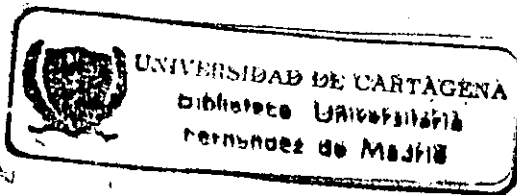


T353
G65

RAFAEL GOMEZ SANTOS.

DE LA CADUCIDAD ADMINISTRATIVA.

Tesis para optar el título
de doctor en Derecho y
Ciencias Políticas.



Cartagena, octubre de 1.942.

SCIB
00018210-1

7

1500

8

NOCION DE CADUCIDAD.

La institución jurídica que en Derecho Administrativo se denomina Caducidad, es considerada por la generalidad de los tratadistas de la materia como la más severa de las sanciones o medios propios de la Administración para producir la extinción del vínculo jurídico a que se halla ligada con un particular (individuo o empresa) en virtud de contrato o concesión (hay tratadistas que asimilan la concesión al contrato, más adelante veremos que existe diferencia entre uno y otro acto jurídico). La aplicación de la caducidad corresponde unilateralmente a la Administración. Siendo, como se ha expuesto, la más severa sanción de que puede hacer uso la Administración, ella no procede sino en casos de extrema gravedad, cuando la interrupción del servicio público o inexecución de la obra del contrato o concesión, es inminente, a causa de grave falta del contratista o concesionario o por otras causas ajenas a su voluntad, previstas en el instrumento en que se hace constar la existencia del acto jurídico. A la aplicación de la caducidad debe preceder el requerimiento al contratista, si con ello no se perjudica el servicio.

El tratadista argentino de Derecho Administrativo Rodolfo Bullrich en su obra intitulada "Curso de Derecho Administrativo", define la caducidad administrativa de la siguiente manera: " Se entiende por caducidad de la concesión el acto administrativo por el cual, el Poder Ejecutivo establece que la concesión cesa, en virtud de no haber cumplido el concesionario con las cargas u obligaciones que la ley le imponía. Por regla general esta forma de terminar la concesión tiene lugar durante la

construcción de las obras, si ellas no se realizan dentro del plazo establecido por la ley o por el contrato".

En la anterior definición es fácil notar los caracteres propios de dicha institución jurídica, o sean: facultad de la Administración para declarar unilateralmente la caducidad, y extinción del vínculo jurídico.

Hemos visto que las causas que acarrear la caducidad, pueden ser ajenas a la voluntad del contratista, lo que acontece en los actos jurídicos celebrados en atención a la persona de *este-intuitu personae*, es decir, cuando se han tomado en consideración sus aptitudes propias. En este caso la muerte del contratista es causal de caducidad. Pero si el objeto de la obligación es susceptible de cumplirse por los herederos del contratista y se ha estipulado la continuación del contrato con ellos, entonces no se opera la caducidad por la muerte del contratante en cuya cabeza se originó la relación jurídica.

Nuestra Suprema Corte de Justicia en sentencia de 9 de diciembre de 1.936, señaló claramente la naturaleza jurídica de la institución que nos ocupa y estableció las sustanciales diferencias que entre ella existe y su similar, la resolución. Dijo lo siguiente:

"En principio, la caducidad es la declaración que una de las partes hace, en virtud de estipulación, de que el contrato se termina administrativamente, es una facultad indelegable del Gobierno, que la hace valer como parte contratante y como entidad de derecho público. Esa declaración cancela el contrato, creando un verdadero estado de derecho. Si la caducidad se

mira desde el punto de vista del derecho privado, es algo así como una causa de resolución estipulada expresamente en el contrato; y si desde el punto de vista del derecho administrativo, ella surte los mismos efectos que la acción judicial de resolución del contrato, pues lo termina. Esto es así, porque en su fisonomía jurídica, la caducidad en los contratos administrativos es equivalente a la condición resolutoria expresa de los civiles comunes: en aquellos, la caducidad surge de la realización del hecho previsto en el contrato, y en estos, del cumplimiento de la condición. En ambos, sin embargo, conduce al mismo resultado, que es el de romper el vínculo contractual entre las partes, aunque se diferencian en cuanto a la manera como debe declararse la realización del evento que da lugar a la caducidad o que constituye la condición resolutoria. Jurídicamente, la caducidad que declara la Administración deja terminados los derechos del contratista, tanto los personales como los reales, porque ipso facto quedan sin valor los derechos o privilegios que consagra el contrato o la concesión. Siendo esto así, surge un problema: ¿caducado el contrato, puede pedirse la resolución de él, dejando intacta la caducidad? Hay que responder que no, porque si el contrato por la declaración de una de las partes se ha caducado, no puede pedirse por la otra su resolución, pues sería suponer existente lo que no existe. La resolución sólo puede pedirse para los contratos que tengan existencia, ya que de otro modo no habría materia judicial sobre qué recaer, pues se resuelven los contratos que están produciendo sus efectos, pero nunca los que han expirado por cualquiera causa legal. Lo anterior no sería óbice para la pro-

cedencia de una acción de perjuicios."

Las causales o motivos que originan la caducidad los establece la ley o el contrato. Las legislaciones de todos los países al regular los actos jurídicos en que tiene aplicabilidad este fenómeno jurídico, consagran expresamente determinados motivos o causales y facultan a los órganos administrativos para establecer, en cada caso, los que juzgue indispensables para garantizar el fiel y estricto cumplimiento del objeto constitutivo del acto jurídico celebrado.

Nuestra legislación señala expresamente algunos motivos de caducidad y otorga facultad a la Administración para establecer otros. El artículo 254 de la Ley 167 de 1.941 (Sobre organización de la Jurisdicción Contencioso-administrativa), es como sigue:

"En todo contrato celebrado por la Administración Nacional, y que tenga por objeto la construcción de obras, la prestación de servicios o la explotación de un bien del Estado, deben pre fijarse claramente los motivos que den lugar a la declaración administrativa de caducidad.

Como causales de caducidad, además de las que el Gobierno tenga por conveniente establecer en orden al exacto cumplimiento del contrato, deben figurar precisamente las siguientes:

a) La muerte del contratista, si no se ha previsto que el contrato pueda continuar con sus sucesores;

b) La incapacidad financiera del contratista, que se presume cuando se le declara en quiebra judicialmente, o se le abre concurso de acreedores".

Esta materia se hallaba regulada por el artículo 41 de

Código Fiscal, el cual sufrió algunas modificaciones por el anterior.

Se tiene, pues, que dicha disposición legal establece como obligatorias para la Administración dos causales y concede al Gobierno facultad para estipular todas las que a su juicio tenga por conveniente.

Antes hemos visto que la declaración de caducidad compete unilateralmente a la Administración. Más adelante expondremos el fundamento jurídico que para ello existe. Este principio que es hoy universal, ha sido acogido desde hace tiempo por nuestra legislación positiva y expresamente lo ha establecido el artículo 255 de la Ley citada, cuyo tenor es el siguiente:

"La declaración de caducidad deberá proferirse por el Gobierno, por resolución motivada, en la cual se expresarán las causas que dan lugar a ella." Lo cual quiere decir, que para que la resolución de caducidad produzca los efectos legales apetecidos debe fundamentarse en que los hechos previstos en la ley o el contrato como generadores de la caducidad se han realizado, y debe ser suscrita por el Presidente de la República y el Ministro respectivo, que viene a ser aquel a quien las leyes y demás disposiciones legales, le tengan asignada competencia.

Si bien se comprende que la caducidad es una prerrogativa instituida a favor del Estado y en beneficio de los asociados que aprovechan el servicio público, no por ello dejan de abogar notables tratadistas porque se tomen todas las precauciones indispensables que pongan a salvo el principio de la justicia. De suerte que exigen generalmente la instrucción de expediente para acreditar debidamente las causales suficientes de caducidad. Así el trata-

ta español, Recaredo Fernández de Velasco en su importante obra "Los Contratos Administrativos" expresa: "La declaración de caducidad en una concesión se habrá de dictar siempre previo expediente en el que se oiga al interesado, se exceptúa el caso de quiebra. Pero la facultad de la Administración para mandar instruir expediente de caducidad es discrecional de ella".

Se ha dicho que los motivos de caducidad deben establecerse en el contrato. Podría declararse la caducidad por un motivo no previsto en él? Muchos autores niegan tal posibilidad jurídica, influidos aun por el principio civilista de la intangibilidad de los contratos. Otros, que le dan mayor preponderancia al estado que al individuo y que consideran la existencia de aquel y su organización como una función pública, encargada especialmente de prestar servicio a los asociados, aceptan que puede declararse la caducidad de los contratos, aun por motivos no previstos, cuando éstos son de tal naturaleza que conducen al incumplimiento del contrato, y por tanto, a la interrupción del servicio. De esta opinión es entre nosotros, el doctor Carlos H. Pareja, quien, en su obra "Curso de Derecho Administrativo, Teórico y Práctico", sostiene esta misma tesis jurídica, en los siguientes términos:.....pero creemos que si no se han previsto los motivos, sólo en el caso de incumplimiento manifiesto del contrato y de muerte o quiebra del contratista, podrá la Administración declarar caducado el contrato; por un motivo diferente no podría hacerlo y debería recurrir al Juez para que la declarara, justificando el motivo".

Habíamos expresado que de la declaración de caducidad

debía darse oportuno conocimiento al contratista y ello es una medida prudente y conveniente, ya que la caducidad sólo procede en casos extremos, en que se halla expuesto el servicio o la obra a ser interrumpidos o a no ser cumplidos satisfactoriamente, de modo de resultar perjuicio a los asociados. Pero si el contratista se allana a cumplir su obligación en la forma convenida, demostrando que el incumplimiento de ella o la deficiente prestación del servicio, obedecían a circunstancias incontrastables por él e inimputables a culpa suya, entonces, continuará inalterable el vínculo jurídico, y sin efecto alguna la resolución de caducidad. El artículo 257 de la Ley 167 de 1.941 dicha, hace obligatorio el aviso al contratista en los términos siguientes: "La resolución que declara la caducidad de un contrato, se notificará al interesado personalmente. Si no pudiere hacerse notificación personal, se publicará un aviso en el Diario Oficial, con inserción de la parte resolutive.

Contra esta providencia cabe el recurso de reposición dentro de diez días, a contar de la notificación".

El artículo transcrito consagra una garantía para el contratista, cual es, el derecho de ejercitar el recurso de reposición dentro del término de diez días, cuando la resolución de caducidad no se funde en motivos graves o sea notoriamente injusta. Entonces el interesado puede solicitar la revocación de dicha resolución, alegando las causas verdaderas del incumplimiento y aportando las pruebas conducentes que enerven las razones aducidas por la Administración.

También la Ley 37 de 1.931 sobre exploración y explotación de petróleos establece en su artículo 41 la obligación de notificar al interesado las causales de caducidad alegadas.

Nuestra legislación positiva concede además, al interesado el derecho de demandar la resolución de caducidad proferida por la Administración, ante el Consejo de Estado. Demanda que debe ser intentada dentro de los treinta días siguientes a la notificación de la decisión de la reposición cuando se ha hecho uso de tal recurso o dentro de los mismos treinta días contados desde la notificación de la declaración de caducidad, si no se intentó el mencionado recurso. Tal demanda se tramita y decide por el procedimiento del Capítulo XV. Así lo enseña el artículo 258 *ibidem*.

Este artículo constituye un progreso en nuestra legislación, pues sustrae de la jurisdicción ordinaria, el conocimiento de las demandas contra las resoluciones administrativas que antes le estaba asignada. Sin embargo, aun continúan sometidas a la jurisdicción ordinaria, las controversias originadas de contratos sobre ejecución de obras y prestación de servicios públicos, manteniéndose en esto rezagada nuestra legislación, cuando hace tiempo la legislación de la casi totalidad de los países europeos, alcanzó tan trascendental conquista. Pero este atraso no es solamente de Colombia, sino de la generalidad de los países americanos, como más adelante tendremos ocasión de demostrarlo.

De la declaratoria de la caducidad se originan efectos jurídicos de señalada importancia, por lo cual es de evidente interés examinarlos. Normas al respecto se han establecido en la legislación de muchos países, y la mayor parte de los autores de derecho administrativo se ocupan de este punto. El citado tratadista argentino de derecho administrativo, Rodolfo Bullrich, en su expresada obra "Curso de Derecho Administrativo", expone lo

siguiente:

"Una cuestión interesante es la que se plantea acerca de los efectos jurídicos de la caducidad. Declarada caduca una concesión, la obra ya construída, aunque no terminada, a quién corresponde? En principio, y salvo que diga otra cosa la ley o el pliego de condiciones, los elementos y el trabajo pertenecen al concesionario, quien puede disponer de ellos. Es claro que tratándose de materiales adheridos al suelo y de trabajo realizado, la remoción y traslación de aquellos a otro lugar, aparte de que importa en cierto modo una destrucción de valores, ofrece por lo general tan poco aliciente que anula todo interés en ese sentido, pues fácilmente los gastos alcanzarán una cifra superior al valor de dichos materiales. Por ello es lo más frecuente que el concesionario transfiera sus derechos a quien le sucede en la concesión; pero si esto no ocurre, si se desiste de la continuación de la obra, los materiales y trabajos hechos quedan abandonados.

De modo, pues, que el hecho de que la caducidad de la concesión y el consiguiente abandono de la parte hecha por el concesionario, no originan un desapoderamiento, y el que aproveche de ellos deberá pagarlos en la medida en que le sean útiles, pues sea que se trate de la aplicación del derecho civil o del derecho administrativo, el principio de que nadie puede enriquecerse a costa de otros impera en todo su valor".

Tales efectos deben estipularse en el contrato que contiene la cláusula de caducidad. En la citada Ley 167 de 1.941, el legislador colombiano facultó a la Administración para prefiar en el contrato tales efectos. El artículo 256 de dicha ley, dice:

"En la cláusula de caducidad se establecerán los efectos

que ésta produce, una vez declarada por el Gobierno, y las presentaciones a que las partes quedan obligadas".

Segunda parte.

EXAMEN HISTORICO DEL CONCEPTO DE CADUCIDAD.

La Caducidad Administrativa es un fenómeno jurídico del Derecho Público cuya aplicación tiene lugar en actos jurídicos del Derecho Público.

Al hacer el examen histórico de esta institución, he juzgado acertado estudiar si en las antiguas legislaciones tuvieron manifestación los actos jurídicos del Derecho Público a que ella es aplicable y en qué época nació tan importante institución.

Si bien en algunas legislaciones como la griega, ebrea etc, fueron conocidas rudimentarias construcciones jurídicas de tal naturaleza, prescindo de hacer un análisis de ellas, porque estimo que fue en Roma donde se estructuraron y se les dió solidez jurídica a instituciones que han servido de guía y orientación al derecho universal, influyendo de manera decisiva en el progreso jurídico de la humanidad. En su importante obra, "Tratado de Derecho Privado Romano", el doctor Miguel Angel Rozzi, trae, bajo el subtítulo "Razón del estudio del Derecho Romano", este juicio acertado, que me permito citar:

"Por qué, nos preguntamos, se estudia el derecho romano y no el de otro pueblo? Por de pronto, contestaremos que es el único que nos ha sido legado casi en su integridad por las generaciones posteriores al eclipse del mundo latino. En cambio, si los cuerpos legislativos de otras civilidades (griega, egipcia) han llegado hasta nosotros, ha sido en forma fragmentaria, pero lo suficiente como para deducir, de algunos, su es-

tado aun incompleto de perfeccionamiento ,y, de otros, su desarrollo rudimentario. El espíritu de la legislación romana, y hasta su letra y su técnica, se filtraron a través de los siglos en civilizaciones diferenciales, aparecidas después en otros pueblos racialmente distintos y del mismo acervo étnico, que heredaron parcelas de esa cultura jurídica avanzada".

El contrato de derecho público-uno de los actos jurídicos en que tiene aplicabilidad la caducidad-fue conocido en Roma desde la antigüedad, y, según Mayr-Historia del Derecho Romano- precedió al contrato de derecho privado. Agrega este autor, que el estado satisfacía sus necesidades obligando al ciudadano a prestar directamente los servicios necesarios.

Lude Moritz Hartmann en su obra "La Decadencia del Mundo Antiguo", afirma que en Roma los soldados eran obligados a prestaciones de servicios públicos.

Al principio sólo podían contratar con el estado los ciudadanos romanos, existiendo, de hecho, prohibición para los libertos de contratar con él, pues no había norma legal expresa que lo impidiese. Con el advenimiento de Augusto, alcanzaron los libertos el derecho de contratar con el estado.

También existían en el derecho romano normas especiales relativas a la celebración de contratos públicos.

Las adjudicaciones de obras públicas correspondía hacerlas al censor. Distinguía a la adjudicación tres instituciones esenciales: la fórmula del contrato-Lex censoria-, la subasta pública-Licitatio-, garantía personal y real-Praedes, praedia-.

La Lex-locationi o Lex-operandi-locandi, equivalía a nuestro pliego de condiciones.

La Lex-censoria era, además de una manifestación contrac-

tual, el poder imperativo del acto realizado por el estado, al cual correspondía solamente fijar la *lex*. La *licitatio* era la condición esencial para que la obra se adjudicara y era obligatorio concederla a quien solicitara cantidad menor. El censor realizaba discrecionalmente la adjudicación a las personas que juzgaba idóneas o honorables o que hubieran cumplido correctamente contratos anteriores. Los adjudicatarios debían garantizar mediante fianza o hipoteca sobre sus propios fondos el cumplimiento de sus obligaciones.

También existía perfectamente delineada, la institución de la expropiación forzosa. Se sabe que el pueblo romano utilizó la expropiación para el engrandecimiento de Bizancio, consignándola en las Leyes 50, 51 y 52 de *Opéribus públicis* del Código Teodosiano, en la Novela VII, Capítulo II, párrafo I, que estableció la enajenación de las fincas de la iglesia, cuando el interés público lo reclamara, si bien el pago de lo expropiado no estaba sometido a regla alguna, sino que quedaba al criterio discrecional del emperador. En virtud de la *utilitatem rei publicae respiciens*, autorizaba Justiniano la expropiación de inmuebles pertenecientes a los eclesiásticos, a pesar de sus privilegios, previa indemnitate servata. La indemnización en caso de desacuerdo, debía ser fijada por el Pretor, y cuando excedía de cincuenta libras de plata, era liquidada por el emperador, pudiendo éste disminuir las pretensiones de los expropiados, valiéndose de su *imperialis auctoritas* (Recaredo Fernández de Velasco, "Los Contratos Administrativos").

Ulpiano definió el Derecho Público, así: "El derecho público regula la reorganización y el funcionamiento del Estado en relación con los ciudadanos".

Si bien se ha visto, ya en esta época, antes de aparecer

en el derecho romano las relaciones jurídicas contractuales del derecho privado, habían tenido su origen los contratos de derecho público, cuyo objeto era la obra o el servicio público. No existió igualmente, la institución jurídica conocida en el derecho moderno con la denominación de "Caducidad". Para la utilidad pública el estado se valía de algunas formas coactivas, especialmente de la expropiación forzosa.

Fue con posterioridad al derecho público, cuando surgieron en Roma las instituciones jurídicas del derecho privado. En su comienzo las relaciones contractuales sólo se efectuaban entre ciudadanos romanos-quirites- por lo cual se denominó el jus civile, jus quiritium. Tampoco podían, en esta época, obligarse las entidades políticas como las personas del derecho privado; pero se les llegó a reconocer personería jurídica y adquirieron entonces capacidad para contratar por la vía privada.

La primera fuente de las obligaciones privadas en derecho romano fueron los delitos. Los juristas clásicos después reconocieron dos causas: dividieron las obligaciones en contractuales y delictuales. En el derecho bizantino fueron ampliadas las categorías de las obligaciones, reconociéndose además las derivadas de los cuasi-contratos y cuasi-delitos.

El formulismo fue el carácter dominante en el contrato privado del derecho romano.

El nexum, la fiducia y la sponsio, eran las principales fórmulas que servían para hacer nacer las obligaciones contractuales. A la sponsio, siguió la stipulatio, que vino a alcanzar más importancia y perfección. Las fórmulas consistían en frases sacramentales e invariables. La disolución de los contratos se efectuaba de igual manera.

Con la inmigración de extranjeros a Roma se fueron modificando las costumbres y ampliando las formas de contratación y el espíritu de ellas. Sin embargo, desde entonces perdura el carácter fundamental de los contratos de derecho privado, o sea la intangibilidad unilateral de ellos, que primó en el derecho romano e influyó decisivamente en el derecho universal, invadiendo la esfera del derecho público e imponiendo sus principios en este campo. De ahí, que haya considerado de interés e importancia historiar los orígenes de tales instituciones en la fuente del derecho, que es Roma.

A medida que fue cobrando auge el derecho privado fue decayendo el derecho público.

Examinaremos ahora, cuál fue el papel que desempeñó en la Edad Media el derecho público y sus instituciones. Aquí contemplamos que la soberanía nacional la encarnaba el Príncipe, con todos los atributos propios de ella. Existió entonces una verdadera confusión entre el Príncipe y el Estado. Así se mezclaban frecuentemente las necesidades de aquél con las públicas, siendo satisfechas las primeras casi siempre con los bienes del estado. En esta época sólo eran tomadas en cuenta las necesidades de las clases aristocráticas y del clero, que eran las únicas que tenían alguna ingerencia en las actividades públicas, careciendo de derechos las otras capas de la sociedad, por lo cual sus necesidades eran a menudo desconocidas y desatendidas por el soberano. De tal suerte, que el fenómeno jurídico en estudio, tal como hoy se conoce, esto es, instituido para salvaguardar los intereses de la comunidad, no existía, pues el estado carecía de tan preciosa prerrogativa. El Príncipe ejercitaba actos de imperio, de autoridad política, que en la generalidad

de los casos ,no se inspiraban en el deber de atender las necesidades colectivas. Entonces es cuando tiene su origen en Francia, lo que se ha denominado en Derecho Público, Estado-Policía, cuyo fundamento era garantizar la protección jurídica. Bajo el Estado-Policía, la voluntad del individuo no contaba para nada, y lo que el Estado consideraba un bien para el súbdito le era impuesto aun contra su voluntad. Para el tratadista Fritz Fleiner , la misión del estado-policía era tomar las medidas necesarias para mantener la tranquilidad pública, seguridad y orden, y para prevenir peligros inminentes al público o a algunos de sus miembros (Instituciones de Derecho Administrativo).

