(1) Casaca Judicial. Tomo XLVI, pag. 628

do este no puede triunfar.

"Mas, aun cuando el poseedor no presente ningún título y el reivindicador exhiba una serie completa de títulos, puede suceder que si la posesión dura de treinta años y se alega la prescripción adquisitiva por el poseedor, esto no solo sea absoluto, sino que se lo reconozca el dominio en la cosa reivindicada por el fenómeno de la prescripción. Lo mismo puede suceder si el poseedor, habiendo poseído diez años y presentado un título posterior al del reivindicador, alegue la prescripción adquisitiva ordinaria.

"Fuera de estos dos últimos casos, el demandante reivindicador no tiene sino que presentar un título anterior a la posesión del demandado o a los títulos que este presenta y sin que tenga necesidad de exhibir una serie indefinida de títulos, porque esto sería exigir la probatio diabólica."

38 - Critica. La jurisprudencia de la Corte, que hasta aquí nos hemos limitado a explicar, flota en el ámbito jurídico de la República, sin ningún asidero fuerte en el Código ni en sus fuentes legislativas.

Es un sistema de raíz francesa, que no cuadra con los moldes de nuestra legislación escrita. En Francia --ya lo explicamos-- el legislador sólo ha concedido la acción de dominio, equivalente de la concedida entre nosotros por los arts. 946 y 950 del C.C., que corresponde al legítimo dueño.

Y por eso los tribunales de ese país, ante la necesidad de amparar a los que sin ser dueños tienen un preferente derecho sobre la cosa, ampliaron el ejercicio de la única acción que el Código de Napoleón les concedió, mediante la penosa jurisprudencia que glosamos. Así, lo que entre los franceses había de ser atilada discusión de dominio según sus disposiciones positivas, ha venido a convertirse por obra de esa ampliación jurisprudencial, en simple "comparación de posesiones", en que no se discute un riguro-



so derecho de dominio, sino un derecho mejor y mas probable. Es una creacion de dudoso merito tecnico, pero que se justifica en Francia por necesidades practicas.

No así en Colombia. Porque entre nosotros, al par que la acción de dominio propiamente dicha, existe otra de virtudes satisfactorias, la consagrada por el artículo 951 c.c., que se concede al poseedor regular y que es susceptible de amplísima interpretación.

La omisión legislativa que dio origen en Francia a la jurisprudencia que criticamos, la llena en Colombia el art. 951 c.c.

Por qué, pues, ponerlo de lado, y forzar la interpretación, hasta vicarlo, del artículo 946? Por qué "prescindir de la acción admitida por el artículo 951 del c.c.", según reza la jurisprudencia?

No hay razón, francamente, para ello. Los autores del Código Civil bebieron de las fuentes romanas al establecer la acción publiciana (951 c.c.), precisamente para que la petición reivindicatoria quedara revestida de un doble aspecto salvador; para que hicieran uso de la acción de dominio únicamente los verdaderos propietarios; y para que los poseedores regulares que no estén en capacidad de acreditar dominio, pudieran reivindicar, mediante la acción que concede el artículo 951, contra poseedores de condición inferior.

De este artículo últimamente citado fluye, pues, la llamada "comparación de posesiones". No era menester que llegáramos hasta ella violentando el espíritu del art. 946, en el cual puede verse claramente la intención que tuvo el legislador de que no se invocara la acción reivindicatoria de dominio sino por quienes estuvieran en condiciones de probar su cabal derecho de propiedad.

99 - Ahora bien, ¿cómo probar dominio?

Rechazada la "prueba diabólica" por impracticable o innecesaria, podría acreditarse la suficiencia del título inscrito que se alega para la reivindicación, de la misma manera como se acredita en los juicios divisorios y, en fin, en todos los demás casos en que se pretende demostrar propiedad mediante títulos de esa naturaleza.

Tal prueba es la admitida por el magnífico artículo 635 del Código Judicial, que tampoco existe en Francia, y cuyo tenor es el siguiente:

"635.- Para acreditar la suficiencia de un título registrado, cuando la ley hable de títulos de esa naturaleza, se presenta el título mismo con la correspondiente nota de registro; y se acompaña también un certificado del respectivo registrador de instrumentos públicos en que se exprese que el registro del título designado por su número y fecha no ha sido cancelado por ninguno de los tres medios indicados en el artículo 789 del Código Civil; y que los registros anteriores al actual, comprendidos en un período de diez años, se han cancelado, al tenor del mismo artículo, hasta llegar al último registro.

"Si en dicho período no ha habido inscripción alguna, se acredita que el registro cancelado por el actual es anterior a éste en diez años por lo menos; y si éste no se establece por no haber registro cancelado en un período de veinte años, basta que la fecha del título presentado, sea de veinte años o más con relación al momento en que se exhibe."

Con el establecimiento de esta norma probatoria, para los casos de reivindicación, se tendría resuelto el problema de la "prueba diabólica", sin necesidad de desnaturalizar nuestra acción reivindicatoria o de dominio, consagrada por los artículos 946, 950, etc., que como ya hemos dicho, debiera reservarse siempre al verdadero dueño.

Careciendo nuestro derecho, como carece, de una norma demostrativa del dominio; de una ley que regule la prueba de la propiedad privada, podría

276

el artículo 535 del C. J. llamar eso vacío.

60 - Habría en ello el mismo criterio de respeto a la antigüedad del título, de reconocimiento del fenómeno de la prescripción adquisitiva, que se tuvo para establecer el modo de acreditar dominio frente al estado, por medio de los artículos 3o. y 7o. de la ley 203 de 1.936, que reza así:

"Art. 3o. Acreditan propiedad privada sobre la respectiva extensión territorial, y en consecuencia desvirtúan la presunción consagrada en el artículo anterior, fuera del título originario expedido por el Estado que no haya perdido su eficacia legal, los títulos inscritos otorgados con anterioridad a la presente ley, en que consten tradiciones de dominio por un lapso no menor del término que señalen las leyes para el prescripción extraordinaria.

Lo dispuesto en el inciso anterior sobre prueba de la propiedad privada por medio de títulos inscritos, otorgados entre particulares con anterioridad a la presente ley, no es aplicable respecto de terrenos que no sean adjudicables, estén reservados, o destinados para cualquier servicio o uso público."

.....  
"Art. 7o. Acreditan propiedad privada sobre la respectiva extensión territorial urbana, los títulos inscritos otorgados con anterioridad a esta ley, en que consten tradiciones de dominio, por un lapso no menor del término que señalen las leyes para la prescripción extraordinaria. Las otras disposiciones de esta Ley no se aplican a la propiedad urbana."

Las disposiciones transcritas, que sirven para acreditar propiedad privada frente al Estado, constituyen un valioso antecedente en la regulación de la prueba del dominio entre particulares, y dan fuerza considerable a la sugerencia que hemos hecho en el sentido de que debe adoptarse la

regla del artículo 635 del C. J. para la prueba de la propiedad en los juicios en que se hace valer la acción consagrada por el art. 946 del C.C.

## CONCLUSIONES

1 - La acción reivindicatoria concedida por el Código Civil ofrece dos aspectos inconfundibles. Hay la acción de dominio, propiamente dicha; y existe, independientemente de ésta, una acción que participa de la antigua Publiciana de los romanos.

La primera es ejercitable únicamente por el verdadero dueño. La segunda se concede, aunque no pruebe dominio, al que ha perdido la posesión regular de la cosa, y se hallaba en el caso de poderla ganar por prescripción. Pero no vale ni contra el verdadero dueño, ni contra el que posee con igual o mejor derecho.

2 - Para ejercitar la primera de estas dos acciones, es preciso, pues, probar dominio. Para incoar la segunda, basta con acreditar la posesión regular.

3 - De acuerdo con los puntos precedentes, es falsa y se aparta de la ley positiva colombiana, la doctrina de la Corte Suprema de Justicia sobre reivindicación del dominio y prueba de ésta. Tal doctrina desconoce el doble aspecto que tiene en nuestro Código Civil la acción reivindicatoria; prescinde de la acción concedida por el art. 951 y desnaturaliza innecesariamente la consagrada por el art. 946.

4 - Siendo necesaria la prueba del dominio por parte de quien ejerce la acción concedida por el Art. 946, y rechazándose por impracticable la "prueba diabólica", tal derecho podría acreditarse mediante la regla probatoria establecida por el art. 635 del Código Judicial.

Con el establecimiento de esa prueba para los casos de reivindicación, quedarían satisfactoriamente resueltos los inconvenientes teóricos de la prueba del dominio, y podría reservarse el ejercicio de la acción que concede el

art. 966 a los verdaderos propietarios, únicamente.

F I N

- 71 -

BIBLIOGRAFIA

280

- Bello andrés, "Proyecto de Código Civil".
- Barros Errázuriz, Alfredo: "Derecho Civil", Primer tomo.
- Bonnacaso, Julian: "Précis de Droit Civil", t. II.
- Concha, José Vicente: "Apuntes de Derecho Constitucional".
- Colin y Capitant: "Curso Elemental de Derecho Civil".
- Del Vecchio y Macneils: "Filosofía del Derecho".
- Duguit, Leon: "Manuel de Droit Constitutionnel".
- Escriche: "Diccionario de Legislación y Jurisprudencia".
- Forero, Juan Francisco: "Crítica del Derecho Constitucional".
- Heinacis, J. Gottl.: "Recitaciones del Derecho Civil según el orden de la Instituta".
- Josserand, Luis: "Cours de Droit Civil Positif Français".
- Laurent, F.: "Principios de Derecho Civil", t. 60.
- Planiol & Ripert: "Tratado Práctico de Derecho Civil".
- Pothier: "De la Propiedad".
- Portalis: "Exposición de motivos".
- Rocha, Antonio: "De la Prueba en Derecho".
- Rangul Lemus, Anonodoro: "Estudios de Derecho Privado".
- Rojina Villegas, Rafael: "Derechos Reales y Personales".
- Sohn, Rodolfo: "Instituciones de Derecho Privado Romano".
- Voloz, Fernando: "Estudio sobre el Derecho Civil colombiano", t. III.
- "Colección de Encíclicas y Cartas Pontificias".
- Cacota Judicial.

Clases de la Escuela Superior

**TEORIA DE LAS OBLIGACIONES  
EN  
DERECHO CIVIL COLOMBIANO**

Fue presentada y sostenida en la Facultad de Derecho de la  
Universidad de Cartagena, para optar al título de Doctor en  
Derecho y Ciencias Políticas.

Cartagena



REPÚBLICA DE COLOMBIA

Universidad de Cartagena

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas.

Rector de la Universidad

Dr. Alberto M. Torres.

Decano de la Facultad

Dr. Miguel Angel Rizo.

Presidente de Socios

Dr. Dion Herrera Anzures.

Consejo de Examinadores

Dr. José María Lozano.

Dr. Máximo Arzoba Ariza.

Dr. Carmelo Saldaña Barona.

Secretario de la Facultad de Derecho:

Dr. José María Bustillo Suarez.

DEDICATORIAS

A mis padres y hermanos como la raíz noble y bella oferta que puse  
tributaria en reconocimiento de sus devotos por la realización de mis  
queros anhelos.

A mi amantísima esposa y a mis queridos hijos como testimonio de  
cristo superador.

A mi Presidente de Tesis y al Consejo de Examinadores, Profesores  
y amigos Doct. Elías Herrera Anzotiguá, José María Lacayo, Edgardo Arriola  
Arriola y Carlos Capitán Marrugo, como tal para manifestación de agr-  
decimiento sincero.

A la familia Navarro Escobar, muy afectuosamente.

A mis queridos e inolvidables compañeros de aula, y muy especial-  
mente, a Aldeas Angulo Páez, Manuel Martínez Herrera, Elías César Campos  
y Manuel Ramón Fajilla.

" La Facultad no aprueba ni desaprueba  
las opiniones emitidas en las tesis; ta-  
les opiniones deben considerarse como  
propias de sus autores".

ABS

PRIMERA PARTE

III novi sub sole

CAPÍTULO

DEFINICIÓN: Al hablar de una cosa cuando vamos conociéndola de ella, y es de uso muy frecuente en la dialéctica, el conocimiento exacto de lo que se va a tratar. Aristóteles decía: "La definición es la expresión de la esencia", y en tanto que tanto tanto expresaba: "Deducción que sabemos lo que es una cosa cuando la definimos, es decir, cuando concebimos una forma de la cosa misma que corresponde perfectamente a ella". De ahí que al comenzar a hablar de las obligaciones en Derecho, tengamos que definirlos, y para ello es preciso ir primero al por la que, ya que en la legislación francesa, en la italiana, en la alemana, en la chilena, nos resuelve esta dificultad. Fue Justiniano, el Príncipe del Derecho Romano, quien lo fue en Capri en el año 529, quien nos dio la definición: obligatio est iuris, que notablemente se traduce: obligatio est iuris, obligatio est iuris, obligatio est iuris.

La obligación es un vínculo de derecho que nos obliga a la necesidad de pagar determinada cosa, con arreglo al derecho de nuestra ciudad, según los romanos. Nuestro Código Civil tampoco define las obligaciones, solamente se limita decir: "Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser de una o de muchas personas (art. 1465)". El Código dice acto por lo que puede ser un hecho jurídico que no implique necesariamente el concurso de voluntades, sino que puede ser obra de una sola persona, como sucede con el testamento. Es pues una expresión genérica. Luego por lo visto que todo contrato o convención es un acto, pero que no todo acto es un contrato.

2- UNIDAD DE LA OBLIGACIÓN: Antes de entrar a definir esta definición de nuestro Código, debemos observar lo siguiente: a) que para que exista el concepto de obligación deben haber, por lo menos, dos situaciones diferentes: la primera la del agente pasivo, es decir, el obligado; y la segunda, la que corresponde al

titular del derecho, o sujeto activo de la obligación. Las circunstancias que pueden concurrir para determinar a quién corresponde el deber de efectuar el cumplimiento de la prestación que se deba, y las personas que pueden exigir el cumplimiento de ella. Entre dos personas colocadas en situaciones diferentes y opuestas, respecto al número de sujetos de la obligación, si la persona es obligada a cumplir una prestación, recibe el nombre de sujeto pasivo de la obligación o deudor; si la persona tiene la facultad de exigir la prestación, recibe el nombre de sujeto activo o acreedor. - b) Pero la sola existencia de un sujeto activo y otro pasivo no forma, de una manera completa, el concepto de obligación, es necesario que entre ambas personas exista un lazo, un nexo, que le permita al titular del derecho exigir de la persona obligada el cumplimiento de la prestación a objeto de la obligación. Y es esto lo que se conoce con el nombre de "vínculo jurídico". Esta noción del vínculo jurídico no es una conquista del derecho moderno ni una creación de la jurisprudencia contemporánea, sino que tiene su origen en las antiguas instituciones del Derecho Romano Clásico. Para los tratadistas chilenos, y entre otros, Alejandro Rodríguez, sostiene que por medio del vínculo jurídico, el acreedor se ve sujeto a la conciencia del deudor, ya que carece de acción legal para exigir el cumplimiento de la obligación. Esta concepción, como es fácil imaginar, tiende a servir al desarrollo de las relaciones económicas entre los individuos, las libertades y las restricciones. Por eso, luego se concedieron acciones al acreedor para exigir el cumplimiento de la obligación, y se consagró el principio de que los títulos del deudor y no su cuerpo, responden de la realización de la prestación. - c) Como consecuencia lógica de la reunión de los elementos sujetos y vínculo, tiene que surgir un tercer elemento, que no es otra cosa que la materia de la obligación, es decir, el objeto. Esto puede considerarse, o más bien, consistir en la ejecución de determinadas acciones o en la práctica de cierta abstención. Ahora, el ejercicio de estas acciones o la omisión de ellas es a lo que se le ha llamado, dentro del campo de la materia que nos ocupa, "objeto de la obligación". Para el ilustre Profesor Planiol, el objeto de la obligación "es la cosa que se ha de exigir al deudor por el acreedor".



Debe decir aquí, que no hay que confundir el objeto del contrato con el objeto de la obligación, que son dos cosas enteramente distintas. El objeto del contrato es la obligación que contraen las partes de darse recíprocamente, o de hacer, o de no hacer alguna cosa. El contrato tiene, pues, por objeto únicamente la creación de obligaciones. En cambio el objeto de la obligación es la cosa que el deudor debe dar, o el hecho que debe ejecutar o abstenerse de ejecutar. Bueno es precisar también en qué consiste el objeto, y de eso nos ocuparemos a continuación.

3-ER QUE CONSTITUYE EL OBJETO DE LA OBLIGACIÓN El objeto de la obligación no es otra cosa que la realización de un acto humano. Este puede ser una acción o una omisión. De donde se sigue en consecuencia que el objeto de la obligación consiste en la una prestación, la cual puede ser positiva o negativa. Se entiende por prestaciones positivas aquellas que tienden a hacer tal cosa, como la que tiende al vendedor entregar la cosa vendida; y por prestaciones negativas aquellas que tienden a no hacer una cosa, obligaciones del propietario de un predio respecto a un servidumbre de tránsito.

Hay casos en que una misma prestación reúne las dos condiciones de ser a la vez positiva y negativa, y entonces recibe el nombre de mixta o compleja, como sucede cuando una persona se obliga a abstenerse y a la vez a ejecutar un determinado negocio.

4-CONDICIONES DE LA OBLIGACIÓN Con el fin de que una obligación produzca su verdadero efecto, es necesario que el objeto sobre el cual se contrae reúna ciertas condiciones indispensables, siendo entre otras, las siguientes: a, que el objeto de la obligación sea posible, no sólo con posibilidad natural sino jurídica. A fin de citar un ejemplo clásico de los Romanos "Tocar el oído con un dedo", tenemos que tal prestación es irrealizable y de vano, carecería de eficacia inherente a las obligaciones, por tratarse de un acto enteramente imposible de cumplir, siendo el obligado no se le puede exigir la realización de tal prestación, pues muy valdido

de tiene que de acuerdo con el aforismo inimicus a lo imposible nadie está obligado.  
 Un caso de imposibilidad jurídica sería el de obligar a una persona a entregar a  
 un comprador un bien que él no tiene y que caso tal, se halla fuera del comer-  
 cio. Pero, cabe preguntar qué sucede en el caso siguiente: si una persona está  
 obligada a entregar un bien y lo destruye antes de entregárselo a su dueño: hay o  
 no imposibilidad física por haber desaparecido el objeto de la prestación positiva?  
 Claro que no, y por consiguiente, la persona así obligada debe indemnizar a la per-  
 sona perjudicada por su acto.

b) También el objeto debe ser conforme a derecho y a las buenas costumbres, porque  
 si se contrae una prestación anti-jurídica, claro está que no es exigible, ya que  
 la ley sólo garantiza la realización de las prestaciones y resguarda los intereses  
 legítimos. Así, por ejemplo, si una persona da a otra \$1.000 para que le dé muerte  
 a una tercera persona, y la obligada a realizar tal acto ilícito o inhumano no lo  
 hace, quien proporcionó la suma no tiene derecho a exigirle su cumplimiento.

c) Los actos en que se resuelven las obligaciones deben revestir un carácter ex-  
 terno y ser susceptibles de sujeción a una voluntad externa. Por eso el notable au-  
 tor Valverde y Valverde, en su Tratado de Derecho Civil Español, dice: "las sim-  
 ples voliciones, el hecho, por ejemplo, de comprometerse una persona a no formar  
 determinado juicio sobre un asunto cualquiera o a no conceder determinada suerte de  
 documentos, no podría ser objeto de una obligación, tal como prestaciones, por  
 no revestir carácter externo, sino poderse sujetarse a una voluntad extraña".

d) La prestación en que el objeto concreto debe ser determinado, o por lo menos,  
 determinable. Puesto de que si no se precisa, no se puede saber en un momento dado  
 qué es lo que se debe. Así, no se llenaría esta condición si una persona se obliga  
 a entregar un animal, no especificado ni en cuanto a su especie ni su género, pues el deu-  
 dor, en ese caso, de indeterminación, le bastaría entregar un conejo, por ejem-  
 plo, y dar así por satisfecha la deuda, lo que aquí la importancia de determinar el  
 objeto de la prestación.



o) La prestación debe tener por lo regular un valor económico, esto es, apreciable en dinero. Aunque muchas veces la prestación, el acto mismo que se debe, no tiene un precio, una correspondencia exacta en dinero, por qué decirlo, siempre el interés del acreedor, siendo licito, lo faculta para exigir el cumplimiento de lo que se debe. Y aunque ese interés no sea de carácter pecuniario, el valor económico de la prestación no es menor cuando la obligación tiene por sanción el resarcimiento en dinero de los daños que ocasiona su incumplimiento. De donde resulta que el objeto de la obligación siempre tendrá valor económico, por lo menos eventual.

5- DE LA OBLIGACION EN GENERAL Y OTRAS RELACIONES JURIDICAS

Antes de dar por terminado este capítulo, bueno es que relacionemos el concepto de obligaciones que hemos tratado de precisar con otros figuras jurídicas afines, ver cuales son sus analogías y tratar de limitarnos con el fin de evitar ciertas confusiones.

a) La Obligación y el Derecho en General. Para el Profesor Souverand, la noción que analizamos supone necesariamente la existencia de una relación jurídica, y como el derecho en general tiene por objeto reglamentar relaciones obligatorias, adaptándose a intereses más o menos concretizados, resulta evidente que estas dos teorías fundamentales se abarcan y se confunden. Lo cual podría inducir a pensar que el estudio del derecho de obligaciones abarca el derecho en todas sus ramas, así la pública como la privada, mas tal confusión proviene de una apreciación somera. Y la semejanza apuntada no desprinde de una base común (la idea de relación jurídica), que informa los conceptos de obligación y de derecho en general, mas esa misma identidad referente a un factor determinante de ambas teorías, sirve para diferenciarlas. Bien sabido es que el derecho regula relaciones jurídicas. Pero estas ofrecen múltiples aspectos, y de ellas puede decirse que son tan variadas como los intereses que las engendran, que les imprime carácter específico. Así, una relación que la ley establece entre un individuo y el Estado, es de inte-

lo diferente a aquella que surge de una situación que sólo atañe a dos individuos, por razón de conveniencias personales, en el primer caso los entendemos en presencia de una relación jurídica atinente al derecho público, y en el segundo, contemplamos un fenómeno comprendido en el radio de aplicación del derecho privado.

b) Derecho de Familia y Derecho Civil Civil y Capital se suelen llamar con el nombre de de "derecho privado" cuando a los derechos y deberes que ligan a los ciudadanos a causa de sus necesidades privadas, pueden originarse por razón de parentesco, por el hecho de la muerte de una persona, y por motivos generalmente económicos, como la adquisición y el intercambio de bienes y servicios. De esta muerte se producen situaciones típicas, que obedecen a normas peculiares. Las vinculaciones de parentesco son gobernadas por el llamado derecho de familia; las que emanan del hecho de la muerte de una persona, obedecen a las reglas que constituyen el derecho de sucesión mortis causa; y las que se derivan de intereses que en el tiempo tienen un carácter pecuniario, constituyen los llamados derechos patrimoniales.

c) Derecho de Familia y Derecho de las Mujeres El derecho de familia, en general, rige las obligaciones que entre determinados personas crean el matrimonio y la comunidad de sangre. Ahora, las obligaciones familiares comparadas con las relaciones obligatorias que de jure definen y analizamos ofrecen diferentes características, y éstas son: las obligaciones del derecho de familia se desprenden de facultades típicas que se ejercen de persona a persona, como la patria potestad y la autoridad marital, y se basan en deberes morales elevados por la ley a la categoría de preceptos jurídicos. Así, cuando el derecho positivo establece que los hijos deben respeto y obediencia a sus padres, y que los cónyuges están en la obligación de respetarse mutuamente y guardarse fidelidad, está imprimiendo un aspecto jurídico a principios que la moral impone a las personas de quienes viven en sociedad. Esta característica de los derechos familiares, en cambio, no es constante en las obligaciones civiles, en las cuales, de ordinario, prima el factor económico. Así, las obligaciones del derecho de familia, a diferencia

de los árbitros, no se dirigen únicamente a obtener la satisfacción de un interés determinado del acreedor, sino a imponer la observancia de una conducta personal y directa del obligado, de modo que no se permite que tales prestaciones puedan ejecutarse por un tercero en lugar del sujeto pasivo de la relación familiar. Es posible, por ejemplo, que una persona extraña a la familia pueda reemplazar a la mujer en el cumplimiento de su deber de fidelidad, ni a los hijos en lo que hace a la obediencia que deben a sus padres. Los sujetos pasivos de estas obligaciones son irremplazables. 3a.- Las obligaciones del derecho de familia son, por lo general, a la vez derechos y deberes; ya que a la vez que confieren una facultad imponen una obligación. Así, por ejemplo, un padre tiene la prerrogativa de dirigir la conducta de sus hijos, y al mismo tiempo, está en la obligación de ejercer esas facultades, establecidas más que en beneficio del padre en provecho de la familia.

d) Derecho de sucesión y Derecho de Arrendamiento El derecho de sucesión mantiene una directa relación de naturaleza peculiarísima, que no depende total del hecho de la muerte de una persona. Las relaciones que establece el derecho de crédito, aunque sufren una influencia, no dependen de uno evento jurídico, y, además, se modifican, transmiten y extinguen con independencia de él.

e) Derechos de Créditos y Derechos Patrimoniales Cabe decir que los derechos patrimoniales son de dos clases: los reales y los de obligaciones. el derecho real consiste en una relación jurídica, por efecto de la cual el titular de esa facultad sujeta, según Planiol, total o parcialmente hace su poder una cosa, debiendo las demás personas respetar esa limitación. Para Cozlin y Capitant, esta definición no muestra diferencias que sepan en el campo de los derechos patrimoniales:

a) El derecho de crédito es relativo, no se opone sino a un deudor o deudores determinados. El derecho real es absoluto; es por tanto opponible a todo el mundo, es decir, se hace valer erga omnes. b) El derecho real, como vínculo jurídico universal, no impone a los sujetos pasivos sino una abstención, una regla de con-

ducta que es lo normal, que todas las personas deben observar naturalmente; la obligación impone el cumplimiento de una prestación, de un acto, que aún en el caso de tratarse de una prestación negativa, es decir, de una cesación, implica una privación, luego que, de no existir el derecho de crédito, el deudor podría hacerlo con arreglo al derecho común. El derecho real es perpetuo, dura tanto como la cosa a que se refiere. El derecho de crédito es temporal, es una relación destinada a extinguirse, una vez satisfecho el interés del acreedor.

De todo lo expuesto hasta aquí se desprende lógicamente que entre los derechos patrimoniales debidamente reglamentados por el Derecho Civil, hay una categoría especial: las Obligaciones, materia de nuestro estudio, cuyo campo queda así bien delimitado.

CAPITULO II

6- LAS FUENTES DE LAS OBLIGACIONES SEGUN EL CODIGO CIVIL. Las fuentes de las obligaciones están constituidas por los hechos que las originan, los hechos de donde surgen o nacen. El Código Civil nuestro enumera las fuentes en su Artículo 1.494, al decir: "Las obligaciones nacen, ya del concurso de voluntades de dos o más personas, como en los contratos e convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todo los cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos, ya por disposición de la Ley, como entre los padres y los hijos de familia." De acuerdo con este artículo, las fuentes de las obligaciones son cinco: el contrato, el cuasi-contrato, el delito, el cuasi-delito y la Ley. Y hace hincapié en ello, el artículo 32 de la Ley 57 de 1887, cuando dice: "Las obligaciones que se contraen sin convención, o de la Ley o del hecho voluntario de las partes. Las que nacen de la Ley se expresan en ella". Si el hecho de que nacen es lícito, constituye un cuasicontrato. Si el hecho es ilícito, y cometido con intención de dañar, constituye un delito. Si el hecho es culpable, pero cometido sin intención de dañar, constituye un cuasidelito o culpa.

7- CRITICA DE ESTA CLASIFICACION. Nuestro legislador del 87 aceptó la doctrina tradicional en cuanto a la clasificación de las fuentes. Pero dicha clasificación admite dos críticas: primera, si las reducimos un poco, concluiríamos con que sólo hay dos fuentes: el contrato y la Ley. Ya que las obligaciones que nacen del cuasicontrato, cuasidelito y delito son verdaderas obligaciones legales. Y así se comprueba nuestro mismo legislador, cuando define el derecho personal, diciendo que "es aquel que se puede exigir de una persona determinada que ha contraído la obligación correlativa, ya sea por un hecho suyo o por disposición de la misma Ley. Como se ve, con esta última expresión, reduce a dos las



fuentes de las obligaciones.- Segundo, esta clasificación no contempla nuevas fuentes, nacidas con el avance del tiempo, tales como el enriquecimiento injusto o sin causa, el abuso del derecho y la responsabilidad civil, de que hablaremos enseguida.

3- SENTEO DE CLASIFICACION DE LAS FUENTES Consideramos que nuestro Legislador al reformar nuestro Código Civil, además de incluir el Contrato y la Ley, debe consagrar también como fuentes de obligaciones, el enriquecimiento sin causa, el abuso del derecho y la responsabilidad civil, y debería añadir las nacidas de contrato y sociedad que no responden a ninguna categoría técnica. En cuanto al delito, sabemos que quien lo comete responde civilmente al perjudicado por medio de la acción civil intercedida dentro del proceso penal. Ahora, como en el Código no halla consagrado, como fuentes de obligaciones, el Contrato y la Ley, aquí sólo las reconocemos de las mismas tres.

b) El Enriquecimiento sin Causa como fuente de obligaciones esto consiste en el hecho de que una persona aumenta su patrimonio en detrimento del ajeno. Para que exista tal enriquecimiento es necesario que se cumplan los siguientes requisitos: primero, que exista un patrimonio que se aumenta en forma positiva o negativa. La forma positiva sería cuando una persona determinada interviene ostentando la no ejecución de tal cosa, produciendo una merma en el patrimonio de otra persona, impidiendo su enriquecimiento. Siempre hay una correlación en esta clase de fenómenos jurídicos. Y el acto positivo sería el caso de la usucapción, que es uno de los modos de adquirir la propiedad privada.- Segundo, para que pueda efectuarse el enriquecimiento injusto, es que haya un empobrecimiento, una disminución patrimonial, una merma en detrimento del empobrecido, pero, tiene que haber también una correlación entre el enriquecimiento y el empobrecimiento para que exista lo que se suele llamar desplazamiento patrimonial, existiendo la obligación de quien se enriquece, de indemnizar a quien se empobreció en cuanto se haga. Lo rico, en decir, tiene un límite en su

ción o medida de su enriquecimiento, el cual no debe ser mayor a aquél. El tercer requisito es la carencia de causa, esto es, que el desequilibrio patrimonial no haya obedecido a una operación jurídica, como sería la compraventa, donación o sucesión por causa de muerte, pues bien sabido es que estas clases de operaciones tienen una causa. El cuarto es la carencia de acción subsidiaria, es decir, que no haya ninguna acción que permita al enriquecido restituir la misma patrimonial que haya producido el enriquecimiento del demandado. Y no puede haberla, pues el Código Civil la conagra. Pero al deberse advertir que el llamado enriquecimiento sin causa depende del Derecho Constitucional, de la constitución, como fuente del Derecho en general.

b) El Abuso del Derecho como Fuente de Obligaciones: Los derechos, como el natural, suponen ciertas facultades en los individuos, estas pueden ser ejercidas por aquéllos, constituyendo su ejercicio, y eso es lo normal. Pero, puede suceder algunas veces, que su ejercicio no devía en tal forma que venga a constituir y generar ciertas obligaciones, dando así origen a lo que se conoce con el nombre de abuso del derecho.

Ahora, como todo derecho supone el ejercicio de una facultad determinada por lo tanto, la noción de derecho subjetivo, si así lo podemos llamar, en su parte supone atribución de facultades, implica también limitación, ideas objetivas. Y como los derechos se regulan para algo, este límite por el modo como debe obrarse, es decir, las destinas del derecho hacia su finalidad; puesto que que todo derecho supone su fin. Esta finalidad del derecho debe cumplirse y observarse en una organización social. Puede acontecer que una persona lleve a su ejercicio a determinadas finalidades que no se armonizan dentro de las mismas normativas del derecho constitucional, para mejor decir, un desajuste jurídico, que de hecho ocasiona ciertos perjuicios a terceros. Para subsanar estas lesiones, esos daños, producidos por el mal uso del derecho, se hace imponiendo una obligación que sea capaz de reparar esos perjuicios producidos. En

297

este caso, del ejercicio desviado que ocasiona daños o perjuicios a otra persona, no puede decirse que hay un abuso del derecho, sino una causa fuente de obligación el abuso del derecho.

Casos de abusos del derecho son los siguientes: En los derechos de familia hay en nuestro Código una disposición que dice: "El marido tiene derecho para obligar a su mujer a vivir con él y seguirlo a donde quiera que trasladó su residencia". Si el marido haciendo uso de este derecho se lleva a su mujer a vivir en un lugar salubre como tal una epidemia que ponga en peligro su vida, cuando en abuso del derecho. Otro caso sería en los derechos de propiedad, por ejemplo, la construcción de edificios de gran altura en determinada propiedad tal que dificulten el ejercicio del derecho ajeno, como en el caso de que sea un lugar para establecer aviones y que vayan a inferir daños y perjuicios, entonces el dueño de la propiedad le impondrá una obligación de reparar los perjuicios por el abuso del ejercicio de ese derecho. Igual cosa sucedería al propietario de un predio utilizando el subsuelo y utilizando de su propiedad para un uso que le causa perjuicio al vecino.

Pero donde tiene más aplicación esta tesis del abuso del derecho es en el derecho de la industria, pues cuando se llega al absolutismo, es lo que sucede con el siguiente ejemplo que me dio Joussef: "La patron que renuncia sistemáticamente a negociar a crédito obrero sindicalizado, y sigue esta política con el propósito de perjudicar al sindicato obrero". Eso, mucho serían los ejemplos que podríamos citar, pero para la comprensión del concepto, basta.

Esta tesis del abuso del derecho no es enteramente nueva, con perdón del ilustre Profesor de Lyon, quien él se ha preocupado mucho porque ella propuso en el campo civil, pues ya los principios habían establecido y aún realizado en cierta medida, los conceptos de la relatividad y del abuso de los derechos, es como lo enseñaba la máxima Summa ius, summa iniuria, cuyo decía ya que no debemos abusar de nuestros derechos. De iure nostro ius non debemus, y el derecho pretoriano, en su concepto, no es otra cosa que una reacción de



la equidad contra el derecho estricto.

Algunas legislaciones del mundo han consagrado esta tesis ya en sus Códigos, así, el alemán lo contempla en los artículos 226 y 228; el suizo, en su artículo 20; el de los soviets, en el artículo 10, al tenor del cual los derechos civiles son prohibidos por la Ley, cuando no ejercen en un sentido contrario a su destino económico social. El chino, dice: "el ejercicio de un derecho no puede tener por fin principal perjudicar a otro"; el polaco, en su artículo 135, expresa: "el que, intencionalmente o por negligencia, ha causado perjuicio a otro al ejercer su derecho, está obligado a repararlo, si ha excedido los límites fijados por la ley, lo o por el fin en vista del cual se ha conferido ese derecho", igual cosa ocurre con el lituano y los otros más que han ido adaptándose a la vida moderna de los pueblos y de sus legislaciones. Una Ley es tanto mejor cuanto más restrictiva sea.

c) La Responsabilidad Civil Como Fuente de Obligaciones: en sentido amplio se dice que existe responsabilidad en todos los casos en que una persona queda obligada a reparar un daño causado a otro, la obligación de repararlo puede surgir de varias fuentes: responsabilidad contractual, responsabilidad extrcontractual y responsabilidad legal. La primera se relaciona con el estudio de los contratos, por lo que en esta parte solamente trataremos de los dos últimos.

El Código Civil trata la responsabilidad que resulta de los delitos y cuasidelitos, es decir, de los actos ilícitos, independientemente del hecho que esos actos constituyan o no infracciones penales. La legislación legal es bastante escueta, debiendo ser completada por una jurisprudencia considerable. La responsabilidad legal resulta, sobre todo, de diversas leyes posteriores al Código, de las cuales, las más importantes son recientes.

El fundamento de la responsabilidad descansa en que este problema no debe plantearse sin subordinarlo al del núcleo de la responsabilidad moral.

El derecho romano es la idea de que el hombre es responsable de sus actos y que, por consiguiente, el actor de un acto perjudicial no puede escaparse en la concepción fatalista o determinista del mundo a fin de librarse de las consecuencias de su actuación como si pasaran antes los caprichos y los reyes, quienes, cuando sucedía un accidente cuya causa se desconocía, solían evadir sus obligaciones con cargar la responsabilidad a alguna divinidad. Y así decían simple y llanamente este accidente era un casus fatalis, un act of God, un hecho del destino, de Dios o de los amigos del Rey. Y entonces consideraban que lo mejor era dejar las cosas así para no contrariar la fuerza superior a todos: quod est in rebus.

Mas hoy las cosas han sido cambiadas hasta tal punto, que existe responsabilidad por hechos ajenos, responsabilidad por hechos de los animales, responsabilidad por un edificio en ruinas, responsabilidad por las cosas inanimadas, etc. Así, nuestro Código, igual que el francés y otros del mundo, considera que "los padres son responsables del daño causado por las culpas o los delitos cometidos por sus hijos menores, y que concientemente provengan de su educación, o de hábitos viciosos que los han dejado adquirir" (Art. 2348 C.C.); "el dueño de un animal es responsable de los daños causados por el mismo animal, aun después que se haya soldado o castrado, salvo que la soldadura, estropeo o daño se puedan imputarse a culpa del dueño o del dependiente, encargado de la guarda o servicio del animal" (Art. 2353 C.C.); "el dueño de un edificio es responsable de los daños que ocasiona su ruina, ocasionada por haber omitido las reparaciones necesarias, o por haber faltado de otras sustraer el edificio a un buen padre de familia" (Art. 2356 C.C.).

Como se ve en todas estas disposiciones del Código como en muchas otras, tiene que estar comprobada la negligencia que engendra la culpa, para que exista la responsabilidad, pues aun conocido es el axioma "no hay responsabilidad sin culpa comprobada". Nuestro previsivo Legislador le dio el

Título XXIV del Libro IV del Código Civil a la Responsabilidad por motivos de Delitos y Culpas.

En términos generales, esta teoría de la responsabilidad civil, ha ido perfeccionándose dentro del campo del Derecho con M. Louis Jousserand a la cabeza. En el Principio del Derecho Civil Francés, al dictar su famosa conferencia "La Evolución de la Responsabilidad", en las diversas Universidades de Europa, le dio gran auge a la teoría. Y en ese momento, hacia el siguiente interrogante: "¿cómo culpa una compañía de ferrocarriles al hacer circular trenes sobre riel, la obtenido con este objeto la concesión de los Ferrocarriles Públicos. Impone, si las traspasaciones de los trenes causan la colisión de las casas vecinas, si el uso de las locomotoras causa un incendio establecido con una prioridad cerca de la vía férrea, si las chimeneas de las locomotoras producen los humos y a las cosechas, no está de toda justicia conceder una reparación a las víctimas de esos perjuicios? Así el punto de vista objetivo reemplaza al punto de vista subjetivo y el riesgo suplanta a la culpa, con este de pecado jurídico".

Ya M. Calicillo, había concluido de igual forma este problema y lo desarrolló en su interesante folleto "Los Accidentes de Trabajo y la Responsabilidad Civil" que dio a conocer en 1.037 y que tuvo aplicación en el año siguiente cuando se vino a consagrar la acción del riesgo profesional. Fue una gran conquista dentro del estudio del Derecho. Por medio de esta teoría, el patrono de una empresa es responsable de los perjuicios sobrevinidos al obrero por su culpa con ocasión del trabajo, independientemente de cualquier falta de culpa. Y lo que es más, la teoría sigue desarrollándose fuertemente, y ya en 1.921 votan en Francia la Ley de 3 de Mayo de ese año donde, no sólo se tiene en cuenta ya los perjuicios causados a los obreros aún a través, y con frecuencia de explosiones, deflagraciones, emanaciones de sustancias explosivas

CAPITULO III

DIVISION DE LAS OBLIGACIONES POR SU HISTORIA: En el Derecho Romano antiguamente se conocia un claso de Obligaciones: las civiles. Y cuando la historia de este Derecho que luego el pretor respaldó todas aquellas convenciones que, siendo lícitas, merecian ser respaldadas por el magistrato; sin embargo, hubo un inconveniente: el Derecho Civil no daba acciones para hacerlas efectivas, de aquí que el edicto del pretor no tuvo la suficiente fuerza obligatoria para dar a estas obligaciones la misma eficacia de las civiles. Y si el pretor intervenia para exigir su cumplimiento, ello se debía por motivo de equidad.

Estas obligaciones desprovistas de acción civil para su cumplimiento, pasaron a la jurisprudencia romana con el nombre de obligaciones naturales con que hoy se le conoce. Y estudiada dentro del campo del Derecho Romano, el vínculo que la formula no era, como el de las civiles, de derecho quirritario, ni de derecho natural, o más bien, de equidad. No obstante todo esto, habia obligaciones sancionadas por el derecho civil a las que se les daba también el nombre de naturales eran las de derecho de gentes, denominadas así porque accedían de modo especial a los peregrinos, aunque también podían ser contraídas por los ciudadanos en sus negocios con los no ciudadanos o peregrinos.

De modo que según las obligaciones dan o no acción para exigir su cumplimiento, se dividen en civiles y naturales, y así lo dice nuestro Código en su artículo 1527: "Obligaciones civiles son aquellas que dan derecho para exigir su cumplimiento". Esta se puede decir que por la regla, aunque excepcionalmente, hay obligaciones en las cuales el legislador ha negado esta acción. Son las obligaciones naturales, que, de acuerdo con el mismo artículo, en su artículo 20.- dice: "Son aquellas que no confieren derecho para exigir su cumplimiento, pero que cumplidas, autorizan para retener lo que se ha dado o pagado en razón de ellas".



Y estas obligaciones naturales son: 1a.- las contraídas por personas que, teniendo suficiente juicio y discernimiento son, sin embargo, incapaces de obligarse según las leyes, como los menores adultos no habilitados de edad; 2a.- las obligaciones civiles extinguidas por la prescripción; 3a.- las que proceden de actos a que faltan las solemnidades que la Ley exige para que produzcan efectos civiles, como la de pagar un legado, impuesto por testamento, que no se otorga de forma debida; y 4a.- las que no han sido reconocidas en juicio, por falta de pruebas.

10- MODALIDADES DE LAS OBLIGACIONES: a) Puras o Simples y Sujetas a Modalidades.

En cuanto a los efectos, al momento en que se producen, se clasifican en obligaciones puras o simples y sujetas a modalidades. Se entiende por obligación pura y simple cuando produce sus efectos normalmente; por ejemplo, vendiendo un caso a Pedro. En cuanto a las sujetas a modalidades son aquellas que están sometidas a ciertas cláusulas que tienen a modificar los efectos de las obligaciones, estas modalidades pueden ser la condición, el plazo y el modo.

Nuestro Estatuto dice en el Título "De las Obligaciones Condicionales y Modales. Es obligación condicional la que depende de una condición, esto es, de un acontecimiento futuro, que puede suceder o no. La condición es positiva o negativa. La positiva consiste en que ocurra una cosa; la negativa en que una cosa no acontezca. La condición de ser física y normalmente posible, es físicamente imposible la que es contraria a las leyes de la naturaleza física; y moralmente imposible la que consiste en un hecho prohibido por las leyes, o a propósito a las buenas costumbres o al orden público. Se miraran también como imposibles las que están concebidas en términos ininteligibles (arts. 1530-1531-1532 del C.O.)

En cuanto a las obligaciones a plazo, conviene decir que en nuestro estatuto el plazo es la época que se fija para el cumplimiento de la obligación; puede ser expreso o tácito. En tácito, el indispensable para cumplirlo. No podrá el Juez, sino en casos especiales que las leyes designen, se

valor plazo para el cumplimiento de una obligación; sólo podrá interpretarse el concebido términos vagos u oscuros, sobre cuya inteligencia y aplicación corresponden las partes. (Art. 1551 C.C.).

b) De Ejecución Instantánea y de Ejecución Sucesiva: En cuanto a la forma de cumplirse, se clasifican en obligaciones de ejecución instantánea y obligaciones de ejecución sucesiva. Llámase así primeras aquellas que se cumplen en un solo acto; por ejemplo, se vende un caballo a Juan, se entrega el caballo y se cumple con la obligación. En cuanto a la ejecución sucesiva, ésta toma el nombre de acto sucesivo arranjado en casa, por ejemplo, donde los arriendos se nos pagan sucesivamente, según el jornalero vaya viviendo la casa. Otro caso puede ser el de la compraventa, cuando ésta se hace a plazo, pagando por partidas mensuales.

c) Principales y Accesorias: En cuanto a la forma como existen, se clasifican en principales y accesorias. Las primeras son aquellas que tienen vida propia, las que subsisten por sí solas, sin necesidad de otra obligación. La obligación del arrendador de entregar la cosa arrendada. Y es accesorio cuando no tiene vida propia, sino que requiere de otra obligación principal a la cual accede. Esta clasificación no tiene gran importancia, porque las obligaciones accesorias siguen la misma suerte de la principal. Y es así como toda modificación que modifique los efectos de la principal se comunican a la accesorio. Ejemplos de obligaciones accesorias son: la fianza, la prenda, la hipoteca, la cláusula penal, etc.

d) De Suete Simple y con Pluralidad de Sujetos: Desde el punto de vista de las personas que intervienen en la obligación, cabe hacer otras clasificaciones. Aunque lo más corriente es que intervengan dos personas: acreedor y deudor. Pero también sucede, a veces, que hay pluralidad de personas. Ejemplo: María y José prestan a Miguel y Antonio P. C.C. dos acreedores y dos deudores. Cuando esto sucede, puede haber tres clases de obligaciones

conjuntas, solidarias e indivisibles. En cuanto se ocupa nuestro Código en el primer inciso del artículo 1568: "En general cuando se ha contraído por muchas partes o para con muchas la obligación de una cosa divisible, cada uno de los deudores, en el primer caso, es obligado solamente a su parte o cuota en la deuda, y cada uno de los acreedores, en el segundo, sólo tiene derecho para demandar su parte o cuota en el crédito". Salvo se que en las obligaciones conjuntas hay ciertos vínculos jurídicos como personas jurídicas. Así, si presto \$10.000 a Pablo y a Manuel, obligación simplemente conjunta, puedo exigir a Pablo \$5.000 y a Man \$5.000. Pero puede haber una excepción: la obligación es solidaria, cuando el acreedor puede exigir a cualquiera de los deudores el total de la obligación, o cuando, habiendo varios acreedores, cualquiera puede exigir al deudor el total de la misma. En el primer caso me hallamos en presencia de una solidaridad activa, y en el segundo, en una pasiva.

Ahora, en cuanto a las obligaciones indivisibles, son aquellas cuya prestación no es susceptible de división, ya sea física, intelectual o de cuota. Un ejemplo por excelencia sería la obligación que nace de la constitución de una servidumbre, que es por naturaleza indivisible. Porque el precio debe reportarse en su totalidad. De esta clase de obligaciones se ocupa el Título X del Código, el cual dice en su artículo 1561: "La obligación es divisible o indivisible, según tenga o no por objeto una cosa susceptible de división, sea física, intelectual o de cuota, etc."

a) Positivas y Negativas: Las obligaciones se clasifican en positivas y negativas. Es la que la prestación consiste en un hecho o en una abstención. Así, por ejemplo, las obligaciones de dar y hacer son positivas, y la de no hacer es negativa. Esta clasificación no obedece a ninguna importancia práctica a menos que se trate de las obligaciones imposibles de que nos hablan los Romanos.

f) De especie o cuerpo cierto y con Pluralidad de Objetos: Atendiendo a la determinación del objeto, se clasifican en obligaciones de especie o cuerpo cierto y obligaciones genéricas. Cuando una persona se obliga en preciso que determine a qué se obliga, esto es, que señale la prestación. Y esta determinación puede ser mínima o máxima. Cuando es mínima, la obligación es genérica, y se define diciendo que es aquella en que se debe una especie indeterminada de un género determinado: *Marzo vende a Ricardo un caballo, sin indicar cuál*. Cuando tiene determinación mínima se denomina de especie o cuerpo cierto; y se define diciendo que es aquella en que se debe, una especie determinada de un género determinado también: *Vendemos nuestro caballo Bucéfalo*. Debo advertir que esta clasificación tiene importancia en cuanto a la forma de cumplir las obligaciones, y sobre todo, en lo que dice relación con el riesgo de la cosa debida. Ya que la teoría del riesgo sólo se aplica a la obligación de especie, pues es muy conocido el aforismo latino: "El género no perece". Nuestro Código lo estudia en los arts. 1555-1565-1567.-

g) De Objeto Singular y con Pluralidad de Objetos: Hay veces que la obligación tiene un solo objeto: venta de una casa; pero, excepcionalmente, puede haber pluralidad de objetos. Y cuando esto sucede, la obligación puede ser de tres clases, a saber: 1.- De simple objeto múltiple: María vende a José un caballo, un pascador y una cebra. Hay en ellas tantas obligaciones como cosas debidas.- 2.- Puede acontecer que se deban varios objetos, pero el deudor se exonera de la obligación entregando un objeto; y entonces recibe el nombre de alternativa. Cojamos el mismo ejemplo propuesto: María se obliga a entregar, a un comprador o una cebra. Entregó el caballo, cumple su obligación. En cuanto a la elección, ésta, generalmente, corresponde al deudor. (De esta clase de obligaciones se ocupa el Título VI del Libro IV de nuestro Código Civil).- 3.- Puede acontecer, finalmente, que se deba un objeto determinado, pero que el deudor se reserve la facultad de pagar la obligación con otro objeto. Y entonces se estudia en prebenda de la obligación llamada facultativa. Ricardo se o-



bliga a entregar un automóvil, pero se reserva el derecho de cumplir la obligación con un mobiliario. (Art. 1562 U.C.C.).

b) Obligaciones de Dar, Hacer y no Hacer En los diversos títulos de nuestro Estatuto, no hallamos una que siquiera se refiera a esta clase de obligaciones, dentro de su estudio, sin embargo, hay dos disposiciones que hacen alusión a ellas el Art. 1495, que, al definir el contrato o convención, dice: "es un acto por el cual una parte se obliga para con la otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa", y el Art. 1517, que insiste en la misma idea, cuando habla del objeto de la declaración de la voluntad, diciendo: "toda declaración de la voluntad debe tener por objeto una o más cosas que se trata de dar, hacer o no hacer". Estudiemos por separado cada una de ellas, para un mejor orden en nuestro estudio.

1) Obligaciones de Dar Se puede definir esta diciendo que es aquella que tiene por objeto constituir un derecho personal o real en una cosa del deudor a favor del acreedor. Un caso de esta clase de obligaciones sería la que tiene el vendedor en la compraventa, ya que está en armonía con el Art. 1849: "es un contrato en que un (parte) de las partes se obliga a dar una cosa y la otra a pagarla en dinero". De donde se deduce que de toda obligación de dar va seguida de una obligación de entregar. Y así lo dicen las disposiciones siguientes: Art. 1605: "la obligación de dar contiene también la de entregar la cosa; y si ésta es una especie o cuerpo cierto, contiene, además, la de conservarla hasta la entrega"; y el Art. 1583-2º: "si se trata de una especie o cuerpo cierto, aquél de las partes que lo posee es obligado a entregarlo".

2) De las Obligaciones de Hacer Es aquella en que la prestación consiste en un hecho del deudor. Puede ser un hecho jurídico, entre los intelectuales o un hecho material, entre los corporales. Ejemplo del primer caso sería la de hacer la defensa a un acusado; del segundo, la construcción de una casa.

3) De las Obligaciones de no Hacer Esta siempre consiste en una abstenición, en una limitación de la voluntad, así sería el caso de una persona que vende su almócen, y según una de las cláusulas del contrato, el vendedor se o-

bliga a no abrir otro almacén dentro del mismo radio que le haga competencia  
hay una obligación de no hacer.

Por medio de esta clasificación de las obligaciones, que es muy importan-  
te para los efectos de las mismas, ~~de~~ por terminada esta primera parte de  
nuestra obra. En cuanto a los efectos de ellas, de ello hablaremos en la Se-  
gunda Parte de este texto.

SECUNDA PARTE

11-CONCEPTO: Sabida es que toda obligación constituye un vínculo jurídico, que viene siendo la nota característica que la diferencia del deber moral, y debido a la existencia de este nexo es por lo que no queda al capricho del deudor cumplir su obligación. Nuestro Legislador ha querido proteger al sujeto activo de la prestación para que pueda exigirle en un momento dado, al deudor, el cumplimiento íntegro, oportuno y efectivo. Y es lógico que al hablar de los efectos de las obligaciones, estudiemos el conjunto de derechos que competen al acreedor con tra la necesidad en que se encuentra el deudor de dar cumplimiento a sus obligaciones.

12-CONFUSION DEL CODIGO: Nuestro Estatuto Civil trata esta materia en el Título XII del libro IV, cuyo epígrafe es "Del efecto de las Obligaciones". Sin embargo, nuestro Legislador del 87, al confeccionar este Título, no solamente se refiere a los efectos de las obligaciones sino también, y principalmente, trata de los efectos de los contratos. Pero esta confusión es para nosotros una herencia tradicional e histórica, que nos legó el Código Francés por medio del Chileño, del cual como se sabe, fué tomado el nuestro.

Pero en verdad, son dos cosas muy distintas y no puede confundirse los efectos de las obligaciones con los efectos de los contratos. Los efectos de las primeras pueden reducirse a que éstas colocan al deudor en la necesidad jurídica de cumplir lo prometido, es decir, pagar. Si no lo cumple voluntariamente, la autoridad pública se lo hace cumplir aún empleando la fuerza. Esto es aplicable en las obligaciones de dar y de no hacer, puesto que la autoridad puede entregar por el deudor o destruir lo que éste haga en ciertos casos, pero respecto de las obligaciones de hacer, debe tenerse presente que si consisten en la ejecución de hechos personales del deudor, como pintar o representar en un teatro, por la naturaleza de las cosas si no quiere cumplir su obligación, el acreedor no le queda otro recurso que la indemnización de perjuicios; pues la autoridad es impotente para hacer ejecutar obligaciones de esta clase. Al inicio de la

fuerza pública impedirá que un actor represente en un teatro nacional de éste y de jure directamente cumplida su obligación de no hacer; pero no logrará que este quien no quiere. En cuanto a los efectos de los seguros, es decir, de los contratos, bien sabemos que con los derechos y obligaciones que nacen de ellos, como los efectos de la ley son los derechos y obligaciones que nacen o surgen de ella. En el transcurso de este estudio dejaremos bien definido los efectos de la obligación, materia de esta Segunda Parte.

13- DERECHOS DEL ACREEDOR: Nadie pone por duda de que la máxima aspiración para el acreedor, enfrente de un deudor rebelde en el cumplimiento de sus obligaciones, es que éste, le cumpla exactamente su obligación. Pero claro está que aquí no podría hacer efectiva su facultad si no contara con los derechos que le ha otorgado el Legislador, y éstos pueden reducirse a dos: primero, puede el acreedor inatentado oponerle al deudor la excepción del contrato no cumplido y segundo, puede demandar la ejecución forzosa de la obligación.

a) La Excepción del Contrato no Cumplido: Entre el acreedor y el deudor existe una estrecha relación, un como estado de interdependencia debido a la mutualidad de los contratos, y así, por ejemplo, si María nos ha vendido un caballo y nos demanda el precio; pero nosotros le decimos: le pagamos el precio, siempre que ella cumpla primero con la entrega del caballo; es decir, le oponemos la excepción del contrato no cumplido, y agregamos: si ella cumple, nosotros también nos obligamos a cumplir.

Es está demás observar que nuestro legislador no contempla expresamente esta excepción. Pero, de este hecho no podemos deducir que la rechace. Porque si se le autoriza a un contratante para pedir la resolución cuando el otro contratante no ha cumplido con su obligación, con mayor razón autorizará la excepción del contrato no cumplido. Por medio de esta excepción, en realidad, al demandado en forma indirecta viene a compeler al otro demandante a que cumpla su obligación; por eso tiene el cumplimiento de su obligación, en naturalidad.



Además, hay que tener presente que esta excepción recibe dos confirmaciones dentro del Código: en los Arts. 1839, que se traduce en "la mora purga la mora" y 1882, inciso 4o., que establece que el vendedor puede negarse a entregar la cosa vendida cuando hubiere disminuido considerablemente la fortuna del comprador, y ello mientras el comprador no le pague el precio o no le dé garantías de pago.

Esta excepción sirve de fundamento a una institución muy peculiar en el campo del derecho: el derecho legal de retención, que consiste en la facultad que tiene el mero tenedor de una cosa para no ser obligado a devolverla a su dueño, acreedor, sino cuando éste le pague ciertos perjuicios que le alcanza. Así, por ejemplo, en el contrato de arrendamiento, dice el arrendatario al arrendador: yo no cumplo con mi obligación de devolver la cosa arrendada mientras no me pague los perjuicios que me debe, (Art. 1991 C.C.).

b) Ejecución forzosa de la obligación: La ejecución forzosa de la obligación se puede efectuar cuando el acreedor posee un título ejecutivo de aquellos que en mira el artículo 982 de nuestro Código de Procedimiento Civil, y cuando, además la deuda es líquida y exigible, esto es, no hay un plazo ni una condición pendientes. Está demás decir que en esta ejecución forzosa responde los bienes del deudor, no como antiguamente, y en especial en el Derecho Romano, respondía la propia persona del deudor, dando con ello motivo a que el agente pasivo de la obligación fuese esclavizado, esclavizado y vendido. En nuestro Código hay dos disposiciones legales que consagran esta responsabilidad del patrimonio del deudor: Por medio de la primera, toda obligación personal da derecho para perseguir los bienes muebles e inmuebles del deudor, con la sola excepción de los bienes insalvables; y por medio de la segunda, el acreedor puede llegar, si fuera necesario, hasta rematar los bienes del deudor si no cumple su obligación. Con el recurso a favor del acreedor se da cumplimiento a la tesis de la ejecución forzosa de la obligación.

14- CUMPLIMIENTO POR EQUIVALENCIA: Las dos derechos que hemos estudiado tienen como finalidad que el deudor cumpla la obligación a la cual está obligado. Pero puede suceder que no sea posible ya, solicitar la ejecución forzosa, lo que sucede por regla general en las obligaciones de hacer y no hacer, y aún en las de dar cuando se pasa la oportunidad para cumplir. Puede acontecer también que el deudor se allane a cumplir en parte, o que lo cumpla en forma tardía. Y entonces al acreedor le queda el derecho de pedir la indemnización de perjuicios de que hablaremos a continuación.

Concepto: La indemnización de perjuicios, que no es otra cosa que el cumplimiento de la obligación por equivalencia, puede definirse diciendo que es el derecho que tiene el acreedor con respecto al deudor para que éste le pague una cantidad de dinero equivalente a lo que habría valido el cumplimiento íntegro y oportuno de la obligación. Entendiéndose por perjuicios el daño que para el acreedor, con respecto a la ejecución, sea cual fuere, la obligación de su deudor. Esta institución se fundamenta en dos grandes postulados: primero, el legislador ha querido darle al deudor negligente una sanción para el cumplimiento de su obligación y segundo, ninguna persona puede ser lesionada en su patrimonio por un acto de un tercero. Queriendo así equilibrarse las partes y equilibrado el orden jurídico.

15- CLASES DE INDEMNIZACIÓN: La indemnización de perjuicios puede presentarse de dos maneras diferentes: primera, hay ciertos casos en que se la cobra al deudor porque no ha cumplido la obligación o porque sólo la ha cumplido parcialmente; entonces se suele llamar compensatoria; segunda, hay otros casos en que el cumplimiento es tardío y se le ha valido llamar moratoria. Vamos a ocuparnos de ambas por separado:

a) Compensatoria: Es aquella a que tiene derecho el acreedor para exigirle al deudor que le pague en dinero lo que habría valido el cumplimiento íntegro de la obligación. Puede decirse que esta clase de indemnización viene como a recomponer el cumplimiento de la obligación, y sólo se despena de una disposición de Código, que dice: "si el cuerpo cierto perece por culpa del deudor o durante su mora,

la obligación del deudor subsiste, pero varía de objeto; el deudor es obligado al precio de la cosa y a la indemnización al acreedor.

Cabe preguntar ahora: puede el acreedor, cuando el deudor no ha cumplido la obligación, demandar a su arbitrio la ejecución forzada o la indemnización de perjuicios compensatoria? O estará obligado a exigir primeramente la ejecución forzada, y si sólo obtiene un fracaso pedir la indemnización? Para dar contestación a estas preguntas es necesario hacer una distinción: si se trata de obligaciones de hacer y no hacer, no hay ninguna clase de problema, ya que el art. 1410 es claro y terminante cuando dice: "que el acreedor puede pedir tres cosas, y entre ellas, la ejecución forzada de la obligación o la indemnización". El problema surge en lo que se refiere a las obligaciones de dar, donde hay doctrinas contradictorias. Y así, mientras algunos exponentes opinan que rigen las mismas reglas de las obligaciones de hacer; otros, consideran que el acreedor está obligado a exigir primeramente la ejecución forzada y en caso de no obtener éxito, pedir la indemnización de perjuicios.

Lo cierto es que los que sostienen lo segundo, tienen bases poderosas para ello, toda vez que nuestro Legislador ha dicho, con respecto a las obligaciones de hacer, que el acreedor puede pedir a su arbitrio el cumplimiento o la indemnización; claro está que esta no es la regla general, sino más bien la excepción, siendo aquélla, que el acreedor sólo puede solicitar una vez que solicité con fracaso la ejecución forzada. Y si ello no fuera así, tendríamos que las obligaciones pagarían siempre a sus alternativas, y bien sabido se tiene que en esta clase de obligaciones puede solicitarse uno u otro caso indistintamente. Sirve también de fundamento a la tesis que estamos analizando, lo consagrado en el Art. 1594, según el cual si se estipula una cláusula penal antes de que el deudor se constituya en mora, sólo podrá demandarse el cumplimiento, y después que lo está puede solicitarse según a su arbitrio, la indemnización o el cumplimiento de la pena.

Aunque no es menos cierto todo lo expuesto por esta doctrina, parece más aceptable la otra, que fundamenta su tesis en las siguientes razones: la-El



argumento aducida del artículo 1610 no tiene mayor valor, porque lejos de ser excepcional no constituye más que una aplicación de la regla general. -2a.- Dispone la institución de la mora tres cosas: el derecho de solicitar indemnización de perjuicios. Y tanto es así que decir que hay deudor moroso es tanto como decir que se puede solicitar indemnización de perjuicios. Y algo más: que si la obligación es de dar y el deudor se ha constituido en mora, no se ve por qué no se va poder solicitar indemnización de perjuicios. -3a.- El artículo 1594, viene a confirmar precisamente esta doctrina, cuando dice que antes que el deudor se constituya en mora, no puede solicitar la indemnización. Lo que se entiende que apenas se constituye en mora el deudor nace el derecho del acreedor para solicitar indemnización de perjuicios. Y en lo que atañe a la cláusula penal sólo es una forma especial de indemnización de perjuicios, que se pacta o establece en las obligaciones de dar.

Obviadas estas dificultades en nuestro estudio, cabe preguntar ahora, si puede el acreedor solicitar directamente la indemnización de perjuicios, es decir, puede el acreedor pedir simple y llanamente una indemnización de perjuicios en el caso del inciso 2o. del artículo 1546? O sería necesario que solicitara la acción resolutive o el cumplimiento del contrato de acuerdo con el precepto Art. Los fallos de nuestra Corte Suprema sobre el particular han declarado abiertamente que no puede solicitarse directamente la indemnización de perjuicios, sino también debe solicitarse la resolución o el cumplimiento, porque los perjuicios son una consecuencia lógica de aquéllas.

b) Moratorias: la indemnización de perjuicios moratoria puede definirse dicicando que es el derecho que asiste al acreedor para solicitar de su respectivo deudor el pago en dinero del equivalente al cumplimiento oportuno de la obligación.

Nuestro Legislador la estableció en términos muy claros en el Art. 1610, que dice que si la obligación es de hacer y el deudor se ha constituido en mora, podrá pedir el acreedor, junto con la indemnización de la mora, tres cosas, y entre ellas, en el inciso 3o., la indemnización de perjuicios. En tanto que en el inciso 1o., se está refiriendo a la indemnización de perjuicios moratorios; así como

no es el tercero del mismo Art. a la compensatoria. Ahora, qué diferencia hay entre una y otra institución. Las diferencias que existe entre ellas son las siguientes: a) en la compensatoria viene como a reemplazar el cumplimiento de la obligación, y en la moratoria ya se cumplió la obligación, aunque tardíamente; b) en la primera no se puede pedir simultáneamente con el pago de la obligación; en la segunda sí se puede.

16- REQUISITOS PARA QUE SE PUEDE INDEMNIZAR Estos son cuatro, a saber: a) que los perjuicios hayan ocasionado, es decir, que el incumplimiento de la obligación haya ocasionado perjuicios al acreedor; b) que el incumplimiento sea imputable al deudor, esto es, que se produzca por un hecho que acarce su responsabilidad; c) que el deudor se encuentre en mora; d) que tratándose de obligaciones contractuales se haya otorgado, un acuerdo de las partes, que exonere de responsabilidad al deudor. Estos son los requisitos para que pueda estimular la acción de indemnización de perjuicios.

En cuanto al primero de estos requisitos, se requiere que esté plenamente comprobado que el incumplimiento por parte del deudor ha ocasionado perjuicios al acreedor, porque es aquí precisamente donde está el fundamento de la indemnización de perjuicios. De ahí que si el deudor ha cumplido su obligación, y no obstante de haber culpa o mora, tal incumplimiento no ha causado perjuicio, legalmente no está obligado a indemnizar, pues el Art. lo obligara a hacerlo, llegaríamos a la conclusión de que habría un enriquecimiento sin causa de parte del acreedor. Ahora, si el acreedor no ha sufrido ningún empobrecimiento patrimonial, así puede decirse de que ha habido perjuicios.

17- QUE CONSTITUYE LA INDEMNIZACIÓN Por regla general, la indemnización comprende el daño emergente, damnum emergens, o sea el empobrecimiento real y efectivo, y el lucro cesante, lucrum cessans, que consiste en lo que deja de ganarse si no se cumple la obligación contractual (Art. 1113 C.C.). Aquí es el empobrecimiento del acreedor por falta de pago; éste, la privación del enriquecimiento que el acreedor habría conseguido si la obligación hubiera sido pagada de acuerdo con lo pactado

Marcel Planol pone el ejemplo notatorio siguiente: un músico que se ha obligado a dar un concierto en determinada fecha, no ejecuta su obligación; si fuere culpable, el empresario demandará derecho a que le indemnicen: primero, de todos los desembolsos (arrendamiento del teatro, propinas, pago de impuestos, etc.); y segundo, de no haber hecho la utilidad que el concierto habría dejado.

(Cuando el deudor, al contraerse la indemnización de perjuicios, sabe que el incumplimiento le causará la culpa de él a al acreedor que tiene que acreditar que los perjuicios han resultado, desde esta la regla general, dadas las circunstancias en las siguientes: cuando no ha estipulado una cláusula que exonerase de toda responsabilidad, y cuando no ha estipulado una cláusula que exonerase de toda responsabilidad, y cuando no ha estipulado una cláusula que exonerase de toda responsabilidad).

16. DE LA RESPONSABILIDAD DEL DEUDOR EN CASO DE IMPROBABLE O FORTUITO

segundo de los requisitos para que pueda invocarse la indemnización, dice: "que el incumplimiento sea imputable al deudor"; sin embargo, hay tres hechos notables que pueden oponerse a que el deudor cumpla su obligación al acreedor, y ellos son: el caso fortuito o fuerza mayor, la culpa y el dolo. Se ha aceptado por regla general, que cuando el deudor no cumple la obligación por un caso fortuito, no responde de los perjuicios, lo que no sucede cuando tal incumplimiento se debe por culpa o dolo, como el responde de ellos. Todo esto se puede resumir diciendo que para que el deudor responda de perjuicios, su incumplimiento debe ser culpable o doloso, ya que el caso fortuito lo exime de toda responsabilidad.

(Causa a nullo praestantur).

CAPITULO V

313

19- DEL CASO FORTUITO O FUERZA MAYOR: Definición: El caso fortuito, denotado in-  
 distintamente "causus", "vis maior", "vis divina", "factum", "fatalitas", "periculum  
 damnae fatale", constituye el fenómeno jurídico que generalmente releva de respo-  
 sabilidad contractual. Por eso se le atribuye fuerza, suceso o evento a que  
 no se puede resistir, Quoniam vis, cui resisti non potest, decían los Romanos. De a-  
 qui que al definirlo digamos que es un hecho imprevisto a que no es posible re-  
 sistir, como sería un naufragio, un terremoto, una batalla, etc.

Para que el caso fortuito pueda surgir a la vida jurídica con necesario cu-  
 atro requisitos: a) se requiere que el hecho se produzca independientemente de la  
 voluntad del deudor. De aquí que se haya establecido que el deudor no queda exi-  
 mido de responsabilidad cuando el caso fortuito se produce durante su culpa si m-  
 ra, pues la Ley lo hace responsable de sus actos. b) Se requiere que este aconte-  
 cimiento sea imprevisto, que las partes no lo hayan podido prever. Así, por eje-  
 plo, no se puede alegar tal imprevisión, en el siguiente caso: Pedro se compra  
 te a vendernos cierta cantidad de cosas que no tiene en su poder sino que va a  
 adquirir y después un acontecimiento lo impide adquirir las. Claro está que hay  
 imprevisión pero de su parte. c) Se requiere que el acontecimiento sea insuper-  
 ble. Lo que equivale decir que en el caso fortuito haya una verdadera imposibi-  
 lidad absoluta, porque de ser relativa no constituye caso fortuito y no exime,  
 consecuentemente, de responsabilidad al deudor. d) el caso fortuito o fuerza  
 mayor debe tener como consecuencia una imposibilidad permanente de ejecutar la  
 obligación. Lo que quiere decir que si hay un acontecimiento que produce una in-  
 posibilidad temporal, no exime al deudor; ya que éste siempre estaría obligado  
 a cumplir la obligación una vez cesase tal acontecimiento.

20- DOCTRINA DE LOS AUTORES SOBRE EL PARTICULAR: No todas las legislaciones tie-  
 nen una idéntica definición sobre el caso fortuito o fuerza mayor. Así, la nue-  
 tra en la Ley 99, Art. 10.-, que derogó el Art. 64 del C.C., lo define dicien-  
 do: Se llama fuerza mayor o caso fortuito el imprevisto a que no es posible re-

distir, etc. Golia y Capitant entiendo que el caso fortuito es un caso extraño imprevisible, que impide en absoluto ejecutar la obligación. Inca, al referirse a él, habla del evento imposible de prever, e imposible de evitar en cuanto a sus efectos. Para Boullant, el fenómeno ha de impedir el pago y ser imprevisible para el tipo ordinario de los hombres. Heurt, considerando que el suceso ha de ser imprevisible, general, y determinante de una imposibilidad absoluta y definitiva de ejecución; y en fin, para Planiol, con los elementos que el obstáculo sea insuperable y no sea imputable.

21- EFECTOS DEL CASO FORTUITO: Estos pueden reducirse a dos: 1o.- Cuando existe la responsabilidad al deudor, cuando la obligación no puede cumplirse por fuerza mayor, se extingue la obligación por el modo llamado imposibilidad en la ejecución (Causa fortuitos casus nullum humanum avertitum providere potest, tractor hinc mine, debitor, nihil praestare debet); 2o.- el deudor tampoco responde de perjuicios moratorios ocasionados por fuerza mayor. Y así lo dice el art. 1516-8 C.C. al manifestar que la mora producida por fuerza mayor o caso fortuito no da lugar a indemnización de perjuicios".

22- CASOS EN QUE EL DEUDOR RESPONDE DEL CASO FORTUITO: Son los siguientes: 1o.- Cuando el deudor ha tomado expreso sobre sí el caso fortuito, es decir, cuando ha pactado con el acreedor que él responde del caso fortuito. Si el suceso que impedía definitivamente o temporalmente ejecutar la obligación, hubiese ocurrido por culpa, por dolo, o durante la mora del deudor, no le llamaba "casus culpa aut dolo determinatus". Y en tal hipótesis, el deudor era responsable (Et hoc ab initio convenit, ut et caljam et periculum praestet). Esta es una estipulación que se puede hacer, pues así lo autoriza el inciso 3o.- del art. 161 del C.C.. Hay una especie de aplicación del principio de la libertad contractual.

2o.- Cuando se ha producido el caso fortuito durante la mora del deudor, de acuerdo con el art. precitado; pero no así si la cosa hubiere perecido igualmente en manos del acreedor. Así, por ejemplo, si se trata de entregar un caballo



y el dador está en mora; pero una inferencia inadmisible para el animal; de haber estado en poder del acreedor, el cual, lo también, como su muerte aquí el dador no responde del caso fortuito. 3o.- Dando se produce por culpa del dador. En qui más bien desaparece el caso fortuito y aparece la culpa. 4o.- En casos excepcionales en que el legislador le hace cargar con el caso fortuito, como sucede en el Art. 1735, con respecto al que ha perdido o robado un cuerpo cierto, etc.

13- LA OBLIGACIÓN COMPARE LA OBLIGACIÓN DE LA PENALIDAD. De acuerdo con el Art. 1733 del C.C. el dador es obligado a probar el caso fortuito que alega. Si estando en mora tanto que el cuerpo cierto habría perecido igualmente en poder del acreedor, a él también obligándose a probarlo. De donde se infiere que debe probarlo quien lo alega.

Hay ciertos autores que consideran que si el caso fortuito no hace imposible el cumplimiento de la obligación, si bien consigue una imposibilidad latente, pero que hace entonces mucho más costoso el cumplimiento, lo exige al dador un sacrificio económico de considerable, y entonces se pregunta, si podrá el juez modificar las obligaciones del dador? Si podrá disminuirlas? Y no que en este punto de vista nos hallamos en presencia de la famosa teoría de la imprevisión, que estudiaremos a continuación.

14- DE LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN. Esta teoría que tiene clara vinculación y semejanza con el caso fortuito, no obstante de tener diferencias notables, puede enunciarse así: Nos la teoría destinada a limitar los riesgos y la responsabilidad de los contratos más de lo que lo están en el derecho civil; que se funda en una noción administrativa de la fuerza mayor, más amplia que nos civilista, que reduce la distinción de lo que es natural y de lo que es humano, mucho más ampliamente de lo que es usual distinguiendo en el derecho civil.

Fortemente esta moderna concepción jurídica a las periclitaciones que se firman consignadas en los aforismos latinos, y por ello, los glaucos se abstenen de comentarlas. Tiene su origen en los principios de derecho que capitan con los comunistas, impulsados por el deseo moral de acabar con la miseria, y

concretaron en los rápidos términos de la expresión subis sine stantibus, han llegado hasta nosotros tan apasionadas y controvertidas tesis, a través de los seguidores, pero solamente ha tenido aplicación desde los últimos días de la primera Guerra Mundial. Los redactores del Código Napoleónico, dominados por los principios individualistas, no pudieron concebir ni sostener una teoría que ataca, precisamente, el fundamento de la teoría de la voluntad.

25- DIFERENCIAS ENTRE EL CASO FORTUITO Y LA IMPREVISIÓN. Sin duda alguna esta teoría es aparentemente idéntica al caso fortuito, con las siguientes diferencias que podemos reducir a tres: a) el caso fortuito trae consigo, como ya vimos, una imposibilidad absoluta de ejecutar las obligaciones, mientras que en la imprevisión hay una verdadera imposibilidad relativa, ya que el deudor puede sí cumplir su obligación pero a base de un sacrificio económicamente desconsiderado; b) el caso fortuito excusa de responsabilidad, extingue, por así decirlo, la obligación liberando al deudor de su cumplimiento, en tanto que la imprevisión no lleva consigo la extinción de la obligación, sino que solamente, en virtud de ella, se modifican los contratos; y c) la noción del caso fortuito es de carácter objetivo mientras la imprevisión es una noción de carácter subjetivo.

26- PELIGRO AL APLICAR ESTA TEORÍA. La aplicación de la teoría de la imprevisión en nuestro Derecho Civil, implica una lucha entre el principio de la equidad y el principio que establece que el contrato legalmente celebrado es una ley para las partes. De aquí que es sumamente peligroso aplicar la teoría de la imprevisión sin entrar en pugna dos principios fundamentales: el consagrado en el Art. 1602 y el que encierra la equidad. De donde se infiere que la mayor objeción que se puede hacer a la aplicabilidad de esta doctrina, sería la siguiente: Si los contratos celebrados pudieran modificarse y dejarse sin efectos con frecuencia, desaparecería la estabilidad jurídica en los contratos, necesarios para el comercio y la vida jurídica.

27- LA IMPREVISIÓN EN LA LEY DE 1936. Para nuestro Legislador esta tesis no ha sido extraña y ha dictado varias disposiciones sobre el particular; vamos, por ejemplo, algunos casos: 1o.- El Art. 52 del Código de Régimen Político y Municipal dispone que la vigencia de la Ley comienza dos meses después de su promulgación; y el Art. 53 del Código Municipal, entre otros, el caso siguiente: 2o.- Cuando por causa de guerra u otra inevitable, estén interrumpidas las comunicaciones de alguno o algunos municipios con la capital y suspendido el curso ordinario de los correos, en cuyo caso los dos meses se contarán desde que cese la incomunicación y se establezcan los correos. Y 2o.- Desde el punto de vista práctico, en los contratos sobre producción de hule vegetal, celebrados por el Gobierno conforme a las autorizaciones que le dió la Ley 94 de 1936, Art. 56, se estableció una cláusula de revisión dependiente de factores imprevisibles. Tal cláusula dice: "Las partes contratantes aceptan que, al ocurrir factores no previstos en el momento de celebrarse el contrato y que pudiesen afectar en alguna forma los intereses del contratista, esto dará lugar a una revisión de las estipulaciones contractuales, en períodos que no serán menores de cuatro meses."

28- CONCEPTO DE NUESTRA CORTE SUPREMA. En cuanto a nuestra Jurisprudencia, la Corte Suprema de Justicia, solicitada para que aplicara la teoría de la imprevisión a un caso de contrato ya cumplido, se negó, con razón o sílo, haciendo las siguientes consideraciones: Ante el principio de la autonomía de la voluntad y el postulado de que los contratos son una ley para las partes, se ha sustituido la cuestión de si los Tribunales pueden corregir o modificar, cuando se da a ejecutar un contrato, cuando han surgido posteriormente a la celebración de éste, ciertas hechos que tienden a constituir un desequilibrio en la prestación de alguna de las partes, hechos extraccontractuales y que no pudieron ser previstos cuando el contrato se celebró. Sobre el fundamento de los precedentes del Derecho Romano REBUS SIC STANTIBUS, o sea que hay que suponer que las partes han entendido mantener el contrato si las circunstancias en que se celebró no cambian, se ha firmado la teoría de la imprevisión, que se encamina a darle al juez, al poder de modificar la ejecución de un con-



trato cuando han variado de tal manera las circunstancias, que se hace imposible para una de las partes cumplir lo pactado, sin que sufra lesión en sus intereses. Aunque cuando entre los modernos expositores de derecho existe discrepancia sobre la adopción de esta teoría y aun cuando en este fallo no se trata de su aplicabilidad, todos los expositores están de acuerdo en que ella no tiene cabida, y puede aplicarse sólo a los contratos en ejecución, pero no a los ya cumplidos, porque entonces el acto jurídico ya no existe, de suerte que por más que pudiese ampliarse no se podría llegar a la revisión del contrato por ministerio de la justicia, puesto que la teoría sólo se inspira en la idea del equilibrio contractual. Cualquiera que sea o llegue a ser el pensamiento de la Corte sobre esta ría y sobre su aplicabilidad, ante nuestra legislación, queda visto que en el presente pleito no puede tal teoría desempeñar papel alguno por la razón decisiva que cuando Tomás Sibon cumplió su deber el 17 de octubre de 1932, ya estaba cumplida por parte de los Hoyos su obligación, cumplimiento que tuvo lugar el julio de este año.

29- DISPOSICIONES DEL CODIGO CIVIL QUE DEJAN LA IMPREVISIÓN: Hay varias disposiciones diseminadas en el Código que dejan de manifestar que nuestro Código Civil no ha aceptado la teoría de la imprevisión, así, el Art. 2041, dice que el comprador no tendrá derecho para pedir rebaja del precio o renta alegando caso fortuito extraordinario que hayan deteriorado o destruido la cosa. El 2060, en su primera parte, que dice: "el empresario no podrá pedir aumento, a pretexto de haber encarecido los jornales o los materiales, o de haberse hecho agregaciones o modificaciones en el plan primitivo, cuando se haya ajustado un precio particular por dichas agregaciones o modificaciones". Y el 2224, que expresa: "Si se ha pactado dinero, sólo se debe la suma expresada en el contrato, etc.". Como llegamos a la conclusión de que en Colombia, esta teoría de la imprevisión no ha tenido verdadera acogida por nuestro legislador y nuestra jurisprudencia

30- DE LA CULPA Y SUS GRADOS: Concepto: Considerado en un sentido amplio, el concepto de culpa es común al derecho penal y al derecho civil, y se refiere a una conducta reprobada por la Ley, ya observada en la violación de un contrato o en la comisión de un acto ilícito. De donde es fácil comprender que lo que hay reprobado es la voluntad maligna o negligente del individuo. Luego hay dos modalidades: la del dolo y la de la negligencia o culpa en sentido restringido. La distinción tiene en el derecho civil mayor importancia que en la Ley penal, ya que aquí suele sancionar los casos de simple culpa con el deber de indemnización, que es también la sanción más importante que provoca el delito civil. Aunque hay casos en que sólo constituye en responsabilidad el dolo, esto es, el daño causado intencionalmente. Ahora, como la culpa genéricamente considerada, comprende el dolo y la culpa específica, hablaremos a continuación de cada uno de ellos.

31- EL DOLO: Se le suele llamar dolo a la intención o voluntad de faltar a las normas del Derecho, causando un daño. Giorgi, lo define diciendo que es la conciencia de no cumplir la obligación, o sea, la conciencia de no observar la conducta pactada. Para Carrara, el Principio de la Escuela Clásica, el dolo no es el vicio del entendimiento, sino de la voluntad; por consiguiente, no puede residir en la conciencia de no cumplir la obligación, sino en el propósito de violarla. Y, finalmente, en el inciso final del Art. 63 del Código Civil nuestro, se dice que el dolo consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad del acreedor, o sea el propósito de causar daño a éste. Así, procede dolosamente al autor del acto cuando se propone con él lo que le vedan la Ley o un negocio jurídico, realizando, por ejemplo, antes que el contrato a que se somete la prohíbe realizar, violando un derecho ajeno e infringiendo una norma legal. Por otra parte, para que exista el dolo no basta que el culpable haya previsto las consecuencias anti-jurídicas del acto; por ejemplo, la muerte o lesión de una persona, sino que ha de proponerse el conseguir precisamente ese resultado; cabe también que adopte una actitud indiferente ante la posibilidad de que se

324  
produzca, necesariamente las consecuencias eventualmente, para el caso de que lie-  
gues a ocurrir (dolus eventualis). en cambio no existe dolo cuando el culpable,  
aun habiendo previsto los resultados como posibles, confía y desea que no se pro-  
duzcan, y sobre todo, cuando adopta precauciones que resultan vanas. En tales ca-  
sos, estamos dentro del terreno de la negligencia consciente.

En cuanto a las formas, sabemos que puede ser un vicio del consentimiento  
y como tal es toda maquinación fraudulenta ejecutada con el fin de que otra  
persona preste su consentimiento para celebrar un acto o contrato. También el dolo  
puede ser considerado como constitutivo de delito, y entonces es una causa fu-  
te obligaciones. Y podría aceptarse una tercera forma de dolo: el hecho que agrava  
la responsabilidad del deudor en el cumplimiento de sus obligaciones. Y di-  
gamos que agrava la responsabilidad del deudor porque, de acuerdo con el Art.  
1616 del C.C., por regla general el deudor es responsable de los perjuicios pre-  
vistas, y fundamentalmente cuando ha habido dolo respecto de las imprevistas.

Puede el dolo presumirse. Una notable diferencia podemos señalar entre  
el dolo y la culpa: mientras la culpa se presume, el dolo no se presume, sino  
que debe probarse. Lo dice así el Art. 1110, el dolo no se presume sino en los  
casos establecidos por el legislador. En los demás casos debe probarse. Sin em-  
bargo, haya o no previstos por la ley, en que se presume. Y así, en el Art.  
1358, que establece, que de parte del albacea hay dolo cuando se compromete a  
ejecutar una disposición testamentaria contraria a la ley. También se presume  
el dolo cuando un individuo apuente su dolo de autismo el resultado de la e-  
puesta (Art. 2204 del C.C.). De acuerdo con el Art. 1029, número 5o., también  
hace presumir el dolo, el mero hecho de detener u ocultar un testamento.

32- DE LA CULPA O NEGLIGENCIA: Consiste solo en que el actor del acto, sin pr-  
ponerse a provocar un resultado antijurídico, no guarda la diligencia exigible  
es decir, adolece de la negligencia, imperitia, desidiosa, ignavia que decían los  
jurisconsultos romanos. La negligencia se puede dividir en dos clases: consen-  
te o inconsciente. La primera se acredita cuando el culpable cuenta con la pos-

bilidad de que se produzca ese resultado, y, confiado en que no sobrevenga, omito las medidas providenciales necesarias para evitarlo. La segunda se produce cuando el culpable no prevé las consecuencias, pudiendo o debiendo prevenirlas; su culpa, aquí, consiste en no formar todo lo que debió la voluntad y concentrar la atención. Ahora, la negligencia puede consistir en cometer actos imprudentes o en omitir las precauciones a que el sujeto agente venía obligado. Ejemplo de negligencia técnica es el error de detalle, ya que una persona razonablemente diligente debe conocer el derecho que rige.

33- LA CIASE DE CULPA QUE ESTUDIAMOS es el criterio que informa la culpa manifiesta una verdadera confusión de lo moral con lo económico. Pero bien sabido es que la responsabilidad civil no es un problema de ética, sino más bien de economía; es in abstracto, la relación entre dos patrimonios, cuando el titular del uno ha obrado contra el del otro. De ahí que la culpa que estamos estudiando sea la culpa contractual, ya que se trata de restablecer el equilibrio económico cuando se haya roto, y para ello basta atender a la naturaleza material del fenómeno que produjo el daño o perjuicio, sin entrar a investigar algo sobre la voluntad del agente. De donde se ve que el criterio subjetivo debe ser reemplazado por el objetivo.

34- CULPA Y CULPA. Siempre toda responsabilidad hace suponer culpa, y ésta en materia contractual, que el deudor, estando en condiciones de efectuar libremente el pago de la obligación, no lo efectúa, por haber sido su voluntad intencional o preterintencional, no lo ha efectuado, hasta ahora preguntarse: ¿cómo debe entenderse que ha habido libertad de efectuar el pago? Claro está que cuando la prestación no se había hecho absolutamente imposible, y cuando habiendo venido imposibilidad absoluta de llevarla a cabo, el deudor la pudo evitar con la diligencia y el cuidado debidos. Mas si la prestación no se había hecho absolutamente imposible, es lícito suponer que el deudor es culpable por no haberla realizado; pudiendo haber efectuado él mismo el pago, o por medio de tercera persona que no incurra en la teoría de la mora. Ahora, si la imposibilidad es evitable,

y el deudor no la evita con la diligencia y el cuidado debidos, también es culpable de la ineficacia; porque libremente no evitó la imposibilidad. <sup>326</sup> Así lo consideraba el Derecho Romano.

Sostiene Jaime Rodríguez Fernández que cuando el deudor se ha obligado, a veces distintos, a hacer tradición de un mismo cuerpo cierto a dos o más personas, la falta de entrega a una o más, obedece a culpa suya, consistente en la que implica la mora. En tal hipótesis, dice, el riesgo del cuerpo cierto, cuya tradición se debe, no corresponde al acreedor, según la regla general consignada en el primer inciso del art. 1607 del C.C., sino al deudor; porque éste, de la fe o por su culpa, se ha puesto en la imposibilidad de pagar a una o más de varias obligaciones que ha contraído (Conferencias sobre la Compraventa).

Según Pierre Signy, en su estudio que lleva el título de "Responsabilidad Contractual y Fuerza Mayor", la responsabilidad por falta de pago proviene únicamente de no haber evitado el deudor, por su culpa, que la prestación se haya hecho imposible. La culpa radica en no haberlo evitado, si pudo evitarlo.

35- LA CULPA ESPECÍFICA: Como el dolo, es un vicio de la voluntad; pero se distingue de éste porque no hay en el deudor ni conciencia, ni propósito, de no cumplir la obligación. El deudor/incurre en culpa no ejecuta el hecho, ni lo comete en intención voluntaria en sí, sino sólo en sus antecedentes. Su voluntad anterior ha sido débil, carente del ánimo de obrar o de abstenerse. El deudor negligente o descuidado porque lo dirige una voluntad viciosa; su falta de vigilancia y su falta de conciencia habrían podido prevenirse con atención y reflexión, también su origen en la voluntad humana; no se producen sin su impulso. bien en los hechos culposos hay un vicio de inteligencia, dice Carrara, ya no se conocen las consecuencias dadas de un hecho, sin embargo, este vicio de inteligencia se remonta en su origen, a la voluntad del agente; porque por vicio de voluntad no se empleó la reflexión, con la que hubiera podido fluir, y conocer esas consecuencias adversas. Si la culpa fuera un mero vicio de la inteligencia, no sería, por exigencias de la lógica, ni moral ni política



328

to imputable. Lo es, precisamente, porque la negligencia tiene su causa en la voluntad del hombre."

Ahora, cómo se distingue el incumplimiento doloso del culposo? Cuando el deudor ha tenido conciencia e intención de no observar la conducta a que se obliga: su conducta es dolosa, y su incumplimiento también lo es. Cuando el deudor no ha tenido conciencia ni intención de no observar la conducta, pero habría podido observarla con buena voluntad, por la de persona tan diligente y cuidadosa cuando él hubiera pedido verlo.

36- LA CULPA SEGUN NUESTRO CODIGO CIVIL: La culpa contractual admite diversas graduaciones: puede ser grave, leve y levisima; mientras que la extrac contractual no admite esta graduación. Nuestro Código, en su Art. 63, establece cómo la culpa es grave, leve y levisima. La culpa grave consiste en la omisión de aquella diligencia que aún en los hombres más descuidados emplean en sus negocios; agrega el Art.: "esta culpa en materias civiles equivale al dolo". La leve consiste en no emplear aquella diligencia que los hombres emplean en sus negocios; y agrega el Art.: "que cuando se habla de culpa o descuido sin otra clasificación, se entiende culpa leve, y que el que debe administrar un negocio como un buen padre de familia es responsable de esta especie de culpa". Y la levisima consiste en no emplear aquella diligencia que los hombres más descuidados emplean en sus negocios de importancia".

37- IMPUTACION DE ESTA CLASIFICACION TRIPARTITA: El Art. 1604 del C. C. la establece. Sirve para determinar la responsabilidad del deudor en los diversos contratos. Este Art. da las reglas generales diciendo que si el contrato beneficia únicamente al acreedor, el deudor responde sólo de culpa grave, acentuado en el contrato de depósito, que va únicamente en beneficio del acreedor, así lo dice el Art. 2247 del C. C.

Cuando el contrato va en utilidad del acreedor y del deudor, éste responde sólo de la culpa leve, como en el contrato de arrendamiento, donde el Art. 199 dice: "el arrendatario explicará en la construcción de la obra el cuidado de un

buen padre de familia, y ya sabemos que la responsabilidad de un buen padre de familia es la leve.

En cuanto a la culpa leve, se responde de ella en los contratos que están establecidos en beneficio exclusivo del deudor. Es la que sucede en el contrato de comodato, donde, de acuerdo con el Art. 2203, el comodatario es obligado a cumplir el mayor cuidado en la conservación de la cosa, y responde hasta de la culpa leve.

Lo mismo puede que esta división sea difícil en la práctica, porque en realidad de verdad quedará a la aplicación del juez determinar si un acto del deudor constituye una u otra clase de culpa. Y puede suceder que mientras un juez califique una culpa de grave, y otro en cambio, la califique de leve.

En cuanto a la carga de la prueba, la culpa contractual no está obligada a probarla el que la alega, sino que el deudor debe acreditar que ha cumplido la diligencia debida; así lo dice el Art. 1904, en su inciso 3o. Recordando lo que dijimos en el caso fortuito, hallamos que esta disposición está en perfecta armonía con lo que dijimos respecto de la persona que debe probar el caso fortuito, es decir, el que lo alega.

XXX

29- ALGO SOBRE LA MORA: Concepto: Podemos definir la mora diciendo que es el retardo culpable en el cumplimiento de una obligación, unido al requerimiento de parte del acreedor. La teoría de la mora, cuyo origen se halla en el derecho estricto, pero que alcanzó a un desarrollo completo a propósito de los contratos de buena fe, sirve para explicar cuándo y por qué hay responsabilidad en los casos de falta de ejecución de la obligación en su tiempo. De la definición dada, podemos colegir que para que la mora se produzca deben reunirse las tres condiciones siguientes: interpelación hecha por el acreedor, falta de pago y culpa del deudor.

30- DISTINCIÓN ENTRE RETARDO Y MORA: El retardo y la mora en Derecho son dos cosas distintas e inconfundibles. Pues la noción del retardo está estrechamente

vinculada con la exigibilidad de una obligación. Así, en un contrato de compra-venta, el vendedor se obliga a entregar la cosa inmediatamente después de celebrado el contrato y el comprador, a su vez, a pagar el precio inmediatamente después de serle entregada la cosa. Ahora, si el vendedor demora 3, 5, 9 ó 15 días en entregar la cosa, estará en mora por estorbado hecho? Pues no, el deudor sólo se encuentra retardado, es, por así decirlo, un deudor en retardo, pero no en mora. Ya que lo <sup>que</sup> caracteriza principalmente a la mora es el requerimiento que hace el acreedor. Esta idea está clara en el Art. 1594, según el cual el acreedor, antes de constituirse el deudor en mora, no puede sino exigir el cumplimiento de la obligación principal. El espíritu de este Art. deja ver que antes de la mora y después de celebrado el contrato hay un lapso, un estado intermedio que es el retardo, el cual nace desde que la obligación se hace exigible.

40- REQUISITOS PARA HABER EN MORA LA ALGA: Los requisitos indispensables para que haya mora de parte del deudor, son cuatro, a saber: 10.- Que haya interpelación por parte del acreedor; 20.- que de parte del deudor haya retardo; 30.- que el retardo sea culpable; y 40.- que el acreedor haya cumplido su obligación o se al-  
 no si cumplida en lugar y tiempo convenidos.

10.-) Se requiere que haya de parte del acreedor interpelación. Es decir, el acto por el cual el acreedor hace saber al deudor que el incumplimiento de la obligación le ocasiona perjuicios. Dicha interpelación puede ser contractual y extrac contractual. La primera puede ser expresa y tácita, y en general es la que se hace en el mismo contrato. La expresa está contemplada en el número 10.- del Art. 1638, y la tácita en el número 20.- de dicho Art. Y la extrac contractual figura en el numeral 30.- del mismo Art. Véase a estudiarlas por separado.

a) Interpelación contractual expresa: De acuerdo con el número 10.- del Art 1638 del C.C., el deudor está en mora "cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado". Así, por ejemplo, si se establece en un contrato de compra-venta que el vendedor entregará la cosa el 5 de mayo de 1946, y llegada la fecha, si el acreedor no la ha entregado, por este solo hecho quedará en mora. Si



embargo, hay casos excepcionales dentro del mismo Art., cuando dice: "salvo lo que la Ley en casos especiales ordina que se requiera al deudor para constituirse en mora". Hay causas que por haberse llegado del término no se constituye en mora el deudor. Como pasa con el Art. 2034, en el contrato de arrendamiento, donde el arrendatario no se encuentra en mora de pagar la renta por el solo hecho de cumplirse el plazo, sino que se necesita requerimiento judicial. En nuestro Código de Comercio hallamos otro ejemplo, respecto de la Letra de Cambio, donde el solo hecho de venderse no está en mora el aceptante, sino que es necesario que haya requerimiento de parte del girador.

320  
b) Interpelación contractual tácita de acuerdo con el número 20.-, el deudor está en mora cuando ha debido cumplir su obligación dentro de cierto plazo que es la natural en sí misma de la obligación, y ha dejado pasarlo sin ejecutarla. Sería el caso que mandara a hacer un vestido para cuando nos recibamos de abogado. Llegó la fecha del grado y el deudor no tenía el vestido; este se constituye en mora, porque dejó cumplir su obligación en tiempo oportuno.

Interpelación contractual expresa es la que proviene de un acto posterior a la celebración del acto o contrato. De acuerdo con el número 30.-, también está en todo caso, con las demás cosas, dice la disposición, cuando ha interpuso requerimiento judicial de parte del acreedor.

20.-) Que de parte del deudor haya fallado. Ya hablamos de él al compararlo con la mora.

30.-) Que el retardado sea culpable. El texto requiere decir que se requiere el retardado sea culpable. El Art. 1516, inciso 20.-, dice: "la mora producida fuerza mayor o caso fortuito no da lugar a indemnización de perjuicio".

40.-) La mora también sucede que el deudor haya cumplido su obligación a tiempo y en la forma y tiempo convenidos; porque el Art. 1509 establece que ninguno de los contratantes se encuentra en mora mientras el otro contratante no haya cumplido su obligación o se obligó a cumplirla en forma y tiempo debidos. Disposición ya conocida y que traduce en el adagio "la mora purga la mora".

41- EFFECTOS QUE PRODUCE LA MORA DEL DEUDOR. Los efectos que produce la mora del deudor pueden reducirse a tres: a) De acuerdo con el Art. 1614, lo hace responsable del pago de los perjuicios que sufra el acreedor; b) De acuerdo con los Arts. 1604 y 1729, es responsable del caso fortuito que sobrevenga durante la mora, salvo que la cosa hubiere perecido igualmente en manos del acreedor; c) De acuerdo con el Art. 1607, el riesgo del cuerpo cierto cuya entrega se deba que por regla general es del acreedor, corresponde al deudor cuando está en mora.

42- MORA DEL ACREEDOR. Es casi difícil hallar en la práctica la mora del acreedor o creditaria. Esta se afecta cuando el acreedor sin ninguna razón legal no quiere o no puede recibir del deudor la cosa debida. Como se ve esto casi nunca sucede, sin embargo, en nuestro Código, disposiciones disímiles la contemplan, y así tenemos que hay tres Arts. que la contemplan. En el 1605, de acuerdo con el cual "la obligación de dar contiene la de entregar la cosa, y si ésta es un especie o cuerpo cierto, contiene además la de conservarlo hasta la entrega, no para pagar los perjuicios al acreedor que no se ha constituido en mora de recibir". En el 1739, que dice "la destrucción de la cosa en poder del deudor, después que ha sido ofrecida al acreedor, y durante el retardo de éste en recibirla, no hace responsable al deudor sino por su culpa grave o dolo". Y el 1883, que se halla en la compraventa, y que declara que "si el comprador se constituye en mora de recibir, aborrad el vendedor al igualar de los alemanes, ganancias e intereses en que se entrega la vendido".

43- EFFECTOS QUE PRODUCE LA MORA DEL ACREEDOR. Estos pueden reducirse a dos: a) El deudor se libera del cuidado ordinario de la cosa y sólo responderá de culpa grave o dolo; ya no responde de culpa leve y levísima; b) el acreedor está obligado a indemnizar los perjuicios que sufra el deudor con motivo de la mora. Estos efectos están expresados en los Arts. 1605, 1739 y 1883 del Código Civil.

## CAPITULO VII

332

44- DERECHOS AUXILIARES DEL ACREEDOR.- Concepto: El Legislador, además de darle al acreedor los dos derechos principales de pedir la ejecución forzosa de la obligación y la indemnización de perjuicios, le ha concedido también los derechos auxiliares, que tienen como finalidad mantener íntegro el patrimonio del deudor, es decir, velar porque no se deterioren los bienes de sujeto pasivo de la prestación, y en esa forma el sujeto activo puede hacer efectivo sus derechos principales, tales son: la ejecución forzosa y la indemnización de perjuicios.

45- CUALES SON ESTOS DERECHOS AUXILIARES? Los derechos auxiliares son los siguientes: a) Las medidas conservativas, b) la sustitución del acreedor al deudor en ciertos derechos, c) la acción pauliana o revocatoria, y d) El beneficio de separación de patrimonio. A continuación hablaremos sucintamente de cada uno de ellos.

46- MEDIDAS CONSERVATIVAS: En nuestra Legislación no se consigna un título especial donde estén consagradas; sin embargo, hay disposiciones dispersadas en el Código Civil, en el de Comercio y en el Código de Procedimiento Civil. Así, en el primero hallamos las siguientes disposiciones: el Art. 820, en su inciso 2o., dice: "que el fideicomisario podrá impetrar las providencias conservatorias que le correspondan, si la propiedad pareciera peligrar o deteriorarse en manos del fiduciario." El Art. 1136, que también da derecho al asignatario bajo condición suspensiva a solicitar las medidas conservativas. El 1150, que dice que el acreedor podrá impetrar las medidas conservativas necesarias en el intervalo entre el contrato condicional y el cumplimiento de la condición.

En el Libro Tercero del Código Civil hallamos los Arts. 1279 y 1280, que autorizan a todos los que tengan interés en una sucesión o se proponga tenerla, el derecho de solicitar que los bienes de la misma se guarden bajo llave y sello. El 1314 también consagra esta institución, ya que éste se refiere a la forma cómo debe efectuarse el inventario cuando un heredero acepta la herencia con beneficio de inventario y da derecho a algunas personas a intervenir en el inventario, a

tre otros, al acreedor. Y el 1821, que se refiere al inventario que debe efectuarse se cuando se procede a liquidar una sociedad conyugal y da derecho a impugnarlo. En

el Código de Procedimiento

existen las llamadas medidas precautorias, y que se traducen en retención de bienes nombramiento de un interventor, prohibición de celebrar acto o contrato.

47- QUE SE EXIGIÓ PARA QUE LA ACREEDORA PUEDE SOLICITAR TALES MEDIDAS: Tampoco

ha dicho más el Legislador ni tampoco ha reglamentado las condiciones en esta materia, mas estudiando el espíritu de ciertos artículos del Código, podemos deducir lo siguiente: 1o.- Que un acreedor condicional o a término puede solicitar las medidas conservativas; ya que así lo están demostrando los Arts. 820, 1136 y 1530 del C.C.; 2o.- Parece también evidente que no se requiere que el deudor esté en insolvencia, pues muchas veces estas medidas tendrán por finalidad prevenir tal insolvencia

3

48- SUSTITUCION DEL ACREEDOR EN EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS REALES: Debido a la importancia

práctica que tiene esta institución, no debemos dejar de tratarla en nuestro estudio. Ella tiene su fundamento en aquella disposición legal que dice: "toda obligación personal da derecho al acreedor para perseguir las bienes presentes o futuros, muebles o inmuebles, del deudor, con excepción de los no embargables" (2488 C.C.). Como es fácil comprender del espíritu de esta frase se puede colegir que en ella se contempla el derecho de prenda en general, por la sencilla razón de que no es la persona del deudor la que va a responder, sino sus bienes, su patrimonio.

49- CUANDO PUEDE EJERCITARSE ESTA SUSTITUCION: Sobre esto se ha aceptado que el acreedor

puede sustituirse al deudor en el ejercicio de los derechos reales, como lo son la prenda y la hipoteca. Aunque hay ciertos derechos reales en los cuales ese ejercicio del derecho por el acreedor no es susceptible, como sucede en los derechos de uso y habitación, y la no sustitución en el ejercicio de estos derechos, es muy natural, pues ya sabemos que tales derechos son inembargables y personalísimos. También no pueden sustituirse los derechos de usufructo que tiene el padre con respecto de los bienes del hijo y el marido con respecto a los bienes de la mujer, ya

que los derechos se han establecido en consideración a la calidad especial de padre y marido.

También puede hacer la sustitución en el derecho legal de retención, claro está que en los casos en que la ley lo concede, como acontece en el contrato de arrendamiento, de comodato, de depósito, de mandato. Así mismo se puede efectuar en los derechos que tenga el deudor como arrendatario, de acuerdo con el Art 2026 del C.C. Disposición esta que establece que la insolvencia declarada del arrendatario no pone fin al arriendo, sino que el acreedor puede sustituirse prestando fianza de seguridad. Se opera igualmente dicha sustitución del acreedor al deudor en los derechos que le correspondan como arrendador. Así lo expresa el Art 2023, que manifiesta que si se ha trabado la ejecución o embargo en la cosa arrendada, subsiste el arriendo y el acreedor puede sustituirse en los derechos del arrendador. Es posible también la sustitución cuando la cosa debida perece por culpa de un tercero, caso en el cual hay caso fortuito y extinción de la obligación (sustitución "in génere"); donde el legislador da derecho al acreedor para exigir al deudor que le dé las acciones que tiene contra el tercero culpable. Y finalmente, tal sustitución puede efectuarse de acuerdo con lo establecido en el Art. 1451, según el cual "no obsta al que regula una herencia, legado o donación, o deja de cumplir la condición a que está subordinado un derecho eventual, aunque así lo haga con el objeto de beneficiar a un tercero. Los acreedores, con todo, podrán ser autorizados por el juez para sustituirse a un deudor que así lo hace, hasta concurrencia de sus créditos; y del sobrante, si lo hubiere, se aprovechará el tercero (inciso 2o.-)".

50- EFECTOS DE LA SUSTITUCION: En la sustitución el acreedor no está ejerciendo en realidad un derecho propio, sino más bien uno que le corresponde al deudor, es decir, está actuando a nombre del sujeto pasivo. Y de aquí que esta acción se le llame indirecta u oblicua. Circunstancia esta de la cual se derivan tres consecuencias; a saber: 1a.- El demandado, el deudor del deudor, es contra quien se dirige el acreedor, puede oponer a éste las mismas excepciones que podría oponer a



al deudor. Así, por ejemplo, si se trata de contrato de arrendamiento: el arrendatario, cuando el acreedor pasa a ser arrendador, podría oponer la nulidad del contrato, el derecho legal de retención, etc. El asunto no varía para el tercero. La segunda consecuencia está relacionada con la cosa juzgada toda sentencia que se dicte entre el acreedor que se subroga y el tercero viene a afectar a todos los acreedores. Aparece el principio que el acreedor obra como representante del deudor. En la que se obtenga por medio de la sustitución del acreedor al deudor entra a formar parte del derecho de prenda general que tienen todos los acreedores con respecto al patrimonio del deudor.

SI CUANDO SE PUEDE EFECTUAR LA SUSTITUCIÓN: En otro punto que se trata nuestro

regulador en título especial; sin embargo, hay varias disposiciones de las cuales podemos resolverlos lo.- El acreedor, para poder entablar esta acción, debe tener interés en ella. Y para ello debe reunir dos condiciones a) tener realmente carácter de acreedor; y b) el deudor debe estar en insolvencia; ya que en caso contrario, es lógico suponer que el deudor se puede oponer a tal sustitución por tener bienes con que responder. La sustitución puede efectuarse cuando hay insolvencia. El Art. 2020 que, refiriéndose al caso de sustitución en los derechos del deudor como arrendatario, dice que la insolvencia del deudor no pone fin al contrato de arrendamiento; y el 2023 que, refiriéndose a la sustitución de los derechos del acreedor como arrendador, dice cuando se ha embargado el bien, y el hecho del embargo manifiesta que hay insolvencia.- 2o.- Se requiere que el acreedor sea puro y simple, ya que si es condicional no podría subrogarse al deudor, y si le debe contentarse con solicitar las medidas conservativas. Y qué se dice del acreedor a plazo? Es posible tal sustitución? En la ley misma la hallamos en el Art. 1553, porque establece que hay caducidad del plazo cuando el deudor está en notoria insolvencia. Y 3o.- Para hacer la sustitución se requiere que el deudor sea negligente en el ejercicio de la acción; y, de acuerdo con las reglas de la prueba, corresponderá al acreedor que se trata de sustituir, acreditar que el deudor es negligente o culpable.

51-LA ACCION PAULIANA O REVOCATORIA: Esta puede definirse diciendo que es aquella que el legislador concede al acreedor para revocar los actos ejecutados por el deudor en fraude de sus derechos. Esta acción tuvo su origen en el Derecho Romano, ya que el nombre del pretor Paulo que la consagró a esa legislación, aunque no era de derecho civil, ya que se dirigía directamente contra la persona del deudor que había enajenado de mala fe algunos de sus bienes, también contra los terceros adquirentes de la cosa que fue enajenada con perjuicio para los acreedores es aquélla. Era, pues, un corolario o consecuencia del principio jurídico, ya conocido, de que el patrimonio del deudor es presa común tácita para los acreedores quirografarios.

52-REQUISITOS DE ESTA ACCION: Del texto de la definición que hemos dado y del espíritu del edicto dictado por el pretor Paulo que la reglamentó la citada acción, hay que distinguir respecto a la manera de enajenar los bienes: en primer término, se exigía que se reuniesen dos requisitos generales: el eventus damni y el consilium fraudis, el evento de un daño para los acreedores, que debía demostrarse en vista de que, embargados y evaluados los bienes del deudor, no alcanzaban para pagar a todos los acreedores, que así venían a sufrir la lesión. El consilium fraudis, propósito fraudulento: la mala fe en la enajenación de algunos de los bienes del deudor, con intención o propósito de perjudicar a los acreedores. Respecto a este segundo requisito hacia el pretor una distinción, a saber: la forma o manera de enajenación, esto es, si era a título gratuito o oneroso; pues si era a título gratuito, bastaba la mala fe o intención fraudulenta por parte del enajenante para que la acción prosperase, aun con respecto de terceros de buena fe, no obstante ésta y la tendencia general de todas las legislaciones de amparar a los terceros; y el Pretor se fundamentaba en estas palabras, aplicadas al tercer adquirente a título gratuito certat de libro emptario, lucha para alcanzar un libro gratuito. Respecto al acreedor del enajenante, el Pretor se aplicaba esta otra certat de empto vitio, lucha para evitarse un daño. La comprensión de estas palabras están de acuerdo con la equidad. Ahora, si la enajenación había sido a título oneroso, se exigía:

malicia comprobada, no sólo de parte del deudor empujante, sino también del tercero adquirente, quien, habiendo dado su dinero como precio de una venta, o alguna cosa suya en permuta, vendría a sufrir lesión injusta al habiendo obrado de buena fe, comprada con buena intención alguna cosa del deudor; pues en esos casos al entrar en conflicto el adquirente de buena fe, vendría a luchar por evitarse un daño injusto: certat de damno vitando; y siendo él un tercero extraño a las negociaciones anteriores del vendedor, debía ser atendido en virtud del otro principio: res inter alios acta aliis non nocere etc. Pero si el tercero adquirente había obrado de acuerdo con el empujante en el propósito de perjudicar al acreedor o acreedores, si había sido consilium fraudis, había en él complicidad, que lo colocaba en condición inferior a la del acreedor demandante y entonces la mala fe retrotraía su actuación hasta el momento de las negociaciones anteriores del deudor con sus acreedores quirografarios, quienes no podían permanecer inactivos ante una nueva negociación con terceros de mala fe, para quienes las primitivas negociaciones del deudor no podían considerarse res inter alios acta; y en este caso los acreedores quirografarios debían ser preferidos al tercero adquirente.

Esta era, a grandes rasgos, la reelaboración de la acción pauliana en Europa, la cual ha pasado a las legislaciones modernas, no solamente en el Derecho Comercial, sino también en el Civil.

SE LA ACCION PAULIANA EN EL DERECHO CIVIL COLOMBIANO: En nuestro Derecho Civil, igual que en Derecho Romano que acabamos de estudiar, en el ejercicio de la acción pauliana deben distinguirse dos clases de contratos: a título oneroso y a título gratuito, distinción consagrada en el Art. 2491 del C. C., en sus numerales 1.º y 2.º. Tratándose de los primeros dicha acción está condicionada por dos circunstancias esenciales, el creditor damni, o sea que el acto ejecutado lesa a su acreedor o causa perjuicio a los acreedores, y el consilium fraudis, que es el estandamiento del deudor y el tercero, con el fin de defraudar a los acreedores. Lo interesante que este estandamiento haya sido para celebrar un contrato serio o un pacto simulado, basta el consilium fraudis y por eso, en la acción que se viene estudiando, puede pedirse



la invalidez ya de los contratos series, ya de los contratos o pactos a nulidad en que exista o haya existido. Fuera de esto, puede también imperararse la nulidad respecto de los bienes cedidos o concursados y de que el deudor ha puesto después de verificando alguno de estos dos fenómenos. Cabe advertir aquí aunque el Código se vale de la palabra nulidad, esta expresión no es técnica jurídica, pues en rigor lo que ocurre es imposibilidad del contrato serie en el derecho del tercero que con una acción de deficiente del daño en referencia.

En tratándose de los actos a título gratuito, hasta la mala fe del deudor el perjuicio de los acreedores. El concessio fraudis, acto unilateral, se recae por un acto unilateral del deudor, que constituye el animus nocendi, por parte éste y que tiene un fundamento filosófico y jurídico, muy sólido a saber: la obligación que tiene el deudor de pagar a sus acreedores y cumplir sus obligaciones y compromisos para con éstos, no les ha permitido hacer actos de liberalidad que vieren a disminuir su patrimonio y a perjudicarlos. Un deudor en estado de insolvencia tiene evidentemente animus nocendi al hacer pactos de liberalidad y pactos no han de celebrarse precisamente con terceros, pueden también ser celebrados con acreedores o deudores del deudor. Entonces los demás acreedores perjudicados por ese acto, pueden ejercitar la acción pauliana, aún en tratándose de contratos onerosos, porque los acreedores no tienen sino los privilegios expresamente establecidos por la ley para hacerse pagar sus créditos y el deudor no tiene facultad de crear privilegios, ad libitum. Así una garantía hipotecaria que se otorga a asegurar una obligación personal del deudor, podría ser demandada por sus acreedores. Y cabe también observar que respecto de actos gratuitos los individuos no son estrictamente libres de operarios, aún cuando no sean insolventes y por eso la ley requiere formalidades como la de la inscripción para las donaciones de más de dos mil pesos. (Art. 1458 del C.C.).

Pero podría preguntarse si la acción pauliana se refiere exclusivamente a los dos contemplados en el Art. 2491 del C.C. y la respuesta a este punto es negativa. Fuera de estos casos existen otros, tanto por disposiciones expresas de la ley como por rectas deducciones de la jurisprudencia. La generalidad de

actos, como lo sostiene Demogue (Traité des obligations en général, tomo VII) pueden ser atacados por la acción pauliana y esta acción admite respecto de los actos patrimoniales. Por aplicación de este principio puede existir esta acción respecto de un arrendamiento prolongado, contratado por el deudor, como arrendador, el aporte de bienes a una sociedad para hacer ocupar bienes del deudor aportante a la persecución de los acreedores; la cesión verificada por el deudor, un pacto de inactividad entre los coherederos, una cesión ya personal, ya real.

54- OTRAS DISPOSICIONES QUE CONSAGRAN LA ACCIÓN Como ampliaciones del principio fundamental de la ley pauliana o sea el de resguardar a los acreedores contra la mala fe de su deudor, existen acciones expresas en la ley colombiana, por ejemplo estas: la acción reivindicatoria de los acreedores que gozan del beneficio de separación sobre las enajenaciones hechas por los herederos dentro de los seis meses subsiguientes a la apertura de la sucesión y que no haya tenido por objeto hacer pagos de créditos sucesoriales (Art. 1441). La nulidad de los actos dispositivos verificados por el quebrado en detrimento de los acreedores dentro de cierto tiempo anterior a la quiebra; el derecho de los acreedores del usufructuario para oponerse a la cesión por renuncia del usufructo (Art. 882 del C.C.); el derecho de los acreedores de sustituir a un deudor que repudia una herencia, donación o legado, o dejó de cumplir la condición a que está subordinado un derecho eventual (Arts. 1451 y 1295, ibidem); y el pago con abstracción como nulo, hecho a un acreedor en fraude de los demás acreedores (Art. 1336). (Resolución, 26 de agosto 1938.-O.J. No 1940, Pág. 63).

56- CARACTERÍSTICAS DE LA ACCIÓN PAULIANA Tres son las características que distinguen esta acción, a saber: I) es una acción individual, porque la ejerce el acreedor en su propio interés y no en el de la masa de los acreedores; y porque, a diferencia de la sustitución del acreedor en los derechos de deudor, el acreedor obra a nombre propio y no en representación del deudor.-II) Es una acción personal, es decir, la entabla un acreedor, y se por el sólo hecho de hablar de acreedor estamos en presencia de un derecho personal, del cual pueden hacer

efectos personales. La acción pauliana tiene por objeto en definitiva dejar sin efectos un acto ilícito: hay en ella una verdadera sanción para un delito o cuasidelito civil.- III) Es una acción prescriptible: Si el acto lo ha ejecutado el deudor simplemente o uno que haya hecho cesión de bienes, la acción pauliana prescribe en un año, o sea, aplicamos el numeral 30.- del Art. 2491 del C.C. Mas estamos frente a un deudor declarado en quiebra, esta acción prescribe de acuerdo con lo dispuesto por el Decreto No. 731 de 1.940, que reglamenta esta materia.

57-EFECTOS DE LA ACCION PAULIANA: Los efectos de esta acción son relativos, y su relatividad puede ser desde distintos puntos de vistas 1o.-) Porque sólo va beneficiar al acreedor que la entable. Así, por ejemplo, si nosotros tratamos de dejar sin efectos una donación que ha hecho nuestro deudor mediante esta acción, vuelve al patrimonio de nuestro deudor la cosa donada. Mas sabido es que vuelve únicamente para nosotros, que ejercitamos la acción, podemos embargarla nos beneficia únicamente a nosotros, y no a los demás acreedores.- 2o.-) Porque sólo deja sin efectos el acto hasta concurrencia del crédito del acreedor que la ha entablado. Por consiguiente que si el deudor ha donado \$5.000 y el crédito del acreedor es de \$1.000, la donación es afectada únicamente hasta los \$1.000, y existe en el exceso. Y todo esto porque el acto jurídico sólo queda sin efecto respecto al acreedor que entable la acción, pero subsiste en el deudor y el adquirente.

D

58-DEL BENEFICIO DE SEPARACION DE PATRIMONIOS: El beneficio de separación está contemplado en el Art. 1435 del C.C., según el cual los acreedores testamentarios o hereditarios tienen derecho para solicitar que no se confunda el patrimonio del heredero con el del causante a fin de poderse pagar con preferencia sobre los acreedores del heredero en los bienes dejados por el difunto. La razón fundamental de esta institución estriba en que por el hecho del fallecimiento de una persona sus bienes se confunden con los del heredero: hay una confusión para formarse una sola masa de bienes. Pero hasta aquí no hay dificultad,

surge cuando hay un heredero insolvente, a causa de muchos acreedores, ya que esto vendría a resultar un serio perjuicio para los acreedores hereditarios y testamentarios, y es por esto por lo que, el legislador ha querido facultar a estos acreedores para impetrar el beneficio de separación de bienes, para que en esa forma pueda pagarse preferencialmente con los bienes dejados por el decedens. Como se puede observar muy bien el beneficio de separación es una verdadera excepción a la unidad del patrimonio.

¿CUI ENES PUEDEN PEDIR ESTE BENEFICIO? Sobre esto las disposiciones del Código son claras y contundentes, cuando declara que los únicos que pueden impetrar el beneficio de separación son los acreedores del difunto; ya sean hereditarios, es decir, los que el difunto tenía en vida, o ya sean testamentarios, esto es, los que derivan del testamento; mas no pueden pedirlo los acreedores del heredero. En cuanto a los requisitos, para que proceda dicha acción, sabemos que son los siguientes: 1o.) Deben solicitarlo los acreedores del difunto; 2o.) Los créditos no han de estar prescritos; 3o.) Los acreedores no deben haber reconocido al heredero como deudor; y 4o.) No deben haber salido o haberse confundido los bienes de la sucesión. Al respecto, así lo interpretamos al tenor de los Arts. 1437 y 1438 del C. C.

PROGRAM PART 2



CAPITULO VIII

343

60- DE LA PRUEBA DE LAS OBLIGACIONES. Introducción: En el curso de nuestro estudio hemos tenido la ocasión de criticar muchas disposiciones del Código Civil Colombiano, y ahora, un imperativo de lógica, nos lleva a tener que apartarnos del orden seguido por nuestro Legislador, para tratar primero "La prueba de las Obligaciones", antes que hablar de "La extinción de las Obligaciones", porque consideramos más de sentido común y acorde con la realidad que primero se debe estudiar la prueba de un acto o hecho jurídico, que la muerte del mismo.

61- LA PRUEBA EN EL DERECHO ROMANO: Por lo que hemos logrado saber a través de nuestras investigaciones para confeccionar este estudio, los romanos no sentaron ninguna teoría especial sobre la prueba de las Obligaciones; siendo ésta una gran conquista del Derecho Moderno. Y así, ya Potier, en su interesante obra, nos habla de una manera particular de la prueba de las obligaciones, dividiéndolas en dos especies: la literal y la testimonial. Y agrega, además, la confesión, ciertas presunciones y el juramento. Nosotros aquí la estudiaremos a través del derecho moderno y de conformidad con el espíritu de nuestro Código Civil.

62- QUE SE ENTIENDE POR PROBAR JURIDICAMENTE: Se ha aceptado desde los más remotos tiempos, de que probar jurídicamente es convencer al juez por los medios legales de la verdad de un hecho que sirve de fundamento al derecho que se reclama. De esta definición podemos fácilmente colegir primero, que la prueba debe recaer sobre los hechos, pues en primer lugar se dice "consiste en convencer al juez de la verdad de un hecho". siendo esta la regla general, ya que el derecho no puede probarse, porque no puede alegarse la ignorancia de la ley (Art. 9 del C. C.); y ello es así porque la ley se presume conocida de todos. Sin embargo, esta regla admite dos excepciones: en primer término, la prueba recaerá sobre el derecho cuando de acuerdo con el Art. 13 de la Ley 153 de 1897, la costumbre constituya derecho, y la ley se remita a ella. Y entonces va ser necesario acreditar los hechos que la forman. Y en definitiva se va a estar probando el derecho, porque la costumbre tiene valor de ley por expresa disposición del legislador. Lo mismo puede decirse cuando se

invoca la costumbre mercantil como supletoria del silencio de la ley (Art. 26.º del C de Co.). la segunda excepción cuando se invoca el derecho extranjero. Y ello es natural, ya que a los tribunales no se les puede obligar a que conozcan el derecho extranjero, el que lo invoca debe acreditarlo.

La segunda parte de la definición que estamos analizando, dice: "que sirve de fundamento al derecho que se reclama". Lo que quiere decir que los hechos susceptibles de probarse deben ser concordantes, esto es, deben tener relación con el derecho.

63-COMO DEBE PRODUCIRSE LA PRUEBA: La prueba debe producirse por medios legales, lo que significa que el legislador no deja a las partes absoluta libertad para acreditar los hechos, sino que debe hacerse por los medios de prueba y en la forma que él establece; es decir, existe una tarifa legal de prueba, y un procedimiento de los cuales debe servirse el que alegue un derecho. No obstante todo esto, cabe advertir que hay dos sistemas de prueba: la moral, que consiste en permitir que se pruebe por todos los medios posibles, con tal que se pueda llevar la convicción al ánimo del juez; y el de la prueba legal, adoptado por nuestro legislador que determina expresamente cuáles son los medios de prueba de que las partes o los interesados pueden valerse para convencer al juez. Aquí sólo nos ocupamos de las pruebas legales.

64- A QUIEN CORRESPONDE CARGA DE LA PRUEBA: En esta materia, el Art. 1757 del C.C. establece que incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquélla o éstas". Como se ve el legislador habla únicamente de la prueba de las obligaciones, y tal vez porque el Título XXI dentro del cual está la disposición se refiere a la prueba de ellas; pero bien pudiera generalizar esta regla del Art. citado, y entonces diríamos que corresponde probar al demandante los hechos en que funda su acción, y al demandado los hechos en que funda su excepción.

65-DIVERSOS MEDIOS DE PRUEBA: Nuestro Código Civil contempla los diversos medios de prueba en el inciso 26.º del Art. 1757: la prueba instrumental (públicas y privadas), las declaraciones de testigos, el juramento deferido, la confesión de

partes, las presunciones y la inspección personal del juez o prefecto. Y el Código de Procedimiento Civil ha venido a agregar un nuevo medio de prueba: el informe de peritos (Arts. 709-783 del C. J.).

66-CLASIFICACION DE ESTOS MEDIOS: Los medios enumerados en el Art. precedente admiten dos grandes clasificaciones: a) Aquellos que son prueba preconstituida; es to es, aquella prueba que se hace a priori, conjuntamente con celebrarse el acto o contrato: los instrumentos, por ejemplo. b) Aquellos que son a posteriori, es decir, la prueba que se produce cuando viene a surgir la controversia, cuando se originan el litigio o pleito: las declaraciones de testigos: por ejemplo.

1

PRUEBA INSTRUMENTAL: Los instrumentos pueden ser públicos o privados. Se entiende por instrumento público o auténtico el autorizado con las solemnidades legales por el competente funcionario (Art. 1758 del C.C.) Y por instrumento privado el otorgado por cualquiera persona y que no es autorizado por un funcionario público. Para sentar mejor la diferencia, transcribo aquí lo que al respecto dice Claro Solari: "La diferencia fundamental que existe entre un instrumento público y uno privado, consiste en que el instrumento público, con la autorización del funcionario público competente, lleva en sí mismo el sello de su autenticidad, es decir, del hecho de haber sido realmente otorgado y autorizado por las personas y de la manera que en el mismo instrumento se expresa, mientras que el instrumento privado tiene que ser reconocido por la persona a quien se opone o haberse mandado tener por reconocido en los casos y con los requisitos que la ley previene".

68- REQUISITOS DEL INSTRUMENTO PUBLICO: De la definición del Código se desprende de que los requisitos son tres: 1o.- Que sea autorizado por un funcionario público 2o.- Que este funcionario sea competente; y 3o.- Que lo haga con las solemnidades legales. Por ser tan claros estos requisitos no vamos a entrar a comentarlos.



69- DE LA FUERZA QUE GOZA UN INSTRUMENTO PÚBLICO CUANDO SE OTORGA PARA ESTUDIAR ESTE TÓPICO, ES NECESARIO HACER UNA DISTINCIÓN: 10.- Si el instrumento público lo ha exigido el legislador como solemnidad, como condición de existencia o validez es lógico que la nulidad de él trae consigo la nulidad del contrato contenido en él. Así lo dice el Art. 1760 del C. C. "la falta de instrumento público no puede suplirse por otra prueba en los actos y contratos en que la ley requiere esa solemnidad; y se mirarán como no ejecutados o celebrados aún cuando en ellos se prometa reducirlos a instrumento público, dentro de cierto plazo, bajo una cláusula penal: esta cláusula no tendrá efecto alguno".

20.-) Si se otorga, no ya con respecto a un acto solemne, sino únicamente por vía de prueba, es decir, ad probationem, la nulidad del instrumento hace que éste valga como privado, siempre que estuviere firmado por las partes. Y así lo consigna el inciso segundo del Art. que estamos comentando.

70- DEL VALOR PROBATORIO DEL INSTRUMENTO PÚBLICO: Nadie pone por duda que el medio de prueba que goza de mayor simpatía es el instrumento público, ya que por regla general tiene el carácter de prueba preconstituida. Ahora, el valor probatorio de este instrumento está consiguado en los Art. 1759 y 1765 del C. C. el primero dice: "el instrumento público hace plena prueba (fe) en cuanto al hecho de haberse otorgado y su fecha, pero no en cuanto a la verdad de las declaraciones que en él hayan hecho los interesados". Y el segundo, expresa: "El instrumento público o privado hace fe entre las partes aún en lo meramente enunciativo, con tal que tenga relación directa con lo dispositivo del acto o contrato".

71- IMPUGNACION DEL INSTRUMENTO PÚBLICO: El instrumento público puede ser impugnado por tres razones poderosas: a) Alegando nulidad; b) Alegando su falta de autenticidad; c) Destruyendo las declaraciones de las partes que se contienen

a) Alegando su nulidad: Ello es claro, pues el instrumento público debe ser otorgado con las solemnidades legales; y así, si no se cumple con ellas, es nulo el acto o contrato. Si una escritura pública se otorga ante un solo testigo, o un papel común, es nula; un testamento abierto otorgado únicamente ante un solo

tigo (la ley a veces exige tres y otras cinco), también es nulo. Y dicho sea de paso, también puede impugnarse el instrumento por incompetencia del que lo autoriza, y para eso pueden valer los medios probatorios.

b) Falta de autenticidad: Esto quiere decir que el documento es falsificado. Esto es, ha sido suscrito por un notario que en realidad no ha pensado en autorizarlo. Cabe aquí hacer la diferenciación entre nulidad y falta de autenticidad.

Puede decirse que un instrumento es nulo, pero auténtico; pero a contrario sensu, un instrumento que un notario no ha autorizado, no es nulo, pero sí falsificado.

Nuestro Código Civil en su Art. 760 deja bien sentada la diferencia que hay entre la falta de autenticidad y nulidad, cuando habla de título falsificados y de títulos nulos.

c) Por falsedad de las declaraciones: En primer término, es natural y evidente que los terceros que no han celebrado un acto o contrato contenido en el instrumento público, pueden atacarlo por esta misma razón. Así, por ejemplo, Miguel se ha recibido del precio de una compraventa, cuando en realidad no lo ha recibido. Es muy inconveniente para que un tercero destruya una declaración, demostrando que Miguel no ha recibido los \$500,00. Esta declaración no afecta a los terceros.

2

72-INSTRUMENTO PRIVADO.- Concepto: Puede emanarse diciendo que es todo escrito emanado de una persona y no autorizado por un funcionario público en carácter de tal. Tal instrumento puede ser cartas, telegramas, facturas, recibos, etc.

73-VALOR PROBATORIO DE ESTOS INSTRUMENTOS se encuentra consignado en el Art. 1761 del C.C. Necesariamente el instrumento privado tiene que ser regido por principios enteramente distintos de los que rigen el instrumento público. Y ello es lógico si se atiende a que clase de instrumentos, es decir, a los privados, el Estado no ha depositado su confianza, no así en los instrumentos públicos. En todo caso debemos atender a la regla del citado Art., que consagra, entre otras cosas, el principio siguiente: "el instrumento privado no tiene ningún valor proba-

torio, ni entre las partes ni respecto de terceros. Para que dicho valor probatorio exista entre las partes, bastara esta misma disposicion, es necesario que los que aparecen suscribiéndolo lo reconozcan o el juez lo mande a tener por reconocido. Y entonces adquiere entre las partes el mismo valor probatorio de la escritura pública. El Art. 645 del Código de Procedimiento Civil establece que de un instrumento privado se debe tener por reconocido. En lo que atañe a los registros, asientos o papeles domésticos, adquieren valor probatorio una vez reconocidos o mandado a tener por reconocidos. Del Art. 1763 del C. C., se desprende las siguientes reglas, en cuanto al mérito probatorio: a) No hacen prueba en favor del que los escribió o firmó, sino, por el contrario, hacen fe en su contra. -b) Esta prueba en contra sólo se produce con respecto a aquello que aparezca con toda claridad. -c) El mérito probatorio es indivisible: el que quiere aprovecharse de los medios de prueba que tratamos, no puede rechazarlos en la parte que le fuere desfavorable.

74- LOS LIBROS DE LOS COMERCIANTES: Los libros de los comerciantes son una especie de registros privados a los cuales la ley le reconoce mayor valor. Y para que puedan considerarse deben llenar las siguientes condiciones: Llevarse conforme a la ley y cumplir con los impuestos correspondientes. En cuanto a su clasificación, tenemos que se dividen en principales u obligatorios y auxiliares o secundarios. Son los primeros: el Diario, Mayor, de Balances y Copiador de Correspondencias (C. de Co. Art. 27). Y los segundos, son los que llevan los comerciantes para el mejor desarrollo de sus negocios. Estos no hacen prueba en juicio independientemente de los principales u obligatorios, pero si el dueño de éstos los hubiere perdido sin su culpa, harán prueba aquellos libros con tal que hayan sido llevados en regla (Art. 52 del C. Co.).

VALOR PROBATORIO DE LOS LIBROS DE COMERCIO: Para determinar el valor probatorio de los libros de comercio, hay que distinguir a) Entre comerciantes, entre los cuales tienen amplio valor probatorio, según se desprende de los Arts. 43 y 44 del C. de Co.. Según el primero de dichos preceptos, los libros de comercio lle

vados en conformidad a la ley, hacen fe en las causas mercantiles que los comerciantes agitan entre sí. Si los libros de ambas partes estuvieren en desacuerdo, agrega el citado Art. 44, los Tribunales decidirán las cuestiones que ocurran según el mérito que suministren las demás pruebas que se hayan realizado. b) Entre comerciantes y no comerciantes: Los libros de comercio hacen fe sólo contra el comerciante que los lleva, al cual no se le admiten pruebas que tiendan a destruir la que resulta de sus asientos (Art. 47 del C. de Co.). Pero la fe de los libros es indivisible, y el litigante que acepta en lo favorable los asientos de los libros de su contendidor, está obligado a pasar por todas las enunciaciiones adversas que ellos contengan (Art. 48 del C. de Co.).

76- DE LAS NOTAS ESCRITAS O FIRMADAS POR EL ACREEDOR: Las notas escritas o firmadas por el acreedor a continuación, al margen o al dorso de una escritura tienen por objeto modificar, extinguir o agravar la obligación. Y en ellas se pueden contar dos casos: 1o.-) Instrumento que siempre ha estado en poder del acreedor 2o.-) Duplicado que tiene el deudor. En ambos casos las notas, para tener valor deben estar escritas o firmadas por el acreedor (Art. 1764 del C. C.). En cuanto al mérito probatorio de estas notas que deben antes ser reconocidas o mandadas a tener por tales para que tengan tal mérito.

77- DE LAS CARTAS Y TELEGRAMAS: Las comunicaciones escritas entre particulares deben ser de diversas especies: cartas, telegramas, radiogramas, cablegramas, etc. Y en cuanto a su valor probatorio, siguen las mismas reglas generales de los instrumentos privados. Por lo tanto, deben ser reconocidos por las partes o mandados a tener por reconocidos.

XXXIX

78- ALGO SOBRE LAS CONTRA ESCRITURAS: La contraescritura es todo instrumento público o privado en que se deroga o modifica un instrumento anterior. Estudiámonos analizando el Art. 1756. Y para ello debemos tener en cuenta, para sus efectos dos cosas: 1o.-) Según se trate de modificar un instrumento privado ó 2o.-) :



gún se trate de modificar un instrumento público:

I.) Modificación de un instrumento privado: este puede ser modificado por un instrumento público o por otro privado. En ambos casos sólo produce efectos entre las partes. Cabe observar, que si la contraescritura es un instrumento privado, tendrá que ser reconocido o mandada a reconocer, en armonía con las reglas generales.

II.) Modificación de un instrumento público: también puede ser alterado por un instrumento privado o por otra escritura pública. De acuerdo con el Art. 1766, que estamos comentando, la contraescritura privada hecha para modificar una escritura pública, sólo produce efectos entre las partes, naturalmente si no se reconoce o se manda a tener por reconocida; pero no produce efectos respecto de terceros. Ahora, si la contraescritura es pública, en principio, también sólo produce efectos entre las partes; y, para que produzca efectos respecto de tercero, de acuerdo con el Art. que analizamos, se requiere que haya tomado razón de su contenido al margen de la escritura matriz; es decir, al margen del protocolo. Y además, también se requiere que se haya tomado razón de su contenido en el traslado en cuya virtud obra el tercero. La disposición 1766 del C.C. está en concordancia con el 1779, relativo a las capitulaciones matrimoniales y sus alteraciones, etc.,

CAPITULO IX

351

3

79-PRUEBA TESTIMONIAL.-Concepto: Los testigos son las personas hábiles legalmente que no tienen interés, que no son partes en un hecho o acto jurídico determinado, pero a quienes constan los hechos del acto, personalmente o de oídas. Los testigos pueden ser instrumentales o que asistían al otorgamiento del instrumento; y judiciales o los que declaran ante el juez.

80-ANÁLISIS DEL ARTICULO 1767: "No se admite la prueba testimonial respecto de las obligaciones que han debido consignarse por escrito". Al analizar esta disposición tenemos que contemplar dos situaciones diferentes: la.-) Deben constar por escrito los actos o contratos obligatorios. Naturalmente siempre que la solemnidad consista en el otorgamiento de una escritura, sea pública o privada. Por ejemplo, la compraventa de bienes raíces, que requiere escritura pública (inciso 2o.- del Art. 1857 del C.C.); el contrato de arrendamiento, para el cual basta escritura privada (Art. 89 Ley 153 de 1887). En esta parte observar que en estos casos, la falta de instrumento público o privado, según las situaciones, no sólo hace imposible acreditar el acto por medio de testigos, sino que la carencia de esos documentos, trae como consecuencia la nulidad absoluta del acto o contrato que debió consignarse por escrito y no se hizo. Esto lo deducimos claramente de lo consagrado en el Art. 1760, inciso 1o.-; y el Art. 1758, que no es sino una aplicación del aforismo jurídico, según el cual generalmente el acto solemnemente celebrado es prueba por sí mismo.-

La segunda consecuencia es que, según el Art. 91 de la ley 153 de 1887, deben constar por escrito los actos o contratos que contengan la entrega o promesa de una cosa que valga más de \$500,00.- Como se ve queda fijado el alcance de esta disposición, así que toda suma mayor no puede acreditarse con la prueba testimonial.

81-TAMPOCO SE ADMITE LA PRUEBA TESTIMONIAL: No es admisible la prueba testimonial

nial para adicionar o alterar de modo alguno lo dicho en un contrato, ni sobre lo que se alegue haberse dicho antes o al tiempo o despues de su otorgamiento, aun cuando en algunas de estas adiciones o modificaciones se trate de una cosa cuyo valor no alcance a la suma de \$300,00 (inciso 2o.- Art. 91 de la Ley 153 de 1887). O lo que es lo mismo, no puede probarse por testigos nada fuera de lo contenido en el instrumento.

82- EXCEPCIONES DEL PRINCIPIO ANTERIOR: Sin embargo, hay excepciones en las cuales se admite la prueba testimonial, en obstante de presentarse algunas situaciones que contempla el Art. 91. Estas excepciones estan consignadas en el Art. 92 de la misma ley 153. Dice este Art.: "Exceptuando de la dispuesta en los Arts. anteriores o precedentes los casos en que haya un principio de prueba por escrito, etc..." Sin embargo, estas excepciones no se aplican a los actos solennales, porque en ellos la falta de escritura pública o privada, trae consigo la nulidad de acto o contrato. Las excepciones son:

1a.) Principio de prueba por escrito: Es admisible la prueba testimonial a pesar de las limitaciones indicadas, cuando hay un principio de prueba por escrito. Nuestro legislador ha concebido este principio diciendo que consiste en un acto escrito del demandado o de su representante que haga verosímil el hecho litigioso (Art. 92).

2a.) También se admite la prueba testimonial cuando ha existido la imposibilidad de obtener prueba por escrito (inciso 2o.- del Art. 92-Ley 153-87). Aquí se entiende por imposibilidad no sólo la moral sino también la física. Así, por ejemplo, una persona se está ahogando y ofrece una gratificación a quien le salve. En estas condiciones puede haber un escrito que reconozca esa gratificación? En nuestro Código hallamos la aplicación de esta imposibilidad en el Art. 2261, según el cual "acerca del depósito necesario es admisible toda especie de prueba". Mas, además, parece que también debemos comprender, como dijimos antes, la imposibilidad moral para obtener prueba escrita. Nos fundamos en estas dos razones: a) Porque desde el legislador no distingue, no es lícito distinguir al

negros; y b) Porque los Arts. 2262 y 2272 del C. C., así lo consignan explícitamente.

31.-) También es admisible la prueba de testigos en el contrato de comodato.

"El contrato de comodato podrá probarse por testigos, cualquiera que sea el valor de la cosa prestada". El fundamento de esto es que el citado contrato es un acto de confianza, en el cual no se pide prueba por escrito.

32.-) DE LAS PRESUNIONES. - Concepto: La palabra presunción se deduce de los términos "pres" y "sumere", según algunos doctos, dando a entender que la presunción equivale a "perjuicio sin prueba"; otros, dicen que viene de la palabra latina "praesumere", que quiere decir tomar antes, porque por la presunción se toma

tiene por cierto un hecho, un derecho o una voluntad, antes de que la voluntad, el derecho o el hecho se prueben. Nuestro Código dice en su Art. 66: "se dice presumirse un hecho cuando se deduce de ciertas circunstancias o antecedentes conocidos". Hay pues, una aplicación del método de la deducción, ya que la presunción consiste en deducir un hecho desconocido de ciertas circunstancias y antecedentes conocidos.

34.-) CLASIFICACION: Del hecho de que dichos antecedentes e hechos conocidos puedan establecerlos el legislador o el juez, surge la siguiente clasificación: Cuando los establece el legislador, estamos en presencia de una presunción legal; cuando los establece el juez, nos encontramos con una presunción judicial. Esta

clasificación la trae el Art. 1753 del C. C. Nosotros seguiremos nuestro método y trataremos cada una de estas presunciones por separado.

35.-) PRESUNIONES LEGALES: Dentro del espíritu del Art. 66, cabe hacer una nueva

distinción: en presunciones simplemente legales y en presunciones de derecho. Siendo aquéllas las que admiten prueba en contrario, es tanto como decir que pueden ser destruidas. Las de derecho no admiten prueba en contrario, son, hablando en términos autotéticos, verdaderos axiomas, contra las cuales no hay destrucción posible. Entre las presunciones simplemente legales podemos enumerar las:



siguientes:

I) El caso del Art. 314, según el cual el hijo que nace 180 días después de celebrado el matrimonio se presume concebido en él, y tiene por padre al marido de la mujer que lo da a luz. Hay en este ejemplo una presunción de paternidad, que bien descansa en dos hechos fundamentales: lo natural y lógico es que después del matrimonio siga la cohabitación de los cónyuges, y que la mujer guarde fidelidad al marido. De modo que para destruir esta presunción legal, el padre tiene que demostrar uno de estos dos hechos: que no ha habido cohabitación o que hubo infidelidad por parte de la mujer.

II) El inciso segundo del Art. 762, presume que el poseedor es dueño, mientras otra persona no justifique lo contrario. La razón lógica de esta presunción estriba en que por lo general el dueño va unido a la posesión. Y es legal porque es susceptible de destrucción, ya que quien ostenta la posesión de reivindicación puede probar que es dueño, y que no es tal el actual poseedor.

III) El Art. 1713, que expresa que hay remisión tácita cuando el acreedor entrega, cancela o destruye el título voluntariamente. Ahora, a virtud de la entrega, cancelación o destrucción, el legislador presume que con esta acción se ha perdonado la deuda. Esta presunción es legal porque es fácil colegir que el acreedor puede demostrar que tuvo otros fines o razones para proceder en ese sentido.

IV) Finalmente, el Art. 1795, según el cual todos los bienes que existen al momento de disolverse la sociedad conyugal pertenecen a ella, y no al cónyuge. Del hecho de que éstos pueden probar que los bienes son propios, surge la clasificación de legal de esta presunción.

86- PRESUNCIÓNES DE DERECHO, estas presunciones se caracterizan porque admiten prueba en contrario. Enumeraremos algunas de ellas:

I) El Art. 92 establece esta presunción cuando afirma que para llegar a determinar el momento de la concepción, que la época de la concepción se colige

de la del nacimiento, según la regla siguiente: "Se presume de derecho que la concepción ha precedido al nacimiento no menos que 180 días naturales y no más de 300, contados hacia atrás, desde la media noche en que principia el día del nacimiento". Aquí nadie puede probar lo contrario.

II) El Art. 769, inciso 2o., según el cual, en materia posesoria el error de derecho se presume mala fe, y no admite prueba en contrario. Y es porqué habiendo error de derecho nadie puede probar que el poseedor está de mala fe.

III) El Art. 161, según el cual en el caso de divorcio se queda la mujer con todos los hijos menores de siete años, ó en especial, las mujeres. Sin embargo, no se le confiará el cuidado de los hijos de cualquier sexo y edad cuando por depravación de la madre sea de temer que se perviertan; lo que siempre se presumirá si ha sido el adulterio de la madre lo que ha dado causa al divorcio.

IV) El Art. 9, según el cual la ley se presume conocida de todos y no se puede alegar su ignorancia. Pero esto sólo que una presunción es una ficción, ya que no parte de hechos conocidos, como las anteriores.

V) Según el Art. 1861 del C. O. "si expresamente se dieren erras como parte del precio, o como señal de quedar convenidos los contratantes, quedará perfecta la venta, sin perjuicio de lo prevenido en el Art. 1857, inciso 2o.- No constando alguna de estas expresiones por escrito, se presumirá de derecho que los contratantes se reservan la facultad de restructurar, según los artículos precedentes"

VI) Finalmente, "en las prescripciones extraordinarias se presume de derecho la buena fe, sin embargo de la falta de un título adquisitivo de dominio" (Art. 2351 del C.C.). Creemos que con estos ejemplos queda bien explicado el concepto sobre las presunciones legales. Pasemos ahora al estudio de las judiciales.

87-JAS PRESUNCIONES JUDICIALES: Estas presunciones, según el espíritu del Art. 1768, deben ser graves, precisas y concordantes. De donde se infiere que para

que tenga valor, deben reunirse dos circunstancias: debe haber más de una y que sean graves, precisas y concordantes. Sin embargo, excepcionalmente, nuestro C. J. admite que una sola presunción pueda constituir plena prueba cuando, a juicio del juez, tenga caracteres de gravedad y precisión suficientes para formar su convicción (Art. 664 del C.J.).

88- VALOR PRESTATORIO DE LAS PRESUNCIONES: Está debidamente expresado en los Arts. 66 y 1768 del C.C., y en el 664 del C.J.. No está demás advertir que este valor probatorio varía según sean las presunciones. En relación con las presunciones de derecho tenemos que anotar que ellas estricta y jurídicamente no constituyen un medio de prueba; porque es sabido que los hechos que la ley presume no pueden prestarse a discusión, litigio o controversia, y para que un hecho sea susceptible de probarse se requiere que pase por el campo de la controversia, o lo que es lo mismo, que sea controvertible. Pero, no obstante todo esto, en el hecho, en los juicios, la presunción de derecho produce plena prueba. En lo que atañe a la presunción legal, ella tampoco constituye un medio de prueba, propiamente hablando, pero tiene un efecto de mucha valer para los litigantes, ya que la persona impune bajo una de estas presunciones queda eximida del peso de la prueba (Art. 702, inciso segundo del C. C.).

En cambio las presunciones judiciales sí constituyen un medio de prueba en todo sentido. Aunque deben reunir las siguientes circunstancias: los caracteres de gravedad, precisión y concordancia. Entendiendo por presunciones graves cuando son categóricas. Precisas, cuando el hecho discutido se liga directamente con el hecho conocido. Y concordantes, cuando no se contradicen entre sí.

89- CONFESION DE PARTE: La confesión ha sido definida de varias maneras. El Art. 604 del C. J., dice: "La manifestación de una parte de ser cierto el hecho que perjudica afirmado por la otra, reviste el carácter de confesión. De aquí deducimos dos hechos necesarios: a) Que surge de la parte que acusa, a diferencia de

los testigos que declaren como personas desinteresadas y extrañas al litigio, es claro que por la parte puede constar su representante legal, o su representante contractual como el gerente, director o administrador por una sociedad o compañía, o su representante judicial como el apoderado.-b) que el hecho admitido le perjudique a la parte que confiesa, de lo cual nace el efecto relativo de la confesión; el hecho ha de perjudicar jurídicamente a la parte, pues de lo contrario no tiene importancia el admitirlo como cierto, y en ello estriba el fundamento probatorio de este medio de prueba, por cuanto no se concibe que haya quien se condena por el solo placer de sentir.

La Corte Suprema de Justicia en su fallo de 19 de abril de 1939, Casota Judicial No. 1947, pag. 751, define la confesión, diciendo: "La confesión es la expresa aceptación por parte de persona capaz del hecho susceptible de tener consecuencias jurídicas en contra de quien la hizo". Este fallo de la máxima autoridad de justicia admite la siguiente crítica: La Corte dice expresa, sin embargo, hay confesión fictas o presuntas.

60-SU CLASIFICACION: La confesión pueden ser judicial y extrajudicial. La primera es la que se presenta en el mismo juicio que siguen las partes, y puede ser espontánea o provocada. También puede ser, según su naturaleza, pura y simple, calificada y compleja. La extrajudicial, es la presentada fuera de juicio o ante tribunal incompetente, o distante del de la causa. Esta puede ser ya expresa o tácita.