" En el derecho germánico de la Edad Media, fue desconocida la diferencia entre derecho privado y derecho público. No se hacía diferencia alguna entre las facultades privadas y las públicas , de carácter jurídico que tenían las personas. Unas y otras dimanaban de un derecho de naturaleza igual. En este sistema jurídico único, uniforme, la orden que la autoridad pública daba al súbdito en virtud de su soberanía y las acciones del súbdito contra el Poder Público, resultaban equivalentes. El Poder Público consistía, pues, en un conjunto de derechos de soberanía puestos en manos del Príncipe. En el siglo XIX es cuando en Alemania vino a establecerse la diferencia entre las relaciones de Derecho Público y las formas del Derecho Privado" (Fritz Fleiner, Instituciones de Derecho Administrativo).

En la época anterior a la Revolución francesa no existió un derecho público homogéneo para la Administración pública, lo que vino a realizarse cuando dicha Revolución derrocó las instituciones políticas del régimen antiguo. En las naciones que siguieron las orientaciones políticas de Francia, se ope-

ró asimismo esa unificación. La autonomía del derecho administrativo ha sido general en todas las naciones, con excepción de Inglaterra donde existe una legislación administrativa, pero no un derecho administrativo, esto es, un conjunto de reglas de fondo encaminadas a determinar las consecuencias jurídicas de los actos de la Administración.

Hasta aquí ha venido dominando en los actos jurídicos propios del derecho público, a que en la actualidad se aplica el fenómeno jurídico en estudio, los principios y reglas del derecho privado, que desde el derecho romano hasta nuestro tiempo ha extendido su vigorosa influencia. Ha sido a partir del siglo XIX y principalmente en su segunda mitad, cuando gracias a la intensa y saludable labor de los tratadistas de derecho público y a la doctrinante y renovadora jurisprudencia del Consejo de Estado francés, cuando se construyó la entidad jurídica denominada caducidad que ha alcanzado posteriormente algún perfeccionamiento y está incorporada a la legislación de todos los países.

Entre nosotros, en el presente siglo ha sido cuando la legislación positiva, en términos precisos, ha consignado dicho fenómeno jurídico. La Ley 53 de 1.909 en su artículo 5o. estatuyó: "Cuando no se hayan estipulado causales de caducidad en contratos de las clases mencionadas en el artículo anterior (sobre construcción de obras, ejecución de hechos u otros análogos), el Ministerio respectivo podrá declarar ésta cuando los contratistas faltaren el cumplimiento de ellos, y esta falta les sea imputable".

Existían antes otras disposiciones que con una terminología impropia consagraban el principio, como eran el Art. 462 del antiguo Código Fiscal (Ley 106 de 1.873, ordinal 5o.)

Con más precisión la Ley 110 de 1.912 (Código Fiscal Vigente) señaló las causales o motivos de caducidad en los contratos administrativos. En su artículo 41, estatuyó lo siguiente:

"En todo contrato que se celebre en nombre del estado y que tenga por objeto la construcción de obras o la prestación de servicios, deben prefijarse en él claramente los motivos que dan lugar a que se declare por medio de providencia administrativa que el contrato ha caducado.

Como causales de caducidad, además de las que el Gobierno tenga por conveniente establecer, en orden al exacto cumplimiento del contrato, deben figurar precisamente las siguientes :

a) La muerte del contratista, en los casos en que ésta debe producir la terminación del contrato, conforme al Código Civil; y

b) La quiebra del mismo, judicialmente declarada".

El anterior artículo, como adelante se expuso, fue modificado por el 254 de la Ley 167 de 1.941 (sobre organización de la Jurisdicción Contencioso-administrativa), que ha ampliado los motivos o causales de caducidad.

Tercera Parte:

FUNDAMENTO JURIDICO DEL CONCEPTO DE CADUCIDAD.

Hemos visto que la "Caducidad" es una institución jurídica del Derecho Público aplicable sólo a actos jurídicos de la misma naturaleza. Tales son, aquellos cuyo objeto es la utilidad pública, el servicio público. De la noción de servicio público, se deriva el fundamento jurídico de tal institución. Según Jeze, se entiende por servicio público "toda organización de carácter permanente destinada a satisfacer una necesidad pública, de una manera regular y continua" (Principios Generales del Derecho Administrativo).

Comentando la anterior definición, el profesor de derecho administrativo chileno, doctor Guillermo Varas C, en su obra "Derecho Administrativo", expresa lo siguiente:

"En esta definición se advierten, desde luego, tres características dominantes, a saber: permanencia, regularidad y continuidad. Los servicios públicos, tales como el agua potable, alcantarillado, alumbrado etc., son permanentes, por su naturaleza, porque satisfacen necesidades de ese carácter. Además, son de una índole tal que deben ser atendidos en forma que no pueda perturbarse su funcionamiento regular y continuo, pues, de lo contrario, se irrogarían daños incalculables a la salud, vida, seguridad y aun economía de la población.

Estas características tan especiales, dan origen a un régimen legal, también especial, que permite satisfacer las necesidades públicas en forma amplia, sin las trabas ni restricciones que impone a veces el derecho privado en las relaciones civiles entre particulares. El régimen del servicio público debe tener, pues, como fundamento y fin, según queda dicho, la

satisfacción superior de necesidades públicas y, como medio, el poder legal suficiente para atenderlas, en todo instante, sin consideración a interés particular alguno; atención que debe hacerse de una manera "regular" y "continua", dentro de la marcha ordenada y normal de la colectividad social. En otros términos, la noción del servicio público excluye toda idea contractual y, si en algunos casos la considera, lo es bajo la condición de reconocerse, sea en la ley o en los actos constitutivos de las concesiones, la primacía del Estado para modificar, unilateralmente, los contratos cuando, a su juicio, las necesidades públicas así lo exijan, sin perjuicio, naturalmente, de las adecuadas compensaciones que puedan otorgarse".

Atendidas las condiciones esenciales del servicio público, era lógico que, para que satisficiera eficazmente su finalidad propia, en actos jurídicos que recayeran sobre un servicio u obra destinados al público, debía existir forzosamente una institución jurídica que permitiese hacer cesar la relación jurídica contractual establecida entre un particular y la Administración, por graves motivos que permitan fundadamente deducir que el servicio no se cumple satisfactoriamente o que ha sido o será interrumpido. De suerte, pues, que es el servicio público tal como se concibe en el derecho público moderno, la razón de ser, el fundamento jurídico de la caducidad.

Para casos menos graves, el derecho administrativo ha creado otra entidad jurídica conocida bajo el nombre de "Teoría de la Imprevisión" o "Riesgo Imprevisible", que conduce a la modificación de los contratos administrativos, por causas sobrevinientes al momento de la celebración y que no pudieron ser previstas por las partes contratantes. Esta teo -

ría halla su fundamento en la conocida cláusula "rebus sic stantibus", según la mayoría de los tratadistas de derecho administrativo. No me detengo a analizar tan importante teoría, por no ser materia de este trabajo, y únicamente he querido mencionarla aquí, a fin de presentar otro caso de alteración del vínculo contractual en derecho administrativo, por razón del servicio público.

Por consiguiente pues, es el interés de la sociedad representado en la obra pública o servicio público, el que en último término justifica la existencia de la institución denominada caducidad, cuya necesidad e importancia se aprecian claramente al estudiar el papel que se le tiene hoy asignado al estado moderno.

Es general el reconocimiento que se hace hoy ^{de la primacía} de los asuntos de la colectividad, colocados bajo la protección del estado, sobre el interés de los particulares, que en casi todos los países se ha elevado a canon constitucional este principio.

Nuestra carta fundamental en su artículo 26 consagra tal prerrogativa del interés público sobre el privado. Dice así:

"Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con justo título, con arreglo a las leyes civiles, por personas naturales o jurídicas, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o de interés social, resultaren en conflicto los derechos de particulares con la necesidad reconocida por la misma ley, el interés privado deberá ceder al interés público o social.

..... Por motivos de utilidad pública o de interés social definidos por el legislador, podrá haber expropiación, mediante sen-

tencia judicial e indemnización previa."

Tanto la "Caducidad" administrativa como la "Imprevisión" han sido y son aun combatidas por muchos autores de derecho administrativo, quienes, influidos por el derecho civil, arguyen que tales instituciones carecen de un verdadero fundamento jurídico. No admiten que ellas puedan aplicarse unilateralmente por la Administración, ya que sostienen la intangibilidad de los contratos administrativos a la manera que ocurre en el derecho privado, donde es principio universal que, una vez celebrados legalmente, deben ser respetados y cumplidos por las partes, pues se tienen como ley para ellas y no pueden ser modificados por la voluntad de una sola.

Cuarta Parte:

ACTOS JURIDICOS EN QUE TIENE APLICABILIDAD LA CADUCIDAD

No en todos los actos jurídicos del Derecho Público tiene lugar la aplicación de la institución tantas veces citada, sino por el contrario, en muy pocos. Sólo en aquellos que entrañan una relación jurídica de carácter contractual, y en que una de las partes es el Estado, la Administración, y la otra un particular (individuo o empresa). Es decir, en los contratos administrativos y en las concesiones de servicios públicos. (No deben confundirse estos dos actos jurídicos, pues si bien toda concesión encierra un contrato administrativo, no todo contrato de esta naturaleza constituye una concesión, como más adelante tendré la ocasión de demostrarlo).

Pero no todos los contratos que celebra la Administración con un particular, llevan inherentes los privilegios que el Derecho Público les reconoce. En este punto casi todos los autores establecen distingos: Recaredo Fernández de Velasco dice, que es contrato administrativo aquel cuyo objeto es un servicio público, utilidad pública, utilidad social, obra pública. Y agrega: los contratos administrativos son los realizados por la Administración para asegurar el funcionamiento de un servicio público, y que se rigen por reglas especiales distintas a las aplicables a las relaciones de los particulares entre sí. (Los Contratos Administrativos).

En esta clase de contratos, la Administración posee la facultad de declarar su caducidad unilateralmente cuando el contratista deje de cumplir las estipulaciones contractuales.

La Ley 167 de 1.941 (sobre organización de la jurisdic-

24

ción Contencioso-administrativa) en su artículo 254 estableció la obligación de estipular la cláusula de caducidad, únicamente en aquellos contratos que tengan por objeto la "construcción de obras", la "prestación de servicios" o la "explotación de un bien del estado". En los contratos como el de compra-venta, permutación etc, celebrados por la Administración no habrá lugar a estipular la cláusula de caducidad.

Quinta Parte:

NOCION DE CONTRATO ADMINISTRATIVO .

Hay autores modernos como Jeze, que juzgan impropio y defectuoso el término "contrato" aplicable al acto jurídico así denominado en el derecho administrativo. Pues consideran que en éste lo dominante y fundamental es la noción de servicio público que entraña un régimen de preeminencia en favor del estado y supone la desigualdad jurídica de las partes contratantes. La palabra "contrato, por el contrario, implica igualdad jurídica de las partes.

Otto Mayer dice que el contrato administrativo no es un verdadero contrato; en éste se presupone la igualdad jurídica de las partes, que no se da en el Derecho Público. Estima que el contrato de Derecho Público se aproxima a la requisición, de la cual difiere en que ésta última se impone unilateralmente la voluntad de la Administración mientras que en el contrato la sumisión es voluntaria.

Afirma Jeze que, para que haya contrato administrativo son precisas las condiciones siguientes: a) acuerdo de voluntades entre la Administración y un particular; b) dicho acuerdo ha de proponerse la creación de una obligación jurídica, de prestación de cosas materiales o de servicios personales, mediante una remuneración; c) La prestación del particular tendrá por objeto asegurar el funcionamiento de un servicio público; d) Sometimientto de las partes a un régimen especial de Derecho Público, ya sea que lo hayan estipulado o porque resulte de la forma en que el contrato se otorgó o de la especie de cooperación pedida al contratista o por cualquiera otra manifestación de voluntad.

De lo anteriormente dicho se deduce que en los contratos

administrativos su fundamento se encuentra en el servicio público, que es susceptible de frecuente modificación, a fin de poder satisfacer las necesidades públicas cumplidamente, las cuales están sujetas a permanente variación. Al paso que el carácter dominante en los contratos civiles es la estabilidad mientras las partes no resuelvan modificarlos o su modificación resulte de los propios términos del contrato, pues éste, como lo consagra la universalidad de las legislaciones civiles, es una ley para las partes. El fundamento de éstos se halla en la autonomía de la voluntad de los contratantes, que es absoluta y debe ser acatada mientras no se haya contratado la ley.

El contrato administrativo al igual del civil, nace del concurso de voluntades de dos o más personas con el fin de producir obligaciones jurídicas. Son aplicables a este contrato, con algunas diferencias, como después se verá, los requisitos exigidos en los contratos civiles.

El contrato administrativo forma parte de la importante clasificación que del "acto administrativo" ha hecho el notable tratadista de la materia, Gastón Jeze, en su magistral obra "Principios Generales del Derecho Administrativo". Ha sido considerado como acto creador de situación jurídica individual. Perteneció al segundo numeral de dicha clasificación y puede ser de dos maneras: o una situación unilateral de voluntad, o una manifestación bilateral, destinadas a generar un efecto de derecho para una persona determinada. Claramente se ve, que el contrato pertenece a esta segunda categoría; esto es, al acto jurídico en que la manifestación de la voluntad es bilateral. De la clasificación anterior no debe deducirse que la unilateralidad o bilateralidad signifique, según el caso, que engen-

dre obligaciones para una sola de las partes o para ambas, sino que la voluntad manifestada ha sido de una sola de las partes o de ambas. Por ejemplo, en la imposición de una multa sólo existe la declaración de voluntad del funcionario que la impone, la cual crea una obligación a cargo de la persona a quien se impone, sin intervenir su voluntad y aun contra ella.

En todo contrato administrativo, pues, necesariamente deben intervenir dos voluntades que recaen sobre un mismo objeto.

Es bien sabido que la Administración también puede celebrar contratos de derecho privado, civiles o comerciales, en los cuales voluntariamente acepta someterse al régimen de éstos, cuando el objeto sobre que versan no constituye un servicio público, utilidad pública, utilidad social u obra pública, y conforme a nuestra legislación positiva, no "tenga por objeto la construcción de obras, la prestación de servicios o la explotación de un bien del Estado".

Muchos tratadistas de derecho administrativo sostienen que cuando la Administración celebra un contrato de naturaleza civil, obra como persona jurídica de derecho privado, admitiendo una dualidad de persona en la Administración; este criterio ha sido acogido en la mayor parte de los países civilizados. Pero tal tesis ha sido combatida por los modernos expositores de la materia. Entre nosotros el Profesor Carlos H. Pareja, en su obra "Curso de Derecho Administrativo Teórico y Práctico", la ha rechazado en los siguientes términos:

"Desde luego, hay que rechazar la teoría que ha sido corriente en Colombia, de que el Estado, siempre que contrata, cualquiera que sea la clase del contrato, obra como "persona jurídica de derecho privado", no. Ha habido en esto un prejuicio tradi-

cional .El Estado no es, ni puede ser nunca ,un particular,y, aun en sus contratos de derecho privado,obra siempre dominado superiormente por el interés colectivo.Si recurre a los medios comunes que los particulares emplean en sus negociaciones ,es para facilitar la adquisición de las cosas que necesita o para dar a sus cocontratantes una garantía de que sus derechos no estarán expuestos a las revisiones excepcionales a que se sujetan quienes contratan con el Estado en interés del servicio público;del mismo modo que los particulares, cuando asumen la representación del Estado para prestar un servicio público por concesión o cualquier función pública por delegación, no pierden su categoría de particulares ni adquieren carácter oficial, así tampoco el Estado deja de ser entidad de derecho público cuando contrata a semejanza de los particulares; se trata de una cuestión de forma, de procedimiento, no de substancia".

El criterio que nos debe orientar para determinar si un contrato es de derecho privado o de derecho público, es el siguiente: debe examinarse , ante todo, la finalidad perseguida. Si esta es estrictamente patrimonial o de interés individual, el contrato será civil o comercial; si se ha buscado el funcionamiento técnico de un servicio público, será administrativo. El primero queda sujeto al régimen de los contratos privados; el segundo, al régimen especial de derecho público. Nada importa que la persona que celebre la convención sea la Administración, pues ésta puede contratar por la vía privada, como arriba se expuso.

Los anteriores principios ~~que~~ han sido admitidos por la legislación de casi todos los países y por los Tribunales encargados de aplicarlos en casos concretos, aquí en nuestro país tanto la legislación como la jurisprudencia se han man-

tenido rezagadas sin haberlos incorporado al patrimonio jurídico nacional. Nuestro más alto Tribunal, la Corte Suprema de Justicia, ha sostenido el viejo y perjudicial criterio de identificar los contratos administrativos a los civiles, aplicándoles los mismos principios. En sentencia de 9 de mayo de 1.938, dijo:

"La Nación, al contratar, sea civil o administrativamente, queda sometida a las prescripciones del derecho común que gobiernan los contratos, siendo una de éstas la del Art. 1602 del CC., según el cual todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por consentimiento mutuo o por causas legales; entre estas causas no se encuentra, dice la Corte, la expedición de una ley nueva; aunque esta ley sea de impuestos de carácter general.

El contrato administrativo es el acuerdo de voluntades, generador de obligaciones, celebrado por la Administración, con el fin de proveer directa e inmediatamente a la satisfacción de un interés público. El celebrado por la Nación con la Andian para la construcción y explotación de un oleoducto público, es un contrato de carácter administrativo.

Los requisitos de fondo, que según los expositores de la materia, se exigen para la validez de los contratos administrativos, son los mismos que se exigen en la legislación colombiana para la validez de los contratos civiles: capacidad (es decir, competencia del funcionario); consentimiento (que se prueba con el cumplimiento de todas las formalidades legales) y objeto y causa lícitos (art. 1502 del C.C.).

En cuanto a la ejecución y cumplimiento de los contratos administrativos y las consecuencias que de ellos se derivan, quedan sometidos a las disposiciones relativas a los contratos civiles. Así lo ha decidido la Corte y ésta es la opinión de los

principales expositores de derecho administrativo, que están de acuerdo en afirmar que los contratos administrativos quedan sometidos a la legislación civil, salvo disposiciones especiales."

En sentencia de 13 de noviembre de 1.924, sentó la misma doctrina, al decir:

"Tratándose de contratos que el Gobierno celebre con particulares o compañías, el Estado contratante se coloca en igual situación jurídica que el contratista; aparece como persona jurídica, y como tal ni manda ni obliga. Es decir, el Estado en estos casos no puede proceder en ejercicio del derecho de imperio, obrando como autoridad política que provee, manda y ordena". (Los pasajes de las sentencias referidas han sido tomados del libro "Curso de Derecho Administrativo, Teórico y Práctico del doctor Carlos H. Pareja, pags. 405 y 406).

Los contratos administrativos, para su existencia y validez, deben reunir especiales requisitos que generalmente son previstos en la Ley. La Administración al celebrar un contrato administrativo, debe hacer constar en el instrumento que se crea al efecto, la serie de condiciones establecidas en la ley. Denomínase tal instrumento, pliego de cargos. Esta viene a ser la parte legal o reglamentaria, que hay en todo contrato administrativo. La otra parte, la económica o financiera, es la que es materia de la convención propiamente dicha. Al aceptar el contratista las condiciones contenidas en el pliego de cargo, se somete al régimen legal que le impone la Administración, y de hecho se coloca en un pie de inferioridad respecto a ella.

Con relación al pliego de cargos, el profesor Carlos H. Pareja, se expresa así:

"El pliego de cargos comprende, en términos generales, todo lo que se refiere a la organización del servicio público; en concre-

to debe contener:

- a) Las condiciones del servicio que se desea contratar o de la obra que se desea ejecutar;
- b) Las obligaciones del Gobierno y del contratista;
- c) La clase de contrato que se desea celebrar, a precio fijo, por administración delegada, por concesión etc., y en este último caso, las tarifas/^a que se sujetará el servicio;
- d) Los casos en que ha de ocurrir la caducidad;
- e) Las demás sanciones o cláusulas penales que quieran establecerse; y
- f) Cualquiera otra estipulación, fundada en ley, que la Administración quiera imponer".

El pliego de cargos, exceptuando algunos casos, debe ser sometido a la previa aprobación del Consejo de Estado, para su validez.

Entre los requisitos que la Administración al contratar debe observar, hay unos denominados constitucionales, cuya observancia es indispensable para la validez de los contratos. Tales son, los señalados en el artículo 69 de nuestra constitución, que dice:

"Corresponde al congreso hacer las leyes.

Por medio de ellas ejerce las siguientes atribuciones.....

...8a. Conceder autorizaciones al Gobierno para celebrar contratos, negociar empréstitos, enajenar bienes nacionales y ejercer otras funciones dentro de la órbita constitucional.

...13. Aprobar o desaprobado los contratos o convenios que celebre el Presidente de la República con particulares, compañías o entidades políticas, en las cuales tenga interés el Fisco Nacional, si no hubieren sido previamente autorizados o si no se

hubieren llenado en ellos las formalidades prescritas por el Congreso, o si algunas estipulaciones que contengan no estuvieren ajustadas a la respectiva ley de autorizaciones.

.....16-Decretar las obras públicas que hayan de emprenderse o continuarse, y monumentos que deban erigirse".

El artículo 115 de dicha Constitución, en su inciso 14, atribuye al Presidente de la República facultad de celebrar ciertos contratos, dice:

"Corresponde al Presidente de la República como suprema autoridad administrativa:.....

.....14-Celebrar contratos administrativos para la prestación de servicios y ejecución de obras públicas, con arreglo a las leyes fiscales y con la obligación de dar cuenta al Congreso en sus sesiones ordinarias".

Sienta, pues, nuestra carta fundamental, las siguientes normas:

1a. El Gobierno puede celebrar contratos con previa autorización del Congreso, en cuyo caso quedan firmes mediante la declaración del Consejo de Estado de que los ha encontrado ceñidos a las autorizaciones;

2a. Puede el Gobierno celebrar contratos careciendo de autorización legal. Entonces necesita de la posterior aprobación del Congreso;

3a. Igualmente puede el Gobierno celebrar contratos, para los cuales está parcialmente facultado, necesitando también la aprobación del Congreso a dichos contratos en todas sus partes;

4a. Para la celebración de contratos sobre prestación de servicios y ejecución de obras públicas, requiere que el Gobierno se haya ajustado a las leyes fiscales, debiendo informar al Congreso en sus sesiones ordinarias; y

5a-En los contratos que se refieren a obras o servicios públicos, exíjese que previamente hayan sido decretadas las obras por la ley y creados los servicios.