61-VALOR PROBATORIO DE LA CONFESION: Generalmente la confesión extrajudicial es base de la presunción judicial, y su valor probatorio varía en base de presunción judicial, cuando, siendo plausiblemente verbal es admisible la prueba de testigos. Ejemplo, el depósito bancario. Líbase así el depósito propiamente dicho, cuando la elección del depositario no depende de la libre voluntad del depositante, como en caso de un naufragio u otra calamidad semejante, que admite toda especie de prueba (Arts. 2250 y 2251 del C. C.). En cuanto a la confesión judicial, cualquiera que sea su clase o forma, produce plena prueba en respecto del confesante, tanto en los hechos personales de éste (Art. 1769)



92-CASOS EN QUE SE ADMITE LA CONFESION JUDICIAL: Por norma general, la confesión judicial es admisible en toda clase de actos o contratos. Sin embargo en los casos siguientes: a) En los actos o contratos solemnes de que hablan los Arts. 1760 y 1772; b) En el juicio de divorcio, ya que no se admite el divorcio por mutuo consentimiento; c) En los casos expresamente exceptuados por la ley. Ejemplar: 1o.-En el juicio de legitimidad del hijo, es inadmisible la confesión de la madre que declara haberlo concebido en adulterio; 2o.- Es inadmisible la confesión para probar aportes de los cónyuges a la sociedad conyugal (C.C. Art. 1779); 3o.- En la prolección de créditos la confesión del padre, madre o marido o del tutor o curador fallidos, no hace prueba por sí sola (C.C. Art. 2502); 4o.- En juicio de separación de bienes por el mal estado de los negocios del marido la confesión de éste no hace prueba.

6

93-DEL JURAMENTO DEFERIDO: Se entiende por juramento deferido la declaración solemne y jurada que hace una parte, a petición de la otra o del juez, acerca de la verdad de un hecho. Tenemos que observar que para deferir el juramento, debe tenerse la libre administración de los bienes.

94-SU CLASIFICACION: El juramento puede ser decisivo, entimatorio y supletorio litis. El primero es aquel que versa sobre la decisión del fondo del juicio o de un incidente de él. El segundo es el que se refiere al valor de la cosa litigada o al monto de la indemnización. Y el tercero es el que tiene por objeto suplir los vicios de la prueba perdida. Lo solicita el juez como medidas para resolver mejor (Arts. 625-29 C.J.)

a) Juramento Decisorio: Está reglamentado en los Arts. 626 a 629 del C.J. Y debe su nombre al hecho de que a falta de otras pruebas sobre uno o más hechos controvertidos, decide el pleito definitivamente en cualquier instancia del juicio. Esta es una facultad que el legislador le ha concedido a las partes, cuando una de ellas carece de otras pruebas sobre uno o varios hechos

conarovertidos, obligándose en deber para la otra parte al prestar tal jurame-  
to, se pena de ser sancionada. El Art. 337 del C.J. en su tenor dice: "La per-  
sona a quien se exige el juramento decisorio por pedirlo parte legítima u or-  
denarlo la ley, está en el deber de prestarlo en la fecha y hora que el juez  
señale en el respectivo auto, etc."

b) Juramento estimativo: Se halla tratado en el Art. 625 del C.J. Es de  
notar que cuando se trata de hacer efectivo un derecho por indemnizaciones,  
perjuicios o cualquiera otra causa análoga, la ley facultad al interesado pa-  
ra que fije en dinero, la jo juramento, el valor del derecho que demanda. El  
Art. citado reconoce que hace fe tal estimación mientras no se regule en art.  
culación suscitada a pedimento de la otra parte en cualquier estado del juic-  
antes de fallar; mas, debe tenerse en cuenta también que en ocasiones frecue-  
tes "el interés seduce y la imaginación exalta la propio y personal", con lo  
que puede ocasionarse serias injusticias; pero el inciso 2o.º del mismo Art.  
corrige en parte todo esto, cuando ordena, que cuando la cantidad estimada,  
el interesado exceda en más del doble de la en que se regula, se le condena  
en costas y a pagar el diez por ciento de la diferencia, caso en que inapue-  
a sus exageradas peticiones.

c) Juramento Supletorio: "Si uno de los litigantes ofreciere estar y p-  
sar por lo que constare en los libros de su comercior, y éste rehusare exhi-  
los, el Tribunal de comercio podrá, según las circunstancias, deferir el ju-  
mento supletorio a la parte que hubiere exigido la exhibición" (C. de Co. Art.  
46). La disposición es clara y terminante, ya que si se trata de un comercior  
te, de quien se supone debe llevar libros de acuerdo como lo autoriza la l-  
y el otra persona le pide la exhibición de sus libros, siendo el caso de ex-  
hibirlos, y dicho comerciorante rehusare hacerlo; y si el otro litigante se  
cege a la disposición que estamos analizando, es decir, ofrezca al juez esta  
y pasar por lo que consta en los libros de su comercior, no le queda más r-  
dio que dicha exhibición, so pena de ser sancionada. Nuestro C. Co. tra, o

caso de aplicación del juramento supletorio que es el contemplado en el Art. 328, sobre equívocos perdidos, a propósito del transporte; el cual no concierne pues porque precisa que el concepto sobre este punto está bastante claro.

95-SU VALOR PROBATORIO: El juramento decisorio produce plena prueba; de lo contrario el juez fallar con arreglo a él; pero fin al juicio. Mientras el juramento o temerario no produce plena prueba, puesto que el juez moderar la cuantía juicio, si lo halla procedente.

96-LEY SOBRE LA INSPECCION PERSONAL DEL JUEZ: La inspección personal del juez el reconocimiento o examen de la cosa litigiosa o del lugar del suceso, realizado por el mismo tribunal, con el fin de aclarar la verdad de los hechos controvertidos. Y tiene lugar en materia civil cuando la ley lo ordena y cuando el juez lo dispone, como en los juicios sobre deslinde de propiedades, servidumbres y aguas. En cuanto al valor probatorio de ella depende de las circunstancias que el tribunal establezca en el otro caso resultado de su propia observación.

6

97-IMPEDIR DE PERITOS: Se recurre a este medio de prueba establecido por nuestro C. J., cuando se quiere obtener conocimiento especializado sobre la materia que se discute o que motiva controversia. Así, que si se discute sobre buena o mala construcción de un edificio, lo más conveniente es pedir informe de un ingeniero que es el más llamado a dictaminar sobre este asunto; si se trata de si una persona está loca o no, lo más aconsejable que se recurra a los conocimientos de los médicos alienistas, que son los más idóneos para emitir este concepto. Por eso, y con mucha razón, se ha dicho que del testigo se esperan noticias de los hechos realmente acaecidos; mientras que del perito se espera un criterio razonado y científico. Y que cuando se recurre al primero se está invocando su memoria; y que cuando se recurre al segundo.

de esta índole su ciencia.

98-COMO PUEDE SER OBT. INFORME: El informe de peritos pueda ser obligatorio o facultativo. Es obligatorio en los casos de declaración de interdicción por causa de demencia; en los juicios sobre heredades de tránsito; en el cotejo de letras, tratándose de instrumentos probatorios, etc. Y es facultativo cuando se trata de hechos para cuya apreciación se necesita conocimientos especiales de alguna ciencia o arte.

99-SU VALOR PROBATORIO: La fuerza probatoria de este medio de prueba corresponde apreciarla el tribunal, conforme a las reglas de la sana crítica y tomando en cuenta la calidad, fama e ilustración de los peritos, la imparcialidad con que desempeñan el cargo, la confianza en ellos manifestada por las partes y la mayor o menor precisión o claridad de los conceptos y de las conclusiones a que lleguen. (Art. 723 del C.J.).

~~XXXXXXXXXXXX~~



CUARTO PARTE

LOS MODOS DE EXTINCIÓN DE LA OBLIGACIÓN EN EL DERECHO ROMANO Los romanos con las palabras solutio y liberatio, arribaban al modo de extinguir una obligación y en verdad que estas expresiones no carecen de lógica, pues la obligación es un vínculo, un lazo que ata al deudor al acreedor, y quita al sujeto pasivo una parte de su libertad; el deudor se encuentra como preso, y el acto de declarar, de declarar de su lazo, el acto de recibir su libertad, no podía expresarse en forma tan obvia como un verbo distinto del término liberación usado por los juristas romanos.

En los primeros tiempos del Derecho Romano, toda la materia de la extinción de las obligaciones se rige por el famoso aforismo latino de que el vínculo jurídico se disuelve de un modo análogo a como se fermenta, pero, claro que en sentido contrario; y al respecto decía Ulpiano: nihil tam naturalis est quam ea remora quibus dissolvitur quo colliguntur eas, o más acertadamente non est iura contrahuntur contrario iure accipiunt. Las, con la evolución del derecho, el pretor introdujo nuevos modos de extinguir las obligaciones, modos que se hallaron todos los días como lo hicieron el derecho civil romano tardío, al producir efectos por vía de excepción. Y fue así como se consiguieron los modos del derecho civil que extinguían el vínculo de pleno derecho, en decir, apud iure, y los modos del derecho pretoriano, que lo extinguían por vía de excepción, como es, per exceptionis.

Entre los modos de extinguir las obligaciones apud iure estaban el pago, la novación, la aceptación, el diferimiento mutuo, la pérdida de la cosa debida, la confusión y la capitio delictiva. Y entre los modos de extinción excepcional se encuentran el pacto de familia, la litis contestatio (que a veces produce efectos in re iure), el juramento, la compensación y otros. Teniendo que observar que en Roma el tiempo no tenía nada que ver con la extinción de las obligaciones, de ahí que se considerara la prescripción como modo de extinguirlas. Siendo esta una conquista del derecho moderno.

101- DE LA EXTINCIÓN DE LAS OBLIGACIONES Los modos de extinguir las obligaciones los cámbra el Art. 1625 del C. C. y puro, en honor a la verdad, su enumeración es incompleta. Y en efecto, a los once modos que esta disposición enumera hay que agregarle los tres siguientes: la muerte del acreedor o del deudor en los contratos intuitu personae, es decir, aquellos en que la persona es la razón principal del contrato, como sucede en el mandato negotia una de las partes, no puede fin al contrato y como consecuencia lógica caduca una obligación. - la dación en pago, que es el modo de extinguir las obligaciones en que el deudor paga al acreedor no ya la cosa debida, sino con otra distinta. - El término extintivo. Ya sabemos que el plazo puede ser suspensivo o extintivo, y que esto es una forma de extinguir las obligaciones aplicable, sobre todo, a los contratos de trato sucesivo.

De modo que con estas formas de extinguir las obligaciones no contempla nada en el Art. a que nos estamos refiriendo y con las en él enumeradas, tenemos que estas formas son: 1) la mutua concurrencia de las partes, 2) la dación o pago efectivo, 3) la revisión, 4) la transacción, 5) la remisión, 6) la compensación, 7) la confusión, 8) la pérdida de la cosa que no debe o imposibilidad en la ejecución, 9) la declaración de nulidad o rescisión, 10) El evento de la condición, 11) la prescripción, 12) la dación en pago, 13) El término extintivo y 14) la muerte del acreedor o del deudor en los contratos intuitu personae. En suma, con estos son los modos de extinguir las obligaciones.

102- DEL MODO DE EXTINCIÓN Este punto definíase diciendo que es el acuerdo entre las partes para dejar sin efecto un contrato por una convención, en que las partes, teniendo la libre disposición de sus bienes, convienen en darle por nulo. Como bien se puede apreciar este modo de extinguir obligaciones, conlleva muy clarificando el principio de la autonomía de la voluntad, que dejamos ya estudiada en la primera parte de este estudio. Lo decir, que la voluntad es un poderío para crear, modificar o extinguir vínculos jurídicos. Una institución

ción del mismo diccionario, siendo dicha relación con lo dispuesto en el Art. 1602 que dice que el contrato es una ley para las partes; con el 38, que dice que se extinguen incorporadas a los contratos las leyes vigentes al tiempo de su celebración; y con el Art. 1613, que establece que para interpretar los contratos debe estarse más a la intención de los contratantes que a lo literal de las palabras.

102-OBLIGACIONES QUE PUEDEN EXTINGUIRSE Este medio de extinguir obligaciones no aplica a las que tienen su origen en un contrato, que como bien sabemos es el fundamento principal de las obligaciones. Y esto tiene su fundamento en el aforismo latino y jurídico según el cual las cosas se deshacen como se hacen, por contingencia, si las obligaciones han surgido a la vida jurídica en virtud de un contrato, por un acuerdo de voluntades, es natural que no hay ninguna clase de inconveniente para que por otro acuerdo posterior de voluntades se dejen sin efectos ninguno. Sin embargo, como toda regla tiene su excepción, sucedo que al contrato de matrimonio no se le puede aplicar este modo de extinguir obligaciones, porque no les ha dado ni el marido ni la mujer dejar sin efecto las obligaciones que produce este vínculo. A pesar de que varios tratadistas lo han negado la categoría de contrato al matrimonio; así, por ejemplo, el Doctor Rafael Escalón, dice que el matrimonio es un contrato, diciendo "El matrimonio, base de las relaciones de familia, no es un contrato o, una institución sui generis; considéranlo como contrato se lo rebaja. Además, es contrato porque, para que lo fuera, debería poder disolverse por medio de litigios o como se hace, de acuerdo con el conocido principio de derecho romano, *conferimus etiam* que si dos personas se casan por su libre consentimiento, deberían poder anular el vínculo que los liga por un acto análogo de su voluntad. El divorcio no implica disolución del vínculo por voluntad de las partes. El divorcio de causas externas afecta a los cónyuges. No es así y es conveniente que así sea. El matrimonio, pues, podría definirse la unión por consenso de los esposos para la propagación de la especie".



La disposición 1625 también tiene aplicabilidad en las obligaciones que tienen su origen en los cuasicontratos, delitos y cuasidelitos. Nos fundamentamos en la siguiente razón: si nosotros sufrimos un accidente debido a que una locomotora atropella el automóvil en viaje, tenemos derecho a exigir indemnización a la empresa, y ésta tiene la obligación de indemnizarnos; pero nada impide que entre la empresa y nosotros se acuerde dejar sin efecto la obligación de indemnizar, y porque según el Art. 15 del C.C., los derechos que miran al interés particular de los contratantes pueden renunciarse.

Hay obligaciones que no pueden extinguirse por convención de los interesados. Son muy pocas y el Código Civil las determina. Ejemplos de estas obligaciones son las que nacen de convenciones irrevocables: las capitulaciones matrimoniales, que sólo se extinguen irrevocablemente otorgadas desde el día de la celebración del matrimonio, y que, celebrado éste, no pueden ser alteradas, según el Art. 1778; las obligaciones que la ley prohíbe renunciar, como el derecho de pedir alimento (Art. 424 C.C.).

2

104- DEL PAGO Y SUS MODALIDADES: Al tenor del Art. 1626, "el pago efectivo es la prestación de lo que se debe". Esta es la forma más común de extinguir las obligaciones, porque quien contrae una obligación lo más natural es que se apegue a pagarla. En cuanto a las modalidades o formas de pago, podemos enumerarlas en la forma siguiente: a) Solución o pago efectivo, propiamente dicho; b) Pago por consignación; c) Pago por subrogación; d) Pago por cesión de bienes y por acción ejecutiva del acreedor o acreedores; y e) Pago con beneficio de competencia.

105- POR QUIEN PUEDE HACERSE EL PAGO: El Art. 1630 establece que puede pagar por el deudor cualquiera persona, con su consentimiento, y aún contra su voluntad, y aún a pesar del acreedor. De aquí y de otros artículos del Código resulta que las personas que pueden ejecutar el pago son: 1) El deudor principal directo de la obligación; 2) Otras personas que tengan interés en extinguir

obligación; 3) Un tercero extraño que no tenga ninguna relación jurídica con el acreedor y el deudor. En cuanto a lo primero, diremos que lo normal será que quien contra la obligación que la compra. En cuanto a lo segundo, que qui tres las personas que pueden pagar por estar ligadas por una relación jurídica con el deudor, son éstas: el cedente solidario, el fiador y el poseedor de la finca hipotecada.

El principio general consagrado en el Art. 1630, hay que oponerlo la acción del inciso segundo del mismo Art. según el cual si la obligación es de hacer y si al contratar se ha tenido en consideración el talento o la aptitud del deudor, no podrá ejecutarse la obra por otra persona contra la voluntad del acreedor.

106- PAGO SIN CONSENTIMIENTO DEL DEUDOR Puede acontecer que un amigo pague por otro con el único fin de hacerle un favor por medio de la liberación. En esta circunstancia se aplica la regla del Art. 1631, según el cual el que paga sin consentimiento del deudor no tendrá acción sino para que éste le reembolse lo pagado, y no se entorpecerá subrogado por la ley en el lugar y derechos del acreedor, ni podrá compeler al acreedor a que le subrogue. Hecho el pago en esta forma la obligación se extingue entre los obligados por medio de la relación jurídica, pero el tercero que ha pagado tiene la acción contra el deudor para exigirle la repetición de lo pagado, y no cristaliza así un enriquecimiento sin causa.

107- PAGO CONTRA LA VOLUNTAD DEL DEUDOR Puede suceder que un tercero tenga interés en dar por concluida una obligación, y entonces celebre el pago contra la voluntad del deudor; entonces el legislador ha querido sancionarlo, dejen su conducta sin ninguna clase de acciones de aquí que el que paga contra la voluntad del deudor, no tiene derecho para que el deudor reembolse lo pagado, a no ser que el acreedor lo ceda voluntariamente su acción.

108- ANÁLISIS DEL ARTICULO 1633 Este artículo trata de las condiciones que debe reunir el pago cuando tiene por objeto transferir la propiedad. Estas

conciencia con tres: a) Debe ser efectuado por el dueño de la cosa o con su consentimiento; b) Por la persona que tenga capacidad de enajenar la cosa que se paga; y c) Debe hacerse con las solemnidades o requisitos legales.

a) Propiedad de la cosa transmitida: el Art. 1633 que no es válido el pago que debe transferir la propiedad si no es efectuado por el dueño de la cosa o con su consentimiento. Como bien se puede observar en el espíritu de esta disposición, el pago tiene carácter simoníaco de la tradición, que no es otra cosa que una de las modos de adquirir el dominio. Y quizás por esta razón fundamental o por lo que se necesita la propiedad de la cosa. Ya que de acuerdo con el Art. 752, dice: "Si el tradente no es el verdadero dueño de la cosa que se entrega por él o a su nombre, no se adquieren por medio de la tradición otros derechos que los transmisibles del mismo tradente sobre la cosa entregada". Ahora, si se paga con una cosa ajena, se extingue la obligación? Esta dificultad la podemos resolver también con el mismo Art., haciendo uso de su inciso 2o.- que expresa: "Pero si el tradente adquiere después el dominio, se entenderá haberse esto transferido desde el momento de la tradición".

b) Capacidad de enajenar: El inciso 2o.- del Art. 1633 en su tenor manifiesta, que no es válido el pago si no es efectuado por quien tenga la capacidad para enajenar. De modo que si se enajena sin cumplir con este requisito, el acto es completamente nulo; y sólo porque la tradición es un acto de disposición y para ello se requiere, en el que hace el pago por este medio, la más amplia capacidad para enajenar. Sabido es que todo acto donde falta la capacidad para contratar es nulo, de nulidad relativa o absoluta. Sin embargo, este principio tiene un arripación, que es la siguiente: el pago efectuado por quien no es dueño o por quien no tiene la libre capacidad de enajenar es válido cuando se trata del pago de cosas consumibles que han sido consumidas por el acreedor de buena fe.

c) Solemnidades legales: Esto no lo dice la disposición que nos ocupa, sin embargo, el pago debe efectuarse con las solemnidades legales, si se tra-



En de la obligación que tiene el vendedor de entregar al comprador la cosa vendida y esta es un inmueble, debe hacerse la tradición por medio de la correspondiente escritura pública.

109- A QUIEN DEBE HACERSE EL PAGO: El Art. 1634 dice que para que el pago sea válido debe hacerse al acreedor (entendiéndose por tales aún aquellos a quienes hubiere pasado el crédito a título singular), o a las personas establecidas por la ley o por el juez o a la persona a quien el acreedor hubiere diputado para el cobro. Y también el pago puede hacerse al poseedor del crédito, de acuerdo con el tenor del inciso 2o.- de la precitada disposición: "el pago hecho de buena fe a la persona que estaba entonces en posesión del crédito, es válido, aunque después aparezca que el crédito no lo pertenecía". Recomendando también que las personas a las cuales puede hacerse el pago son: el acreedor, el representante del acreedor y al poseedor del crédito. Ahora, si el pago es hecho a una persona diversa de las expresadas en el Art. precitado, es válido, si el acreedor ratificale de un modo expreso o tácito, pudiendo legítimamente hacerlo; o si el que ha recibido el pago sucede en el crédito, como heredero del acreedor, o bajo otro título cualquiera. (C.C. Art. 1635).

110- EXCEPCION AL PRINCIPIO ANTERIOR: Lo general es que el pago se haga al acreedor del vínculo jurídico; pero sucede que éste, excepcionalmente, se halla impedido para recibir el pago en los tres casos que taxativamente enumera el Art. 1636: 1) Cuando no tiene la libre administración de los bienes; 2) Cuando se ha mandado retener el pago o embargar el crédito; y 3) Cuando se paga al deudor insolvente en fraude de los acreedores a favor de los cuales se ha abierto el concurso.

A.) En caso de libre administración: El inciso 1o.- del Art. 1636, expresa no puede efectuarse el pago al acreedor cuando éste no tiene la libre administración de sus bienes, salvo que el pago se hubiere efectuado en su provecho o no justifique este provecho de acuerdo con el Art. 1749, según el cual el relativo o absolutamente incapaz no puede recibir el pago. Esto no es más que



370

una medida de seguridad y protección, establecida por el legislador, en beneficio de los incapaces. Y en caso de que no haga el pago a un incapaz y el contrato sea anulado, no resuelve la cuestión aplicando el Art. 1747, que dice que cuando se anula un contrato con un incapaz por su incapacidad, no tiene el otro contratante, derecho a exigir la devolución de lo que pagó salvo en cuanto el incapaz no hubiere hecho las cosas. Es decir, se trata de evitar un enriquecimiento sin causa.

2.-) Cuando se ha mandado retener el pago: En armonía con el inciso 2o.- del mismo Art. que comentamos, tampoco es válido el pago hecho al acreedor cuando se ha mandado embargar el crédito o retener su pago. Su fundamentos: el crédito que tiene el acreedor es un derecho, es un bien incorporar que hace parte de su patrimonio, y, por consiguiente, este acreedor puede, para ser efectivo su derecho, embargar el crédito, es decir, hacer uso de una medida precautoria, para que se retenga ese crédito, y en esta forma, si se encuentra embargado el crédito o retenido el pago, el pago hecho al acreedor es nulo.

3.-) Quiebra del deudor y fraude fraudulento: Tampoco es válido el pago hecho al deudor insolvente en perjuicio de los acreedores en cuyo favor se ha abierto concurso (inciso 3o.- Art. 1696 C.C.). Claro está que esta disposición, debemos entenderla hoy con el actual Decreto 738 de 1940, sobre quiebra. No puede efectuarse el pago al deudor en estos casos por la sencilla razón de que con motivo de la quiebra se produce lo que bien puede llamarse desamante de los bienes; y,afortunadamente, el fallido pierde la administración de los bienes, así como su disposición, pasando todos ellos a manos del síndico, es de éste quien debe recibir el pago del fallido. Hay una representación judicial.

III.- REPRESENTACION LEGAL PARA RECIBIR EL PAGO: A ésta se refiere el Art. 1637 cuando dice que recibe legitimamente los tutores o curadores por sus respectivos representantes; los albaceas que tuvieran este encargo especial o la tutela de los bienes del difunto; los herederos por sus sucesores en cuanto tengan

371

la administración de los bienes de familia; los padrones de familia por sus hijos, en iguales términos; los recaudadores fiscales o de contribuciones e de establecimientos; y los demás personas que por ley especial o decreto judicial estén autorizadas para ello. En consecuencia, todo representante legal tiene facultad para recibir el pago. El Código Civil reglamenta esta representación en sus Arts. 1630 á 1634.

112. DÓNDE DEBE HACERSE EL PAGO. Nuestra ley sustantiva civil ha querido reglamentar este asunto, porque ello va a tener influencia en la competencia de los Tribunales; así, por ejemplo, será competente para conocer del cumplimiento de un pago, el juez del lugar donde debe hacerse caso.

Y para saber dónde debe hacerse el pago, es necesario distinguir: lo 1.º si ha habido convención al respecto. Es.º Si no la ha habido. Si lo primero el pago debe efectuarse en el lugar convenido, se aplica la ley de la estipulación, ya que el contrato es una ley para las partes. Si lo segundo, es decir, si nada han dicho los contratantes, entonces hay que hacer una nueva distinción, según que la deuda sea de especie o cuerpo cierto. Cuando se refiere a especie o cuerpo cierto, el pago debe efectuarse en el lugar en que la especie se encuentra al momento de celebrarse el contrato; y si es de otra naturaleza, debe efectuarse en el domicilio del deudor. Mas si en el lapso comprendido entre la celebración del contrato y el pago hubiere mudado de domicilio el acreedor o el deudor, el pago se celebrará en el lugar de la estipulación, salvo que las partes dispongan otra cosa. (Arts. 1645-47.)

Nuestro Código no dice nada acerca de la época del pago, cuando no debe hacer caso. Pero puede concluirse que el pago debe hacerse inmediatamente después de celebrado el contrato, o después de contraída la obligación, siempre que se trate de obligación pura y simple; ya que si es condicional o a plazo hay que esperar que éste llegue o aquélla se cumpla. En cuanto a los gastos del pago, es decir, los que éste ocasiona, éstos están reglamentados en el Art. 1639.

119-COLO DEBE PAGAR AL PAGO Hay dos reglas generales, la consagrada en el Art. 1627 y la del 1629. La primera regla establece que el pago debe efectuarse bajo todos respectos de acuerdo con el tenor de la obligación, y agrega que el acreedor no podrá ser obligado a recibir una cosa distinta de la debida, aunque su precio no de igual o mayor valor que ella. La segunda regla estatuye que el acreedor no está obligado a recibir el pago por parcialidades. El artículo 2o. del Art. 1627 tiene las siguientes excepciones: 1a.) En las obligaciones reales, cuando no pueden cumplir por equivalencia; 2a.) En las obligaciones facultativas, donde el deudor se reserva el derecho de pagar con una cosa distinta de la debida.

Ahora, para saber cómo debe pagarse y qué cosa es preciso hay que distinguir: a) Si la obligación es en dinero, b) Si es de especie o cuerpo cierto, y c) Si es de género.

a) Obligaciones de dinero El Art. 2224 establece que el mutuante es obligado a pagar la suma numérica estipulada en el contrato. Así no dificultad porque las partes se acuerdan a lo pactado en la convención.

b) Obligaciones de especie o cuerpo cierto según regidas por el 1628, de acuerdo con el cual el acreedor está obligado a recibir la cosa dada en el estado en que se encuentra, lo más intacto de esta disposición se analizará para ver cuándo la cosa ha sufrido deterioro. Para averiguar si el acreedor está obligado a soportar estos daños, hay que distinguir tres casos: 1a.) Si los deterioros son producidos por un caso fortuito fuera mayor, entonces el acreedor debe soportarlos, porque ya vimos que uno de los efectos de esta figura jurídica es liberar al deudor de toda responsabilidad. 2a.) Si los deterioros se han producido por un acto u hecho de un tercero, en este caso también constituyó caso fortuito, y por consiguiente, el acreedor también tiene que soportar los deterioros; pero, la prerrogativa que le concede el inciso final del Art. que estamos estudiando, es decir, que tiene derecho a exigir del deudor que lo esca la indemnización contra el tercero culpable. Y 3a.) Si los deterioros se han producido

cido por culpa del deudor u durante su mora, es de justicia que el acreedor no está obligado a soportar tales deterioros, y el inciso 2o.- lo autoriza para pedir la rescisión del contrato con la indemnización de perjuicios.

c) Obligaciones de género es muy poco lo que hay que decir sobre este punto; y sólo nos limitaremos a decir que en las obligaciones de género, el acreedor no puede pedir determinadamente ningún individuo, y el deudor queda libre de él, entregando cualquier individuo del género, con tal que sea de una calidad u le misma calidad. (Art. 1506 C.C.)

114- EXCEPCIONES AL ARTICULO 1449 DEL CODIGO: Este comienza el principio de que el pago debe hacerse en su totalidad, sin embargo, esto puede efectuarse por partes: lo.) Cuando así lo estipulan las partes; do.) Cuando la ley lo establezca, como en el caso de la sucesión, en que las deudas hereditarias se dividen entre los herederos a prorrata de sus cuotas. (Art. 1411 c. 8o.-) En el caso de la fianza, cuando hay varios fiadores, los cuales gozan del beneficio de división. do.) Los casos contemplados en los Arts. 1650 y 1651 y 1652 del C.C.)-

115- IMPUTACION DEL PAGO: Para que haya imputación del pago debe haber entre el acreedor y el deudor varias deudas, porque si existe una sola, a ella se imputará el pago; tienen que ser las deudas de la misma naturaleza, y que el pago efectuado por el deudor no sea suficiente para cancelar la totalidad de las obligaciones.

En cuanto a quién puede hacer la imputación, sabemos que le corresponde legalmente al deudor, y decimos legalmente, porque existen los siguientes fundamentos: Art. 1558, inciso 2o.-, según el cual en las obligaciones alternativas la elección, en principio, corresponde al deudor; Art. 1824, que dice que las cláusulas ambiguas de un contrato se interpretan a favor del deudor; y Art. 1634; la imputación corresponde al deudor. Claro está que esta libertad del deudor para la imputación del pago no es muy amplia, puesto que tiene las siguientes limitaciones:



a) Si en duda de cuya naturaleza se pague el deudor, sin consentimiento del acreedor, imputar el pago al capital. La fundación de esta limitación estriba en que si el deudor pudiera indistintamente imputar su pago a los intereses o al capital, a su voluntad, cada día que lo haría al capital, con perjuicio para el acreedor, cada vez que el capital se está produciendo intereses, y los intereses no producen intereses, por expresa prohibición de la ley. (Arts. 1654 y 1655 C.C.);

b) El deudor no puede imputar el pago a una obligación que no está devengada; es decir, no tiene el legislador en el caso de que, de las obligaciones, una sea de plazo vencido y otras no lo sean. Y expresa el deudor que imputa el pago a la ya vencida o devengada, y no a las no devengadas. (Art. 1654 C.C.).

c) No puede el deudor alegar como excusa a la cantidad que tiene si el pago efectuado por el deudor es suficiente para cancelar una obligación, pero no alcanza para solventar la totalidad de las otras obligaciones, ni se puede el deudor imputarlo a aquella obligación que no alcanza a ser pagada en su totalidad. Mas si el deudor no imputa el pago de ninguna en particular, el acreedor podrá hacerlo en la carta de pago; y si el deudor lo acepta, no le será lícito reclamar después.

116-IMPUTACION HECHA POR LA LEY Pudo suceder que sobrevenga el acreedor luego de la imputación al pago; y ordena el Art. 1655 establecido que el pago se imputará a la deuda que el tiempo tuviera devengada; y si ambas deudas estuvieren devengadas, a la deuda que el deudor eligiere. Como bien se puede observar, vuelve nuevamente a imputarse al deudor. De donde se colige que la imputación del pago la puede hacer preferencialmente el deudor, después el acreedor, luego el legislador, y, finalmente, el deudor.

CAPITULO XI

3

117- DEL PAGO POR CONSIGNACION: Como hemos visto el pago puede hacerse directamente al acreedor, siempre y cuando que éste no tenga ninguna inconveniente para recibirlo. Porque puede suceder que no lo acepte por un simple capricho, o por que crea que el pago que se le ofrece no está de acuerdo con el valor de la obligación. Y en virtud de este estado de cosas, el legislador ha establecido la figura jurídica conocida con el nombre de "pago por consignación", de la que trataremos en este capítulo.

118- MODOS DE PAGAR VALIDAMENTE: La observación de nuestro Código nos lleva a la conclusión de que hay dos formas de pagar válidamente con consentimiento del acreedor y sin él, por medio de la consignación. Aunque los efectos de estos pagos completamente iguales extinguen la obligación, liberan de al deudor de todas sus prestaciones. Aunque siempre hay pequeña diferencia entre ambos sistemas de liberación, ya que por el de consignación no se puede transferir la propiedad de tan cosa, porque bien sabido es el principio de que nadie puede adquirir derechos contra su voluntad.

119- QUIEN PUEDE OBLIGARLO.-SUS EFECTOS: Al tenor de los Arts. 1639 y 1650 el pago puede hacerlo cualquiera persona que quiera y pueda ofrecerlo, o un tercero interesado o extraño. En cuanto a sus etapas, éstas son dos, oferta y la consignación propiamente. La primera tiene por finalidad indicar al acreedor que el deudor desea pagar y dejar constancia de la negativa del sujeto activo de la prestación a recibir el pago. Y la consignación ya poner la cosa debida a disposición del acreedor en marco de un tercero. Nuestro Código define la consignación diciendo: "es el depósito de la cosa que se debe, hecho a virtud de la renuencia e incomparecencia del acreedor a recibirlo, y con las formalidades necesarias, en favor de una tercera persona" (Art. 1650).

120- CONDICIONES DE LA OFERTA. La oferta debe ser hecha en el lugar y en el momento que se indica en el numeral 10.º del Art. 1659, de regular que sea hecha por el deudor o por el acreedor o su representante. 2.º Debe efectuarse al acreedor que tenga capacidad para recibir o a su legítimo representante. 3.º La obligación es condicional o a plazo, debe haberse verificado la condición o haber llegado el plazo, o lo que es lo mismo, la obligación debe ser exigible. 4.º Debe ofrecerse pagar en el lugar convenido. 5.º Debe efectuarse con las formalidades que la ley establece, es decir, que el offerente se dirige al juez competente con un memorial manifestando la oferta que ha hecho al acreedor, expresando, además, lo que el mismo deudor debe, con indicación de los intereses vencidos, si los hubiera, y los demás cargos liquidados, y de la oferta de consignación que se hace, una descripción individual de la cosa ofrecida. Y 6.º Que del memorial de oferta se confiera traslado al acreedor o a su representante.

(L. 95 de 1899, a. 19).

121-D. PROCEDIMIENTO DEL PAGO POR CONSIGNACIÓN. El procedimiento del pago por consignación está detallado minuciosamente en los Arts. 1659, 1660 y 1661. Nosotros para estudiarlo tenemos que hacer una distinción según que el acreedor se encuentre presente o ausente.

a) Caso en que el acreedor se halla en el lugar del pago. Hecha la oferta y negado el acreedor a recibir el pago, el deudor puede continuar su procedimiento ante un juez, quien, de acuerdo con el Art. 1659, autorizará la consignación y designará la persona en whose de quien debe hacerse. El deudor presentará antes un nuevo escrito, volviendo lo acontecido y solicitando la consignación de acuerdo con esta disposición; y ya en estas circunstancias se hará la consignación, previa citación del acreedor (Art. 1660), citación que se da en otro caso que la notificación.

Hecha ya la notificación, viene ya la hora de y última etapa de procedimiento de efectuar la consignación, y entonces puede suceder que el acreedor comparezca o que no comparezca. Es importante saber que notificarlo por tercera

vez, interdicción o revocar la cosa ofrecida (Inciso 2o., Art. 1660) en concurso personalísimo o por medio de un representante en la segunda notificación se hace la consignación.

b) Caso en que el acreedor no está en el lugar del pago: el procedimiento cuando el acreedor está ausente lo consigna el Art. 1661. El deudor debe pagar para pagar, la deuda debe ser exigible y ofrecida en el lugar e forma, y debe acompañarse la suma del numeral 5o. del Art. 1658, y además, el deudor deberá rendir una declaración para acreditar que el acreedor en realidad está ausente, y lo dicho es obra del juez competente que conoce del negocio.

122- EFECTOS DEL PAGO POR CONSIGNACIÓN Están establecidos en el Art. 16 según el cual, la consignación efectuada válidamente extingue la obligación, y, en consecuencia, hace cesar los intereses, y extingue del cuidado y obligación de la cosa, desde el día de la consignación.

123- PUEDE EL DEUDOR REVOCAR LA CONSIGNACIÓN La revocación de este contrato se halla expresamente en los Arts. 1664 y 1665. Aunque para resolver la dificultad hay que distinguir entre la consignación como irrevocable o no se haya efectuado en forma irrevocable.

Atendiendo al espíritu de la relación de estas disposiciones, se entiende que está efectuada en forma irrevocable cuando el pago ha sido hecho por el acreedor o ha sido declarado suficiente por certidumbre pasada autoridad de esta juzgada. Y agregó al mismo Art., cuando no ha sido efectuado en forma irrevocable, puede el deudor revocar la consignación, y tampoco se está como no hecha y de ningún efecto respecto del consignatario sus acreedores y fiadores. El fundamento de esta institución radica que la consignación es un acto unilateral donde para nada interviene la voluntad del acreedor, de modo que el mismo deudor puede dejarla sin efecto.



De la esencia de la misma designación se deduce que cuando la obligación de la deuda irrevocable, ya sea por aceptación del pago de acreedor porque el pago en caso de extinción de la misma en cualquier punto en autoridad de esta justicia, puede dejarse sin efecto con el consentimiento del acreedor. De donde se desprende que el deudor no puede dejar sin efecto su propia voluntad. Y todo ello porque ya se han fundido, no han unido, han juntado las voluntades del acreedor y del deudor hay un voto mixto tal. El Código dice que la obligación se extingue del todo cuando, hay, en una palabra, una novación legal, cuando conmutaciones o contingencias las he potestas y liberar a los fiadores. Y en caso de que no conmuten nuevas potestas, no contarán desde el día de la nueva inscripción. Queda así hecho el estudio del pago por transacción.

3

124- DEL PAGO POR SUBROGACIÓN: De Carrión Buitry *La subrogación et Barde,*

en "Tratado teórico y práctico de derecho civil" De Obligaciones, Lofane el pago con subrogación como "una ficción jurídica en virtud de la cual, crédito que ha sido pagado con el dinero suministrado por un tercero, y queda por tanto extinguido respecto del acreedor, se reputa subsistir al tenor de un acceso, en tanto de ese tercero para asegurarlo reembolso de lo que paga".- Nuestro Código Civil en su Art. 1666, lo define no diciendo "la subrogación es la transmisión de los derechos del acreedor a un tercero, que lo paga".

125- CRITICA A UNA DISPOSICION: Los distintos tratados de derecho he

hecho a esta disposición una doble crítica, por cierto muy acertada. Dice ellos que esta definición del Código es de una noción exacta de lo que es la subrogación, y que emplea la palabra transmisión, la cual, según ella impone la transmisión del derecho por causa de muerte, en cambio, la subrogación opera entre vivos. De donde resulta impropio hablar de transmisión

119-CLASIS DE SUBROGACION: Atendiendo a su origen, la subrogación se divide en legal y convencional. Como aquella la que tiene su fundamento en el texto expreso de la ley, o de ella, independientemente de la voluntad de las partes. Y como la que tiene por fuente la voluntad del acreedor.

a) Subrogación Legal: Como el caso antes, es la que se opera por el solo ministerio de la ley, una vez que el tercero hace el pago al acreedor, siendo la contemplada en este punto, la contenida en el numeral 6º del Artículo del C.C., dando la subrogación el carácter de sucesión

1) Caso de subrogación legal: Esta es un beneficio para el acreedor y de ahí que el legislador, le haya dado un carácter restrictivo y haya echo una limitación, al respecto, expresa en el Art. 1603, el cual dice: Se efectúa la subrogación por el ministerio de la ley, y aun contra la voluntad del acreedor, en todos los casos señalados por las leyes y especialmente a beneficio de... Del acreedor que paga a otro acreedor de mejor derecho en virtud de un privilegio o hipoteca sería el caso, por ejemplo, en propiedad no onerosa hipotecada y hay cinco acreedores hipotecarios el primero de ellos paga el valor de la propiedad. Mas la situación es injusta y las posibilidades se acortan porque la propiedad es una variedad y se va a pagar al primer acreedor. Entonces, en virtud de estas circunstancias dice el quinto acreedor al primero y pago su crédito, para evitar el remate y su pérdida en sus intereses.

2º.-Del que habiendo otorgado un inmueble, es obligado a pagar a los acreedores a quienes el inmueble está hipotecado. Disposición esta que no una gran importancia práctica, sancionada como todo en equidad y la justicia.

3º.-Del que paga una deuda que se halla obligada solidaria e indistintamente. En la acostumbrada de dar que esta disposición tiene aplicación en los dos casos siguientes: cuando paga el que está hipotecado un bien propio para cancelar una deuda y cuando paga el tercer poseedor de la finca hipotecada.

40.- Del heredero beneficiario que paga con su propio dinero las deudas de la herencia.

50.- Del que paga las deudas de un condicionallo expresa o tácitamente al deudor. Puesto que ya tratada en el caso del heredero que efectúa el pago con el consentimiento del deudor.

60.- Del que ha prestado dinero al deudor para el pago, constante del certificado pública del pago hubiera o no, que la donda con el mismo dinero.

Cada uno de ellos puede observarse como casos distintos a los cinco anteriores de la subrogación; es más bien un acto voluntario que requiere el otorgamiento de escrituras públicas.

51.- De la subrogación Convencional. Esta se efectúa cuando el acreedor recibe el pago de un tercero y lo admite voluntariamente en todos los derechos y acciones que le corresponden con tal acreedor. En este caso la subrogación está sujeta a la regla de la acción de derecho, y debe hacer en la carta de pago (Art. 1669). Esta también aplicación en los casos en que no proceda la legal, ya que es esta la que actúa entonces en amparo de haber de la convencional, y subyace al caso del Art. 1671, cuando un tercero efectúa el pago sin consentimiento del deudor; dice expresamente esta disposición que el acreedor no podrá ceder al acreedor para que lo subrogue, lo que no obsta para que el acreedor produzca la subrogación por un acto voluntario.

Requisitos de esta subrogación. Están consignados en el Art. que estamos comentando. Y ellos pueden resumirse en otros a) De requerir el consentimiento del acreedor; b) De requerir que el pago lo haga un tercero, con bienes de su propiedad; c) De requerir que la subrogación se haga en la carta de pago y al momento del pago; d) De requerir que se observen las condiciones establecidas por el legislador para la acción de créditos.

52.- De la subrogación legal. No difiere en su origen de la convencional, pero se diferencia en sus efectos unidos con el artículo 1670, al declarar que "la subro-





cepto los no comerciables y esta disposición anterior los es comerciables.

120- Extinción de la acción de pago por extinción de nuestro número de 1870 (a saber 20.-) Cuando el deudor, haciendo uso de la facultad que le confiere el Art. 1670, paga a sus acreedores; 20.-) Por la sentencia de grado, en virtud de reconocimientos con los acreedores y en qué forma, prelación y preferencia de una a cada una, cuando esta es la forma normal de extinguir la acción de pago; 20.-) Por el sobreseimiento que se dicta en juicio de acción de pago, el cual puede ser temporal o definitivo; y por el convenio que se haga entre el deudor y el acreedor. El convenio está tratado en nuestro Código Civil en los Arts. 1679 y 1680. El primero de ellos, después de manifestar que los acreedores pueden dejar al deudor la administración de sus bienes, cuando que pueden llegar a cualquier acuerdo con el deudor. Este convenio es siempre un acuerdo que tiene por finalidad dar facultades al sujeto pasivo de la prestación para que pueda cumplir sus obligaciones.

6.

121- DEL PAGO CON BENEFICIO DE COMPENSACIÓN Este convenio en no obligar al deudor a pagar más de lo que realmente pueda, dejándose lo indispensable para una modesta subsistencia según su clase y circunstancias, y a preciosa de pagar el resto cuando mejor de situación.

122- SUS CARACTERÍSTICAS Este convenio reduce a tres la.- En un hecho personalísimo, y en consecuencia, no puede ser cedido, transmitido o renunciado, en una palabra, no es susceptible de comercio.- 2a.- Pasa a oponerse en cualquier momento es un juicio objetivo sin una declaración previa.- 3a.- Tiene el carácter alimenticio. Y como se desprende del Art. 1680 de nuestro C.C., el 1680, que manifiesta que el deudor puede solicitar beneficio de compensación y derecho de alimento a la vez que tiene que elegir entre los de ellos; y del 1685, el cual hace la enumeración de las personas acreedoras a beneficio de compensación.

ambos el concordando con el 412, (2) establece quince y a quince se do  
do derecho de alimentos.

133- QUIENES PUEDEN XILARARLOS Pucica ampar el beneficio de competencia,  
las personas que están enclavadas taxativamente en el Art. 10 de la Ley 95  
de 1890 que cubren el 1085 del C.C. Léves personas con las siguientes lb.  
Los ascendientes y descendientes, siempre que no concurra causal de dchaer  
ción; 2o.-El cónyuge no divorciado por su culpa; 3o.-los hermanos, siem-  
pre que no concurra causal de dchaeración; 4o.-Los socios entre sí, sólo  
con respecto de las obligaciones que hacen del contrato de sociedad; resin  
encia del Derecho Romano, donde los socios heran considerados como herman  
5o.-El donante, sólo en cuanto se lo trata de exigir el cumplimiento de la  
donación prometida; y co.- El deudor de buena fe que ha hecho acción de bi-  
nes, cuando se trata de perseguir su responsabilidad en bienes que ha adqui-  
rido con posterioridad a la acción, pero sólo contra los acreedores que ex-  
isten al momento de ésta.

7

134- DE LA NOVACION- SU ETIMOLOGIA-DEFINICION La palabra novación viene  
de la voz latina "novare", cuyo significado es cambiar, hacer algo nuevo.  
Nuestro C.C. en su Art. 1087, la define diciendo que es la sustitución de  
una nueva obligación a otra anterior, la cual queda por tanto extinguida.

135- PAUNDO DON UNO HISTORICO Este medio de extinguir obligaciones tuvo  
su mayor aplicación y preponderancia dentro de los marcos de la subjetiva  
concepción romana de la obligación. Los juristas romanos no pedían  
nada que variando cualquier elemento de la obligación permisionera ésta  
suetas y esta fue la causa por la cual no aceptaron la acción de créditos  
no así en cambio aceptaron la novación. Mas a esa subjetiva concepción de  
Derecho Romano, se lo ha dado hoy un vuelco, porque hoy se considera la o-  
bligación desde un punto de vista más objetivo.

Este modo de darle muerte a las obligaciones, no tiene gran importan-



da en otros Códigos del mundo; así, por ejemplo, el Código Alemán en la carta y sólo en un artículo se refiere a cómo la novación puede ser un modo de extinguir obligaciones que las partes deben reglamentar, entendiéndose como manifestación de la autonomía de la voluntad; el Código Suizo y el Chino le dedican uno o dos artículos. En cambio el nuestro le dedica todo el Título 15 del Libro IV.

Debe observarse que la novación a la vez que es un modo de extinguir obligaciones, es también una causa de nuevas obligaciones, es decir, que juega un doble papel, siendo por esto cuando algunos tratadistas le dan el nombre de que es un producto híbrido dentro del seno del derecho.

136- SUS REQUISITOS Se deducen de varias disposiciones del Código y reducidos a cinco a) Que exista una obligación que se trate de extinguir; b) Que se dé nacimiento a otra nueva obligación; c) Que la obligación nueva sea fundamentalmente diferente de la antigua; que las partes tengan capacidad suficiente para novar; e) Que haya unánime novación, o sea, que las partes tengan la intención de producir novación (Arts. 1680-92-93 C.C.);

137- DIVERSAS CLASES DE NOVACION Habiendo esta figura jurídica podido clasificarse primeramente en novación objetiva y subjetiva. La primera admite una subdivisión: novación por cambio de objeto y novación por cambio de causa; y la segunda también puede ser de dos clases: novación por cambio de acreedor y novación por cambio de deudor. Véase a estudiarlas por separado y al tenor de los artículos del Código.

1.) Novación Objetiva Un ejemplo que lo ilustramos mejor nosotros lo da el deber a Miguel \$500.00 y en cambio de esta obligación me obligo a Gregorio un terreno. Como se ve el objeto de la obligación ha cambiado, así los sujetos de la misma. Pero, puede acontecer que lo que se cambia sea la causa; por ejemplo, nosotros le vendemos a Pedro una casa y me que adeudando la suma de 1.000 pesos, pero él resuelve convertir esta deuda.

muso, con el consentimiento de nosotros, clara que ha habido novación porque ha habido el antiguo novado. En este ejemplo lo que se ha cambiado es la causa. A esta novación objetiva se refiere el Art. 1690, inciso 1o. Justificándose una nueva obligación si esta vez que intervengan nuevo acreedor o deudor

b) Novación Subjetiva La misma Art. en su No. 2, la consagra, cuando dice: Constituyendo el deudor una nueva obligación respecto de un tercero, y declarándole, en consecuencia, libre de la obligación primitiva el primer acreedor. Sería el caso de que Manuel deba a Juan 100,00 y acordan que en lugar de pagárselos Manuel a Juan se les pague a Miguel; esto para ser el acreedor, efectúndose así la novación subjetiva por cambio de acreedor.

130- CONDICIONES PARA QUE ESTA NOVACIÓN SE REALICE: Pueden reducirse a tres: 1.) Se requiere el consentimiento del primitivo acreedor, lo que se desprende del No. 2 del Art. 1690; 2.) Se requiere el consentimiento del deudor para con el nuevo acreedor; y 3.) Se requiere el consentimiento del nuevo acreedor. Esto tiene su fundamento en aquel principio que nada se puede adquirir derechos o créditos sin consentimiento de su voluntad.

También puede efectuarse la novación subjetiva por el cambio de deudor ya que así lo significa el No. 2 del Art. que nos ocupa. Sus condiciones están regidas por el Art. 1694, cuando dice que no requiere el consentimiento del acreedor, que expresamente se por libre al primitivo deudor. Lo está dando a entender que esta clase de novación puede revestir dos formas distintas, así lo. - Se efectúa sin consentimiento del primer deudor, entonces el que toma la iniciativa de la novación es el segundo deudor. A esta situación le suelen llamar los autores oposición, en cual puede ser perfecta o no. Esto es, que la novación puede constituirse o no. Se sucede el primer caso cuando el acreedor da por libre al primitivo deudor; y no se sucede lo segundo, cuando no lo da por libre, aquí, en este caso, se le suele llamar adquisición

131- ELECCIÓN DE LA NOVACIÓN: Pueden compararse en la siguiente expresión: Extinción a la obligación primitiva y nacimiento a una nueva. Mas nosotros



estableciendo sus respectivas consecuencias que pueden reducirse a siete: 1) El deudor estaba en mora, con la novación, dejó de estarlo; 2) El plazo de prescripción de la primera obligación se extingue y comienza a correr un nuevo plazo para la nueva obligación; 3) El deudor dejó de tener sobre sí el riesgo de la cosa; no le cabe ninguna responsabilidad respecto del objeto de la primera obligación; 4) De acuerdo con el Art. 1699, la novación, en cualquier forma que se produzca, extingue los intereses de la primitiva obligación; 5) De acuerdo con el Art. 1700, la novación, aun cuando se produzca por cambio de deudor, extingue los privilegios de la primitiva obligación; 6) De acuerdo con el Art. 1700, la novación libera a los codudores solidarios y subsidiarios que no hayan accedido a la nueva obligación; la novación entre el acreedor y uno de los codudores solidarios extingue la obligación respecto de todos, o igualmente con la responsabilidad de los fiadores, porque cuando el Código habla de deudores subsidiarios se refiere a los fiadores; y 7) De acuerdo con el Art. 1701, también por la novación se extinguen las prendas e hipotecas que tuviere afectas la primitiva obligación.

100- PUEBLN LAS PARTES HACER RESERVA? Del espíritu de los artículos que estamos estudiando, no es fácil colegir que el legislador se opone a esto. En primer lugar se pueden hacer reservas de intereses. Lo dice así expresamente el tenor del Art. 1699; nada impide que en la segunda obligación corran los intereses. También hay inconveniente para que los codudores solidarios y los fiadores continúen obligados en la segunda obligación. Lo dice expresamente el Art. 1704, cuando dice que la novación libera a los codudores solidarios o subsidiarios, que no han accedido a ella. También el legislador permite que hagan reservas de las hipotecas y prendas. Lo dice igualmente el inciso 1.º del Art. 1701: "a menos que el acreedor y el deudor convengan expresamente en la reserva".- En cuanto a la reserva de los privilegios, tenemos que decir que ella no es permitida, porque nuestro legislador no lo ha dicho, y porque la propia terminología de los Arts. 1699, 1701 y 1704 lo está indicando.

CAPITULO III

331

141-DE LA RENUNCIA.-Conocido. El acreedor no ha dicho lo que se entiende por renuncia. Sin embargo, puede decirse que constituye la renuncia de un derecho que hace el acreedor, o la condonación o perdón de la deuda que el acreedor hace al deudor.

142-CARACTERÍSTICAS DE LA RENUNCIA. En la forma de pago en la cual, para su efectividad, se requiere que las voluntades del acreedor y del deudor concuerden en decir, que haya consentimiento. De donde se desprende que es un acto notante bilateral. A simple vista parece que este acto jurídico pudiera confundirse con el mero consentimiento, ya otorgado. Pero evitar esta confusión no debe perderse de vista de que el mero consentimiento opera la extinción de la obligación porque viene a destruir el mismo contrato, es decir, el mismo vínculo jurídico que une en parte la voluntad del deudor a la del acreedor. En tanto que la renuncia no causa en manera alguna ni afecta el vínculo jurídico. El mero consentimiento por lo general va a operar en un contrato bilateral y por medio de él se van a dejar sin efecto las obligaciones de ambas partes. En cambio, en la renuncia se extingue únicamente una de las obligaciones, porque por lo general la obligación de la otra parte ya ha sido cumplida.

143- DE LA RENUNCIA TESTAMENTARIA Y JUDICIAL. Ya dijimos que uno de los caracteres de la renuncia es que es un acto voluntario, más aquí sufre alguna quebranta este principio. Porque cuando se oferta por medio de un testamento, por el carácter de acuerdo de voluntades. Ya que el acto testamentario es un acto unilateral. El legislador otorga la facultad de hacer renuncia al testador en los Arts. 1107 y 1109 del C.C.

También es un acto unilateral cuando la renuncia reviste el carácter de judicial. Sucede en el caso de los convalidos. Pongamos un ejemplo. Una persona es declarada en quiebra y se hace un convenio, el cual puede consistir en haber una cuota, en las quiebras, condonar al 50% del crédito. Para el convenio judicial

requiere que concuerdan los dos tercios de los acreedores que remain a si los tres quintos de los créditos. Pues bien, a los que no aceptan el convenio, también les obliga. En este convenio, o mejor dicho en este caso, entiendo, con respecto a estos acreedores que no aceptan el convenio suscrito por los otros acreedores, la renuncia deja de ser un acto voluntario y pasa a ser forzoso.

144- LA RENUNCIA PUDE SER A TITULO GRATUITO U ONEROSO. Lo general es que la renuncia siempre es a título gratuito, sin embargo, puede acontecer que sea a título oneroso, y entonces no es renuncia propiamente tal. De aquí que insista la tesis de la caracterización de la renuncia, a saber:

145- LA RENUNCIA PUDE IR CONFUNDIDA. La renuncia puede ir al mismo tiempo con otras instituciones jurídicas con una novación, una dación en pago o una transacción. Claro está que si la renuncia es a título gratuito constituye un acto aislado. No así cuando es a título oneroso que puede ir acompañada o ser la sustitución de una novación, dación en pago o transacción.

146- LA RENUNCIA ES UNA RENUNCIA. La renuncia no es otra cosa que una verdadera renuncia de un derecho personal, siendo ésta la cuarta característica de esta clase de pago. Cabe observar que solamente podrá confirmarse un crédito si es irrenunciable, principio regido por el Art. 15 del C.C.

147- LA RENUNCIA Y SUS CLASES. De todo lo señalado nos es dado colegir que la renuncia puede ser de diversas clases; una es, puede ser voluntaria o forzada, convencional o testamentaria, a título gratuito o a título oneroso, total o parcial, expresa o tácita.

148- EJECUCION DE LA RENUNCIA. Estas son las de extinguir la obligación y sus accesores. Sin que esto quiera decir que haya inconveniente para que el acreedor pida al deudor únicamente la garantía que le ha dado. En este caso la renuncia de la hipoteca o prenda no significa la renuncia de la obligación; ésta es lo que dice expresamente el Art. 1715 Inc. 2º.

149-DE LA COMPENSACION Nuestro Código no define expresamente la compensación, sino que el Art. 1710, de México a él, se refiere sus efectos, diciendo que cuando dos personas son deudoras una de otra, se opera entre ellas una compensación que extingue ambas deudas en los términos que van a explicarse.

Los romanos decían la compensatio es la cancelación de obligaciones existentes alternativamente entre dos personas, haciendo una imputación recíproca de los créditos a los débitos. Según el derecho moderno, y entre el al francés, define la compensación como un hecho de derecho substancial que no produce sin intervención de la voluntad de las partes, por ministerio de la ley, tan pronto se confrontan dos créditos compensables. (Art. 1299 Código Civil Francés).

150-SUS REQUISITOS Para que se produzca la compensación se necesita varios requisitos que se enuncian discriminados en el Código, y que nosotros podemos reducir a ocho: 1) Para que se produzca la compensación se requiere que ambas deudas sean de dinero o de cosas fungibles o indeterminadas de igual género y calidad; esto es, que sean análogas o equivalentes; 2.) que ambas personas sean porcional y recíprocamente acreedoras y deudoras; 3.) que ambas deudas sean líquidas; 4.) que ambas deudas sean exigibles; 5.) que ambas deudas sean pagaderas en el mismo tiempo y lugar; 6.) que se trate de deudas embargables; 7.) que la compensación no se produzca en perjuicio de terceros; y 8.) que la compensación sea alegada. (Artos. 1710-16-19-20-21-23 del C.C.)

151-SUS EFECTOS El efecto primordial de la compensación, una vez que es alegada, es extinguir ambas obligaciones, y la extinción se opera hasta la de menor valor. Con esta forma de pago se extinguen todas las obligaciones accesorias, en virtud de aquel famoso principio de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal. Cabe preguntar dentro de este punto si la compensación puede renunciar. El legislador no ha dicho nada al respecto, tal vez porque en esto en la práctica no se acostumbra. Pero supongamos que aquí también tiene apli

ción el Art. 15 del C.C., es decir, que puede renunciarse, renuncia que puede ser expresa y tácita.

152- LA PERECCION EN LA COMPENSACION: Cuando entre acreedor y deudores recíprocos, existen diversas obligaciones, para evitar cuales se extinguen por la compensación, el Art. 1722, establece que se seguirán las mismas reglas de la imputación.

153- CASOS EN QUE NO OPERA LA COMPENSACION: El legislador en el Art. 1721 ha establecido una serie de casos en los cuales la compensación no puede operarse por expresa prohibición de la ley. Estos casos son los siguientes: 1.) No puede operarse la compensación a la demanda de restitución de una cosa de la cual el dueño ha sido despojado violentamente; 2.) Tampoco puede operarse a la demanda de restitución de una cosa dada en comodato o depósito, aún cuando, pedida la cosa, sólo subsista la obligación de pagarla en dinero; 3.) No puede operarse a la demanda de indemnización por un acto de fraude o violencia; y 4.) No puede compensarse la demanda de alimentos no embargables. Esta disposición se repite en el Art. 411 del C.C.

Además de la compensación legal existe la voluntaria o convencional y judicial pero que, por no estar regidas por el Código Civil, no nos ocupan de ella, ya que nuestro estudio es sobre materia civil.

154- DE LA CONFUSION: El Código establece también de esta definición, y bñame en su Art. 1724 se limita a dar una idea de ella, cuando dice que cuando concurran en una misma persona las calidades de acreedor y deudor, se verifica el derecho una confusión, que extingue la deuda y produce iguales efectos que pago. Nosotros podemos definirla con más propiedad, y coordinación y precisión diciendo que es un modo de extinguir las obligaciones que se produce por el hecho de que en la misma persona se reúnan las calidades de deudor y acreedor.

155- COMO PUEDE PRODUCIRSE: La confusión puede producirse por varias causas ya por acto entre vivos como por causa de muerte. Se produce cuando el deudor



deja de heredero a su acreedor. Cuando el acreedor instituye heredero al deudor. Cuando las calidades de acreedor y deudor vienen a reunirse en una tercera persona. Y se produce por acto entre vivos cuando el deudor compra los créditos al acreedor.

156- CASOS DE CONFUSION: La confusión también sirve para extinguir derechos reales, es decir, hacer cesar relaciones jurídicas que no tienen origen en obligaciones personales. Así, por ejemplo, una forma de extinción de la propiedad fiduciaria es la confusión (Art. 882 C.C.); una forma de extinción del usufructo también por la confusión (Art. 865 ibidem); las servidumbres también se extinguen por la confusión (942 ibidem); y el derecho real de prenda también se extingue por la confusión (Art. 2491 C.C.)

157- ANÁLISIS DEL ARTICULO 1736: El Art. 1736 dice en su esencia que "la confusión que extingue la fianza, pero la confusión que extingue la fianza no extingue la obligación principal. Está de acuerdo con el Derecho, con el principio que reza que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, pero lo principal no sigue la suerte de lo accesorio. De donde se desprende que si por alguna circunstancia se confunde al acreedor y el fiador, cesará la fianza, pero continuará la obligación principal que afectaba al deudor. Esta disposición está en concordancia con la 2498 del C.C., que manifiesta "Se extingue la fianza por la confusión de las calidades de acreedor y (deudor), o de deudor y fiador; pero en cualquier caso la obligación del subfiador subsistirá".

158- LA CONFUSION PRODUCE LA EXTINCION PARCIAL: Puede acontecer que las calidades de acreedor y deudor se reúnan en una misma persona pero sólo con respecto a una parte del crédito. Art. 1726: "la confusión sólo se opera en una parte y se extingue la deuda en ella". Hay como bien puede apreciarse una extinción parcial.

159- OTROS CASOS DE CONFUSION: El Art. 1727 podemos considerarlo en dos partes: primera, Confusión entre el acreedor y uno de los deudores solidarios; segunda, Confusión entre el deudor y uno de los acreedores solidarios. En aquél, es decir, si se produce la confusión entre el acreedor y uno de los deudores solidarios, éste tendrá acción en contra de sus deudores solidarios para que le

entolven su cuota o parte en la deuda. No hay más que una aplicación del art. 1571. Se extingue la obligación por medio de la confusión, pero el deudor en cuyo favor se la extinguido tiene acción de reembolso contra los otros.

En todo, en todo, si se produce la confusión entre el deudor y uno de los acreedores solidarios, entonces el acreedor en cuyo favor se opera la confusión está obligado a reembolsar a los demás acreedores su parte o cuota en el crédito. Hay una verdadera solidaridad activa.

160- EFECTOS DE LA CONFUSIÓN: Estos producen la extinción de la obligación y conjuntamente los privilegios, prendas, hipotecas y todos los accesorios.

161- CUANDO SE IMPIDE LA CONFUSIÓN: La herencia aceptada con beneficio de inventario impide la confusión. El art. 1720 establece que, cuando un heredero acepta una herencia con beneficio de inventario, los créditos y deudas de la herencia no se confunden con los créditos y deudas del heredero.

21

162- IMPEDIDA DE LA FORMA QUE SE DEBE: Esto es el nombre del Título XIX del Libro IV del Código Civil, nosotros no tenemos de acuerdo con esta denominación, pero que ella da a entender que es un patrimonio exclusivo de la obligación de dar ya que sólo en ellas se debe la contingencia de un error, porque también es aplicable a las obligaciones de hacer y no hacer que hemos estudiado. De aquí que utilizamos esta forma de extinguir las obligaciones con el nombre de "Imposibilidad en la Ejecución".

163- IMPOSIBILIDAD ABSOLUTA DE EJECUTAR EL HECHO DEBIDO: Nuestro Código de procedimiento Civil habla de imposibilidad absoluta en la ejecución, de donde resulta una consecuencia lógica: si un deudor puede cumplir la obligación a cambio del deudor, ya no se extinguirá esta obligación. El C.C., en su Art. 1612, inciso 2o., así lo deja entender, porque dice que se autoriza al acre-

edor para ejecutar la obra por un tercero a costa del deudor.  
IMPOSIBILIDAD DE LA EJECUCIÓN EN LAS OBLIGACIONES DE DAR HAY EN LA IMPOSIBILIDAD ABSOLUTA DE EJECUTAR EL HECHO DEBIDO EN LAS OBLIGACIONES DE HACER.

es forzoso reconocer que la tiene mayor en las obligaciones de dar, y dentro de ellas, en aquellas en que se trata de un especie o cuerpo cierto, porque si la obligación es de género no cabe este modo de extinguir, y ello en virtud del principio "el género no perece".

El Art. 1729 dice que si la especie o cuerpo cierto perece porque se destruye o porque deja de estar en el comercio o porque desaparece y se ignora si existe, se extingue la obligación. Del tenor de este Art. podemos colegir cuatro casos en los cuales se produce la imposibilidad en la ejecución de la obligación y ellos son 1.) Porque la cosa perece; 2.) Porque la cosa se destruye; 3.) Porque la cosa deja de estar en el comercio; y 4.) Porque la cosa desaparece y se ignora que existe. Nosotros podemos agregar un 5.º caso, y él sería cuando se destruye la aptitud de la cosa para la cual fue comprada.

165- EFECTOS DE ESTA CLASE DE PAGO: Estos no son otros que cuando se produce la imposibilidad en la ejecución, la obligación se extingue, y su fundamento es claro, pues a lo imposible nadie está obligado. No obstante la fuerza de este principio, puede ocurrir dos circunstancias diferentes: a) que la obligación se extinga sin que afecte responsabilidad al deudor; y b) que la obligación se extinga quedando el deudor afecto, si no a entregar la especie o cuerpo cierto, a indemnizar al acreedor; subsiste la responsabilidad. Siendo en el primero de estos casos donde verdaderamente se opera la extinción:

a-) Pérdida sin responsabilidad del deudor: Sucede en dos casos: 1.º Cuando la cosa se pierde por caso fortuito o fuerza mayor, porque tiene dignidad en la segunda parte de esta obra, que uno de los efectos del caso fortuito es eximir de responsabilidad al deudor. Y 2.º Cuando la cosa perece después que ha sido ofrecida al acreedor y durante el retardo de éste en recibirla, el deudor sólo responde de culpa grave o dolosa. En el caso contemplado en el Art. 1729 del CC

mas el legislador también considera como caso fortuito al hecho de un tercero. Y por eso el Art. 1436, establece que si la cosa ha perecido por culpa o hecho de un tercero, el acreedor puede exigir del deudor que le ceda las acciones que tenga contra ese tercero.



715  
394

b) La pérdida con responsabilidad del deudor. El deudor está obligado a indemnizar al acreedor en cuatro casos: a) Cuando la cosa perece por culpa del deudor; b) Cuando perece durante la mora del deudor; c) Cuando el deudor se ha hecho responsable del caso fortuito; y d) En el caso del ladrón.

Al caso de la mora y de la culpa se refiere el Art. 1731, diciendo que si el cuerpo cierto perece por culpa o durante la mora del deudor, la obligación del deudor subsiste, pero varía de objeto, y éste es obligado a pagar el precio de la cosa y a indemnizar al acreedor.

En cuanto a la mora, ya sabemos que uno de los efectos de la mora del deudor es hacer a éste responsable de perjuicios. Excepcionalmente, no obsta el estar en mora, no responde de perjuicios cuando la pérdida de la cosa que se debe se habría producido igualmente estando la cosa en poder del acreedor. Así lo manifiesta el Art. 1731, Inc. 2o.-

Tiene asimismo responsabilidad el deudor cuando hubiere hecho responsable del caso fortuito. Lo manifiesta expresamente el Art. 1732, que no es otra cosa que la repetición de la regla contenida en el Art. 1618. Así que si el deudor se ha hecho responsable del caso fortuito es obligado a pagar el valor de la cosa e indemnizar los perjuicios.

Y, finalmente, el caso del ladrón está contemplado en el Art. 1735, según el cual el que ha hurtado o robado un especie o cuerpo cierto no puede alegar el caso fortuito, ni aún de aquellos que hubrían destruido la cosa si ésta hubiere estado en poder del deudor. Es una especie de sanción.

Como bien se ve, en todos estos casos cesa la obligación del deudor quien no está obligado a entregar la especie o cuerpo cierto debida, porque se destruyó; pero en cambio sí está obligado a entregar el precio de la cosa y a pagar indemnización de perjuicios. Mas si la cosa hubiere desaparecido y después reaparece, el acreedor podrá recuperar la cosa devolviéndole el valor que por ella hubiere recibido. Así lo expresa el Art. 1734.

En cuanto a la prueba del caso fortuito, ya vimos, en la segunda parte que corresponde probarlo quien lo alega (1739 C.C.).

166- DE LA DACION EN PAGO: Esto es un modo de extinguir las obligaciones en el cual el acreedor se lo entrega en pago una cosa distinta de la debida. Hemos de hacer notar que el legislador no siquiera lo dedica un artículo a esta clase de pago. Antes por el contrario dice en su Art. 1627-2 del C.C. que el acreedor no puede ser obligado a recibir una cosa distinta de la debida a pretexto de ser de igual o mayor valor la ofrecida; porque el pago debe hacerse de acuerdo con el tenor de la obligación convenida. Las volutas a recibir que esta disposición es de carácter particular, ya que nada impide que el acreedor acepte que se lo pague con una cosa distinta de la debida, entendiéndose en aplicación al Art. 15 de nuestro C.C. Y si esto es así, entonces estamos en presencia de la dación en pago. Acerca de este punto.

167- CASOS CONTEMPLADOS POR NUESTRO CÓDIGO: Para que la dación en pago se lleve a feliz realización lo único que se requiere es el acuerdo de voluntades del deudor y el acreedor. Nuestro Código en su Art. 2362, ubicado en la familia, que establece que si el acreedor acepta en pago una cosa distinta de la debida, se extingue la fianza, no obstante la objeción que después sobrevenga. El Art. 2450, que se refiere al contrato de arrendamiento, y según el cual la arrendancia es un contrato por el cual el deudor entrega al acreedor un bien raíz para que se pague con los frutos que él produce. Y así mismo se refiere esta materia el Art. 1663, ubicado en la sección de los derechos litigiosos, que se pone en el caso de que un artículo se da en pago de una deuda. También puede considerarse como dación en pago en caso de las obligaciones facultativas, Art. 1662.

168- CONDICIONES: Las condiciones que se requieren para que opere la dación en pago, son diversas: 1) Se requiere que exista una obligación que se trate de extinguir. Y ésta puede ser de dar, hacer o no hacer. Porque no se puede extinguir una obligación que no exista, nos hallamos en la figura jurídica de "pago de lo no debido". 2) Se necesita que haya una diferencia cualitativa entre

la prestación debida y la que la sustituye (alud pro alio). Respecto a este requisito, dice Giorgi, es preciso determinar si pueden ser los cambios sustanciales de la prestación. Y ante todo, si pensamos que toda prestación puede ser por mutuo consentimiento sustituida por otra, el objeto de la causa soluta no producirá una vez más: 1.) Una cosa mueble o inmueble en lugar de otra o en lugar de dinero o de un hecho (res pro re, pro pecunia pro facto); 2.) Un hecho positivo o negativo del deudor en lugar de otro hecho o de una cosa, o del dinero (facta pro facto, pro re, pro pecunia); 3.) En su momento, un crédito para con el acreedor o con respecto a otra persona en lugar de la cosa, o del dinero, o del hecho debido (numen iuris pro re, pro pecunia, pro facto).

Supuesto, por lo tanto, una de estas sustituciones, que evidentemente ha con lugar la prestación de una u otra de las grandes categorías en que se dividen las prestaciones, comprendiendo también en el hacer la abstención (pro re), se tiene invariablemente alud pro alio, esto es, el requisito que origina una diferencia cualquiera entre la prestación debida y la que la sustituye. ("Teoría de las Obligaciones en el Derecho Moderno".)

3.) Se requiere que haya consentimiento de ambas partes, de acreedor y del deudor. Respecto del consentimiento de aquí, nuestro legislador ha dicho expresamente en el inciso 2o. del Art. 1037, cuando manifiesta que el acreedor no está obligado a recibir en pago una cosa distinta de la debida. Mas no dicho, ni tácitamente ni siquiera que se requiere consentimiento del deudor. 4o) También se requiere la capacidad del acreedor y del deudor. Esto lo exige de las reglas generales, porque ya dijimos que nuestro legislador no ha reglamentado esta materia.

5.) Finalmente, se requiere que la dación en pago se haga con las solemnidades legales.

1o.- DE SUS EFECTOS. Por medio de la dación en pago, en primer lugar, se extingue la obligación es uno de los distintos modos de extinguir las obligaciones.

170- DE LA NULIDAD Y ANULACION: Lo define nuestro Código Civil, pero no  
 debos decir con toda propiedad, que la nulidad "es la sanción legal establecida  
 para la omisión de los requisitos y formalidades que se prescriben para el va-  
 lor de un acto según su especie y la calidad o estado de las partes".- La nul-  
 dad puede ser absoluta o relativa". El Art. 1740, sólo se limita a decir que "es  
 nulo todo acto o contrato a que falta alguna de los requisitos que la ley  
 prescribe para el valor del mismo acto o contrato según su especie y la calidad  
 o estado de las partes". Y agrega en un segundo inciso: "la nulidad puede ser  
 absoluta o relativa".

171- NULIDAD ABSOLUTA Y RELATIVA: En primera se podrian considerar como la sanción  
 legal impuesta a los actos celebrados con omisión de un requisito exigido en  
 consideración a su naturaleza o especie. Y la segunda, la podiamos expresar co-  
 mo una sanción legal, también, pero ya impuesta a los actos celebrados con  
 prescindencia de un requisito exigido en atención a la calidad o estado de las  
 partes. la diferencia podiamos expresar en la siguiente forma: un acto nulo, es  
 o nullo; un acto afectado de nulidad relativa, nullo infirmo.

Nuestro legislador encabezó este título con el nombre "De la Nulidad y  
 la Rescisión". la terminología no es correcta, porque la ciencia jurídica se  
 serva la palabra nulidad para designar la absoluta, y rescisión para referir  
 a la nulidad relativa. Aunque nuestro Código en su articulado la usa indistincta-  
 mente. Vamos a tratarlo por separado para el mejor estudio de ellas.

172-

1.) LA NULIDAD ABSOLUTA

172- CAUSAS QUE PRODUCEN LA NULIDAD ABSOLUTA: De acuerdo con el Art. 1741, en  
 su enumeración es relativa, son causas de nulidad absoluta las siguientes:

- a) la falta de objeto, aun cuando por lo común en doctrina puede decirse que  
 existe inexistencia jurídica; b) el objeto ilícito de que puede adolecer un  
 contrato; c) la falta de causa, aun cuando también, por lo común en doctrina  
 puede decirse que hay inexistencia jurídica; d) la causa ilícita; e) el error



esencial en que han incurrido los contratantes; f) La omisión de solemnidades o requisitos establecidos por el legislador en consideración al acto en sí mismo, independientemente del estado o calidad de los contratantes; g) Los vicios de los absolutamente incapaces (los dementes que no pueden darse a entender por escrito, los demotes y los impúberos) lo dice el mismo Art. 1741, inciso 2o. - Quedan así estudiadas, en vía de brevedad, las únicas causas que producen nulidad absoluta.

**173- QUIENES PUEDEN SOLICITAR LA NULIDAD ABSOLUTA:** Esta puede ser solicitada por el juez, por cualquiera persona que tenga interés en ella y por el Agente del Ministerio Público.

a) **El Juez:** La nulidad absoluta, de acuerdo con el Art. 2o. - Ley 50 de 1936, puede y debe ser declarada por el juez, aún sin petición de parte, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato. Esta disposición, como bien podemos observar, es de carácter excepcional, porque de acuerdo con nuestro C.J., el juez sólo puede obrar a petición de parte, y excepcionalmente de oficio.

b) **Cualquiera persona que tenga interés en ella:** También puede pedir la nulidad absoluta cualquiera persona que tenga interés en ella. Se entiende un interés económico, pecuniario. Por lo tanto, podrían solicitarla los propios contratantes, con algunas limitaciones; sus herederos, y sus propios acreedores.

c) **El Ministerio Público:** Y también puede ser solicitada, la nulidad absoluta por el Agente del Ministerio Público, en el sólo interés de la moral y de la ley.

**174- CARACTERÍSTICA DE LA NULIDAD ABSOLUTA:** La contempla el mismo Art. 2o. - de la Ley 50 que estamos comentando; es decir, que no puede ser ratificada. Y el fundamento de esta institución jurídica es lógico: ella está establecida en interés general, es de orden público, y la ratificación de la nulidad en los casos permitidos por la ley no es sino la renuncia a la acción de nulidad.

**175- DEL SANEAMIENTO DE LA NULIDAD ABSOLUTA:** La nulidad absoluta se cubre por un plazo mayor de veinte años (Art. 1o. - Ley 50 de 1936). Esto a simple vista.

quizá constituye una inconsecuencia, porque si el acto nulo de nulidad absoluta es considerado como si no hubiera existido, lo que no ha existido, resulta absurdo que pasando 20 años, venga a validarse. Más prevalso el interés práctico.-

2) la nulidad relativa.

176- CUANDO SE PRODUCE: Se produce en términos generales cuando los requisitos son exigidos en consideración a la persona que celebra el acto o contrato. Es de carácter subjetivo, y está establecida en interés particular.

177- CAUSALES DE NULIDAD RELATIVA: Se pueden reducir a tres 1a.-) Los vicios del consentimiento a) El error esencial produce nulidad absoluta, y lo mismo; el error accidental no obsta a la validez del acto; sólo es causal de nulidad relativa el error substancial. b) La fuerza también produce nulidad relativa. c) El dolo. Sólo el dolo principal o inductivo es vicio del consentimiento. d) La lesión.

2a.-) Los actos de los relativamente incapaces, es decir, de los menores adultos no habilitados de edad, el dísipulo declarado en interdicción, los religiosos, las personas jurídicas, etc.

3a.-) Incumplimiento de las formalidades habilitantes: esto es, la celebración de un contrato sin cumplir con los requisitos e formalidades que la ley prescribe en consideración al estado o calidad de las personas.

178- QUIENES PUEDEN SOLICITAR ESTA NULIDAD: A esto se refiere el Art. 1748: "la nulidad relativa no puede declararse de oficio. No puede pedirse su declaración por el Agente del Ministerio Público en el sólo interés de la ley; ni puede alegarse sino por aquellos en cuyo beneficio la han establecido las leyes o por sus herederos o cesionarios, etc."

179- SU SANABILIDAD: La nulidad relativa se sana por el lapso de cuatro años. Lo dice el Art. 1950. De tal manera que la acción o excepción de nulidad relativa prescribe en el plazo de cuatro años. Y ahora, desde cuándo se contará este plazo de cuatro años? El mismo Art. 1750- Inc. 2a.- nos da la respuesta: En el

no de fuerza, desde que haya cesado la fuerza; en caso de error o dolo, desde que se celebró el acto o contrato, y en caso de una incapacidad, desde que haya cesado ésta. Y el legislador, inicialmente contempló la situación de la persona jurídica, manifestando en el mismo Art. que a ellas se les duplicará el cuatrenio y que si no cesará desde que se celebre el contrato; es decir, la acción de nulidad prescribe a los ocho años.

También la nulidad relativa puede ser solicitada por los herederos de la persona en cuyo favor está establecida. El plazo en que este caso prescribe la acción de nulidad está expresamente contemplado en el Art. 1781. Mas hay que distinguir según que el heredero sea mayor o menor de edad. Si es mayor empiezan a correr los cuatro años enteros si aún no hubieran empezado a correr en vida del causante; pero, en el caso contrario, gozará aquí del residuo.

**180- RATIFICACION DE LA NULIDAD RELATIVA:** La ratificación de que es susceptible la nulidad relativa puede ser expresa o tácita. La primera es aquella que se hace en términos formales y explícitos. Y la segunda, consiste en la ejecución voluntaria de las obligaciones que surgen del contrato.

**181-SUS REQUISITOS:** De acuerdo con lo dispuesto en los Arts. 1755 y 56, la ratificación de nulidad, sea expresa o tácita, debe llenar dos requisitos: a) Debe efectuarse por la persona o personas que tengan derecho a solicitarla (Art. 1755); sólo ellas pueden ratificar, y el fundamento es el siguiente: porque si la ratificación no es más que la renuncia de nulidad, es natural y lógico que como del sujeto que tiene este derecho. b) La persona que ratifique debe ser capaz de contratar. También tiene fundamento este segundo requisito: la ratificación puede encerrar cierto peligro, y es natural que se exija capacidad para contratar.

**182- EFECTOS DE LA NULIDAD:** Los efectos de la nulidad consisten en imponer que los actos o contratos no se han celebrado, en volver las cosas al estado en que se encontraban antes de la celebración del acto, como si este no hubiera existido. Resulta que la nulidad, una vez declarada, judicialmente, produce efectos

tos retroactivos. Mas nuestros estatutos con respecto a las partes y con respecto a terceros.

183- CON RESPECTO A LAS PARTES: De acuerdo con el Art. 1749, la nulidad que se declara en favor de una de las partes no aprovechará a las otras. Así, por ejemplo, si el contrato se celebra entre Juan y Manuel, y sólo se le declara en favor de Manuel, únicamente a él aprovechará. Disposición que es una aplicación de este famoso principio: "las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que actualmente se pronunciaran", lo que se le llama el efecto relativo de la sentencia.

184- CON RESPECTO A TERCEROS: La nulidad judicialmente declarada de acción reivindicatoria contra terceros, salvo raras excepciones legales (Art. 1749). Es decir, la nulidad de un contrato viene a repercutir en los terceros, también los afecta. La razón por la cual tiene el contratante en cuyo favor se declara la nulidad la acción reivindicatoria, es la misma de la resolución. Ya que la nulidad, una vez declarada, produce efectos retroactivos; y en virtud de la función de la retroactividad de la nulidad se supone que el contratante nunca ha dejado de ser dueño, y es del todo legal, que tenga acción reivindicatoria.

185- EXCEPCION DEL ARTICULO 1749: Como toda regla tiene su excepción, la consagrada en esta disposición, dice: "Sin perjuicio de las excepciones legales". Estudiaremos algunos casos en que la nulidad no da acción contra terceros: El más común y corriente se presenta en el del tercero que ha adquirido la cosa por prescripción adquisitiva. La disposición que se refiere a la rescisión de la donación, manifestando que sólo da acción contra terceros poseedores cuando se cumple con los requisitos que señala. También hay otra excepción tratándose de la lesión enorme en la compraventa (Art. 1953 C.C.) Si se rescinde un contrato por lesión enorme, la rescisión no afecta a las hipotecas que hubiere contraído el comprador. Es decir, tampoco produce efectos respecto de terceros. Cabe advertir que la nulidad también puede hacerse



2102

186- DE LA PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA: La ordena nuestro Código Civil en el Título XIX del libro IV. Y nuestro legislador ha cruzado conjuntamente la prescripción adquisitiva (modo de adquirir el dominio) y la prescripción extintiva (forma de extinguir las obligaciones). De aquí que el Título XIX se divide en cuatro Capítulos. En el primero tratamos de las reglas aplicables a ambas prescripciones; en el segundo se habla de la prescripción como modo de adquirir; y los tercero y cuarto se dedican a la prescripción como modo de extinguir las obligaciones. Los tres sólo nos dedicaremos en este estudio a ver las dos últimas por cuanto las estudiaremos como modo de extinguir las obligaciones: tal es nuestro propósito.

187- OBSERVACIONES SOBRE EL NUMERO 10 DEL ART. 1625: El Art. 1625, número 10 habla de la prescripción extintiva como forma de extinguir las obligaciones. Mas si estudiamos y analizamos más a fondo la cuestión concluiremos que la prescripción no es una forma de extinguir las obligaciones, sino que es un medio de extinguir los derechos y acciones. Y esto es el fundamento y el espíritu del Art. 2512, al definir la prescripción; y el Art. 2508, al fijar los elementos de la prescripción extintiva. Y el fundamento por el cual la prescripción no es propiamente una forma o medio de extinguir las obligaciones, sino una forma de extinguir los derechos y acciones, es claro; porque, de acuerdo con el Art. 1327, inciso 2.º, son obligaciones naturales las que se han extinguido por la prescripción; de aquí que, no obstante la prescripción subsiste la obligación, pero no con carácter de obligación civil, sino que se transforma en obligación natural. De donde lo que desaparece con la prescripción extintiva es la acción.

188- SU DEFINICIÓN: Hechas las ligeras anotaciones anteriores, pasemos ahora a definir la prescripción. El Art. 2512 define ambas prescripciones al mismo tiempo, diciendo que "la prescripción es un modo de adquirir las cosas aje

403

mas, o de extinguir las acciones o derechos ajenos, por haberse poseído las cosas y no haberse ejercido dichas acciones y derechos durante cierto lapso de tiempo, y concurriendo los demás requisitos legales." En nosotros podemos reducir esta definición y hacer la que nos interesa en este estudio, diciendo que la prescripción es una forma de extinguir los derechos y acciones por no haberlos ejercitado el acreedor durante cierto espacio de tiempo, unido a los demás requisitos legales.

100- SUS REQUISITOS: De la definición que hemos dado podemos deducir los tres requisitos para que cristalice la figura jurídica llamada prescripción. Ellos son: a) Se requiere que las acciones sean susceptibles de prescripción; b) Se requiere un lapso de tiempo; c) Se requiere la inacción del acreedor; es decir, el "silencio de la voluntad jurídica", según la bella expresión de un tratadista español.

a) Las acciones deben ser prescripibles: La regla general, según nuestro autor y entender, es que toda acción es susceptible de prescripción, habiendo, sin embargo, muchas excepciones importantes. A saber, la acción para solicitar la partición de una comunidad. Esta es imprescriptible. Pues hay una disposición que dice que los comuneros podrán solicitar "siempre" la partición. Son también imprescriptibles ciertas acciones o facultades que emanan del dominio: la acción que tiene el propietario de su predio para demarcarlo, pues la demarcación puede solicitarse en cualquier momento; otro tanto sucede con el cerramiento. Hay otro caso en nuestro C.O., y es aquel que regulariza la acción de reclamación del estado civil de hijo legítimo, y dice que "ni prescripción ni falle alguno podrá oponerse, etc." Porque esta acción es imprescriptible.

b) El lapso: Este es el elemento más fundamental de la prescripción. El Art 2535 dice expresamente que la prescripción que extingue los derechos y acciones exige solamente un lapso de tiempo dentro del cual no se hayan ejercitado dichos derechos y acciones. De modo que el plazo o el tiempo es una con-

4011

dición indispensable para los efectos de la prescripción; de modo que lo estudiaremos detenidamente.

190-DEDE CUANDO SE CUMPLE EL PLAZO; El inciso 2o.- del Art. 2535 dice que se cuenta este tiempo desde que la obligación se haya hecho exigible. Recordemos que uno de los efectos del plazo cuando se cumple, es hacer exigible la obligación; por lo tanto si hay un plazo pendiente, no empezará a contar la prescripción, sino cuando él se cumpla. Tampoco se hace exigible el cumplimiento de la obligación de un derecho exigible en el caso de la condición suspensiva, porque está suspendido el nacimiento del derecho y por ende su exigibilidad. Así mismo no habrá exigibilidad en presencia de un derecho eventual y falta alguna de las condiciones para que nazca ese derecho.

Hay un caso en nuestro Código Civil, en el cual el plazo de prescripción no se cuenta desde que la obligación se ha hecho exigible, sino desde que se ha celebrado el contrato: el caso del pacto comodatario: Art. 1935.

191- EL PLAZO DE LA PRESCRIPCIÓN: Nuestro legislador no contempla un plazo único ni uniforme, sino que habla de prescripciones de largo tiempo y prescripciones de corto tiempo. Vamos a estudiarlos por separados estos plazos.

a) El plazo de la prescripción de largo tiempo: La prescripción de largo plazo o tiempo está localizada en los Arts. 2536-37 y 38, y a través de él vamos a analizar la estudiaremos. Pero procedamos con método, tratando primero la prescripción de los derechos y acciones personales, y después la prescripción de los derechos y acciones reales.

1) Sabido es que en los derechos personales en que se trata de obtener el cumplimiento de una obligación, prevalece el derecho como consecuencia de la prescripción de la acción. El derecho personal, bien sabemos también es el que tenemos con respecto a una determinada persona que, por un acto suyo o por la sola disposición de la ley, ha contraído la obligación personal. Ahora, cuando nosotros vamos a hacer valer ese derecho personal, surge también una acción personal, porque todo derecho

su acción correspondiente. De modo que cuando se trata de obtener el cumplimiento de una obligación, proceda el derecho como una consecuencia de la prescripción de la acción, como una consecuencia de no haber ejercitado el acreedor la acción.

19.- PRESCRIPCIÓN DE LAS ACCIONES EJECUTIVAS Y DE LAS EJECUTIVAS: Están con-

signadas en el Art. 2536, que dice: la acción ejecutiva no prescribe por diez años, y la ordinaria por veinte. La acción ejecutiva se convierte en ordinaria por el lapso de diez años, y convertida en ordinaria durará sólo cinco años. Pero, en realidad, lo que prescribe cuando el legislador habla de acción ejecutiva no es sino el procedimiento.

20) La prescripción de los derechos y acciones reales. Al estudiar ésta de-

tingüidos, en primer término están el derecho de dominio con su modalidad especial el derecho real de herencia. Aunque hay algunos tratadistas franceses que no distinguen entre el derecho de dominio y de herencia. Pero otros sostienen que el derecho de herencia no es otra cosa que una modalidad del derecho de dominio.

En segundo término, los derechos reales accesorios prenda e hipoteca que acceden y sirven de garantía a un derecho principal. Y finalmente, los derechos reales que constituyen una limitación del dominio usufructo, uso, habitación y servidumbres activas.

a) La prescripción de la acción del derecho de dominio. Bien sabido es que

el derecho de dominio por ser real, se tiene sobre una cosa sin respecto a determinada persona. Es un derecho opuesto diametralmente al derecho personal. En éste, la única forma que tiene el titular del derecho de ejecutarlo es entablando la acción personal. En tanto que en el derecho real, la acción no es la única forma de ejercitar el derecho; ya que puede reivindicarlo, arrendarlo, hipotecarlo, etc. Hay múltiples formas para valerse de la inacción. De donde podemos colegir que en el derecho real se extingue la acción como una consecuencia de la pérdida del derecho. Porque ya dijimos que tod-

b) El dominio y la herencia: El dominio y la herencia no se extinguen por inacción de los titulares. Y en qué fundamentamos esta afirmación? Sencillamente: porque el dominio tiene dos características que impiden que se extinga por el no ejercicio: 1a.- Siempre el dominio es un derecho absoluto; 2a.- El derecho de dominio tiene carácter de perpetuo. Además tenemos una razón poderosísima que sustenta más nuestra afirmación, la consagrada en el Art. 82 de la Ley 153 de 1887, según el cual los bienes que no tengan dueño pertenecen al fisco. Ahora, si la prescripción extintiva operara en el dominio sería una cosa aberrante, ya que resultaría que sería una institución a favor del estado: Tenemos una propiedad, para el tiempo de diez o veinte años perdemos el título sobre el dominio, y pasa a pertenecer al fisco. Entonces cómo se pierden por prescripción <sup>/p</sup> el dominio y la herencia? Son en realidad prescriptibles? Ellos son prescriptibles. Pero esto sucede cuando el titular del derecho va a perder ambos derechos cuando otras personas, los terceros, los han adquirido por la prescripción adquisitiva; estos derechos se pierden por la prescripción adquisitiva que haya operado a favor de terceras personas. Es el caso contemplado en el Art. 2538 de nuestro C.C., según el cual toda acción por la cual se reclama un derecho, prescribe por la prescripción adquisitiva del mismo derecho.

En resumen tenemos: que conserva el titular el derecho mientras un tercero no lo haya adquirido por prescripción adquisitiva.

Ahora, para terminar este aparte, sólo nos resta saber en qué plazo prescribe la acción reivindicatoria, que es la propia del dominio, y la acción de petición de herencia, que es propia del derecho de herencia.

a.-) La acción reivindicatoria: No podemos fijar un plazo fijo y determinado porque él depende de la eventualidad de cuándo el tercero adquiere la cosa por prescripción adquisitiva. Y también porque los plazos de prescripción oscilan entre 3 y 20 años. Y así, por ejemplo, la acción reivindicatoria que tenemos para reclamar nuestro caballo prescribirá en tres años, porque

409

los muebles se adquieren por prescripción ordinaria de tres años; si la prescripción es extraordinaria, la acción prescribe en veinte años, plazo que necesita el poseedor para adquirir el derecho.

b) la petición de herencias: El plazo en que prescribe la acción de petición de herencia, de acuerdo con el Art. 10.- de la Ley 50 de 1936, prescribe por regla general en 20 años.

ii) La prescripción de los derechos reales accesorios: Vuelvo a tener aplicación el famoso aforismo latino: lo accesorio sigue la misma suerte de lo principal. Ya que la prescripción de los derechos reales accesorios y sus respectivas acciones prescriben conjuntamente con la acción principal. Lo expresa así claramente el Art. 2537. Ahora, como estos derechos accesorios pueden ser ya prenda, o sea hipoteca, etc. Tampoco podemos señalar un plazo único de prescripción para las acciones prentaria o hipotecaria.

iii) La prescripción de los derechos reales que constituyen una limitación de dominio: Finalmente, los derechos reales que constituyen una limitación del dominio usufructo, uso, habitación y las servidumbres. Para la mejor comprensión de este párrafo, citemos cada una de las disposiciones que con gran estos derechos. Respecto del usufructo, el Art. 825-inc. 1.º, dice que puede adquirirse por prescripción y al mismo tiempo el 865 señala la prescripción como forma de extinguir el usufructo. En lo que atañe al derecho de uso y habitación el Art. 871, nos expresa que se adquiere y extingue en la misma forma que el usufructo. Como idéntica acontece con las servidumbres continuas y aparentes que se adquieren por prescripción de diez años contados como para la adquisición del dominio de fincas. (L 95 de 1890, 90.-), y el Art. 942 inciso 5.º, dice que se extingue por el no ejercicio durante el plazo de veinte años. Y finalmente, el Art. 945, manifiesta que no puede gozarse o poseerse por prescripción un modo particular de ejercer la servidumbre de la misma manera que podría adquirirse o poseerse la servidumbre misma. Y contemp todos estos artículos el 2538, según el cual los derechos reales se adquie

ren por prescripción en la misma forma que el demandado, salvo dos casos que el mismo contempla.

De modo que los artículos citados nos ponen de manifiesto que el usufructo, el uso y habitación y la servidumbre, pueden adquirirse y perderse por medio de la prescripción.

c) De la Interrupción del Forzadero Esto es el tercer requisito que se requiere para que la prescripción se efectúe. Que también se conoce con el nombre de "el silencio de la relación jurídica". Y se entiende por tal el hecho patético de que tanto acreedor como deudor permanezcan en un estado de inactividad en otros términos, que no ejecuten ningún evento que signifique reconocer la existencia de la acción o el derecho. Pero, qué se produce o qué sucede cuando por alguna circunstancia se lleva a cabo la ruptura de la relación jurídica? Sencillamente se opera la interrupción de la prescripción, a la cual se refiere el Art. 2528; interrupción que puede ser provocada por el deudor o por el acreedor. Y cuando se produce por causa de aquél nos hallamos en presencia de la interrupción natural, y cuando por causa de éste, existimos a la interrupción civil (2539 C.O.).

De modo que la prescripción que extingue las acciones a-jure, puede interrumpirse, ya natural, ya civilmente. Se interrumpe naturalmente por el hecho de reconocer el deudor la obligación ya expresa e tácitamente. Y se interrumpe civilmente por la demanda judicial, salvo las excepciones enumeradas en el Art. 2524.

192-DE LA RELATIVIDAD DE LA INTERRUPCION DE LA PRESCRIPCION: La fundamentación del Art. 2540 consagra el principio de que la interrupción de la prescripción es un acto que produce efectos relativos. Y por eso es por lo que la disposición establecida que la interrupción que obra a favor de uno de varios acreedores, no aprovecha a los otros, ni la que obra en perjuicio de uno de varios deudores, perjudica a los otros, a menos que haya solidaridad y no se haya ésta renunciado en los términos del artículo 1573 del C.O.

194-EFECTOS DE LA INTERRUCCION: El verdadero efecto de la interrupcion a la prescripcion es que hace perder todo el tiempo que se llevaba corrido de prescripcion, y en tal circunstancia tendra que comenzarse una nueva prescripcion.

Dentro estos efectos esta el de la suspension de la prescripcion. Y es el caso en el cual, no obstante el silencio de la relacion juridica, sin embargo, no hay lugar a la prescripcion. Este es un caso excepcional y podríamos casi afirmar que es el propio legislador quien interrumpe el silencio de la relacion juridica. A este caso se refiere el Art. 2541, que establece que la prescripcion que extingue las obligaciones se suspende a favor de las personas comprendidas en el lo.- 1o.- del articulo 2530. Por consiguiente, se suspende a favor de los menores, los demotes, los sordos y todos los que están bajo potestad marital o paterna o bajo tutela o curaduría. Esta es una medida de seguridad que el legislador ha establecido en defensa de los incapaces.

Sin embargo, el inciso 2o.º del Art. que estamos comentando, dice que no se podrá hacer valer ninguna acción de suspension pasados 30 años (este plazo fue reducido a 20 por el Art. 1o.- de la Ley 80 de 1936).

El efecto de la suspension no es hacer perder el tiempo que se llevaba corrido de prescripcion sólo hace descontar el tiempo durante el cual dura la incapacidad en que se funda la suspension. queda así bien delineado los efectos tanto de la interrupcion como de la suspension.

A) De las prescripciones de corta duración las trata nuestro Código Titulo 41, Capitulo 4o.-, en los Arts. 2542-2543. Nosotros las clasificaremos a tres grupos, de acuerdo con su duracion 1.) Prescripciones de dos años; prescripciones de tres años; y prescripciones de cuatro años.

1) Prescripciones de dos años Estas están consignadas en la ley 88 de 1938, Art. 3o.-, que dice: la prensa agraria y la industrial constituidas a favor de la Caja de Crédito Agrario e Industrial, prescriben a los dos



años de vencido el comitente, por la acción proveniente del préstamo, sólo prescrito en los términos establecidos en el Código Civil.

2) Prescripciones de tres años. Las comprendidas en el Art. 2542, según el cual "prescriben en tres años los juicios judiciales emanados en el Título 70.º, Libro 10.º del C.J. de la Unión, incluso los honorarios de los defensores; los médicos y cirujanos, los directores de colegios y escuelas de ingenieros y agrónomos, y en general de los que ejercen cualquier profesión liberal. Es una prescripción transitoria, como se desprende de la parte final de la disposición.

3) Prescripciones de cuatro años Ley 161 de 1.941. La Ley 165 del 41 amplió a cuatro años el término de prescripción del Art. 2543 del C.C. La acción se refiere a los mercaderes, proveedores y artesanos, por el precio de los artículos que despachan al público. La de los dependientes y criados por sus salarios. La de toda clase de personas por el precio de servicios que se prestan periódica o accidentalmente, como poseedores, acomodados, mozos, jornaleros, barberos, etc.

195- ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 2541 DEL C.C. El espíritu de este Art. nos manifiesta que en estas prescripciones de corto tiempo no tiene cabida la suspensión e interrupción de la prescripción, ya que dice "ocorren contra toda clase de personas, y no admiten suspensión alguna". Pero, no obstante como dice en seguida el mismo artículo, admiten interrupción "Interrumpen por lo.-Deseo que interviene pago o obligación escrita, o concesión de plazo por el acreedor; 2o.-Deseo que interviene requerimiento". Estos son pues, los dos casos en que se interrumpe la prescripción.

196- Efectos de esta interrupción Los efectos de esta interrupción de las prescripciones de corto tiempo, son notoriamente diferentes de los efectos de la interrupción de las prescripciones de largo tiempo. Esta última produce el efecto de hacer vencer todo el tiempo que se llevaba corrido de prescripción. En cambio, la interrupción de las prescripciones de corto

4/11

to tiempo hace que la prescripción de corto tiempo pasa a sustituirse por la prescripción de largo tiempo. Y desde este momento de la interrupción empieza a contarse la nueva prescripción. Es como una consecuencia del hecho de haber cesado la prescripción de pago. Así lo manifiesta el Art. 2544, inciso final.

197- AUNAS PRESCRIPCIONES ESPECIALES: Son muchas las que se encuentran en nuestro Código Civil. Sólo vamos a mencionar algunas para dar una idea de ellas. Por ejemplo, el caso del pacto comisorio, que prescribe en cuatro años; el caso de la prescripción del pacto de retroventa, de cuatro años; la prescripción de los vicios redhibitorios, de seis meses para los muebles y un año para los inmuebles. Muchos serían los ejemplos que podríamos citar, pero con éstos, basta.

Tampoco admiten suspensión, ya que siguen la regla de las de corto tiempo. Salvo dos excepciones: la.- En el caso de la acción rescisoria o de nulidad relativa, que, pasando a los herederos, se suspende cuando entre éstos hubiere incapaces: Art. 1750, y 2a.- En la del caso de la acción de reforma del testamento, que también, de acuerdo con el Art. 1274, inciso 2o., se suspende cuando contra los legitimarios hay alguna incapacidad.

Queda así estudiada la prescripción como uno de los modos de extinguir las obligaciones en Derecho Civil. Y hemos de hacer notar que no hablamos de la condición resolutoria, la transacción, el término extintivo y la muerte del acreedor y del deudor, porque en realidad estos medios de extinguir obligaciones merecen un estudio especial, y ya vemos que nuestro estudio, de acuerdo con nuestro plan y con nuestro Código Civil, está cumplido. Sin que quiera esto decir que hay conformidad de nuestra parte, pues el mayor elogio que se le puede dar a nuestra obra sería concederle la medalla de la crítica sabia y desapasionada.

INDICE

Primera parte.

Capitulo I

1.- Definición- 2.- Analisis de la nocion de Obligación.-3 -En qué consiste el Objeto de la Obligación.-4.-Condiciones que debe reunir el Objeto.-5.-De la Obligación Civil y otras Relaciones Afines.-	1 10
---	---------

Capitulo II

6.-Fuentes de las Obligaciones, según el Código Civil.-7.-Crítica de esta Clasificación.-8.-Ensayo de Clasificación de las fuentes.-	11 15
--	----------

Capitulo III

9.-División de las Obligaciones.-Resumen Histórico.-10.- Modalidades de las Obligaciones.	16 22
---	----------

Segunda Parte

Capitulo IV

11.-Concepto.-12.-Confusión del Código.-13.-Derechos del acreedor.-14.-Cumplimiento por equivalencia.-15.-Casos de indemnización.-16.-Requisitos para que se pueda invocar.-17.-Qué comprende la indemnización.-18.-De la necesidad que el incumplimiento sea imputable al deudor	23 30
---	----------

Capitulo V

19.-Del caso fortuito o fuerza mayor.-20.-Doctrina de los autores sobre el particular.-21.-Efectos del caso fortuito.-22.-Casos en que el deudor responde del caso fortuito.-23.-A quién compete la carga de la prueba.-24.-De la teoría de la imprevisión.-25.-Diferencia entre caso fortuito y la imprevisión.-26.-Peligro al aplicar esta teoría.-27.-La imprevisión en el Derecho Colombiano.-28.-Concepto de nuestra Corte Suprema.-29.-Disposiciones del Código Civil que niegan la imprevisión.-	31 36
---	----------

Capitulo VI

30.-De la culpa y sus grados.-31.-Del dolo.-32.-De la culpa o negligencia.-33.-La clase de culpa que estudiamos aquí.-Cuándo hay culpa.-35.-La culpa específica.-36.-La culpa según nuestro Código Civil.-37.-Importancia de esta clasificación tripartita.-Algo sobre la mora.-39.-Distinción entre retardo y mora.-40.-Requisitos que debe reunir la mora.-41.-Efectos que produce la mora del deudor.-42.-Mora del acreedor.-43.-Efectos que produce la mora del acreedor.-	37 45
--	----------

Capitulo VII

44.-Derechos auxiliares del acreedor.-45.-Cuáles son estos derechos auxiliares.-46.-Medidas conservativas.-47.-Qué se requiere para que un acreedor pueda solicitar tales medidas.-48.-Sustitución del acreedor	46
---	----

418

der. en ciertos derechos del deudor.-49.-Cuándo puede efectuarse esta  
 sustitución.-50.-Efectos de la sustitución.-51.-Cuándo se puede efectuar.  
 tur.-52.-La acción pauliana o revocatoria.-53.-Requisitos de esta  
 acción.-54.-La acción pauliana en el Derecho Civil Colombiano.-  
 55.-Otras disposiciones que consagran esta acción.-56.-Características  
 de la acción pauliana.-57.-Efectos de la acción pauliana.-58.-Del bene-  
 ficio de separación de patrimonio.-59.-Quiénes pueden pedir este bene-  
 ficio.

55

Tercera Parte

Capítulo VIII

56

60.-De la prueba de las obligaciones.-61.-La prueba en el Derecho Ro-  
 mano.-62.-Qué se entiende por probar jurídicamente.-63.-Cómo puede  
 producirse la prueba.-64.-A quién compete la carga de la prueba.-65.-  
 Diferentes medios de prueba.-66.-Clasificación de estos medios.-67.-  
 Prueba instrumental.-68.-Requisitos del instrumento público.-69.-De  
 la suerte que corre un instrumento público que es nulo.-70.-Del va-  
 lor probatorio del instrumento público.-71.-Impugnación del instru-  
 mento público.-72.-Instrumento privado.-73.-Valor probatorio de es-  
 tos instrumentos.-74.-Los libros de los comerciantes.-75.-Valor pro-  
 batorio de los libros de comercio.-76.-De las notas escritas o firma-  
 das por el acreedor.-77.-De las cartas y telegramas.-78.-Algo sobre  
 las contraescrituras.

63

Capítulo IX

64

79.-Prueba testimonial.-80.-Análisis del Artículo 1.767.-81.-Tampo-  
 co se admite la prueba testimonial.-82.-Excepciones del principio an-  
 terior.-83.-De las presunciones.-84.-Clasificación.-85.-Presunciones  
 legales.-86.-Presunciones de derecho.-87.-Las presunciones judiciales.  
 88.-Valor probatorio de las presunciones.-89.-Confesión de parto.-90.-  
 Su clasificación.-91.-Valor probatorio de la confesión.-92.-Cuándo  
 que no se admite la confesión judicial.-93.-Del juramento deferido.-  
 94.-Su clasificación.-95.-Su valor probatorio.-96.-Algo sobre la ins-  
 pección personal del juez.-97.-Informe de peritos.-98.-Cómo puede ser  
 este informe.-99.-Su valor probatorio.

71

Cuarta Parte

Capítulo X

7

100.-Modos de extinguir las obligaciones en el Derecho Romano.-  
 101.-Nuestra legislación.-102.-Del nudo vínculo.-103.-Obligaciones  
 que pueden extinguirse.-104.-Del pago y sus modalidades.-105.-Por  
 quién puede hacerse el pago.-106.-Pago con consentimiento del deudor.  
 107.-Pago contra la voluntad del deudor.-108.-Análisis del Artículo  
 1.693.-109.-A quién debe hacerse el pago.-110.-Excepción al principio an-  
 terior.-111.-Representación legal para recibir el pago.-112.-Dónde debe  
 hacerse el pago.-113.-Cómo debe hacerse el pago.-114.-Excepciones del  
 Artículo 1.649 del Código.-115.-Imputación del pago.-116.-Imputación he-  
 cha por la ley.

7

Capítulo XI

414

87

117.-Del pago por consignación.-Límites de pagar válidamente.- Quién puede celebrarlo: sus etapas.-120.-Condiciones que debe reunir la oferta.-121.-Del procedimiento del pago por consignación.-122.-Efectos del pago por consignación.-123.-Puede el deudor retirar la consignación.-124.-Del pago por subrogación.-125.-Crítica a esta disposición.-126.-Clases de subrogación.-127.-Efectos de la subrogación.-128.-Pago por acción de bienes.-129.-Sus características.-130.-Extinción de la acción de bienes.-131.-Del pago con beneficio de competencia.-132.-Sus características.-133.-Quiénes pueden invocarlo.-134.-De la novación.-Su etimología.-Definición.-135.-Porque ha surgido históricamente.-136.-Sus requisitos.-137.-Diversas clases de novación.-138.-Condiciones para que esta novación se produzca.-139.-Efectos de la novación.-140.-Pueden las partes hacer reservas.

98

Capítulo XII

99

141.-De la remisión.-142.-Sus características.-143.-De la remisión testamentaria y forzada.-144.-La remisión puede ser a título gratuito u oneroso.-145.-La remisión puede ser confusiva.-146.-La remisión es una renuncia.-147.-La remisión y sus clases.-148.-Efectos de la remisión.-149.-De la compensación.-150.-Sus requisitos.-151.-Sus efectos.-152.-La prelación en la compensación.-153.-Casos en que no se opera la compensación.-154.-De la confusión.-155.-Cómo puede producirse.-156.-Casos de confusión.-157.-Análisis del Artículo 1725.-158.-La confusión produce la extinción parcial.-159.-Otros casos de confusión.-160.-Efectos de la confusión.-161.-Cuándo se aplica la confusión.-162.-Pérdida de la cosa que no debe.-163.-Imposibilidad absoluta de la ejecución en el hecho debido.-164.-Imposibilidad de la ejecución en las obligaciones de dar.-165.-Efectos de esta clase de pago.-166.-De la dación en pago.-167.-Casos contemplados en nuestro Código.-168.-Condiciones.-169.-Sus efectos.-170.-De la nulidad y la rescisión.-171.-Nulidad absoluta y relativa.-172.-Causales que producen la nulidad absoluta.-173.-Quiénes pueden solicitar la nulidad absoluta.-174.-Características de la nulidad absoluta.-175.-Del argumento de la nulidad absoluta.-176.-Cuándo se produce.-177.-Causales de nulidad relativa.-178.-Quiénes pueden solicitar esta nulidad.-179.-Su causación.-180.-Ratificación de la nulidad relativa.-181.-Sus requisitos.-182.-Efectos de la nulidad.-183.-Con respecto a las partes.-184.-Con respecto a terceros.-185.-Excepciones del Artículo 1748.-

113

Capítulo XIII

114

186.-De la prescripción ordinaria.-187.-Observaciones sobre el inciso 10 del Artículo 1625.-188.-Su definición.-189.-Sus requisitos.-190.-Desde cuándo se cuenta el plazo.-191.-El plazo de la prescripción.-192.-Prescripción de las acciones ordinarias y de las ejecutivas.-193.-De la relatividad de la interrupción de la prescripción.-194.-Efectos de la interrupción.-195.-Análisis del Artículo 2044 del C. G.-196.-Efectos de esta interrupción.-197.-Algunas prescripciones especiales.

113

BIBLIOGRAFIA

415

Código Civil Colombiano.....Eduardo Rodríguez Páez.

Comentarios al Código Civil Colombiano.....Fernando Vélez.

Código de Comercio Terrestre.....Eduardo Rodríguez Páez.

De la Prueba en Derecho.....Antonio Roda.

Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.....Gerardo Orozco Cacho.

Código Judicial Colombiano.....Eduardo Rodríguez Páez.

Derecho Administrativo Colombiano-II-Edic.....Carlos H. Pareja.

Las Obligaciones en Derecho Civil Colombiano.....Carlos H. Pareja.

Teoría de las Obligaciones en el Derecho Moderno...Giorgi.

Tratado de las Obligaciones.....Von Tuhr.

Tratado de Derecho Civil Español.....Valverde y Valverde.

Cinco Conferencias.....Louis Jousserand.

Traté élémentaire de droit civil.....Fluriel.

Cours de droit civil positif français.....Louis Jousserand.

Curso Elemental de Derecho Civil.....Collin y Capitant.

Introduction à 1<sup>er</sup> cours de droit civil.....Capitant.

Derecho Romano Comparado.....Trujillo Arroyo.

Instituciones de Derecho Civil.....Ruggiero.

Propiedad y Contrato.....Buzacur.

Revista Cívica y Derecho, No.-1.....José C. de la Vega.

Curso de Derecho Civil (De las Obligaciones).....Alexandra Rodríguez y Manuel Serranía Hurtado.

Derecho Usual.....Eduardo Rodríguez Páez.

Instituta.....Justiniano.

El Digesto.....Paulo.

Précis de Droit Romain.....Giffard.

nociones fundamentales de derecho civil.....V. Van Damelen.

BLAS AGUSTIN GONZALEZ B.

SI PUEDE SER COMERCIAL LA EXPLOTACION DE INMUEBLES

T E S I S

Que presenta el señor Blas Agustín González B. para  
optar el título de Doctor en Derecho, en la Facultad  
de Derecho de la Universidad de Cartagena.-

Blas Ag. González B.

"La Facultad no aprueba ni desaprueba las  
opiniones emitidas en las tesis; tales  
opiniones deben considerarse como propias  
de sus autores".-(Art. de la Facultad  
de Derecho).-

---



UNIVERSIDAD DE CARTAGENA

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS

RECTOR DE LA UNIVERSIDAD:

Dr. Francisco Obregón Jarava.

DECANO DE LA FACULTAD:

Dr. Miguel Angel Royo

SECRETARIO DE LA FACULTAD:

Dr. Ignacio Vélez Martínez

PRESIDENTE DE TESIS:

Profesor Dr. Ramón P. de Hoyos

EXAMINADORES:

Profesor Dr. José L. Lozano

Profesor Dr. Carmelo Saladén H.

Profesor Dr. Ramiro Araújo G.

---

419

## INTRODUCCION

Para cumplir con el requisito que impone el reglamento de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de Nuestra Universidad, para optar el título de doctor en Derecho, presentamos este trabajo que hemos titulado "SI PUEDE SER COMERCIAL LA EXPLOTACION DE INMUEBLES".-

En él nos hemos valido de dos providencias: la una, dictada por nosotros, en el tiempo en que tuvimos el altísimo honor de desempeñar el Juzgado Tercero Civil del Circuito, en interinidad, por *vacancia* del titular ~~Dr.~~ Dr. Ramiro Araujo Grau, y la segunda, por el H. Tribunal Superior de Justicia de Cartagena. Y lo hacemos, precisamente, porque fue esa providencia la que nos dió el tema para esta tesis.-

El punto debatido es sumamente interesante e importante, en estos momentos en que el comercio, como todo lo de este siglo, avanza con paso sorprendente invadiendo campos y objetos que tal vez nunca se pensó fueran motivo de especulación.-

Como hemos tomado un punto concreto para nuestro trabajo, lo hacemos analizando las disposiciones del Código de Comercio, y exponiendo conceptos de eminentes tratadistas de la materia, partidarios de la teoría, sin entrar a estudiar la historia del comercio, ni su evolución al través de los tiempos, pues, como antes lo manifestamos, solo nos guió el hecho de estudiar un punto actualmente debatido con algún

420

interés en nuestros estrados judiciales.-

El punto debatido es el siguiente: En esta ciudad se fundó por medio de Escritura Pública una sociedad, que se hizo llamar en ella colectiva de comercio; se registró en la Cámara de Comercio, y además, cumplió con los demás requisitos que la ley exige para la formación de las sociedades comerciales, y tomó como giro ordinario de sus negocios la explotación de inmuebles. Durante su existencia, cobró en el pago de sus obligaciones. Los perjudicados recurrieron a la justicia ordinaria, solicitando la declaración de quiebra de la sociedad. Una vez notificada esta providencia, los quebrados solicitaron la reposición del auto de quiebra, alegando, como razón fundamental, que ésta es una institución de derecho, solo para los comerciantes, y que la sociedad declarada en quiebra no era comerciante, por no serlo su objeto. Nos tocó, pues, como ya dijimos, resolver esta reposición, que fue la que originó la providencia que encabeza este trabajo.

Dejamos, pues, expuestos los fundamentos esenciales de este trabajo.-

-----

421

AUTO DEY. JUZGADO TERCER CIVIL DEL CIRCUITO

" Los doctores Clodomiro Herrera Mejía y Alberto Mendoza Díaz, ejerciendo el poder que les otorgaron los señores Nicolás Orozco Franco y Paula Julio C., en sus propios nombres, y como socios de la firma "Nicolás Orozco Franco & Cía", sociedad colectiva de esta plaza, solicitan por medio de escrito que lleva fecha 28 de Octubre próximo pasado, la reposición del auto dictado por el señor Juez Segundo Civil de este Circuito de fecha 7 de Octubre del presente año, providencia ésta por medio de la cual decretó la quiebra de la sociedad colectiva "Nicolás Orozco Franco & Cía", y por consiguiente la de sus socios señores Nicolás Orozco Franco y Paula Julio C.-

"Sostienen los reponentes como base de su reposición, que según lo dispone claramente el artículo 1º del Decreto 750 de 1.940, sobre quiebras, solo los comerciantes se pueden declarar en estado de quiebra, y que no siendo comercial la sociedad colectiva Nicolás Orozco Franco & Cía, ni ninguno de sus socios, pues, el objeto único de esta sociedad no es comercial, ya que la compra, venta, arriendo, hipoteca, y cualesquiera clase de explotación que recaiga sobre inmuebles o bienes raíces está fuera del campo comercial, por no ser ellos objetos de comercio, y que mal podría entonces considerarse como comercial una sociedad cuyo objeto no lo es.-

"A ese escrito de reposición se le dió la tramitación autorizada en la ley, habiéndose dado en traslado a la contraparte de los reponentes, o dejar dicho, puesto en su

conocimiento conforme lo preceptúa el artículo del C.J., quien se opone a que se reponga el auto de quiebra, sosteniendo que la sociedad concursada si es comercial, ya que su objeto si es comercial, y además, ésta durante su existencia, ejerció actos completamente comerciales. Las anteriores argumentaciones las expone el Dr. Méndez en escrito que lleva fecha 4 de noviembre del presente año, y por medio del cual evacuó el conocimiento del memorial de reposición.-

"Toca, pues, al Juzgado resolver lo relativo a la reposición, lo que hace en la siguiente forma:

Con fecha 26 de Agosto de 1.941, mediante la Escritura Pública No. 130, corrida en la Notaría Primera del Circuito de Cartagena, se constituyó la sociedad colectiva de comercio Nicolás Orozco Franco & Cia, siendo sus socios Nicolás Orozco Franco y Paula Julio C., con un capital de TREINTA Y SEIS MIL SETECIENTOS PESOS (\$36.700.00) Moneda Colombiana, y por un término de cinco años, cuyo objeto principal o giro ordinario lo constituía la explotación de inmuebles, e sea, compra, venta y arriendo de fincas raíces, ya fueran estas fincas urbanas o rurales. Posteriormente, con fecha 30 de Abril de 1.946, bajo Escritura Pública número 419 de la misma Notaría Primera, modificaron la cláusula segunda del primer instrumento, en el sentido de ampliar el objeto principal, incluyendo hipoteca, prenda y cualesquiera otras transacciones con respecto a los bienes inmuebles ya adquiridos o que se adquirieran en lo sucesivo".

"Plantada, pues, la cuestión en el cuerpo anteriormente descrito, técnico estudiar si el objeto de esta sociedad

era o no comercial, y si ella efectivamente ejercitó actos de comercio que la llevarán a catalogarse como tal, según nuestras leyes comerciales.-

"Para estudiar si la compra, venta, arriendo, hipoteca y permuta de inmuebles es acto de comercio o no, hay primeramente que saber que son actos de comercio".-

La ley, tal vez huyendo de pecar por demasiado amplia o por temor a quedarse corta, no define lo que son actos de comercio, sino que de lleno entra a enumerarlos, por lo tanto teniendo en cuenta las enumeraciones que nos trae por vía de ejemplo, haremos el estudio que nos proponemos".-

"Los oponentes sostienen que los inmuebles no son objetos de comercio, y que por eso, no están reglamentados en nuestra legislación comercial las operaciones concernientes a tales bienes, y argumentan que aunque el artículo 20 del código comercial, que es precisamente el que nos enumera una serie de actos comerciales, no es limitativo, sino declarativo, de su lectura se desprende que los bienes raíces no son objetos de comercio, cuando dice: "1o. la compra y permuta de cosas muebles, con ánimo de venderlas".....", y argumentan después, "se desprende de ese contenido, a contrario sensu, que no será mercantil la compra de inmuebles, aunque ella se haga con ánimo de revender obteniendo una ganancia y que todas las operaciones sobre inmuebles, quedan fuera del campo del derecho comercial para ingresar al campo civil".-

"Ciertamente es que nuestro código comercial no reglamenta

lo relativo a las transacciones sobre inmuebles, pero tampoco las niega ni las prohíbe, y como no las niega ni las prohíbe, hay, pues, que estudiarlos por vía de analogía con sus disposiciones, y atenerse a ellas, para resolver casos como el presente".-

"El artículo 20 del Código de Comercio trae como ya dijimos anteriormente, una enumeración de algunos actos de comercio; así como el 22 de la misma obra nos da también una lista de los no actos de comercio; pero en su artículo 23 manifiesta en forma clara, expresa y nítida, que la enumeración de esos artículos no son limitativa sino declarativa, y que los Tribunales de comercio en este caso la justicia ordinaria por no haber en Colombia Tribunales de comercio resolverán los casos ocurridos por analogía de las disposiciones que ellos contienen. El artículo 23 del código citado, está pues, indicando claramente que puede haber y que hay actos de comercio y no actos de comercio que no estén enumerados en los artículos 20 y 22 del Código de Comercio; a la vez que le otorga una facultad al Juez para apreciar y resolver con actos según su criterio".-

"El artículo 10. de la misma obra dice: Las disposiciones  
nes de este código rigen de preferencia en los asuntos mercantiles y se aplicarán siempre que resuelvan con claridad las cuestiones de comercio que se presenten".-

"En los casos que no haya previsto, y que no puedan ser decididos por analogía de sus disposiciones, se aplicarán las del Código Civil".-

"La transcripción de este artículo claramente nos está indicando que hay actos de comercio no previstos en el código respectivo, que no podrán tampoco resolverse por vía de analogía con sus disposiciones, y entonces habrá que aplicarles por remisión que éste hace a aquel las disposiciones del Código Civil, pero apesar de ello siguen siendo, y son actos de comercio".-

"El comercio como sabemos no tiene por fin sino la ganancia, la especulación comercial. Esta ganancia y especulación puede obtenerse ya con cosas muebles, ya con inmuebles".-

"El profesor Gabriel Palma Rodgers al comentar el Código comercial chileno, sostiene que los inmuebles, no pueden ser objetos de comercio. Y la razón que aduce para hacer esta afirmación es la siguiente: que ellos no pueden transportarse de un lugar a otro, y que por lo tanto, no pueden entrar con facilidad en la circulación de la riqueza, ya que los actos relacionados con estos bienes no pueden ejecutarse con la celeridad que requieren los actos mercantiles, sobre toda en la época moderna. Y mas enfáticamente, porque no están reglamentados por el código chileno. Pero el mismo profesor al establecer la comparación de esta teoría por él expuesta con otras inspiradores de varios códigos modernos manifiesta que la tendencia moderna es la de incorporar los inmuebles dentro del campo comercial".-(Gabriel Palma Rodgers, Derecho comercial, Tomo 1o. pags. 65 y 66).-

"El profesor César Vivante en su libro titulado Instituciones de Derecho Comercial sostiene que los inmue-



bles si pueden ser objetos de comercio, porque ellos son fuentes de especulación. Veamos lo que dice al respecto:

"A este grupo (se refiere a los inmuebles) no pertenecen tan solo las compras y las ventas ordinarias, sino toda especulación sobre inmuebles, realizada con los riesgos, las proporciones y la publicidad propia de una empresa comercial" (Obra citada, pag. 31).--

"Tal vez a la teoría anterior se refiere el profesor Palm Rogers en sus comentarios, al decir que existen teorías partidarias o que sostienen que los inmuebles pueden ser objetos de comercio".--

"Considerando, pues, que nuestra legislación comercial, como hemos visto, le deja amplitud al juzgador para considerar los actos y objetos comerciales; y así mismo de la lectura del artículo primero del código judicial, transcrito en esta providencia, se desprende que hay materias no previstas en el código comercial, que no por ello dejan de ser comerciales. El Juzgado considera que la explotación de inmuebles, hecha con un fin de ganancia y especulación, entraña un acto mercantil, por tanto, en esos casos pueden llegar a ser objetos comerciales".--

"Ahora bien, la sociedad colectiva "Nicolás Orozco Franco & Cia", tenía por objeto la explotación de bienes raíces, ya fueren estos urbanos y rurales, por medio de compra, venta, arrendamiento, hipoteca, permuta y cualesquiera otras transacciones verificadas con estos inmuebles. Como se vé,

ques, el fin y objeto de la sociedad no era sino un <sup>fin</sup> especulativo mercantilmente; y en mas, previendo que pudiera abarcar cualesquiera otra actividad comercial, estatuyó que la sociedad podía con los bienes adquiridos o que adquiriera hacer otras transacciones, sin expresar cuales pudieran ser, pero de donde claramente se desprende que deben ser comerciales las operaciones previstas en la escritura social en forma expresa, así como las no expresas".-

"Por otra parte, los socios Nicolás Orozco Franco y Paula Julio C. considerando que el objeto por ellos escogido era comercial, y, que, por lo tanto, se constituían en sociedad para explotarlo, como así expresamente lo manifestaron en la escritura social; cuando afirmaron que la sociedad que por ella constituían era comercial; cumplieron con todos los requisitos exigidos por el C. de comercio para los comerciantes, y además, ejercitaron actos de comercio, como son los giros de letras de cambio y cheques. Luego la intención y voluntad de ellos fue la de constituir una sociedad comercial".-

"El artículo 1618 del Código Civil sobre interpretación de los contratos dice claramente que conocida la intención de los contratantes, debe estarse a ella mas que a lo literal de las palabras. Como se ve, en el caso de autos, la intención de los contratantes fue formar una sociedad comercial; así lo manifestaron expresamente al constituir la, escogieron como objeto la explotación de inmuebles, que si bien es cierto no está reglamentada en nuestro derecho comercial, tampoco está prohibida como tal; e investida del

carácter de comercial, ejercito actos que el código claramente señala como comerciales".-

"Dejamos, pues, claramente establecido que la intención de los socios Orozco Franco y Julio C. fué la de constituir una sociedad comercial; como tal celebraron operaciones comerciales; como el giro de letra de cambio y cheques, en algunos de los cuales se lee que tales provienen de operaciones comerciales. Operaciones estas que no fueron accidentales, pues, son muchas, y una sí como accidental, y aceptando en gracia de discusión que la firma comercial Orozco Franco & Cia. no fuera comercial, estas operaciones estarían sujetas a las leyes de comercio, de acuerdo con lo que dispone el artículo 10 del Código de Comercio".-

.....

PROVIDENCIA DEL H. TRIBUNAL EN SU PARECER PERTINENTE

"Sentado lo anterior, que evidencio la procedencia del recurso interpuesto, es de razón entrar a estudiar éste en fondo".-

"El problema es el siguiente: son comerciantes los recurrentes? No, responden ellos, porque la compraventa de bienes raíces, objeto de la sociedad declarada en quiebra es un acto civil".-

"Sí" contesta el doctor Hódar, argumentando como sigue:

"La sociedad Nicolás Orozco Franco & Cía, ni es comercio, o mejor si fue comercio: aa) se inscribió, por muchos años en el Registro Público de comercio como tal.-bb) se constituyó como sociedad comercial colectiva según el propio texto de la Escritura de formación. Nuestro código de comercio siguiendo en este punto a las legislaciones de origen latino optó un criterio subjetivo sobre el particular: Toda sociedad que adopte cualquiera de las formas consideradas por el código quedan sujetas a las leyes comerciales.- El código español, antecedente obligado de nuestra legislación, opta el mismo camino a seguir. Lo transcribe el concepto del profesor J. Ponás Gil en su libro "Sociedades Mercantiles, Cooperativas y de Seguros", segunda edición, pag.103.- "61.- Atendiendo a esas graves dificultades nuestro código de comercio siguió un criterio radical, considerando sociedades comerciales a todas las que se constituyen con arreglo a las disposiciones en él contenidas. Entre

calificar la sociedad por el objeto o calificarla por la forma, optó por este segundo criterio. Toda sociedad que adoptare cualquiera de las tres formas o tipos fijados en el código, la colectiva, comanditaria o anónima, se consideraría mercantil, sujeta a las leyes comerciales. - 20) Tampoco es cierto que el objeto de la compañía concursada sea civil; lo. Esta compañía libró muchos instrumentos negociables que son actos típicos de comercio. El señor Magistrado puede constatar que las letras de cambio que sirvieron de base a la petición de quiebra tiene la leyenda expresada de ser objeto de una operación comercial. - 20; No es cierto que la especulación sobre bienes raíces sea de carácter civil; la compraventa de inmuebles y su arrendamiento pueden tener una finalidad comercial, lo que pasa es que no estando regulado estos actos por el código de comercio se le aplican las disposiciones del Código Civil, por envío que hace el primer código al segundo (art. 10. del C.C. - Le transcribo varios expositores que estudian el caso: No. 3. - especulación sobre inmuebles; - A este grupo no pertenecen tan solo las compras y ventas ordinarias, sino toda especulación sobre inmuebles, realizadas con los riesgos, las proporciones y la publicidad de toda empresa comercial". (Instituciones de Derecho Comercial) Editorial Reus S.A., Madrid, Cesar Vivante, Catedrático de Derecho Comercial de la Real Universidad de Tomo, capítulo sobre actos de comercio, pag. 31). - 30; Porque aun siendo civil el objeto de la sociedad Nicolás Orozco Franco & Cia, sus socios constituyentes estipularon que debía regirse por el código de comercio al establecerla los trámi-

tes y mandatos del código de comercio, cosa prevista por el artículo 2086 del Código Civil, quedando por lo tanto sujeta a los ordenamientos de aquel, entre ellos, los referentes a la quiebra".-

"Se consiéra";

Distingúense las sociedades, según sea su objeto, en civiles y comerciales. El criterio de clasificación lo da la ley. "La sociedad, dice el artículo 2085 del C.C., puede ser civil o comercial. Son sociedades comerciales las que se forman para negocios que la ley califica de actos de comercio. Las otras son sociedades de comercio".-

"De manera que lo que hay que examinar para saber la naturaleza de una sociedad es su objeto. Si ella se ha formado para negocio no calificado de actos de comercio, será civil a pesar de haberse inscrito en el Registro de Comercio, o de haberse designado en la Escritura de constitución como sociedad comercial, y aun de haberse estipulado expresamente que, de conformidad con el artículo 3086 del C.C., ella se sujetara a las reglas de la sociedad comercial".-

"Dentro de nuestra legislación mercantil, dice el Dr. Antonio del Castillo, profesor de la Universidad Libre, de Bogotá, en su obra "Derecho Mercantil", pag. 15 y 16 la calidad de profesional comerciante no se adquiere por la inscripción del nombre del comerciante en el Registro Público de Comercio que ha de llevar la Cámara de Comercio. El Registro Público de Comercio entre nosotros solo sirve para medio de publicación de las firmas comerciales".-

"SOCIEDADES COMERCIALES..-Dicen Alessandri y Semarriba, Vanadovich Curso de Derecho Civil, Tomo IV, pag.510, No.715, son las que se forman para negocios que la ley califica de actos de comercio. (Artículo 2059)".-

"Según esto, no se atiende a la profesión o calidad de los socios o personas que la forman sino al objeto de que la propiedad se propone. Si este objeto es comercial, la sociedad es también comercial; si no es, la sociedad es civil".-

"En numerosos casos nuestros Tribunales han declarado que las sociedades se califican en civiles o comerciales, según sean los actos para los cuales se forman. Y la condición jurídica de la sociedad no se altera por el hecho de que una sociedad civil ejecute accidentalmente actos de comercio, ni por la denominación de sociedad comercial que hayan hecho las partes ni por la estipulación de aplicarle disposiciones propias de esta clase de sociedades". "Cuando son sociedades civiles anónimas se reglan por el código de comercio, sin que por ello sean sociedades comerciales; pues el objeto no es ejecutar actos de comercio".-(El subrayado es del autor citado).-

"De una sentencia de la Corte Suprema de Talca, en Chile, de 2 Junio de 1.930, se extractan las siguientes consideraciones, acorde con lo expresado: "que las circunstancias de que los socios hayan calificado de comercial la sociedad que formaban, no basta para aceptar tal calificativo, ya que no es posible admitir que la naturaleza jurídica de un acto sea la que caprichosa o erradamente le

atribuya el actor, especialmente cuando se trate de averiguar los efectos jurídicos que ese acto ha producido o puede causar antes las leyes que lo rigen, y más particularmente cuando las leyes le atribuyen tales o cuales efectos, tomando solamente en consideración la naturaleza intrínseca del actor".-(Ravis y Calderón, jurisprudencia del código de comercio).-

"En igual sentido se ha expresado nuestra Corte Suprema de Justicia, como puede verse en la obra del Dr. Garavito, T.29.No.72.- Allí se lee: "No dependé de la voluntad de las partes dar el carácter de actos de comercio a los que no lo son conforme al código del ramo; ni la calificación o denominación dada a un contrato cualquiera que los que lo celebran cambien la naturaleza del mismo, determinada por sus elementos intrínsecos". Al mismo respecto puede verse Dalloz, Nouveau Code Civil Annoté, Tome quatrième, Ire partie, pag.562 y 563, Nos.540, 541 y 548, idéntica opinión, respaldada con numerosas citas de la jurisprudencia francesa, y de doctrinantes como Pont, Guen et Renault, Aubry et Rau, Laurant, etc: "Para determinar el verdadero carácter de una sociedad, es preciso atender a la naturaleza del objeto que se proponen los socios y no a la calificación que ellos le dieron." "Por consiguiente, cuando por la naturaleza de su objeto una sociedad es comercial, será en vano que las partes la hayan calificado de sociedad civil". "Recíprocamente, si el objeto de la sociedad es civil, poco importa que las partes la hayan calificado de comercio. A pesar de ello, ella sigue siendo una sociedad civil".-



"Dedúcese de lo dicho que en el caso de autos debe prescindirse, para calificar la naturaleza de la sociedad "Nicolás Orozco Franco & Cía" de la circunstancia de estar ella inscrita en el Registro de Comercio y de ser designada como comercial por el Notario en el Extracto expedido para su inscripción, debiendo el Tribunal contraerse el estudio de su objeto".-

"Constituyose la referida sociedad por Escritura Pública número ciento treinta (130) de veinteseis de agosto de mil novecientos cuarenta y uno, de la Notaría Primera del Circuito de Cartagena, con la finalidad, allí expresada, de comprar, vender y arrendar bienes raíces, urbanos o rurales. Extendióse esa finalidad, por Escritura número 419 de la misma Notaría, fechada el 13 de Abril de 1.946, a la hipoteca y permuta de dichos bienes, así como a cualquiera otras operaciones sobre los mismos".-

"Ahora bien: la legislación universal, con contadas excepciones, ha conagrado el pensamiento de que los bienes raíces son impropios de las operaciones mercantiles, pues no pueden ser transmitidos sino por medio de Escritura Pública, inscripción y a veces mediante otras formalidades lentas y meditadas todas ellas, que se avienen mal la sencillez y celeridad que dominan en el comercio".-

"Tal sistema fue prohijado por el legislador, colombiano, al igual que por el chileno, como a contrario sensu se deduce del artículo 20, ord. lo., de nuestro C. de Co. y del 30. del Código de Chile. Así lo proclama la doctrina de uno y otro

país. "Un signo claro y de carácter práctico que sirve para distinguir los actos y contratos comerciales, dice el doctor Antonio del Castillo en la obra arriba citada (pag.8), es este: que ellos se refieren a bienes muebles. Esta característica del campo de aplicación del derecho comercial sobre los bienes muebles y la aplicación del derecho civil sobre los bienes inmuebles, tiene su más remoto origen en el hecho de que el derecho civil regula la economía privada, la familia y la hacienda como patrimonio peculiar de la organización familiar. Otra cosa sucede con el campo de los bienes muebles, que habiendo dado origen al tráfico comercial, debido a su rápida movilización entre los distintos mercados, produjeron en consecuencia un derecho especial, menos formalista y de aplicación más rápida y sencilla, que es el derecho comercial." (En el mismo sentido puede verse: Pablo J. Bustillo, Derecho Mercantil comparado, pag.30; Gabriel Palma Rogers, Derecho Comercial Tomo 1º., pag.64 a 66; Barros Errázuriz, Curso de Derecho Civil, volumen 3º., pag.296, No.228; Davis y Calderón, Jurisprudencia del C. de Co. de Chile. Tomo 1º., pag. 16, 17 y 19, Nos.4, 8 y 13). Como excepción figura la dispuesta en los Códigos Italiano, Sardo y Mexicano. (vease sobre ello a Palma Rogers y a del Castillo, obras citadas).- En la obra de Dailoz, arriba mencionada, pueden verse, en corroboración de lo dicho, numerosas citas de jurisprudencia y las doctrinistas Alauzet, Pont, Boistel, Guillouard, Laurent, Baudry-Lacantinerie Wahl, Houpin y Lyon Caen et Renault, todos de acuerdo con lo expuesto".-

"Ilégase, pues, a la conclusión de que la sociedad en referencia no es comercial, por no serlo su objeto, y no puede afirmarse que su giro principal versa sobre actos de comercio porque haya aceptado las dos letras de cambio de que hay constancia en el expediente".-

"Resta por examinar si son comerciantes la señora Paula Julio C. y el señor Nicolás Orozco Franco. Sobre el particular se considera:

    No hay constancia en el expediente de que la señora Paula haya ejecutado un solo acto de comercio. Tan sólo viene demostrando que ella es una de las socios de una sociedad civil. Obvia, pues, de la respuesta: No es comerciante la señora Paula".-

"En cuanto al señor Nicolás Orozco Franco, consta que intervino en el giro de cuatro letras de cambio. Pero el ejercicio accidental de actos de comercio no dá la calidad de comerciante, ni basta probar de quien los ejecuta esté consagrado a un giro mercantil. El ejercicio del comercio supone ocupación ordinaria y profesional en los actos de que se trate. (art.9 y 10 del C. de Co.) Nuestro Código, como el francés (dice la Corte Suprema, Casación, G.J. Nos.1914 y 1915, pag.94) establece que son comerciantes los que se ocupan ordinaria y profesionalmente en alguna o algunas de las operaciones que corresponden a esa industria, es decir, los que ejercen actos de comercio y hacen de ellos su profesión habitual". "Hay individuos, escriben Lyon Caen et Renault, citados por la Corte,

que pueden hacer actos de comercio muy numerosos y muy importantes sin ser comerciantes. La conclusión es, pues, idéntica en este caso que en el anterior. No es comerciante el Señor "Nicolás Orozco Franco".-

---

QUE ENTENDEMOS POR COMERCIO Y POR COMERCIANTES

Hemos insertado, como ya lo dijimos en el capítulo de la introducción las providencias dictadas por nosotros, en nuestra condición de Juez Tercero Civil del Circuito, en interinidad, y la dictada por el H. Tribunal Superior de Justicia, dentro del juicio de quiebra seguido a la sociedad colectiva Nicolás Orozco Franco & Cía, pues, pensamos al escribir este pequeño trabajo conque aspiramos obtener el título de doctor en Derecho y Ciencias Políticas, ahondar el tema allí esbozado, cuya discusión todavía al escribir este trabajo no ha sido decidida por el Tribunal, pues, esa providencia, fue repuesta, y ésta se encuentra todavía pendiente.-

Como el punto esencial de nuestro estudio, es ver si los inmuebles o bienes raíces pueden constituir objetos de comercio, y por lo tanto, si las distintas transacciones con ellos verificadas, están sujetas a las disposiciones respectivas, queremos, primeramente, hacer un análisis de lo que nosotros entendemos por comercio y por comerciante, y una vez conseguido este trabajo, pasar a demostrar lo que se entiende por acto de comercio, y finalmente, entrar al articulado del código de comercio, para deducir de ese articulado, si los inmuebles están contemplados o no en sus disposiciones.-

Qué es comercio:

Nuestro Código Comercial, lo mismo que el chileno, y creemos que la mayoría de todas las legislaciones comerciales, se abstienen, tal vez por temor de ser demasiado amplios

o no abarcar todos los puntos esenciales del comercio al definirlo. Porque sabido es que el comercio no es otra cosa que la adquisición de beneficios provenientes de las transacciones verificadas entre los asociados, con artículos que se hacen necesarios e indispensables en la vida, y que tienden a incrementar y acrecentar nuestra riqueza. Pero para que esas transacciones reciban el calificativo legal de comercio se requiere que se verifique por intermedio de personas, es decir, que surja de la interposición de una persona.-

El profesor Gabriel Palma Rodgers, da al comercio la siguiente definición: "podemos definir el comercio como el conjunto de operaciones que tienen por objeto realizar beneficios por medio del cambio, del transporte o de la transformación de los productos de la naturaleza o de la industria, sirviendo de intermediario entre productores y consumidores". El mismo autor a continuación incarta la definición que de la misma materia da el tratadista italiano Supino, quien define el comercio en la forma siguiente: "es la industria de intermediación entre productores y consumidores que con el objeto de obtener un lucro se propone aumentar la circulación de la riqueza".-

Por las definiciones que acabamos de transcribir se observa que el comercio hoy día tiene un significado amplísimo, pues, incorpore como objeto de él, todas las ramas de la producción de la riqueza, tales como la manufacturera, fabril y la comercial, propiamente hablando, pero coincidiendo

en los puntos esenciales de la adquisición de beneficios o lucros, y que se sirva de intermediario en las transacciones. Esta persona que sirve de intermediario en las operaciones mercantiles, y que con ella adquiere algún lucro o beneficio, se denomina en nuestro derecho comercial, como comerciante.-

El artículo 9º. del Código de Comercio dice que: "Se reputan en derecho comerciantes, todas las personas que teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, se ocupan ordinaria y profesionalmente en alguna o algunas de las operaciones que corresponden a ese industria, y de que trata el presente código".-

En Colombia, pues, puede ser comerciante toda persona natural o jurídica, ya que el código no hace distinción alguna, que teniendo capacidad legal, se dedique ordinaria y profesionalmente a desarrollar alguna de las operaciones que el código califica como actos de comercio. Así que para saber si efectivamente un individuo se puede considerar como comerciante, hay primero que estudiar si el objeto y operaciones que habitual y profesionalmente desarrolla, las cualifica el código comercial como actos de comercio. Vamos entonces, que para ser comerciante no se necesitan otros requisitos indispensables que la capacidad de la persona que lo va a tomar como profesión. Y esa capacidad está regulada en el mismo código comercial por su artículo 11, y encierra precisamente a todas las personas que el do-

recho civil ha consagrado como papaco, ya que se remite a él.-

Tomemos que distinguir entre los comerciantes, lo relativo a las personas naturales y a las personas jurídicas, ya que las personas naturales tienen dentro de nuestras leyes mayor amplitud y mayor radio de acción para ejercer el comercio, pues, las personas naturales pueden ejercer a la vez dos o mas profesiones, y las personas jurídicas sólo pueden desarrollar la actividad que le dió vida. Es decir, una sociedad comercial no puede salirse de la explotación del objeto para que fue fundada.-

Sobre este particular hay tratadistas que sostienen que para que una persona natural o física se pueda considerar comerciante, no se requiere solo la intención de serlo, sino que se necesita el ejercicio del comercio en calidad de profesional, cosa distinta a las personas jurídicas que no necesitan ejercitar el comercio, sino que basta que se constituyan con el fin de ejercer profesionalmente el comercio.-

El profesor Alfredo Rocco en su libro titulado Principios de Derecho Mercantil, manifiesta lo siguiente sobre lo que dejamos expuesto en el párrafo anterior:

"Para que la persona física o natural pueda ser comerciante es necesario el efectivo ejercicio de la profesión mercantil; no es suficiente llamarlo y expresarlo así en el encabezamiento de la correspondencia, circulares, documentos públicos o privados, ni inscribirse en el Registro antes aludido; la intención de adquirir con cualidad no



basta, es preciso el hecho, por una razón muy sencilla; el estado de comerciante es una condición de vida transformada por el Derecho en un estado jurídico, y el hombre no puede obtener un estado o condición social mediante la simple declaración de voluntad; en el mundo moderno es que la actividad del individuo es perfectamente libre y puede desenvolverse a su voluntad en los campos mas distintos, el único elemento decisivo para colocar una persona en un determinado estado o condición social, es el hecho del ejercicio de una profesión determinada; la intención puede cambiar, solo el hecho constituye un dato positivo e irrevocable. Y más adelante agrega, refiriéndose a las personas jurídicas; "Hay distinto a lo dicho respecto a la persona física es lo que hay que decir para la jurídica. Esta se necesita ejercer efectivamente la profesión mercantil; basta que se constituya con el fin de ejercitar profesionalmente el comercio, o sea, de modo estable y para realizar un lucro; así como para la persona física no basta la intención, para la jurídica es suficiente el fin; el motivo de la distinción es manifiesto, porque mientras el hombre halla en la vida multitud de fines que puede realizar de distintos modos y en todas las formas posibles de actividad, la persona jurídica nace para realizar uno determinado, y su actividad la marca y límite éste, que es, en otros términos, la ley fundamental e inmutable de vida de la persona jurídica". (Obra citada, página 230).-

Como vemos, pues, el autor citado sostiene abiertamente la tesis de que toda sociedad por el hecho de constituirse con el fin de explotar alguna actividad comercial, aun cuando no llegare a desarrollarla, se considera como comerciante. La anterior teoría del ilustre profesor italiano por sí sola no serviría para sostener nuestra tesis, de que la sociedad concursada si era comercial. Pero como este no es el punto esencial de nuestro estudio, no queremos ahondar más esta cuestión, que si la hemos tratado, es sólo por buscar una armonía entre las providencias con que encabezamos este trabajo, y el punto principal que nos proponemos estudiar.-

---

ACTOS DE COMERCIO

Nuestro derecho comercial como ya lo manifestamos en el anterior capítulo relacionado con el comercio y comerciantes, no define los actos de comercio. Mal podría definirlos, pues, siendo estos tantos y tan heterogéneos, nos parece imposible dar una definición adecuada, que los abarcara a todos ellos.-

Nuestro código, pues, nos da por vía de ejemplo y buscando la mayor comprensión por parte del Juzgador, en su artículo 20 una serie de actos de comercio. Esta serie de actos sirven de punto de partida en la aplicación de las disposiciones del código, pues, aquellos actos que nos están comprendidos en esa lista, serán interpretados por vía de analogía con estos ejemplos; pero también creemos que existen actos que vienen a ser comercial, y que tal vez no pueden interpretarse por vía de analogía con la lista de actos de comercio dado por el artículo 20 del código, y entonces la misma obra se encarga de darnos la solución de todos ellos, recurriendo, conforme lo preceptúa en su artículo primero, a las disposiciones del Código Civil.-

Pasemos, pues, a estudiar los actos de comercio, de acuerdo con las explicaciones que acabamos de hacer.-

La primera parte del artículo 20 del Código de Comercio es del tenor siguiente: "Son actos de comercio, ya de parte de ambos contratantes, ya de parte de uno de ellos.....".-

De esta primera parte del artículo 20 sacamos en conclusión que hay actos de comercio, con relación a ambos contratantes, y actos que solo son comerciales, para uno de ellos. Pero también entre los actos de comercio para ambos contratantes, se distinguen aquellos que son comercial por sí mismo, es decir, porque la ley les ha dado tal carácter, independientemente de las funciones que desempeña la persona que los ejecuta; y actos que no vienen a ser comercial sino en razón de las funciones o profesión de quien los verifica. A esta división, la ley los distingue como actos subjetivos o actos objetivos, dándole este último calificativo a los primeramente designados, o sea, a los que la ley les ha asignado tal carácter, y subjetivos, a los que hacen depender su carácter de comercial en atención a la profesión de quien los ejecuta.-

Seamos permitido, pues, hacer aquí una pequeña disertación acerca de la evolución que ha tenido la materia comercial al respecto: En los primitivos tiempos solo se tuvo en cuenta para la calificación de los actos como comerciales, la profesión de quien los ejercitaba, es decir, primaba un criterio subjetivo. Después, varió fundamentalmente esta teoría y entonces primó el sistema objetivo o real, considerando como actos mercantiles a una serie de operaciones con carácter especulativo, es decir, solo se tenía en cuenta la naturaleza intrínseca del acto, independiente de quien lo ejecutaba, pero sólo para aquellos

actos que ya la ley había consagrado como actos comerciales.-

Las legislaciones modernas se han inclinado por el sistema mixto, y de ahí, la distinción que hace el mismo artículo 20 antes citado, cuando dice que hay actos comerciales para ambas partes, y actos comerciales para uno de ellos. Los actos que la ley ha consagrado como comerciales, es decir, los objetivos, le dan la calidad de comerciante a la persona que los ejecuta, si ellos son realizados en forma permanente y de manera profesional; y los actos subjetivos, que vienen a ser comerciales cuando reciben esta condición del hecho de provenir de una persona comerciante.-

Nosotros nos inclinamos a creer que estos actos están regidos, nos referimos a los subjetivos, por la intención o móviles determinantes. Por eso al tratar en forma breve lo relativo al comercio y a los comerciantes, transcribimos el concepto del profesor Alfredo Rocco, expuesto también por el profesor León Belaffio, en su obra titulada Derecho Mercantil, pag. 37 y 38, acerca de la calidad de comerciantes de las personas físicas o naturales y de las personas jurídicas.-

Acercas de la anterior distinción que acabamos de hacer de los actos de comercio, en actos de comercio objetivos, subjetivos y mixtos, calificación ésta aceptada por toda la legislación universal y consagrada por todos los tratadistas de derecho comercial, se ha expresado nuestra Corte Suprema de Justicia, en los siguientes términos: "Hay dos cate-

gorías de actos de comercio: los unos son comerciales por sí mismo o independientemente de la persona que los hace; los otros se reputan comerciales por razón de la profesión de su autor; unos y otros pueden tener carácter comercial para ambas partes o para una sola de ellas, siendo actos puramente civiles para la otra. Estos últimos se denominan actos mixtos".-

"Entre los actos comerciales por sí mismo, o actos de comercio absolutos, hay unos que son comerciales en razón de la intención o de los móviles determinantes, como en el caso de la compra de muebles, que tiene el carácter de comercial cuando se verifica con ánimo de revenderlo, y hay otros que son comerciales por su propia virtud, independientemente de todo móvil determinante, como en el caso de una letra de cambio. En cuanto a los actos que se reputan comerciales en razón de la calidad de las personas de que emanan, hay que distinguir entre los actos que no tienen ninguna relación con el comercio de quien los ejecuta, sobre los cuales la calidad de comerciante de éste no influye, y aquellos que aun no constitutivos propiamente del ejercicio del comercio se relacionan estrechamente con éste, en cuanto tienden a satisfacer determinadas necesidades de la misma profesión, los cuales se reputan actos de comercio".-

"La clasificación que se acaba de hacer de los actos de comercio, aunque no expuesta de manera completa y con claridad por nuestro código, corresponde en lo esencial con el contenido de los arts. 20 y siguientes del Código Comercial".-

"El primero de ellos se refiere a los actos que tienen el carácter de comerciales por sí mismo e independientemente de la profesión de la persona que los ha hecho, y el segundo a los actos reputados como comerciales en razón de la calidad de las personas de que emanan".-

"Respecto del reconocimiento de los actos mixtos en el derecho colombiano basta anotar que el primero de los textos citados comienza aceptando que los actos de comercio pueden serlo, ya de parte de ambos contratantes, ya de parte de uno de ellos". (Corte Suprema, Casación, 27 de julio de 1.936. G.J. No. 1914, página 95).-

Como acabamos de verlo por el anterior fallo dictado por nuestro Supremo Tribunal de Justicia, el derecho colombiano consagra la división de los actos comerciales, que se deja expuesta en este capítulo, y para lo cual no creemos necesario insistir acerca de esta teoría, que es aceptada, sin reticencias por toda la legislación universal.-

Pasemos, pues, al estudio principal de nuestro tema: la comercialidad de los inmuebles o bienes raíces.-

COMERCIALIZACION DE BIENES RAICES

De la lectura del fallo dictado por el H. Tribunal Superior de Justicia, en el juicio de quiebra de Nicolás Orozco Franco & Cia, que insertamos al comienzo de este trabajo, nos parece que fue basado en dos razones, para ser dictado. La primera razón de orden legal y la segunda de conveniencia práctica.