Los otros requisitos son los legales o reglamentarios y están consignados en leyes y decretos; -Examinaré los contenidos en la Ley 167 de 1.941, que ha introducido sustanciales reformas a las disposiciones que sobre la materia existían. Esta clase de requisitos sólo hacen relación a los contratos que celebre el Gobierno en virtud de autorización previa del Congreso y por cuantía que sea o exceda de \$ 5.000,00, así lo estatuye en su artículo 242, cuyo tenor es como sigue:

"Los contratos que celebre el Gobierno, en virtud de autorizaciones legales, y cuyo valor sea o exceda de cinco mil (\$ 5.000,00) pesos moneda legal, deberán remitirse, una vez impartida la correspondiente aprobación ejecutiva, al Consejo de Estado para que éste decida si están o no ajustados a tales autorizaciones. Cuando en el contrato no se expresa suma determinada, pero por las estipulaciones del mismo se puede apreciar por el Gobierno que su cuantía es o excede de cinco mil pesos (\$ 5.000,00), deberá obtenerse la revisión del Consejo.

Los contratos que mediante declaratoria de urgencia celebre el Gobierno se remitirán al Consejo para que esta entidad decida no sólo si se hallan ajustados a las autorizaciones legales, sino también si la declaratoria de urgencia, cuando de ésta se trate, se ha ceñido a las normas que establecen las leyes. La Corporación tiene un término de cuatro días para emitir su concepto".

El artículo citado reforma el 3o. de la Ley 13 de 1.935, agregando que, en los contratos de cuantía indeterminada, pero que el Gobierno pueda apreciar que es o excede de \$ 5.000,00

puede celebrarlos el Gobierno, sometiéndolos a la aprobación del Consejo. También le incluye el inciso segundo, que es reproducción del artículo 30. de la Ley 22 de 1.925.

De suerte que aquellos contratos que celebre la Administración en virtud de previa autorización legal, por cuantía menor de \$ 5.000,00, quedan exentos de la formalidad de ser sometidos a la revisión del Consejo de Estado.

Cuando los contratos versan sobre exploraciones y explotaciones de petróleos o sobre explotación de metales preciosos en los lechos de los ríos navegables, deberán someterse a la revisión del Consejo de Estado, para que queden firmes, como lo enseña el artículo 243 de la misma Ley.

En su artículo 245 fija la expresada ley el término dentro del cual el Gobierno debe someter al Consejo de Estado la revisión de tales contratos, el cual no puede exceder de 30 días que se cuentan desde la fecha en que el Gobierno los aprueba. La omisión de esta obligación legal, o la remisión fuera del plazo indicado, sólo acarrea responsabilidad personal a los funcionarios que han celebrado el contrato, cuando se ha causado algún perjuicio al Tesoro Público. En todo caso, ningún contrato puede empezarse a ejecutar, si antes no ha sido revisado por el Consejo de Estado.

La misma Ley en su artículo 246, fija la extensión de la facultad del Consejo de Estado en esta materia, la cual debe contraerse a estos puntos: a) examinar la autorización legal en virtud de la cual el contrato se celebra; b) estudiar la competencia de los funcionarios y la capacidad de las demás partes contratantes; c) estudiar igualmente, si las estipulaciones convenidas y las prescripciones fiscales se conforman al régimen legal. Hallados conformes los requisitos anteriores, por

el Consejo, éste impartirá su aprobación al contrato, de lo contrario hará las observaciones del caso.

Queda expuesto, pues, que para que los contratos en estudio queden firmes requieren la aprobación del Consejo de Estado. Cuando éste imprueba un contrato, las partes contratantes deben adoptar las reformas indicadas por el Consejo, para que quede firme. Si las partes no se avienen a aceptar las reformas que indique el Consejo, entonces deben someterse el contrato a la aprobación del Congreso. Es lo que preceptúa el artículo 248 ibidem. Comentando esta disposición, el Profesor Carlos H. Pareja, ha dicho:

"Indudablemente el Consejo, cuando revisa un contrato administrativo, no dictamina como consultor, sino que falla como Juez; por lo mismo, es impropio que la Ley lo autorice, como lo hace en esta disposición, a proponerle al Gobierno y al contratante las reformas que deben adoptar; lo propio es que el Consejo se limite, como bien lo expresan los artículos 242 y 252, a decidir si esos contratos "están o no ajustados a las autorizaciones en virtud de las cuales se han celebrado", sin invadir el campo estrictamente administrativo, que es función privativa del Gobierno, como se deduce de lo dispuesto en el artículo 115, ordinal 14 de la Constitución. Por este aspecto, la disposición que comentamos nos parece inconstitucional, como es contraria a los principios de la técnica jurídica" (Carlos H. Pareja, Código Administrativo).

Contra la resolución del Consejo que imprueba un contrato, puede el Ministro correspondiente pedir la reposición dentro del término de diez días, y acompañar todos los documentos o piezas que aporten luces al Consejo e influyan en una

El Consejo debe remitir el contrato aprobado o improbad o al Ministerio de procedencia, junto con sus antecedentes. Al ser reformado el contrato de conformidad con las instrucciones del Consejo, deberá el Gobierno remitirlo nuevamente a dicha Corporación para su aprobación (Art. 249 ibidem).

Veamos ahora la fuerza obligatoria del fallo aprobatorio del Consejo de Estado. Dice el artículo 253 de la Ley 167 de 1.941 aludida, que no podrá impugnarse la validez o efectos del contrato que ha sido aprobado por aquella Entidad, ni habrá lugar a controversia jurisdiccional. Las estipulaciones contractuales deberán ser cumplidas estrictamente por las partes.

Los requisitos exigidos para la celebración de contratos por el Gobierno nacional, son obligatorios también para los Gobiernos departamental y municipal. Así lo estatuye el artículo 259 ibidem, cuyo tenor es como sigue:

"En los Tribunales Administrativos se seguirán las mismas reglas en el examen y decisión de los contratos celebrados por la Administración departamental o municipal, en cuanto fueren pertinentes". Es ^T artículo es adicionado por el 260, que dice:

"Será obligatoria la revisión por los Tribunales Administrativos respecto de los contratos autorizados por las ordenanzas cuando su cuantía sea o exceda de cinco mil pesos (\$ 5.000,00).

Se dejan enumeradas las formalidades a que deben obligatoriamente someterse los contratos que celebra la Administración con previa autorización legal y cuando su cuantía es o excede \$ 5.000,00. Veamos ahora, que requisitos deben llenarse

en los demás contratos que no alcanzan a la cuantía apuntada.

La ley 13 de 1.935 reformada parcialmente por la 167 de 1.941, dice que los contratos que han sido celebrados en nombre del Estado, necesitan la aprobación del Presidente de la República con la firma del Ministro del respectivo ramo. Se exceptúa aquellos por suma que no pase de \$ 3.000,00, pues el Presidente puede delegar en sus Ministros la facultad de celebrar contratos hasta la referida suma, con arreglo a las leyes fiscales (ordinal e, Art. 10. Ley 202 de 1.936), y los de la misma clase que se hayan celebrado en licitación pública, cualquiera que fuere su cuantía, los que serán aprobados únicamente por el Ministro respectivo. Cuando su cuantía excede de \$ 3.000,00, para poder aprobarlos el Presidente de la República es indispensable el dictamen previo del Consejo de Ministros.

A continuación transcribo algunas disposiciones del Decreto 427 de 1.936, reglamentario de la Ley 13 de 1.935, aun en vigor:

"Artículo 10. Los contratos celebrados en nombre del Estado, cuyo valor sea menor de mil pesos, sólo necesitan para su validez, de la aprobación del Ministro respectivo cuando el valor del contrato exceda de quinientos pesos; se requiere además de que conste por escrito, que reúna todas las formalidades exigidas por la ley. Cuando el valor del contrato no exceda de quinientos pesos es suficiente requisito la presentación de los respectivos comprobantes de cuentas visados por el Ministro o por el empleado a quien éste haya delegado esta atribución, a menos que el contrato sea de aquellos que por su naturaleza exija escritura pública, como los relativos a compraventa de bienes raíces, o de los que cada Ministerio, según convenga a

los intereses de la Administración, ordene se extiendan por escrito.

Artículo 2o. Respecto de contratos que excedan de mil pesos, y que por su naturaleza requieran el otorgamiento de escritura pública registrada, antes de proceder a extender ésta, se celebrará un contrato privado de promesa de contrato en el cual consten todas las condiciones del respectivo negocio, conforme lo previene el artículo 89 de la Ley 153 de 1.887.

Esta promesa de contrato será la que debe someterse a la correspondiente tramitación administrativa, verificada la cual y aprobados sus términos, se procederá al otorgamiento de la escritura pública, que convertida en contrato firme el contrato prometido".

Deben observarse además otros requisitos contemplados en el Decreto 911 de 1.932, Leyes 53 de 1.909, 102 de 1.912 (Código Fiscal), y para los contratos de petróleos rigen las leyes 37 de 1.931, 160 de 1.936 y decretos reglamentarios números 1.270 de 1.931, 950 de 1.937, 1411 de 1.937, 136 de 1.938 y resolución número 49 de 1.938. La Ley 149 de 1.936 y su decreto reglamentario número 1.461 de 1.937. Los contratos sobre minas están sujetos a las disposiciones del Código del ramo y a la Ley 13 de 1.937 y decreto reglamentario número 1.343 de 1.937. Los contratos sobre importación de copra están reglamentados por leyes especiales.

Los requisitos expuestos, llamados de forma, son esenciales, lo que quiere decir, que su observancia es condición indispensable para la existencia del contrato.

Sexta Parte :

ANALOGIAS Y DIFERENCIAS ENTRE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS Y CONTRATOS DE DERECHO PRIVADO.

ANALOGIAS:

Son principios comunes a los contratos administrativos y de derecho privado, los siguientes:

Consentimiento, que comprende : a) capacidad; b) vicios del consentimiento: error, fuerza y dolo.

Tanto en derecho administrativo como en derecho privado para que exista "contrato", es necesario que se produzca un acuerdo de voluntades entre las partes, sobre un mismo objeto jurídico. Cuando esto ocurre se ha manifestado el consentimiento de ellas. Pero hay autores como Jeze, que sostienen que tal acuerdo prácticamente no existe, pues las voluntades no se manifiestan libremente, ya que la Administración es quien señala unilateralmente mediante el pliego de cargos, las condiciones legales y reglamentarias del contrato. Es en la parte económica o financiera donde realmente viene a producirse tal acuerdo.

En ambas clases de contratos concurren, pues, dos circunstancias: bilateralidad y voluntariedad. Mas, existen actos bilaterales y voluntarios, que no son contratos. Para que un acuerdo de voluntades se convierta en contrato, precisa de la concurrencia de estas tres circunstancias: 1a. Las voluntades deben emanar de partes contrapuestas; el contrato es un acuerdo bilateral de voluntades; 2a. Las partes han de tender a crear una situación jurídica general (Recaredo Fernández de Velasco, Los Contratos Administrativos).

Pero no todo acuerdo de voluntades es suficiente para producir plenos efectos legales en la contratación. Se requiere

que las partes tengan "capacidad" para contratar. Respecto a los particulares su capacidad se rige por el Código Civil. En lo tocante a la Administración, la capacidad se exige es a los funcionarios, quienes deben tener competencia para contratar y obrar, en cada caso, sujetándose a las prescripciones legales.

En los contratos administrativos como en los de derecho privado, se requiere que el consentimiento no esté afectado por error, fuerza o dolo, que son vicios del consentimiento. Como mi propósito es señalar las analogías existentes entre una y otra clase de contratos, no me detengo a estudiar cada uno de los puntos enumerados.

Los contratos así administrativos como de derecho privado, tienen "objeto" y "causa."

DIFERENCIAS :

Conviene advertir que en la denominación de derecho privado están comprendidos los contratos civiles y comerciales, ya que estos últimos en su formación, efectos, interpretación, modos de extinguirse, anularse o rescindirse y su prueba, están gobernados por los mismos principios de los primeros, diferenciándose en puntos menos esenciales.

Diferencia en cuanto al sujeto: en los contratos de derecho privado, los contratantes son los particulares, colocados en un mismo pie de igualdad; en los administrativos, una de las partes es la Administración, que goza de ciertas prerrogativas que no posee la otra parte: como son las de poder modificar o caducar unilateralmente los contratos administrativos.

En orden al objeto: en los contratos de derecho privado se persigue el interés particular, económico de las partes, un fin de lucro; en los contratos administrativos, se busca la uti-

lidad pública, el interés general, lo que puede implicar desventajas económicas para la Administración.

En lo tocante a las formas: en los contratos administrativos se exige una serie de formalidades que no se requieren en los de derecho privado. Tales formalidades en los administrativos son esenciales y su omisión acarrea la nulidad.

Por razón de la jurisdicción competente para conocer de unos y otros: en casi todos los países de Europa, compete conocer de los contratos administrativos a la Jurisdicción Contencioso-administrativa (en Colombia y en muchos países de la América, nos mantenemos aun rezagados en esta materia, como luego veremos); en los contratos de derecho privado es la jurisdicción ordinaria la llamada a conocer.

Con relación al régimen jurídico aplicable: los contratos administrativos están sometidos a un régimen legal y reglamentario bastante complejo, justificado por la finalidad que se persigue con ellos, cual es la de prestar un servicio público, susceptible de modificación; los contratos de derecho privado están sujetos a un régimen más simple, que es acordado por las partes y en subsidio el establecido en el Código Civil o de Comercio.

Respecto de los fenómenos jurídicos aplicables a unos y a otros: a los contratos administrativos les son aplicables la "reversión", "caducidad" e "imprevisión", que no tienen lugar en los contratos de derecho privado; en cambio a éstos se les aplican la "resolución", la "nulidad" y la "rescisión" que son extraños a los administrativos.

NOCION DE CONCESION.

Por la complejidad de este acto jurídico, los tratadistas de derecho administrativo han discrepado en su concepción.

Veamos cómo la han concebido algunos notables expositores de la materia.

Para el Profesor Carlos García Oviedo, la concesión es una "Atribución de poder que la Administración confiere a un particular para que efectúe una obra, reservándose durante cierto tiempo, la explotación del servicio consiguiente, con el objeto de que pueda resarcirse de los gastos y obtener una ganancia".

La anterior definición no abarca todos los casos que comprende dicho concepto. Puede ser que la Administración celebre con un particular un contrato administrativo para que el contratista ejecute una obra pública, al propio tiempo que le concede el derecho de explotarla en su particular provecho, prestando un servicio público. Si la concesión contemplara este sólo caso, la definición de Oviedo sería exacta. Pero también se da el caso, muy a menudo, de que la Administración concede a un particular la prestación de un servicio público sobre una obra realizada por persona distinta del concesionario. Aquí se pone de manifiesto la inexactitud de la anterior definición y se deduce que lo esencial en la concesión no es la ejecución de una obra pública sino la prestación por el particular de un servicio público.

Hauriou expresa que existe concesión cuando el particular realiza una obra pública en que el estado está interesado pero que no puede él hacer por su cuenta, y la explota para cobrarse la inversión de su dinero, debiendo ella quedar a beneficio del estado después de determinado tiempo, que será fijado en la car --

ta de concesión respectiva. Vese, pues, que para este autor lo fundamental en el servicio público concedido es que haya una obra pública, donde la actividad desarrollada conlleve un riesgo. Si la obra o el riesgo no existen, no hay para el citado autor servicio público, ya que considera que el estado debe realizar por sí aquellos servicios cuya explotación es segura.

Según Gascón y Marín, se dice que hay concesión de servicio público cuando a una actividad de interés general desenvuelta por un particular, la Administración le otorga carácter de servicio público en razón de su importancia y como si fuera realizada por ella misma. Este autor incurre en error, consistente en que no es la Administración la que otorga el carácter de servicio público a la actividad desempeñada por un particular que satisface intereses generales, ya que el servicio público lo es desde el principio y por razón de su naturaleza jurídica.

Considero que la definición del Profesor Gastón Jeze, si es exacta. Es como sigue:

"La concesión es la gestión por un particular o una empresa de un servicio público, recibiendo el concesionario una remuneración, que por lo general consiste en la percepción de tasas pagaderas por los individuos que se aprovechan del servicio público concedido".

El carácter de la concesión queda bien marcado en la definición que antecede: desempeño de un "servicio público" por un particular: individuo o sociedad jurídica.

La concesión fue usada en otro tiempo por los estados. Y los servicios que primordial y privativamente prestan hoy los estados modernos, como los de policía, justicia etc., eran concedidos a particulares. Hoy se emplea más la concesión en los servicios públi-

44

cos que tienen un carácter económico.

En cuanto a la forma que reviste hoy este acto jurídico, puede afirmarse que es una institución moderna.

NATURALEZA JURÍDICA DE LA CONCESION:

Entre los tratadistas de derecho administrativo mucho se ha discutido la naturaleza de este acto jurídico, habiendo quienes sostengan que se trata de un acto simplemente "unilateral"; otros dicen que es un verdadero "contrato" y la mayoría de los autores modernos, lo conciben y explican como un acto complejo o mixto.

En apoyo de lo antes afirmado transcribo el siguiente pasaje de la obra "Tratado de Derecho Administrativo" de que es autor el profesor español José Gascón y Marín:

"Discútese mucho la naturaleza de la concesión de servicios públicos haciendo unos resaltar su carácter contractual, otros el unilateral, pudiendo advertirse tendencia netamente favorable a estimarla como de derecho público, y tan solo como elemento secundario su carácter contractual, dominando cuanto afecta a la organización del servicio público concedido y el carácter mixto de la institución de que se trata. En el derecho antiguo, la concesión equivalía a un privilegio que otorgaba a un particular derechos regalianos del príncipe. Se negó que hubiera carácter de derecho público en la concesión, y, a lo más, admitióse que hubiera una manifestación del poder público en la posibilidad de otorgar la concesión quedándose ésta, propiamente tal, relegada al campo del derecho privado. Por el contrario, otros, afirmando la supremacía del derecho del estado llevan todo al derecho público, hasta el de modificar sin indemnización las condiciones de la concesión".

Entre los sostenedores de que la concesión es un acto unilateral se encuentra Mayer, quien dice que el concesionario no es

otra cosa que un funcionario como cualquier otro que se somete a las condiciones que le son impuestas por la Administración, y que las conversaciones preliminares no tienen alcance distinto que el de determinar hasta qué punto queda sometido el particular al Gobierno y determinar el contenido y límites del acto administrativo, pero no puede afirmarse que tales conversaciones preliminares sean las bases de un contrato administrativo.

Claramente se comprende que esta teoría es inexacta, ya que al acordarse entre el concedente y el concesionario las condiciones económicas de la concesión, la Administración no ha obrado por vía de imposición, ni se manifiesta en ese acto toda la libertad administrativa y el volumen de poder público que pone en ejercicio el Gobierno cuando ejecuta un acto verdaderamente unilateral.

Ahora bien; el particular siempre se halla en entera libertad para aceptar o dejar de hacerlo, las condiciones que trata de imponerle la Administración. Mas, si el Gobierno actuara unilateralmente en la creación del vínculo jurídico, podría obligar al presunto concesionario a comprometerse a prestar el servicio público, lo que es contrario a toda noción de contrato, ya que es de la esencia de ésta la voluntariedad de las partes.

Tampoco puede sostenerse que la concesión es simplemente un contrato, ya que se observa en ella, de un lado, una parte legal o reglamentaria, previamente fijada en leyes y a la cual debe ceñirse necesariamente la Administración, so pena de que el acto jurídico no alcance existencia jurídica legal, y de otro, la parte convencional, que puede ser libremente acordada por las partes, y que mira a la economía del contrato.

Domina en el derecho público moderno la tesis de que la concesión es un acto jurídico de naturaleza compleja. Así lo sostienen con brillantes razones, los notables tratadistas Duguit, Jeze, Hauriou, Laroque y Gascón y Marín, entre tantos.

Gastón Jeze, dice: "Está admitido hoy, que la concesión es acto jurídico complejo. 1o. En el acto de concesión hay, ante todo, la organización del servicio público, que es una ley o un reglamento en sentido material. Como encargado de hacer funcionar el servicio público en las condiciones reglamentarias, el concesionario está en una situación jurídica general e impersonal. No es en razón de la persona del concesionario que el servicio público se ha organizado de cierto modo y debe funcionar en tal forma. El concesionario está, pues, desde el punto de vista del funcionamiento del servicio público, en una situación jurídica idéntica a la del funcionario público propiamente dicho. Naturalmente, no es un funcionario público; no hace parte de los elementos permanentes de la organización administrativa. 2o. Al lado de lo anterior, en el acto de concesión se comprende el contrato que crea en provecho del concesionario o a cargo suyo derechos propiamente dichos y obligaciones, es decir, situaciones jurídicas individuales".

Posee la concesión, caracteres jurídicos que le dan una entidad definida y que sirven para distinguirla de actos jurídicos similares del Derecho Público. Tales son:

a) El objeto, que necesariamente es un servicio público. Una actividad propia del estado destinada a satisfacer necesidades de carácter general, servicio que en todo instante ~~expresa~~ queda sujeto a los principios del derecho público, si bien es prestado por un particular (individuo o empresa) y no por el estado. Por este motivo el concesionario disfruta de ciertas prerrogativas y privile-

gios, de que no gozan los contratantes del derecho privado. Por ejemplo, el concesionario puede expropiar en interés del servicio público y para fines ~~de~~ necesarios de la concesión. De igual modo el concesionario, si el servicio lo requiere, podrá ocupar bienes del dominio público, que no están comprendidos en la concesión. De carácter legal y reglamentario son las relaciones que nacen entre el público, usuarios del servicio, y éste, lo que quiere decir que quien usa del servicio público accede a someterse a la reglamentación de él, y no tiene derecho a discutir con el gerente o empresario, los términos en que deba ser prestado..

b) Este acto jurídico se confiere atendiendo a la persona del concesionario, esto es, intuitu-personae, considerando sus aptitudes propias. La confianza que el concesionario le merezca a la Administración es lo fundamental aquí. De donde se infiere, que el concesionario no podrá traspasar sin previo consentimiento de la Administración la concesión a otra persona.

c) Siendo el servicio público el objeto de la concesión, la Administración conserva siempre el derecho de fiscalizar mediante un funcionario suyo, que el servicio llene los requisitos inherentes a él; como son la regularidad, continuidad etc. También lo tocante a las condiciones de vida del personal que trabaja, procurar la conservación en el mejor estado posible de los bienes sujetos al servicio; garantizar la mayor participación del Estado en las utilidades.

d) Otra característica que ya habíamos examinado, es la modificabilidad o caducidad de este acto jurídico por la Administración unilateralmente. Facultad que es de orden público e irrenunciable por parte de la Administración, ya que es-

tá instituída para asegurar el correcto funcionamiento del servicio público. En otra parte he expuesto, que este principio no ha sido acogido por la jurisprudencia de algunos países, y antes bien, muchos autores lo han combatido. La doctrina y la jurisprudencia norteamericana han sostenido frecuentemente que la concesión es un contrato que no puede ser modificado unilateralmente. Se ha consagrado allí la intangibilidad de los contratos.