La razón de orden legal que parece tuvo el H. Magistrado que dictó el fallo, es la siguiente: Tomó como punto de partida el ordinal primero del artículo 20 del Código de Comercio Terrestre, que a la letra dice: "1º. La compra y permuta de cosas muebles, con ánimo de venderlas, permutarlas o arrendarlas en la misma forma o en otra distinta, y la venta, permuta o arrendamiento de estas mismas cosas;" y dedujo de su letra que solo los muebles son objeto de comercio, ya que este inciso a contrario sensu, está claramente demostrando que los inmuebles no son comerciales, según su parecer.-

Y parecemos que la razón de orden práctico que tuvo el H. Tribunal de Justicia de Cartagena, para sostener el fallo que dictó, revocando la quiebra de la sociedad concurrida tantas veces mencionada, fue la que sólo los muebles son fáciles de transportar, ya que los inmuebles o bienes raíces no pueden ser trasladados de un lugar a otro en busca de mejor mercado; así como su enajenación está sujeta de una serie de otros impuestos por las leyes, que nos restringe a los muebles, y que por tanto, no pueden entrar al comercio



con la celeridad que estos actos requirieron, argumentos estos sostenidos y preñados por los autores que el fallo cita.-

Nosotros al dictar la providencia que encabeza esta tesis, en la cual sostuvimos que los inmuebles sí eran objetos de comercio, lo afirmamos, teniendo en cuenta la analogía que existió entre la compra y venta de inmuebles como actos de comercio, y algunos de los ejemplos que nos da el artículo 20 de nuestro Código Comercial. Allí también, afirmamos, tal vez por no haber podido hacer un estudio bastante concienzudo de la materia, por tenernos las partes urgidos del citado fallo, y tener, -para emplear un adagio muy conocido, -en nuestra cabeza, como capada de Dimecles, - el apromiado término que el Decreto sobre quiebras otorga al funcionario para dictar esas providencias, que nuestro Derecho Comercial no reglamentó las transacciones verificadas con los inmuebles. Pero hoy, con más tiempo y más calma, hemos llegado a la conclusión de que esa afirmación nuestra no está ceñida a la realidad, ya que al leer todo el articulado de nuestro Código, nos hemos encontrado con una serie de disposiciones que sí contemplan los inmuebles como objetos de comercio, por lo cual deducimos que las transacciones que con ellos se verifiquen, tienen necesariamente que caer bajo la denominación de actos comerciales, y por lógica, están sometidos a las disposiciones del expresado Código.-

Nos proponemos, pues, exponer que el Código de Comercio Colombiano, si contempla los inmuebles como actos de comercio, y al hacerlo, trataremos también las razones que ya dijimos parece que tuvo el H. Tribunal para dictar su providencia, a la vez que insertaremos, para sostener nuestros puntos de vista, conceptos de varios autores de diferentes nacionalidades, que al comentar cada uno de ellos sus respectivas legislaciones comerciales, sostienen que las transacciones de inmuebles, si constituyen actos de comercio.-

El inciso 9º. del artículo 20 del Código de Comercio, es del tenor siguiente. "Las empresas de obras y construcciones, por un precio alzado o a destajo"; pero nos encontramos con que éste código no nos dice o nos explica en que consisten las empresas de obras o construcciones, y para saber cuales son ellas, necesariamente tenemos que echar mano de las disposiciones pertinentes del Código Civil, al cual nos remite el comercial, según se desprende de la lectura del artículo 1º. de dicho código, en su inciso segundo.-

El artículo 2.053 del Código Civil, en su inciso primero dice lo siguiente: "Si el artifice suministra la materia para la confección de una obra material, el contrato es de venta, pero no se perfecciona sino por la aprobación del que ordene la obra".-

Ni en el artículo 20, en su inciso 9º., ni en los demás artículos del Código Comercial se dice que estas

empresas de obras y construcciones, sólo se refieren a bienes muebles, por consiguiente, hay que aceptar, que ellas se fundan para explotar su ramo comercial, construyendo bienes muebles y bienes inmuebles.-

Ya hemos visto, según la transcripción que hemos hecho del artículo 2.053 del Código Civil que cuando el artífice suministra todo lo necesario a la construcción de la obra, esta se reputa como una venta. Y según el comentario que en el párrafo anterior hemos hecho sobre las empresas de obra y construcciones, tenemos que concluir, pues, que nos encontramos con una clásica venta de inmuebles, considerada como acto de comercio por el propio derecho comercial en el artículo 20 tantas veces citado.-

De lo dicho anteriormente deducimos que si existe analogía en los actos enumerados por el artículo 20 del Código de Comercio y la venta de inmuebles, que es la principal operación de las actividades comerciales, ya que todas ellas van encaminadas, como se viene diciendo a todo lo largo de este estudio, a la adquisición de un beneficio o lucro. Esto se obtiene, principalmente, al vender los objetos o bienes adquiridos.-

Ahora preguntamos: Si según lo dispone el ordinal 9º del artículo 20 de nuestro Código Comercial las empresas de obras y construcciones, por precio alzado o a destajo, constituye acto de comercio; y el artículo 2.053 del Código Civil contempla el caso de que el artífice, albañil, empresario, arquitecto, o con cualesquiera denominación que

se le dá, suministra lo indispensable para la construcción de una obra, considera que esta es una venta, que diferencia, repetimos, existe en que esta sea adquirida de manos del artífice, quien al hacerla, sólo lo guía la obtención de un beneficio o lucro, o adquirirlas de mano de quien las compra ya construídas, para venderlas, permutarlas, etc., buscando también obtener con esta serie de operaciones un lucro o beneficio.

Para nosotros no hay ninguna diferencia. Lo mismo dá comprar un edificio al arquitecto que lo construyó, que comprárselo a quien lo adquirió, y quien piensa obtener con la venta un lucro, pues, en ambos casos, este es el único fin que los guía, y es uno de los requisitos esenciales de toda operación comercial.

En cuanto a la argumentación de que la transferencia de inmuebles necesita de una serie de requisitos indispensable, que impiden la celebración de las operaciones con la rapidez y celeridad que requieren los actos de comercio, es cierto; pero no es menos cierto que la venta por el artífice o constructor, cuando esta recae sobre inmuebles, también tiene que llenar esos mismos requisitos, y sin embargo el Código de Comercio trae a las empresas de construcción como actos de comercio. En más, el inciso 14 del artículo 20 del Código de Comercio, igualmente señala como acto de comercio las empresas de construcción, carena, compra y venta de naves, apa-

rojos y vituallas. De todos es sabido que toda venta de una nave, aun cuando esta es considerada por nuestras leyes como muebles, tiene que hacerse su traspaso por Escritura Pública, es decir, tiene que llenar los mismos requisitos que exige la venta de una casa. Y para nosotros, es más fácil vender una casa, que vender una nave.-

Ahora bien, por el hecho de que la venta de determinados bienes requiera para su traslación de dominio el lleno de determinados requisitos que impiden actuar con rapidez, no creemos, que ello le quite su interés comercial, puesto, que el comercio está regido por las leyes de la oferta y la demanda. Puede suceder, como efecto sucede, que bienes que en un principio no tuvieron ningún interés comercial, vengán a ser fuente de especulación. En estos casos creemos que la solución no es negarle su influencia a esos actos o transacciones que influyen en la riqueza, porque las leyes, sobre todo las comerciales no se han dictado para que sirvan de dique, sino antes por el contrario, deben amoldarse a las mas variadas actos de comercio.-

El derecho comercial se distingue precisamente por su expansividad y su progresividad, es decir, su tendencia a la evolución, a abarcar el mayor número de transacciones, que repercutan favorablemente en la balanza de la riqueza.-

Sobre esto, dice el profesor Gabriel Palma Red-

gers, en su obra citada, "PROGRESIVIDAD, o sea, la tendencia del Derecho Comercial a la evolución constante, de acuerdo con el aumento de las reclamaciones comerciales, de los actos mercantiles, industriales, etc. Vemos aquí la razón de por qué el legislador ha debido reconocer a la costumbre el valor de ley escrita en todos aquellos casos no prescritos por el Código de Comercio, por las leyes complementarias, ni por el Código Civil; a diferencia del Derecho Civil, en el cual la costumbre sólo adquiere fuerza obligatoria cuando la ley se remite a ella" (Pag.16)

Hechas, pues, las anteriores consideraciones, acerca de la analogía que tiene la compra-venta de inmuebles, con los actos señalados por el Código de Comercio, como comerciales en su artículo 20, continuamos estudiando el articulado del código, en todo aquello relacionado con inmuebles.-

El artículo 36 de nuestro Código Comercial, ordena que al abrir su giro, todo comerciante-ya hemos visto que comerciantes pueden ser personas naturales y jurídicas-hará en el libro de inventarios y balances una descripción exacta y completa de todos sus bienes, muebles e inmuebles, créditos activos y pasivos.-

El artículo 467 del Código Co. que se refiere precisamente a la formación de la sociedad, que describe los requisitos que deben llenarse para darle vida jurídica a ésta, es del tenor siguiente, en su inciso 4o.:

"El capital que introduce cada uno de los socios, en dinero, créditos o en cualquiera otra clase de bienes, el valor que se asigne a los aportes en muebles o inmuebles, o en su defecto la forma en que deba hacerse el justiprecio".- Se refiere a los aportes de los socios.-

Del primer artículo transcrito se desprende que todo comerciante al abrir giro, necesariamente tiene que hacer el balance de su activo y pasivo, para saber con que capital inicia sus operaciones, y en este activo, se incluye el valor de los inmuebles, que como se deja ver, pueden emplearse como objeto de comercio. Pero la comercialidad de los inmuebles la explica mejor, el inciso transcrito del artículo últimamente citado, porque en este artículo se manda expresamente que los aportes de los socios, al constituirse la sociedad, puede ser en dinero, en bienes muebles o inmuebles. Sabemos en que consisten los aportes de los socios en una sociedad. No es más que su participación o contribución al fondo común de una persona distinta de cada uno de ellos, y de la cual forman parte, para la explotación de determinado negocio. El Código de Comercio no define la sociedad, por lo tanto, tenemos que recurrir a la definición que trae el Código Civil, por remisión expresa que el primer código hace al segundo: SOCIEDAD, dice el artículo 2079 del Código Civil es un contrato por el que dos o mas personas estipulan poner un capital u otros efectos en común, con el

objeto de repartirse entre sí las ganancias e pérdidas que resulten de la especulación.-

Del artículo anterior se desprende lo siguiente: la intención que tienen los contratantes de formar un capital común con ánimo de especular con él, y repartirse el producto de la especulación.-

Pero hemos visto que este capital puede estar constituido por dinero efectivo, muebles e inmuebles, de donde se deduce, que si estos forman el haber especulativo de una sociedad, éstos necesariamente son comerciables.-

La anterior argumentación la afianza todavía con mayor vigor el artículo 493, cuando dice que el fondo social se compone de los aportes que cada uno de los socios promete entregar a la sociedad. Pueden ser objeto de aporte el dinero, los créditos, los muebles e inmuebles, las mercedes y los privilegios de invención, el trabajo manual, la obra industria y en general toda cosa comerciable, capaz de prestar alguna utilidad.-

Este artículo es claro y preciso, prescribe todo lo que puede ser comerciable, y entre las cosas comerciables, incluye los inmuebles. Esta sola disposición nos bastaría para suspender nuestro trabajo, ya que ella nos releva de lo que pensamos o queremos demostrar, la comercialidad de los inmuebles. Pero queremos seguir analizando, porque todavía nuestro Código Comercial contempla claramente como lo hace en esta disposición, otras en que



también incluye como objetos comerciales los inmuebles.

Queremos advertir, que casi todas las disposiciones últimamente citadas se refieren a la sociedad, mayor argumento para sostener la providencia per nosotro dictada como funcionario. Pero todavía nos falta estudiar, precisamente, el artículo 522 del C.Comercial, disposición ésta que encuaja dentro de la formación de la sociedad concursada. Esta disposición es del tenor siguiente: "No necesi tan poder especial los administradores para vender los inmuebles comunes, siempre que tal acto se halle comprendido en el número de las operaciones que constituyen el giro ordinario de la sociedad, ni para tomar en mutuo las cantidades estrictamente necesarias para poner en movimiento los negocios de su cargo, hacer las reparaciones indispensables en los inmuebles sociales, alzar las hipotecas que los gravan, o satisfacer otras necesidades urgentes".-

En esta disposición, como claramente se desprende de su letra, encontramos que los inmuebles pueden constituir el giro de una sociedad.-

Y qué es el giro de la sociedad? No es otra cosa que el objeto de ella, el fin que se propuse desarrollar al constituirse.-

De esta disposición se suca en conclusión, que los inmuebles pueden ser el objeto de la sociedad, teniendo por tanto el carácter de comerciables, y si

están reglamentados por el Código de Comercio.

Sobre la comercialidad de los inmuebles en las sociedades, se expresa así el profesor J. Ponsá Gil: "Supongamos una sociedad constituida para compra de fincas. Si la sociedad se ha formado para adquirir fincas rústicas o urbanas y explotarlas con la labranza o con el alquiler, tendrá la consideración de sociedad civil, pues va a explotar lo que constituirá su propiedad, pero si estas fincas las adquiere con la intención de enajenarlas en ocasión propicia y con el ánimo de continuar adquiriendo y vendiendo realiza actos de comercio, calificados por la intención de lucrar por el procedimiento mercantil de comprar para vender, realizado como objeto social, como profesión".-

"Puede también suceder que la sociedad constituida para la compra de fincas no trate de enajenarlas ni de explotarlas como propietario, sino de demolerlas para vender sus materiales o despoblarlas arrancando todo el arbolado y vendiéndolo. En este caso y siempre que sea ese el objeto de la sociedad será considerada como mercantil, pero si no constituye su objeto determinado, si la sociedad no se constituye para repetir esos actos, sino que son consecuencia únicamente de dominio o de reformas o renovación de su propiedad, la sociedad no tendrá el concepto de comercial por faltarle intención y repetición de actos mercantiles". (Sociedades Civiles, Mercantiles, Cooperativas y de Seguros, pag.107).-

Igual cosa sostienen León Bolaffio, César Vivante y Alfredo Roco, en sus obras citadas en el cuerpo de esta tesis. Es más, el profesor Gabriel Palma Rodgers, comentarista del Código Chileno, aun cuando no es partidario de esta teoría, acepta que la tendencia moderna, tiende a incorporar los inmuebles dentro de los actos de comercio. Como lo hemos visto por las diferentes transcripciones que se han hecho, la teoría de la comercialidad de los inmuebles está consagrada en diferentes códigos, y sostenida por tratadistas como los que hemos citado en este trabajo.-

Podemos ahora estudiar la comercialidad de inmuebles según el decreto 750 de 1.940, sobre quiebra, Decreto este que sólo rige para los comerciantes, como expresamente lo da a entender el artículo primero del mencionado Decreto.-

Nosotros entendemos que el Ejecutivo Nacional, convertido en legislador al dictar el Decreto antes citado, valiéndose para ello de las facultades extraordinarias otorgadas por el Congreso Nacional, consideró los inmuebles como objetos de comercio. Para demostrarlos vamos a estudiar sus disposiciones, pero para ello tenemos que recurrir al Título sobre quiebra que fué derogado por el Decreto 750 de 1.940.-

El artículo 127 que formó parte del Código de Comercio terrestre, y que hoy está derogado por el Decreto 750 de 1.940, refiriéndose a la clasificación de

las quiebras, decía, que pertenecían a la cuarta clase de quebrados "Los que hubieron comprado bienes inmuebles, mercaderías o créditos, en nombre de tercera persona".- Aquí nos encontramos con una disposición consagrada precisamente en el estatuto que regía en ese entonces la quiebra, incluyendo los inmuebles dentro de las actividades comerciales. Se nos dirá que un comerciante puede adquirir inmuebles sin que por ello se pueda considerar este acto comercial, pues, según la tesis sostenida por el H. Tribunal estas son operaciones civiles. Esta teoría no es cierta, y el inciso transcrito la está desmintiendo. Ya hemos visto que la quiebra solo cobija a los comerciantes, y si una disposición consagra que con fraudulentos los comerciantes que compran bienes raíces a nombre de otros, para burlar de esta manera a sus acreedores, es porque esa disposición está considerando que esa es una operación notamente comercial, ya que ese comerciante podría alegar, aceptando la teoría expuesta por nuestro Tribunal, que la compra de inmueble es una actividad civil, y por tanto, no podría bajo ningún aspecto, estar sometida a las disposiciones que reglamentan la quiebra.-

También el artículo 139, derogado, disponía que en el balance general del quebrado se hiciera una descripción de todo lo que perteneciera en bienes muebles e inmuebles, y en los artículos 159 y 161, hoy también derogados, se consagraba la nulidad para las operaciones

verificados por el comerciante declarado en quiebra en los treinta días antes de habersele declarado como tal.-

No vemos la razón para declarar tales nulidades dentro del juicio de quiebra, aceptando, repetimos, la no comercialidad de los inmuebles, puesto que, siendo la quiebra solo aplicable a los comerciantes, ella no tendrá por que entrar a regir ni reglamentar operaciones netamente civiles, reglamentadas por el Código Civil. Es cierto que el comerciante declarado en quiebra tiene que responder a sus acreedores con todo su activo, el cual, está compuesto por todos sus bienes, pero no es menos cierto que la quiebra solo repercute sobre operaciones comerciales, y si la compra de inmuebles no es comercial, como pueden estas disposiciones entrar a entrar a reglamentar operaciones de carácter civil, verificadas con anterioridad a la declaratoria de quiebra, y por ende, reglamentadas por el Código Civil. La única razón que vemos nosotros, es la de que estas operaciones tienen por carácter comercial, y de ahí que se consagraron expresamente en las derogadas disposiciones transcritas.-

Ahora, bien, hemos citadas las disposiciones derogadas en que el legislador habló de inmuebles, para demostrar, al entrar a estudiar las disposiciones pertinentes del del Decreto 750 de 1.940, que el legislador de este año, como ya dijimos, el Ejecutivo Nacional, consideró que los in-

muebles eran objetos de comercio, y por eso no tenía necesidad alguna de mencionarlo expresamente en las disposiciones del citado Decreto.-

El artículo 5o. del Decreto 750 de 1.940 a la letra dice: "Las ofertas de cesión de bienes de los comerciantes se entiendo siempre quiebras y se tramitarán de acuerdo con lo dispuesto en este Título".-

El artículo transcrito considera como quiebra la oferta de cesión que hace un comerciante a sus acreedores, y nos remite al Código Civil en sus artículos 1672 y 1683, es decir, a todo el capítulo de cesión de bienes.-

Hemos visto, pues, que la oferta de cesión de bienes hecha por un comerciante a sus acreedores se considera como quiebra. Así lo dispone expresamente el artículo transcrito del Decreto 750. Y el artículo 1677 del Código Civil dice que la cesión comprenderá todos los bienes, derechos y acciones del deudor, excepto los no embargables. En seguida hace una descripción de todos los bienes que son inembargables. En esta enumeración no se encuentra como no embargables los inmuebles. Al decir el artículo anterior del Código Civil que la cesión comprenderá toda clase de bienes, es lógico concluir, que los inmuebles son objeto de la cesión, y como a este artículo nos remite el artículo 5o. del Decreto de Quiebras, hay que considerar entonces que la cesión de bienes raíces hecha por el comerciante a sus acreedores, está considerada como quiebra, y



464

por consiguiente, reclamada por el citado Decreto. Aceptando la teoría de la no comercialidad de los inmuebles nos encontramos con el caso de un comerciante que carece de bienes muebles y que sólo posea inmuebles, y haga la cesión a sus acreedores. Según la teoría que venimos comentando, podría alegar que esa operación por él realizada no podría considerarse como una situación de quiebra para él, puesto que los inmuebles no serían objeto de comercio, y por consiguiente no se realiza al hacer esta cesión sino una operación meramente civil. El artículo 5º. del decreto está desmintiendo la argumentación anterior, puesto que él está diciendo expresamente que la oferta de cesión de bienes es considerada como quiebra, y esta cesión comprende bienes muebles y bienes inmuebles. Por este otro aspecto, pues, el legislador al dictar el Decreto tantas veces citado consideró la comercialidad de los inmuebles.-

En el artículo 8º. se dispone que al hacer el quebrado el balance general se hará la descripción valorada de todos los bienes que le pertenezcan. Ya hemos visto anteriormente que los bienes son muebles o inmuebles. Luego en ese balance deben figurar estos bienes como formando parte de su patrimonio, sobre los cuales recaerán las disposiciones de este decreto en todo lo relacionado con la satisfacción de sus obligaciones. Aquí encontramos también que el legislador incluyó, aunque no en forma expresa, porque no vemos la necesidad para hacerlo a los inmuebles.

El inciso 2o.º del artículo 23 del Decreto 750 de 1.940 es del tenor siguiente: "Tener y administrar los bienes en calidad de secuestre y depositario".-

Esta disposición también está aceptando la inclusión de bienes en la masa de la quiebra, puesto que es sabido que según disposición expresa del Código Judicial, se denomina secuestre al administrador por mandato y mediante disposición judicial, de bienes inmuebles, y depositario, al de los bienes muebles. Si sólo se puede comerciar, con muebles, como puede haber secuestre, cuando así se llama quien recibe por mandato judicial, bienes inmuebles para administrarlos, mientras se decide el juicio en que fueron trabados.-

Estamos enumerando todas las disposiciones consagradas en el Decreto 750 de 1.940, aplicables a inmuebles, para que se vea que en ninguna de ellas se dice expresamente inmuebles, como sí se decía en las disposiciones derogadas que hemos transcrito, porque queremos demostrar con ellos, que al dictar el Decreto 750 se tuvo en cuenta que no era necesario emplear esta denominación, ya que ella quedaba cobijada con el término general de bienes.-

En el artículo 31 se le da facultad a los acreedores hipotecarios o prendarios para hacer uso de la acción real que le consagra la ley. Aquí también vemos operaciones del comerciante sobre bienes raíces, ya que la hipoteca solo puede constituirse sobre esta clase de bienes.-



Pero nos dirán los enemigos de la teoría de la comercialidad de inmuebles, que aquí el legislador le da acción al acreedor hipotecario para seguir la acción real que la ley le reconoce, es decir, un juicio independiente del de quiebra, lo que está indicando que estos bienes se rigen por disposiciones distintas de las del Código de Comercio. También puede ejercerse esa acción por el acreedor prendario, y la prenda, como muy bien se sabe recae sobre bienes muebles. Lo que sucede en estos casos es que estos acreedores tienen un privilegio sobre los acreedores personales, puesto que a ellos se les señaló y se les garantizó su acreencia con determinado inmueble o con determinado objeto, pudiendo por tanto, perseguir éste con independencia de los demás, si así lo creyeran en bien de sus respectivos intereses.-

Ya hemos visto en las disposiciones derogadas, al referirse a la nulidad de los actos celebrados por el quebrado que expresamente se citaba la palabra inmuebles. Eos mismos actos nulos los consagra el artículo 36 del Decreto 750 de 1.940, pero en ninguno de ellos se mencionaba la palabra inmuebles. La razón que tuvo el legislador para no hacerlo nos parece que fue la que dimos antes, que no vió esa necesidad para hacerlo, ya que siendo bienes, tanto lo muebles como los inmuebles, y considerándose en este decreto que todos ellos podían ser objetos de comercio, no había necesidad para designarlos.-

No vemos otra razón fundamental, puesto, que sien-

de el Código de Comercio una materia que está progresando constantemente y expandiéndose cada día más, no iba precisamente a recortar objetos que ya están comprendidos en disposiciones anteriores, y que por él fueron derogadas.-

Por las disposiciones que hemos analizado, así como otras que trae el mismo Decreto que nos hemos abstenido de comentar por creerlas de menos importancia que las citadas, vemos claramente que el legislador colombiano, si consideró que los inmuebles pueden ser objetos de comercio, así lo consagró a lo largo de todas las disposiciones del Código de Comercio, y esencialmente, en el Decreto relativo a la quiebra, que precisamente, es aplicable a los comerciantes.-

F. I. E.-

Control - best  
findings

BIBLIOGRAFIA

Código Civil Colombiano.

Código Comercial Colombiano.

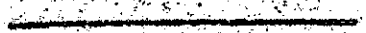
Derecho Mercantil..... Leon Bolaffie.

Derecho Comercial..... Gabriel Palma Rodgers.

Sociedades Civiles, Mercantiles, Co-  
operativas y de Seguros..... J. Ponsá Gil.

Instituciones de Derecho Comercial.. César Vivante

Principios de Derecho Mercantil.... Alfredo Rocco.



I N D I C E

Pag.

Introduccion..... 1

Auto del Juzgado Tercero Civil del Circuito..... 3

Providencia del H. Tribunal en su parte pertinente..... 11

qué entendemos por Comercio y Comerciantes..... 20

Actos de Comercio..... 26

Comercialidad de Inmuebles o Bienes Raices.....31



MANUEL ANTONIO MENDOZA HERRERA

EL NUEVO ESTATUTO SOCIAL

(Comentarios de la Ley 6a. de 1.945)

Tesis para optar el título de  
Doctor en Derecho y Ciencias  
políticas.-

Cartagena -Colombia-

1.946.-

471  
REPUBLICA DE COLOMBIA

UNIVERSIDAD DE CARTAGENA

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS

POLITICAS

-----  
RECTOR DE LA UNIVERSIDAD:

Doctor.

Alberto H. Torres

-----  
DECANO DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIEN-  
CIAS POLITICAS:

Doctor.

Miguel Angel Royo

-----  
PRESIDENTE DE TESIS:

Doctor.

Diógenes Arrieta Arrieta

-----  
CONSEJO DE EXAMINADORES:

Dr. Ramón P. de Hoyos

Dr. Clodomiro Herrera Meñaca

Dr. Alfredo Araújo Grau

-----  
SECRETARIO DE LA FACULTAD:

Dr. José María Bastillo Franco

-----

Dedicatorias:

A mi madre Doña Pura Herrera Vda. de Mendoza  
y a mi hermana, Señorita Dilia Mendoza Herrera.-  
A la memoria de mi Padre Don Manuel Mendoza P.-

A mis compañeros de estudios, especialmente a  
los Doctores Alcides y Alberto Angulo Pasos,  
Elías Gómez Casceres, Eliseo Rodelo Pérez,  
Luis A. del Risco, Manuel Ramón Padilla y  
Tomás Figueroa C.-



I N T R O D U C C I O N

Al escoger tema para el trabajo que ha de servirnos, como tesis de grado para optar el título de Doctor en Derecho y Ciencias Políticas, nos hemos dejado guiar por nuestra afición hacia la rama del Derecho que mas nos ha seducido y a la cual hemos dedicado particular atención y estudio.

"El Derecho Social", la rama del derecho que desentraña los arduos problemas que generan las relaciones entre el Capital y el Trabajo, tan en boga en estos tiempos y que tanto interés despierta en las juventudes que se dedican al estudio de las Ciencias Jurídicas, es la de nuestra principal predilección y de ella hemos de sacar el material para construir un humilde estudio, sin pretensiones de tratadistas, pero animados si de la mejor voluntad de aportar nuestros modestos conceptos desprovistos de ropajes científicos pero llenos de un sentido práctico fruto de nuestras propias convicciones.

Nada de más actualidad y digno de un trabajo como el que nos proponemos hacer, que un estudio generalizado y sencillo, a manera de comentario de la Ley 6ª de 1.945, nuestro nuevo estatuto social, como se acostumbra a nombrarla con sobrada razón, sin tratar de ahondar en concepciones científicas ni en los fundamentos filosóficos y jurídicos de las instituciones que ésta encierra, exponiendo los sistemas creados que hoy conforman nuestro edificio social y resuelven en su mayoría los problemas planteados hace mucho tiempo por las necesidades sociales que tarde pero a tiempo han re-

suelto nuestros legisladores.

Observando el conjunto de disposiciones que la componen, podemos adelantar que esta nueva Ley abarca muchos tópicos no tratados en las leyes anteriores sobre la materia, y perfecciona adicionando cuestiones tratadas por las mismas; aunque no podemos decir que la nueva reforma social, ha venido a ser la unificación y estructuración total de nuestro derecho laboral, hasta el punto de considerarse como el código de la materia, ya que fuera de ella continúan vigentes multitud de leyes y decretos sobre temas especiales.

Nuestro trabajo ha de comprender además del análisis del nuevo estatuto las relaciones existentes entre la nueva y la vieja legislación, teniendo en cuenta las disposiciones especiales reglamentarias consignadas en los Decretos Ejecutivos números 1308, 1600, 1745 y 2127 de 1.945, dictados en desarrollo de la reglamentación que autoriza la Ley en determinados tópicos.-

Para el mejor orden del estudio lo dividiremos en siete capítulos dedicando cada uno a las materias especiales tratadas en la Ley y que en su orden se titularán así; Contrato individual de trabajo, Prestaciones a cargo de los patrones o empresas, Prestaciones para empleados y obreros nacionales, Asociaciones profesionales, Convenciones colectivas de trabajo, Conflictos colectivos de trabajo y Jurisdicción especial del trabajo.-

CAPITULO PRIMERO

CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABAJO

Naturaleza y definición.— De reciente data ha sido la intruducción de la expresión contrato de trabajo en las actuales legislaciones de los países modernos. Ni cuando se expidió el código Frances, fuente remota de nuestra legislación civil, ni cuando se expidió el código Chileno fuente proxima, se contempló tan transcendental concepto jurídico; por lo cual nuestro código civil en concordancia con sus fuentes tampoco lo comprendió en sus disposiciones. Esta evolución legislativa, generda por un imperativo social de realidad indiscutible, se ha adentrado en coñas las legislaciones del mundo moderno y en lo que respecta a nuestro país, lo encontramos entre <sup>otras</sup> ~~muchas~~, en las leyes 57 de 1.925, 10 de 1.934 y muchas más.

El contrato de trabajo, sostén indiscutible de la casi totalidad de los hombres en la actualidad, constituye los sólidos cimientos sobre que descansa la nueva organización industrial y económica de la humanidad, llegando a convertirse en un hecho social de transcendentales mégnitudes, que ha obligado a los Estados modernos, a protegerlos con su benéfica intervención, tanto para su reglamentación como para su cumplimiento, por lo que se le cuenta fuera del escenario del derecho privado; y es que el concepto de trabajo forma parte del de orden público, que no constituye solamente el régimen político del país, la reglamentación de las diversas ramas del poder público y las correlativas funciones de sus

agentes, sino además toda norma jurídica inspirada en consideraciones de interés colectivo, que circunscriben hasta los mismos intereses particulares, por lo que aun las mismas leyes de derecho privado pueden en ciertos casos interesar al orden público, tales como las que reglamentan la explotación y transferencia de la propiedad privada.

La intervención estatal no tiene como fundamento como cree erradamente el vulgo, la sola protección de los trabajadores, pues igualmente protege al patrono y al industrial, solo es movida por el asidero irresistible del interés social, y la sociedad no tiene como único interés el incremento de la producción, sino la intronización estable de la justicia social, haciendo imperar además las imprescandibles normas de moralidad, salubridad é higiene, que para ser consecuentes con los principios de justicia que entrañan deben amparar a todos por igual.

Por las características antes anotadas, se puede justificar que en esta clase determinada de contratos, no juegue la ilimitada libertad contractual que encontramos en los contratos de derecho meramente privado, por que el Estado deja sentir su intervención en la fijación previa de la jornada maxima de trabajo, sus condiciones, duración etc. No pudiendo los obreros por regla general renunciar tales beneficios ni mucho menos desconocerlos los patronos.

En nuestro concepto la Ley comentada en su artículo primero no entra a dar una definición de lo que es en sí el contrato de trabajo, se limita a determinar los elementos estructurales que conforman esa figura jurídica, reunidos los cuales se puede afirmar que nos encontramos en su presencia y para mayor claridad y evitar confusiones, determina cuando no hay contrato de trabajo.-

En cambio el Decreto 2127 de 1.945, reglamentario de la Ley, engarzando los elementos de que acabo de hacer referencia consigna una definición bastante completa que es del siguiente tenor: "Se entiende por contrato de trabajo, la relación jurídica entre el trabajador y el patrono, en razón de la cual quedan obligadas recíprocamente, el primero, a ejecutar una o varias obras o labores o a prestar personalmente un servicio intelectual o material en beneficio del segundo y bajo su continua dependencia, y éste último a pagar a aquel cierta remuneración".

Duración.-El contrato de trabajo puede ser celebrado por un tiempo determinado, por el tiempo necesario para realizar una obra o labor determinada, por tiempo indefinido, para la ejecución de un trabajo ocasional. (art. 37 Decreto 2127 de 1.945).- Si el contrato se celebra por un tiempo determinado, éste se <sup>gún</sup> expresa disposición del artículo 8º de la Ley 6ª, no puede exceder de cinco años, claro está sin perjuicio de ser prorrogado a voluntad de las partes. Si por el término de realización de una obra o labor determinada por demás está decir que durará hasta su finalización, si es por tiempo indefinido o sin previa fijación de éste, se entiende pactado por seis meses, finalmente si es ocasional el trabajo, no podrá prolongarse por más de un mes.

Pueden también los patronos reservarse el derecho a terminar el contrato unilateralmente, avisando por lo menos con la anticipación de un término igual al que regule los pagos, cancelando las prestaciones, deudas etc. a que haya lugar. Puede prescindirse del preaviso pagando integralmente el valor de un tiempo igual al que regule los pagos.-

Revisión.-El inciso 2º del artículo comentado, establece una

transcendental reforma en cuanto da cabida en el derecho laboral a la teoría de la imprevisión solo acogida por nuestras leyes administrativas. Por ella se establece que es factible la revisión de los contratos de trabajo, cuando la normalidad económica sea turbada por alteraciones graves e imprevisibles; esta medida favorece a ambas partes y hace factible la supervivencia de la industria nacional cuando graves acontecimientos hagan tambalear la balanza económica del país. Bueno es observar que tales hechos solo deben ser justificados cuando el mal sea general, no cuando por distintas circunstancias una empresa caiga en estado de insolvencia o atraviere una crisis interna.-

Sustitución del patrono.-Con el fin de proteger la estabilidad de los trabajadores en sus cargos y de asegurar convenientemente el monto de sus prestaciones, el inciso final del artículo que hemos comentado en los dos apartes anteriores, establece la responsabilidad solidaria en caso de sustitución de patrono, quedando ambos obligados para con los trabajadores durante al año siguiente al traspaso, vencido el cual sigue respondiendo unicamente el sustituto y libre de toda obligación el sustituido; es menester establecer también que la solidaridad cobija nada más que las obligaciones nacidas durante la administración del cedente, porque de las situaciones jurídicas creadas después del traspaso obligan solamente al cesionario.-

Condición resolutoria.-El artículo 11 de la Ley 6ª, encaja en nuestro sistema laboral una institución típica del derecho civil, lo que a primera vista parece incongruente, dado el carácter de que se encuentran revestidas tales leyes. Multitud de juristas han criticado esta disposición, que a nuestro parecer se justifica por el nuevo concepto que se le ha dado a la cesantía ya que se capitaliza a

favor del trabajador cada tres años, y los hechos posteriores no modifican su existencia, como sucedía en la antigua legislación en que el trabajador por ejemplo perdía toda su cesantía al ser despedido por su culpa, hoy día tiene el patrono que reconocer toda la cesantía correspondiente a los períodos consolidados antes de la causa justa de despido, pero queda armado de una disposición que lo faculta para solicitar la indemnización correspondiente por el incumplimiento de lo pactado. Para que la acción, intentada no resulte ilusoria en sus efectos, la ley en el inciso 2º del ordinal f) del art. 12, autoriza a los patronos, en caso de delitos contra ellos o contra la empresa, o daños en sus haberes, a retener el auxilio de cesantía correspondiente hasta que la justicia resuelva sobre la indemnización que debe pagar el trabajador.-

Contrato presuntivo y modelos para contratos de trabajo.-Entre quien preste un servicio personal y quien se aprovecha de él, se presume que existe contrato de trabajo. En nuestro país, quizá por ser consuetudinario, generalmente no se estipulan por escrito las condiciones de trabajo y se deja lo pactado verbalmente a la buena voluntad de las partes, por lo cual nuestra legislación en guarda de los intereses de los asalariados y patronos ha establecido que siempre que exista tal relación, se presume que ha sido celebrada de acuerdo con los modelos elaborados por el gobierno; aún los mismos contratos escritos cuando hayan sido redactados incompletos o contrarios a las disposiciones legales cabe la presunción para completarlos o sustituir las cláusulas contrarias a las leyes. Tales contratos "Patrones" como se les puede llamar, han de ser redactados por el gobierno, previa deliberación de comisiones paritarias de asalariados y patronos, teniendo en cuenta, las condiciones de la región en que deban regir, la aptitud de los trabajadores que vayan a cum-

480

los y la naturaleza del negocio en que traten de aplicarse.-

Reglamentos de trabajo, Sanciones disciplinarias y mantenimiento del orden en campamentos etc.-El reglamento de trabajo creado por leyes anteriores, tiene por objeto el de que tanto los trabajadores como los patronos tengan conocimiento de sus obligaciones recíprocas, así como la organización del trabajo, las condiciones a que deben ajustarse dentro de sus labores, la manera de prestar los turnos etc., para su validez en cuanto a las obligaciones de los trabajadores, se exige la aprobación de las autoridades respectivas y su debida publicación por parte de la empresa. El decreto 2127 en su art. 56, le da el caracter de obligatoriedad, determinando que las empresas que al momento de su vigencia no lo tengan deben elaborarlo y presentarlo a la Inspección de Trabajo respectiva dentro de un plazo de sesenta dias y las que los tuvieren se les concedía plazo hasta el 30 de Noviembre próximo pasado, para que fuera revisado y ajustado a las normas de la nueva Ley y de su decreto reglamentario.-

Las sanciones disciplinarias usadas por los patronos para obligar a los trabajadores a ajustarse a las disposiciones del reglamento de trabajo, según expresa prohibición legal no pueden consistir en penas corporales (art 2º ), hecho que resultaría aberrante hoy día en que la misma justicia penal ha reaccionado contra los procederres brutales de épocas de barbarie.-

Para mantener el orden en los campamentos, se les quita a los directores de empresas y trabajos la facultad de intervenir en la selección y escogencia de la policía que deba servirles, prohibiéndosele además otorgarles sobreremuneración, alojos y alimentación gratuitos, para evitar que puedan en esa forma influir en el fiel cumplimiento de sus obligaciones parciales andose a su favor. Igual-



mente se prohíbe a las entidades de derecho público que envistan de autoridad a los dueños o directores de empresas, ya que en otra forma en caso de frotes con los trabajadores se les autorizaría a hacerse justicia por sus propias manos, como venía sucediendo generalmente.-

Jornada de trabajo en diferentes actividades.-Distintas son las teorías esbozadas para justificar la limitación de la jornada de trabajo, entre las cuales nos parece la más acertada y científica la que considera que la limitación de la jornada debe establecerse por motivos fisiológicos ya que el trabajo excesivo agota la energía humana causando la disminución de la capacidad de trabajo cuestión que repercute directamente sobre la producción haciéndola descender; tal teoría está inspirada en un sentido humanitario y social.- en nuestro concepto los postulados anotados son los que han guiado a nuestros legisladores para el establecimiento de una jornada máxima de trabajo, que ha venido rigiendo desde hace algunos años y que la nueva ley ha modificado fijando jornadas máximas para diferentes actividades, cosa que no sucedía anteriormente pues regía la jornada de ocho horas y sus excepciones. En efecto, el nuevo estatuto en su art. 30. comienza por establecer la jornada de ocho horas diarias y de cuarenta y ocho a la semana como las leyes anteriores y luego determina que en las labores agrícolas, ganaderas y forestales la jornada máxima será de nueve horas diarias y de cincuenta y cuatro en la semana, en las actividades discontinuas o intermitentes, así como en las de simple vigilancia fija como máxima doce horas diarias, siempre y cuando que el trabajador no resida en el lugar de labores y finaliza facultando al gobierno para reducir la jornada en trabajos peligrosos e insalubres, teniendo en cuenta para tal reducción el concepto de técnico y después

de haber oído comisiones paritarias de trabajadores y patronos. Conviene para aclarar conceptos dejar establecido lo que a nuestro modo de ver se entiende por simple vigilancia. Nos parece que por simple vigilancia debe entenderse la actividad de un trabajador con el fin de resguardar, controlar y prevenir hechos que puedan cometer los dependientes de la empresa o terceros en perjuicio de los intereses económicos de la misma contra la integridad personal de los patronos y trabajadores, como también velar por el fiel cumplimiento de los reglamentos de trabajo. Tales actividades no requieren preparación especial, ni implican desgaste físico ni producen fatiga, por tal motivo se justifica la ampliación de la jornada corriente. Para los menores de diez y seis años en los trabajos que le son permitidos se les fija como jornada máxima la de seis horas diarias.-

Excepciones a la jornada de trabajo.- En el comentario anterior dejamos establecidas las jornadas máximas en diferentes actividades, tema de que se ocupa el inciso primero del art. 30. de la Ley 6a, nos toca hablar ahora acerca de sus excepciones, de que tratan los párrafos 1º y 2º del mismo art.- El primero establece directamente que labores se exceptúan de las reglas generales anotadas y según nuestro concepto por estar determinadas expresamente se pueden sin solicitar licencia de ninguna naturaleza exceder de la jornada corriente, igualmente se deja campo al gobierno para que establezca que otras labores deben también gozar de las mismas prerrogativas, entre las primeras enumera "los casos de grave peligro servicios domésticos, recolección de cosechas, acarreo y beneficio de frutos, y a los trabajadores que ocupen puestos de dirección o confianza". El párrafo 2º reglamenta la forma como puede ampliarse la jornada en los casos no establecidos especialmente, exigien-

do como requisito indispensable, permiso del Ministerio de Trabajo y fija cuatro horas como máximo de trabajo suplementario.-

Sobrerremuneración del trabajo nocturno y suplementario.-El trabajo que se realiza en las horas de la noche, por implicar la pérdida de sueño <sup>reparado</sup> de las energías gastadas durante el día, causa un mayor desgaste en el organismo, motivo por el cual se ha establecido sobrerremuneración para los trabajos que se verifiquen en la noche. El párrafo 3º del art. que hemos comentado en los dos apartes anteriores ha fijado una escala de aumentos de salario teniendo en cuenta las horas de la noche en que se preste el servicio. En tal virtud el trabajo que se lleve a cabo entre las 8 y las 12 p.m. debe remunerarse con un 25% de recargo y entre las 12 p.m. y las 4 a.m. con un 50%. Las horas extras como implican una fatiga mayor se pagarán con un 25% de recargo sobre la jornada diurna y si es nocturna con un 50%. Según la disposición legal comentada y para la fiel interpretación de esta cuestión, es menester explicar que debe entenderse como jornada nocturna la que se realiza entre las ocho de la noche y las cuatro de la mañana y por diurna el resto de las horas del día. Si las horas suplementarias se trabajan durante la jornada nocturna, debe sumarse el recargo para las horas extras, con el de la jornada ordinaria que tiene efecto en las horas de la noche. La remuneración adicional en aquellas actividades que autoriza expresamente la Ley para traspasar la jornada máxima se fijará equitativamente y de común acuerdo por las partes.-

Salarios mínimos.-Doctrinariamente ha sido discutida la conveniencia del establecimiento de salarios mínimos, existiendo razones en su pro y en su contra. La nueva Ley en su art. 4º faculta al Gobierno <sup>para dictar leyes</sup> de vigencia limitada que fijen salarios mínimos en cualquier región o para distintas actividades profesionales e industriales,

determinando los factores que han de ser apreciados, para tal regulación. Entre los importantes marca; el costo de la vida, la aptitud de los trabajadores, la forma de trabajo, la manera de remunerarlo y la capacidad económica de las empresas; solicitando previamente el concepto de comisiones paritarias de trabajadores y patronos.-

Igualdad de salarios en una misma empresa, en una misma región económica y por trabajos equivalentes.-Para evitar injusticias aberrantes, la ley 6a. en su art. 5º acaba de un solo tajo con la costumbre inveterada que existía en nuestras empresas, favoreciendo a determinados trabajadores con mayores sueldos que a otros en iguales circunstancias, especialmente a los extranjeros; facultándolas para hacer tal diferencia, por motivos de mayor capacidad intelectual y de trabajo, antigüedad y experiencia en el servicio y mayores cargas familiares, nunca por la nacionalidad, diferencia de sexos religión o ideas políticas ni por pertenecer a una agrupación sindical.-

Prohibiciones para los patronos.-Sucedió a menudo que los empresarios o directores de trabajo, abusando de la subordinación económica de sus dependientes, influían en ellos, obligándolos a sufragar por determinado partido político, inclinándolos igualmente a acatar postulados del mismo orden y presionándolos a practicar determinados principios religiosos, hechos que herían de muerte la libertad individual de los trabajadores, quienes por su dependencia económica debían soportar pacientemente y sin titubeos imposiciones de tales índoles. Para remediar tan graves males se incorporó en el inciso 2º del art. 5º la prohibición absoluta de tratarles sobre tales tópicos, impidiendo además la retención de cédulas electorales y la propaganda política y religiosa dentro de los establecimientos y durante las horas de labores. Igualmente se prohíbe las rifas y co-

lectas dentro de la empresa, ya que esto menoscaba el salario base de su subsistencia económica. Finalmente el art. comentado en su párrafo primero prohíbe que el pago de salarios se verifique en mercancías, fichas o medidas semejantes con la excepción del suministro de parte del salario en alimentación y vivienda para aquellos trabajadores que vivan dentro del radio de actividades de la empresa.-

En que condiciones puede el patrono vender mercancías a sus asalariados.- Por regla general les está vedado a los patronos la venta de mercancías o víveres a sus asalariados, permitiéndoseles solamente cuando estos tengan libertad absoluta para hacer sus compras donde mejor les parezca y se publiquen previamente los precios de las mercancías y las condiciones de la venta, en esta forma se defiende el salario de los trabajadores, evitándose los negocios fabulosos que los patronos acostumbraban a hacer con sus propios dependientes, arrabatándoles así, los que le pagaban por concepto de su trabajo.-

Enganches colectivos de trabajadores para el interior y fuera del País.- El Art. 23 del Decreto N° 2127 del presente año, define el enganche colectivo así: "La contratación simultánea de diez o más trabajadores para que se trasladen de una región a otra, a prestar sus servicios al patrono". Como se trata de una cuestión importante, la Ley y su decreto reglamentario tratan de asegurar convenientemente los intereses de los trabajadores enganchados especialmente en lo relacionado con la vuelta al País o a su residencia. El gobierno debe intervenir eficientemente a fin de que se presten todas las garantías necesarias a los trabajadores que salen del País o marcan a prestar servicios a una región dentro del mismo, distante doscientos kilómetros por lo menos de su residencia habi-

tual. Para tal efecto el enganchador debe constituir fianza bancaria o prendaria para garantizar sus compromisos de proveer al transporte de los enganchados, teniendo en cuenta todas las disposiciones sobre inmigración, en su caso, y costeándoles todos estos gastos hasta que después <sup>de</sup> vencido el contrato y pagadas las prestaciones de rigor sean vueltos a sus venindarios o manifiesten acercarse voluntariamente en la región o en el país a que fueron trasladados .

Descanso dominical remunerado y sus excepciones.- El descanso dominical obligatorio, debe remunerarse al asalariado, que comprometiéndose a trabajar todos los días hábiles de la semana no faltan a sus obligaciones por más de dos días con causa justificada o por culpa o mandato de su patrón . Esto, según reza el Art. 7º de la Ley que estudiamos . De acuerdo con la misma disposición y con excepciones, establecidas algunas directamente por la Ley y otras reservadas a los reglamentos del gobierno, no debe aceptarse el trabajo en los días de descanso obligatorio, pues su objeto es proporcionar al trabajador un tiempo suficiente para reparar las energías perdidas en una semana continúa de labores . Con el fin de asegurarle su subsistencia y aun de proporcionarle alguna modesta distracción que coadyuve a los fines perseguidos, se ha establecido que el día de descanso debe ser remunerado en igual forma que un día corriente de labores . Si por especiales circunstancias se hace necesario el trabajo en día de descanso obligatorio, éste debe remunerarse doblemente o conceder un descanso compensatorio en otro día de la semana . Es de observar de que si se trata de trabajadores que reciben su pago por mensualidades en él se encuentra involucrado el salario correspondiente

al descanso dominical, pero si éstos se ven obligados a prestar sus servicios en tales días, debe remunerarseles además de su sueldo mensual el valor sencillo de los días de descanso trabajados, para que sumados el día sencillo que se les paga, con la cuota correspondiente al día según el sueldo mensual, resulte el domingo que se trabajó, pagado en la forma ordenada por la Ley.-

Contrato de aprendizaje y período de prueba.- Launciados en conjunto parece que se tratara de una misma cuestión, pero en efecto nos encontramos en presencia de dos figuras jurídicas completamente distintas.- El contrato de aprendizaje tiene personalidad propia, diferente a la del contrato de trabajo, y no había sido incluido en nuestra legislación hasta la vigencia de la nueva Ley; mediante él se puede encausar especialmente a nuestras juventudes por los caminos de la técnica industrial creando obreros especializados que en esa forma se habilitan para desempeñar mejores cargos con mayor remuneración, además de la prerrogativa de ser preferidos en las vacantes que se presenten dentro de las empresas; este contrato no podrá durar más de seis meses, prorrogables con permiso especial del funcionario del ramo, quien tendrá en cuenta para tal efecto la calidad del trabajo. El período de prueba es un contrato de trabajo por un término limitado, que tiene como finalidad, permitir que las partes se cercioren de si pueden celebrar en firme un contrato de trabajo, es más bien una etapa precontractual que no puede prolongarse por más de dos meses para los trabajadores calificados y quince días en los demás casos. Vencidos los términos de seis meses y su prórroga si la hubiere; los dos meses o quince días según el caso, la prestación de servicios que perdure se amoldará a las reglas generales del contrato de trabajo.-

Los menores de edad, su capacidad para celebrar contratos de traba-

jo y ejercer las acciones emanadas de él. - Cuestión muy delicada es esta del trabajo de los menores de edad, por lo cual los distintos países han tenido especial cuidado en reglamentarlo debidamente. El organismo humano en su fase de desarrollo necesita disponer de todas sus energías para efectuar la completa estabilización de las funciones orgánicas que se observan en el individuo adulto, un desgaste de energías excesivo causa graves trastornos en esa etapa de la vida, llevando a quienes así abusan a un fin prematuro, a una vejez enferma y a una vida infructuosa. Pero como por las distintas condiciones económicas y necesidades sociales los menores en muchos casos se ven impelidos a trabajar antes de su completo desarrollo, nuestra legislación al igual que de las mayoría de las naciones del mundo, ha dictado medidas sabias para la científica reglamentación de su trabajo. Según nuestra Constitución son menores de edad los que no han cumplido veinte y un años el Art. 10 del nuevo estatuto se dedica a ellos.

Los mayores de diez y ocho años tienen capacidad suficiente para celebrar contratos de trabajo y ejercer las acciones de él emanadas, sin el ministerio de nadie, es decir, se les cree una especie de capacidad precoz.

Los mayores de catorce y menores de diez y ocho pueden trabajar sólo en oficios que no les deriven perjuicios morales ni fisiológicos, y para celebrar contratos y ejercer las acciones correlativas necesitan la autorización previa del juez o magistrado del trabajo competente. Los menores de diez y seis años no se admitiran sino en trabajos apropiados para su edad y desarrollo físico y con una jornada limitada, según dejó establecido en el punto dedicado a ese tópico. -



P R E S T A C I O N E S A C A R G O D E L O S P A T R O N O S  
O E M P R E S A S .-

=====

Generalidades.--El Seguro Social Obligatorio, organizado perfectamente en muchos Países del mundo, es la institución que más beneficios otorga a las clases desposeídas, cubriéndoles de una manera eficiente la diversidad de riesgos a que se ven expuestas. La nueva legislación solamente ha expresado el deseo de crearlo en nuestro País, contentándose con establecer mientras se organiza una escala de prestaciones que remedian en su mayoría las contingencias desfavorables del trabajo, de las cuales nos iremos ocupando por separado.--

A)-Indemnización por accidentes de trabajo.-- El ordinal a) del Art.12 lo define así: " Toda lesión orgánica o perturbación funcional que afecta al trabajador en forma transitoria permanente o definitiva , motivada por un hecho imprevisto o repentino, que sobrevenga por causa o con ocasión del trabajo, siempre que la lesión o perturbación no sea provocada deliberadamente, o por falta grave o intencional de la víctima".

Toda vez que el daño sufrido por el trabajador se conforme a los elementos esenciales discriminados en la definición anterior, el patrono está obligado a indemnizarlo según la lesión causada, teniendo en cuenta al efecto las tablas que para la valuación de los accidentes ha de elaborar el gobierno. La indemnización tiene como máximo el salario correspondiente a dos años de servicio, incluyéndose además la asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria, y el pago de las dos terceras partes

del salario durante el tiempo que la asistencia sea obligatoria sin que ese término exceda de seis meses. En esta forma nuestro nuevo estatuto social protege a los asalariados contra tales infortunios del trabajo, cada día más frecuentes en esta etapa de la industrialización y del maquinismo.

Indemnización por enfermedades profesionales .- La Ley entiende por enfermedad profesional, " Un estado patológico que sobreviene como consecuencia obligada de la clase de trabajo que ha desempeñado el individuo, o en el medio en que se haya visto obligado a trabajar, bien sea determinado por agentes físicos, químicos o biológicos ". Si por desgracia el trabajador sufre una enfermedad de esta clase, se hace acreedor a una indemnización, proporcional al daño sufrido, hasta el equivalente del salario de dos años teniendo en cuenta la tabla de valuaciones que el gobierno debe elaborar, previo concepto de la Academia Nacional de Medicina; además tiene derecho a la asistencia médica, terapéutica, y hospitalaria y a las dos terceras partes del salario, mientras se encuentre sometido a la asistencia médica para los efectos de su curación, sin pasar de seis meses. Las enfermedades profesionales se diferencian según la clase de trabajos que se presten y por los riesgos que puedan causar en la salud del asalariado; de modo que se hace necesario la pronta fijación por parte del gobierno de cuales son las enfermedades profesionales en las distintas ramas de trabajo, ya que la facultad otorgada al gobierno incorpora la obligación de determinar especialmente la clase de enfermedad profesional de que responde cada patrono según los riesgos de su empresa.

Para que las enfermedades endémicas y epidémicas de una región se puedan considerar como profesionales se necesita que quienes las adquieran sean los encargados de combatirlas en razón de

su oficio. Igualmente se permite a los trabajadores afectados por una enfermedad profesional o perjudicados por un accidente de trabajo, ejerciten por la vía ordinaria las acciones pertinentes para conseguir la indemnización de perjuicios, en este caso se rebaja del monto de la condena, lo que hayan recibido de acuerdo con la prestación determinada en la Ley para el caso.-

C)- Auxilio por enfermedad no profesional.- Por enfermedad no profesional se puede entender los estados patológicos ocasionales originados por circunstancias diversas a las del oficio. Como los trabajadores mientras dure la enfermedad no pueden asistir a sus labores, la Ley a determinado para ayudarlos, un auxilio hasta por ciento ochenta días, siempre y cuando que se compruebe la incapacidad para el trabajo, estando el patrono obligado a pagarles las dos terceras partes del salario, durante los primeros noventa días, y la mitad del salario por el tiempo restante.-

D)- Gastos de entierro.- Una de las obras de caridad establecida por la doctrina cristiana es la de enterrar a los muertos. Nada más justo que un trabajador después de haber incorporado su fuerza laboral a una empresa, fallezca sirviéndole, ésta le costee los gastos de entierro y funerales. Al efecto la nueva Ley ha determinado que los patronos se encuentra obligados a sufragar los gastos indispensables para el sepelio de sus trabajadores, por una cantidad no menor del salario devengado en el mes anterior al en que se causó la muerte.-

E)- Vacaciones remuneradas.- Tienen como finalidad las vacaciones anuales, darle al trabajador la oportunidad de reparar los desgastes sufridos por el organismo después de un año continuo de labores. No es como se cree erradamente una temporada de placer lo que le otorga la Ley al trabajador, ni su objetivo es brindarle como re-

compensa a sus esfuerzos una temporada de esparcimiento, sino un descanso recomendado por los principios de sanidad e higiene. La ley 10ª de 1.934, creó para los empleados particulares, quince días continuos de vacaciones, por cada año de labores; la nueva Ley lo extiende a todas clase de trabajadores, pero los obreros particulares, sólo comenzarán a gozarlos desde el 16 de Octubre de 1.945.

El patrono tiene facultad para fijar la época de vacaciones dentro del año subsiguiente y se les prohíbe compensarlas en dinero durante la vigencia del contrato de trabajo, pudiéndose de común acuerdo convenir la acumulación hasta por cuatro años.-

F) Auxilio de cesantía.—el ordinal F) del Art. 12, establece el pago de un mes de salario por cada año de trabajo y proporcionalmente por las fracciones de año, en caso de despido que no sea originado por mala conducta o por incumplimiento del contrato. La parte esencial de la reforma, consiste en haber cobijado también con este beneficio a los obreros.

El inciso 2º del ordinal comentado, trasplantó a la legislación colombiana, el principio de que la cesantía no es propiamente un auxilio contra la desocupación, sino un derecho que adquiere el trabajador después de haber servido tres años a un mismo patrono y que consiste en el importe de tres meses de salario que incorpora a su activo. Pero si es cierto que el asalariado tiene adquirido un derecho, tal derecho según nos parece es condicional, siendo la condición la manera de extinguirse el contrato de trabajo. En nuestra jurisprudencia ha imperado el concepto de que la cesantía es una prestación social que podría denominarse "seguro de subsistencia durante el desempleo", tal concepción no varía fundamentalmente con el reconocimiento del "derecho a la cesantía", por-

que la nueva Ley no ha incorporado a nuestra legislación el derecho en un sentido absoluto, adoptando mas bien una forma ecléctica, limitada por dos causas; el transcurso de tres años y la forma de extinción del contrato. Otra innovación que establece la misma disposición es la de que la cesantía se debe por trabajo "continuo o discontinuo", esta reforma echó por tierra el principio de que cualquier interrupción de labores extinguía los derechos del trabajador para el cobro de determinadas prestaciones.-

No se pueden hacer liquidaciones parciales del auxilio de cesantía.- excepciones.- La Ley 48 de 1.942 facultaba a los patronos para que de común acuerdo con sus dependientes, les hicieran las liquidaciones parciales de sus cesantías. Muchos juristas destacados criticaron tales disposiciones, teniendo en cuenta que de acuerdo con la naturaleza de la cesantía de ese entonces considerada como "seguro de subsistencia durante el desempleo" no se justificaban, ya que el derecho de la cesantía nacia al momento del despido. Hoy día la nueva Ley la deroga, quizá siendo más compatible con el nuevo sistema, pero tal vez el legislador quiso hacer más operante el auxilio concedido permitiéndole que cumpliera más efectivamente la función social que está llamado a desempeñar. Como caso excepcional, se permite la liquidación parcial, mirando como única inversión sensata del auxilio anticipado de cesantía, la que tienda a financiar el negocio de adquirir casa de habitación o de liberarla de cualquier gravamen. -

empresas ganaderas y agrícolas, obligadas al pago de las prestaciones enumeradas.- Las empresas ganaderas que posean un capital mayor de \$80.000,00 y las agrícolas que dispongan de un capital superior de \$125.000,00 ó que tengan a su servicio más de cincuenta trabajadores permanentes, están obligadas a reconocer a

sus asalariados toda la escala de prestaciones que dejamos explicadas en los comentarios anteriores. Se ve que el pensamiento del legislador fué el de no gr̄var con cargas demasiado pesadas a las <sup>industrias</sup> incipientes de este género, por ser éstas las bases de nuestra las bases de nuestra prosperidad económica. Por lo demás, deben si, pagar los accidentes de trabajo y proveer el traslado de los trabajadores enfermos a lugares adecuados para su curación, así como las medicinas y el tratamiento de urgencia.-

Empresas o patronos parcial o totalmente exceptuados del pago de las prestaciones sociales.-Las prestaciones sociales reconocidas por la Ley a los trabajadores, se fundamentan en la incorporación de sus labores en las empresas obligadas; pero ella misma las limita por dos causas a saber: 1o) La falta de dependencia o subordinación, trabajo accidental o transitorio, V.g., industria familiar, trabajo a domicilio, labores accidentales que no se conecten directamente con el fin primordial de la empresa y 2o)- La capacidad económica del patrono.-

Los trabajadores que realizan labores comprendidas en la primera causa, no se les reconoce las mismas prestaciones a que tendrían derecho, los que prestan su fuerza laboral, mediante el vínculo permanente del contrato de trabajo.-

Respecto a la segunda limitación la Ley establece una escala gradual que regula el monto de las prestaciones correspondientes, en la forma que sigue: "A la empresa cuyo capital no exceda de \$125.000,00. El decreto reglamentario determinará las diversas categorías en que pueden ser clasificadas tales empresas, en proporción al capital respectivo, y asignará a cada categoría las indemnizaciones y prestaciones precisas que deban corresponderle. Par a las empresas cuyo capital exceda de \$50.000,00 sin pasar de cien-

to veinte y cinco mil pesos, dichas indemnizaciones y prestaciones se graduarán entre un máximo del 80% y un mínimo del 40%, de las que se determinan en el artículo precedente. Para las empresas cuyo capital exceda de \$10.000,00, sin pasar de \$50.000,00, las indemnizaciones y prestaciones no podrán ser superiores al 40% referido, y aún podrá prescindirse totalmente de alguna de ellas en las categorías inferiores. Las empresas de capital inferior a \$10.000,00, solamente estarán obligadas a un auxilio por enfermedad, hasta por seis días, a mitad de salario, y a un auxilio de cesantía a razón de tres días de salario por cada año de servicio, sin bajar en ningún caso de seis días de salario".

Se establece igualmente una limitación respecto al capital de las empresas ganaderas y forestales en la forma indicada en el estudio del tema anterior.-

Sin lugar a dudas, como se desprende de todas las consideraciones anteriores, el principal fundamento que ha guiado a los legisladores para el reconocimiento de las prestaciones sociales, ha sido la incorporación de la fuerza de trabajo. Las limitaciones de que hemos hecho referencia, establecen las excepciones en cuanto al monto de la indemnización o a la nó indemnización. Las que atañen al capital racionalizan las prestaciones sociales y han liberado a las industrias de poco capital, que son las más en el país, de una carga onerosa que quebrantaba los esfuerzos de los patronos, haciendo estancar la iniciativa, y causándoles en muchos casos la quiebra total, lo que repercutía desfavorablemente en el porvenir de la industria nacional.-

Los mayores de cincuenta años, los inválidos o enfermos pueden renunciar válidamente a las prestaciones.- Las leyes sociales por ser de orden público establecen beneficios de carácter irre-

nunciabiles, pero, la nueva ley, con el fin de facilitar el trabajo a determinadas personas que por su vejez o por estados patológicos se verian rechazados en sus ofertas de labores, ha permitido que puedan renunciar validamente a algunas prestaciones.

El decreto 2127 en su Art.11, reglamenta el párrafo 1º del ordinal 5º del Art. 13 de la Ley en la forma siguiente: "Los mayores de cincuenta años y los inválidos o enfermos podrán renunciar en todo o en parte, sus derechos eventuales al seguro de vida, al auxilio por enfermedad, a la asistencia médica, a la indemnización por accidentes de trabajo o enfermedades profesionales y a la cuota funeraria, mediante manifestación escrita, autenticada por el correspondiente funcionario del trabajo, o en su defecto, por la primera autoridad política del lugar, en el cual especifiquen el objeto de su renuncia, que no podrá exceder de los riesgos provenientes precisamente a su estado de vejez, invalidez o enfermedad peculiar, o agravados por este, y siempre que la renuncia sea anterior a la prestación del servicio contratado".

Prestaciones para los criados domésticos.- Como dijimos anteriormente los criados domésticos no recibirán las prestaciones en la forma general que dejamos comentada; para ellos la ley ha determinado que tendrán derecho a que se les pague sus sueldos completos, en caso de enfermedad a la asistencia médica y farmacéutica corriente y solo hasta ~~hasta~~ por un mes, en caso de despido sin causa justa o después de cinco años de labores continuas el salario correspondiente a dos semanas por cada año o fracción de año no menor de cuatro meses y si mueren al servicio del patrono a los gastos indispensables del entierro y funerales.

especiales prestaciones a que están obligadas las empresas cuyo capital exceda de un millón de pesos.- (Art.14).- Es racional y



lógico que las empresas que disponen de capitales fabulosos y que por consiguiente reciben pingües ganancias, se vean obligadas a cubrir mayor cantidad de prestaciones, por eso las que posean un capital mayor de un millón de pesos, están obligadas a reconocer además de las prestaciones corrientes, las que enseguida expresare:

- a) Al establecimiento de escuelas primarias de primera enseñanza, de acuerdo con los reglamentos del Ministerio de Educación Pública, cuando las escuelas oficiales disten más de dos kilómetros del lugar de las labores y siempre que se encuentren por lo menos veinte niños en edad escolar; b) Al establecimiento de becas permanentes a razón de una por cada quinientos trabajadores o fracción, para ellos o sus hijos, con el fin de que se especialicen en las labores técnicas de la respectiva empresa, en cualquier establecimiento del país o del exterior; c) A reconocer a quienes alcancen cincuenta años de edad, después de veinte años de trabajo continuo o discontinuo en ella, una pensión de jubilación vitalicia, cuya cuantía se elevará a las dos terceras partes del promedio de los salarios devengados, no pudiendo ser en ningún caso mayor de doscientos pesos, ni menor de treinta pesos. - La jubilación excluye la cesantía, pero si se han hecho lícitamente, préstamos, liquidaciones parciales o anticipos, se podrá deducir el monto de éstos, de la cuota correspondiente a la jubilación en partidas mensuales, que no podrán exceder del veinte por ciento. -

Empresas que traten de hacer fraude a la ley. - Hemos estudiado las empresas que de acuerdo con sus capitales, están exentas de pagar prestaciones, las que sólo pagan una parte, las que las cubren en total y las que además deben reconocer prestaciones especiales. La Ley para evitar que el ingenio de los empresarios les ilumine la división de sus capitales en industrias del mismo género, para

salvarse del pago de prestaciones o hacerlo en forma menos gravosa, ordena que el gobierno previo estudio de los hechos, declarará sujeto al pago de las prestaciones correspondientes a quienes en tal forma intenten hacer fraude a la Ley.-

Establecimiento de salarios básicos para pagar prestaciones en caso de trabajo a destajo.- En determinadas clases de trabajos, como el realizado a destajo o por unidad de obra, el salario no es fijo, la Ley en su Art. 16 permite que en las convenciones colectivas, se puedan estipular salarios básicos fijos, que sirvan de base para hacer las liquidaciones correspondientes a las prestaciones respectivas. En esta forma se evitan cálculos imprecisos y poco científicos que perjudican los intereses de los asalariados.-

=====

-----

-----

CAPITULO TERCERO

PRESTACIONES PARA EMPLEADOS Y OBREROS NACIONALES.-

=====

Prestaciones oficiales.- Los trabajadores nacionales de caracter permanente, de acuerdo con el Art. 17 de la Ley y el 11 del decreto 1600, gozarán de las prestaciones que enumeraremos a continuación:

a)-Auxilio de cesantía, en la misma proporción que a los trabajadores particulares, limitando su aspecto retrospectivo hasta el primero de enero de 1.942, preciso es esclarecer que dicha medida no perjudica los derechos adquiridos por aquellos servidores públicos que al entrar en vigencia la nueva Ley, gozaban ya de ese beneficio, por leyes anteriores.-

b)-Pensiones de jubilación, mediante el lleno de los requisitos que dejamos consignados al comentar las prestaciones especiales de las empresas cuyo capital excede de un millón de pesos y por las mismas cuantías. Puede el favorecido escoger entre la jubilación y la cesantía, si optó por la primera y muere antes de haber recibido lo que le correspondía por la segunda, sus herederos tendrán derecho a recibir la diferencia.-

c)- Pensión de invalidez, aquellos servidores oficiales que por cualquier circunstancia, caigan en imposibilidad para ejercer toda clase de funciones, y durante el tiempo que perdure la incapacidad, tendrán derecho a devengar una pensión mensual equivalente al último sueldo percibido, sin que pueda ser menor de \$50,00, ni

mayor de \$200,00; este auxilio excluye la pensión de jubilación vitalicia y la cesantía, sin derecho a opción, pero si el invalidado falleciere antes de que las cuotas mensuales recibidas, equivalgan al seguro por muerte de que trataremos inmediatamente, quedan sus causahabientes con facultades para reclamar la diferencia.

d).- Seguro por muerte. Los beneficiarios designados por el servidor oficial fallecido o sus herederos en caso de faltar los primeros, tendrán derecho a percibir de la Caja de Previsión Social de los empleados y obreros nacionales, un auxilio que será equivalente a la cesantía que hubiere correspondido al causante, pero si el total de esta, fuere inferior a ~~\$3.000,00~~ los salarios de un año, percibirán una anualidad, si ésta excediere de \$3.000,00, la indemnización se limitará a esta suma.-

e).- Auxilio por enfermedad no profesional, también por igual cuantía y en la misma forma que dejamos establecida para los servidores particulares, dicho auxilio comenzará a contarse después del cuarto día de enfermedad.-

f).- Asistencia médica, hospitalaria y quirúrgica.- En esta forma se protege a los trabajadores del gobierno, que en caso de enfermedad se veían obligados a gastar el importe de sus sueldos y hasta más para procurar servicios médicos, farmacéuticos, hospitalizarse o someterse a una intervención quirúrgica. En la asistencia médica se cuentan además los servicios odontológicos, los exámenes periódicos con fines profilácticos, diagnóstico precoz de enfermedades y el reposo a que haya lugar, hasta por seis meses.-

g) Gastos de entierro.- Esta caritativa prestación no podrá exceder del valor del último sueldo del trabajador fallecido y en ningún caso de trescientos pesos.-

Aunque el artículo 17 de la Ley, no se hace mención de las

vaciones, ni de las enfermedades profesionales, ni los accidentes de trabajo, no por eso se puede entender que no gozarán los trabajadores oficiales de estas prestaciones, ya que por Ley anterior ( 72 de 1.931 ) se crearon las vacaciones para ellos y en cuanto a enfermedades profesionales y accidentes, el ordinal 5º del art. 11º del decreto 1.600, establece que serán indemnizados en la misma forma que a los servidores particulares .-

Los empleados del congreso que hayan prestado servicios por veinte años continuos o discontinuos, gozarán igualmente de las prestaciones acabadas de enumerar en la misma forma que los empleados y obreros nacionales de caracter permanente.-

Caja de Previsión Social de los empleados y obreros nacionales.-

Esta institución que guarda semejanza con el Seguro Social obligatorio, y cuya organización ha sido establecida, mediante el decreto ejecutivo # 1600 del 30 de Junio del año pasado, el cual la define en su Art. 1º así: " La Caja de Previsión Social de los empleados y obreros nacionales, es una entidad autónoma, con personalidad jurídica y patrimonio propio, independiente de los bienes y fondos del estado, a cuyo cargo está el reconocimiento y pago de las prestaciones oficiales indicadas en el art. 17 de la Ley 6ª de 1.945 y de las adicionales a que tengan derecho los empleados y obreros nacionales que a ella estén afiliados forzosamente y los demás empleados y obreros oficiales que lleguen a afiliarse por el procedimiento facultativo que el presente decreto determina".-El capital de que dispondrá dicha Caja, será acumulado en la forma siguiente: (Art. 20 de la Ley 6ª ) "a)-Con un aporte equivalente al 3% de los ingresos ordinarios del presupuesto nacional; b)-Con un aporte equivalente al 3% mensual de los sueldos de los empleados nacionales de cualquier clase, cubierto por estos; c)-

Con un aporte equivalente al 2% mensual de los jornales de los obreros nacionales de cualquier clase cubierto por estos; d)-Con un aporte equivalente a la tercera parte del primer sueldo mensual de todo empleado nacional, cubierto por éste".-

Dirección y administración de la Caja de Previsión Social de los empleados y obreros nacionales.-La Caja será administrada por un gerente, quien deberá obrar en concordancia con una Junta Directiva, compuesta por los Ministros de Hacienda y Crédito Público y Trabajo, Higiene y Previsión Social o un delegado de cada uno de ellos, por el Contralor General de la República o la persona que él designe para sustituirlo, por un representante de los empleados nacionales con su suplente respectivo, elegido por la Federación Colombiana de trabajadores del Estado y por un representante de los obreros nacionales afiliados, con su suplente, que será elegido por la Confederación de Trabajadores de Colombia, escogiendo entre los distintos candidatos propuestos por las organizaciones sindicales de los obreros nacionales. (Decreto 1600 Art.82)

Instituciones de previsión de empleados y obreros oficiales ya existentes.-Estas instituciones están facultadas, para que mediante determinación de sus directivas se fundan con la Caja de Previsión que estudiamos o continúen en la forma independiente como venían funcionando, en tal caso sus afiliados sólo gozarán de las prestaciones que reconocían esas entidades. La fusión se verificará mediante contratos que deberán ser aprobados por el Presidente de la República.-

Prestaciones para los trabajadores de Departamentos, Intendencias, Comisarias y Municipios.-La mayoría de los departamentos y gran cantidad de municipios del País, sobre todo los de mayor prosperidad económica, de tiempo atrás venían pagando prestaciones socia-

les de sus dependientes. Hoy día tales auxilios son de carácter obligatorio para esas entidades, sin embargo, el gobierno teniendo en cuenta la capacidad de producción de sus rentas, reglamentará la forma y cuantía que las distintas entidades de derecho público deben reconocer.--Los Departamentos, Intendencias, Comisarias y Municipios que al entrar en vigencia la Ley 68, no tuvieran organizadas sus cajas de previsión, se les concedía el plazo de seis meses para tal efecto, debiendo tener en cuenta las disposiciones legales al respecto.--

Prima de ahorro para trabajadores de obras de la Nación.-- Con el objeto de fomentar y apoyar el ahorro de los trabajadores nacionales, el Art. 24 de la Ley, autoriza que se consigne en calidad de "prima de ahorro" en la Caja Colombiana de Ahorros, el valor de unas semana de labores, a aquellos trabajadores que ocupados en la construcción de obras de la Nación durante dos meses continuos en el año de 1.945, comprueben con sus respectivas libretas certificadas haber consignado en calidad de ahorro en la misma entidad la suma de \$10,00.--Luego el Art. 25 establece ;" Con el mismo carácter de prima de ahorro al trabajo mensualmente, sobre las sumas ahorradas que cada trabajador presente consignadas en su libreta, se les reconocerá un 10% hasta concurrencia de un 30% del valor de los jornales ordinarios y extraordinarios recibidos por el obrero durante el mes". El beneficio concedido en el artículo que acabamos de transcribir no se concederá a aquellos que retiren durante el mes el 50% de la suma que hayan consignado en su transcurso. Igualmente el gobierno queda autorizado para extender dicha prima a los demás servidores públicos y aún a los mismos trabajadores particulares.--

Empleados Públicos de la Carrera Administrativa y el auxilio de cesantía.— Los empleados públicos que hayan ingresado o que ingresen en la Carrera Administrativa, encontrándose cobijados por auxilios especiales, no tendrán derecho a recibir cesantía. Cuando para la admisión de un empleado en esa carrera, no se haya practicado el correspondiente examen que acredite su aptitud, el gobierno podrá ordenar en cualquier tiempo que se le someta a él y se revise la inscripción respectiva. Si se llega a comprobar que los documentos usados para conseguir la admisión en ella son falsos, se cancelará la ficha correspondiente sin perjuicio de las sanciones penales del caso.—

Condiciones de trabajo para los empleados y obreros del ramo de guerra.— Estos empleados amparados por un estatuto especial, gozarán de las prestaciones y sus trabajos se verificarán de acuerdo con las condiciones determinadas en las leyes dedicadas para tal efecto al ramo prenombrado.—

Los empleados de los Notarios y Registradores de Instrumentos Públicos y Privados.— En muchas ocasiones se fomentaron conflictos entre Registradores y Notarios con sus empleados, y se presentaba el problema al establecer si tales dependientes eran oficiales o particulares. La nueva ley para zanjar controversias y dada la condición especial de los Notarios y Registradores, determinó una vez por todas, que tales servidores son particulares.—Para asegurarles el valor de sus prestaciones los Notarios y Registradores al tomar posesión de sus cargos, deberán constituir fianza suficiente para responder de ellas y al dejar el cargo deberán cancelarlas en su totalidad.—El gobierno queda facultado para fijar los emolumentos de los Notarios y Registradores, con el fin de que reciban una adecuada remuneración y provean equitativamente al re-



conocimiento de las prestaciones de sus dependientes.-

Servicios prestados a distintas entidades de derecho público.- Para los efectos de la jubilación podrá sumarse el tiempo servido por un trabajador en distintas entidades de derecho público y el pago de la pensión se distribuirá a pro-rata del lapso trabajado en cada una de ellas y del salario devengado. Quienes presten servicios, que se remuneren con fondos especiales formados con aportes de varias entidades, tendrán derecho a las prestaciones más favorables que aquellas reconozcan a sus propios trabajadores, debiendo retribuirlos con el mismo fondo especial.-

Si se trata de empleados del ramo docente, las pensiones serán liquidadas en proporción a los sueldos devengados durante todo el tiempo de servicios.-

Aumento de pensiones para los empleados de ferrocarriles nacionales y demás empresas ferroviarias y para los empleados de las salinas nacionales.- Los trabajadores de los ferrocarriles nacionales jubilados con anterioridad a la vigencia de la Ley 49 de 1.943, recibirán un aumento de sus pensiones de jubilación desde la vigencia del nuevo estatuto de acuerdo con la graduación establecida en la Ley citada, teniendo en cuenta para tal efecto el sueldo devengado en la época en que se les concedió la pensión. El valor mínimo de las pensiones será de \$30,00 quedando automáticamente elevadas a esta suma las que no alcancen a ella. Igualmente estarán cobijados del mismo beneficio los trabajadores de las demás empresas ferroviarias, así como también los de las salinas de la Nación a quienes se hace extensiva todas las disposiciones dedicadas a los ferroviarios a este respecto.-

Situación de los Alcaldes Municipales.- El Art. 201 de la Constitución Nacional, los da a los Alcaldes el doble carácter de agentes

del Gobernador y jefes de la Administración Municipal. Recibiendo sus sueldos de los municipios y siendo nombrados por el Gobernador, resultaría difícil hacerles su clasificación doctrinariamente para el efecto de las prestaciones sociales a que tengan derecho y las entidades que deban cubrirse las. - La Ley en su art. 33 para evitar interpretaciones contradictorias, los clasifica como empleados departamentales y por consiguiente los departamentos están obligados al reconocimiento de sus prestaciones sociales. -

En que condiciones pueden desempeñar cargos los trabajadores oficiales jubilados. - (Art. 34) - Los trabajadores oficiales que disfruten de su pensión de jubilación, están facultados para desempeñar otros cargos públicos, cuando sumados el valor del sueldo y la jubilación, no excedan de doscientos pesos (\$200,00). -

Especial prohibición para los habilitados, pagadores y cajeros. -

Con mucha frecuencia se sucedía que los encargados de hacer los pagos retenían cuotas del sueldo de los trabajadores con el fin de destinarlas a regalos u homenajes para el agasajo de empleados superiores, dedicarlos al fondo de determinado partido o gastarlo en manifestaciones de igual índole, casi siempre con carácter obligatorio y sin la aquiescencia de los interesados. - El Art. 35 prohíbe rotundamente hacer tales descuentos sin contar con la expresa autorización de los asalariados. -

Exención de impuestos sobre el valor de las prestaciones. - (Art. 36)

Como especial deferencia, las sumas que reciban los trabajadores por concepto de prestaciones sociales, no pagarán el impuesto establecido por la Ley 78 de 1.935, sino en cuanto excedieron de \$5.000,00. -

=====

-----

CAPITULO CUARTO.-

ASOCIACIONES PROFESIONALES

Generalidades.- Dice un antiguo adagio "que la unión hace la fuerza". Es una tendencia de todos los hombres la de asociarse para la cabal satisfacción de sus necesidades sociales y la eficaz defensa de sus intereses de todo orden. Desde hace muchos años, los hombres fueron ideando la formación de grupos, a fin de proveer convenientemente a la defensa de sus intereses de trabajo; tales agrupaciones han ido cambiando sus fisonomías hasta llegar a la etapa de evolución que presentan los sindicatos de nuestra época.-En nuestro País desde la Constitución del ochenta y seis, se incluyeron postulados que garantizaban la protección del derecho del asociarse. Pero la Ley que vino a regular debidamente la formación de sindicatos, requisitos, clases etc. fue la 83 de 1.931.-La Ley 68, igual que la primera sobre la materia, está inspirada en los mismos principios altruistas de defensa de los intereses profesionales y económicos de las comunidades de trabajadores y patronos, y al efecto en su Art. 37 declara "El estado garantiza a los trabajadores y a los patronos el derecho de asociarse libremente en defensa de sus intereses, formando asociaciones profesionales o sindicatos, y a estos el derecho de unirse o federarse entre sí".-

Diferentes clases de sindicatos.-Según la forma de composición y las funciones especiales que han de llenar, la Ley en su Art. 38 los clasifica de la manera siguiente:

a)-Si lo componen personas que trabajan en una misma empresa, aunque ejerzan distintas profesiones u oficios, se titulan de empresa ;

b)-Cuando están integrados por individuos que laboran en una misma rama industrial, aunque en distintas empresas, se denominan de industrias;

c)-Si lo forman trabajadores de igual profesión, oficio o especialidad, se llamarán gremiales ;

d)-De oficios varios, si están constituidos por personas de profesiones diversas, heterogéneas o desemejantes.-

Esta última <sup>forma</sup> de sindicatos, solo será permitida, cuando en el lugar ~~que~~ donde traten de establecerse, no existan trabajadores de profesiones iguales en cantidad suficiente para la formación de un sindicato gremial.-

Funciones de los mismos .-Los sindicatos tienen como funciones inmediatas la protección de los intereses profesionales y económicos de sus miembros, entre las cuales quedan envueltas multitud de gestiones tendientes a ese fin. La nueva Ley da mayor preponderancia a los sindicatos de empresa, instituyéndolos como la base de la organización ~~industrial~~ sindical y encargándolos preferentemente de, " la representación de sus afiliados en todas sus relaciones de trabajos; la presentación de pliegos de peticiones; la designación de comisiones disciplinarias o de reclamos y la de negociadores, de entre sus propios miembros; el nombramiento de conciliadores y árbitros, en su caso, y la celebración de contratos sindicales y convenciones colectivas de trabajos, para cuyo concierto deberán ser debidamente consultados los diversos gremios". Dadas las condiciones excepcionales y las funciones especiales de que están investidos los sindicatos de esta clase, no sería lógico ni posible que dentro de una misma empresa existieran dos asociaciones del mismo orden, motivo por el cual

la Ley prohíbe su multiplicidad y si de hecho existiere, sobrevivirá el que tuviere mayor cantidad de afiliados, debiendo éste admitir a los miembros del sindicato o sindicatos eliminados, sin que pueda hacerseles más gravosas, las condiciones de admisión.-

Protección de los trabajadores sindicalizados y a los miembros de las Juntas directivas.- Siempre que un número de trabajadores suficientes de acuerdo con las disposiciones legales, para constituir un sindicato, notifiquen al patrono, directamente o por medio de cualquier funcionario de trabajo, a cerca del propósito de constituir una asociación profesional, automáticamente se colocan bajo la protección del Estado y desde el momento de la notificación hasta que se les otorgue la respectiva personería jurídica sin que este término exceda de tres meses, ninguno de ellos podrá ser permutado, desmejorado o despedido sin causa justificada previamente calificada por el juez de trabajo competente.

Del mismo fuero se encuentran cobijados los miembros que componen las directivas sindicales y sus suplentes, sin pasar de cinco de cada uno de ellos, <sup>o</sup> igual cantidad de los miembros de comités seccionales previstos por los estatutos, que ejerzan funciones, fuera del asiento principal del sindicato. Esta protección durará el tiempo del ejercicio de sus funciones, que no podrá ser inferior a seis meses, y tres meses más.

Los empleados públicos y los trabajadores particulares que ejerzan funciones de dirección, están excluidos de los beneficios otorgados por el fuero de que acabamos de referirnos.-

Despido de los trabajadores cobijados por el fuero sindical, antes de la autorización del funcionario respectivo.- Pese a lo dicho en el comentario anterior, puede sin embargo el patrono suspender provisionalmente a trabajadores cobijados por el fuero sindical, siempre y cuando, que en el término de la distancia y cuarenta y ocho

hora más, contadas desde el momento de la suspensión, solicite al Juez de trabajo competente autorización para la suspensión definitiva, para tal efecto depositará el importe de quince jornales, como caución, la cual podrá ser aumentada por el Juez a su prudente arbitrio, a fin de que responda por los salarios mientras dure la suspensión en caso de que la solicitud no sea resuelta favorablemente. El funcionario respectivo dentro de los tres días siguientes resolverá si debi autorizar el despido, después de haberse cerciorado, si es justa la razón invocada por el patron para asumir tal actitud.-

Descuento o retención de cuotas sindicales por las empresas o patronos.- Todo sindicato de empresa en ejercicio de sus funciones y mientras detente su respectiva personería jurídica, está facultado para que mediante decisión de las dos terceras partes de sus miembros, solicite a los patronos la retención de las cuotas con que deben cooperar sus afiliados para su funcionamiento y entregárselas al tesorero autorizado de la asociación.-

Los patronos están obligados a darle fiel cumplimiento a esa medida, mientras no sea revocada convenientemente, quedando liberados por tal motivo de cualquier responsabilidad, en cuanto a las cuotas deducidas y oportunamente depositadas en la tesorería del sindicato.-

Vigilancia de la<sup>s</sup> finanzas de los sindicatos.- El gobierno se encuentra facultado para inspeccionar el movimiento de los fondos de los sindicatos, a fin de obligarlos en cuanto a los gastos a darle estricto cumplimiento a las disposiciones estatutarias.- Para los mismos efectos las diversas asociaciones, deberán presentar cada semestre al ministerio del Trabajo, los cuadros respectivos de los ingresos y egresos en la forma mejor detallada posible.-

Los fondos sindicales para su debida seguridad, deberán depositarse en un banco o caja de ahorro, con excepción de las cantidades requeridas para los gastos indispensables de urgencia, en la forma que establezca el correspondiente reglamento ejecutivo.

Desde la presentación formal de un pliego de peticiones, hasta la conveniente solución del conflicto que lo originó, cesarán las funciones de vigilancia oficial de que hemos hecho alusión en los comentarios anteriores.

Presunción de que el patrono atenta contra el ejercicio de los derechos sindicales.— Dice el Art. 309 del Código Penal: "El que impida materialmente o turbe una reunión o asociación lícita, o el ejercicio de los derechos que conceden las leyes sobre sindicatos o huelgas, o usen de represalias con motivo de huelgas legítimas, incurrirá en arresto de dos meses a un año y en multa de \$50,00 a \$ 2.000,00". El Art. 42 de la Ley 69, establece para los efectos del Art. que acabamos de transcribir, la presunción de que el patrono que durante el transcurso de un año despidió o desmejoró a un número de sus dependientes sindicalizados, hasta el punto de hacer descender la proporción entre el personal sindicalizado y no sindicalizado, sin causas justificadas; turba el ejercicio de los derechos concedidos por las leyes sobre asociaciones profesionales.

Contratos sindicales.— Nuestra nueva legislación social, establece dos clases de contratos de trabajo, individuales, que dejamos estudiado en el capítulo primero y sindicales que son "los que se celebran entre uno o varios sindicatos de trabajadores con uno o varios patronos o sindicatos patronales para la ejecución de servicios o la ejecución de una obra por medio de sus afiliados".

Estos contratos en cuanto a su duración, extinción o revisión, seguirán las reglas que dejamos sentadas al hablar de los contra-

tos individuales del trabajo y uno de sus ejemplares deberá ser remitido forzosamente al Ministerio de Trabajo, Higiene y Previsión social.-

El sindicato que celebre un contrato como el que nos ocupa será responsable de su cumplimiento y de su suspensión en caso de que esta no se verifique en la forma permitida por la constitución y las leyes, también tendrán capacidad suficiente para ejercer las acciones que le competen directamente, y las que les corresponden a cada uno de sus miembros. Para el fiel cumplimiento de las obligaciones recíprocas emanadas de estos contratos deberán constituir fianza suficiente y en caso de no llenar este requisito, se entiende que las partes responden con la totalidad de sus respectivos patrimonios.-

Si un sindicato que ha suscrito un contrato sindical, se disuelve antes de extinguirse dicho contrato, quedarán los miembros que se encontraban prestando sus servicios en tal virtud, obligados a continuar bajo las mismas condiciones pactadas hasta su finalización. Caso de haberse prestado la caución, esta subsistirá igualmente a fin de garantizar el cumplimiento de las obligaciones de los trabajadores respectivos.-

=====

---

-----



CAPITULO QUINTO

CONVENCIONES COLECTIVAS DE TRABAJO.

Generalidades.- Muy discutida ha sido la naturaleza jurídica de las convenciones colectivas de trabajo, existiendo variedad de teorías, que no logran una solución lógica al problema, por tratar de explicar un fenómeno único del derecho social, con principios estáticos de derecho civil.-

Tratándose de una institución típica del derecho social, no debe buscarse su origen en los moldes clásicos del derecho civil sino que es menester considerarse como un fenómeno de naturaleza propia y personalidad independiente dentro de los conceptos definidos del nuevo derecho.-

Teniendo en cuenta su formación y naturaleza, si puede asimilarse a diversas concepciones, por lo que Carnelutti dice: "El contrato colectivo es un híbrido, que tiene el cuerpo de contrato y el alma de Ley; a través del mecanismo contractual juega una fuerza que trasciende del derecho subjetivo, y se encierra un movimiento que va más allá de las relaciones jurídicas entre las partes".

Las convenciones colectivas son exclusivamente normativas, vale decir, que como la Ley, determinan las condiciones a que deben ajustarse los contratos individuales o sindicales de trabajo, en la profesión, oficio o gremio a que estas se contraen; no crean la obligación directa de prestar servicios ni de dar trabajo, só-

lo obligan a sus pactantes a cumplir en sus contratos individuales o sindicales las condiciones acordadas en la convención colectiva.-

La Ley 6ª en su Art. 46, la define así: "Convención colectiva de trabajo es la que se celebra entre uno o varios patronos o asociaciones, por una parte o uno o varios sindicatos o federaciones sindicales, por la otra, para fijar las condiciones que regirán los contratos individuales de trabajo durante su vigencia".-

Cuando es obligatoria para todos los trabajadores, sindicalizados o no.-Si es parte de una convención colectiva, uno o varios sindicatos que se compongan por más de la tercera parte de los trabajadores correspondientes a la empresa o empresas en que se ha pactado, cobijará por igual a todos los servidores presentes o futuros de ella o ellas, sindicalizados o no, mientras este vigente.

Los acuerdos entre patronos y sindicatos cuyos afiliados no alcancen la proporción anterior, así como los pactos celebrados entre patronos y trabajadores no sindicalizados, solo se extenderá a sus celebrantes o a quienes expresamente se adhieran a ellos con posterioridad.-

Los laudos arbitrales, proferidos como solución de conflictos colectivos de trabajo, tiene para todos los efectos la misma fuerza que las convenciones colectivas.-

que deben contener las convenciones colectivas.-Las convenciones colectivas se estipulan por escrito y un ejemplar de ellas, será remitido para su guarda al Ministerio de Trabajo, Higiene y Previsión social.-Deberán contener todas las disposiciones que las partes libremente convengan, en relación con las condiciones generales del trabajo y además, "se indicarán las profesiones, oficios o

industrias que comprendan, el lugar o lugares donde ha de regir, la fecha en que entrará en vigor, el plazo de duración y las causas y modalidades de su prórroga, su desahucio o denuncia y la responsabilidad que a su incumplimiento entrañe.

Como las decisiones arbitrales, tiene la misma fuerza de las convenciones que estudiamos, deben por tal razón ajustarse a los mismos requisitos.-

Cuándo se pueden extender las convenciones colectivas a empresas que no las han pactado.- El legislador con el fin deliberado de igualar a los trabajadores, que laboran en empresas semejantes dentro de una misma región, consigna en el Art. 48 de la Ley, el principio de que si las dos terceras partes de los servidores de una rama industrial en una misma región, han celebrado convenciones de este género, queda el gobierno autorizado para hacerla extensiva por medio de decretos a las industrias semejantes y de iguales condiciones económicas de un mismo sector regional, con la limitación de que no será efectuada la incorporación, si las empresas que tratan de involucrarse tienen celebradas convenciones más favorables para los intereses de sus dependientes. Con el fin de poderse llevar a cabo tal medida, se faculta al gobierno, para que divida al país en regiones económicas y clasifique en cada rama industrial, las empresas de semejantes capacidades técnicas y económicas.-

Cuándo se debe aplicar la Ley en lugar de las convenciones colectivas.- La finalidad de las leyes sociales, es que se aplique al trabajador lo que redunde en su mayor beneficio; simples convenciones son capaces de anteponerse a expresas disposiciones legales, cuando resultan más favorables a los intereses de los asalariados; pueden los mismos jueces como excepción a la regla general fallar

ultra petitis cuestiones sociales, cuando el demandante ha pecado por defecto en sus peticiones, con mayor razón las disposiciones legales cuando resulten más favorables a los intereses de los trabajadores se aplicarán de preferencia a las convenciones colectivas y a los laudos arbitrales en su caso, porque en esta clase de contratos, las estipulaciones no son ley para las partes, ni las sentencias arbitrales hacen tránsito a cosa juzgada, cuando exista una disposición que resulte más favorable a los asalariados.-

El beneficio del trabajador es el criterio que debe primar en la interpretación de las leyes, contratos y convenciones. Igualmente las cláusulas de las convenciones, sustituyen de derecho las estipulaciones de los contratos de trabajo anteriores o posteriores a ellas, en aquellos puntos que resulten de mayor provecho a los intereses económicos de los asalariados.-

=====

\_\_\_\_\_

-----

CAPITULO SEXTO

CONFLICTOS COLECTIVOS DE TRABAJO.-

=====

Cuales son los servicios públicos.--El Art. 18 de nuestra actual codificación Constitucional, inciso 2º del Art. 20 del Ato legislativo # 1 de 1.956, declara "Se garantiza el derecho de huelga, salvo en los servicios públicos". Del contexto de este artículo, podemos deducir que nuestro constituyente al reconocer el derecho de huelga, no lo hizo en forma absoluta, ya que reconoce la existencia de derechos que son superiores a ella y que por tal motivo deben ser respetados; oigamos lo que sobre el particular dice Salvagno Campos; "La huelga debe ceder, por ser inferior jurídicamente, en todos los casos en que se haya en abierta pugna con un derecho general de orden público, o con un derecho social que pertenece a todos y a cada uno de los componentes de la sociedad; los intereses sociales están por encima de los intereses gremiales o de clase ". El interés de la colectividad en general, prevalece y galvaniza el interés de grupo, cada vez que este trata de hacer uso del derecho limitado por la conveniencia social.--

La nueva Ley, enumera en forma taxativa, los servicios que para los efectos de la huelga deben considerarse como públicos; al hacer tal clasificación, se ha dejado guiar por el concepto que sobre el particular expuso el profesor Duguit, considerándolos desde un punto de vista material, no formal como se entendían anteriormente, teniendo en cuenta la función intrínseca del servicio

sin parar mientes en que sea o no prestado por el Estado.-

El Art. 50 determina, que además de la Administración Pública y del órgano judicial, son servicios públicos para los efectos del derecho de huelga, los siguientes: " a) Las empresas de transportes por tierra, agua y aire y las de acueductos, energía eléctrica y telecomunicaciones, siempre que presten su servicio al público, por cuenta del Estado o mediante concesión de este o con sujeción a tarifas, condiciones y reglamentos que el Estado señale; b)- La higiene pública, el aseo de las poblaciones y las instituciones de asistencia pública y beneficencia, como hospitales clínicas, asilos y hospicios; c)- Las plantas de leche, las plazas de mercado y matadero pertenecientes a entidades públicas".-

Como pueden suspender labores las empresas de servicios públicos que no dependen del gobierno.- Dijimos, que entre los servicios públicos, se contaban además de los prestados directamente por el Estado, aquellos que respondieran a una necesidad general, aunque no fueran atendidas por él. Para la suspensión de esta última clase de servicios, el Art. 51 de la Ley ordena, que debe solicitarse previo permiso del gobierno, o darle aviso con seis meses de anticipación por lo menos, con el objeto de que pueda proveer a la efectiva continuidad del servicio; pero si de hecho se presentare la suspensión, el Art. 52 autoriza al gobierno para asumir su dirección y dictar las medidas del caso hasta conseguir su restablecimiento y garantizar su normal funcionamiento.-

Cómo pueden suspender trabajos las empresas que no son del servicio público.- Las empresas que no forman parte del servicio público, para suspender trabajos, necesitan dar aviso a sus dependientes con un mes de anticipación; siempre y cuando que la causa de suspensión no sea un caso fortuito o fuerza mayor, quedando obli-

519  
gadas en todos los casos a reconocer las indemnizaciones correspondientes, por la terminación prematura de contratos de trabajo pactados para un mayor período. Con el objeto de evitar que las empresas que quieran deshacerse de sus dependientes, simulen suspensiones intencionales, se otorga a los trabajadores en servicio el día del despido, el derecho a ser preferidos para ocupar los puestos de igual o mejor categoría, cuando las labores sean reanudadas dentro de los ciento veinte días siguientes a la suspensión, para lo cual se darán los avisos correspondientes en forma efectiva, a fin de que todos sean notificados del particular y quienes no se hagan presentes después del tercer día, sufrirán la pérdida del derecho a ser preferidos.-

La huelga lícita no termina el contrato de trabajo.- La huelga lícita por llenar esta condición, no termina los contratos de trabajo celebrados por sus sostenedores, sólo suspende sus efectos, mientras perdure, sin que por esto se modifiquen o extingan los derechos y obligaciones correlativas que de ellos tengan nacimiento. Igualmente queda absolutamente prohibido el esquilaje, pudiendo únicamente los patronos previo concepto del gobierno, contratar los servicios indispensables para asegurar la debida conservación de las maquinarias y elementos básicos de la empresa.-

Cuándo es lícita una huelga.- La ilicitud de una huelga debe ser declarada de oficio o a solicitud de parte interesada por el Juez o Tribunal de trabajo competente, teniendo en cuenta para el efecto los siguientes factores: "a)-que se trate de un servicio público; b)-que su objeto sea ilícito;c)-que no haya cumplido los procedimientos de arreglo directo y de conciliación en la forma legal; d)-que no haya sido declarada por la mayoría absoluta de los trabajadores de la empresa o empresas afectadas, o por la del sindi-

cato a que estén afiliados más de la mitad de aquellos trabajado-  
res, y e) - que no se limite a la suspensión pacífica del trabajo"  
(Art. 55). - Además de las causas anotadas tienen objeto ilícito  
constituyendo a la vez delito de asonada, sometida a las sancio-  
nes establecidas al efecto por el código penal, la huelga que se  
declare con el fin de hacer cambiar decisiones de las autoridades  
legítimas, o con el objeto de coaccionarlas, para hacerlos modifi-  
car sus resoluciones, sentencias o doctrinas. -

Prevención para que los trabajadores en huelga ilícita regresen a  
sus labores. - En la misma providencia, en que el funcionario de  
trabajo competente declare ilícita una huelga, notificará a los  
huelguistas, para que dentro del término perentorio de veinte y  
cuatro horas la den por suspendida y regresen a sus labores habi-  
tuales, previniéndoles que si no cumplen estrictamente tal disposi-  
ción, quedan los patronos facultados para despedirlos, nombrárcelos  
sus reemplazos o intentar las acciones pertinentes a fin de conse-  
guir de los responsables, la indemnización correspondiente y de un  
modo especial del sindicato de que formen parte.

Si a pesar de los requerimientos antes dichos, persistie-  
ren en sus determinaciones, el gobierno queda facultado para sus-  
penderle la personería jurídica y hasta ordenar su disolución.

En los servicios públicos no puede haber huelgas y los conflictos  
en ellos deben ser sometidos a arbitramento. - Entando los servi-  
cios públicos destinados a satisfacer necesidades sociales impres-  
cindibles, la Ley ha querido evitar que en ellos se fomenten huel-  
gas que interrumpan su continuidad. Sabido está por haberlo expues-  
to anteriormente, que la misma Constitución al establecer garantías  
para el derecho de huelga, la niega expresamente a esta clase de  
servicios, por lo cual el Art. 57 ordena que si se presentaren



conflictos colectivos en los servicios públicos, que no se extingan en las dos primeras etapas de arreglo directo y conciliación, deben someterse al arbitraje obligatorio, de un tribunal integrado por tres miembros, nombrados por los trabajadores, patronos y el gobierno respectivamente; el laudo arbitral debe ser respetado irremediablemente.-

Formulas de arreglo para huelgas que duren más de ocho días en empresas que no son de servicio público.- Siempre que se declare la huelga o el cierre de una empresa no comprendida entre las de servicio público y este estado de cosa, se prolongue por más de ocho días el gobierno queda facultado para organizar un tribunal de conciliación compuesto por sendos representantes del gobierno, los patronos y los trabajadores, el cual previo estudio del conflicto propondrá a los interesados fórmulas de arreglo, pudiendo repetirse el mismo procedimiento con intervalo de ocho días, caso de que se rechacen las propuestas. Lo que si no reglamenta la Ley es la forma de acoger o rechazar las propuestas, ya que remite al Art. 55 que no establece ningún procedimiento. Si las partes interesadas por morosidad o renuencia, no nombran oportunamente sus representantes que han de componer el tribunal de conciliación, puede el ministerio del ramo, hacer la respectiva designación. Bueno es observar que el tribunal anotado, no tiene el carácter de arbitro, ya que tal cosa no haría sino establecer el arbitraje obligatorio en los conflictos de esta clase de empresas, amparadas especialmente por ordenamientos constitucionales.-

=====

C A P I T U L O    S E P T I M O

J U R I S D I C I O N    E S P E C I A L    D E L    T R A B A J O

=====

Concepto.- Para el cobro coactivo de las prestaciones sociales de los trabajadores, se usaba por no existir otra, la Justicia Ordinaria. Dado el carácter de celeridad que debían seguir esta clase de juicios resultaba prácticamente imposible tramitarla con la debida precipitud, debido tal vez a la gran cantidad de negocios que abruman a nuestra justicia corriente. Igualmente resultaba antieconómica esta promiscuidad ya que los funcionarios tras el estudio de un complicado problema de derecho civil, debían saltar de inmediato a la solución de un litigio laboral.

Otra cuestión importante de observar; es <sup>que</sup> el criterio de un juez civilista, recto y severo no puede trocarse con gran facilidad en conciliador y elástico, cualidades que debe poseer un juez de trabajo. Todas estas desventajas sumadas a la lentitud en la tramitación de los juicios especiales sobre estas controversias, venían a hacer nugatoria las justas reclamaciones de los asalariados.

La nueva Ley, fuente de reformas, no podía quedarse atrás en tan delicada cuestión, por lo cual para culminar su labor justiciera, tuvo a bien organizar la jurisdicción especial del trabajo dedicada única y exclusivamente a la solución de los conflictos obreros y servidas por jueces especializados, reempezando así eficazmente el concepto de justicia social.-

que controversias se deciden mediante ella.- Como dejamos expli-

En el comentario anterior, la jurisdicción del trabajo se ha instituido con el objeto de decidir todos los litigios que se relacionen con el trabajo, entrando el Art. 58 de la Ley a hacer una enumeración que no es taxativa de las controversias que frecuentemente ocuparán esta nueva rama judicial, así: "Las controversias que susciten directa o indirectamente la ejecución del contrato de trabajo, entre patronos y asalariados y sus asociaciones profesionales, ya con motivo de la interpretación o ejecución de las cláusulas del contrato de trabajo o de la convención colectiva, ya con ocasión de la interpretación o aplicación de la legislación del trabajo.-"

También conocerá la justicia del trabajo de las controversias que se susciten por razón de las primas, bonificaciones y demás prestaciones que tengan su origen en ordenanzas, decretos y resoluciones departamentales, acuerdos municipales o reglamentos particulares, siempre que se haya agotado el procedimiento de reclamación que en tales disposiciones se establezca "-

Porque organismos se ejerce de modo permanente..- Ejercen la jurisdicción especial de trabajo de una manera permanente, los siguientes organismos; Los Juzgados del Trabajo que conocen de todos los negocios que a él se relacionen, en primera o única instancia; los tribunales seccionales de Trabajo, que fallarán en segunda instancia aquellos asuntos subidos a ellos en virtud de apelación interpuesta contra el fallo de primera instancia o en consulta cuando fuere pertinente y la Corte Suprema del Trabajo que actuará como tribunal de casación.-

Comisiones de conciliación y arbitramento existentes antes de la vigencia de esta Ley..- Para la amistosa solución de los litigios que se presentaban a diversos sindicatos o empresas, se habían

524

formalizado, tribunales de Arbitramento de carácter permanente que servirán de conciliadores, o de falladores cuando las diferencias que se confrontaban no eran arrojadas en la primera etapa. Instituyéndose la nueva jurisdicción, carecen de eficacia estos organismos, en vista de lo cual la Ley ha resuelto que finalizarán sus funciones apenas se encuentren despachando la nueva justicia del trabajo. Sin embargo si las partes que integraron los tribunales aludidos resuelven de común acuerdo continuar manteniéndolos, sus decisiones en cuanto versen sobre indemnizaciones forzosas o prestaciones reglamentarias, tendrán recurso de apelación para ante los tribunales de trabajo competentes. Quiénes conocen de los asuntos <sup>del trabajo</sup> en los lugares donde no hubiere

juces especiales.— Para facilitar la conveniente tramitación de los juicios de trabajo, a fin de que sea factible recoger con mayor facilidad las pruebas y hacer menos gravosos a los asalariados los gastos necesarios para el planteamiento del juicio, la Ley ha resuelto que mientras haya posibilidad de establecer en todas las partes en donde sea necesario Juzgados de Trabajo, conocerán de los negocios atribuidos a estos, la justicia ordinaria, a prevención con el juez de trabajo más cercano. — En cuanto a la competencia por razón de la cuantía se seguirá la regla general, pero en todo caso, las apelaciones se surtirán ante los tribunales de trabajo. —

Jurisdicción y competencia de los jueces y tribunales de trabajo.— Los jueces de trabajo, conocerán y fallarán en una sola instancia los negocios cuya cuantía no sea superior de \$100,00 o de \$200,00 en aquellas ciudades que cuenten más de cincuenta mil habitantes o sean capitales de departamento, sin embargo estos podrán ser apelados en el efecto suspensivo, cuando la providencia que desató

la controversia, involucra una cuestión esencial de principios en el derecho laboral.

Conocerán en primera instancia de los demás asuntos, los cuales serán apelables en el efecto suspensivo y consultables cuando siendo desfavorables a los intereses de los trabajadores, el fallo definitivo, no fuere apelado dentro del tiempo oportuno.

Los tribunales seccionales conocerán de los recursos de apelación o consulta en los negocios fallados en primera instancia por los juzgados de trabajos o civiles en su caso.

La Corte Suprema del Trabajo, conocerá del recurso de casación oportunamente interpuesto contra las sentencias dictadas por los tribunales seccionales, cuando la cuantía del negocio sobrepase a \$1.000,00 o "cuando el recurrente sea un sindicato o federación sindical de patronos o trabajadores, que se hayan hecho parte en el juicio y a los cuales estén afiliados los interesados".

La competencia de los negocios que toca conocer a la jurisdicción especial de trabajo, se determina; 1ª)- Por el lugar del cumplimiento del contrato de trabajo; 2ª)- Por la ubicación de la empresa en que se presten o hayan prestado los servicios y 3ª)- El domicilio de la persona demandada.-

Como se integran los Tribunales y la Corte Suprema del Trabajo.-

La Corte Suprema del trabajo la integrarán tres miembros elegidos por la Cámara de Representantes para un período de dos años, escogidos en ternas presentadas por el Presidente de la República, quien para su elaboración tendrá en cuenta, listas que le presentarán las asociaciones patronales y de trabajadores respectivamente y la otra será confeccionada libremente por el gobierno.

Los tribunales seccionales del trabajo, estarán compuestos de tres miembros designados por la Corte Suprema de Trabajo para un-

período de dos años, la cual deberá escogerlos entre sendas listas presentadas por el Gobierno, las asociaciones patronales y de trabajadores.-

Los jueces serán elegidos libremente por los Tribunales seccionales para un período de un año.-

La Corte y los Tribunales de trabajo, elegirán igualmente para un término igual al de sus funciones, los conjuntos de cada uno de ellos en número de cinco.-

Requisitos necesarios para ser juez de trabajo y miembro de los tribunales y Corte Suprema.- Por la delicadeza de la misión encomendada a quienes deben fallar todos los negocios relacionados con el trabajo, se exige para tal efecto requisitos especiales, los cuales enumera el artículo 64 de la Ley en la forma siguiente; "deberán ser ciudadanos colombianos, no haber sido condenados a penas aflictiva, y gozar de buena reputación. En cada negocio particular estarán impedidos los que tengan intereses económico en la controversia. Deberán ser, además, abogados titulados, y en cuanto fuere posible, especializados en derecho del trabajo. Los magistrados de los tribunales seccionales deberán ser mayores de 25 años y los de la Corte Suprema del Trabajo mayores de 30 años".-

Procedimiento para estudiar y fallar los asuntos de trabajo.- La Ley 69 no determina el procedimiento que han de seguir los juicios de que conocerá la justicia del trabajo, autorizando simplemente al Presidente de la República, para que lo regule, basado en las siguientes normas:

1ª)- Establecer el principio de la oralidad en los juicios y eximirlos como anteriormente del impuesto de timbre y papel sellado.

2ª)- Los jueces antes de iniciar las controversias, procurarán lograr el avenimiento entre las partes.-

3g)- Los jueces están obligados a recibir personalmente durante las audiencias, todas las pruebas, con excepción de aquellas que por su naturaleza, no se haga posible su práctica en dicho acto.-

4g)- La libre apreciación de la prueba sin que sea obligatoria la tarifa legal, y

5g)- Determinar las reglas de competencia y requisitos para el recurso extraordinario de casación, en la forma que dejamos explicada cuando tratamos sobre jurisdicción y competencia de los jueces y tribunales del trabajo.-

F I N

=====

=====

=====

=====

=

## B I B L I O G R A F I A

Caldeira Rafael .-Derecho del Trabajo.-

Ramirez Gronda J.D.- Derecho del Trabajo.-

Polch Gallart .- Las convenciones Colectivas de Trabajo.-

Silva Ricardo .-Comentarios al nuevo estatuto del trabajo.-

L. Duguit .- La transformación del Estado.-

Silva Ricardo.-Jurisdicción del Trabajo.-

Naranjo López Marco.- Código del Trabajo.-

Luis F. Latorre .- Cuadernos Jurídicos.-

Walker Linarés Pco.-Derecho del Trabajo.-

Barón Serrano Campo.- Revista de derecho del trabajo #1 á #8

Ramirez Gronda J.D.- Los conflictos del Trabajo.-



I N D I C E

	Pag.-
Introducción .....	4.-
Capítulo I.-Contrato Individual d <sup>o</sup> Trabajo.....	60-
Capítulo II.-Pr <sup>e</sup> stacion <sup>e</sup> s a cargo d <sup>e</sup> los patronos o <sup>e</sup> m- pr <sup>e</sup> sas .....	20 ..-
Capítulo III.-Pr <sup>e</sup> stacion <sup>e</sup> s para empl <sup>e</sup> ados y obr <sup>e</sup> ros nacio- nal <sup>e</sup> s.....	30
Capítulo IV.- Asociacion <sup>e</sup> s prof <sup>e</sup> sional <sup>e</sup> s.....	38
Capítulo V.- Conv <sup>e</sup> ncion <sup>e</sup> s col <sup>e</sup> ctivas d <sup>o</sup> trabajo.....	44
Capítulo VI.- Conflictos col <sup>e</sup> ctivos d <sup>o</sup> trabajo.....	48
Capítulo VII.- Jurisdiccion <sup>e</sup> esp <sup>e</sup> cial d <sup>e</sup> l trabajo.....	53

HERNANDO E. MOUTHON M.

\*\*\*\*\*  
\*\*\*\*\*  
\*\*\*\*\*  
\*\*\*\*\*  
\*\*\*\*\*  
\*\*\*\*\*  
\*\*\*\*\*  
\*\*\*\*\*  
\*\*\*\*\*  
\*\*\*\*\*  
\*\*\*\*\*

"DE LA PRUEBA TESTIMONIAL"

\*\*\*\*\*

\*\*\*\*\*  
\*\*\*\*\*  
\*\*\*\*\*  
\*\*\*\*\*  
\*\*\*\*\*  
\*\*\*\*\*  
\*\*\*\*\*  
\*\*\*\*\*  
\*\*\*\*\*  
\*\*\*\*\*  
\*\*\*\*\*  
\*\*\*\*\*  
\*\*\*\*\*  
\*\*\*\*\*  
\*\*\*\*\*

TESIS PARA OPTAR EL GRADO  
DE DOCTOR EN DERECHO Y  
CIENCIAS POLITICAS

\*\*\*\*\*

\*\*\*\*\*  
\*\*\*\*\*  
\*\*\*\*\*  
\*\*\*\*\*  
\*\*\*\*\*  
\*\*\*\*\*  
\*\*\*\*\*  
\*\*\*\*\*  
\*\*\*\*\*  
\*\*\*\*\*

CARTAGENA - COLOMBIA  
- 1.946 - 1.946 -

REPUBLICA DE COLOMBIA

UNIVERSIDAD DE CARTAGENA

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS

\*\*\*\*\*

RECTOR DE LA UNIVERSIDAD:  
\*\*\*\*\*

Dr. Alberto H. Torres

DECANO DE LA FACULTAD:  
\*\*\*\*\*

Dr. Miguel Angel Royo

PRESIDENTE DE TESIS  
\*\*\*\*\*

Dr. ~~Jose~~ Maria Lozano

EXAMINADORES:  
\*\*\*\*\*

- Dr. Francisco de P. Vargas Vélez
- Dr. Roque Pupo Villa
- Dr. Ismael A. Guete.

SECRETARIO:  
\*\*\*\*\*

Dr. José Ma. Bustillo Franco.

\*\*\*\*\*

\*\*\*\*\*

\*\*\*\*\*

DEDICATORIA

\*\*\*\*\*

\*\*\*\*\*

\*\*\*\*\*

A mi padre Felipe Mouthon Vélez mi más puro recuerdo.  
A mi madre con verdadero cariño.

\*\*\*\*\*

A mis abuelos Eustorgio Mouthon Mesias y Juanita Vélez  
de Mouthon con veneración y gratitud.

\*\*\*\*\*

A mis tíos Manuel, Roberto y Fernando Mouthon Vélez,  
con agradecimiento.

\*\*\*\*\*

A mis tías Ana Isabel, Juanita, Esther y María Dorce\*  
lina Mouthon Vélez.

\*\*\*\*\*

A mis primos Felipe y Gladys Mouthon Silva.

\*\*\*\*\*

\*\*\*\*\*

\*\*\*\*\*

\*\*\*\*\*

\*\*\*\*\*

\*\*\*\*\*

LA FACULTAD NO APRUEBA NI  
DESAPRUEBA LAS OPINIONES EMITI-  
DAS EN LAS TESIS; TALES  
OPINIONES DEBEN CONSIDERARSE CO-  
MO PROPIAS DE SUS AUTORES.

\*\*\*\*\*

\*\*\*\*\*

\*\*\*\*\*

I N T R O D U C C I O N

ZANARDELLI ENSEÑABA:

LA LEY ASEGURA SIEMPRE AL ABOGADO EL DERECHO DE RESERVA DE  
 CONCIENCIA, QUE REPUGNA LA REVELACION DE COMUNICACIONES CON-  
 FIDENCIALES, APLICANDO EL VIEJO PRECEPTO DE CATON: "TESTI-  
 MONIUM ADVERSUS CLIENTEM NEMO DICIT, Y HACE DE ELLO UN RIGU-  
 RO SO DEBER, CUYA INFRACCION PUEDE CAER BAJO LAS SANCIONES DE  
 LA LEY PENAL, SIN ATENCION A CADA CASO CONCRETO Y MAS BIEN  
 IMPUESTO POR LA FE DEBIDA A LOS CLIENTES.-

LA CONFIANZA, EN EFECTO, TAN NECESARIA A NUESTRA PROFESION,  
 NO SERIA OTRA COSA QUE UN ENGAÑO INDIGNO SI SU ABUSO NO FUE-  
 SE CONSIDERADO COMO CULPABLE Y PUNIBLE.-

LOS ASUNTOS MAS INTIMOS DE LAS FAMILIAS, LAS CONFESIONES DE  
 CORRUPCIONES Y DELITOS, LAS RUINAS, LOS INFORTUNIOS IGNORA-  
 DOS Y NO SOSPECHADOS POR NADIE DEBEN PODER SER REVELADOS CON  
 INTIMO Y ABSOLUTO ABANDONO, POR LO QUE EL EXTENDERLOS NO SO-  
 LO SERA LIGEREZA, SINO PREVARICACION.-

CAPITULO I

CONCEPTO DE LA PRUEBA - ELEMENTOS DE LA PRUEBA (Objeto - Organo - Medio).  
ENUMERACION Y CLASIFICACION DE LAS PRUEBAS. (Artificiales y no Artificiales) GENERALICA Y ESPECIFICA.- DE CARGO Y DESCARGO - DIRECTA-INDIRECTA. -  
VALORACION DE LA PRUEBA.- VALOR DEL MEDIO DE PRUEBA. (Formal - Psicologico - Material ) RELACIONES Y ANALOGIA ENTRE LA PRUEBA EN MATERIA CRIMINAL Y EN MATERIA CIVIL.

-----

Vasto y fecundo es el campo de la prueba en el Derecho Penal. Qué es la prueba? La prueba es todo aquello en el proceso que puede conducir a la determinación de los elementos necesarios al juicio con el cual aquel termina.

ROMAGNOSI la definía diciendo: que eran todos los medios productores del conocimiento cierto o probable de alguna cosa. Basados en este concepto - Veamos los elementos que componen a toda prueba y vemos que son tres: Objeto, organo y medio.

Objeto: El objeto como su nombre lo indica es lo que hay que determinar en el proceso, es el tema aprobar o sea la cosa, la circunstancia cuyo conocimiento es necesario y el cual debe obtenerse, ejemplo, en un homicidio se exige la prueba de la muerte del sujeto, el hecho de haber dado muerte a un hombre es el objeto de prueba.

Organo de prueba:- Es la persona física que suministra el conocimiento del objeto de prueba.- Ejemplo, en el homicidio el testigo que dice haber presenciado la muerte.

Medio de prueba:- Es el acto por el cual la persona física aporta al pro-

ceso el conocimiento de un objeto de prueba. Ejemplo de ello, el informe de un perito. Podemos observar que esta es una fase importantísima sino es la primordial en el proceso, la vital y más apasionante.

Ya en el derecho Romano en los tiempos de Cicerón, Quintiliano, la prueba fué objeto de especial atención hasta el punto de que algunos principios universalmente admitidos hoy traen su origen de este derecho.

Con el correr del tiempo esta materia fué tratada por autores con poca claridad entre ellos los glosadores y los criminalistas prácticos, entre los cuales se destacan, Farinacho, Claro y Mascardo.

Después vino la época de su florecimiento y ofreció un campo digno de estudio en el cual los grandes penalistas reformadores, tuvieron oportunidad de manifestar su potencia esperitual y de esclarecer con su elocuencia las tinieblas en que la materia probatoria estaba sumida por el proceso INQUISITORIO, como también libertarla de ese odioso formalismo en que se hallaba.

Fue el gran Beccaria el que la trató con verdadero espíritu filántropico y otros como Pagano, Bentham, Romagnosi, Carmignoni.

#### ENUMERACION Y CLASIFICACION DE LAS PRUEBAS.-

La primera distinción es la que dominó en el mundo antiguo y fué trazada por Aristóteles y adoptada por Quintiliano y fuera de esta clasificación no se conoció otra y son en pruebas ARTIFICIALES y NO ARTIFICIALES. Las primeras son creaciones del hombre y las segundas son las que tienen existencia por sí. A las de inartificiales (naturales) pertenecen los documentos, los testigos etc.

Son pruebas que existen por sí y reflejan la realidad exterior e histórica. A las artificiales que son creaciones del arte o de la lógica



del orador, pertenecen las deducciones, argumentaciones y presunciones. Bella clasificación vista desde el punto de vista estético y literario, pero completamente frágil e insuficiente desde el punto de vista jurídico.

Otra clasificación de importancia práctica es la de GENÉRICA y ESPECÍFICA.- La primera se limita a demostrar la existencia objetiva del delito y la segunda sobrepasando este ámbito va dirigida a individualizar a los autores y participantes. El carácter de estas pruebas no implican que la una debe preceder a la otra o que vayan separadas; antes al contrario, a veces ambas se entrelazan y van juntas .

Según el destino, las pruebas pueden ser de CARGO ( acusación ) y de DESCARGO ( defensa ) .

Esta distinción me parece que es inútil y extemporánea del pasado, porque no corresponde al espíritu público que anima al moderno proceso. Por último tenemos la clasificación de DIRECTA e INDIRECTA. El criterio de distinción aquí es bastante relativo. Se trata de ver en qué relación se encuentra un determinado objeto de prueba con el tema fundamental de la prueba misma o con otro objeto más importante.

De la prueba directa se saca la ley de la certeza; de la indirecta, se saca solo una probabilidad vaga por medio de un razonamiento, de la inducción lógica; pero por lo menos sirve para alejar la duda.

#### VALORACION DE LA PRUEBA.-

Cuando ya el juez tiene las pruebas, viene su valoración y busca su eficacia. Para ello hay dos sistemas que se han disputado su supremacía en una ardua lucha a través de todos los tiempos y son:

Cuando está fijado por la ley es el sistema de la PRUEBA LEGAL y cuando la

valoración se deja al juez encontramos el sistema del LIBRE CONVENCIMIENTO EN  
TO.- El primer sistema o sea el de la prueba legal fué introducido por  
Iglesia y es adaptado al sistema inquisitorio y era un freno contra los  
ómnimodos poderes que el juez tenía, las normas que regulaban el valor de  
las pruebas constituían la única garantía para el inculpado, aunque cier-  
tas máximas de la prueba legal son absurdas por ser inadaptables a los ca-  
sos concretos, y demaciados rígidos frente a la realidad concreta; pero o-  
tros tenían gran valor teórico o práctico en cuanto eran fruto de una ex-  
periencia secular.-

El sistema del libre convencimiento hay que estimarlo más eficaz y racio-  
nal porque está adaptado más a la realidad práctica y concreta. En Roma  
fué donde comenzó a tener esplendor, en los tiempos medios queda un poco  
estático y sin ningún avance, es en el Renacimiento cuando adquiere gran  
esplendor y es acogido por todos los códigos.

El valor del medio de prueba FORMAL.- La prueba tiene un valor formal,  
cuando vale por si, según su tenor literal e independientemente de la ver-  
dad de su contenido.

El valor del medio de prueba MATERIAL.- La prueba tiene un valor material,  
cuando su fuerza probatoria se deriva precisamente de su contenido, de a-  
quello que expresa. No hay que perder de vista el criterio psicológico  
para la apreciación de la prueba, porque si proceden del hombre es nece-  
sario conocerle, su edad, estado físico, condiciones de vida, herencia,  
ambiente, condiciones morales, que en la actualidad tiene mucho resurgi-  
miento.

#### RELACIONES Y ANALOGIA ENTRE LA PRUEBA EN MATERIA CRIMINAL Y EN MATERIA

CIVIL.- Entre los dos procesos tanto en el civil como en el penal exis-

ten analogías generales, habiéndose ocupado primero la ciencia, de lo civil que de lo penal. Ya en los tiempos romanos se confundían, dando por consecuencia resultados funestos para el progreso de ambos. Se relacionan lo civil y lo criminal en que ambos son procesos y tienen caracteres genericos comunes. En ambos el principal objetivo es el esclarecimiento de la verdad. Así tenemos que siempre en todo proceso tienen indispensablemente que ser dos las partes y sostener pretensiones distintas.

Para buscar la verdad es siempre el objeto del proceso, sea que el juez civil o el de instrucción criminal deban guiarse por reglas generales suministradas por la razón y la experiencia, teniendo siempre en cuenta las reglas generales ordenadas por la prudencia, con el fin de evitar ilusión o engaño judicial.

Desde el punto de vista del principio mismo de la prueba y remontándonos más alto lo civil y lo criminal tienen diferencias radicales. Veamos cuales son ellas. En lo civil casi siempre versa sobre el derecho de Propiedad y los derechos Personales, consecucionalmente susceptibles de ser abandonados,-

En lo criminal es el interés público el que ejerce su influencia. Las necesidades sociales exigen que se imponga una pena al que ha violado las leyes, ya que la impunidad relajaría el orden moral. Por eso en lo civil se mira completa la prueba desde que las partes no están en desacuerdo. En lo penal tiene la prueba un concepto más elevado, porque al sancionar sin base se vulneran los derechos civiles más sagrados, cuyo lugar nada reemplaza.

Basados en esto podemos decir como el profesor Mittermaier: lo.- El círculo de las pruebas está más restringido en lo criminal, y así no podrá

admitirse el juramento que descansa en el desistimiento. (De aquí el escrupulo de muchos legisladores de condenar por indicios).

2o.- Los mismos medios de prueba tanto en lo civil como en lo criminal, como la donfesión llevan en sí en ambos un principio del todo diferente.-

3o.- El desistimiento del acusado tampoco tiene influencia en materia criminal sobre los procedimientos y la administración de la prueba. Tenemos que en lo civil una parte puede eximir a un testigo de prestar juramento, un testigo sospechoso puede ser no tachable por el solo hecho de que la parte contra quien declaró nada haya objetado sobre su veracidad. En lo criminal donde predominan los altos conceptos de la justicia, la voluntad del acusado no puede tener influencias, mucho menos cuando, sin presentarse excepción contra un acto de procedimiento contrario a la ley, haya declarado, por ejemplo que tienen por válidos los dichos de un testigo no juramentado o por ilegal una visita del juez.

4o.- En lo civil hay ciertas prescripciones de la ley que derivan del principio del desistimiento, lo cual no se puede en lo criminal.

No hay términos para buscar la Verdad, no puede estar ligada a determinado tiempo. Lo mismo que la excepción de Cosa Juzgada no puede entenderse lo mismo en lo civil que en lo penal atendiendo a su sentido. Con estas ideas generales sobre la prueba, su valor, hemos escogido como tema de tesis una de ellas que es de gran importancia desde los primeros tiempos y es el TESTIMONIO; que aunque va en decadencia todavía se le dá mucha importancia en los diferentes procesos tanto civiles como penales.

Voy a hacer un estudio de ellas en su valor probatorio, su recuento histórico y las diferentes clases de testigos, sin perder de vista la actualidad penal.

CAPITULO II

DEFINICIONES.- DEFINICION DE TESTIMONIO Y TESTIGO.- DIFERENCIA ENTRE TESTIMONIO Y CONFESION.- CAPACIDAD DEL TESTIGO. (En abstracto y en concreto) TESTIMONIO PRUEBA MEDIATA.- INMEDIATA.- TESTIGOS ELEGIDOS ANTE FACTUM.- POST-FACTUM.- Y PRESENTE INFAC TO.- CONCEPTO DE FRACMARINO.- CRITICA.- CONDICIONES PARA SER TESTIGO.- FACTORES QUE INFLUYEN EN LA VERACIDAD DEL TESTIMONIO Y SUS VICIOS. (Percepción, Memoria, Evocación, Voluntad de expresarlos, Capacidad). RECEPCION DEL TESTIMONIO. CONDICIONES PERSONALES Y SOCIALES DEL TESTIGO.- OBLIGACION DE DECLARAR.- CONDICIONES DEL OBJETO A QUE SE REFIERE EL TESTIMONIO.

-----

En los casos comunes de la vida, los motivos determinantes de nuestras convicciones respecto a la existencia de un hecho, sancionados por la experiencia del tiempo y que ha servido de guía a los juicios de los hombres, consideramos que lo más seguro es el testimonio de los sentidos y la evidencia material como la verdadera y la única fuente de la certeza.

A diario cae bajo nuestros sentidos lo que nos rodea, lo que palpamos, lo que vemos, creemos que la observación de los hechos por medio de los sentidos engendra la certeza, cuando sucede lo mismo a los demás porque se basa en la observación personal tiene la misma fuerza.

Por lo cual la confesión y la prueba testimonial son capaces, por naturaleza de arrastrar nuestras convicciones.

Mientras haya más armonía entre las imágenes que nos transmiten los sentidos, con lo posible, más reales, y mas fuerza tendrán estas imágenes.

Cuando sucede lo contrario, algo extraordinario, incomprensible, tiene lugar la duda entre nosotros. Mientras más exacto, frecuente y uniforme es la semejanza de los hechos mayor es nuestra convicción.

Roma grande desde su nacimiento, poderosa, cuna de muchas legislaciones dió gran importancia al testimonio, por ello y dándole un grado de elaboración lo suficientemente adelantado como para llegar a la posteridad una serie de principios y enseñanzas que todavía son fuentes de conocimientos.

Con la caída del proceso INQUISITORIO, infectado ya por el sistema de la prueba legal, en la edad media, la prueba testifical tiene gran importancia, una serie de formulas e hipótesis variadísimas a la cual prestaron gran atención los tratadistas.

Ya el siglo XVI, ofreció mas adelante, la prueba testifical que ha sido la característica en el derecho penal, desde los momentos en que todavía no había superado siquiera el incierto período de sus orígenes. La prueba testifical termina con el juramento del inculpado, los célebres juicios de Dios, las ordalias, que va siendo índice de avance en materia probatoria.

Qué es el testimonio? El testimonio es todo aquello de donde se puede extraer alguna prueba.- Cicerón decía: "Testimonium autem nunc dicimus omne quod ab aliquare externa sumitur ad faciendam fidem" (Tópica, XIX ).

El profesor Antonio Rocha lo define diciendo: que es la declaración que hace una persona que no tiene interés en el litigio, ni por razones de parentesco, ni por aspecto económico, sobre un hecho o hechos de que ella ha tenido conocimiento. La ley colombiana no lo define.

Qué es el testigo? El testigo dice Dellapiane: aquel que declara sobre hechos que han podido caer directamente, o indirectamente agregó yo bajo la acción de sus órganos sensoriales. La representación de los hechos

mediante relatos se presentan en dos formas: si es vertido por la parte misma comprometida en la controversia con la intención de gravarse en favor de su adversario entonces es CONFESION.

Cuando proviene de persona que no tiene nada que ver con el asunto que se debate entonces es TESTIMONIO.

**CAPACIDAD DEL TESTIGO.**- Como el testimonio tiene carácter de prestación, en la cual se concreta, la persona que vaya a deponer debe reunir ciertos requisitos, de aquí el concepto de capacidad. La capacidad según E. Florián es de dos modos: abstracto y concreto.

**CAPACIDAD EN ABSTRACTO:** Todas las personas tienen capacidad en abstracto. No sucedía lo mismo en la Edad Media, porque allá había una serie de distinciones y existían una multitud de incapacidades. Fué la Revolución Francesa la que proclamó el principio de la igualdad de los ciudadanos frente a la ley, y acabó para siempre con esa serie de absurdos.

**CAPACIDAD EN CONCRETO:** La capacidad en concreto dice relación a un proceso determinado, algunos capaces de testificar en abstracto no lo pueden hacer en concreto. Dos son las causas: por incompatibilidad y por los vínculos de parentesco que ligen al declarante con el inculpado.

**EL TESTIMONIO COMO PRUEBA MEDIATA:** El testimonio será prueba mediata o inmediata según la manera como los testigos hayan percibido los hechos materia de su declaración posterior. Si la persecución del testigo ha sido personal y directa, es decir, si el refiere al juez lo que vió, oyó, palpó entonces esa prueba es Inmediata, y el que declara es testigo presencial. Si solo hace una relación de lo que otra persona le ha referido o narrado entonces es Mediata, cuyo valor es

relativo ya que de per sí el testimonio es prueba deficiente, y que el legislador no la vé con muy buenos ojos y menoshoy día, que está un poco en decadencia, y más si se trata de relatar lo que no se vió, ni oyó. Los artículos 698 y 699 del código de procedimiento penal textualmente dice así: El art. 698: no tiene fuerza el dicho del testigo que depone sobre algún punto por haberlo oído a otros, sino cuando recae la declaración sobre hechos muy antiguos o cuando se trata de probar la fama pública.-

El Art. 699: Las declaraciones sobre palabras no formarán jamás pruebas sobre los hechos, pero si sobre aquellos, siempre que el testigo asegura haberles oído proferir, y en este caso la uniformidad de dos testigos debe referirse a las palabras e igualmente a las circunstancias que puedan alterar o modificar sus sentidos.

#### TESTIGOS ELEGIDOS "ANTEFACTUM" PRESENTES INFECTO Y TESTIGOS POSFACTUM.-

Sabemos que en el testigo la percepción se puede verificar en diversas circunstancias, forma y ocasión. Atendiendo al tiempo de la percepción con relación al del suceso objeto del testimonio los testigos pueden ser de tres clases:

- a) Testigos elegidos "ANTEFACTUM"
- b) Testigos presentes "INFECTO" y
- c) Testigos elegidos "POSFACTUM"

Testigos elegidos antefactum pueden ser de dos clases: testigos instrumentales y testigos no instrumentales, Por lo que se refiere a los testigos instrumentales sabemos que existen numerosos actos de la vida jurídica (como son los contratos) en cuya constitución y para los efectos de su prueba la ley exige la intervención de determinados testigos.



Estos testigos darán razón del acto o contrato celebrado en que intervinieron y por consecuencia serán la prueba de su existencia. Tomemos para ello un ejemplo: para la celebración de un testamento sea cerrado o abierto la ley expresamente exige determinado número de testigos, según la clase de testamento que sea, si es abierto tres y cinco si es cerrado.

Estos testigos al ser llamados por el juez para probar su presencia por medio del reconocimiento de sus firmas reciben el nombre de testigos instrumentales, elegidos *antefactum*.

Estos testigos instrumentales deben reunir determinados requisitos que varían o dependen de la mayor o menor importancia del acto en que intervienen. Si se trata de un testamento la ley exige a esos testigos numerosos requisitos cuya inobservancia trae consigo la nulidad del acto. Los cargos estos no podrán desempeñarlos los ciegos, dementes, o sea, no podrán servir de testigos instrumentales en el otorgamiento de un testamento.

Tampoco podrá ser testigo instrumental un extranjero no domiciliado en el país, y en general todas aquellas personas que queden comprendidas en el artículo 1068 de nuestro código civil.

Y si se trata de un acto no solemne, como un contrato de mutuo, bastará que el testigo sea mayor de 14 años y que no sufra ninguna incapacidad física o mental que haga inoperante su intervención.

En cuanto a los testigos no instrumentales, estos son elegidos voluntariamente por las partes que celebran un contrato no solemne para que en caso necesario comparezcan en juicios a deponer sobre todo aquello que les consten de la celebración de dicho contrato.

Ya mas adelante cuando hable del valor probatorio del dicho de un testigo no instrumental elegido antefactum depende de la cuantía del negocio jurídico y de su naturaleza. Así, si la cuantía del negocio es de más de quinientos pesos (\$500.00) sería inaceptable la prueba testimonial; otro tanto sucederá en aquellos casos en que la ley exige perentoriamente el lleno de determinadas solemnidades, como escritura y registro.

TESTIGOS PRESENTES INFACTO.- TESTIGO DE OÍDAS.- TESTIGO DE VISTA.

Estos son los testigos que por cualquier circunstancia han tenido conocimiento del hecho y acuden ante el juez por citación o espontáneamente a deponer todo lo que les constan sobre el hecho por haber visto, oído, o por referencia.

Son estos pues, los clásicos testigos, los que no tienen más obligación que decir la Verdad, toda la Verdad, ni más responsabilidad que lo que le señala la ley penal en caso de ser perjuros.

TESTIGOS ELEGIDOS POSFACTUM.- CONCEPTO DE FRACMARINO.

Algunos expositores de derecho entre ellos Esguerra y Fracmarino al clasificar a los testigos hablan de los llamados POSFACTUM. A mi parecer lo que sucede es que hay una confusión de pruebas, confundiendo esta clase de testigos con lo que son PERITOS, que son pruebas diferentísimas, tanto en su valor como en su calidad y conocimiento del hecho; siendo así, que me parece que los tales testigos no son sino los peritos. Para mayor conocimiento de la cuestión voy a transcribir textualmente y procediendo con honradez y pulcritud estudiantil el concepto de uno de estos autores que en su parte pertinente dice así:

" Son elegidos postfactum aquellos testigos que se procuran las partes para que depongan acerca de ciertas condiciones particulares del hecho

debatido que no pueden ser percibidos por el común de los hombres, por cuanto al efecto se requieren conocimientos o prácticas especiales de determinada ciencia o artes. La percepción del hecho acerca del cual deben declarar estos testigos es posterior a la realización del mismo. Se aprecia fácilmente a que la diferencia que existe entre esta clase de testigos y la de los presentes o incidentales radica además de la persona eventual en el suceso, en que si a estos se les pide un relato sobre un hecho que percibieron mediante los sentidos externos, de aquellos se solicita un concepto razonado, una apreciación conjunta sobre la naturaleza del hecho, sus antecedentes, cualidades, esto es, de cosas no perceptibles por el común de los hombres, sino tan solo por quien tiene especial pericia.....

La confusión es palpable. La prueba testimonial es una cosa y la pericial es otra. Para podernos dar mejor cuenta vemos que nuestro estatuto procedimental tanto penal como civil lo tratan en capítulos distintos.

Y es que entre el testigo y el perito, no hay ningún punto de semejanza. Son medios de prueba distintos en su esencia y en su forma. El testigo solo le corresponde deponer ante el juzgador sobre hechos acerca de los cuales tiene algún conocimiento, y nada más, no tiene porque tener conocimientos especiales sobre ninguna ciencia, arte o disciplina humana.

Con el perito la cosa es opuesta: al perito no se le exige tener conocimientos de vista o de oídas del hecho que es materia de la controversia; pero si se necesita poseer conocimientos especiales sobre determinada ciencia o arte o disciplina humana.

A él le bastará dictaminar según su leal saber y entender sobre el punto hecho que las partes o el juez someten a su estudio y decisión. Por eso el perito viene a ser un auxiliar de la justicia, del juez exigiendo se le sus conocimientos en su especialidad. Se apela al concepto de médicos psiquiatras para saber si se sufre alguna normalidad psíquica y este dará su concepto, pero siempre será una prueba pericial y jamás un testimonio.

Gallinal, en cortas frases y con lujo establece esta diferencia diciendo:

Al testigo se le piden noticias sobre hechos, al perito una apreciación o de un dictamen, del primero se invoca la memoria de aquellos, del segundo la ciencia, que es recuerdo de conocimientos o memoria sistematizada. Conclusión: Al hablarse de testigos elegidos postfactum se está hablando de la clásica prueba pericial distinta a la testimonial.

#### CONDICIONES PARA SER TESTIGO.

El antiguo código dividía los testigos en dos grandes categorías y eran a saber: Hábiles e Inhábiles.

En la primera categoría colocada a toda mujer o hombre mayor de 18 años de edad, que no fuera loco, imbécil, y que tenga concierto en sus ideas y cuyas relaciones sean conforme con la de los otros hombres. Consideraba inhábiles a los que tuvieran interés en faltar a la verdad, esto comprendía a los parientes, amigos íntimos, los enemigos capitales de la persona a quien se refería la declaración.

La clasificación parece un poco acertada, pero un poco inconveniente, porque así se le quita al juez la libertad de apreciar en cada caso particular el valor del testimonio. Es muy humano que una persona trate de favorecer al amigo o al pariente. Pero para eso el juez tiene la facultad de apreciar la veracidad del testigo. Con respecto a la edad, se dice que la

niñez es la mas propicia a la mentira, pero eso sería una regla general, cuando todo tiene su excepción; tenemos que en ello influyen un sinnúmero de circunstancias que nos hacen Varias de concepto, depende de la educación que haya recibido el niño, el medio en que se levante, que es factor decisivo, las costumbres que haya adquirido, y de una serie de detalles que conviene dejar a la apreciación del juez.

En la actualidad no se pueden sentar reglas generales respecto a testigos que digan Verdad y testigos que la oculten. El testigo y el testimonio deben ser objeto de un severo análisis, de meditación y observación del juez, darse de cuenta en la forma como el testigo depone, sobre su imaginación, memoria, sobre los detalles referentes al tiempo en que vió u oyó; a la luz que rodeara el objeto que dice que vió, la distancia en que percibió los hechos que relata.

No obstante lo que he dicho hay personas en las cuales existen motivos morales o materiales que les prohíbe para determinarse como testigos, ya porque sean parientes del sindicado, para ellos es necesario establecer normas legales y son los artículos 226, 227 y 228.

Según ellos hay personas a quienes no se les debe recibir declaración, otros que declararán si quieren, pero no pueden ser obligados en el caso de que se nieguen a hacerlo. Jamás se le recibirá declaración al consorte, aún cuando quiere hacerlo, consorte contra consorte, el ascendiente contra el descendiente, o este contra aquel, ni a los hermanos, contrahermanos.

Aquí también quedan incluidas las personas citadas en los artículos 227 y 228. Fuera de estos casos es regla general según el artículo 224 que dice así: toda persona sana demente es hábil para rendir testimonio. Pero al juez le corresponde apreciar razonadamente su credibilidad teniendo en cuenta las normas de la crítica del testimonio y especialmente las condicio-

nes personales y sociales del testigo etc. Conviene aclarar que cuando la ley habilita a toda persona sana de mente para declarar, no ha querido expresar la idea de que toda persona sea Veraz o sea testigo que obligue la aceptación del juez. Lo que ha querido el legislador es abrir todas las puertas para que se pueda interrogar a todos los que por sus condiciones especiales respecto a determinado hecho que se investiga pueda informar a la justicia.

El juez debe analizar el testimonio, viendo todos sus vicios y defectos, no tampoco con esto el legislador ha dejado al capricho arbitrario del juez de valorar el testimonio.

Ha establecido reglas que sirven de guía en su análisis. Las condiciones sociales y personales del testigo, a las condiciones del objeto a que se refiere el testimonio, como haya podido apreciarse y la forma como deponga podrán darle al juez una base para su credibilidad y valoración. Ejemplo: Un menor de 18 años va a declarar sobre un hecho, se tendrá en cuenta el desarrollo intelectual, su educación, sus costumbres, y así un juez medianamente inteligente valorará su testimonio.

En Colombia ha sido un avance en nuestra legislación penal con la reforma, alguien ha dicho muy sabiamente "hace mucho tiempo que el testimonio dejó de ser para los jueces elemento empírico, formal, descarnado de humanidad, para entrar en el terreno circulatorio de la ciencia experimental que nos indica que de la misma manera que ya lo había hecho en cuanto al derecho penal sustantivo, el testimonio hay que analizarlo como una expresión antropológica, indagando sus orígenes psíquicos.

Del propio modo que ya no podemos hablar de delito en abstracto sin llegar hasta la causa generadora o sea el hombre, que delinque, tampoco podemos ha-

blar de testimonio como ente metafísico, sino que es necesario ir al hombre que nos ofrece dicho testimonio.

FACTORES QUE INFLUYEN PARA LLEGAR A LA VERACIDAD DE UN TESTIMONIO Y SUS VICIOS.

Hay que tener en cuenta cincocosas en la deposición de todo testimonio que ejerce gran influencia en el testigo y son los siguientes:

- 1o.- La percepción de los hechos
- 2o.- La memoria del testigo
- 3o.- La evocación interior del hecho
- 4o.- La Voluntad de expresarlos
- 5o.- La capacidad para expresarlos

Tomemos el primer punto que es la percepción . El Dr. Timoleón Monarda dice que es el fenómeno psíquico por medio del cual la sensación se incorpora en la conciencia. La percepción es la sabia de la inteligencia. La suma y conservación de las percepciones forman lo que se llama LA MEMORIA.

La combinación y yuxtaposición de ellas forman la IMAGINACION , y la discriminación de los mismos EL JUICIO.

En el testigo hay que averiguar si realmente pudo percibir el hecho que relata. Hay que darse cuenta de la bondad del organo perceptor , de la condición del objeto percibido y de la distancia del objeto percibido y de la distancia del objeto. Pero aunque supongamos que este en buenas condiciones, como todos no somos iguales, y todo el mundo no tiene la misma facultad perceptiva, por esto tiene una circunstancia que cooperan con ella como son la ATENCIÓN y el HABITO DE OBSERVACION.

El conocido profesor Mira López establece por ello diferencias y di-

ce al respecto: Un factor importante que condiciona la precisión y la expención de la percepción es el grado de fatiga psíquica en que se encuentre el sujeto perceptor.