Willian Bennet Munro, profesor de derecho municipal, en la Universidad de Harvard, ha expuesto lo siguiente en su obra "The Government of American Cities": En materia de contratos la ciudad está sujeta sustancialmente a las mismas reglas que se aplican a los individuos o a las Corporaciones privadas. Un juicio que puede ser iniciado contra un individuo, puede, tratándose de los mismos hechos, ser iniciado contra una municipalidad. En una acción por incumplimiento de contrato la ciudad puede sólomente aducir las mismas defensas que corresponden a un particular; no tiene privilegios por el hecho de ser una "pública Corporation". No tiene importancia que el contrato haya sido celebrado persiguiendo una finalidad comercial o de gobierno; el grado de responsabilidad por su incumplimiento es el mismo".

e) Si bien el servicio público concedido deja al estado el derecho de inspeccionar y asegurar su eficaz funcionamiento, es el concesionario el responsable de él y por su cuenta y riesgo corre. Está obligado directamente para con el estado y el público. Carece el concesionario de derecho para reclamar indemnización alguna al estado por algún insuceso en el desempeño de su tarea, y la caducidad que el estado declare es por cuenta y riesgo del concesionario.

f) La reversión al estado es otra característica de la con-

cesión. En virtud de ella cesa para el concesionario el derecho otorgado por el estado, y pasan al patrimonio nacional todos los bienes y elementos que eran utilizados en la concesión. Tal reversión tiene lugar al vencimiento del plazo estipulado o antes, al ser rescatada o secuestrada la concesión por graves motivos: por abandono del servicio por el concesionario, falta grave, y especialmente, por la declaratoria de caducidad.

Por las características anotadas se deduce que la concesión -acto complejo- se diferencia del contrato administrativo propiamente dicho, ya que éste es un acto simple, generador de obligaciones entre las partes contratantes, pero que no pone al contratista en contacto con el público por razón del servicio, lo cual es fundamental en la concesión.

VENTAJAS DE LAS CONCESIONES ADMINISTRATIVAS:

También se ha suscitado discusión acerca de si el sistema de las concesiones es ventajoso o desventajoso para el estado. Y se han expuesto argumentos favorables por los partidarios de él, como desfavorables por sus impugnadores. Resumiré a continuación las principales razones de unos y otros:

Las concesiones de servicios públicos, representan importantes ventajas para el estado concedente:

1a. Las concesiones ayudan al estado al cumplimiento de sus fines esenciales, mediante la prestación de servicios públicos que benefician a los asociados, sin costo alguno para él.

2a. Siendo prestado el servicio público, objeto de las concesiones, con fondos privados, implican una positiva economía para el estado.

3a. Como una de las características de las concesiones es que la explotación del servicio corre por cuenta y riesgo del concesionario, la concesión es una verdadera ventaja para el es-

tado..

4a. Aparte del servicio público que el concesionario presta en beneficio general, existe también la ventaja de que el estado se aprovecha de las obras y bienes que constituyen la concesión, en virtud del fenómeno jurídico denominado reversión.

DESVENTAJAS DE LA CONCESION:

Se le han atribuido las siguientes:

1a. Que la principal misión del estado es la prestación de los servicios públicos, por lo cual no debe desprenderse de ella.

2a. Que el estado cumple sus fines sociales guiado principalmente por el deber de servir a los asociados, procurando hacerlo en la forma menos onerosa posible, y, antes bien, con perjuicio económico, si es el caso; entretanto que el particular puede no prestar el servicio satisfactoriamente, por interés de lucro.

3a. También se anota que el estado coloca en manos particulares parte de su patrimonio.-

Octava Parte:

COMPETENCIA PARA CONOCER DE LAS CONTROVERSIAS SOBRE CONTRATOS Y CONCESIONES ADMINISTRATIVOS.

Para dar remate a este modesto trabajo, he considerado de conveniencia e interés, tratar el importante punto que sirve de título a este capítulo, sobre el cual se vienen ocupando con plausible fervor y constancia los modernos tratadistas del derecho administrativo, que luchan por la autonomía de esta ciencia y por limpiarla de la influencia civilista que aun persiste en algunos aspectos de ella. En este como en otros puntos jurídicos del derecho administrativo, es de justicia reconocer a los tratadistas y a la jurisprudencia franceses, como los orientadores y encauzadores de este movimiento jurídico, por sendas más racionales y acordes con la índole de la materia. Siendo el punto básico de esta tesis la "caducidad" en los actos jurídicos del Derecho Público, que no son otros, como ya se ha visto, que el "contrato" y la "concesión" administrativos, quedaba por estudiar qué jurisdicción es la competente para conocer de las controversias que se susciten en la ejecución de dichos actos.

En páginas anteriores se ha expuesto el vasto desarrollo que alcanzó el derecho privado en relación inversa al eclipse que sufrió el derecho público. De tal suerte que el criterio civilista y sus principios jurídicos, dominaron los actos de las entidades de derecho público, al modo que ocurría entre particulares. A principios del pasado siglo y muy especialmente en su segunda mitad, los expositores ~~de~~ franceses del derecho público al comprender el papel que le tocaba desempeñar al estado, reivindicaron para éste prerrogativas en el campo administrativo que antes le eran desconocidas. A todo lo cual vino a contribuir la sabia jurisprudencia

dencia de los Tribunales administrativos franceses. La nueva orientación que el derecho administrativo tomó en Francia, bien pronto fue seguida en casi todos los países europeos. Creóse entonces la jurisdicción contencioso-administrativa encargada de conocer, al principio, de escasos asuntos administrativos, ampliándosele más tarde la esfera de ellos. El establecimiento de esta jurisdicción en Francia fue lento y gradual, habiendo tenido las etapas siguientes: 1a. El Gobierno de la Restauración (1.815), colocó el Consejo de Estado en manos del Poder Ejecutivo; 2a. Con la expedición de algunas ordenanzas fue atemperado este régimen; 3a. En 1.831 se perfiló mejor la función jurisdiccional del Consejo de Estado (con la publicidad de las audiencias; la institución del Ministerio Público y la exclusión de representantes de la Administración activa en la función contenciosa) Por ley de 1831 se afianzaron más estas reformas; 4a. Por la ley de 3 de marzo de 1.848, se separó la Administración activa de la jurisdiccional; se creó el Tribunal de Conflictos y un tribunal administrativo en cada departamento; 5a. Fue en 1.872 cuando se estableció ya, sobre principios claros, la organización y jurisprudencia del Consejo de Estado. Hace más de un siglo, está atribuida en Francia a la jurisdicción contencioso-administrativa el conocimiento de las controversias sobre contratos administrativos (Ley de 28 de pluvioso, artículo 4o. I (Rafael Bielsa, "Ideas Generales sobre lo Contencioso-Administrativo").

Hemos dicho que a Francia siguieron muchos otros países europeos; en efecto, en España donde existió el sistema de jurisdicción retenida hasta 1.868, en esta fecha fue modificada y atribuida la jurisdicción contencioso-administrativa al Tribunal Supremo y a las Audiencias. En 1.888 se organizó el Tribunal de lo Contencioso-administrativo de carácter mixto. La ley básica de

lo Contencioso-administrativo data de 1.894.

En Alemania se instauró la jurisdicción contencioso-administrativa en el año de 1.863.

Sólo Inglaterra, carece del recurso contencioso-administrativo al modo continental europeo, y más que otra cosa, lo que ha existido es acción contra los administradores individualmente considerados, ya obligándolos a obrar según la Ley, ya exigiéndoles responsabilidad. En Inglaterra la justicia se tiene como emanación del soberano (fuente de todos los poderes) según la concepción tradicional en el sistema político inglés. El poder judicial se originó por delegación que hizo el rey de su potestad jurisdiccional en el Tribunal del Banco del Rey. Este fue disuelto a mediados del siglo XVII. Existen en Inglaterra algunos órganos con jurisdicción administrativa que son los Tribunales de Condado, cuya forma de jurisprudencia le da a esta jurisdicción un carácter pretoriano. También existe en cada ministerio o secretaría de Estado una especie de tribunal encargado de resolver sobre las reclamaciones que se hagan contra los actos administrativos de cada uno de ellos. (Rafael Bielsa, "Ideas Generales sobre lo Contencioso-administrativo").

Con excepción de Inglaterra, corresponde en los países europeos el conocimiento de las controversias sobre contratos administrativos, a la jurisdicción contencioso-administrativa.

Con poderosas razones se ha defendido por notables expositores del Derecho Público, esta importante conquista. Gaston Jeze, uno de los más brillantes, se ha expresado así:

"La ejecución de las obligaciones contractuales no se verifica conforme a las mismas reglas ni con el mismo rigor en los contratos de derecho privado celebrados por la Administración y en los contratos administrativos propiamente dichos.

En los contratos de derecho privado celebrados por la Administración, para la ejecución de las obligaciones respectivas de las partes contratantes se aplicarán pura y simplemente las reglas del derecho privado: Código Civil, Derecho Comercial.

Al contrario, en los contratos administrativos la circunstancia de que el contratante se convierte, en mayor o menor grado, en un verdadero colaborador de la Administración para el funcionamiento de un servicio público, tiene una consecuencia capital. El proveedor o empresario, obligado para con la Administración por un contrato administrativo propiamente dicho, debe ejecutar sus obligaciones conforme a ciertas reglas más estrictas que las que se aplicarían si no estuviera vinculado sino por un contrato de derecho privado. El interés general del funcionamiento regular del servicio público exige una interpretación más rigurosa de las obligaciones del empresario o proveedor. Así, la sumisión contractual a esas reglas de derecho público da al contrato, por ese solo hecho, el carácter de contrato administrativo.

Hay una regla esencial en la ejecución de los contratos administrativos: el interés general del funcionamiento regular del servicio público no debe verse comprometido por el interés privado del contratista.

La colaboración del contratante en un servicio público, voluntariamente consentida en un contrato administrativo propiamente dicho, entraña para él la obligación de ejecutar sus compromisos de manera de no comprometer el funcionamiento continuo y regular del servicio público, sino, al contrario, de facilitarlo; no se necesita para ello una disposición legislativa expresa ni una cláusula especial del contrato. Esta obligación se deriva, implícita pero fatalmente, de la noción de servicio público. El contratante no está obligado únicamente a ejecutar las obligaciones contrac-

-54-

55

tales como lo haría un particular frente a otro particular. Las obligaciones deben interpretarse como extensivas a todo lo que es absolutamente necesario para asegurar el funcionamiento regular y continuo del servicio público en el cual se ha consentido en colaborar.

Por su parte, la Administración está obligada para con el contratante de una manera más estricta, llegado el caso de que la extensión de las obligaciones del contratante de las necesidades del servicio público le ocasionen un perjuicio anormal que no podía razonablemente prever en el momento en que se celebró el contrato.

Esta idea es el fundamento de las reglas especiales que dominan la ejecución de las obligaciones en los contratos administrativos.

Es en virtud de esas reglas especiales como se justifica hoy la competencia de los Tribunales Administrativos para la decisión de las controversias que suscitan los contratos administrativos propiamente dichos. El contencioso de los contratos de la Administración que se rigen por el derecho privado pertenece, por el contrario, a los tribunales judiciales" (Curso de Derecho Público)

Queda en las anteriores líneas, condensada magistralmente la doctrina moderna del derecho público, que atribuye a la jurisdicción contencioso-administrativa el conocimiento de las controversias que se originen con motivo de la ejecución de los contratos administrativos.

Por considerarlo de incontestable fuerza doctrinal, me permito transcribir en seguida un pasaje de la obra "Tratado Elemental del Contencioso-Administrativo", de que es autor el distinguido tratadista Jean Appleton:

"Hay algunos contratos administrativos cuyo contencioso ha atribuido la ley excepcionalmente a los tribunales judiciales. Esta

atribución de competencia presenta un doble inconveniente:

1o. Los tribunales judiciales se inclinan a aplicar en todos los litigios intentados ante ellos las reglas del derecho privado. Ahora bien, cuando se trata de servicios públicos, la aplicación estricta de las reglas del derecho privado produce a menudo pésimos resultados. Así, la teoría de la imprevisión - o mejor, de la imprevisibilidad, que atempera el rigor del contrato cuando su ejecución se ha hecho, para el proveedor o para el empresario, mucho más onerosa de lo que pudiera preverse en el momento de contratar, es desconocida en el derecho privado. En los contratos administrativos excepcionalmente sometida a los tribunales judiciales, el contratante de la Administración no estará protegido por la teoría de la imprevisión, mientras los tribunales judiciales rehúsen atemperar y ampliar su teoría demasiado estrecha de la fuerza mayor.

2o. Cuando tienen que aplicar las reglas del Derecho Público, los tribunales lo hacen con más rigor y menos amplitud que el Consejo de Estado. Temerosos de obstaculizar a la Administración y de extralimitar así sus deberes, sacrifican a veces los intereses legítimos de los particulares".

Pasemos ahora a examinar qué suerte ha corrido en los países de América el sistema jurídico en estudio. En las naciones de este continente es fácil observar que en su gran mayoría, se han admitido y prolijado en casi su totalidad los principios y orientaciones de la doctrina francesa en materia administrativa. En algunas, como ha acontecido en Colombia, se ha adaptado la organización administrativa francesa. Cabe mencionar como excepción singularísima, los Estados Unidos de Norte América, que ha seguido la orientación inglesa.

De forma, pues, que en casi todos los países americanos existe la jurisdicción contencioso-administrativa.

El sistema norteamericano es tomado del inglés. Responde a la misma concepción jurídico-filosófica y aparece influido en algo de sus factores históricos o tradicionales. En Estados Unidos las reclamaciones contra el Estado no se formulan ante el poder ejecutivo sino ante el Congreso, que es donde históricamente reside la soberanía. El Congreso instituyó la Corte de Reclamaciones, que se considera como Tribunal Administrativo y conoce de determinados asuntos administrativos, pero corresponde a la justicia ordinaria el conocimiento de las controversias sobre contratos administrativos. En este país no se hace diferencia por los autores ni por la jurisprudencia, entre éstos y los contratos del derecho privado.

En Colombia sólo vino a establecerse la jurisdicción contencioso-administrativa en virtud de la Ley 130 de 1.913, expedida en acatamiento de lo ordenado por el artículo 42 del Acto Legislativo número 3 de 1.910, no pudiendo tener aplicación sino hasta el año de 1.914, cuando fue restablecido el Consejo de Estado por medio del Acto Legislativo de 10 de septiembre, el cual había sido suprimido por el Acto Legislativo número 10 de 1.905. Aquí como en los demás países, si bien existe claramente delimitada la órbita jurisdiccional contencioso-administrativa y la ordinaria, continúa, sin embargo, sometida a la jurisdicción última, la competencia sobre controversias de contratos y concesiones administrativos. Sólo ahora es cuando empiezan los tratadistas americanos de derecho administrativo a fijar las notables diferencias existentes entre tales actos jurídicos y los contratos del derecho privado.

En nuestro país se han presentado al Congreso algunos proyectos de leyes, a fin de designarle a la jurisdicción contencioso-administrativa la competencia en las controversias sobre contratos de la Administración y ninguno de ellos ha alcanzado vida legal. En el proyecto que se convirtió en la Ley 137 de 1.917, el artículo

organización de la jurisdicción Contencioso-administrativa) en su artículo 13o., que fue suprimido por la comisión parlamentaria a cuyo estudio pasó el proyecto, se otorgaba a la jurisdicción contencioso-administrativa el conocimiento de los citados actos jurídicos. Se alegó como razón jurídica de tal supresión, la inconstitucionalidad del referido artículo. En relación a este punto el doctor Tulio E. Tascón ha dicho:

" A nuestro parecer, el argumento de inconstitucionalidad carece de toda consistencia: el artículo 151 de la Constitución de 1.886 (142 de la Codificación Constitucional) atribuyó en su numeral 3o. a la Corte Suprema el conocimiento "de los negocios contenciosos en que tenga parte la Nación que constituyan litigio entre dos o más Departamentos", así como en el ordinal 5o. le atribuyó "la decisión" sobre la validez o nulidad de las ordenanzas departamentales que hubieren sido suspendidas por el Gobierno, o denunciadas ante los Tribunales por los interesados como lesivas de derechos civiles". Pero esto se debió a que entonces no existía la jurisdicción contencioso-administrativa. También los artículos 190 y 196 de la Codificación hablan de que las ordenanzas departamentales y acuerdos municipales son obligatorios mientras no sean anulados por la autoridad judicial, porque cuando tales disposiciones se consagraron no existía la mencionada jurisdicción. Creada ésta, los preceptos constitucionales invocados quedaron tácitamente reformados, y así, hay que entender que la atribución de la Corte debe limitarse a los negocios contenciosos civiles y no a los contencioso-administrativos" (Comentarios al Nuevo Código Contencioso-Administrativo).

Aparte del errado criterio de la inconstitucionalidad de la disposición que atribuye a la jurisdicción contencioso-administrativa el conocimiento de las controversias que se suscitan con mo-

tivo de la aplicación de los actos jurídicos aludidos, ha influido igualmente la doctrina de algunos expositores de la materia y la de Nuestra Corte Suprema de Justicia, que consideran tales actos jurídicos del derecho público, sujetos a los mismos principios que gobiernan los contratos del derecho privado. Se estima también, que la jurisprudencia norteamericana ha influido notablemente.

Con el interés que el estudio del derecho administrativo ha despertado en nuestra patria, es de esperar que muy pronto se consagrará en nuestra legislación positiva tan saludable reforma, que traerá como consecuencia la mejor garantía de los intereses generales, otorgándole al estado las prerrogativas que le son propias y sustrayendo de la justicia ordinaria, la competencia en las controversias sobre contratos y concesiones administrativos, que hoy son vitales para el desenvolvimiento y progreso nacional, y otorgándosela a la jurisdicción contencioso-administrativa, integrada por funcionarios cuya disciplina es el derecho administrativo, por lo cual se supone en ellos más versación en la materia, y un criterio menos rígido que aquellos formados en la disciplina del derecho privado.-

MIGUEL SCHAMUN

ENSAYOS SOBRE LOS EFECTOS DEL CASO

FORTUITO O FUERZA MAYOR EN LOS CON-

TRATOS

Cartagena, 1.942

República de Colombia-Departamento de Bolívar

UNIVERSIDAD DE CARTAGENA

FACULTAD DE-DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS

ENSAYOS SOBRE LOS EFECTOS DEL CASO FORTUITO

0

FUERZA-MAYOR EN LOS CONTRATOS.-----

Tesis presentada por el señor MIGUEL SCHAMUN
para la adquisición del título de doctor en
Derecho y Ciencias políticas.-----
------(0)-----

Cartagena, 1.942.-

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

Decano de la Facultad:

MIGUEL ANGEL ROYO

Presidente de Tesis:

FRANCISCO DE P. VARGAS

Jurado Examinador:

DIOGENES ARRIETA ARRIETA

ABEL BRIEVA HIDALGO

JUAN PUPO VILLA.-

Secretario de la Facultad:

Doctor Pedro Claver Cabrales

DEDICATORIA

A mi madre

A mi esposa e

Hijos.-----

INTRODUCCION

Para optar el título de Doctor en Derecho y Ciencias Políticas cumplimos con la presente monografía las exigencias del curso. Hemos escogido un tema, que, por lo común, nos permite dentro del momento actual salvar esta final obligación. Es probable que este trabajo no constituya un estudio lleno de erudición y que se toque siquiera lejanamente con las márgenes de la ciencia del Derecho; pero sí garantizamos que es hijo de nuestros desvelos y tratamos de producir, por lo menos, algo en lo cual se mire un esfuerzo, para no quedar de los peores ni de los últimos.

Titulamos nuestro trabajo así: ENSAYOS SOBRE LOS EFECTOS DEL CASO FORTUITO O FUERZA MAYOR EN LOS CONTRATOS.-Siendo, como es en sí, el tema sencillo y comprensible, exento de sentido engorroso y susceptible a la tarea difícil de la hermenéutica,--ya que el significado jurídico de estas instituciones ha sido explicado con profusión de razones por nuestra Corte Suprema de Justicia, en los varios conceptos a que puedan sujetarse esta clase de imprevistos--sólo nos basta colocar ahora sus efectos y consecuencias jurídicas ante el aspecto contrario de estos eventos, formados precisamente por el conjunto de responsabilidades que resultan de la culpa contractual, tanto en la forma objetiva, como en las que tengan origen en un hecho subjetivo. Ensanchamos también el margen para crear el ente jurídico de la imprevisión y justificar así la excusa ante las

-- varias graduaciones de la culpa, llegando a sus consideraciones hasta la Aquilia o levisima.

Modelamos estos conceptos dentro de los estudios de autores franceses como Thaller y Burgoin, quienes en una amplia disertación demuestran la influencia de algunos eventos fortuitos en el cumplimiento de las obligaciones provenientes de contratos. Estas ideas han sido reforzadas por otros autores, que sin cambiar ni en su fondo ni en su esencia el verdadero concepto del caso que nos ocupa, ensayaron dentro del orden jurídico creado después de la guerra del 14 varias fórmulas tendientes a ampliar la forma y finalidad específicas de estos imprevistos. La abundancia de ideas como de tratados pertinentes a nuestro estudio fueron encaminados a un logro a la vez que científico lleno de justicia; consagraron, en una palabra, los verdaderos postulados de la equidad, enmarcados en la moderna teoría de la Imprevisión, cuyo origen arranca de la antigua cláusula canónica del REBUS SIC SANTIBUS.

No es necesario hacer hincapié para probar que tanto el caso fortuito como la fuerza mayor pueden variar total o parcialmente los efectos de los contratos; porque si es verdad que en nuestro Código Civil prevé las condiciones y modalidades que imprimen de manera sustancial la forma de los contratos, también es cierto que no aceptando, como no aceptan, las partes contratantes la carga del caso fortuito o fuerza mayor, estos eventos quedan sujetos al suceso indeterminado y ocasional, con lo cual tenemos que aceptar que, a más de la voluntad de

-- los contratantes, existe una fuerza desconocida que influye decididamente en el resultado de las convenciones. Y son precisamente estas consideraciones las que nos han hecho escoger este tema, como trasunto de nuestra tesis de grado.

Contamos con abundantes razones que resultan demostrando de manera relievante la necesidad de legislar sobre este particular, sobre todo si se tiene en cuenta el carácter excepcional del momento, donde toda previsión y todo cálculo están sujetos al caprichoso devenir de los tiempos y cuyo normal mandato tiene como guía lo inesperado, lo sorpresivo, donde la mente humana ha dejado de dominar y de dirigir la evolución tranquila de las sociedades y sólo una expectativa incierta limita el horizonte de un mundo lleno de imperfecciones.

Cada acontecimiento, que trae como natural consecuencia para el mundo un cataclismo y como secuela inevitable un retroceso en la vida económica de los pueblos, repercute indefectiblemente en el estado jurídico y en las instituciones de derecho, hasta llegar a la creación de un ambiente refractario al respeto y acatamiento debidos a las puras y sagradas normas que regulan la vida de los asociados.

A pesar de la interpretación que nuestra Corte Suprema de Justicia dá a estos eventos, siempre es carga difícil la de establecer la prueba de su existencia, circunscribiéndolos a los moldes de nuestro sistema probatorio; de donde, repetimos, surge una urgencia en legislar ampliamente sobre la existencia de

-- los imprevistos a que nos venimos refiriendo. Traemos aquí un párrafo del prólogo escrito por el Dr. Parmenio Cárdenas en la obra del Dr. Enrique A. Becerra denominada: "TEORÍA Y PRÁCTICA DE LAS PRUEBAS JUDICIALES". Su contenido es el siguiente:

"El Juez--dice un escritor-- no crea, sino aplica el derecho al caso concreto, y si en el interpretar disposiciones ambiguas, o en el suplir lagunas de leyes, o en el decidir cuestiones nuevas, desenvuelve y elabora el contenido legislativo, él con eso, no saca derecho de su cerebro, sino descubre aquello que es derecho dentro de la ley. El no crea sino descubre el derecho; su obra es desarrollo, derivación y elaboración del derecho existente. Sus decisiones, por eso, no tienen fuerza vinculante general, sino en tanto que se apoyan en las leyes, y por su correspondencia con éstas, ganan autoridad".

Esta misma dificultad obligó a los comentaristas franceses a establecer un dilema que Mihail Popescu propugnó en sus ensayos, con este contenido más o menos: "Debemos considerar esta teoría de los imprevistos como absolutamente necesaria para llenar algunas lagunas en las disposiciones de nuestro Código Civil (Francés) introduciéndola entre los principales fundamentos del Código, aplicándola en general a todas las causas o por lo contrario, para así evitar la arbitrariedad a que pueda dar lugar; no será mejor consagrar este principio en un texto legislativo de efectos limitados y únicamente cuando la necesidad así lo exija?.."

En desarrollo del anterior concepto, podríamos traer aquí a

-- colocación la actuación afortunada del eminente estadista colombiano que fué presidente de la República, Dr. Enrique Olaya Herrera, quien a raíz de la depresión económica y crisis general, caracterizadas por la ruina inminente de la industria y del comercio en los años de 1.931 y 1.932, con motivo de la inflación universal, transformó las instituciones de nuestro derecho privado, mediante decretos-leyes, y, sin el previo consentimiento de las partes, cambió el efecto de las obligaciones contractuales, destruyendo en su esencia el consentimiento, como condición elemental para la validez de las convenciones.

Tres fases principales hubieron de sufrir de manera directa las consecuencias de estas medidas de emergencias, y que describimos a continuación: -1o., -Las condiciones del plazo ó término para el cumplimiento de las obligaciones originarias de los contratos de mutuo fueron prolongadas por el término de cinco años ; -2o., -La rata de interés fué reducida al 8% anual para las deudas con garantía hipotecaria; y 3o., -La misma cuantía del capital se sujetó a una disminución de un 30%, en caso de su pago inmediato.

Esta transformación del orden legal no produjo en el país ninguna reacción ni protesta por parte del público. La mentalidad jurídica del Dr. Olaya Herrera presentó al análisis y al juicio de la crítica las medidas adoptadas en aquel momento excepcional, consagró el evento de fuerza mayor y con esta ba-

-- se y en tales circunstancias decretó las medidas conducentes a establecer la equidad, mostrando de bulto la realidad indiscutible del momento, aún en contra de los inalterables principios legales que conforman el respeto del derecho privado.

En el caso que acabamos de detallar, cabe repetir la expresión del profesor Démogue: "Estas medidas obligan más bien por la aceptación tácita que por la fuerza de la ley".

Al ampliar nosotros el anterior precepto nos permitimos indicar, como resultado de su sentido y en armonía con el texto del profesor mencionado, la posible modificación en ciertos casos y en vista de circunstancias imprevistas, tanto de la regla del derecho convencional como de la regla legal. Como principio de moral jurídica, este mismo profesor se expresa así: "Una convención no puede tener como fin efectos que sean contradictorios con el interés general, y cualquier inarmonía resultante de las estipulaciones del contrato con cualquier hecho nuevo, debía por lo menos consultar el beneficio de los más en detrimento de los menos.

Los resultados efectivos de estas medidas de emergencia trajeron al país si nó una normal situación al menos un período de tranquilidad en las transacciones de todo género entre particulares. Estas nuevas obligaciones fueron reguladas sabiamente por las normas establecidas por el Dr. Olaya Herrera y que aclaramos con un ejemplo. Veamos: -Se celebró un contrato de mutuo con interés y garantía hipotecaria, cuyo vencimiento se efectuaba precisamente en

-- el año de 1.932, época en la cual ejercía influencia de manera poderosa una crisis dominante y un estado caótico en toda clase de relaciones comerciales y de índole privada sometidas al cumplimiento de obligaciones contractuales; por razón del aumento recibido en el valor adquisitivo de la moneda y a causa del desequilibrio de la balanza de pagos, sobre todo con los Estados Unidos de América, el cumplimiento de las obligaciones significaba para el deudor el desembolso de una cantidad de dinero que, aunque igual al monto de lo que debía pagar, resultaba que con esta misma se podía adquirir casi el doble del bien que servía como garantía hipotecaria.

Esta situación de cosas rompía con el ritmo natural de las finanzas y con el legítimo proceso que hace parte de los fenómenos de la economía universal, sin tener en cuenta que la rata de interés del capital adquiría--por si misma y con fundamento en las causas apuntadas--una proporción elevada, porque, al efectuarse la valorización del medio circulante, la renta del capital recibía una natural preponderancia.

Para evitar todas estas anomalías se crearon los decretos-leyes de emergencia, los cuales pusieron remedio en tiempo a los males que se hubieran derivado del estricto cumplimiento de las obligaciones contractuales existentes para la época que mencionamos, época cuyo curso normal fué trastornado por las circunstancias imprevistas y forzosas del caos universal. Se creó un ambiente de equidad, se restableció el equilibrio de la razón,

-- se clarificó el legítimo vínculo de las relaciones entre los hombres: es que donde existe la injusticia falta terreno fértil para el derecho.

Seguimos las rutas universales del derecho, teniendo como base de nuestro Código Civil los preceptos y disposiciones del derecho privado francés; pero distamos mucho de obtener los mismos resultados en la aplicación de estas modernas teorías de los imprevistos, cuya interpretación no es adaptable en nuestro ambiente en la misma forma en que puede serlo en los estados cuyas razas difieren notablemente de la nuestra. Es notoria e indiscutible la diferencia del espíritu latino, el cual es enteramente opuesto al germánico.

Trataremos de hacer en estos ensayos un estudio comparado entre los efectos del caso fortuito o fuerza mayor en los contratos de terminados en nuestro Código y los señalados por la legislación de otros países. Es natural suponer que para ello hemos de tener necesidad de una nutrida bibliografía que nos permita un fácil desarrollo alrededor del tema que vamos a tratar.

Iniciamos nuestro estudio con una noción histórica que tiende al conocimiento de las fuentes que dieron origen a la formación jurídica de los imprevistos y sus efectos en el cumplimiento de los contratos, que, repetimos, nacieron de la fórmula del REBUS SIC STANTIBUS, que imponía, contrariamente a lo dispuesto por nuestro Código referente a la perfección de los contratos, la condición suspensiva, hasta su cumplimiento real y efectivo.

-- Al Terminar haremos un corto apunte sobre la moderna teoría de la Imprevisión, defendida por algunos autores y condenada por otros, que sólo la idiosincrasia de los pueblos puede darle una interpretación de equidad sin alterar los sanos dogmas del derecho tradicional.

Existen en nuestro Código Civil algunos principios admitidos y que reciben apoyo en disposiciones contenidas en el texto de otras leyes, que permiten presentar como excusa la responsabilidad por la culpa, el caso fortuito o la fuerza mayor, en aquellos contratos donde tenga cabida. Estos eventos serán materia de nuestros apuntes.

Los presentes ensayos jurídicos nos colocan en la necesidad --por su sencillez y por estar desprovistos de creaciones nuevas en la ciencia del Derecho-- de suplicar sean juzgados con un criterio de amplitud y benevolencia.-

-- NOCION HISTORICA

Los jurisconsultos romanos nunca establecieron una teoría definida al respecto ni afirmaron una definición que hubiese sido terminante en cuanto a su aplicación; pero en las diferentes fórmulas ajustables al derecho crearon principios que consistían en ciertas condiciones que obligaban de manera eventual al cumplimiento de los contratos. Estos principios representaban una relación de coordinación, cuyo sentido lo encontramos en la fórmula que Paulo expresó de manera interpretativa y que dice: "In Stipulationibus id tempus spectatur que contrahimus". De la expresión anterior se destaca el hecho esencial que obliga a considerar en las estipulaciones, sobre todo, el momento en que se contraen, sin que fuera indispensable calcular o prover la época de la ejecución.

Es históricamente conocido el concepto de los filósofos romanos al estudiar las consecuencias de sus teorías, que recomendaban como terminantes para defender el derecho de las personas obligadas por una convención, cuyo cumplimiento no era inmediato. Enmarcan como norma del conjunto formulario de la época la hipótesis principal mediante la cual nacía una consideración que descansaba en la siguiente base o condición invariables, que las cosas que servían como fundamento para crear el vínculo de la obligación, debían ser siempre las mismas que existieron al momento de comprometerse el promitente. Fueron estas ideas sostenidas por Cicerón, cuyos sabios e indiscutidos argu-

-- mentos continuaron seguidos por quienes, como Gracián, confirmaron en sus escritos las mismas opiniones, a las cuales vale agregar otros conceptos que tratadistas romanos sostuvieron: que en las estipulaciones convencionales debía tenerse en cuenta--como si existiera--una cláusula tácita, la que se refiere a la diferencia entre la cuasa del contrato y sus efectos consiguientes, ya que era fácil que estos últimos sufrieran una capitis diminutio, con lo cual, si nó perdían del todo la calidad de obligantes, por lo menos disminuían el valor de la obligación.

Es característica definida la diferencia en los efectos del derecho romano comparado con el francés. Este establece la transmisión de la propiedad sobre un cuerpo cierto de manera inmediata, por sólo constituirse el contrato de venta; en cambio, el antiguo derecho formulario romano era extensivo al presentar varias modalidades que servían para la formación de teorías que obraban en abstracto y que nosotros dividimos, con base en el caso fortuito o fuerza mayor, según su causa y desarrollo.

Tenemos, en primer lugar, la teoría de los riesgos. El caso fortuito podía ser la causa de la inejecución, y así se obtenía una liberación en principio; pero si el deudor conservaba contra la parte un derecho correlativo, entonces se producía la teoría de los riesgos. Si el acontecimiento inesperado e inevitable sucedía estando el deudor en mora, no producía liberación alguna y se incluía en la teoría de la mora. Si por culpa del deudor y sin tomar las medidas necesarias, éste se colocaba en la imposibilidad de cumplir, se constituía la teoría de la culpa.

-- Eventos danmí.-- Esta clase de perjuicios significaban para el deudor-- si provenían de actos jurídicos-- la renunciación previa del derecho a presentar como disculpa el caso fortuito. Con la acción Pauliana se determinaban la no justificación en la negligencia del deudor para enriquecerse, o del acto intencionado del defraudador encaminado a disminuir el patrimonio del acreedor.

Como hecho importante del principio de liberación por caso fortuito, sólo se constituía en verdadero y producía los efectos consiguientes cuando era un cuerpo cierto lo debido; pero cuando se trataba de una cosa de género, el simple hecho de existir objetos del mismo género prometido, hacía que nunca pareciera la obligación: Genera non Pereunt. Este concepto jurídico servía en el antiguo derecho romano como avanzada en su carácter formalista, propio de la sociedad romano, la cual sobre este particular sólo tenía una idea embrionaria y hacía hacer el derecho de la fuerza, o de la imposición.

La noción del derecho en los primeros tiempos de los juriscultos romanos contenía preceptos rigurosos, que Ulpiano definió dentro de un criterio restringido, llamándolo Jus Strictum. Estos principios egoístas del derecho romano fueron más tarde reformados en toda su extensión, hasta confundirse con la noción de la Moral, de donde nacieron las teorías que forman parte del Digesto y más tarde fueron recogidas por Justiniano en su Corpus Juris Civilis, que comprendían las Pandectas, las Institutas y las Novelas.

-- En su orden, nos toca ahora calificar el concepto de los canonistas, quienes, con Santo Tomás de Aquino a la cabeza, demostraron que puede ser posible el rechazo a ejecutar o cumplir con la cosa prometida: "Nec Fuit mendax in promittendo, quia promisit quod habent in mente". Este concepto, inspirado en las ideas teocráticas que dominaban la época--en la cual las convicciones se deducían del conjunto abstracto y teológico que gobernaba en todos sus aspectos las creencias, aun de las sociedades más profanas, daban como fuente del derecho doctrinas con base en las especulaciones, y, como resultado de su finalidad, un razonamiento silogístico que rayaba en lo sobrenatural. Pero afortunadamente estos principios se redujeron exclusivamente a estar comprendidos en los cánones del derecho eclesiástico.

Siguiendo el orden que la historia señala en su curso, encontramos períodos sustanciales que determinaron modalidades de algún valor en el encadenamiento de las ideas, teorías o principios que dieron fisonomía protuberante a las instituciones ya nacidas en el derecho romano, continuadas y ampliadas con recio contorno idealista por el Derecho Canónico, podemos decir, además, que fueron analizadas y criticadas por los glosadores y que, en una palabra, prepararon y generalizaron el derecho romano.-

Estos últimos consideraron como esencial e inherente a las obligaciones contractuales en general, la hipótesis admitida de aceptar como existente la cláusula contenida en la fórmula "Re-

-- bus sic stantibus", cuyo sentido aplicamos a continuación, para dar una verdadera expresión a su contenido .

Esta frase latina supone que mientras exista un término entre el origen de un contrato y su ejecución, pueden mediar circunstancias que, por ser inesperadas, inevitables y no sujetas a previsión humana, necesariamente han de variar los resultados de un contrato en la forma contenida en su origen, es decir: haciendo comparación con el artículo 1.857 del Código Civil Colombiano, en el caso del contrato de compraventa, sólo se produce la perfección al momento de ser ejecutada la prestación correspondiente, lo que indica que no basta convenir en la cosa y en su precio, sino que es también necesario que se realice completamente la convención para aceptar su perfeccionamiento.

En los siglos posteriores, y antes de finalizar el XVIII, tanto la escuela italiana, como los juristas alemanes de esa época, fueron dando una forma más visible y ajustada a la realidad en los casos de imprevisión, que tenían acontecimiento antes de haber cumplido las obligaciones del contrato, de tal manera, que uno de sus mejores defensores instituyó en forma inequívoca una consideración que recibió general aceptación y que sintetizamos así: "Sólo hay imperio en las obligaciones, cuando en éstas no sobrevenga alguna cosa inconsiderada, de la cual probablemente no se habló entre las partes". Naturalmente ,esta frase recibe su poder de significación en la imposibilidad material de conocer el futuro.

-- Un autor alemán del Siglo XVII, niega de manera rotunda la posibilidad de que las partes contratantes, al momento de celebrar una convención, lleven implícita la intención de aceptar la condición tácita de la cláusula del imprevisto, propugnando que se determine como norma legislativa la creación de una teoría para precaver los riesgos imprevistos y no dejar al libre juego del capricho humano lo que constituye un principio inmutable del derecho. M. André Bruzin sobre este particular expone de manera irreprochable en su obra "Essai sur la notion d'imprevisión et sur role en matiere contractuelle", en la cual admite los fundamentos de la teoría, y sostiene en esta misma que, sólo cuando constituye una injusticia flagrante la imprevisión, puede producir efectos cuya ejecución integral forme la responsabilidad emanada de los perjuicios que tengan como fuente la culpa, y que la imprevisión sólo interviene en los contratos que afectan una obligación a término o se deriven de esa misma obligación prestaciones sucesivas o que por su naturaleza dependan de una condición o modalidad.

A Principios del Siglo XIX y bajo la influencia de los prejuicios creados por la Revolución Francesa, los que fueron seguidos por casi la totalidad de los pueblos latinos, surgió a la faz de la vida jurídica de las sociedades la necesidad de evolucionar en las doctrinas modernas, cuya influencia derramó en los organismos estatales un germen de modificación en las rancias y tradicionales teorías del derecho de la vieja Europa. Como natural y lógica consecuencia se originó una reacción en

-- este aspecto del derecho privado, consistente en disposiciones que servían para variar en su esencia el mandato contenido en las normas positivas, que regulaban, para es entonces, las relaciones entre las personas.

Volvió a tomar actualidad esta teoría tan discutida al finalizar la Guerra Europea en el año de 1.918. Como consecuencia del estado anormal y desastroso que por ese entonces comenzaba a vivir, los pueblos que intervinieron en aquella hecatombe, sintieron en lo más profundo de su constitución política y moral los efectos de una guerra que volcó totalmente el sentimiento humano dentro de la más infame de las venganzas y la más odiosa e injusta hostilidad hacia el prójimo.

Esta característica hizo volver los ojos a los que se preocupaban por los preceptos jurídicos que habían de dominar en la vida de los pueblos, hacia un mejor entendimiento de la equidad y de la justicia.

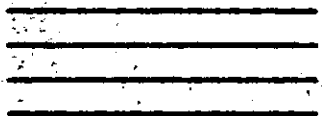
Ahora que se anuncia el poderoso cataclismo de la guerra universal; ahora que se muestra con sus garras ensangrentadas el abuso n del poder y de la fuerza, nada hemos de esperar como resultado firme y sólido de un buen criterio que sirva como medida permanente para consagrar los sagrados postulados del derecho.

Hemos de aguardar necesariamente para después de la definición del estado caótico por que atravieza el mundo nuevas sorpresas, que se condensarán, probablemente, en teorías cuya formación no sospechamos. Es tan intensa la repercusión de este conflicto, se hallan tan extendidos sus efectos, que la transformación de

-- la vida humana será completa, tanto que bien podríamos señalar el fin de esta guerra como la extinción de una civilización y el nacimiento de otra.

En esta forma dejamos hecha una relación histórica de lo que significan las causas y los efectos del Caso Fortuño y la Fuerza Mayor.

Entramos enseguida a estudiar la composición jurídica de estos eventos, haciendo un análisis detallado del concepto de tratadistas y autores que han escrito ya bastante y suficiente sobre este tema. Aquí exceptuamos los comentarios de nuestro Código Civil, porque ninguno de ellos se ha ocupado de exponer, con interés y voluntad, en forma extensiva y clara, sobre el Artículo 10. de la Ley 95 de 1.890.-



--m

--DIFERENCIA ENTRE LAS EXPRESIONES CASO FORTUITO Y FUERZA MAYOR

El Código Civil, artículo No. 64, (Ley 95 de 1.890, artículo 1o.) dice: "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." En la forma anterior define nuestro Código la interpretación que dá a los eventos anotados, aunque es clara ésta en su síntesis, parece no responder en el sentido estricto a lo que podríamos decir que forma un ente jurídico de efectos indiscutibles en el desarrollo del Derecho. Es tan cierta la influencia de estos imprevistos, --en cualquiera de los casos que tengan conexidades en la aplicación y efectos en cada uno de los sucesos jurídicos-- que exigen normas propias e interpretaciones especiales que guarden relaciones íntimas con los hechos que dan vida a cualquiera de estos eventos.

Nuestros comentaristas se limitan a ampliar más o menos el artículo citado, sin entrar en el detalle que crea los elementos de estudio y análisis, haciendo caso omiso de la investigación que tiende a buscar el origen o la historia que sirvió como base para la creación de un principio de derecho que había de servir más tarde como norma para establecer el ejercicio de una acción.

En cambio, algunos autores extranjeros han llegado en su sensibilidad escrutadora a exponer conceptos científicos y

-- jurídicos que han dado, por esta misma razón, una fisonomía digna de atención a lo que parece ser una simple disposición dentro de un texto de derecho.

Principiamos nuestra exposición presentando la definición que hacen Colin y Capitant, quienes señalan la conveniencia de no pasar muy a la ligera sobre las expresiones del Caso Fortuito o Fuerza Mayor, y, para el efecto, hacen un comentario bien razonado sobre el texto de los artículos 1147 y 1148 del Código Civil francés. Copiamos a continuación y en francés el contenido literal de su segundo artículo, porque pensamos--para mejor decir-- que en el idioma original del mismo guarda su completo sentido; y así evitamos que la traducción pueda degenerar en una interpretación que no responda a toda su exactitud al espíritu que el legislador francés quiso darle a esta disposición. Dice así: "Il n'y a lieu aucuns dommages-intérêts lorsque, par suite d'une force majeure ou d'un cas fortuit, le débiteur a été empêché de donner ou de faire ce a quoi il était obligé, ou a fait ce qui lui était interdit".

Fija este autor de manera especial su atención en la varia significación que puede darse por separado del Caso Fortuito y de la Fuerza Mayor. Tanto por los autores franceses, como también en el sentido de nuestro derecho, estas dos expresiones se toman, generalmente, como sinónimas. Sobre este particular ha sido tan interesante como extensa la discusión

-- entre los comentaristas de derecho, controversia que ha llegado hasta el límite de conceder la opción de establecer una diferencia entre estas dos expresiones, desde luego que si ambas concluyen creando un medio que imposibilite la ejecución de una obligación, también los efectos de estos actos eventuales tienen modalidades que le son inherentes, aunque sus causas no provengan de acción interna del individuo, las otras reciben su fisonomía de influencias exteriores.