Se ha demostrado que las personas tienen variaciones horarias de su capacidad de aprehensión de estímulos. Es mayor por la mañana que por la noche y disminuye bajo la influencia de la digestión. "

Para la percepción general de una situación están más capacitados los hombres que las mujeres, pero estas en cambio perciben con más exactitud los detalles que los hombres. Tenemos una serie de detalles iniciales y finales de una serie de acontecimientos acostumbrados ser percibidos mejor que los intermedios. Las impresiones ópticas pueden ser testimoniadas en igualdad de condiciones con mayor facilidad que las acústicas.

Los testimonios referentes a datos cuantitativos son en general más imprecisos que los cualitativos. Existe una tendencia normal a sobreestimar los números inferiores a diez (10) y las pausas de tiempo menores de un minuto (1). En cambio las pausas superiores a diez y las menores o espacios grandes tienden a ser infraestimados. Es curioso comprobar que en los testimonios referentes a hechos acaecidos a más de seis años antes, hay una tendencia a acortar el tiempo de su acaecimiento.

La memoria: El testigo no solamente le basta tener una excelente aptitud perceptiva; necesario es que tenga además un buen poder de conservación de las percepciones, esto es una buena memoria.

Una de las enfermedades de la memoria es la amnesia, que consiste en la pérdida de los recuerdos. Un testigo que sufre de ella, no rendirá



nunca un buen testimonio y si lo rinde está viciado si se le comprueba que sufre de ella.- Después que el testigo ha constatado que vió los hechos y que los ha conservado en su memoria, el profesor Mira López dice que "toda percepción supone una videncia, es decir, una experiencia física compleja, en la que no se mezclan, sino que se funden elementos intelectuales, afectivos, para constituir un acto psíquico dinámico, global y como tal irreductible. "

Si el hecho humano percibido saliera de nosotros para ser recogido en una declaración, exactamente como lo captamos por medio de nuestros sentidos, bastará comprobar la percepción para fiar en la veracidad del testigo.

Pero sucede que las figuras y las cosas percibidas en conocimientos subjetivos y personales, llevan necesariamente e indispensablemente los caracteres del declarante. De esta manera es que se explican los testimonios por alucinación, sugestión e ilusión. Sabemos que las tendencias afectivas si son fuertes siguen un camino ascendente y llegan a las zonas de elaboración de imágenes de la corteza cerebral y dá lugar entonces a la producción de una Seudopercepción.

Si la intensidad es muy fuerte dicha seudopercepción tiene lugar a expensas de los elementos psíquicos anteriores (o sean las representaciones) y constituye entonces lo que se llama una alucinación.

Si su intensidad es menor, o si las circunstancias externas son propicias, la acción de la citada tendencia se limita a deformar la percepción externa en el sentido que ella representa, dando lugar a otra cosa que se llama una ilusión.

Esta clase de testigos son muy frecuentes en los juzgados. La imagina-

ción es muchas veces un elemento perturbador de la realidad de una percepción. No son pocos los testigos que completan lo que ellos apreciaron o vieron. Ni es raro ver testigos que deforman completamente lo que ellos vieron u oyeron y asociando hechos pasados sin la menor malicia.

Por hallarlo de importancia en este ligero estudio psíquico de las condiciones del testigo Balmes se expresa así de la influencia de la imaginación: Un hombre irritado habrá visto con toda claridad una sonrisa insultante en labios de su enemigo, cuando este no se acordaba siquiera del que se cree ofendido, y si bien comprimía los labios, era para no hacer un solemne bostezo, faltando a las leyes de la buena sociedad.

Demóstenes huyendo en el campo de batalla, creía buenamente que le agarraban de la clámide, cuando en realidad no había otra cosa que los arbustos en que el fugitivo se engarzaba.

La alteración conciente de la Verdad es otro elemento perturbador de la prueba testimonial.- Cualquier testigo puede tener interés ya porque crea que la manifestación de la Verdad lo perjudica, ya porque la mentira lo beneficia personalmente, o ya que se trate de un amigo, o enemigo, de un patrón y por tantas circunstancias. Estas personas que mienten por tendencias morbosas son los MITOMANOS, captados muy bien por Pascal quien se expresa de ellos así: "De que las personas no estén interesadas en aquello que dicen, no cabe concluir absolutamente que no mientan, porque hay gentes que mienten por mentir.-"

Expresión del testimonio.- No basta solamente que el testigo tenga buena facultad perceptiva, buena memoria y sinceridad y sin malicia, puede ser que el testimonio no sea fiel. El testigo al tratar de desarro-

llar la percepción por medio de la palabra, puede sufrir dificultades para poder expresar sus pensamientos, sea por deficiencia del éxito, o ya por otras causas.

Sucede a veces que la persona recuerda un hecho perfectamente, lo tiene presente en su imaginación y no lo puede expresar sea porque ha olvidado las palabras o sea porque tiene dificultad para dar una expresión exacta de sus videncias. Con frecuencia sucede esto en la vida cotidiana, muchas veces queremos acordarnos de una cosa, la tenemos presente en nuestra imaginación y sucede que no podemos manifestarla.

Otras veces sucede que no se tiene una expresión exacta del significado de las palabras y expresamos las ideas en forma inexacta. Y ahí es donde está el cuid de la cuestión o sea el peligro: El juez trata de ayudar al testigo, este deseoso de terminar su declaración, contesta afirmativamente las preguntas por consecuencia el testimonio no es relato fiel y exacto de lo que aconteció. Debe ayudarse al testigo a relatar los hechos, pero siempre respetando su redacción.

Si hay alguna parte oscura se le pedirá explicaciones sobre lo que el testigo entienda o quiera significar con la palabra o frase oscura. No hay que olvidar que el relato del hecho debe ser espontáneo y no provocado. Al testigo debe dejarsele en entera libertad, que describa los acontecimientos tal cual como pueda hacerlos, claro es que en esta forma hay mayor exactitud y menor precisión: Hay mayor exactitud porque está relatando exactamente como se retrató en su mente y hay menor precisión porque divaga alrededor de circunstancias accidentales sin importancia y entonces es el juez mediante un interrogatorio bien ordenado y bien formulado puede hacerlo precisar. En la práctica y por lo que he podido apreciar en los juzgados penales el

testigo espontáneo es escaso, muchas veces el juez tiene que extraerles las palabras al testigo con tirabuzón. Este es el inconveniente que se presenta en esta forma de declaración. Por eso el código sabiamente ha establecido la siguiente regla: Que se interroga al testigo de una manera general, para que exponga lo que respecto del acontecimiento deba exponer, sin interrogarlo; y cuando ya haya terminado su relato. entra el juez a examinarlo y a preguntarle el porque de lo que relata y hacer que aclare las cosas oscuras de su declaración, ( esto lo hayamos consagrados en el artículo 238 de nuestro código). Resulta muchas veces que estos interrogatorios del juez dan lugar a veces a declaraciones contrarias a lo que se ha percibido. No hay que perder de vista una cuestión psicologica y es que los testigos se presentan ante el juez nerviosos, afanados y tímidos.

De modo que el juez que quiera obtener una declaración exacta, no debe asustar al testigo, sino infundirle confianza, ponderarle la necesidad de decir la verdad y hacerlo conocer la gravedad del juramento. Hay preguntas que llevan en sí envueltas la contestación, y el testigo afanado, conviene en responder afirmativamente. Ejemplo: si se le pregunta, para que diga si o nó, contesta alguna de las dos cosas. Supongamos que se le pregunta . De qué color es la corbata? . Medita, y dice el color que primero recuerda sin pensar efectivamente si vió o nó corbata.- Pero si se le pregunta , era blanca o azul, por lo general contestan que era uno de los dos colores sin parar mientes que era roja.

De ahí la gran importancia que tiene la manera de interrogar al testigo. El testimonio debe ser espontáneo, pero en la práctica no se pue-

de prescindir del interrogatorio , por lo vago, impreciso e incompleto de la declaración espontáneo del testigo.

RECEPCION DEL TESTIMONIO.-

Es el artículo 235 que dice: los testigos deberán ser interrogados personalmente por el funcionario o juez, ante su secretario etc. ....

Esta disposición tiene por objeto obligar al juez a recibir personalmente y ante su secretario a recibir la declaración ; no como a veces se vé el caso con frecuencia de secretarios y escribientes de juzgados recibiendo declaraciones.

Y es que debe recibirla personalmente el juez porque el es el que vá a calificar y a apreciar la declaración, y sino es así, no puede desarrollar el papel más importante o sea la de conocer la personalidad del testigo, su psicología, y un gran número de detalles que informan sobre la veracidad del testimonio. Algunos jueces empeñados en descubrir el delito y su autor, se extralimitan en sus funciones y esto es un error y se auto sugestionan de tal manera, que las palabras del sindicado, sus movimientos le enseñan el autor del delito.

Un juez auto sugestionado no se preocupa de otra cosa sino de comprobar sus sospechas, ya no es un investigador sino un acusador, y esa no es su función. Tomemos el ejemplo que cita con mucho acierto en sus comentarios al código de procedimiento penal colombiano del Dr. Moncada el cual es el siguiente: El médico que se le hace una consulta, se forma precisamente un diagnostico y va interrogando de cierta manera al enfermo para llevarlo a decir que le duele, cuando en realidad no es así, así el juez que se forma un concepto anticipado sobre el hecho de que se trata, hace decir al testigo lo que en realidad no es ni quería decir.

"Ya no se trata de un juez mal inclinado sino de un juez honorable que sin saber ha dado cabida a una sospecha que lo vá conduciendo a un error. Por eso D'Aguessau decía " que la sospecha es el crimen de los hombres honrados, el crimen de los hombres de bien." -

OBLIGACION DE DECLARAR.-

El artículo 225 del código dice: toda persona está en la obligación de rendir testimonio que se le pida en el proceso penal, con excepción de los casos expresados por la ley. Informar a los investigadores sobre los delitos es una obligación social, todos estamos obligados a coadyuvar a la defensa social cooperando en la investigación, pero sin perder de vista las leyes humanas, que enseñan que los vínculos de la sangre son mayores. Por eso se excluyen a los parientes y más se prohíbe a declarar contra determinadas personas.

Están exceptuados de declarar .

a) Los miembros del Culto

b) Los abogados, los médicos, cirujanos, enfermeros, farmacéutas. Respecto a hechos que hayan conocido en el ejercicio de su profesión. Será así toda la vida y no ha habido innovación con respecto a esto.

Hay otros que no se les obliga a declarar por razón de su categoría en el despacho del juez, sino declarar por certificación jurada, y son los siguientes:

a) El Presidente de la República; b) Ministros del despacho; c) Senadores y Representantes; d) Magistrados de la Corte Suprema de Justicia; e) Magistrados de los Tribunales Superiores; f) Magistrados de lo Contencioso Administrativo; g) Procurador General de la Nación; h) Consejeros de Estado; i) Gobernadores y sus secretarios; j) Generales en

servicio activo; k) Arzobispos, Obispos, Provisores y Dignidades del Cabildo eclesiastico; l) Agentes diplomaticos y consulares; ll) y los mismos jueces al rendir su testimonio.

CONDICIONES PERSONALES Y SOCIALES DEL TESTIGO.-

Estas son aquellas que distinguen al testigo individualmente y en el seno de determinado grupo social. Individualmente el testigo puede ser pariente del procesado, o estar ligado a él por vínculos de amistad, o tener interés personal en el fallo favorable o adverso. Socialmente puede el testigo, por la posición que ocupa estar obligado a respetar la palabra de honor y el juramento, o carecer de vinculaciones respetables dentro de un medio en que el bien no tiene estímulos ni el mal censuras. Estas circunstancias no pueden ser indiferentes al juez, quien debe estudiarlas y meditarlas.

CONDICIONES DEL OBJETO A QUE SE REFIERE EL TESTIMONIO.-

Vamos a considerar el objeto no desde un punto de vista de unidad real, sino a los aspectos que ofrezca para ser percibido por uno o por varios sentidos. Y así podemos decir que una misma cosa puede constituir varios objetos para la percepción. Vamos a tomar un ejemplo: Al disparar un arma de fuego esto es un solo hecho, puede ser percibido por el oído, la vista y aún por el olfato. Una persona ciega no ha visto ni el humo ni la persona que dispara, pero ha oído la detonación inconfundible producida por un revolver o fusil y ha percibido olor de pólvora. Un oído no ha podido oír la detonación pero ha visto una persona con una arma en la mano de la cual salía humo cuyo olor era de pólvora. De estos dos ejemplos vemos que es de gran importancia y cuidadosa atención el objeto del testimonio en relación con el

560

sentido que lo haya podido percibir. Nuestro código al referirse al objeto, comprende cada uno de los elementos capaces de ser recogidos por cualquiera de los sentidos. Son objeto así las cosas materiales, como el sonido, el olor y hasta el sabor.

#### CAPITULO IV

FORMALIDADES Y NULIDADES DEL TESTIMONIO- JURAMENTO- FORMA DE RECIBIRLO-  
MODO DE DEPONER - COMO HACER LAS PREGUNTAS- MULTAS - TESTIGOS FUERA DEL  
LUGAR DEL HECHO.

-----

Nuestro código ha establecido una serie de requisitos indispensables para la recepción del testimonio. Todo testigo debe presentarse ante el juez y su secretario. Con respecto a la recepción del testimonio que debe ser recibido por el juez y su secretario se ha presentado dudas. Supongamos que no se deja constancia en la declaración de que fué recibido por el juez y el secretario personalmente será nula la declaración? lo que constituye la nulidad es el hecho de haber sido recibido el testimonio ante persona distinta del juez y de su secretario, mejor dicho es nulo cuando se ha hecho en forma contraria de lo que ordena la ley. Pero la creencia de esa constancia no quiere decir que el juez y sus secretario no hicieron presencia e interrogaron al testigo. Quien pretenda la nulidad deberá demostrar que no sé recibió como manda la ley . Pudo haberse recibido ante el juez y su secretario y olvidarse anotar esa circunstancia, o no haber intervenido ninguno o alguno de esos funcionarios, y apesar de ello, dejar constancia que intervinieron. Por ello el articulo 235 dice: Si el testigo no fuere interrogado por el mismo funcionario de instrucción o el juez y en la diligencia se afirmare que lo



ha sido, el juez o el funcionario que debio recibir la declaración y el que realmente la recibiere, incurrirán, por ese solo hecho, en el delito de FALSEDAD DE DOCUMENTO PUBLICO.-

JURAMENTO.-

Todo testigo deberá prestar juramento, antes de rendir el testimonio de declarar toda la Verdad y solamente la Verdad. Esto es esencial. Y el cual debe ser tomado antes de principiar a deponer el testigo, porque el testigo debe saber desde el primer momento que se encuentra en el templo de la justicia, hablando en nombre de Dios y de su palabra de honor.

MODO DE DEPONER: La esposición debe ser oral, con la excepción de que el testigo sea mudo, pues entonces deberá formularse el interrogatorio por escrito y la contestación dada en la misma forma. Supongamos que el mudo o sordo mudo no sepa leer se le recibirá la declaración por medio de un interprete.-

COMO HACER LAS PREGUNTAS.- Al testigo debe hacerse una pregunta general sobre la cuestión que se investiga a fin de obtener una exposición completa en forma espontanea. Terminada que sea esta puede ser contra-interrogado por el juez, y las demás personas que puedan hacerlo. El artículo 240 dice al respecto: El juez o el funcionario de instrucción se abstendrán de insinuar al testigo su respuesta, y de redactar en forma alguna la respuesta que el testigo diere. Las respuestas deben consignarse por escrito en los mismos terminos en que los diere el testigo.

Para la insinuación de la pregunta se puede hacer de dos modos: lo. En volviendola en la pregunta o presentándola en forma indirecta como posible o aconsejándola directamente. De cualquier manera que se haga

es censurable, porque esto es un acto exclusivo del testigo, y es el único que puede relatar lo que sus sentidos han percibido. Es necesario que el testigo dicte sus respuestas y el secretario las copie. Terminada la declaración es obligación leersela y darsela al testigo para que la examine y se cerciore de si lo escrito corresponde a lo que contestó o si tiene algo mas que agregar, enmendar, suprimir, pero sin borrar lo escrito. Hecho esto la firmaren los que hubioren intervenido, dejando constancia de la lectura. -

MULTAS . - El testigo puede ser compelido con multas por valor de cincuenta pesos (\$50.00), convertibles en arresto a razón de dos pesos (\$2.00) por día, cuando no asista a rendir la declaración que de el se solicita.

#### TESTIGOS FUERA DEL LUGAR DEL HECHO.-

Cuando haya testigos fuera del lugar donde se sigue el proceso, se examinarán los testigos por medio de juez comisionado, o el mismo juez que conoce de la causa se trasladará, o la parte interesada en que se reciban los testimonios depositará la suma que se necesite en la secretaria del respectivo juzgado para indemnizar al testigo de los gastos que ocasiona su traslado al lugar donde se sigue el proceso.

#### CAPITULO IV

Voy a dejar este capítulo cuarto de mi tesis a hacer un somero estudio de la prueba testimonial en materia civil para complementar este trabajo ya, que el testimonio en lo civil tiene diferencias con el penal, presentando un trabajo completo, desde ambos puntos de vista . .

-----

CAPITULO IV

TESTIGOS HABLES - INCAPACIDADES - CONCEPTOS DE BECERRA - BONNIER - GALLI-  
NAL - MATTIROLO - IMPEDIMENTOS (Absolutos y Relativos) - CONCEPTO DE LA  
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - REFUTACION - RESTRICCIÓN A LA PRUEBA TESTIMO-  
NIAL EN MATERIA CIVIL- VALOR - PRUEBA DE LA CALUMNIA ORAL - INFIRMACION  
DEL TESTIMONIO.-

-----

TESTIGOS HABLES.- Toda persona mayor de catorce (14) años de edad y que  
no esté impedido se tendrá como testigo hábil. Las incapacidades pueden  
ser: 1o. Por incapacidad mental que se presume en el loco, imbécil, y el  
ebrio mientras lo este etc. 2o. Por incapacidad física; 3o. por incapaci-  
dad moral de quien ha sido condenado en sentencia ejecutoriada por cual-  
quiera de los delitos de perjurio o falsedad. (Artículo 668 del C.J).-  
De modo pues, que toda persona es capaz para declarar en materia civil  
sea mujer o hombre y la excepción la constituye las incapacidad ya enu-  
meradas. Porqué la ley fijará la edad de 14 y nó la de 17 para qué la  
declaración de una persona en juicio tenga valor?

Casi todas la legislaciones del mundo lo tienen establecido así y la ma-  
yoría de los expositores de derecho la defienden principalmente los que  
se han dedicado al estudio de la personalidad humana. Para demostrarlo  
con mucha lucidez oigamos los conceptos de distintos expositores de dere-  
cho.

BECERRA: Como para poder narrar concientemente los hechos jurídicos que  
pueden ser materia del testimonio, se necesita capacidad intelectual si-  
quiera sea para apreciar naturalmente, nuestra ley procedimental deter-  
mina como edad suficiente para ser esa apreciación , la de 14 años; edad

en que se supone que el sujeto declarante, en la generalidad de los casos, aunque no siempre así suceda, tiene el suficiente desarrollo intelectual para juzgar de los hechos en su entidad material, y tiene la libertad suficiente para exponerlo con todos sus detalles, en cumplimiento de la misión de colaborador de la justicia en su objetivo de dar a cada uno lo que le pertenece.-"

BONNIER: " No obstante las dudas que se han suscitado sobre este punto por muchos autores, creemos que debe aplicarse aquí, por identidad de razón,- El artículo 79 del código de instrucción criminal, que no requiere se preste juramento. Esta formalidad demasiado pródiga entre nosotros, es verdaderamente irrisoria cuando se impone a los menores que no comprenden su importancia".-

GALLINAL: La consideración, por un lado, de que la inteligencia y aún la libertad son indispensables en el testigo, exigiendo tales facultades un grado de desarrollo que con la edad se adquiere, y por otro lado, los de existir con desarrollo precoz algunas personas y ofrecer el testimonio de los niños la garantía de sinceridad que la inocencia supone, son motivos encontrados para fundar la solución acerca de la edad de los testigos. El estudiado artículo incapacita a los menores de 14 años, atendiendo sin duda, a la fundada consideración de que la generalidad, para lo cual son las reglas generales mas bien que para las excepciones, no adquiere antes de la edad expresada el discernimiento necesario para apreciar los hechos y la sinceridad de ánimo para someterse al interrogatorio judicial."

MATTIROLO: En el código italiano la declaración del menor de catorce (14) años no puede bastar para convencer al juez, ni estimarse como prueba, ni como presunción; el juez que tal hiciera, violaría la ley.

Entre las unicas incapacidades plenas para ser testigo en juicio en el código de procedimiento civil italiano enumera igualmente a los menores de catorce (14) años en vista de que no tienen discernimiento suficiente para cumplir el deber al cual son llamados, ni comprender toda su importancia."

OTROS IMPEDIMENTOS . Están impedidos para declarar por parcialidad que se supone en el testigo:-

- 1o.- En el conyuge, ascendiente, descendiente, o hermano de una de las partes, salvo en causas de edad o parentesco.
- 2o.- En el que es parte en el pleito, en los empleados subalternos que están viviendo del sueldo o remuneración que dicha parte les paga y en los sirvientes y criados de esta.
- 3o.- En el guardador de su pupilo, y en este por aquel.
- 4o.- En el que enajena una cosa en pleito sobre esta y en favor de la adquirente.
- 5o.- En el socio, con-dueno o comunero en pleito sobre la cosa o negocio común , menos cuando se trate de sociedades anónimas.
- 6o.- En el enemigo capital su enemigo, entendiendose por tal al que ha amenazado la vida de éste o le ha injuriado o calumniado de modo grave, sin que haya mediado reconcilación entre ellos. - Artículo 669 del CJ.

El doctor <sup>A</sup>Antonio Rocha dice que los impedimentos establecidos en los artículos 668, 669 y siguientes del código judicial, son de dos clases: absolutos y relativos.

Todo testigo que tenga un impedimento absoluto es inhábil para declarar en todo juicio. Todo testigo que tenga un impedimento relativo es inhábil para declarar en determinado juicio. A propósito del ordinal segundo del ar-

artículo 669 , que habla de LOS EMPLEADOS SUBALTERNOS PUBLICOS: quedarán comprendidos en dicha prohibición, a los empleados, que quieran declarar en favor de la entidad o persona que los remunera? Parece que se refiere a los empleados particulares y no a los públicos. Para ilustrar este punto veamos una sentencia de 19 de abril de mil novecientos treinta y tres (1933) para fijar su posición en la corte Suprema de Justicia que dice lo siguiente:-

CONCEPTO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.

Entre las tachas señaladas por la ley, relativas a los testigos como a los peritos, el numeral segundo del artículo 669, mediante una presunción de parcialidad, considera impedidos para declarar o dictaminar a los empleados subalternos que estén viviendo del sueldo o remuneración que dicha parte les paga.

Es evidente que esta disposición es excepcional y también lo es que la ley procedimental citada, refiriéndose a los empleados públicos, solamente priva a los empleados judiciales del Ministerio Público, el ser nombrados peritos según el artículo 17 de la citada ley, de suerte que a la disposición del artículo 669, ordinal segundo, no se le pueda dar la extensión que el articulante pretende, porque si tal hubiere sido el intento del legislador, evidentemente no hubiera dejado por fuera el artículo 17 a los demás empleados no mencionados en el.

Y esto es razonable, porque fundada la tacha establecida en el numeral segundo del artículo 669 del código judicial en la relación de dependencia existente entre la parte y su empleado subalterno, considerar que éste se halle carente de la libertad que es necesaria para decir la verdad o emitir su parecer en contra de los intereses de su patrón; empero de que es-

to sea así, no se sigue que se hallen en idéntica condición los empleados públicos al servicio del estado en pñeitos en que este interviene como partem, porque ellos no derivan su investidura ni tampoco sus emolumentos de una persona privada que esté en capacidad de coaccionarlos de modo directo sino de la entidad pública que desde este punto de vista es esencialmente abstracta y cuyos intereses están muy por encima del criterio en que los particulares mirarán los propios.

Los empleados públicos encargados de la administración, bien se trate de la legislativa, ejecutiva, o de la consultiva, gerencian con la mira del interés común; y en este interés por mas acendrado que se considere, nunca puede equipararse al de los particulares que obren en beneficio exclusivo de su patrimonio individual; de consiguiente no se puede aplicar el criterio establecido en la disposición que forma la tacha, que no puede referirse sino a los empleados subalternos de los patronos particulares y nó a los EMPLEADOS PUBLICOS.

#### REFUTACION A LA TESIS DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.

Se dice primero : es Verdad que el estado no puede coaccionar a los empleados públicos; pero los representantes del estado si lo pueden hacer sancionando o despádiendo a los empleados que no rindieren su testimonio favorable a las pretenciones sostenidas.

Segundo: que los interés del estado están por encima del criterio con qué los particulares vean los suyos; pero como estos son los que ejercen los puestos públicos, lo mas aceptado es que vean a los del estado con el mismo criterio con que vean los propios. Por mi parte estoy completamente de acuerdo con todas sus partes, según la tesis sostenida por la Corte Suprema de Justicia.

-----

RESTRICCIÓN A LA PRUEBA TESTIMONIAL EN MATERIA CIVIL.

Tres son las clases de restricciones de la prueba testimonial en materia civil. Estudiemos cada una de ellas y su fundamento jurídico.

"No se admitirán prueba de testigos respecto de una obligación que haya debido consignarse por escrito" Esto reza en el artículo 1.767 del C.C. y el artículo 91 de la ley 153 de 1.887 dice: deberán constar por escrito los actos o contratos que contienen la entrega o promesa de una cosa que valga más de quinientos pesos (\$500.00) .

De estos artículos se desprende que si yo presto setecientos pesos (\$700.) a una persona sin dejar constancia por escrito del contrato sucederá que si yo no reconozco esa deuda y me niego a pagarla, el acreedor no podrá en el juicio presentar ningún testimonio para probar su crédito, teniendo siempre en cuenta que el mutuo es consensual y no solemne.

Este podrá hacer uso de otra prueba que es del juramento decisorio, trabada ya la litis, y si yo confieso la deuda, ha demostrado la existencia del contrato. En esta restricción lo que se refiere es a la cuantía del negocio, esto es, del contrato, por lo que hace a su prueba.

En Colombia el valor que debe constar por escrito se aprecia en el momento en que la obligación se contrae y no antes, ni después, el Dr. Rocha dice, que para mayor seguridad de las obligaciones sociales ya que el valor de cambio de las cosas oscila, con motivo del cambio internacional de la moneda.

El acreedor también tiene sus restricciones, porque suceder lo siguiente: X, debe una suma mayor de quinientos pesos (\$500.00) y no consta por escrito el crédito, como ordena la ley. El acreedor podrá abandonar una parte de lo que se le debe y conformarse con solo supongamos cuatrocientos



noventa y cinco pesos (\$495.00) para eludir el mandato de la ley? Podrá de este modo cobrar judicialmente su crédito y hacer uso del testimonio?

NO.- Si el crédito primario es de mas de quinientos pesos (\$500.00) es obligatorio que conste por escrito y tener su escritura para poder hacerlo valer en juicio.

Otra restricción al acreedor es cuando una parte de su crédito ha sido cancelada por el deudor y no se llenaron las formalidades de la ley. Ejemplo: Pedro debe a Juan unos novecientos pesos (\$900.00) y le ha cancelado cuatrocientos cincuenta pesos (\$450.00). Juan no podrá demandar a Pedro por la suma restante con testimonios, sino presenta la prueba escrita. Esto es debido a que como se trata de un crédito que debía constar por escrito ya que pasaba de quinientos pesos (\$500.00) a no ser que suceda que Pedro confiese su deuda, pero así la CONFESION es la base, es la prueba.

#### SEGUNDA RESTRICCIÓN.

No es aceptable la prueba testimonial respecto de aquellos actos o negocios que exigen la forma escrita AD-SUBSTANTIAM - ACTUS.- Esta restricción no hace relación a la cuantía para rechazar la prueba testimonial, sino que debido a la clase de contratos para cuya validez de manera expresa se necesitan ciertas solemnidades, sin las cuales el acto no tiene valor en la vida jurídica, esto es no existen.

Sabemos que las servidumbre, bienes raíces y una sucesión heriditaria se necesitan escritura pública para su validez y además su registro en la oficina respectiva para su tradición. Lo mismo que las hipotecas deben constar por escritura pública y registrarse sin lo cual no tiene valor ni fecha cierta. En estos casos y algunos otros solemnes no es admisible a la

prueba testimonial, niquiera la confesión, para probar la existencia de dichos actos. Tenemos así que si X compra cualquier bien raíz debe tener su respectiva escritura con la constancia del registro y jamás podrá acreditar mi derecho con testimonios y ni aún con la confesión del que me lo vendió, cualquiera que sea su precio. Esto es debido a la naturaleza del acto solemne y no por el valor del contrato.

En lo que se refiere al valor económico es admisible la confesión: pero si son contratos o actos para cuya perfecta constitución la ley exige determinadas formalidades, la confesión es inoperante, lo mismo que la testimonial.

#### TERCERA RESTRICCIÓN.

Es el artículo 91 de la ley 153 de 1.887 donde la hayamos consagrada, cuyo tenor es el siguiente: " No será admisible la prueba testimonial en cuando adicione o altere de modo alguno lo que se expresa en el acto o contrato, ni sobre lo que se alegue haberse dicho antes, o al tiempo después de su otorgamiento, aún cuando en algunas de esas adiciones o modificaciones se trate de una cosa cuyo valor no alcance la suma de quinientos pesos (\$500.00) ".

Según este artículo cualquiera que fuere la naturaleza del negocio jurídico o el valor del objeto, si existe la escritura no será admisible prueba testimonial, en contra o en añadidura de lo que resulta del documento cualquiera que sea el tiempo en que los pactos contrarios o contradictorios o a las adiciones se hayan efectuado, anterior, posteriormente, simultáneamente a la redacción de la escritura.

Al respecto el profesor Coviello dice: que son simuladas o inexactas las disposiciones contenidas en una escritura, pues ellos equivaldría a probar contra si mismo. Ni tampoco se podrá probar por aquel medio que unas cláu-

sulas o pactos que de la escritura no resultan, fueron en realidad estipulados y queridos, eso será probar una adición o agregado de documento. El Dr. Antonio Rocha, nos dá un ejemplo muy práctico: es el de una obligación que no tiene cláusulas sobre intereses; aquí no es posible, no se puede aceptar, usar de la prueba testimonial de que los intereses no fueron pactados se deben, computar siempre, por esto sería una adición. Con esta restricción la ley ha dado a la prueba testimonial seguridad y firmeza al documento escrito que contiene la voluntad de las partes manifestaba libre y espontáneamente.

Tenemos un caso en el cual a la escritura no es posible nisiquiera oponer otra escritura, esto es una citación en la cual no es posible hacerse valer otro escrito en contra de lo que hubieren pactado, aún cuando hubiere sido querido por las partes contratantes, y es el artículo 468 de nuestro código de comercio que dice: "no se admitirá prueba de ninguna especie contra el tenor de las escrituras otorgadas en cumplimiento del artículo 465, ni para justificar la existencia de pactos no expresados en ellos."

#### VALOR DEL TESTIMONIO EN MATERIA CIVIL.-

Entre nosotros la declaración de un solo testigo no es inútil. Dice el artículo 696 . La declaración de un testigo no forma por sí plena prueba, pero constituye presunción más o menos atendible.....

Esto es presunción, es decir, muy cercana de fuerza de plena convicción. Sabemos que la presunción por su naturaleza y si ella se deduce de hechos demostrados por medio de testigos, es una prueba indirecta.

La declaración de testigos es prueba directa, ella no juega, ella no opera, ella no produce efectos, sino cuando se trata de demostrar directamente el

hecho al cual el testigo se refiere. En lo civil, la declaración de un solo testigo no puede llegar ni al pleno valor probatorio ni a la carencia absoluta de Valor. El artículo 697 dice: " dos testigos hábiles que concuerden en el hecho y su circunstancias de modo, tiempo y lugar forman plena prueba en los casos en que este medio es admisible con forme a la ley."

Así un juez puede tener por plenamente demostrado un hecho con tal que dos testigos idoneos, y siendo admisible a la prueba testimonial. Tampoco quiere decir que necesariamente tenga que fallar por la declaración de los dos testigos, porque el juez debe analizar, interpretar la declaración conforme a otras pruebas que también informan la convicción del juez.

Dos testigos pueden hacer plena prueba, pero no necesariamente. El libre análisis de la prueba de hecho, es muy difícil de destruirlo o de desvirtuarlo en casación. De ahí estriba la importancia que la ley da al juez para darle amplitud para estudiarla y aplique toda la psicología y malicia del hombre para descubrir la verdad.

#### PRUEBA DE LA CALUMNIA ORAL.-

La declaración sobre las palabras sirven para acreditar relaciones jurídicas que por consecuencia producen obligaciones en el mundo jurídico. Tomamos a la calumnia como ejemplo. Cuando se quiere demostrarla por medio, digamos de la difamación, el objeto directo de la aclaración debe ser, precisamente, de que se oyó pronunciar las palabras que por haber sido dichas implican la difamación oral. Y así como éste ejemplo hay otros en que es útil la declaración sobre puras palabras.

Luego si dos testigos declaran haber oído decir determinada cosa, expresando las circunstancias de lugar, modo y tiempo forman plena prueba acerca del hecho de que se pronunciaron tales palabras difamadoras, o sea dañan el honor, o el patrimonio.

DERECHO DE INFIRMACION DEL TESTIMONIO.-

Como sabemos es un principio general en materia de pruebas que toda y cada una de ellas debe ser contra dicha por el adversario y debe ser dictada públicamente en el sentido de que la contraparte sea sabedora de la prueba que el juez decreta. Es decir, el testimonio como cualquiera otra prueba debe ser contra-dicha y pública .

El artículo 693 del código judicial que dice: que salvo disposiciones especiales que permitan aducir meras declaraciones de nudo hecho, para apreciar los testimonios se requiere, que estos o sus respectivas ratificaciones, se hayan pedido y decretado durante el término probatorio, con el fin de que las partes intervengan en la diligencia, repregunten y ejerciten el derecho que se les concede de infirmar la prueba.

Infirmar la prueba es restarle valor probatorio por cualquiera de sus aspectos teniendo en cuenta la tarifa legal de pruebas .

Hay que hacer una distinción entre declaraciones de nudo hecho y la prueba sumaria. La ley emplea la declaración de nudo hecho en contradicción a la prueba contradicha y pública. Es muy corriente que acudamos a la información de nudo hecho, cuando la ley nos autoriza. Para las pruebas sumarias con las cuales se acompañan ciertas demandas, autorizadas en procedimientos especiales por el código judicial se ejercitan ciertos derechos.

La sumariedad de la prueba en este caso viene a significar prueba plena aunque no contradicha. Prueba sumaria es muy delicada, de precisar muy fácil. Su sumariedad no le quita valor probatorio intrínseco a la prueba misma. Solamente que se acepta cuando la ley la autoriza.

Supongamos que un testimonio humano se va hacer valer en juicio ordinario, será excluido porque debe ser contradicho y público, entonces hay

necesidad de ratificar el testimonio durante el termino probatorio, con el fin de darle a la prueba la condición común de todo testimonio que sea contradicho por el adversario, que éste no lo ignore.

No lo ignoran desde que el juez se lo notifique, esto es hacer saber a la otra parte que la ha decretado. Así se llena la condición de hacer pública la prueba, y así la otra parte infirmarla, por todos los medios conducentes que la ley autoriza.

#### CAPITULO V

SOCIEDADES CIVILES Y COMERCIALES-Y LA PRUEBA TESTIMONIAL.- PRUEBA DE LAS SOCIEDADES CIVILES.- PRUEBA DE LAS SOCIEDADES COMERCIALES.-

-----

Las sociedades son de dos clases: Las Sociedades Comerciales y las Sociedades Civiles, reglamentadas cada una de ellas por el código de comercio y por el código civil. Hay en las dos clases de sociedades diferencias fundamentales. Voy aquí a tratar aquellas diferencias que se relacionan con el testimonio. Estas diferencias son:

1o.- Las sociedades comerciales, son un contrato solemne y para su perfeccionamiento requieren las solemnidades de la escritura pública y del respectivo registro.

2o.- Las sociedades comerciales se constituyen para especular con actos de comercio.

En cambio las sociedades civiles son :

1o.- Un contrato consensual y se perfeccionan por el consentimiento de las partes,

2o.- Las sociedades civiles no se forman para especular con actos de comercio .

PRUEBA DE LAS SOCIEDADES CIVILES.-

Como sabemos la sociedad civil es un contrato consensual, y si el consentimiento es lo que necesitan para su perfeccionamiento, quiere ello decir que la ley solo exige para dichas sociedades solemnidades Ad-Probationem y no Ad-Solemnitatem.

De ello se saca la conclusión que dichas sociedades para su constitución y prueba según la regla general de los actos jurídicos no solemnes. Supongamos que el objeto social sea menor de quinientos pesos (\$500.00) la prueba testimonial, será operante para probar su existencia como persona jurídica distinta de la de los socios, y capaz para contraer toda clase de obligaciones y derechos. Y si el objeto social es mayor que dicha suma entonces la prueba testimonial es inadmisibile para probar su existencia, y entonces será la confesión de todos los socios, o por medio de un principio de prueba por escrito complementado con declaraciones de testigo.

PRUEBA DE LAS SOCIEDADES COMERCIALES.-

Como las sociedades comerciales es un contrato solemne, no basta el simple consentimiento de los socios para su perfecta formación como persona jurídica, o sociedad de derecho, nó, sino que hay que correr la escritura y su respectivo registro dentro de tiempo hábil para que tenga vida jurídica.

Por esto el artículo 465 del código de comercio dice: Las sociedades se forman y prueban por escritura pública ", esto es tanto para las colectivas, como anónimas, encomanditas simple, y las de responsabilidad limitada . De todo esto concluimos diciendo que : la prueba testimonial, lo mismo que la confesión no serán jamás admisibles para probar la existencia de estas sociedades cualesquiera que sea el valor del objeto social.

CAPITULO VI

## COMENTARIOS AL ARTICULO 191.- ENUNCIACION DE UNA TESIS.- CONCLUSION .-

COMENTARIOS AL ARTICULO 191.-

El artículo 191 del código dice así: "El que, en declaración, dictamen o versión rendidos bajo juramento ante autoridad competente, afirme una falsedad o niegue o calle, en todo o en parte, lo que es verdad incurrirá en presidio de uno a cinco años, e interdicción de derechos y funciones públicas hasta por el mismo tiempo."

De este artículo se desprenden que el delito de falso testimonio se puede cometer de tres maneras a saber:

- 1o.- Afirmando una falsedad.-
- 2o.- Callando en todo o en parte lo que es verdad.-
- 3o.- Negando en todo o en parte la verdad sabida.-

Pero, debemos tener muy en cuenta que cualquiera que sea la mentira, es indispensable que esté el elemento A SABIENDAS, porque de lo contrario no habrá lugar para aplicar la sanción establecida en dicho precepto. El elemento A SABIENDAS, que está tácito en el artículo 191 del CP. no se presume, ya que existe una presunción de inocencia a favor de todas las personas.

Si afirmamos que X ha cometido el delito de "falso testimonio" en determinado proceso civil o penal, habrá que probarselo, tendrá que demostrarse dos cosas: 1o. que el declarante se apartó de la verdad; 2o. que se apartó de ella A SABIENDAS, y no por error.

Es verdad que el artículo 191 que comentamos no se encuentra el elemento A SABIENDAS, expresamente establecido, como si lo está en otros textos del código penal vigente, pero si lo está de manera tácita por la siguiente razón: El falso testimonio es una forma de falsedad y uno de los ele-



mentos esenciales de la falsedad, cualquiera que sea su forma, documentos públicos etc. es precisamente el elemento A SABIENDAS, sin el cual el delito de falsedad no existe, no tiene existencia.

En ello están de acuerdo muchos comentaristas y la constante jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. En su obra "Codigo Penal" de la cual es autor el doctor Arcesio Aragón referente al falso testimonio se expresa así: "En este delito como en todas las formas de falsedad, se requieren tres requisitos: que se altere la Verdad maliciosamente, esto es, A SABIENDAS; que la mutación de la Verdad sea sobre aquellos hechos o circunstancias a corca de las cuales deba declarar el testigo o perito, y que esa declaración tenga eficacia, es decir, puede influir en el resultado final del juicio. "

Entonces el elemento A SABIENDAS, equivale a malicia: o sea, la conciencia la plena convicción que se está mintiendo. Vamos a ilustrar el caso con un ejemplo: Se perpetra un robo en determinado edificio y X, declara ante el juez que vió cuando M efectuó dicho robo. Durante el curso de la investigación se comprueba que M, no cometió el delito que le imputa X, sino que lo cometió el hermano de M, con el cual hay identico parecido físico. Se pregunta ? habrá cometido X el delito que venimos hablando o sea el de falso testimonio? De haber declarado un hecho que se aparta de la Verdad procesal? NO, y digo que no porque falta el elemento a sabiendas: el testigo X mintió por error, pero sin malicia. -

#### CONCLUSION.-

Estudiado el proceso del testimonio humano y los múltiples factores que influyen en su veracidad, vemos que cuan grande es la falta de justicia y técnica de la regla consagrada en el código de procedimiento penal, por la cual

el juez puede decretar la detención preventiva con base en un solo testimonio, o de un simple indicio. Mas absurda se hace vulnerando uno de los derechos mas sagrados como el de la Libertad, cuando esa detención se decreta por presuntos delitos que no admiten excarcelación.

Estos delitos están señalados en el artículo 406 del C. P. P. De modo pues que si se decreta la detención contra una persona por uno de esos delitos inexcusables, que sucede? que la persona a quien se le impute el hecho, no podrá obtener su libertad hasta tanto no aparezca en el expediente respectivo la prueba plena de su inocencia.

Como esto no es una tarea muy fácil, no porque el inculpado no sea inocente, sino por lo difícil que es en muchos casos aducir pruebas para quien está encarcelado, resulta por consecuencia que no obtendrá su libertad con la rapidez que se desearía, por lo cual se le causan al sindicado infinidad de perjuicios de todo orden. Perjuicios de orden moral, tan difíciles de reparar, ya que el honor y la reputación no tienen valor apreciable en dinero, quedando mermados considerablemente desde la detención, y además los perjuicios de orden económico.

Se me dirá en contra de lo expuesto, que la ley no exige cualquier testimonio, sino uno que ofrezca serios motivos de credibilidad. Ello es verdad. Pero para saber si un testimonio ofrece serios motivos de credibilidad es necesario hacer su critica, y tal critica no se efectua en la práctica, ya que desde su recepción, por lo regular la reciben el secretario del juzgado, bastará que se produzca el testimonio para que sirva de plataforma para dictar el respectivo auto de detención.

Por lo regular sucede lo siguiente: que la detención la decreta un inspector de policia, un policia encargado de la alcaldía, ignorante de estas cuestiones y que ni por curiosidad ha hojeado un libro de derecho, e influenciado

por la política . Cuando el juez competente aboca el conocimiento de proceso, ya está decretada la detención y ya no es posible libertad al cautivo sino mediante un equipo de provanzas que acrediten la falta de culpa del inculcado.

Se me dirá también que dá lo mismo un testimonio que dos, porque pueden mentir ambos. No creo ello así. Además , es una traba más que se impone al juez, alcalde o inspector, para decretar detenciones a su sabor, y así se obtendrá la armonía que debe existir entre los directos textos de la ley procedimental, ya que el testimonio es prueba incompleta.

Desde este modesto trabajo que he presentado, como tesis , pido una reforma sustancial sobre estas anomalías de nuestra legislación penal, a aquellas que se preocupan por estas cuestiones, para que la LIBERTAD, que es símbolo de grandeza y orgullo, y por la cual han luchado hombres y pueblos desde tiempos antiquísimos, no sea cercenada y pisoteada por aquellos que no tienen el sentido definido de ella.

-----  
FIN.

  
HERNANDO E. MOUTHON M.

I N D I C E

Pág.

CAPITULO PRIMERO.

CONCEPTO DE LA PRUEBA- ELEMENTOS DE LA PRUEBA (Objeto - Organo - Medio) ENUMERACION Y CLASIFICACION DE LAS PRUEBAS. (Artificiales y no Artificiales) GENERALICA Y ESPECIFICA. DE CARGO Y DESCARGO- DIRECTA- INDIRECTA.- VALORACION DE LA PRUEBA. VALOR DEL MEDIO DE PRUEBA. (Formal- Psicologico- Material) RELACIONES Y ANALOGIA ENTRE LA PRUEBA EN MATERIA CRIMINAL Y EN MATERIA CIVIL....

2

CAPITULO SEGUNDO.

DEFINICIONES- DEFINICION DE TESTIMONIO Y TESTIGO. DIFERENCIA ENTRE TESTIMONIO Y CONFESION- CAPACIDAD DEL TESTIGO (En abstracto y en concreto) TESTIMONIO PRUEBA MEDIATA. INMEDIATA. TESTIGOS ELEGIDOS ANTE FACTUM. POST-FACTUM.- Y PRESENTE INFECTO. CONCEPTO DE FRACASADO. CRITICA. CONDICIONES PARA SER TESTIGO. FACTORES QUE INFLUYEN EN LA VERACIDAD DEL TESTIMONIO Y SUS VICIOS. (Percepción, Memoria, Evocación, Voluntad de expresarlos, Capacidad) RECEPCION DEL TESTIMONIO. CONDICIONES PERSONALES SOCIALES DEL TESTIGO. OBLIGACION DE DECLARAR. CONDICIONES DEL OBJETO A QUE SE REFIERE EL TESTIMONIO.....

8

CAPITULO TERCERO.

FORMALIDADES Y NULIDADES DEL TESTIMONIO- JURAMENTO- FORMA DE RECIBIRLO- MODO DE DEPONER - COMO HACER LAS PREGUNTAS- MULTAS- TESTIGOS FUERA DEL LUGAR DEL HECHO.....

27

CAPITULO CUARTO.

TESTIGOS HABLES- INCAPACIDADES- CONCEPTOS DE BECERRA- BONNIER- GALLINHAL- MATTIROLI- IMPEDIMENTOS (Absolutos y Relativos) CONCEPTO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA- REFUTACION- RESTRICCIÓN A LA PRUEBA TESTIMONIAL EN MATERIA CIVIL- VALOR- PRUEBA DE LA CALUMNIA ORAL- INFIRMACION DEL TESTIMONIO.....

30

CAPITULO QUINTO.

SOCIEDADES CIVILES Y COMERCIALES- Y LA PRUEBA TESTIMONIAL- PRUEBA DE LAS SOCIEDADES CIVILES- PRUEBA DE LAS SOCIEDADES COMERCIALES/

41

CAPITULO SEXTO.

COMENTARIOS AL ARTICULO 191- ENUNCIACION DE UNA TESIS. CONCLUSION.

43.

\*\*\*\*\*  
OBRAS CONSULTADAS  
\*\*\*\*\*

DERECHO PROCESAL PENAL..... Eugenio Florián

DE LA PRUEBA EN MATERIA CRIMINAL..... J. A. Mitter-Mair

DE LA PRUEBA EN DERECHO..... Antonio Rocha.

PSICOLOGIA JURIDICA..... Emilio Mira López

EL TESTIMONIO..... José Ma. Guerra Samper

PRUEBA JUDICIAL..... Luis Alzate Noreña

PSICOLOGIA MEDICA..... José A. de la Buru

DOCTRINA GENERAL DEL DERECHO CIVIL..... Nicolás Coviello

COMENTARIO AL CODIGO DE P. PENAL COLOMBIANO.. Timoleón Moncada

CODIGO PENAL COLOMBIANO..... Guillermo Mesa Prieto

CODIGO CIVIL COLOMBIANO..... José A. Archila

COMENTARIOS AL CODIGO DE COMERCIO..... Felix Cortés

\*\*\*\*\*  
\*\*\*\*\*  
\*\*\*\*\*

\*\*\*\*\*

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS DE LA  
UNIVERSIDAD DE CARTAGENA.

Rector de la Universidad:

Decano de la Facultad: Dr. Miguel Angel Royo.

Presidente de Tesis: Dr. Ramon P. de Hoyos.

Examinadores: Dres. Miguel Gómez Fernández, Juan Ignacio  
Gómez Haary y Alfredo Araujo Grau.

Secretario de la Facultad: Dr. José M. Bustillo Franco.

"La Facultad no aprueba ni desaprueba las opiniones emitidas en las tesis; tales opiniones deben considerarse como propias de sus autores".

584

REPUBLICA DE COLOMBIA

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS DE LA UNIVERSIDAD DE CALI TAGUINA

DE LA REIVINDICACION Y OTRAS

ACCIONES REALES..

UNA CRITICA A LA JURISPRUDENCIA COLOMBIANA.

Tesis presentada y sostenida por Antonio  
de la Vega para optar el titulo de Doctor  
en Derecho y Ciencias Politicas.

1.946



INTRODUCCION

Este trabajo versa primordialmente sobre la reivindicación. El tema constituye interesante tópico de derecho, con méritos para un extenso y disertado tratamiento.

Desventuradamente, ni los recortados límites de una tesis de grado, ni la angustiosa brevedad del tiempo de que dispusimos por fuerza de especiales circunstancias, nos han hecho imposible tratar el tema con la conveniente amplitud.

No quisimos, con todo, prescindir de un ligero examen de la jurisprudencia que ha elaborado la H. Corte Suprema de Justicia sobre la petición reivindicatoria de dominio, y especialmente sobre la prueba de ésta. Esa jurisprudencia nos ha sugerido algunas glosas, que nuestros examinadores encontrarán consignadas en la tercera parte de esta monografía.

La aludida doctrina de la Corte, prestada a los tribunales de Francia, no cuadra con los moldes de nuestra legislación positiva. Se inspira en la necesidad de defender a los propietarios reivindicantes contra las dificultades teóricas de la prueba del dominio; y encuentra apoyo en la conveniencia de conceder acción reivindicatoria a los que, sin poder acreditar dominio cabal, demuestran un mejor derecho que sus demandados.

Pero olvida que tales exigencias de equidad vienen satisfechas por la propia letra de nuestro código, al consagrar éste dos acciones distintas: una acción reivindicatoria propiamente dicha, ejercitable únicamente por los verdaderos dueños (arts. 946, 950 c.c.); y una acción que participa de la antigua publiciana de los romanos, que se concede al simple poseedor regular contra poseedores de calidad inferior (art. 951 c.c.). La Corte, al construir

esa jurisprudencia, no quiso reconocer las virtudes satisfactorias del articulo 951 para desnaturalizar innecesariamente la accion de dominio propiamente dicha.

X X  
X

Siendo el tema principal de nuestro estudio una garantia del dominio y su accion por excelencia, no resulta ajeno a nuestro proposito que discurremos sobre la nocion de propiedad. De ahi que en el plan de trabajo que nos hemos trazado, figure en primer termino un estudio comere sobre ese concepto general.

Importa tambien estudiar, conjuntamente con la reivindicacion, las otras garantias del derecho de dominio, tales como los interdictos posesorios y la accion publiciana. Y para obtener un resultado general armonico, hemos tenido cuidado de señalar puntualmente las diferencias que distinguen a estas acciones de la reivindicatoria o de dominio.

PRIMERA PARTE:

NOCIÓN DE LA PROPIEDAD

P R I M E R A P A R T E

N O C I O N D E L A P R O P I E D A D

---

CAPITULO PRIMERO

Definición. -

I - El código civil colombiano dice en su artículo 669 (inciso primero):  
"Art. 669. El dominio (que se llama también propiedad) es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente, no siendo contra ley o contra derecho ajeno".

Ahora bien, ¿ De dónde nace el fundamento legítimo de ese derecho, y hasta qué grado es él realmente absoluto y pleno?

El análisis que hagamos de esa definición y la respuesta que demos a este interrogante, completarán de una manera mas o menos cabal la noción de propiedad.

Para un mejor desarrollo de esta tarea, dividiremos el trabajo en capítulos diferentes.

## CAPITULO SEGUNDO

### La Propiedad es un derecho real.-

2 - La propiedad es el mas perfecto de los derechos reales. Conviene, por eso, antes de seguir adelante, que analicemos cuidadosamente esta especie de derechos, y establezcamos las diferencias fundamentales que la distinguen de los derechos personales.

3 - Sobre las cosas, dice Pothier, pueden tenerse dos especies de derechos: un derecho real (jus in re), que es un derecho en la cosa misma, y por virtud del cual esa cosa nos pertenece, al menos bajo cierto aspecto; y un derecho personal (jus ad rem), o sea un derecho con relaci'on a una cosa, la cual constituye el objeto de la obligaci'on del deudor.

La definici'on que da Pothier sobre derecho personal es inexacta. El derecho personal, en efecto, no siempre es el que tenemos "con relaci'on a una cosa", toda vez que el objeto de una obligaci'on personal puede consistir en un simple hecho, v.gr., una representaci'on teatral, o en una absteneci'on, como correr, por ejemplo, el caso en que el deudor quedara obligado a no competir con el acreedor en determinada clase de negocio.

No sucede lo mismo con el derecho real, el cual no se concibe sino con una cosa sobre la que se ejerce. Y es esa, justamente, una de las diferencias sustanciales que existen entre derecho real y derecho personal, como tendremos ocasi'on de ver m'as adelante. (1)

4 - Se entiende por derecho real el poder jur'idico, directo e inmediato,

---

(1)- E. Laurent, "Principios de Derecho Civil", tomo 6o.

que el titular tiene sobre un objeto determinado. Pertenecen a la categoría general de los derechos absolutos, y es oponible, por tanto, a terceros.

El derecho personal, en cambio, es aquel en virtud del cual una persona llamada acreedor puede exigir de otra, llamada deudor, la observancia de cierta conducta que ha de traducirse necesariamente en una obligación de dar, hacer o no hacer. Es un derecho por su esencia relativo, ya que no puede ejercitarse sino contra la persona del deudor.

5 - De la definición de derechos reales y personales se desprende que los primeros confieren la propiedad o un desmembramiento de la propiedad, sobre las cosas en que se ejercitan. En tanto que el derecho de crédito sólo da acción contra la persona del deudor para constreñirla a cumplir una prestación.

Ya hemos dicho que el derecho real es el poder jurídico que el titular ejerce sobre una cosa determinada. Ahora bien, ese poder es más o menos intenso, según la naturaleza del derecho de que se trate. En la propiedad --el derecho real por excelencia-- ese poder es absoluto y entraña un aprovechamiento total de la cosa, ya que el propietario puede usar, disfrutar y disponer de ella como le plazca. En los demás derechos reales, llamados por los romanos "jura in re aliena", ese poder es limitado y sólo autoriza un aprovechamiento restringido. Se ha dicho que "el criterio de distinción entre el derecho real absoluto y típico: la propiedad, y los demás derechos reales, radica en la forma del aprovechamiento, total en la propiedad y parcial en los demás derechos reales". (1)

Originalmente sólo se concebía entre los romanos un derecho de propiedad

---

(1). Rafael Bojina Villegas, "Derechos Reales y Personales".

sin limitaciones. Los derechos reales más antiguos, distintos de la propiedad, son creados por el *proter* o por la legislación del Bajo Imperio.

6 - Su creación obedece a naturales exigencias del tráfico jurídico. Sobre este particular dice Rodolfo Schm, en su tratado "Instituciones de Derecho Privado Romano": "Con la propiedad tienen que existir otras relaciones garantizadas por el Derecho, que permitan usar y disfrutar de las cosas, sin necesidad de adquirirlas dominicalmente. Pueden desempeñar este oficio, en ocasiones, las relaciones de carácter contractual --por ejemplo: el arrendamiento o el comodato-- celebradas con el dueño de la cosa. Mas no siempre es esto suficiente, toda vez que los derechos así adquiridos tienen mera eficacia creditual y, por tanto, solo pueden hacerse efectivos entre las personas contratantes.

"Los contratos como fuentes que son de obligaciones, solo conceden derechos personales y relativos, por fuerza imperfectos, sin satisfacer plenamente las necesidades del comercio social. Es preciso que a su lado existan otros derechos mejor protegidos y de alcance más amplio, que permitan usar y disfrutar con mayores garantías las cosas ajenas. Tales son los derechos reales....."

Las servidumbres fueron los primeros derechos reales limitativos del dominio que concagrara el antiguo derecho romano. Más tarde, a fines del siglo III, fue la *Enfitosis*, cuya primitiva forma no se diferenciaba sustancialmente del arriendo, pero que fue adquiriendo con el correr de los tiempos caracteres distintivos. Posteriormente el derecho *proteriano* estableció el de "superficie, perfeccionado por Justiniano, y los derechos reales accesorios.

7 - Pase a las teorías esbozadas autorizadamente por Ortolan y Flaniol, de un lado, y Salleilles, Jallu y otros connotados juristas, de otro lado, que tratan de asimilar, aunque por distintos aspectos y desde diferentes puntos de

vista, los derechos reales y personales, es incuestionable que entre unos y otros hay diferencias irreductibles, de las cuales trataremos de hacer encoguida una puntual enumeración.

8 - Hay diferencia sustancial en cuanto al sujeto. El derecho real, como ya dijimos, es un poder jurídico que el titular ejerce directa e inmediatamente sobre la cosa. Es decir, que para que el derecho real sea ejercitado, se realice cabalmente, no ha menester de la intervención de un sujeto pasivo determinado. En la propiedad, por ejemplo, el propietario usa, disfruta y dispone de la cosa sin que surja necesariamente el sujeto pasivo. O, como lo quiere Planiol, el sujeto pasivo existe pero en forma indeterminada y potencial, pues solo surge ostensiblemente cuando ha habido una violación de ese derecho. No constituye de esta suerte el sujeto pasivo un elemento necesario para la constitución del derecho real.

El papel del sujeto pasivo en el derecho de crédito es bien distinto.

Siendo el derecho personal la facultad que el acreedor tiene para exigir del deudor el cumplimiento de una prestación o de una abstención, es claro que el concurso de éste es indispensable para nazca el derecho de aquél. La facultad de todo derecho personal la ejerce siempre el titular contra la persona determinada del deudor.

9 - Por eso se dice que el derecho de crédito es relativo, porque se dirige contra una persona determinada, en tanto que el derecho real es absoluto, porque es oponible a todos los terceros, este es, porque produce efectos erga omnes. Y esta diferencia, que hace relación a la naturaleza misma de los dos derechos, es otra de las más importantes.

10 - También hay diferencia en cuanto a los objetos. En el derecho real, el objeto es, necesariamente, una cosa determinada sobre la cual el titular



ejercita su poder jurídico. En el derecho personal, en cambio, el objeto es una prestación, una conducta, que el acreedor puede exigir del deudor. Puede acontecer que la prestación debida en un derecho de crédito, consista en dar una cosa. Pero en el ejemplo propuesto, esa cosa no vendría a ser tampoco el objeto directo o inmediato del derecho, sino indirecto y mediato.

11 - Las dos últimas diferencias entre derecho personal y derecho real, que hemos anotado, engendran una consecuencia importante.

Siendo el derecho real un derecho absoluto, oponible a todos, y tratándose de un poder jurídico que recae sobre una cosa concretamente individualizada, su ejercicio encuentra fácil protección en una acción que faculta al titular para perseguir la cosa y recuperarla cuando otra persona la retenga indebidamente. Si el derecho real es el de dominio, esa acción se llama reivindicatoria.

Pero no es dable imaginar una acción de persecución nacida de un derecho de crédito, ya que es éste un derecho esencialmente relativo, que sólo puede dirigirse contra la persona del obligado, y toda vez que el objeto del mismo se reduce a una prestación, positiva o negativa.

12 - Otra diferencia notable entre las dos especies de derechos se refiere al contenido pecuniario de la obligación personal.

En los derechos reales no es posible encontrar obligación patrimonial ninguna, toda vez que no hay sujeto pasivo propiamente dicho.

Sin embargo, autores de la categoría de Planiol pretenden que al violarse un derecho real, surge el sujeto pasivo con una obligación que se traduce en dinero.

Pero en realidad, esa obligación pecuniaria de quien viola un derecho real, nace del hecho ilícito que entraña la obligación y no de un vínculo obligatorio preexistente.

13 - Finalmente, Benezecase expone una diferencia capital entre los dos

derechos, pero desde un punto de vista estrictamente económico, que el autor enuncia así:

En la economía existen dos fenómenos fundamentales, a saber: el fenómeno económico de la riqueza y el fenómeno económico del servicio.

Pues bien, dice Bonnetcase, esos dos fenómenos gobiernan también las relaciones jurídicas, y dan origen, separadamente, a los derechos reales y a los derechos personales.

Para este autor el derecho real es la organización jurídica del fenómeno de la apropiación de la riqueza, y el derecho personal la consagración jurídica del fenómeno económico del servicio. (1)

14 - Con la enumeración de las más importantes diferencias que existen entre derecho personal y derecho real, creemos de jar completadas las nociones de uno y otro. Y siendo el derecho de dominio un derecho real --el derecho real por excelencia-- la tarea hasta aquí desarrollada resulta muy útil a nuestro propósito general y último de precisar el concepto de la propiedad.

---

(1). Julian Bonnetcase, "Precis de Droit Civil", t. II.

CAPITULO TERCERO

EXTENSION Y FUNCIONES DEL DERECHO DE PROPIEDAD

15 - Del contenido del artículo 669 del código civil se infiere la extensión que en nuestra legislación positiva tiene el derecho de propiedad, y que podemos condensar en la fórmula romana "potestas utendi, fruendi et abutendi".

Aunque la citada disposición no consagra expresamente a favor del propietario la facultad de uso que tiene sobre la cosa objeto de su derecho, es claro que si la tiene, y va envuelta en la de gozar la cosa.

Con ésto, no siempre van juntos el uso y el goce en los derechos reales. así, por ejemplo, el comodatario tiene el uso de la cosa que se le presta, pero no puede arrendarla ni percibir en manera alguna sus frutos.

En el antiguo derecho romano las palabras goce y uso tenían un alcance nitidamente delimitado; así, el goce comprendía únicamente la percepción de los frutos, y el uso era el provecho que se derivaba de las cosas que no producen frutos, pero de las cuales se sirve uno según su destino.

Esta ociosa disquisición no importa al objeto de nuestro estudio. Sólo queremos aclarar que aunque el artículo 669 citado no lo dice expresamente, son tres las facultades esenciales que nacen del derecho de propiedad, a saber:

1o. El uso (ius utendi), o sea el derecho de aprovecharse de la cosa según su destino;

2o. El goce (ius fruendi), o sea la facultad de percibir los frutos que la cosa está en capacidad de producir;

3o. El abuso (jus abutendi), o sea el derecho de disponer arbitrariamente de la cosa, no siendo contra ley ni contra derecho ajeno.

Un cuarto atributo de la propiedad ha sido consagrado por la doctrina: la exclusión.

La propiedad es exclusiva, lo cual quiere decir que las facultades que de ella nacen se concentran todas en la persona del propietario, con exclusión absoluta de extraños. El carácter exclusivo de la propiedad "aleja la idea de facultad de otra persona respecto de la misma cosa". (1)

16 - La propiedad, como acabamos de ver, es un derecho, en principio, absoluto. Pero absoluto solo en el grado en que pueden serlo los derechos humanos.

La vida en sociedad, el mantenimiento y el progreso del orden social, limitan necesariamente la extensión del derecho de dominio. Tal derecho, ha dicho la ley positiva colombiana, faculta al propietario para gozar y disponer de la cosa de que es dueño, pero "no siendo contra la ley o contra derecho ajeno.

Jossérand, exagerando la importancia restrictiva de las limitaciones que se imponen al dominio, llega hasta afirmar que el derecho de propiedad es absoluto en el sentido de que es oponible a todos pero que es relativo en su ejercicio, en su realización. (2)

---

(1) Alfredo Barros Errázuriz, "Derecho Civil", 1r. tomo.

(2) Louis Jossérand, "Cours de Droit Positif Français, tomo 1o.

En realidad, el derecho de propiedad si es inviolable y absoluto, aunque, como todos los derechos humanos, encuentra su justo límite en el derecho de los demás y queda sometido en su ejercicio a las exigencias y necesidades del orden social.

17 - De aquí que el Estado puede, mediando graves motivos de utilidad pública, expropiar los bienes de los particulares, previa indemnización de los perjuicios consiguientes.

A este principio (consagrado en casi todas las constituciones políticas después de la revolución francesa) se le justifica mal diciendo que el interés general debe primar sobre el interés particular.

El propietario tiene mas que un interés: tiene un derecho. Y si ese derecho cede ante las exigencias del orden social, relativas casi siempre a la salud y a la vida de los asociados, es porque ellas entrañan otro derecho superior y principal. "La vida de los hombres es el mas poderoso de los derechos y supera al de los propietarios, no porque la sociedad los pueda despojar, sino porque puede obligarlos a ceder sus tierras y sus casas, previa indemnización". (1)

La razón de utilidad pública que se aduzca para una expropiación debe, por lo demás, estar rigurosamente calificada por una ley del estado. Y al acto de la expropiación deben proceder sentencias judiciales e indemnización suficiente. El propietario a quien se despoje sin estos requisitos puede hacer valer contra el Estado la acción reivindicatoria que le concede su derecho.

18 - En guarda también del bien común y el interés general, la ley ha establecido así mismo limitaciones parciales al derecho de dominio

---

(1) F. Laurent, op. cit.

y ha facultado al propietario para que establezca otras a voluntad. (Ver art. 793 c. c.)

19 - Las demás restricciones con que se ejerce el derecho de propiedad, resultan del conflicto de los derechos privados y tienen su fundamento en la justicia comunitativa. "El derecho del propietario, dice Portalis, por extenso que sea, consiente límites que el estado de sociedad hace indispensables. Pues que vivimos con nuestros semejantes, debemos respetar sus derechos, como ellos deben respetar los nuestros. No debemos, pues, permitirnos, ni aun en nuestros fundos, procedimientos que puedan herir el derecho adquirido de un vecino o de cualquier otra persona". (1)

Ahora bien, ¿cuando el proceder de un propietario hiera el derecho de otro? Sobre este particular es necesario que se precisen los conceptos.

Pothier explica así este principio: "Aunque el dominio de propiedad de al propietario el derecho de hacer en su heredad lo que le parezca, no puede, sin embargo, hacer allí lo que las obligaciones de vecindad no permiten que haga con perjuicio de los vecinos". (2)

Entonces, ¿basta que un propietario cause un "perjuicio" a otro para que el derecho de este pueda considerarse violado?

Creemos que no, y estimamos que estos principios esenciales así expuestos de manera tan genérica y vaga, prestarse a peligrosas confusiones y puedan inducir a confusiones evidentemente falsas.

No basta que un propietario haya irrogado un perjuicio a otro, para que se le considere extralimitado en su derecho.

---

(1) Portalis "Exposición de motivos"

(2) Pothier, "De la propiedad"

Para que el propietario sobrepase realmente los límites de su derecho, es necesario que con el perjuicio que causa viole el derecho de otro. Hay en esto, pues, dos hipótesis esencialmente distintas que pueden acaso considerarse fruto de rebuscadas sutilezas. Sin embargo, la cuestión es importante, y dos ejemplos clásicos que vamos a proponer enseguida aclararán el asunto suficientemente.

"Si levanto una construcción en mi heredad, con ella le quito la luz al vecino, causándole, consiguientemente un perjuicio: ¿Debo reparar ese perjuicio? No, dice Pothier. (1) Construyo en mi fundo un horno de cal, que despidiendo hacia el del vecino un humo denso y desagradable: ¿Estoy obligado a reparar el daño que le causo? Pothier dice que sí. Si en ambos casos hay perjuicio, ¿por qué debo reparar en uno, y no debo hacerlo en otro? Porque en uno de esos casos vulnero un derecho de mi vecino: el derecho que tiene al aire puro de su heredad, aire que yo corrompo. Tengo, a la verdad, derecho de construir en mi fundo; pero mi vecino tiene, por su parte, derecho al aire, condición para la salud y la vida. Hay dos derechos encontrados, y así, el uno limita al otro". (2)

20 - El ejercicio de la propiedad como derecho subjetivo y las limitaciones que el Estado establece a ese derecho con miras al bien común, imprimen al dominio un carácter individual y privado que atiende al interés de los particulares, y un carácter social y público que mira al interés de la sociedad.

De este doble carácter nacen las funciones de la propiedad: su na-

---

(1) Véase art. 934 del cc.

(2) F. Laurent, o. cit.

tural función individual y su necesaria función social.

En el reconocimiento de estas dos funciones armónicas radica el concepto cristiano, católico, de la propiedad, que concilia sabiamente las contrapuestas nociones de "individualistas" y "socialistas".

El antiguo concepto de la propiedad que la consideraba un derecho arbitrario, - que nos viene de los romanos, que fue proclamado por la Revolución Francesa y consagrado por el Código Napoleón- ha querido ser sustituido en los tiempos modernos por doctrinas igualmente absolutistas y falsas.

La propiedad --se ha dicho-- no es un derecho subjetivo y absoluto sino una función social; no es un derecho natural sino una situación jurídica sancionada por una regla de derecho. El propietario no tiene derechos sino deberes; no puede usar la casa que posee como le plazca, ni menos abstenerse de usarla con perjuicio para la colectividad, sino que está obligado a explotar la cosa de manera que contribuya a la riqueza pública. El hombre no es sujeto de derechos inviolables y absolutos, sino un "funcionario" del Estado, y como tal tiene la obligación de dar a la cosa que posee el empleo que mejor convenga a los intereses sociales.

Un paladín de esta falsa doctrina, Leon Duguit, ha dicho textualmente:

"Todo individuo tiene la obligación de cumplir en la sociedad una cierta función en razón directa del lugar que en ella ocupe. Ahora bien, el poseedor de la riqueza, por lo mismo que posee la riqueza, puede realizar un cierto trabajo que solo él puede realizar. Solo él puede aumentar la riqueza social haciendo valer el capital que posee. Está pues obligado socialmente a realizar esta tarea, y no será protegido socialmente más que si la cumple y en la medida que la cumple. La propiedad no es, pues, el derecho subjetivo del propietario, es la función social del tenedor de la ri-



cuera".

De estos principios fluye lógicamente una consecuencia; el no uso de la propiedad entraña el incumplimiento de la obligación principal del propietario y produce para éste la pérdida de su derecho.

De esta manera la nueva doctrina impugna el carácter arbitrario que tiene la propiedad según el concepto tradicional, que faculta al propietario para usar y disponer como quiera de la cosa que es objeto de su derecho, o para no usar ni disponer de ella.

Esto por lo negativo del propietario es realmente injusto e inconveniente. Pero las reformas que proponen las modernas tendencias son inaceptables en el mismo grado, porque entrañan un concepto totalitario del Estado y pugnan con los derechos naturales e inalienables del hombre.

22 - "Por lo tanto --ha dicho la Iglesia Católica-- hay que evitar cuidadosamente el chocar contra un doble escollo. Como, negado o atenuado el carácter social y público del derecho de propiedad, por necesidad se cae en el llamado "individualismo", o al menos se acerca uno a él, de semejante manera, menoscabado o disminuido el carácter privado o individual de ese derecho, se precipita uno hacia el "colectivismo", o por lo menos se tocan sus peculiaridades. Quien piense de vice a otro consideracionado se desorientará por la pendiente hasta la cima del modernismo moral, jurídico y social, dando ciego por ciego". (1)

23 - El pensamiento de la Iglesia en punto a caracteres y funciones de la propiedad es, pues, de cabida olusación intermedia, desde la cual se define el postulado de la inviolabilidad de los derechos del individuo y se reconoce al mismo tiempo el deber en sus actos el propietario de usar los

---

(1) Pio XI - Enc. "Quadragesimo Anno".

cosas que sean de su dominio de manera que resulten útiles a toda la sociedad. Estos principios contenidos por la Iglesia, y recogidos por nosotros de copiosa documentación pontificia, pueden sintetizarse en los siguientes puntos:

**Primero:** La facultad de adquirir las cosas y reservarlas para sí con exclusión de los demás, tiene su fundamento en el derecho natural conferido por Dios y proclamado al linaje humano por medio de la mota rosca.

Esta facultad "fue otorgada por la naturaleza, o sea por el mismo Creador, a los hombres, ya para que cada uno pueda atender a las necesidades propias y de su familia, ya para que, por medio de esta institución, los bienes que el Creador destinó a todo el género humano sirvan en realidad para tal fin".

**Segundo:** Se deduce de lo anterior que la propiedad tiene dos funciones esenciales: una función privada y una función social.

**Tercero:** Corresponde a los poderes públicos fijar un justo límite a estas funciones de la propiedad y reglamentar debidamente el ejercicio de este derecho. Pero en cumplimiento de este deber, los que gobiernan el Estado deben proceder guiados por la ley natural y consultando siempre las verdaderas necesidades del bien común.

**Quinto:** "Poseer algunos bienes en particular, es, como poco antes hemos visto, derecho natural al hombre; y usar de ese derecho, mayormente cuando se vive en sociedad, no solo es lícito, sino absolutamente necesario" (1). Es deber del propietario, pues, usar las cosas que posee de

---

(1) Leon XIII, Enc. "Rerum Novarum", 18.

manera que asegure la interdependencia social y contribuya al progreso comunal.

Quinto: Sin embargo, con cosas bien distintas el derecho de propiedad y su uso. "respetar solamente la división de los bienes y no invadir el derecho ajeno, traspasando los límites del dominio propio, son mandatos de la justicia que se llama conmutativa". En tanto que el uso útil y honesto de las cosas que se poseen en particular es obligación que no está sancionada por esta justicia, sino que pertenece a otras virtudes cuya observancia "no se puede exigir por vía jurídica". (1)

Sexto: Siendo esto así, y teniendo el derecho de propiedad su origen y fundamento en la ley natural; siendo ese derecho anterior y superior al Estado, y no pudiendo la autoridad pública, por tanto, violarlo ni desconocerlo, resulta inaceptable que el abuso o el simple no uso de la propiedad produzcan para el propietario la pérdida de su derecho.

---

(1) Ino. Cuadragesimo Anno, 17.

SEGUNDA PARTE

PROTECCION A LA PROPIEDAD

( ACCIONES SOCIALES, FISCALIA Y DE EMPLIO )

SEGUNDA PARTE

PROTECCION A LA PROPIEDAD

CAPITULO PRIMERO

LAS ACCIONES POSESORIAS. DIFERENCIAS CON LA ACCION DE DOMINIO.

22 - Es principio general que todos los derechos pueden, en un momento dado, ejercitarse judicialmente, o, lo que es lo mismo, que todo derecho puede deducirse en juicio, cuando quiera que injustamente se viole o desconozca.

El recurso judicial que nace de todo derecho se llama acción. Y esta puede ser real e personal, mobiliaria o inmobiliaria, según sea el derecho de que provenga.