Los principios creadores de los eventos citados pueden ser diferentes; pueden, inclusive, originarse de posiciones ópuestas. Lo interesante es que sus efectos se justifiquen para cambiar la ejecución de los contratos.

No queremos que nuestras ideas se consideren independientes de las teorías ya divulgadas por tratadistas que han sentado doctrina al respecto. Por lo tanto, a continuación, vamos a presentar algunas de las ideas que sobre el particular han emitido algunos autores.

No obstante la aparente diferencia que hace Ulpiano--separando la definición de las expresiones anotadas en los términos siguientes: La Fuerza Mayor (omnen vim cui resisti non potest); el caso fortuito (quos nullum humanum consilium providere potest)-- el Derecho Romano empleó ambos conceptos en sinonimia bien frecuente. Con estas expresiones no hacemos sino contemplar un aspecto correlativo para ambos casos; y tenemos que: Fuerza Mayor, es lo subjetivo de la imposibilidad de prever, y, Caso Fortuito, lo objetivo del hecho

-- extraordinario.

El Artículo 1o. de la Ley 95 de 1.890 se expresa así: ".El imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, etc". Comentamos esta frase dividiéndola de la manera siguiente: "El Imprevisto", - Tenemos que es un acontecimiento inesperado, - ocurrido fuera de toda previsión y fatalmente sorpresivo: esto compendia en su verdadera significación el Caso Fortuito; - "que no es posible resistir", - Atravez de esta expresión, adivinamos lo irresistible, algo que la posibilidad humana no puede impedir y que necesariamente complementa y dá existencia al hecho imprevisto y de lo cual es lógico deducir que es imposible separar una expresión de la otra. Es tal el vínculo de conexidad que media entre una y otra frase, que la falta de cualquiera de ellas pueden hacer infructuosos los efectos de la otra.

Las controversias suscitadas alrededor de este tema, tienen su génesis en lo que, como dijimos anteriormente, es culpable nuestro Código, al igual que otros tratados de la misma índole, los cuales emplean términos muy poco claros para distinguir las expresiones que nos ocupan, usando, además, tanto la una como la otra indistintamente--y en ocasiones de manera separada-- hasta el extremo de que en veces sólo echamos ^{mano} de una de ellas como suficientemente comprensiva de las dos. Esta circunstancia da lugar a la incertidumbre y a la ambigüedad.

Nuestra Corte Suprema de Justicia ha formado jurisprudencia

-- sobre este t3pico, pero para casos determinados, seguramente sucedidos y consultados y que la obligaron a formular la tesis correspondiente. De esta jurisprudencia, vamos a transcribir el concepto de la citada Corte, al definir el sentido gramatical del Art3culo 10. de la Ley 95. Dice as3:" M3s cient3fico el legislador de 1.890, en el art3culo 10. de la Ley 95 de ese a3o cambi3 la conjunci3n "o" de donde se ve3a "es lo mismo" por la preposici3n "a", que denota el complemento de la acci3n del verbo. As3, en lugar de lo imprevisto o que no es posible resistir dijo el imprevisto a que no es posible resistir..... la persona que no ha empleado toda la diligencia y pericia necesaria para evitar los efectos de la fuerza irresistible. Si no se previo el accidente pero se le puede resistir, no habr3 caso Fortuito. Ejemplo: Cualquier fuerza f3sica o moral a que no pueda resistirse pero que pudo evitarse sus consecuencias" (Casaci3n XLII, Nos. 1909 y 1910. Mayo 26 de 1.936). Este concepto, evidencia el criterio de nuestra alta C3mara de Justicia.

Ahora, volvamos a referirnos al concepto de los autores que han pronunciado ideas o definiciones sobre el particular; para lo cual, vamos a detallar una relaci3n que hace referencia a algunos comentarios sobre los contratos en general. Repetimos con ciertas consideraciones propias el contenido del texto que tenemos a la vista, y que se relaciona con la diferencia de que venimos hablando, sobre la cual Ripert se expresa en su obra "Essai sur la Distinction du Cas Fortuit et de la Force Maj'eure", considerando que la noci3n de caso fortuito

~~el caso fortuito es un caso fortuito que no es una fuerza mayor~~ es enteramente diferente a la de fuerza mayor.

Thaller, en "La Responsabilité dans le Contract de Transport", sostiene que el caso fortuito es precisamente el obstáculo que, proviniendo de las condiciones propias de la ejecución del contrato de transporte o que ^{se} origina este obstáculo por incapacidad del personal que tiene a su cargo la dirección del transporte, entonces este evento no podría descargar ^{de} sus obligaciones al deudor. En cambio, hace caracterizar este mismo autor la fuerza mayor, como un acto expuesto a la acción exterior de un agente natural humano, que, haciendo irrupción, impida o dificulte el cumplimiento de la obligación, por lo que considera en este caso la fuerza mayor como capaz de tener la virtud liberatoria.

En contraposición a la anterior teoría, se pronuncian Planiol y Ripert en su "Tratado de Derecho Civil", cuya traducción hacemos ensayada: "Podemos servirnos de las expresiones caso Fortuito, cuando vamos a designar el origen externo del obstáculo que impide la ejecución de la obligación, es decir, cuando el impedimento proviene de una causa exterior; por lo contrario, debemos servirnos de la expresión Fuerza Mayor, para indicar la naturaleza insuperable de este obstáculo que el deudor no puede vencer. De esta manera, las dos expresiones se encuentran justificadas, porque ellas expresan dos ideas diferentes". Más adelante, aceptan estos tratadistas que pueden emplearse acumulativamente a propósito de un mismo hecho, que puede ser a un tiempo Caso Fortuito

-- por su origen y Fuerza Mayor por su resultado.

De las anteriores interpretaciones podemos observar que, cuando un autor define en una forma el caso Fortuito, el otro aplica para la Fuerza Mayor la misma definicion. Esta disparidad de criterios y la ninguna firmeza del sentido de estas expresiones, deben inclinarnos a adoptar la idea de la mayoría de los autores que consideran los anteriores terminos como sinónimos y con un principio de causalidad que descansa en un precepto que podemos señalar así: que el obstáculo sea imprevisto, para el Caso Fortuito, e imposible de prever y ser vencido, para la Fuerza Mayor; por lo tanto, tanto para el uno, como para el otro, los defectos que se le atribuyen y la importancia que tienen en la ejecución de los contratos, han de tener la misma fuente y el mismo resultado.

En el criterio propuesto por Josserand no admite éste los puntos de vista citados por los autores anteriores y dice que lo que interesa no es la acción exterior sino "la ausencia de conexión entre el hecho dañoso, el lugar y el ambiente donde se producen"

Para ser abundantes en la explicación que podríamos hacer por separado para cada uno de estos eventos, pensamos que en apoyo a la idea de separación entre ellos, es del caso citar como factor fundamental del Caso Fortuito cualquier hecho físico o material que sea ajeno completamente a la inteligencia y que se produzcan en condiciones imposibles de prever, como son, por ejemplo, los temblores de tierra, las epidemias, etc.

89

-- Por otro lado, el hecho subjetivo ejecutado por el hombre por razón de su capacidad racional, caracteriza el evento de Fuerza Mayor, a saber: la invasión del territorio por las fuerzas enemigas, el acto de una autoridad pública, etc. Con esta interpretación nos colocamos dentro de la órbita señalada por el artículo que ya hemos transcrito y que hace parte de nuestro Código Civil.

Seguimos en nuestro interés de hacer más clara y amplia la significación de estos eventos, para lo cual, afudimos al principio consagrado a las obligaciones y al conjunto de elementos necesarios para la perfección de los contratos.

El estudio de las fuentes que dan nacimiento a las relaciones de obligatoriedad, lo mismo que el vínculo jurídico que se crea por razón de las convenciones, nos pueden servir en este caso como punto de partido o forma de actuar para conocer también las causas que originan o dan nacimiento a los entes jurídicos de caso Fortuito o Fuerza Mayor.

Principiemos analizando los elementos imprescindibles que constituyen la formación de estos imprevistos, el desenvolvimiento histórico que hayan sufrido en su aplicación a través de las instituciones de Derecho y la conformación jurídica que se les haya atribuido para salvar la responsabilidad que se deduce de la culpa. Explica nuestra Corte Suprema esta circunstancia en la forma siguiente: "Ningún acontecimiento constituye en sí mismo Caso Fortuito o Fuerza Mayor liberatorio con respecto a una

-- determinada obligación contractual. La cuestión de la Fuerza Mayor no es una cuestión de clasificación mecánica del acontecimiento. Cuando de tal fenómeno jurídico se trata, no sólo hay que examinar la naturaleza misma del hecho, sino indagar también si éste reúne, con respecto a la obligación inejecutada, los siguientes caracteres: a) no ser imputable al deudor; b) no haber concurrido con una culpa de éste sin la cual no habría producido el perjuicio inherente al cumplimiento contractual; c) etc., etc." (Casación, XLII, No. 1.897, Julio 5 de 1.935).-

Tenemos, en primer lugar, que el factor imposibilidad personalifica aquí la liberación, y ésta se encadena con la concepción de la diligencia necesaria, apesar de lo cual no está al alcance del deudor prever o evitar un acontecimiento cuya existencia depende de situaciones ajenas y que están fuera del dominio de la posibilidad humana; de donde se deduce que el imprevisto o Fuerza Mayor será una consecuencia inevitable de hechos que forzadamente han de suceder. En consecuencia, se convierte el caso Fortuito en el verdadero evento que excusa de la culpa, que da libertad al obligado para no cumplir con lo estipulado en el contrato. Resulta, pues, que la Fuerza Mayor se convierte--según la definición anterior--en el complemento inevitable del suceso inesperado que facilita para el deudor el incumplimiento y con tales circunstancias coordinadoras se crea para estos imprevistos el mismo vínculo y relación que guardan entre sí la causa y el efecto. Y ahora, armonizando con el conjunto, podríamos afirmar

-- que la Fuerza Mayor es el Caso Fortuíto que obrando como causa tiene su efecto en el otro evento.

Es probable que la estimación de la culpa contractual pueda generar varias hipótesis al respecto, siendo el caso de que en ocasiones pueda liberarse el deudor por razón de la fuerza mayor y nó por el caso fortuíto. Para sostener la intensidad de la culpa contractual, necesitamos volver a hurgar en la ley romana sobre la importancia de los grados de culpabilidad y, teniendo en cuenta ésta, meditar sobre su origen, para así deducir la imputabilidad, de la cual ha de resultar la evidencia o la verdadera modalidad de la causa de los imprevistos.

El siguiente ejemplo de Colin y Capitant, aunque no pertenece en su integridad al tema que tratamos, ya que éste se aplica más bien al riesgo deducido por accidente, nos permitimos transcribirlo, porque él sirve de explicación al párrafo anterior: "Cuando el accidente, dice, es debido a caso fortuíto, es decir, al riesgo inherente a la industria, por ejemplo: la explosión de una caldera, un chorro de metal, un movimiento involuntario del obrero, etc, el patrono está obligado a pagar la indemnización señalada por la ley. Si por el contrario, el accidente ha sido producido por fuerza mayor, es decir, por una fuerza de la naturaleza, huracán,

inundación, rayo, terremoto, el patrón no debe indemnización alguna". Este ejemplo, no obstante su claridad, merece algunas reparaciones, ya que en la época de su aplicación aún no se conocían las modernas instituciones de protección social,

-- que tanto la ley como la jurisprudencia han extendido ampliamente, contrayéndolas en principio regulador de las relaciones entre el patrono y el obrero.

De todas maneras, la costumbre ha impuesto el empleo de estas expresiones en su condición de sinónimas, haciendo diferencia puramente teórica, porque, tanto el caso fortuito como la fuerza mayor, no pueden apartarse de las condiciones que le son innatas y comunes, por cuya razón o motivo se convierten en fenómenos jurídicos que, al desarrollar sus efectos, no hace más que completar una sola expresión o sustituir el uno al otro para los mismos efectos. Sólo la jurisprudencia, en justificación de los casos aplicables y determinados por la Ley, concede a estos eventos su verdadera fisonomía.-

[Faint, mostly illegible text with several lines underlined]

SOBRE LA CULPA CONTRACTUAL

Ocupará nuestra atención en adelante el estudio del artículo 1604 de nuestro Código Civil, cuyo inciso primero dice así: "El deudor no es responsable sino de la culpa lata en los contratos que por su naturaleza sólo son útiles al acreedor; es responsable de la leve en los contratos que se hacen para beneficio recíproco de las partes; y de la levísima en los contratos en que el deudor es el único que reporta beneficio". Esta disposición determina los grados de culpabilidad imputables al deudor, teniendo en cuenta el interés o beneficio que de los contratos pueden resultar, ya sea a favor del deudor o del acreedor, estableciendo el grado de culpabilidad en razón directa con la cuantía del beneficio. Es de notar, cómo al referirse a la culpa levísima en aquellos contratos donde el deudor es el único que reporta algún beneficio, hace recaer la carga de la culpa sobre el deudor en su mayor intensidad.

Esta diferencia de grado de culpabilidad tiene su origen en el antiguo derecho romano. La teoría de la culpa contractual en sus comienzos se limitaba solamente a aquellas obligaciones que nacían de los contratos o cuasi contratos y que tenían por objeto un cuerpo cierto. El hecho u omisión relativos a la ejecución de una obligación formaban la existencia de la culpa, siempre que no hubiese la intención de perjudicar, naturalmente. Especialmente en este aspecto, el derecho romano hacía la distinción entre el hecho (culpa in comitendo) y la omisión (culpa in omittendo).

-- La responsabilidad proveniente de la culpa por omisión, tenía como primera exigencia la constitución de la buena fé en los contratos; ésto precisamente establecía la diferencia entre el acto cometido por dolo y el que tenía su origen ^{en} la culpa. Distinguían especialmente esta fase de la responsabilidad en el no cumplimiento de las obligaciones, la contravención ejecutada por los actos u originada por las omisiones del deudor, a sabiendas y de mala fé. Por otro aspecto, al ser ampliado el concepto de la culpa contractual por el derecho escrito, el pretor concedió una mayor facultad a los efectos de la culpa en los contratos. Sólo en el derecho moderno, la institución de la culpa obtuvo contornos jurídicos de carácter permanente..

Los criterios informadores aceptan de manera unánime la teoría propugnada por la legislación francesa. El Código Civil francés aclara definitivamente, y en forma concisa, la intención de los tratadistas de derecho, conformándose en toda su interpretación a aceptar como forma preteritoria el mandato contenido en el artículo 1197 del texto citado y que se expresa en la forma siguiente: "La Obligación de velar por la conservación de la cosa, tanto en el caso de que la convención tenga por objeto la utilidad de una de las partes, como en el que tenga su utilidad común, impone a aquel que de éllas se hubiese hecho cargo, el empleo de toda la diligencia de un buen padre de familia. Esta obligación ha de ser más o menos amplia, respecto de los contratos, cuyos efectos en este punto se decla-

-- ran en las reglas especiales, a que ellos se refieren".

Con muy pocas variantes, el Código Civil Italiano en su artículo 1224 repite casi literalmente la disposición que antes citamos. Para hacer la comparación con lo dispuesto en nuestro Código Civil, tomamos el grado medio que la Ley da al definir la culpa, cuyo tenor transcribimos del inciso segundo del artículo 73 del texto últimamente mencionado, que dice: "Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra clasificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano. El que debe administrar un negocio como buen padre de familia, es el responsable de esta especie de culpa". Como podemos observar, nuestra legislación es más minuciosa en la explicación de la culpa, dando el acto de la diligencia una categoría más extensiva, y, por lo tanto, hace resaltar con más relieve el hecho culposo.

Para dirigir nuestro estudio con relación a la culpa, hemos escogido como guía al profesor C. P. Chironi, de la Universidad de Turín. Entra este autor a juzgar las diferentes teorías que se oponen entre sí a la interpretación de la culpa contractual originada por el daño o perjuicio causado a una de las partes; amplía de manera rotunda y precisa la imputación de la culpa leveísima, en el caso de que del contrato se derive beneficio sólo para una de las partes. Esta teoría ha sido admitida por todos

-- los tratadistas de Derecho Civil, porque élla representa, dentro de la equidad, el fin que persigue la justicia, al establecer la responsabilidad por cualquier falta de diligencia en la ejecución de una obligación, como sucede en la culpa Aquilia.

En la culpa contractual existen grados que, por su naturaleza jurídica, determinan el carácter e importancia de la diligencia, la cual, no obstante, puede desaparecer si los hechos o las omisiones que parecen producir la culpa se derivan de acontecimientos imprevistos, ya sean producidos por contingencias de carácter subjetivo o hechos materiales imprevistos e irresistibles, denominados por la Ley Caso Fortuito o Fuerza Mayor.

Existiendo de un lado la obligación del cuidado por parte del deudor en el cumplimiento de un pacto y atendiendo a que en los contratos las estipulaciones obligantes para una de las partes necesariamente lleva implícita la condición de una ventaja a favor de la otra--como en los contratos a título gratuito--el deudor que se ve obligado a cumplir con la convención acordada a su cargo, la culpa representa para éste como un resarcimiento de las ventajas que tiene esta clase de contratos al acreedor. En cambio, los contratos en forma onerosa llevan en sí mismos la expresa condición de responder por la culpa, en el caso recíproco de faltar a lo pactado.

El punto relativo a saber cuáles fueron las innovaciones introducidas en la doctrina romana, se observa dentro del nuevo ordenamiento, y tiene como regla general admitida la fórmula de la

-- diligencia, la cual ha de estar sujeta a su mayor o menor importancia. Al dar forma constructiva a la diligencia dentro de su acepción natural, sólo queda como medida estimatoria de la culpa por falta de diligencia, el prudente arbitro del magistrado, el cual puede errar por demasiada severidad o por demasiada remisión, al exponer su fallo. La libertad de apreciación concedida al juez, tiene en la misma ley un límite cierto, apesar de que este argumento lleva en sí mismo una invencible debilidad, ya que el error de apreciación por parte del juzgador jamás podría ser motivo para acusar un defecto contra la disposición legal que sirve como medida para graduar la culpa.

De todas maneras, sí existe una indeterminación de la regla que está en la ley. La facultad discrecional concedida al juez para apreciar el modo y el grado de la culpa, según la distinta naturaleza de los contratos, se reduce solamente a una cuestión de hechos, por lo que sería del todo imposible sustituir aquí el criterio personal, al que implica la regla dictada por la ley; ésta impone límite determinado, reduciendo la función del Juez a la recta aplicación de su criterio, dentro de la línea demarcada que la misma ley ha puesto como límite al justo freno de su propia autoridad.

Tenemos que por vía de argumentación podemos considerar que corren paralelas y están sujetas a las mismas medidas tanto la diligencia como la culpa; el sentido de coordinación, las hace depender la una de la otra, llegando a la conclusión de que los

-- efectos de la una responden en sentido directo a la importancia de la otra.

Estas teorías nos permiten establecer un orden riguroso e infalible que representamos así:--De la importancia de la diligencia se conforma la categoría de la culpa; de la categoría de la culpa se deduce el grado de responsabilidad. Este grado de responsabilidad es factible de desaparecer en proporción a la validez de cualquiera de los imprevistos, materia de nuestro estudio.

Hay autores que niegan la existencia de la graduación de la culpa, y sólo admiten que ésta, aunque a veces sea determinada por la ley en los diferentes casos aplicables-- un máximo y un mínimo--diciendo que los puntos intermedios de gradación corresponde al juzgador apreciarlos; sin embargo, en cuanto se refiere a la culpa grave, expresa que la ley generalmente debe determinarla, por ser ésta el grado más bajo de valuación de la culpa. Sobre este aspecto de la institución jurídico hacen constar oportunamente que por su fácil ocurrencia dentro de los contratos, parece como que tuvieran el consentimiento tácito de las partes, sin que tengan necesidad de llegar al extremo reguroso de la estipulación. Fácilmente nos suponemos esta condición, ya que en la calidad de las convenciones y en la finalidad de los contratos, en cuya perfección se exigen los elementos indispensables de capacidad, consentimiento, causa lícita y objeto lícito, las partes dentro de los límites de la plena independencia para contratar, tienen la libertad para regular

-- los pactos y acuerdos que formen las obligaciones.

En la discriminación que hace nuestro Código Civil, determinando las especies de culpa, hace la división siguiente: culpa grave, culpa leve y culpa o descuido levísimo;. Para que cada uno de estos aspectos reciba, a medida que va aumentando el rigor de cada uno de ellos, más elementos de cuidado, hay ^{que} de exigir más exactitud en los hechos comprobatorios, para de esta manera estimar mejor y con más precisión las condiciones necesarias para valorar su graduación, porque si esta cuestión estuviera sujeta a cartabones más o menos fijos, presentaría el inconveniente de su rigidez y de la imposibilidad de hecho para establecer los grados.

Nos apartamos de la división de la culpa y entramos a estudiar sus funciones en el terreno del derecho. En primer lugar, tenemos que la culpa contractual se presume legalmente-- y por lo tanto el acreedor sólo tiene que probar la existencia de la obligación-- mientras por su parte el deudor deberá suministrar la prueba del hecho, cuando pretende haber cumplido, esto en caso de una obligación positiva; si al contrato, si su obligación fuese de no hacer, entonces la situación se invierte: y el acreedor tiene la carga de la prueba del hecho positivo por el cual no se hizo lo debido.

Nuestro estatuto procedimental vigente señala en forma taxativa la manera de apreciar la prueba en los contratos, en lo referente a las obligaciones contractuales, sólo hace responder por las

-- consecuencias de carácter inmediato y que por naturaleza inevitable se hagan necesarias, encontrando su intensidad en la violación del derecho ajeno.

Estos nos lo demuestra muy claramente, como dijimos antes, el derecho moderno en sus postulados, al tratar de casos de importancia y lo encontramos propenso a prescindir de lo subjetivo de la culpa o del dolo, porque el hecho del año causado, cabalmente con imputabilidad psicológica o sin ella, de todas maneras se ha producido; el desequilibrio patrimonial y jurídico ha surgido, de todo lo cual podemos observar el predominio de la doctrina que tiene su fundamento en la responsabilidad objetiva. De esta base, varios autores, entre ellos Jomsserand, dan nacimiento a lo que constituye el abuso del derecho, ya que el ejercicio de cualquier derecho, si entraña un perjuicio para terceros por acción indirecta u objetiva, y si no re presenta una ventaja para el titular, resulta francamente abusivo. Este aspecto de la materia que hemos tratado tiene su asiento particularmente en el riesgo profesional, aceptado generalmente por el derecho social.

Uno de los principales agentes que intervienen en la creación de la culpa, es la voluntad. También permite este estado de ánimo que se piense en su total influencia en la ejecución del dolo. Mejor que nosotros le dirán las siguientes palabras: "Todo hecho que produce la violación de un deber, ya tenga su razón de ser en la voluntad, ya en la ley, es un hecho ilícito,

-- y el agente debe responder por vía de relación especial cuando el elemento objetivo, que es el acto injustamente cometido, (non jure) , va unido al subjetivo, esto es, el estado particular de su ánimo con relación a una determinada injuria. El acto entonces no es solamente injusto sino culposo y de él se derivan , para el ofendido, un remedio a fin de obtener el resarcimiento del perjuicio sufrido, y que ejercitará contra aquel que de él deba responder: por donde lo ilícito contiene el concepto de la responsabilidad".

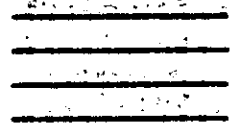
El acto del agente contrario al derecho, por su simple ocurrencia no puede constituir, por sí mismo, la lesión injuriosa, porque la tutela ordenada por la ley, a favor del ofendido, origina por esta misma causa la existencia de su derecho como norma general, y, por lo tanto, sólo la violación de ese derecho, de manera directa, es lo que puede crear el ilícito, y este, caracteriza la acción a favor del ofendido. Esta cuestión tiene gran importancia, porque destacamos como necesario para la constitución del ilícito la existencia de la lesión del derecho ajeno, Sin embargo, no podemos descuidar el concurso del elemento subjetivo que respecto a la lesión contenida en el acto, o derivada de él, en las más de las veces depende del estado de ánimo del agente que dá a la acción ilícita el carácter de culposa.

Hasta ahora sólo ha sido materia de estudio y consideración lo que podríamos llamar el aspecto ordinario de la culpa, es decir, aquélla que es imputable al deudor; no obstante, esta mate-

-- ría presenta un aspecto complejo, tanto, que también puede ser culpable el acreedor, y hasta llegar el caso frecuente en los aspectos de la mora a ser responsables por culpa ambas partes obligadas, en los actos imputables al acreedor de los cuales se derivan perjuicios para el deudor, éste podrá exigir contra aquél, acreditando previamente el acto culposo, los daños, como en el supuesto de la mora,.

Por otro lado, en caso de que el incumplimiento sea debido a las dos partes, es obvio suponer que se opera una compensación, pero de todas maneras, una vez sucedido el ilícito, la compensación sólo opera en cuanto a los efectos, pero sin que la culpa desaparezca, ni pueda ser suprimida. El Código Civil Alemán, a manera de previsión, y con el fin de evitar los resultados nugatorios cuando por culpa de ambas partes, a pesar de sucedidos los ilícitos, llegan las convenciones a no tener efecto; entonces se permite, por ministerio de la ley, que una de las partes, y después de celebrado el contrato, al observar la imposibilidad de la otra parte para cumplir con lo ofrecido o pactado, pueda prescindir o variar a su voluntad los resultados del contrato. Estas disposiciones se consagran en los artículos siguientes: Artículo 321, -"Cuando la parte obligada a ejecutar en primer lugar constata que la situación de la otra ha cambiado de tal manera que ella no pueda estar segura de obtener la contraprestación, puede suspender la ejecución hasta que se cau-

-- ciones suficientemente o que el contratante vuelva a adquirir solvencia";-Artículo 610: "Cualquiera que prometa un préstamo de consumo puede, en caso de dudar retirar su promesa, si la situación de la otra parte se agrava de tal manera que ponga en peligro el reembolso de su préstamo". La anterior facultad potestativa que concede la ley alemana, tenemos la seguridad que sería contraproducente a la psicología del pueblo latino. Sólo una civilización que ha llegado a la altura obtenida por los países sajones, a través de una larga historia, puede legislar sobre principios que tienen su fuente jurídica en la costumbre y en la rígida concepción del derecho.



TEORIA DE LA MORA

-- Al hablar sobre los contratos tendremos ocasión de exponer nuestro criterio en relación con el Caso Fortuito o La Fuerza Mayor y la forma mediante la cual estos eventos pierden su fuerza liberadora, obligando entonces al cumplimiento de las estipulaciones, habida cuenta del acontecimiento que les pudo dar origen.

Continuamos con la segunda parte del artículo 1604 del Código Civil Colombiano ya citado. En su contenido éste declara la irresponsabilidad del deudor por el caso fortuito; pero anota a continuación, que tal ventaja se produce siempre que el deudor no se halle en mora, es decir, que el evento se produzca mientras pende el cumplimiento de la obligación, ya que de otra manera tal evento le sería imputable. Este mismo párrafo caracteriza el suceso imprevisto en la forma siguiente: "(Siendo el caso fortuito de aquellos que no hubieran dañado la cosa debida, si hubiese sido entregada al acreedor)". Para mejor comprensión de esta modalidad conviene armonizar con el artículo 1608 del mismo Código, en el cual se determina la forma de constituirse en mora el deudor; nosotros transcribimos su tenor, por creerlo útil:

El deudor está en mora:

1o.- Cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado; salvo que la ley en casos especiales exija que se requiera al deudor para constituirlo en mora.

2o.- Cuando la cosa no ha podido ser dada o ejecutada sin o dentro de cierto tiempo y el deudor lo ha dejado pasar sin dar

-- 3o.- En los demás casos cuando el deudor ha sido judicialmente reconvenido por el acreedor.

El artículo siguiente o sea el 1.609, al referirse a los contratos bilaterales expresa la no existencia de la mora al no cumplir lo pactado por una de las partes, mientras la otra no cumpla o se allane a cumplirlo en la forma y tiempo debidos.

Al determinar la ley, de manera expresa, las modalidades y limitaciones que deben concurrir a la formación de la mora para el deudor, crea la importancia de fijar con precisión el momento en que comienza ésta; y por ser este momento circunstancia decisiva para generar el estado de mora, cuya influencia en el efecto de los contratos constituye el momento más importante y resuelve la aplicación del derecho, creemos indispensable que sea la ley la que señale el instante que sirve para separar los dos períodos en que dividimos el estado de una obligación contractual con la cual haya de relacionarse la mora, situación esta que puede ser influenciada, y, que por tanto, puede recibir variación en su conformación jurídica, para los efectos de los imprevistos o eventos que ocupan esta monografía.

Primer período .- El que corresponde al cumplimiento de lo pactado hasta su ejecución definitiva, período éste en el cual puede sobrevenir el Caso Fortuito o Fuerza Mayor, produciendo el estado liberatorio para el deudor. -Segundo Período.- El que arranca del instante en que debió cumplirse la obligación,

-- en adelante, y que, al suceder cualquiera de los eventos señalados dentro de este período, el estado de mora en que se encuentran el deudor, le hace perder el derecho para aprovecharse de la circunstancia liberadora, quedando con ello obligado a la ejecución de lo pactado.

La verdadera interpretación del aspecto jurídico de la mora se encuentra plenamente satisfecha en la definición que hace el Dr. Nicacio Anzola en su obra "LECCIONES ELEMENTALES DE DERECHO CIVIL COLOMBIANO".--"La Mora --dice --de un deudor no es otra cosa que la tardanza en cumplir su obligación, cosa grave para él, porque desde el día en que debió ejecutarla en adelante son a su cargo los riesgos que corra el objeto cierto que deba, y la indemnización de los perjuicios, y queda sometido a la acción resolutoria del contrato".-

En el antiguo derecho romano la fórmula MORA DEBITORIS hacía posible que el deudor purgara su defecto cumpliendo a consentimiento del acreedor su obligación, aún después de creada la mora. Esto producía un estado de mora a cargo del acreedor, si éste rehusaba aceptar la oferta, pasando a ser soportados por éste los riesgos correspondientes.

La antigua fórmula latina DIES NON INTERPELLAT PRO HOMINE, produce sus efectos, de conformidad con el inciso primero del artículo 1.608 del C. Civil, que declara constituido en mora por ministerio de la ley, al vencerse el plazo estipulado. Es - to mismo no sucede en otras legislaciones que tomamos como punto

-- de comparación y que son: el C. Civil Venezolano en su artículo 1.289 y el 960 del C. Civil Brasileiro, estipulan que, aun que se haya establecido un plazo ó término para el cumplimiento de una obligación, el deudor no está legalmente en mora, no obstante el retardo de hecho en que se encuentra; es decir, que aun que se hubiese cumplido el plazo, mientras el acreedor no requiera al deudor y en esta forma le exija el cumplimiento.

La justicia de este principio no nos atrevemos a discutirla,.

Por ser materia de interpretación por parte de varias legislaciones que no se encuentran acordes en su aplicación; nos limitamos a transcribir seguidamente los conceptos del profesor Argentino Alfredo Colmo, extraídos de su obra "DE LAS OBLIGACIONES EN GENERAL" y que en lo pertinente dicen así: " El espíritu de liberalidad de un código debe tender hacia las soluciones que hagan menos onerosas las situaciones del deudor, que comunmente es la parte débil de una obligación. Por lo demás, el deudor puede pensar que cuando el acreedor no le requiere es porque no desea el cumplimiento, y bien puede confiar en esa espera de hecho que no perjudica al acreedor y que a él puede beneficiarle ". Con esta explicación dejamos al lector escoger a su gusto la fórmula que más se adapte a su criterio.

Según el artículo 1.139 del C. Civil Francés se deduce que el cumplimiento del plazo de una convención cualquiera, no implica para el deudor el estado de mora; se requiere expresamente la declaración judicial ó cualquiera otra forma escrita, pero que siempre dependa de la manifestación de un funcionario público

-- y a petición del acreedor. A las obligaciones sujetas a plazo determinado es necesario que se les agregue la modalidad de una condición, mediante la cual se estipule expresamente que la llegada del plazo y el no cumplimiento de la convención con relación al mismo, sea constitutiva de mora para que, entonces el deudor se haga responsable por la mora.

No siempre la llegada del plazo ó término puede servir de fundamento para la mora; hay también ciertas circunstancias que son de la naturaleza y de la esencia del contrato y que el deudor por culpa suya ha hecho imposible su cumplimiento, como en el contrato de compra-venta, si el acreedor se constituye en mora, de recibir la cosa vendida; ó como en el comodato, el objeto que debe devolver el comodatario parece al llegar la condición mediante la cual debe hacerse la restitución.

El cumplimiento de las obligaciones recibe su carácter forzoso de la acción ó derecho que tiene el acreedor para hacer efectivo este cumplimiento. De conformidad con el artículo 1.495 del C. Civil, varias son las formas de obligarse, ya sea de dar, de hacer ó de no hacer alguna cosa. Esta diferencia en la manera de obligarse, ese estudiada con bastante acierto por Collin y Capitant, al comentar el artículo 1142 del C. Civil, el cual establece que "toda obligación de hacer ó de no hacer se convierte en la de indemnizar daños y perjuicios, en caso de incumplimiento por parte del deudor". De lo anterior, saca este autor la siguiente conclusión: " Por lo tanto, cuando la obli

-- gación por razón de un término tampoco obliga al requerimiento, siempre que existan ciertas circunstancias que puedan servir para su fijación de manera tácita; dice nuestra Corte Suprema de Justicia: "Cuando hay plazo tácito para el cumplimiento de una obligación, determinanable con ciertos datos del contrato, no hay necesidad de requerimiento judicial para que el deudor incurra en mora" (Casación, 23 de Agosto de 1.916 XXV, 433, la.).

Como puede observarse, el ambiente de juridicidad que forma el criterio tanto del legislador colombiano, como de quienes encarnan la misión de unificar nuestra jurisprudencia, dan valor exclusivo a la razón elemental del vencimiento de la obligación para constituir la mora; esto se confirma mejor en la siguiente concepción de la Corte Suprema, que dice: "Es injurídico el concepto de que para que haya mora en el pago del precio es preciso de que se haya estipulado tiempo y lugar para el pago, y que no hay mora cuando se ha convenido en pagar de contado: En el convenio de hacer el pago de este último modo va envuelto virtualmente el concepto de tiempo y lugar, de lo contrario se podría dejar de cumplir esta clase de obligaciones sin que el incumplimiento ocasionara la mora, lo cual es inaceptable" (Casación, 28 de Noviembre de 1.918, XXVII, 103, 2a.).

Esta teoría de la mora era necesariamente comprendida en la relación jurídica que tenía su fuente en las ideas primitivas, las cuales llegaron a considerar como lesión la constitución de la mora, colocándola en el mismo plano que la culpa.

-- No es preciso destacar que la culpa trae como consecuencia lógica la formación de la responsabilidad, y, que, de consiguiente, la relación de esta última expresión con la mora sobreentiende que sólo es imputable la mora culpable.

La teoría de la mora acepta,-- en la misma hipótesis-- que la culpa-- todos aquellos elementos que le son indispensables, cuyos precedentes caracterizan su fisonomía psicológica o jurídica en el campo subjetivo, como también los hechos materiales u objetivos que producen su ocurrencia. En uno u otro caso, se tiende a producir un efecto cuya forma de hecho ilícito e injurioso produjera en una de las partes la pérdida del derecho para alegar cualquier imprevisto a su favor; y sólo la controversia judicial y el logro de establecer la prueba suficiente, pueden llegar a la evidencia de la forma liberatoria como resultado del Caso Fortuito y de la Fuerza Mayor. Esto último indica que la constitución de los imprevistos-- como principios jurídicos suficientes para excusar la ejecución de las estipulaciones pactadas-- tienen una estrecha dependencia con el juicio arbitral del juzgador, y descansan en los medios suficientes para llevar el convencimiento a quien haya de hacer la declaratoria. Cuando la ley dice que quien alega el Caso Fortuito o la Fuerza mayor tiene la carga de la prueba, parece como que se refiriera a la tramitación de un proceso en el cual predominara la intención de favorecer en el fallo al deudor, quitando cualquiera

-- esperanza de resolver beneficiosamente una pretensión generada en el mismo caso por el acreedor.

En cada uno de los estudios que hacemos en estos ensayos, nos aparejamos a la jurisprudencia, ya que la ley no nos brinda la amplitud de su criterio. Esto explica que nos remitamos con frecuencia a su tenor.

Séguimos por esta ruta trayendo para fortalecer nuestro concepto, lo que a manera de compendios sustraemos de las teorías de los tratadistas cuya autoridad indiscutible acredita nuestra disertación. Al comparar estas teorías con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia no sólo encontramos una concordancia bastante estrecha entre el concepto de las unas y los preceptos de las otras, sino que nos permite proclamar con toda evidencia la existencia de una armonía y unificación tal entre ellas, que aseguramos la afirmación de que siempre el derecho se conformó en un principio universal de aceptación general.

Para el caso de la carga de la prueba y de la interpretación de su finalidad, transcribimos la siguiente sentencia: No. 580-"No hay acción del Caso Fortuito o Fuerza Mayor, sino excepción perentoria de Caso Fortuito. Ninguno de los contratantes puede ocurrir al Poder Judicial para que con intervención del otro contratante se declare que por razón del Caso Fortuito no está en mora de cumplir su obligación. La ley procesal reserva esta alegación como un recurso de defensa para el demandado, a quien el demandante

-- quiere obligar a que cumpla una obligación contra la cual está en pugna el caso Fortuito" (Sentencia de 24 de Octubre de 1.923,XXX,262,3a.).

Con este mandato el deudor, llegado el estado de mora, ha de esperar necesariamente que el acreedor interponga demanda contra él, para entonces excusarse del cumplimiento de la obligación por causa del Caso fortuito, haciendo valer sus derechos por vía de excepción.

Sin embargo, la antigua teoría de los riesgos permitía al acreedor invocar el caso Fortuito en los contratos sinalagmáticos, con el fin de salvar a su vez la obligación de cumplir por su parte lo pactado en un contrato, cuando el deudor, por razón del Caso Fortuito o la Fuerza Mayor, quedaba libre de su obligación. La solución de la anterior teoría se precisa con mejores detalles en el contrato de compraventa, donde la mora del comprador en recibir la cosa vendida, liberta al vendedor de su obligación de entregar, si se presenta dificultad para ello, por acontecer cualquiera de los imprevistos. Con esto, se produce una especie de compensación, tanto en la culpa, como en la excusa de ésta.

Tal es la evidencia de que la mora puede producirse tanto para el deudor como para el acreedor, que el artículo 1.609 del Código Civil expresa claramente que en los contratos bilaterales si uno de los contratantes falta a sus obligaciones, el otro contratante no se constituye en mora de cumplir la suya. Esto guarda, como

-- es natural, un principio de equidad y de justicia, ya que no se puede obligar a persona alguna a cumplir con un hecho que ofreció, en cambio de recibir como compensación la ejecución de cualquier otro hecho por quien celebró contrato bajo esta condición. Este artículo señala la imposición del cumplimiento recíproco de las obligaciones, porque, en el caso de que esto no ocurra, termina por la rescisión del contrato por parte de quien se hallane a cumplir con las consiguientes reclamaciones de daños y perjuicios a su favor.

aceptamos como natural resultado, que si la mora puede ser aducida por cualquiera de las partes, también puede producirse por culpa de las mismas. Tenemos el ejemplo contenido en la Casación de la Corte Suprema de Justicia de fecha 21 de Mayo de 1.934, XXXI, 19, 3a.-- "...Así, por ejemplo, si alguien vende a otro un caballo, sin fijar el tiempo para la entrega, pero señalando un plazo para pagar el precio, el vendedor queda obligado a entregar el semoviente, una vez perfeccionado el contrato, de acuerdo con el artículo 1.882 del C. Civil y el comprador no estará en mora de pagar el precio porque tiene plazo, pero sí lo estará de recibir el caballo, si el vendedor está dispuesto a entregarlo y el comprador no está dispuesto a recibirlo".

Con este ejemplo, retrocedemos de nuevo a la evidencia de la prueba y a la confrontación de la circunstancia que rodea cada caso en particular, porque en la presunción contenida en el

-- principio general, el deudor goza, en los casos indeterminados y negativos del rigor del requerimiento, y coloca así mismo al acreedor en la obligación de destruir tal presunción, mediante la prueba contraria a los hechos positivos. El supuesto de la culpa crea de inmediato la responsabilidad del obligado y basta que el acreedor acredite la mora, -- aunque ligera -- del deudor para que éste sea responsable y sólo el mérito probatorio y la constatación de los hechos favorables al deudor, pueden salvar a éste de la imputabilidad de la mora.

Sin embargo, como ya hemos explicado antes, si dentro de estas circunstancias intervienen los imprevistos de Caso Fortuito o Fuerza Mayor, la situación recibe un cambio total en lo relativo a la responsabilidad. En este caso la mora, así como la culpa, en la cual tiene su constitución, desaparece como ilícito y determina el legítimo derecho del deudor para no cumplir con lo estipulado.

En la diversidad de detalles y multiplicidad de ejemplos que cita el profesor G. P. Chironi en su obra "LA CULPA CONTRACTUAL", expone en un lenguaje expedito la verdadera noción de las teorías sustentadas por diferentes autores sobre este tema de la culpa, dividiendo y especificando en minuciosa descripción la principal de esta institución, así como todo lo que se deriva, se relaciona y se desprende de ella. Como por ejemplo, la gradación romanista de la culpa, sus especies, su calidad en lo concreto y lo abstracto, la intensidad de sus efectos, la constitu

-- ción de la mora como acto culposo, y, finalmente, todo lo relativo al Caso Fortuito o Fuerza Mayor como condición eliminativa de la culpa. Lo anteriormente dicho nos aleja un poco de nuestro asunto, pero volvamos al estudio de nuestro tema, teniendo en cuenta ahora el derecho del deudor constituido en mora.

Para destruir la responsabilidad que tenga el deudor por no haber cumplido, a su debido tiempo, con su obligación, bastará, en este caso, con la presentación de la prueba contraria, porque si el deudor en ningún momento llegó a asumir la carga ó el peligro del Caso Fortuito, logrando demostrar que la cosa igualmente hubiera perecido en manos del acreedor, el estado de mora no lo hace responsable de la pérdida ocurrida. En esta forma, es fácil inducir que la injuria recibida por el acreedor no depende, precisamente, de la mora del deudor, sino que puede tener su causa en cualquier evento inesperado ó por vicio oculto de la misma.

La solución jurídica que se presenta en estos casos en que la naturaleza del hecho ó cosa que ha de ejecutarse en cumplimiento de un pacto sufre por su misma causa la pérdida de la cosa ó hecho debido estando en mora, hace depender su origen de la constitución de los actos que, sin conocimiento del deudor, conservaban latente, dentro de sí, el vicio del daño, ó el germen propicio a su destrucción, cuyas consecuencias bien pudieron resultar antes de constituirse en mora el deudor, ya

--fuese que la cosa estuviera en manos de éste o de cualquiera otra persona.

Nada se expresa con mayor claridad que el contenido del artículo 2.263 del C.Civil, en lo relativo a la responsabilidad del Caso Fortuito por parte del comodatario, el cual lo es, "Cuando ha empleado la cosa en uso indebido, ó ha demorado su restitución a menos de aparecer ó probarse que el deterioro ó pérdida por el Caso Fortuito habria sobrevenido igualmente sin el uso ilegítimo o la mora".

El principio general que presume la culpa en el autor cuando causa daño en alguna cosa ajena, en el caso del comodatario, obliga a este a presentar plena prueba de haber cumplido con su obligación cuando se le señale imputabilidad culposa. En cuanto al caso fortuito es de su cargo probarlo, ya que en el caso presente ha de responder por la culpa leveísima, por ser el deudor el único que reporta beneficio.

Tanto la ley romana como el derecho moderno, imponían la una e impone la otra al deudor que cae en mora el cargo de probar el acontecimiento fortuito al producirse el daño en este estado, pues lo habria padecido tambien el acreedor ya que este evento hubiera fatalmente recaído sobre la cosa, aun cuando el deudor hubiese efectuado la entrega en tiempo oportuno.

La excepción liberatoria se impone en el rigor de la prueba, al demostrar el deudor que, de todas maneras, el imprevisto tendria existencia aun no habiendo caído en mora el deudor, con lo cual se destruye la causalidad que pueda existir entre el hecho en sí mismo y la mora.