En esta segunda parte de nuestro trabajo vamos a tratar de algunas acciones reales, esto es, de algunas de las acciones que sirven de garantía a los derechos reales. Son ellas las acciones posesorias, la acción Publiciana y la de dominio o acción reivindicatoria.

En el presente capítulo estudiaremos las posesorias, pero con preferencia de vista el tema principal de esta monografía, por lo cual tendremos particular cuidado en ir señalando las diferencias que distinguen a las acciones posesorias de la de dominio.

23 - Objeto de las acciones posesorias. - Las acciones posesorias tienen por objeto conservar o recuperar la posesión de bienes reales o de derechos reales constituidos en ellos (art. 972 c.c.), y en algunos casos especiales, evitar que el poseedor sea molestado o amenazado en el completo goce de su posesión.

A diferencia de la reivindicatoria, las acciones posesorias no defienden un derecho, sino un estado de hecho: la posesión.

Y la principal razón de este amparo a un hecho, que puede acaso no coincidir con un derecho, radica en el principio de que quien posee una cosa se presume dueño de ella mientras otra persona no justifique lo contrario. Se ha considerado justo, además, que el poseedor pueda defender el estado de hecho de que disfruta por un medio jurídico, en atención a que la posesión continuada conduce a la propiedad.

Por otra parte, la acción posesoria le es útil también al verdadero dueño, quien puede rechazar las intrusiones y usurpaciones mediante un juicio posesorio, rápido y sumario, sin necesidad de discutir su derecho de dominio en un juicio ordinario de dilatado conocimiento.

El objeto de la acción posesoria es, pues, asegurar la posesión, pero la posesión como hecho aislado e independiente de todo derecho, a diferencia de la acción reivindicatoria, con lo que, si en realidad se asegura la posesión, es como consecuencia obligada del reconocimiento que hace el juez del derecho del reivindicador.

26 - A quién competen las acciones posesorias. - Siendo el objeto de estas acciones conservar y recuperar la posesión de bienes raíces y de derechos reales constituidos en ellos, es claro que establecerlas compete al poseedor de esos bienes o de esos derechos.

En efecto, dice el artículo 974 del Código Civil: "No podrá instaurar una acción posesoria sino el que ha estado en posesión tranquila y no interrumpida un año completo".

Y el artículo 976, en su incisa primera, reza: "El usufructuario, el usuario y el que tiene derecho de habitación son hábiles para ejercer por sí las acciones y excepciones posesorias dirigidas a conservar o recuperar el goce de sus respectivos derechos aun contra el propietario mismo. El propietario es obligado a auxiliarlos contra todo turbador o usurpador extraño, siendo requerido el efecto".

En nuestro derecho positivo, pues, así el que ha poseído puede iniciar las acciones posesorias. Y queda naturalmente entendido que el usufructuario, el usufructuario y el habitador son hábiles para entablarlas, no como poseedores de los inmuebles sobre que recaen sus derechos, sino como poseedores de sus derechos mismos.

El antiguo Derecho Romano, a diferencia de nuestra legislación actual, concedía al no poseedor, acciones cuya finalidad era adquirir u a posesión futura. Tales acciones eran llamadas "interdicta adiacendae Possessionis", y constituían recursos petitorios más bien que interdictos de protección posesoria.

Queda dicho que quien pretende instaurar una acción posesoria debe, además, llenar ciertos requisitos relativos al tiempo y al modo de la posesión de que ha disfrutado: es necesario que haya estado en posesión tranquila y no interrumpida un año completo.

Y es que si la ley protege al poseedor es porque se supone que a la posesión acompaña el derecho, y esta presunción es imposible que subsista tratándose de una posesión violenta o precaria. De la misma manera, una posesión que no ha durado un año no da fuerza ninguna a esa presunción.

Esta regla general tiene una excepción, que es la contemplada en el artículo 934 del Código Civil. Según este artículo, "todo el que violentamente ha sido despojado, sea de la posesión, sea de la mera tenencia, y que por poseer a nombre de otro, o por no haber poseído bastante tiempo, o por otra causa cualquiera, no pudiere instaurar acción posesoria, tendrá sin embargo derecho para que se restablezcan las cosas en el estado en que antes de hallaban, sin que para esto necesite probar más que el despojo violento, ni se le pueda objetar clandestinidad o despojo anterior." Como queda visto, se trata de una acción extraordinaria, con reglas peculiares, de la cual hablaremos más a espaldas cuando tratemos de las distintas acciones posesorias.

Por ahora, y para finalizar esta parte de nuestro trabajo, agregamos que el heredero tiene y está sujeto a las mismas acciones posesorias que tendría y a que estaría sujeto su autor, si viviese (Art. 975).

Antes de pasar a otro punto de nuestro estudio, y para ser fieles a nuestro propósito de distinguir puntualmente las acciones posesorias de la acción de dominio, vamos a hacer una observación final:

La acción posesoria corresponde al poseedor que ha estado en posesión tranquila y no interrumpida un año completo, y la acción reivindicatoria es la que tiene el dueño de una cosa singular, de que no está en posesión, para que el poseedor de ella sea condenado a restituírsela. Luego en el juicio posesorio se discute la calidad de poseedor, esto es, el hecho de la posesión, en tanto que en el juicio reivindicatorio en debate la condición de dueño, es decir, la existencia del derecho de dominio.

27 - A qué cosas se aplica la protección posesoria. - Hemos dicho que las acciones posesorias protejan la posesión de los bienes inmuebles y de los derechos reales constituidos en estos. Concretadas de esta manera las cosas que son susceptibles de acción posesoria, quedó tácitamente establecido que las cosas muebles y los derechos reales en ellas constituidos, no pueden ser objeto de esa acción. A esta exclusión implícita que se hace de las cosas muebles de la protección posesoria, es preciso agregar otra ordenada expresamente por el Código Civil, y que se refiere a las cosas que no pueden ganarse por prescripción, como las servidumbres inaparentes o discontinuas (Art. 973 c.c.).

Por qué las cosas muebles no son susceptibles de acción posesoria? Porque según nuestro derecho, la posesión de las cosas muebles equivale a un título de propiedad.



Y así, quien dicente la posesión de una cosa mueble dicente su dueño.  
Tratándose de esta clase de cosas, sólo la acción reivindicatoria es procedente.

Este principio no era aceptado entre los romanos. Para éstos la posesión de cosa mueble no había de confundirse necesariamente con la propiedad de la misma. De ahí que rigiera para las cosas muebles en tanto dicho posesorio llamado según las fuentes romanas "interdictum utrubi", que engendraba un "iudicium duplex", o situación procesal doble, en que ambas partes eran demandante y demandado a un mismo tiempo. En el juicio se adjudicaba la cosa litigiosa no al último poseedor, sino a quien demostrara haberla poseído más tiempo durante el año anterior. Justiniano modificó el sistema y así dio este interdicto el "uti possidetis", prevaleciendo desde entonces la posesión existente en el momento de entablarse la demanda y no la más costada del año anterior.

Y las cosas imprescriptibles, ¿por qué razón no son objeto de acción posesoria? Porque la simple posesión de cosas imprescriptibles no produce efectos jurídicos favorables al poseedor. La ley sólo protege mediante el régimen de las acciones posesorias, la posesión de las cosas que pueden llegar a adquirirse por prescripción. En el caso de las servidumbres inaparentes o discontinuas que trata una ley por vía de ejemplo, ni siquiera puede haber verdadera posesión. Los actos de uso de cosas servidumbres se precuman actos de pura tolerancia o de simple facultad.

Los señores Chacón y Vera dicen a este respecto: "Las cosas no pueden ser adquiridas por tiempo alguno de posesión, tampoco son susceptibles de acciones posesorias, porque no puede ser pedir que se nos conserve o repone en una posesión que jamás hubiese tenido civilmente". En este caso se encuentran, por ejemplo las servidumbres discontinuas y las inaparentes.

En efecto, el poseedor que tiene, sin título, de una servidumbre discontinua, no es un poseedor de pura tolerancia que el dueño del predio en que se ejerce

puede hacer cosas a su arbitrio; y el caso que se tiene, sin título, de una servidumbre inaparente, no atribuye derecho alguno, porque accionosa de ella un uso clandestino, se supone siempre ignorado por el dueño del predio en que se ejerce. (1)

Sin embargo, dos casos pueden presentarse de servidumbres inaparentes o discontínuas, que confieren acción posesoria. Son dos excepciones, sancionadas por abundante jurisprudencia, pueden enunciarse así:

Primero: Si el que ejerce la servidumbre alega un título que consolida la posesión de la disfruta, puede hacer uso de acción posesoria. Porque en ese caso, los actos de ejercicio de la servidumbre pierden su carácter de mera tolerancia por convertirse en un derecho.

Segundo: Si la servidumbre discontínua es de las que la ley establece, como por ejemplo, la servidumbre de tránsito a que tiene derecho el propietario de un fundo destinado de toda comunicación con el camino público, (Arts. 903 y 908 c.c.), entonces esa servidumbre confiere también acción posesoria porque el poseedor de ella tiene un título, un derecho, que nace de la ley misma.

28 - De las distintas acciones posesorias. Para lograr una ordenada clasificación de las distintas acciones posesorias, vamos a dividir las en dos grandes categorías: acciones posesorias generales, que se refieren a hechos directamente ejecutados en las cosas que poseemos, para perturbarnos en la posesión o para privarnos de ella; y acciones posesorias especiales, relativas a obras realizadas en propiedades ajenas pero que perturban el completo uso de las cosas que poseemos.

---

(1) Fernando Velaz "Estudio sobre el Derecho Civil Colombiano", Tomo III

A la primera categoría pertenecen: a) la acción para conservar la posesión; b) la acción para recuperarla, y c) la acción extraordinaria para restablecerla cuando el poseedor ha sido violentamente despojado. 611

A la segunda categoría pertenecen las siguientes acciones: a) la de denuncia de obra nueva; b) la de denuncia de obra ruinoso, y c) "otras acciones posesorias especiales".

29 - Acciones Posesorias Generales - A) Acción para conservar la posesión. - Dice el Artículo 977 del Código Civil: "El poseedor tiene derecho para pedir que no se le turbe o embarace en posesión o se le despoje de ella, que se le indemnice del perjuicio que ha recibido, y que se le asegure contra el que fundadamente teme".

Este artículo consagra la acción posesoria por excelencia, tradicionalmente llamada "interdicto de retener" o "querrela de amparo", que tiene su origen remoto en el "interdictum uti possidetis" de los romanos.

Esta protección interdictal se daba entre los romanos en los casos en que la posesión era embarazada o perturbada, pero siempre que el poseedor la hubiese adquirido "nec vi, nec clam, nec precario", es decir, sin vicios. Según nuestra legislación, precisa también que la posesión no sea viciosa y que el demandante la haya disfrutado, por lo menos, un año completo.

Tratándose de una acción que se concede al poseedor contra terceros perturbadores, resulta importante saber con precisión que se entienda por "perturbación" para los efectos de esta acción posesoria.

Al poseedor se le turba o embaraza su posesión no con agravios simplemente materiales de carácter transitorio, como el daño que se causa en las sementeras de un fundo sin pretensión jurídica determinada, sino con perturbaciones de hecho o de derecho, que manifiestan claramente la intención que tiene el perturbador de negar el derecho del poseedor por tener él un pretendido mayor derecho a poseser.

"Se entiende por perturbación, dicen Aubry y Rau, (1) cualquier hecho material o cualquier acto jurídico que, ya directamente o por el mismo, ya indirectamente y por vía de consecuencia, constituye o implica una pretensión contraria a la pretensión ajena".

30 - B) Acción para recuperar la posesión. La concede el artículo 982 cuando dice: "El que injustamente ha sido privado de la posesión, tendrá derecho para pedir que se le restituya con indemnización de perjuicios".

El artículo transcrito, pues, confiere acción al poseedor de inmuebles o de derechos reales constituidos en ellos, para que se le restituya en su posesión cuando ha sido despojado de ella injustamente, es decir, sin mandato de juez competente. Con esta acción de restitución, el poseedor puede reclamar el pago de los perjuicios que con el despojo le hayan sido causados.

"La acción para la restitución, dice el artículo 983 del Código Civil, puede dirigirse no solamente contra el usurpador, sino contra toda persona cuya posesión se deriva de la del usurpador por cualquier título.

"Pero no serán obligados a la indemnización de perjuicios, sino el usurpador mismo, o el tercero de mala fe, y habiendo varias personas obligadas, todas lo serán **INSOLIDAMENTE**".

31 - C) Acción extraordinaria para restablecer la posesión cuando el poseedor ha sido violentamente despojado. Es esta una acción de reglas muy peculiares concedida por el legislador con mucha mayor liberalidad

---

(1) Citado por Colin y Capitant, Derecho Civil, Vol segundo.

y que se refiera a casos especiales de violencia. Por virtud de esta acción, todo el que violentamente ha sido despojado, sea de la posesión, sea de la mera tenencia, y que por poseer a nombre de otro, o por no haber poseído bastante tiempo, o por otra causa cualquiera, no pudiera instaurar acción posesoria, tendrá sin embargo, derecho para que se restablezcan las cosas en el estado en que antes de hallaban, sin que para esto necesite probar más que el despojo violento, ni se lo pueda objetar clandestinidad o despojo anterior. Este derecho prescribe en seis meses. (Art. 984 cc.)

Por la naturaleza especialmente grave de los hechos que dan origen a esta acción, es racional y justo que se conceda ella más ampliamente que las demás acciones posesorias. Se trata de proteger a quien posee una cosa, contra hechos de fuerza que alteran el orden público. Además, mediante esta acción no se va a decidir sobre la posesión propiamente dicha; lo que se persigue con ella es reparar un "hecho ilícito y contrario a la paz pública" restableciendo las cosas al estado en que se encontraban. Por eso se hace extensiva al mero detentador y aún al poseedor violento y clandestino. Y por eso dispone la ley que restablecidas las cosas y asegurado el resarcimiento de daños, podrá intentarse por una o por otra parte las acciones posesorias que correspondan (Art. 984 inc. final)

Se ha discutido si procede esta acción respecto de las cosas imprescriptibles, como las servidumbres inaparentes o discontinuas. Nosotros creemos que sí. Porque, si bien es cierto que el artículo 973 del Código Civil dispone terminantemente que sobre las cosas que no pueden cambiarse por prescripción no puede haber acción posesoria, no es menos evidente que no se está frente a una acción posesoria, rigurosamente tal. En efecto, esta acción que nos ocupa, acabamos de decirlo, no se ha dado para garantizar y conservar la posesión, sino antes que todo para reparar el hecho ilícito que viola el orden jurídico. Y si la ley expresamente concedió esa acción a quien posee sin nin-

614

gún derecho, como el poseedor vicioso, no vemos razón jurídica alguna para que se le niegue a quien, pacífica y públicamente, ejerce una servidumbre inscripta o discontinua.

32 - Acciones posesorias especiales. De acuerdo con la clasificación general que hicimos, estas acciones se refieren a obras realizadas en propiedades ajenas que de algún modo perturban o amenazan perturbar el disfrute de las cosas de que estamos en posesión. De esta clase de acciones trata el título XIV del Código Civil, el cual, por inexplicable incongruencia, aparece encabezado por el siguiente artículo: "Art. 936. El poseedor tiene derecho para pedir que se prohíba toda obra nueva que se trate de construir sobre el suelo de que está en posesión. Pero no tendrá el derecho de denunciar con este fin las obras necesarias para proveer la ruina de un edificio, acueducto, canal, puente, acequia, etc., con tal que en lo que puedan incomodar se reduzcan a lo estrictamente necesario, y que, terminadas, se restituyan las cosas al estado anterior a costa del dueño de las obras. Tampoco tendrá derecho para embarazar los trabajos conducentes a mantener la debida limpieza en los cañones, cañerías, acequias, etc."

El artículo transcrito, como fácilmente se advierte, no se refiere a obras realizadas en propiedad ajena sino construídas sobre suelo de que se está en posesión. Tales obras implican una turbación de la posesión, y por ello la regla que contiene el primer inciso del artículo que comentamos, no es otra cosa que una variedad del principio según el cual el poseedor tiene derecho para pedir que no se le turbe o embarace su posesión. Y las excepciones de que tratan los incisos finales no son, en consecuencia, sino modificaciones de aquel principio.

Hemos creído, por eso, que la disposición que nos ocupa, cae fuera del cuadro de las acciones posesorias especiales y encaja con mayor

615

propiedad en el título de las acciones posesorias generales.

Hecha esta breve anotación, pasemos a ocuparnos de las acciones posesorias especiales, propiamente dichas.

33 - Denuncia de obra nueva. - Esta acción tiene por objeto impedir que con obras nuevas realizadas en fundo ajeno se nos cause perjuicio o menoscabo en la posesión de que disfrutamos. En otros términos, se trata de evitar con ella "una perturbación eventual que hacen temer las obras emprendidas por el vecino. Sin esperar a su terminación, y por consiguiente, la realización de la perturbación, el poseedor pide la suspensión de estas obras". (1)

Ahora bien ¿qué obras realizadas en predio ajeno son capaces, según la ley, de perturbar la posesión de que disfrutamos?

El artículo 937 dice "Son obras nuevas denunciables las que, construidas en el predio sirviente, embarazaran el goce de una servidumbre constituida en él.

"Son igualmente denunciables las construcciones que se trata de sustentar en edificios ajeno, que no está sujeto a tal servidumbre.

"Se declara especialmente denunciable toda obra voladiza que atraviese el plano vertical de la línea divisoria de los predios, aunque no se apoye sobre el predio ajeno, ni dé vista, ni vierta aguas lluvias sobre él".

Esta acción es concedida:

1o. A los poseedores de bienes o de derechos reales afectados con la obra nueva; y 2o. A la Municipalidad o a cualquier persona del pueblo, pero solo respecto de caminos, plazas u otros lugares de uso público (Art. 1.005 c.c.)

---

(1) Collin y Capitant. Derecho Civil - Vol. 2o.

616

Esta acción tiene por objeto la destrucción o reparación de un edificio vecino ruinoso del que se teme recibir perjuicio (Art. 990), o de cualesquiera construcciones de que se teme igual peligro; o de arboles mal arraigados o expuestos a ser derribados por causas de ordinaria ocurrencia. (Art. 992);

Así, el que teme que la ruina de un edificio vecino le pare perjuicio, tiene derecho de querrelarse al Juez para que se mande al dueño de tal edificio derribarlo, si estuviera tan deteriorado que no admita reparación; o para que si la admite, se le ordene hacerla inmediatamente; y si el querrelado no procediere a cumplir el folle judicial, se derribará el edificio o se hará la reparación a su costo.

Si el daño que se teme del edificio no fuere grave, bastará que el querrelado rinda caución de recarrear todo perjuicio que por el mal estado del edificio sobrevenga. (Art. 988 e.c.)

En el caso de hacerse por persona distinta del querrelado la reparación del edificio en ruina, el que se encargue de hacerla deberá conservar la forma y dimensiones del antiguo edificio en todas sus partes, salvo si fuere necesario alterarla para precaver el peligro. Las alteraciones se ejecutarán a voluntad del dueño del edificio, en cuanto sea compatible con el objeto de la querrela. (Art. 989)

La resolución judicial que se profiere en esta clase de juicios, debe siempre estar precedida de una inspección ocular, a la cual debe concurrir el Juez acompañado de dos peritos. De acuerdo con lo que Juez y peritos adviertan en esta diligencia, el fallo deberá contener, según el caso, la orden de que se derriba el edificio, de que se repare, o de que preste el dueño caución de recarrear todo perjuicio que resulte del mal estado de la obra.

Si notificada la querrela, cayere el edificio por efecto de su mala



617

condición, se indemnizará de todo perjuicio a los vecinos; pero si cayere por caso fortuito, como avenida, rayo o terremoto, no habrá lugar a indemnización; a menos de probarse que el caso fortuito, sin el mal estado del edificio, no lo hubiere derribado (Art. 929).

35 - C) "Otras acciones posesorias especiales". Por este punto de nuestro trabajo vamos a referirnos a algunas de las acciones posesorias contenidas en el título XI<sup>o</sup> del Código, cap., por no tener una denominación especial, vamos a llamar "otras acciones posesorias especiales".

Esas acciones tienen lugar en los siguientes casos:

"Art. 928. El dueño de una casa tiene derecho para impedir que cerca de sus paredes haya depósitos o corrientes de agua o materias húmedas que puedan dañarla.

"Tiene asimismo derecho para impedir que se planten árboles a menor distancia que la de quince decímetros, ni hortalizas o flores a menor distancia que la de cinco decímetros.

"Si los árboles fueron de aquellos que extienden a gran distancia sus raíces, podrá el Juez ordenar que se planten a la que convenga para que no dañen a los edificios vecinos: el máximo de la distancia señalada por el Juez será de cinco metros.

"Los derechos concedidos en este artículo subsistirán contra los árboles, flores u hortalizas plantados, a menos que la plantación haya procedido a la construcción de las paredes".

"Art. 929. Si se hicieren estacadas, paredes y otras labores que torzaran la dirección de las aguas corrientes, de manera que se derraman sobre el suelo ajeno, o estancándose lo humedezcan, o priven de su beneficio a los predios que tienen derecho de aprovecharse de ellas, mandará el Juez, a petición de los interesados, que las tales obras se deshagan o modifiquen y se recarzen los perjuicios.

"Art. 995. Al que hace obras para impedir la entrada de aguas que no es obligado a recibir, no es responsable de los daños que, atajadas de esa manera, y sin intención de ocasionarlas, pueden causar en las tierras o edificios ajenos".

"Art. 996. Si corriendo el agua por una heredad se estancare o torciera su curso, embarazada por el cisno, piedras, palos u otras materias que acarrean y deposita, los dueños de las heredas en que esta alteración del curso del agua cause perjuicio, tendrán derecho para obligar al dueño de la heredad en que ha sobrevenido el embarazo, a removerlo, o los permitirá a él si lo hiciera, de manera que se restituyan las cosas al estado anterior.

El costo de la limpia o desembarazo se repartirá entre los dueños de todos los predios, a prorrata del beneficio que reportan del agua."

Art. 997. Siempre que de las aguas de que se sirve un predio, por negligencia del dueño en darles salida sin daño de sus vecinos, se derramen sobre otro predio, el dueño de este tendrá derecho para que se le resarza el perjuicio sufrido, y para que en caso de reincidencia se le pague el doble de lo que el perjuicio importara."

36 - Consecuencia de las acciones posesorias. Hemos dicho y repetido que el objeto de las acciones posesorias es conservar o recuperar la posesión de que disfrutamos ó impedir que se nos perjudique en ella a causa de obras realizadas en predios ajenos.

En una palabra, se obtiene mediante las acciones posesorias, un resultado de efectos transitorios: asegurar al completo goce de la posesión, pero sin perjuicio de que se intente y haga valer después contra el poseedor, la acción reivindicatoria de dominio.

Las consecuencias de un juicio de dominio son, en cambio, definitivas. Mediante un juicio de reivindicación, se define de manera inmodificable, una situación de derecho que hace relación al dominio u otro derecho real constituido en una cosa singular, raíz o mueble.

619

Siendo así que en los juicios posesorios sólo se discute el hecho de la posesión, considerado en forma independiente, la prueba de éste deberá producirse aisladamente y sin que haya de tomarse en cuenta el dominio que por una u otra parte se alegue.

Podrán, con todo, exhibirse títulos de dominio para comprobar la posesión, pero sólo aquellos cuya existencia pueda probarse sumariamente; ni valdrá objetar contra ellos otros vicios o defectos que les que puedan probarse de la misma manera (Art. 979).

La posesión de los derechos inscritos, como el dominio sobre un inmueble, por ejemplo, se prueba por la inscripción, y mientras ésta subsista y con tal que haya durado un año completo, no es admisible ninguna prueba de posesión con que se pretenda impugnarla. (Art. 980)

Ahora, la posesión de los bienes raíces no inscritos, se prueba por hechos positivos, de aquellos a que sólo dá derecho el dominio, como el corte de maderas, la construcción de edificios, la de corraimientos, las plantaciones o sembranzas y otras de igual significación, ejecutadas sin el consentimiento del que disputa la posesión (Art. 981).

38 - Prescripción de las acciones posesorias. Por el carácter especialmente sumario de los juicios a que dan lugar, estas acciones prescriben con el transcurso de un plazo muy breve.

Pero no todas prescriben al cabo de un tiempo igual, ni el plazo de prescripción se cuenta uniformemente desde que el poseedor fué despojado o perturbado, sino que es preciso tener en cuenta, para efectos del cómputo, las circunstancias especiales con que se realizaron el despojo o la perturbación. Veremos.

Acciones posesorias generales.

a) Para conservar la posesión. Las acciones que tienen por objeto conservar la posesión, prescriben al cabo de un año completo, contado desde el acto de molestia o embarazo inferido a ella.

b) Para recuperarla. Las que tienen por objeto recuperarla, expiran al cabo de un año completo, contado desde que el poseedor anterior la ha perdido.

Pero si la nueva posesión ha sido violenta o clandestina, se contará este año desde el último acto de violencia, o desde que haya cesado la clandestinidad.

c) Acción extraordinaria para el caso de despojo violento. La acción extraordinaria concedida a quien ha sido violentamente despojado, sea de la posesión, sea de la mera tenencia, que por cualquier circunstancia no puede incoar acción posesoria ordinaria, y que tiene por objeto conseguir que se restablezcan las cosas al estado en que antes de hallaban, expira en seis meses.

#### ACCIONES POSESORIAS ESPECIALES.

Denuncia de obra nueva. Si las acciones dirigidas contra una obra nueva no se instauraron dentro de un año, los denunciados o querrelados serán amparados en el juicio posesorio, y el denunciante o querrelante podrá solamente perseguir su derecho por la vía ordinaria.

Pero si aun esta acción tendrá lugar cuando, según las reglas dadas para las servidumbres, haya prescrito el derecho.

La acción que se concede al poseedor para obtener que se derriba o repare una obra ruínosa de la que teme recibir perjuicio, naturalmente que no prescribe mientras haya justo motivo para temerle. La naturaleza especial de este derecho hace imposible la fijación de un plazo para su duración, toda vez que esa acción será procedente mientras subsista la situación de peligro que la dá origen.

Otra cosa acontece con las acciones que en este caso se conceden para la indemnización de un daño sufrido, las cuales prescriben para siempre al cabo de un año completo (Art. 1.007 c.c.).

Transcurrido un año completo, el poseedor damnificado no podrá intentar acción ninguna. Tal es el sentido de la frase "para siempre", que nosotros hemos subrayado.

La diferencia de las acciones posesorias --que como hemos visto, prescriben en corto plazo-- la acción reivindicatoria no se extingue sino mediante la prescripción adquisitiva del correspondiente dominio.

39 - Ventajas de la posesión. Según el artículo 768 del Código Civil "el poseedor es reputado dueño, mientras otra persona no justifique lo contrario". Esta disposición entraña una presunción legal de dominio a favor de quien posee, que sirve de fundamento al régimen de protección posesoria que dejamos estudiado en el presente capítulo, y que constituye, por ende, la primordial ventaja de poseer.

Las acciones posesorias, como queda dicho, sirven para conservar y recuperar la posesión de bienes inmuebles y de cosas reales constituidas en ellos, mediante la prueba del hecho oculto de la posesión. En esta suerte, quien se pretenda con un mejor derecho que el poseedor, deberá acreditar en un juicio de lato conocimiento su calidad de dueño, esto es, deberá probar su derecho de dominio sobre la cosa que se disputa, con todas las dificultades que arrastre esa empresa probatoria.

La posesión regular dispone de otra garantía distinta de los interdictos posesorios: la acción publiciana, de la cual vamos a tratar en el capítulo siguiente.

CAPITULO SEGUNDO

LA ACCION DE DOMINIO

b -----

40 - En doble aspecto. La acción reivindicatoria, a la luz del derecho positivo colombiano, ofrece dos aspectos diferentes. Consagra en rigor, nuestro estatuto civil, dos acciones nitidamente delimitadas, cada una de las cuales exige calidades distintas en la persona que pretenda ejercitarlas.

Establecen los Arts. 948 y 950 del Código Civil la acción de dominio propiamente dicha, que corresponde al dueño, al que tiene la propiedad de la cosa que ha de reivindicarse, ya sea esa propiedad plena o nuda, absoluta o fiduciaria. Para el eficaz ejercicio de esta acción precisa la prueba del dominio.

Otra acción -- consagrada por el art. 951 -- se concede, aunque no prueba dominio, al que ha perdido la posesión regular de la cosa, y se hallaba en el caso de poderla ganar por prescripción. No es válida esta acción ni contra el verdadero dueño ni contra el que posee con igual o mejor derecho.

Don Andrés Bello, al componer el artículo 951, se inspiró en la acción publiciana de los romanos (Véase la nota de Bello al art. 1.039 del proyecto de 1.853) (1). Por eso creemos de utilidad, para una mejor comprensión del sustrato y alcance de esta acción, que aportemos a nuestro estudio, antes de seguir adelante, una noticia histórica que reproduzca tan fielmente como nos sea dable, las consideraciones especiales de equidad que hubo de tener en cuenta el Pretor para incorporar

---

(1) Bello. Ob. Comp. IV "Proyecto de Código Civil" T. II, p. 244 - Editorial Fasciamento.

a la legislación nacional de Roma la Actio Publiciana, y la extensión que para aquellos tiempos se acordó a su ejercicio.

41 - La acción publiciana en el Derecho Romano. La actio Publiciana in rem, o acción Publiciana, fue creada en Roma por el Derecho pretoriano. Toma su nombre de Publicio, el Pretor a quien se debe su creación.

Esta acción tiene facultades reivindicatorias, y se concede al poseedor ad usucapionem por una ficción en virtud de la cual se supone que la cosa ha sido poseída durante el tiempo necesario para usucapirla.

Siendo la usucapción uno de los modos civiles de adquirir la propiedad, confiere, una vez consumada, las acciones reivindicatoria y negatoria que corresponden a todo propietario. Mas consideró el Pretor que era de justicia amparar también al poseedor que se hallaba en el caso de adquirir la propiedad de una cosa por usucapción, antes de que por tal modo la adquiriera. Y al efecto creó la acción Publiciana, que da al poseedor los mismos derechos que existen al legítimo propietario, pudiendo ejercitarla, en consecuencia, para obtener la restitución de la cosa, --como la acción reivindicatoria, propiamente dicha-- si fuere por alguna causa desposeído, y en sustitución, además, de la actio negatoria del propietario, para reclamar contra simples perturbaciones.

Con todo, la acción publiciana no puede ejercitarse contra el verdadero dueño ni surte efecto alguno contra quien tiene igual derecho, sino que se concede al poseedor usucapiente contra el poseedor de condición inferior.

“Pero, además, puede ser ejercitada por el mismo propietario, en vez de la rei vindicatio y de la acción negatoria, ya que, de este modo, no necesita probar el derecho de propiedad que le asiste, bastándole con justificar que posee de buena fe y con justo título, si el demandado no puede alegar derechos preferentes. De este modo, se exime del deber de equi-

lutar minuciosamente la validez de su adquisición. Y, de hecho, en la práctica del Derecho común, son los propietarios mismos, en efecto, los que, en la inmensa mayoría de los casos, establecen la actio Publiciana. Por donde la protección de la possessio ad usucapionem se convierte, prácticamente, en un medio de facilitar al propietario, con recursos procesales más sencillos, la defensa de su derecho, eludiendo los trámites formalistas y rigurosos de la acción reivindicatoria". (1)

48 - La acción Publiciana como amparo de la propiedad "Bonitaria".

Originalmente, los modos de adquirir la propiedad en el Derecho Romano eran de dos clases: civiles y naturales. Civiles, como la mancipatio, o venta con solemnidades especiales, la in jure cessio, la usucapio, etc., que eran todos modos peculiares de adquisición del dominio, consagrados por el Derecho Nacional. Y naturales que eran los modos tradicionalmente establecidos por el jus gentium, como la tradición, la ocupación, etc.

En esta rigurosa otorga del Derecho Romano, las res mancipi o cosas susceptibles de enajenación, no podían adquirirse en legítima propiedad sino por uno cualquiera de los modos llamados "civiles". La simple tradición u ocupación no eran fundamento bastante del llamado por las fuentes "dominium ex jure Quiritium", o dominio legítimo.

Bajo este régimen torpemente formalista, el que adquiría una propiedad por uno de los modos "naturales", y era luego despojado de su posesión, no podía recobrarla, toda vez que, en rigor de derecho, no era propietario.

El Pretor advirtió que ese orden de cosas, absurdo y perjudicial, estaba necesitado de evolución. Y, a fines de la República, erigió frente

---

(1) R. Sohm, op. cit.



al rígido concepto tradicional de la propiedad, uno nuevo, más amplio y conveniente. La nueva Propiedad, llamada "protería" o "donitoria", puede ser adquirida válidamente por los modos "naturales"; y la propiedad así adquirida es vie amparada, lo mismo que la posesión ad usucapionem, por la Actio Publiciana in rem.

43 - ¿Quién puede reivindicar. Entre dos o que son dos las acciones que pueden ejercitarse para reivindicar la cosa de que no se está actualmente en posesión. Deben subrayarse que son dos acciones inconfundibles, que exigen para su prosperidad calidades diferentes en quien vaya a entablarlas. Por eso la pregunta de "quién puede reivindicar" es imposible abseolverla en términos que cobijen por igual las dos acciones. Es preciso distinguir, para dar acertada respuesta, si se trata de la acción reivindicatoria, rigurosamente tal, o si por el contrario se trata de la acción Publiciana, concedida por la ley al simple poseedor regular.

Si se trata de la acción de dominio —escasamente por los arts. 946 y 950— solamente podrá reivindicar el verdadero dueño, quien estará obligado a acreditar su derecho de propiedad sobre la cosa que reivindicará. En efecto, el poseedor actual de la cosa, acto no, la posea contra quien va a reivindicarse, está amparado por una presunción de dominio (Art. 762 c.c.), que solo podrá destruir el reivindicante aportando la prueba suficiente de su derecho.

Por consiguiente, la prueba "suficiente" del dominio es la prueba completa y absoluta de ésta. Pero tratándose de una propiedad adquirida por un modo derivativo, la aplicación de este principio ofrece insalvables dificultades. Si la cosa ha sido adquirida por un título translativo de dominio, no se acredita el derecho de propiedad sobre ella con la exhibición del título respectivo, sino que importa probar también el derecho del cedente, prueba sin la cual no podría aceptarse el derecho del

adquiriente, ya que nadie puede transferir las cosas de que no es dueño. Si podría así mismo aceptarse como bastante la prueba del sercabo del causante, oia que sucesivamente se acreditara el derecho de todos y cada uno de sus antecesores. Tal cosa prueba, llamado con razón "probatio diabólica", es humanamente imposible que se produzca.

Ante el escelle de esta prueba, la jurisprudencia universal ha propuesto soluciones aceptables. Nuestro Tribunal de Casación ha adoptado también las suyas, sobre las cuales nos permitiremos formular algunas glo- cas en el capítulo pertinente de nuestro trabajo.

En principio, pues, el reivindicador ha de presentar la prueba sufi- ciente de su dominio.

Es necesario, además, que no posea la cosa, porque precisamente el ob- jeto de la reivindicación es obtener que se le restituya, lo cual supone que a persona distinta del dueño quien la posee.

44 - Si la acción que pretende ejercitarse es la Publiciana, consagra- da por el artículo 991 c.c., podrá colamante incoarla quien demuestre su calidad de poseedor regular con mérito de prescribir. La acción de posee- dor regular es necesario desconocerla para su cabal comprensión.

El poseedor, para que sea regente regular, ha de tener j esto título y haber adquirido la cosa de buena fe. (Art. 764 c.c.)

El justo título puede ser constitutivo o traslativo de dominio. (Art. 765).

Si el título que se invoca es constitutivo de dominio, es decir, si consiste en uno de los modos originarios de adquirir la propiedad, como la ocupación o la accesión, la prueba de él puede producirse por todos los medios probatorios admitidos por la ley.

Y si el título aducido es traslativo de dominio, esto es, si consis- te en un modo derivativo de adquirir la propiedad, como la venta, por ejer-

627

ple, entonces deberá acreditarse indispensablemente, además del contrato por el cual se transfirió la propiedad, la tradición o entrega efectiva de la cosa cuyo dominio se transfiere.

La posesión de una cosa, a ciencia y paciencia del que se obligó a entregarla, hace presumir la tradición. Pero tratándose de bienes inmuebles, la tradición solo se prueba por la inscripción de la correspondiente escritura en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos. (Arts. 758 y 764 c.c.)

La prueba de la posesión regular puede decirse que se reduce a la prueba del justo título. En efecto, la buena fé, que es el otro elemento que configura la posesión regular, se presume en todos los casos, excepto en aquellos en que la ley establece expresamente la presunción contraria.

Para concluir, recordamos que la acción Publiciana ha manifestar para su prosperidad que no vaya dirigida contra el verdadero dueño, quien puede, demostrando su dominio, paralizar la pretensión del actor; y que no es viable tampoco contra el poseedor de igual o mejor derecho: "In pari causa melior est possidentis".

45 - Advertencia. Hemos tratado de presentar deslindadas las dos acciones que concede nuestro derecho para obtener la restitución de las cosas que nos pertenecen. Allo debe entenderse así, ya que para su ejercicio la ley exige, en cada caso, calidades muy distintas en el actor; y toda vez que mientras la acción de reivindicación nace a nuestro derecho como figura jurídicamente pura, la acción Publiciana obtiene su consagración merced a consideraciones especiales de equidad y de orden simplemente práctico.

Sin embargo, este divorcio no puede extenderse. Las dos acciones no difieren sustancialmente en cuanto a su objeto. Ambas tienden a devolver las cosas al patrimonio de quien, por ser dueño o mejor poseedor, tiene

un preferente derecho de retracto sobre ellas.

En los litigios de reivindicación se discute con rigor probatorio la condición de dueño, vale decir el derecho de propiedad. Pero en teoría, igual derecho se debate en los juicios a que da origen el art. 951. Porqué, en realidad de verdad, lo que el poseedor regular trata de hacer valer en tales juicios, es un pretendido derecho de propiedad que le está reconocido por una ficción legal, en virtud de la cual se supone que la cosa ha sido ya adquirida por prescripción, aun cuando ese fundamento adquisitivo no se haya operado todavía.

Identificadas de esta manera en sus efectos, es natural que ambas acciones sean sometidas a una reglamentación común. Por eso las reglas que trae el Título III, libro segundo del Código Civil, excluidas desde luego las que se refieren a la categoría del actor, se establecieron para las dos acciones.

Y como nuestro Código no hace distinción nominal de las dos acciones, cuando en el referido título usa la denominación de "acción reivindicatoria o de dominio", se está refiriendo a ambas por igual.

46 - Cosas que pueden reivindicarse. Solo puede reivindicarse una cosa singular o una cuota determinada pro indiviso de una cosa singular (Arts. 946 y 949). La cosa singular reivindicable puede ser corporal o incorporeal, raíz o mueble.

Todas las cosas corporales, raíces o muebles, pueden ser susceptibles de reivindicación. Exceptuadas las cosas muebles, cuyo poseedor las haya compradas en una feria, tienda, alacena u otro establecimiento industrial en que se venden cosas muebles de la misma clase. Justificada esta circunstancia, no estará el poseedor obligado a restituir la cosa, si no se le reembolsa lo que haya dado por ella y lo que haya gastado en

repararla y mejorarla (Art. 947).

Esta excepción se funda en la buena fé del comprador. "Es de consueño que quien compra una cosa mueble en un establecimiento público destinado a la venta lícita de cosas de la misma clase, tiene conciencia de adquirirlo de su legítimo dueño. Por tanto, no sería justo que por hacer efectivo rigurosamente el derecho de propiedad, se violara la equidad natural que es la base del comercio". (1)

Las cosas incorpóreas reivindicables los derechos reales, excepto el derecho de herencia. Ese derecho produce la acción de petición de herencia. (Art. 948).

En los juicios de petición de herencia se discute la calidad de heredero; en tanto que en los juicios de reivindicación se discute la calidad de dueño.

La acción de petición de herencia, además, recae sobre una cosa universal —la herencia— y ya hemos visto que las acciones que vanitas estudiando solo son admisibles con respecto a cosas singulares.

47 - Contra quien se puede reivindicar. Siendo el dominio un derecho real, este es, una facultad jurídica que se ejerce directa e inmediatamente sobre la cosa, la acción que otorga tal derecho ha de tener por finalidad la de perseguir la cosa misma, sin respecto a persona determinada, y obtener su restitución de mano de quien está en posesión de ella.

Pero puede el dueño enderezar también su acción contra quien, por haber enajenado la cosa, ha hecho imposible o difícil su persecución; o contra el que, habiendo poseído de mala fé, por hecho o culpa suya ha dejado

---

(1) Fernando Vialoz. Op. cit, pag. cit. pag. 667.

de poseer. Sólo que, en tales casos, la acción cambia de objeto, pues no se dirige entonces a recuperar la cosa, sino su precio. Veamos los distintos casos que pueden presentarse.

a) Como la regla general es que se persiga la restitución de la cosa, el caso de más ordinaria frecuencia es el de que la acción de dominio se dirija contra el actual poseedor (Art. 952). Y como puede acontecer que el poseedor no tenga la tenencia material de la cosa, sino que a nombre suyo la disfruta un mero tenedor, la ley dispone que el mero tenedor de la cosa que se reivindica está obligado a declarar el nombre y residencia de la persona a cuyo nombre la tiene (Art. 953), con el objeto de que sea posible notificar al verdadero poseedor la demanda de reivindicación.

Y si el mero tenedor, de mala fé, se dá por poseedor de la cosa que se reivindica, e impide de esta suerte la notificación de la demanda al verdadero poseedor, será condenado a la indemnización de todo perjuicio que de este engaño resulte al actor. (Art. 954). Estos perjuicios pueden consistir en las costas del juicio, y aún en el precio mismo de la cosa, si durante el tiempo que dure el litigio el poseedor ha completado el lapso necesario para la prescripción, y no puede el actor, por ese motivo, recuperarla después.

b) La acción de dominio puede también tener lugar contra el que, poseyendo de buena fé, enajenó la cosa, pero siempre que por haberla enajenado se haya hecho difícil o imposible su persecución. El objeto de la acción, en este caso, es obtener del poseedor de buen fé que enajenó a un tercero, que restituya al verdadero dueño únicamente lo que haya recibido por la cosa. Pero si la enajenó a sabiendas de que era ajena, deberá además indemnizar al dueño de todo perjuicio.

Recibido por el reivindicador el precio de manos del que dejó de po-

acer por haber enajenado la cosa, por el mismo hecho ratifica y confirma la enajenación al actual poseedor de la cosa, el cual queda de legitimo dueño de ella. (Art. 955)

e) Igualmente, contra el que poseía de mala fé y por hecho o culpa suya ha dejado de poseer, podrá intentarse la acción de dominio, como si actualmente poseyere. En este caso, a semejanza del que señalamos en el punto precedente, el actor ejercita una como facultad subsidiaria que le permite perseguir el precio de la cosa, ante la dificultad de perseguir la cosa misma.

Puede ocurrir que el reivindicador prefiera dirigirse contra el poseedor actual para obligarlo a la restitución. Podrá en tal caso dirigirse también contra el poseedor anterior de mala fé, para cobrarle todas las prestaciones a que está obligado en razón de frutos, deterioros y expensas respecto del tiempo que estuvo la cosa en su poder.

Si dirigida la acción de dominio contra el poseedor que ha dejado de poseer, éste paga el valor de la cosa, sucederá en los derechos del reivindicador sobre ella, pero el reivindicador no será obligado al saneamiento, es decir, no estará obligado a ampararlo en el dominio ni a responder de los vicios ocultos de la cosa. (Art. 957)

48 - Medidas Provisionales. Para garantía del reivindicador, y con el objeto de que la acción que intenta no resulte ilusoria en sus efectos, la ley autoriza la adopción de ciertas medidas provisionales durante la secuela del juicio, que van encaminadas a impedir que en manos del poseedor se pierda o deteriore la cosa que se reivindica.

Estas medidas varían, según que la cosa materia del juicio sea mueble o inmueble, o consista en el precio.

Si reivindicándose una cosa corporal mueble, hubiere motivo de temer que se pierda ó deteriore en manos del poseedor, podrá el actor pedir su

acuestro; y el poseedor será obligado a consentir en él o a dar seguridad suficiente de restitución, para el caso de ser condenado a restituir. (Art. 958)

Si se demanda el dominio u otro derecho real constituido sobre un inmueble, el poseedor seguirá gozando de él hasta la sentencia definitiva, pasada en autoridad de cosa juzgada. Pero el actor tendrá derecho de provocar las providencias necesarias para evitar todo deterioro de la cosa y de los muebles y semovientes anejos a ella y comprendidos en la reivindicación, si hubiere justo motivo de temerlo, o las facultades del demandado no ofrecieren suficiente garantía (Art. 959).

Si se entienda la acción contra el poseedor que enajenó la cosa, en demanda de lo que hubiere recibido por ella, permite la ley que en tal caso se decreta embargo, en manos de tercero, de lo que éste debía como precio o permita al demandado.

Estas medidas precautorias son de carácter provisional; deberá el Juez hacerles cesar tan pronto como desaparezca el temor en que se fundaron o se otorgue caución suficiente.

49 - Prestaciones mutuas. El primer y principal efecto de la acción reivindicatoria es la restitución de la cosa que debe efectuar el poseedor que ha sido vencido en el juicio, al dueño legítimo de ella.

Para dicha acción importa también el mutuo reconocimiento de ciertas prestaciones que se deben entre el demandante y demandado, en razón de frutos, expensas, mejoras, etc. En tales prestaciones toca ocuparnos. Para el ordenado desarrollo de este estudio, trataremos en primer lugar de las obligaciones del poseedor vencido para con el reivindicador; y en segundo término, de las prestaciones que debe cumplir el reivindicador.



dor en relación con el poseedor vencido.

50- Prestaciones que debe el poseedor vencido.

1a. Su primera obligación, y su obligación primordial, es restituir la cosa que ha sido materia de la demanda.

Para la restitución el poseedor dispondrá de un plazo que deberá ser fijado por el Juez en la sentencia, de acuerdo con la ley (Art. 961).

La restitución ha de ser completa. Es decir, debe comprender todo lo que forma parte de la cosa reivindicada. Si se trata de una heredad, se comprenderán las cosas que se reputan como inmuebles por su conexión con ella, según lo dicho en el título De las varias clases de Bienes. En la restitución de un edificio se comprende la de sus llaves. En la restitución de toda cosa, se comprende la de los títulos que conciernen a ella, si se hallan en manos del poseedor.

La restitución debe ser conforme con la demanda y sentencia. Quiere ello decir que no serán comprendidas en la restitución, sino aquellas cosas que lo hubieron sido también en el libelo y en la sentencia. Las cosas excluidas de tales piezas podrán, sin embargo, reivindicarse separadamente (Art. 962).

2a. Otra de las prestaciones a que está obligado el poseedor vencido dice relación a los deterioros que ha sufrido la cosa durante su posesión. La responsabilidad que por este concepto se deduce al poseedor vencido, varía según se trate de un poseedor de buena o de mala fé. Si el poseedor vencido ha sido poseedor de mala fé, responde siempre de los deterioros que por hecho o culpa suya ha sufrido la cosa durante su posesión. Mas el poseedor de buena fé, mientras permanece en ella, no es responsable de estos deterioros, sino en cuanto se hubiere aprovechado de ellos; por ejemplo, destruyendo un bosque o arbolado y vendiendo la madera o la

loña, o empleándola en beneficio suyo (art. 968).

Gole en las condiciones análogas respecto de los deterioros al poseedor de buena fé. Pero precisa que el poseedor de buena fé "permanezca en ella". Lo cual significa que no basta la buena fé inicial, sino que es necesaria la buena fé actual. La actualidad de la buena fé opera también en las prestaciones relativas a frutos, expensas y mejoras, como tendremos ocasión de ver mas adelante.

3a. Para fijar la responsabilidad del poseedor en relación con los frutos que ha producido la cosa, importa también, como en el caso precedente, distinguir si se trata de un poseedor de buena o de mala fé. -

El poseedor de mala fé no obligado a restituir los frutos naturales y civiles de la cosa, y no cobrante los percibidos, sino los que el dueño hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad, teniendo la cosa en su poder. - Si no existen los frutos, deberá el valor que tenían o hubieran tenido al tiempo de la percepción: se consideraran como no existentes los que se hayan deteriorado en su poder. -

El dueño, a su turno, está en la obligación de pagar al poseedor, aunque sea de mala fé, los gastos que ha invertido en producir los frutos. - De otra manera se enriquecería injustamente. -

El poseedor de buena fé, después de contestada la demanda, será para estos efectos considerado poseedor de mala fé. - Dado que ello a quo, una vez trabada la litis, el poseedor de buena fé está en aptitud de conocer al verdadero dueño, y queda, por tanto, desde ese momento, jurídicamente equiparado al poseedor de mala fé. De aquí la máxima "Post litem contestatam omnes possessores sunt mali". Respecto de los frutos percibidos después de la contestación de la demanda, queda, pues, el poseedor de buena fé sujeto a las mismas reglas que rigen para el poseedor de mala fé.

El poseedor de buena fé --entendido que no subsista ésta después de contestada la demanda-- goza de la facultad de percibir legítimamente todos los frutos que produzca la cosa, como si fuese realmente el dueño de ella. No estará por esta razón obligado a restituir los frutos que hubiere percibido durante el tiempo que permaneció en su buena fé.

4a. Cuando tratamos de las acciones provisionales que puede provocar el actor en un juicio de reivindicación, a objeto de impedir que se pierda o deteriore la cosa, vimos que ésta puede en algunos casos ser enajenada. Los gastos que el secuestrante invierte en la custodia y conservación de la cosa deberá pagarlos el actor; pero éste tendrá derecho para que el poseedor de mala fé se los reembolse. (Art. 961).

Aquí surge, pues, otra obligación del poseedor de mala fé respecto del reivindicador.

51 - Prerrogativas que debe el reivindicador. Las prerrogativas a que está obligado el reivindicador en relación con el poseedor vencido, se refieren al abono de los gastos ordinarios que éste hubiere invertido en la producción de frutos, y al pago de los gastos causados por las mejoras hechas a la cosa vindicada, según las reglas que veremos enseguida:

a) Gastos de producción de frutos. Ya dijimos que en toda restitución de frutos se abonarán al que la hace los gastos ordinarios que ha invertido en producirlos, ya se trate de poseedor de buena o de mala fé.

Y que esa restitución, sin el reconocimiento por parte del reivindicador de los gastos que el poseedor vencido hubiere invertido en producirlos, entrañaría un enriquecimiento injusto. En esta materia rige, pues, la regla de que no hay frutos sino una vez deducidas las expensas: Nulli sunt fructus nisi impensis deductis.

Sin embargo, no deben abonarse más que los gastos ordinarios que se hu-

bieren invertido en la producción; es decir, las expensas comunes, las que ordinariamente se causan en inversiones semejantes, y no los gastos excesivos que por negligencia o ignorancia hubiere hecho el poseedor.

B)- Expensas o mejoras. Hay que entender por mejoras las obras realizadas por el poseedor que benefician la condición de la cosa vindicada.

La ley reconoce tres clases de mejoras; mejoras necesarias, que son las que han de hacerse necesariamente para evitar la pérdida de la cosa; mejoras útiles, o sea, aquellas que sin ser absolutamente necesarias, aumentan el valor venal de la cosa; y mejoras voluntarias, que son las que sólo consisten en objetos de lujo y recreo, y no aumentan el valor venal de la cosa o lo aumentan sólo en una proporción insignificante, como jardines, miradores, fuentes, cascadas artificiales, etc.

Mejoras necesarias.- El poseedor vencido, sea de buena o de mala fé, tiene derecho a que se le abonen los gastos que hubiere invertido en la conservación de la cosa, pero para fijar el monto de la indemnización se seguirán las reglas siguientes:

Si las expensas se invirtieron en obras permanentes, como una cerca para impedir las depredaciones, o un dique para atajar las avenidas, o las reparaciones de un edificio arruinado por un terremoto, se abonarán al poseedor dichas expensas, en cuanto hubieron sido realmente necesarias, pero reducidas a lo que valgan las obras al tiempo de la restitución. Y si las expensas se invirtieron en cosas que por su naturaleza no dejan un resultado material permanente, como la defensa judicial de la finca, serán abonadas al poseedor en cuanto aprovecharon al reivindicador y se hubieron ejecutado con mediana inteligencia y economía (art. 965).

Mejoras útiles.- Por no ser las mejoras útiles obras de absoluta ne-

cesidad, no se reconocen ellas sino al poseedor de buena fé, quien tendrá derecho a que se le abonen todas las realizadas antes de contestarse la demanda. Para efectuar el pago, el reivindicador puede elegir entre el pago de lo que valgan al tiempo de la restitución las obras en que consistan las mejoras, o el pago de lo que en virtud de dichas mejoras valiere más la cosa en dicho tiempo. En cuanto a las obras hechas después de contestada la demanda, el poseedor de buena fé tendrá solamente los derechos que conciernen al poseedor de mala fé.

El poseedor de mala fé no tiene derecho a que se le abonen las mejoras útiles. Pero podrá llevarse los materiales de dichas mejoras, siempre que pueda separarlos sin detrimento de la cosa reivindicada, y que el propietario rehuse pagarle el precio que tendrían dichos materiales después de separados. (Art. 965).

Mejoras voluptuarias.- Las mejoras voluptuarias hechas exclusivamente para exornar la cosa o satisfacer un gusto personal del poseedor, pero sin aumentar apreciablemente su valor venal, no dan lugar a restitución alguna. El propietario no será obligado a pagarlas al poseedor de mala ni de buena fé, que solo tendrán el derecho de llevarse los materiales, como en el caso anterior. (Art. 967).

Se entenderá que la separación de los materiales permitida en los casos indicados es en detrimento de la cosa reivindicada, cuando hubiera de dejarla en peor estado que antes de ejecutarse las mejoras; salvo en cuanto el poseedor veído pudiera repararla inmediatamente a su estado anterior, y se allanare a ello (art. 968).

52 - actualidad de la buena o mala fé del poseedor.- La buena o mala fé del poseedor se refiere, relativamente a los frutos, al tiempo de la percepción, y relativamente a las expensas y mejoras, al tiempo en que fueron

hechas. (art. 969). Por eso dijimos en otro lugar de otro capítulo, que para los efectos de fijar las prestaciones que se deben recíprocamente las partes en un juicio de reivindicación, lo que importa es la buena fé actual, y no simplemente la buena fé inicial, como ocurre para la posesión regular.

53 - Derecho de retención. - Para impedir que el reivindicador burle al poseedor vencido en el cumplimiento de las prestaciones a que está obligado para con él, dispone el art. 970 del Código Civil que cuando el poseedor vencido tuviera un saldo que reclamar en razón de expensas y mejoras, podrá retener la cosa hasta que se verifique el pago, o se le asegure a su satisfacción.

TERCERA PARTE

JURISPRUDENCIA COLOMBIANA

---

TERCERA PARTE

JURISPRUDENCIA COLOMBIANA

CAPIULO UNICO

Exposición y Critica .-

54 - Nuestro Tribunal de Casación ha elaborado y viene sosteniendo inmodificablemente desde hace algún tiempo, una interesante jurisprudencia sobre la acción de dominio y la prueba de ésta, cuyo análisis va a constituir esta tercera parte de nuestro trabajo.

Esa construcción jurisprudencial, si bien aporta soluciones prácticas y equitativas al problema teórico de la prueba del dominio, adolece, sin embargo, de un excesivo empirismo, y desatiende, a nuestro juicio, la letra y el espíritu de la legislación colombiana.

Hemos considerado que la doctrina de la Corte de que hacemos mérito, no descanza, en general, sobre bases rigurosamente científicas. Y pensamos que los resultados satisfactorios a que condujo, porían también alcanzarse, entre nosotros, por caminos que derivaran más derechamente del Código Civil.

Tal es la idea fundamental que vamos a sostener en esta parte de nuestro estudio, y que hemos expuesto hasta aquí, en términos simplemente anunciativos.

El desarrollo cabal requiere un cierto orden en el discurso. Por lo que hemos resuelto dividir el trabajo en dos partes: la primera, destinada a una sucinta exposición de aquella doctrina; y la segunda, que reservaremos a la crítica que el sistema nos sugiere.



55 - Exposición. La acción de dominio --ha dicho la Corte-- está configurada por los siguientes factores: a) Derecho de dominio en el demandante; b) Cosa singular reivindicable o cuota determinada de cosa singular; c) Posesión material en el demandado, y d) Identificación de la cosa materia de la reivindicación, o sea que lo que se reivindica por el demandante sea lo mismo que posee el demandado. (1).

La primera de estas condiciones axiológicas de la acción de dominio surge en su prueba insalvables dificultades de orden teórico, que son precisamente las que la jurisprudencia nos ha tratado de resolver.

El poseedor contra quien se reivindica está amparado por una presunción de dominio (782 c.c.). Para que tal presunción sea destruida, debe el actor presentar la prueba de su dominio. Es el reivindicante, además, a quien incumbe la carga de la prueba, de acuerdo con las reglas probatorias de nuestro derecho, porque es el quien pretende modificar una situación actualmente establecida.

Ahora bien, en qué ha de consistir la prueba que el actor es obligado a presentar? Se contesta que todo depende de la fuente jurídica de que el actor pretenda derivar su derecho.

Si el dominio que alega el reivindicante proviene de título constitutivo; es decir, si deriva de uno de los modos originarios de adquirirlo, como la ocupación, la posesión prolongada, la accesión, etc., toda dificultad probatoria desaparece. Bastará con que acredite el hecho de la ocupación, de la prescripción o de la accesión, para lo cual podrá disponer de todos los medios probatorios admitidos por la ley.

La dificultad surge cuando el derecho del actor radica en un título traslativo de dominio, como una venta, una donación, etc. Porque entonces no podría decirse, en riguroso derecho, que la sola exhibición del título es prueba

(1) Gaceta Judicial. Tomo XLVI, pag. 626.

ba suficiente de la propiedad. Importa también acreditar el derecho del causante, prueba sin la cual carecería de toda validez el título del adquirente, ya que nadie puede transferir las cosas de que no es dueño. Ni valdría tampoco el título del causante, sino en cuanto proviniera también de legítimo propietario. Lo cual conduce a la necesidad de demostrar el derecho de todos y cada uno de los anteriores dueños. Es la "prueba diabólica", de la cual ha dicho la Corte en frase gráfica, que equivale a "comprobar la solidez de todas las piezas que componen una cadena infinita".

Otra dificultad teórica se opone a la prueba del dominio, cuando esta proviene de título traslativo: la relatividad de los actos jurídicos. Si tal título consiste en una venta, por ejemplo, el poseedor podrá decirle al reivindicante: no niego su título de adquisición, pero no puede serme opuesto. Su título no hace fe sino contra sus otorgantes, es decir, contra el vendedor. Realizada la venta entre un tercero y Ud., es para mí res inter alios acta; no puede perjudicarme.

La pretensión vencerse este escollo con la afirmación de que, siendo la propiedad un derecho absoluto, que puede ser opuesto a todos, el acto que acredita la transmisión de ese derecho debe tener la misma fuerza erga omnes. Pero en esto hay un sofisma. Se confunde el derecho transmitido con el acto traslativo. "Evidentemente, el derecho de propiedad puede ser opuesto a todos; pero hace falta que exista. Ahora bien, si procedo de un acto que no pueda serle opuesto al poseedor actual, no existe, respecto de este último" (1).

56 - Estos inconvenientes de prueba, alejaban peligrosamente la posibilidad de que los dueños recuperaran sus bienes contra terceros po-

---

(1) Colin y Capitant, Vol. 20., pag. 1.158.

643

condones, circunstancia que conata en la práctica situaciones aberrantes que era preciso remediar.

Nuestra Corte Suprema, urpida por esta necesidad, incorporó a nuestra jurisprudencia, con algunas modificaciones, una doctrina sostenida por los tribunales de Francia que venía dando al problema soluciones más o menos justas.

El Código Civil francés apenas consagra la acción de dominio propiamente dicha. No concede, como otros Códigos, la acción publiciana, mediante la cual es dable a un aparente titular de dominio recobrar su posesión. De tal suerte que una rigurosa y restrictiva aplicación de la ley entre los franceses, haría negatoria la reivindicación para todos aquellos dueños que no pueden aguilatar minuciosamente su propiedad, y que no aducen sino un mejor derecho que sus demandados.

A prozencia de tal vacío, y de los graves problemas de equidad que por causa se planteaban a diario, la jurisprudencia resolvió ampliar el ejercicio de la acción reivindicatoria. Apoyó para la nueva construcción a la acción Publiciana de los romanos, que tanto auge tuvo en el antiguo derecho de Francia, y que tan vinculada estaba a la tradición de ese país. Merced a esta inicial combinación de las acciones distintas, una prohibida por el Código y otra no, la reivindicación, que, en principio, y relativamente al actor, apenas admite discusiones de dominio, abrió el campo, accediendo a dar primacia a quienes la invocaban sin ser verdaderos dueños, pero con mejores derechos para poseer. Así vino al ámbito de la acción reivindicatoria la llamada "comparación de posesiones", entre actor y reo. Y no ha sido preciso desde entonces, para triunfar en una reivindicación, que se presente la prueba de una verdadera propiedad, sino que basta que se acredite un derecho mejor y más probable.

644

57 - El sistema francés, elaborado por necesidades prácticas, inepi-  
ró a nuestra Corte Suprema de Justicia, como puede verse de la enorme so-  
mejanza que existe entre las jurisprudencias francesa y colombiana.

En casación de 26 de Febrero de 1.936 (1) dijo la Corte lo siguiente:  
"El carácter de "dueño", exigido por el artículo 946 del Código Civil, y  
la acción de "propiedad", prescrita por el 950 de la misma obra, son figu-  
ras esencialmente relativas. Aunque el dominio es un derecho en respecto  
a determinada persona, suficiente para que su titular goce y disponga de la  
cosa mientras no atente contra ley o contra derecho ajeno, la existencia del  
que compete al reivindicador, origen de la acción real de dominio, no se re-  
fiere sino al poseedor y se prueba sólo frente a éste. La declaración de  
propiedad, que en juicio reivindicatorio precede a la de entrega, no da ni  
reconoce al reivindicante un dominio absoluto o erga omnes. Apenas respectivo,  
es decir, frente al poseedor. Y la sentencia de absolución proferida en ju-  
icio de esta clase no constituye título de propiedad para el demandado absuelto.

"Al "dueño" que quiere demostrar "propiedad" le toca probar su derecho,  
pero exhibido el título no hay por qué exigirle la prueba del dominio de su  
causante, cuando la fecha del registro de tal título es anterior a la pose-  
sión del reo. Si se pide esa demostración, lógicamente podría obligarsele  
también a comprobar la solidez de todas las piezas que componen una cadena  
infinita. Sería la probatio diabolica, que el buen sentido rechaza como ne-  
cesaria para decidir conflictos sobre propiedad privada entre particulares.

"Prescindiendo de la acción admitida por el artículo 951 del Código Ci-  
vil, semejante a la publiciana del derecho romano, y concretando el estudio

---

(1) Gaceta Judicial. Tomo ALIII, pag. 339.

a la consecuencia por el artículo 950, pueden contemplarse varios casos.

"Llácese Pedro al demandante y Juan al demandado.

"Primer caso. Pedro, con un título registrado en 1.910, demanda a Juan, cuya posesión principió en 1.911. Debe triunfar Pedro.

"Segundo caso. Pedro, con un título registrado en 1.910, demanda a Juan, cuya posesión principió en 1.909. Debe triunfar Juan.

"Tercer caso. Pedro, con un título registrado en 1.910, demanda a Juan cuya posesión principió en 1.909, y presenta además otro título registrado con el cual comprueba que su autor fue causahabiente de Diego desde 1.908. Debe triunfar Pedro, no por mérito de su título sino por mérito del título de su autor.

En estos tres casos, referentes a una propiedad privada, se ha partido de la base de que Juan es poseedor sin título".

Diversos son los casos que se presentan cuando el demandado, además de la posesión material opone titulación inscrita.

A talos casos se refiere la Corte en casación de 7 de Junio de 1.938, (1)

"Cuando el poseedor además de ampararse en su posesión presenta un título inscrito —dice la Corte— entonces surge el problema de la confrontación del título o títulos del demandante con los del demandado para determinar a cuál de ellos asiste mejor derecho. Mas en este caso también la posesión material juega primordial papel, porque entonces los títulos del demandante deben comprender un período mayor que el de la posesión del demandado. Cuando los títulos de este y lo mismo su posesión son de fecha posterior a los del demandante, la acción de este prospera; por el contrario, cuando el título inscrito del demandado es anterior al del demandante, la petición reivindicatoria

---

(1) Gaceta Judicial. Tomo XLVI, pag. 626

646

de este no puede triunfar.

"Mas, aun cuando el poseedor no presente ningún título y el reivindicador exhiba una serie completa de títulos, puede suceder que si la posesión data de treinta años y se aloga la prescripción adquisitiva por el poseedor, éste no sólo sea absuelto, sino que se le reconozca el dominio en la cosa reivindicada por el fundamento de la prescripción. Lo mismo puede suceder si el poseedor, habiendo poseído diez años y presentado un título posterior al del reivindicador, aloga la prescripción adquisitiva ordinaria.

"Fuera de estos dos últimos casos, el demandante reivindicador no tiene sino que presentar un título anterior a la posesión del demandado o a los títulos que éste presenta y sin que tenga necesidad de exhibir una serie indefinida de títulos, porque esto sería exigir la probatio diabólica."

58 - Critica. La jurisprudencia de la Corte, que hasta aquí nos hemos limitado a explicar, flota en el ámbito jurídico de la República, sin ningún asidero fuerte en el Código ni en sus fuentes legislativas.

Es un sistema de raíz francesa, que no cuadra con los moldes de nuestra legislación escrita. En Francia --ya lo explicamos-- el legislador sólo ha concedido la acción de dominio, equivalente de la concedida entre nosotros por los arts. 946 y 959 del c.c., que corresponde al legítimo dueño.

Y por eso los tribunales de ese país, ante la necesidad de amparar a los que sin ser dueños tienen un preferente derecho sobre la cosa, ampliaron el ejercicio de la única acción que el Código de Napoleón les concediera, mediante la penosa jurisprudencia que glosamos. Así, lo que entre los franceses había de ser atilada discusión de dominio según sus disposiciones positivas, ha venido a convertirse por obra de esa ampliación jurisprudencial, en simple "comparación de posesiones", en que no se discute un figuro-

so derecho de dominio, sino un derecho mejor y mas probable. Es una creacion de dudoso merito tecnico, pero que se justifica en Francia por necesidades practicas.

No así en Colombia. Porque entre nosotros, al par que la acción de dominio propiamente dicha, existe otra de virudes satisfactorias, la consagrada por el artículo 951 c.c., que se concede al poseedor regular y que es susceptible de amplísima interpretación.

La emision legislativa que dió origen en Francia a la jurisprudencia que criticamos, la llama en Colombia el art. 951 c.c.

Por qué, pues, ponerlo de lado, y forzar la interpretación, hasta violarlo, del artículo 946? Por qué "preocindir de la acción admitida por el artículo 951 del c.c.", según reza la jurisprudencia?

No hay razón, francamente, para ello. Los autores del Código Civil bebieron de las fuentes romanas al establecer la acción publiciana (951 c.c.), precisamente para que la petición reivindicatoria quedara revestida de un doble aspecto salvador; para que hicieran uso de la acción de dominio únicamente los verdaderos propietarios; y para que los poseedores regulares que no estén en capacidad de acreditar dominio, pudieran reivindicar, mediante la acción que concede el artículo 951, contra poseedores de condición inferior.

De este artículo últimamente citado fluye, pues, la llamada "ocupación de posesiones". No era menester que llegáramos hasta ella violando el espíritu del art. 946, en el cual puede verse claramente la intención que tuvo el legislador de que no se invocara la acción reivindicatoria de dominio sino por quienes estuvieran en condiciones de probar su cabal derecho de propiedad.

89 - Ahora bien, ¿cómo probar dominio?

Rechazada la "prueba diabólica" por impracticable o innecesaria, podría acreditarse la suficiencia del título inscrito que se alega para la reivindicación, de la misma manera como se acredita en los juicios divisorios y, en fin, en todos los demás casos en que se pretende demostrar propiedad mediante títulos de esa naturaleza.

Esta prueba es la admitida por el magnífico artículo 635 del Código Judicial, que tampoco existe en Francia, y cuyo tenor es el siguiente:

"635.- Para acreditar la suficiencia de un título registrado, cuando la ley habla de títulos de esa naturaleza, se presenta el título mismo con la correspondiente nota de registro; y se acompaña también un certificado del respectivo registrador de instrumentos públicos en que se expone que el registro del título designado por su número y fecha no ha sido cancelado por ninguno de los tres medios indicados en el artículo 739 del Código Civil; y que los registros anteriores al actual, comprendidos en un período de diez años, se han cancelado, al tenor del mismo artículo, hasta llegar al último registro.

"Si en dicho período no ha habido inscripción alguna, se acredita que el registro cancelado por el actual es anterior a éste en diez años por lo menos; y si este no se establece por no haber registro cancelado en un período de veinte años, hasta que la fecha del título presentado, sea de veinte años o más con relación al momento en que se exhibe."

Con el establecimiento de esta norma probatoria, para los casos de reivindicación, se tendría resuelto el problema de la "prueba diabólica", sin necesidad de desnaturalizar nuestra acción reivindicatoria o de dominio, consagrada por los artículos 846, 950, etc., que como ya hemos dicho, debiera reservarse siempre al verdadero dueño.

Caraciendo nuestro derecho, como carece, de una norma demostrativa del dominio; de una ley que regule la prueba de la propiedad privada, podría



el artículo 635 del C. J. llenar ese vacío.

60 - Habría en ello el mismo criterio de respeto a la antigüedad del título, de reconocimiento del fenómeno de la prescripción adquisitoria, que se tuvo para establecer el modo de acreditar dominio frente al estado, por medio de los artículos 3o. y 7o. de la ley 200 de 1.936, que rezan así:

"Art. 3o. Acreditan propiedad privada sobre la respectiva extensión territorial, y en consecuencia desvirtúan la presunción consagrada en el artículo anterior, fuera del título originario expedido por el Estado que no haya perdido su eficacia legal, los títulos inscritos otorgados con anterioridad a la presente ley, en que consten tradiciones de dominio por un lapso no menor del término que señalan las leyes para la prescripción extraordinaria.

Lo dispuesto en el inciso anterior sobre prueba de la propiedad privada por medio de títulos inscritos, otorgados entre particulares con anterioridad a la presente ley, no es aplicable respecto de terrenos que no sean adjudicables, estén reservados, o destinados para cualquier servicio o uso público."

.....  
"Art. 7o. Acreditan propiedad privada sobre la respectiva extensión territorial urbana, los títulos inscritos otorgados con anterioridad a esta ley, en que consten tradiciones de dominio, por un lapso no menor del término que señalan las leyes para la prescripción extraordinaria. Las otras disposiciones de esta Ley no se aplican a la propiedad urbana."

Las disposiciones transcritas, que sirven para acreditar propiedad privada frente al Estado, constituyen un valioso antecedente en la regulación de la prueba del dominio entre particulares, y dan fuerza considerable a la sugestión que hemos hecho en el sentido de que debe adoptarse la

regla del artículo 635 del C. J. para la prueba de la propiedad en los juicios en que se hace valer la acción consagrada por el art. 640 del C.C.

## CONCLUSIONES

---

1 - La acción reivindicatoria concedida por el Código Civil ofrece dos aspectos inconfundibles. Hay la acción de dominio, propiamente dicha; y existe, independientemente de ésta, una acción que participa de la antigua Publiciana de los Romanos.

La primera es ejercitable únicamente por el verdadero dueño. La segunda se concede, aun cuando no prueba dominio, al que ha perdido la posesión regular de la cosa, y se hallaba en el caso de poderla ganar por prescripción. Pero no vale ni contra el verdadero dueño, ni contra el que posee con igual o mejor derecho.

2 - Para ejercitar la primera de estas dos acciones, es preciso, pues, probar dominio. Para incoar la segunda, basta con acreditar la posesión regular.

3 - De acuerdo con los puntos precedentes, es falsa y se aparta de la ley positiva colombiana, la doctrina de la Corte Suprema de Justicia sobre reivindicación del dominio y prueba de éste. Tal doctrina desconoce el doble aspecto que tiene en nuestro Código Civil la acción reivindicatoria; procediendo de la acción concedida por el art. 951 y desnaturaliza innecesariamente la conagrada por el art. 946.

4 - Siendo necesaria la prueba del dominio por parte de quien ejercite la acción concedida por el Art. 946, y rechazándose por impracticable la "prueba diabólica", tal derecho podría acreditarse mediante la regla probatoria establecida por el art. 635 del Código Judicial.

Con el establecimiento de esa prueba para los casos de reivindicación, quedarían satisfactoriamente resueltos los inconvenientes teóricos de la prueba del dominio, y podría reservarse al ejercicio de la acción que concede el

art. 948 a los verdaderos propietarios; unicamente.

F I N

BIBLIOGRAFIA

653

- Bello andros, "Froyesto de Código Civil".
- Barros Grdzuris, Alfredo: "Derecho Civil", Fricar -No.
- Bonaccase, Julian: "Precis de Droit Civil", t. II.
- Concha, José Vicente: "Apuntes de Derecho Constitucional".
- Colin y Capitant: "Curso Elemental de Derecho Civil".
- Del Vecchio y Recasens: "Filosofía del Derecho".
- Duguit, Leon: "Manuel de Droit Constitutionnel".
- Escrivo: "Diccionario de Legislación y Jurisprudencia".
- Forero, Juan Francisco: "Crítica del Derecho Constitucional".
- Heinaccio, J. Gottl.: "Recitaciones del Derecho Civil según el orden de la Instituta".
- Josseland, Luis: "Cours de Droit Civil Positif Francais".
- Laurent, E.: "Principios de Derecho Civil", t. 6o.
- Planiol & Ripert: "Tratado Practico de Derecho Civil".
- Pothier: "De la Propiedad".
- Portalio: "Exposición de motivos".
- Roche, Antonio: "De la Prueba en Derecho".
- Rangol Lanus, Amadoro: "Estudios de Derecho Privado".
- Rojina Villegas, Rafael: "Derechos Reales y Personales".
- Sohn, Rodolfo: "Instituciones de Derecho Privado Romano".
- Velez, Fernando: "Estudio sobre el Derecho Civil colombiano", t. III.
- "Colección de Enciclicas y Cartas Pontificias".
- Gaceta Judicial.