--

SOBRE LA BUENA FE

Por las razones antes apuntadas, nosotros hacemos intervenir la buena fé del que recibe, cuya naturaleza jurídica destruye la intención culposa, desalojando el elemento subjetivo que contiene la imputabilidad de la tardanza, de suerte que esta modalidad ha ce cesar inmediatamente la constitución de la mora. Aclaremos este concepto, al referirnos a lo pertinente en el C. Civil Colombiano y que hace relación al pago de lo no debido y que responde al tenor de los artículos 2319, 2320 y 2321, consagrados a la no responsabilidad del que obra de buena fé

El Caso Fortuíto--como causa eliminatória de la responsabilidad, al extender sus efectos en el campo de la culpa--llega a la conclusión de considerar como término constitutivo de la mora la presunción de culpa. Algunos autores han sostenido teorías tendientes a dar vida a la preexistencia de la culpa para inutilizar en esta forma la ilicitud de la mora, cuyos efectos so'lo pueden ser admitidos cuando el cumplimiento de la obligación depende de un deudor de buena fé.

Para hacer extensiva la acepción del término "Buena Fé", nos remitimos al artículo 1.603 del C. Civil. En cualquier momento en que la ejecución de un pacto haga depender su finalidad de la mala intención de cualquiera de las partes, sería suficiente ésto, para atentar contra los principios inmanentes de la justicia y romper a la vez los fundamentos que sirven como base al sano criterio que debe regir como regulador de la vida social, prima, por esta razón, la exigencia de que el cumplimiento de

-- las obligaciones debe ejecutarse conforme a la intención de las partes, al uso y costumbre, atendiendo a todo lo que pueda derivar de la naturaleza de la obligación. Es obvio presumir que la buena fé anima a las partes a celebrar la convención, ya que es imposible que el derecho en su aplicación subjetiva pueda invadir el campo de la abstracción o adivinar el pensamiento que dominaba en cualquiera de las partes al contratar.

En forma más excelente responde al sentido de la buena fé el profesor Larombiere, cuando dice: "Esta palabra de buena fé expresa todos los sentimientos honestos de una conciencia recta, es decir, que lleva el desinterés hasta el sacrificio. La ley destierra de los contratos la astucia y las maniobras sagaces, los procedimientos deshonestos, los cálculos fraudulentos, la simulación y el disimulo pérfidos, la malicia, en fin, todo lo que se disfraza bajo la apariencia de la prudencia y de la habilidad, especulando a costas de la credulidad, la simplicidad, y la ignorancia".

De manera que, si se previenen todas estas modalidades que nos da la noción de buena fé, podríamos sostener que este aspecto invariable para las partes se opone en forma esencial al imperio ó mandato contenido en el artículo 1.602 del C.Civil, ya que al ser obligado el deudor a ejecutar el contrato puesto que sus estipulaciones se convierten en ley para las partes --precisamente en los momentos en que el deudor sufra cambios sustanciales en sus condiciones económicas, a causa

-- de acontecimientos imprevistos cuyo origen puede ser el Caso Fortuito o la Fuerza Mayor, nada puede evitar que ejecute ó cumpla con las obligaciones que se ha impuesto aunque estas lo precipiten a la más completa ruina, pasando en esta forma, por encima de todos los preceptos, que, como vimos, ha de contener la buena fé. Si una de las partes ha de cumplir obligatoriamente lo estipulado en condiciones desventajosísimas, al momento de llenar este requisito,--habiendo sido otra su situación al celebrar el contrato--debía en esta circunstancia, la parte favorecida, obrar de buena fé y acondicionar la prestación del deudor a su estado de posibilidad.

Esta hipótesis justifica la moderna teoría de la imprevisión, pero sólo ha sido admitida por las legislaciones de muchos países en épocas determinadas y por motivo de acontecimientos de importancia tal que fueran capaces de crear en la marcha jurídica de los estados inconvenientes poderosos e insalvables. Tenemos el ejemplo que apuntamos en nuestra introducción, relativo a las medidas tomadas por el gobierno del Dr. Olaya Herrera en los años de 1.931 y 1.932, medidas que se encaminaron a regularizar las relaciones jurídicas en los contratos, estableciendo el equilibrio y la normalidad en las transacciones comerciales, pero de todas maneras con vigencia determinada. En la misma forma, Francia, Bélgica, Alemania y Rumania, han confrontado el problema de la imprevisión, a consecuencia de la guerra del 14, debido a que los resultados de ésta cambiaron totalmente su situación económica, y, debido a ello, admitieron medidas

-- transitorias, con el fin de regularizar la vida de sus pueblos, los que volvieron--después de la paz de 1.918--al ordinario ajetreo de la vida, dentro de un ambiente de inseguridad y de desconfianza.

Ciertos países, como Francia, demasiado apegados a los principios tradicionales del respeto a las convenciones formadas libremente, y que mantienen firme el acatamiento a sus leyes, hicieron frente a la situación excepcional en que se encontraban después de la guerra y tomaron medidas propias a la naturaleza de las circunstancias, remediando con ellas la situación del comercio, de la industria y retornando así a la vida normal. Estas medidas, que tenían como único objeto restablecer el equilibrio de las prestaciones, roto por circunstancias excepcionales, sólo podían aplicarse de manera restrictiva, es decir, por tiempo y categorías determinados. En la misma forma ejecutaron estos principios Bélgica e Italia.

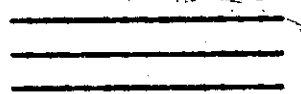
En otros países donde el C. Civil es de creación más o menos reciente se concedieron términos más liberales, ofreciendo con ello hasta bases legales a la teoría de la imprevisión. No obstante fueron admitidos estos principios con ciertos requisitos formales. Este es el caso de Alemania. En otros países, tanto la doctrina como la jurisprudencia, han dividido su concepto cuando la necesidad de introducir los principios de la imprevisión lo han impuesto a su legislación. En tesis general, podemos decir que la creación de la teoría de la imprevisión en todas las legislaciones que la han abocado se resisten a aceptar

-- la formación de disposiciones que consagren dicha teoría, en detrimento de las leyes existentes.

En derecho Civil existe el juego de los intereses particulares, razón por la cual deben mantenerse los principios tradicionales consagrados por el C. Civil, admitiendo solamente los cambios y derogaciones que él mismo señala, porque ésta es la única forma de conservar la estabilidad de las convenciones y de sostener erguidos los pilares de la vida económica de los países y la confianza en las transacciones privadas. Sólo por este medio se pueden mantener rígidas las reglas del C. Civil, tan necesarias para conservar los elementos vitales de una economía normal y la confianza en un progreso constante.

Nos hemos extendido demasiado, posiblemente, en disquisiciones que por su importancia nos parecieron propias del tema y pertinentes al caso que nos ocupa. Volviendo al aspecto de la buena fé, terminamos este capítulo con nuestra opinión considerada aquella desde el punto de vista de su previsión en los contratos.

Naturalmente, no podríamos invocar esta fórmula como regla dominante en la ejecución de los contratos, porque a nadie se oculta que en la práctica la expresión buena fé pertenece al dominio interno de cada uno de los contratantes sin que sea posible, ni siquiera, vislumbrar la más pequeña demostración de mala fé en los pactos que se celebran. Sólo esta expresión puede considerarse como una tesis posible, propia para presidir el estudio de una teoría, capaz de dar forma jurídica a los fenómenos resultantes de los eventos de Casos Fortuitos o Fuerza Mayor en su caso.



NOCIONES GENERALES SOBRE LOS IM-
PREVISTOS DE CASOS FORTUITOS Y FUER-
ZA MAYOR

En los capítulos anteriores hemos tratado los diferentes aspectos que se relacionan con los eventos del caso Fortuito o la Fuerza Mayor, ya sea que se oponga a la valuación de estos imprevistos como la culpa, el dolo y la mora, cuando esta última se constituye en ilícita y causa injuria a una de las partes.

En primer lugar hicimos una disertación sobre la diferencia que algunos tratadistas de derecho han pretendido establecer entre las expresiones anotadas, juzgando sus argumentos y haciendo comparación de las ideas que cada cual supone pertinentes al caso, pero hemos visto que, aún cuando es posible dentro de la terminología esta diferencia, sólo resulta una mera teoría en la aplicación, porque todas las legislaciones emplean, más o menos, como si no ónimas, estas expresiones.

En cuanto a la culpa, nos hemos ocupado solamente del campo de la culpa contractual, por ser el tópico de nuestro tema, es decir, la originidad en los contratos y dentro del aspecto civil de sus efectos. Dentro de las generalidades de esta tesis nos tocó analizar la fuente que dá nacimiento al acto ilícito pero culposo, que estudia su aspecto voluntario ó material, por cuanto la misma naturaleza de este ilícito lo constituye en perjudicial para uno de los contratantes.

Hemos transcrito el concepto de algunos tratadistas, para dar fuerza a nuestro trabajo é hicimos resaltar el grado de respon-

-- sabilidad, teniendo en cuenta el valor de la materia imputable. Es posible que no hubiésemos abarcado todo lo concerniente a la institución de la culpa, pero lo limitado de nuestra monografía-- y probablemente ^{la} escasez de erudición en esta materia-- nos redujo a lo expuesto.

Al hablar de la teoría de la mora, guió nuestro pensamiento un criterio de pretendido esfuerzo, encaminado a relieves este aspecto probable en los contratos para dar mejor explicación al tema que hemos escogido para nuestra tesis. En cualquiera de las fases que hemos tratado el capítulo dedicado a la mora siempre fué nuestra intención mostrar la importancia de los imprevistos de Casos Fortuítos o Fuerza Mayor, para disculpar los efectos de la misma. Una historia amplia de esta institución jurídica nos pone al tanto de su valor efectivo en el cumplimiento de los contratos.

Si la mora culposa hace responsable al deudor por la pérdida de la cosa debida, esta pérdida puede sufrir sus efectos por acontecimientos inesperados, y, por lo consiguiente, no sería justo obligar al deudor en mora al cumplimiento de un pacto cuya imposibilidad de cumplir se efectuó por razones imprevistas, cuya fuerza es superior a toda previsión humana e imposible de evitar. Sin embargo, éste debe probar que la cosa hubiera perecido, aun habiendo cumplido con lo estipulado de entregarla a su tiempo.

-- Al igual de esta relación, hemos sido prolijos en otras, no perdiendo jamás la finalidad de nuestro tema.

Como fundamento esencial de los contratos--y porque, en nuestro concepto, es parte sustancial el consentimiento de las partes al celebrar sus convenciones--incluimos en este escrito una noción de la expresión "buena fé" como parte de los contratos, sin la cual se preconstituye el vicio y se hacen nugatorios los efectos de las estipulaciones. Una definición del profesor Larombiere sobre esta frase de la buena fé, abarca en toda su extensión el verdadero sentido de ella y su importancia como parte de la voluntad de los contratantes.

Ahora no nos queda más que dedicarnos a presentar un análisis sobre las generalidades de los imprevistos, lo cual vamos a hacer en forma superficial, atendiendo a su naturaleza y a sus efectos. Por otra parte, las teorías modernas que tienen su fundamento en el mundo económico y que, por decirlo así, impulsan todos los aspectos de las relaciones sociales y definen, dentro del derecho positivo, la modelación de las diferentes fases en que pueden intervenir en el transcurso de los hechos y de los actos jurídicos las expresiones de nuestros ensayos, son en el momento actual materia de preocupación y de estudio por parte de los mejores tratadistas de derecho del Viejo y del Nuevo Continente.

Las variadas definiciones que se han hecho sobre las expresiones de Casos Fortuítos o Fuerza Mayor, nos permite suponer la ilustración suficiente al rededor de este tema, por lo tanto, to-

-- maremos para su estudio las disposiciones sobre las cuales han de recaer la influencia de estos eventos.

Atendiendo a los términos del artículo 1.602 del C. Civil, las convenciones legalmente celebrados tienen fuerza de ley entre quienes la han formado y no pueden ser resueltas sino por el consentimiento mutuo de las partes ó por causas legales. Así, tenemos que la fuerza mayor puede ser una de las causas, pero solamente si ella reviste caracteres de obstáculo absoluto, nacido en circunstancias imprevistas, y que colocan la ejecución de un contrato en situación imposible de cumplir, porque si estos eventos constitutivos de Fuerza Mayor no hacen más que aumentar la condición onerosa y hacen difícil su ejecución, nada autoriza al deudor para pedir la resolución ó el contrato, ni para introducir modificaciones que desvíen la verdadera intención de las partes al contratar.

Esta situación especial trae a nuestra memoria la cláusula canónica representada en la fórmula REBUS SIC STANTIBUS. La explicación hecha a la cláusula anterior indica que sólo podría ser aplicada ésta a cierta clase de contratos, como son: aquellos sujetos a prestaciones sucesivas, escalonadas en períodos, y que se encuentren libres de contingencias aleatorias. Esta fórmula, puramente teórica, contiene una estrecha vinculación con los imprevistos de Casos Fortuitos, ya que sin éstos el sentido de dicha expresión latina jamás tendría una explicación le-

-- gal, o por lo menos, justificación en sus efectos.

Su característica especial se traduce completa en el siguiente conjunto de condiciones que le son adaptables y que podrían intervenir en la formación de los contratos contentivos de prestaciones sucesivas, y que dividimos así: Primero, que los cambios surgidos en las circunstancias económicas que han precedido la formación de los contratos y que han influenciado en la voluntad de las partes, haya variado totalmente en su conclusión; Segundo ES NECESARIO QUE ESTOS IMPREVISTOS se presenten bajo las características propias e indispensables a su formación jurídica y que el deudor no haya tomado a su cargo las contingencias de estos eventos.

La Corte Suprema de justicia, al referirse al caso fortuito, se expresa así: " 582.-Puede renunciarse éste por el deudor"(Casación 7 de septiembre de 1.895 XI,56,2a.) De todas maneras, sólo la dependencia de un futuro podría dar cabida a esta fórmula, que se expresa conforme a la siguiente frase: "CONTRACTUS HABENT TRACTUM SOCCESIVUM ET DEPENDENTIAN DE FUTURO REBUS SIC STANTIBUS INTELLIGUNTUR".-

A pesar de todo, ni nuestro Código Civil--ni tomado el francés, en comparación--admiten esta fórmula como capaz de alterar el fundamento legal de una disposición, ni aún la doctrina acepta esta fórmula. Conviene traer aquí la frase del profesor Capitant, que concluye así: "No es posible que se sobreentienda en una convención la cláusula "Rebus sic stantibus" cuando ella no ha

-- sido expresamente introducida por voluntad de las partes?
 Como puede observarse, esta teoría ha sido condenada, y nuestra jurisprudencia ha rechazado sus efectos cada vez que se ha tratado de introducir en nuestro derecho, generalizando, en cambio, la aplicación del respeto a los contratos legalmente formados, consagrados por el artículo 1.602. En igual forma, se expresa el artículo 1.134 del C. Civil Francés, que interpreta de manera terminante la Cour de Cassation D., 1.876-1-193.- "La regla establecida por el artículo 1134 del C. Civil, dice la Corte de Casación, es general y absoluta y rige también no solo las prestaciones sucesivas, sino también los contratos de cualquiera otra naturaleza; en ningún caso, los Tribunales, por más equitativas que parezcan sus decisiones, no podrán tomar en consideración el tiempo y las circunstancias para modificar las convenciones". Estas decisiones pone fin a la consagración de la teoría a que nos venimos refiriendo.

Mientras el derecho civil se halla dominado por principios precisos, claramente expresados en sus disposiciones, no permite admitir una teoría que no esté en concordancia perfecta con su sentido jurídico.

La ley, al definir las expresiones de caso fortuito o fuerza mayor, elevó a la categoría de estipulación legal la formación de estos eventos, y la jurisprudencia se encargó de ampliar su sentido. Por esta razón, no se puede separar la contingencia de estos eventos de la voluntad escrita de las partes. Nuestro Derecho Civil no tiene términos medios al respecto, y, en cuanto a esta materia, siempre ha establecido que los contratos entre particulares

-- lo que importa es la voluntad de las partes, y es su primer cuidado asegurar, por todos los medios posibles, la ejecución de las obligaciones derivadas de la voluntad inicial. De consiguiente, desde el momento en que un contrato ha sido perfeccionado libremente, poco importan los sucesivos eventos posteriores a su perfección, aunque, por tal causa, las obligaciones contraídas se conviertan en más onerosas ó difíciles. Y es que, si se hubieran previsto estos motivos, no se hubiese celebrado la convención. Sin embargo, deben cumplirse las obligaciones, apesar de que su ejecución signifique enormes sacrificios para uno de los contratantes; pero--y he aquí la excepción--siempre y cuando que su ejecución no sea absolutamente imposible por razón de Caso Fortuito o Fuerza Mayor, y que estos imprevistos se distingan esencialmente por su formación y encajen, además , de manera exacta, dentro del carácter severo y rígido de nuestro derecho positivo y escrito.

Si estos acontecimientos imprevistos cambian la finalidad de los contratos , sólo al legislador le incumbe la creación de leyes o medidas legislativas necesarias para regularizar las relaciones de carácter privado, pero eso sí, sin que las disposiciones existentes sustantivas pierdan su imperio.

Es conveniente que hagamos una pequeña consideración a lo sustantivo de la ley escrita, en relación con el orden jurídico del Estado, para que de esta manera exaltara su posición de mandato imperativo las normas sujetas a la obediencia y respeto

-- debidos por parte de quienes, por sujeción al espíritu gregario del género humano, se encuentran sometidos a la teoría predicada en el contrato social.

Hans Kelsen, en su obra "Teoría General del Estado", emite este concepto: "Es sabido que la esfera existencial del Estado posee validez normativa y no eficacia causal; que aquella unidad específica que ponemos en el concepto del Estado no radica en el reino de la realidad natural sino en el de normas o valores; que el Estado es por naturaleza, un sistema de normas o la expresión para designar la unidad de tal sistema; y sabido esto, se ha llegado ya al conocimiento de que el Estado, como orden, no puede ser más que el Orden Jurídico o la expresión de su unidad". Hay quienes admiten el dualismo de dos sistemas normativos, siendo el primero el que trae para nosotros la importancia de la afirmación que antes hicimos sobre la formación de la ley y que implica el orden jurídico positivo; y el otro, podría significar el conjunto de normas admitidas por reglamentación orgánica del Estado y que complementa el orden ético-social de la facultad normativa universal del Estado, sin que esta hipótesis se anteponga a los principios fundamentales del positivismo, reconocido, incluso, por aquellos que consideran que el Estado y el derecho constituyen esencias separadas.

DEL ABUSO DEL DERECHO

Dentro de las instituciones modernas del derecho se destaca, con firmeza de criterio, el principio comprendido en la expresión "Abuso del Derecho". Este fenómeno jurídico trajo al concepto del derecho una modalidad especial cuya influencia evolucionó al rededor de una teoría, que, según las observaciones de Albert Wahl era necesario ponerse en guarda contra la adopción demasiado fácil de principios nuevos. En esta materia ha sido extensa la Bibliografía, como también es bastante acentuada la diferencia entre las legislaciones de los países. Por ejemplo, cuando de conformidad con la conciencia jurídica ambiente el ejercicio de un derecho no representa una ventaja para el titular y sí entraña un perjuicio para otros, puede resultar abusivo. Este principio es admitido por el C. Alemán, y el Suizo expresamente. En cambio, para nuestro derecho, hasta el momento, sólo la doctrina y la jurisprudencia han dado admisión a esta teoría y es probable que en los proyectos de reformas indicadas en el C. Civil se incluyan algunas disposiciones relativas a esta materia.

En nuestro tema nos interesa establecer la relación que pueda existir entre la teoría del abuso del derecho y la constitución del Caso Fortuito o la Fuerza Mayor. Aceptamos el vínculo de correlación que existe entre estos dos fenómenos jurídicos, porque su simple aplicación sólo establece en apariencia una semejanza, pues, en realidad, esta teoría del abuso del derecho, no puede formar justificación para no admitir los imprevistos,

-- y en su esencia jurídica esta teoría da origen a otra clase de acciones, las cuales pueden restringir el cumplimiento de las obligaciones a un límite concordante con la equidad y capacidad del obligado. No obstante, existe un aspecto por el cual se puede proceder a la admisión de los eventos imprevistos como consecuencia del abuso del derecho y que M. Bruzin lo determina en esta forma: "Si admitimos la teoría del abuso del derecho, cuando perturba el ejercicio del mismo, también hemos de admitir que esta misma causa explica la existencia de los imprevistos.". Por ejemplo: el acreedor que solicita de su deudor la ejecución de un contrato, en condiciones mucho más onerosas, y que las partes no habían previsto al momento de celebrar la convención--condiciones provocadas por un evento imprevisto--y que, por lo tanto, pueden considerarse como si hubiera cometido un abuso del derecho al hacer excesivo su ejercicio. Para admitir el hecho imprevisto, basándose en la ejecución excesiva, es necesario que el derecho del deudor sea limitado y que el exceso de éste constituya, precisamente, el abuso.

Cualquier acontecimiento inesperado e inevitable no daría derecho al acreedor para obligar al deudor a la ejecución de una prestación, sin que, por el mismo motivo, no abusara de su derecho, siendo, como es, el evento fortuito un límite para las prestaciones del acreedor. Y por lo que respecta al acto criticado, M. Planiol dice: "El Derecho cesa donde el abuso comienza y él no puede abusar de un derecho cualquiera, por la razón irrefutable

-- de que un solo y mismo acto no puede ser al mismo tiempo conforme al derecho y contrario a él".

De todas maneras, hemos de aceptar que la teoría del abuso del derecho es contraria a la existencia del Caso Fortuito o la Fuerza Mayor. -

EL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA

Esta noción del enriquecimiento sin causa es relativamente reciente en el derecho. En el desarrollo de esta teoría encontramos una coordinación entre ella y los eventos, materia de nuestros ensayos. Es conveniente, pues, hacer la definición de esta teoría, para poder así obtener una redacción real de su sentido. He aquí como la define M. Ripert et teissiere: "Todo hecho cualquiera de un hombre que procura a otro un enriquecimiento, pudiendo por este mismo hecho repetir lo entregado". Otra definición ha sido dada por M. Renad en un artículo titulado "L' enrichment sans cause dans le droit moderne". "El enriquecimiento dice--sin causa consiste en la ausencia de concordancia sobrevenida entre el resultado de una operación y el fin perseguido por ella, entre el resultado de un hecho y su destinación normal". Teniendo así definida la teoría del enriquecimiento sin causa, vamos a establecer la semejanzas o diferencias que puedan existir entre éste y los imprevistos anotados.

La finalidad de las dos teorías resalta a la vista, ya que ellas están inspiradas en sentimientos de equidad y ambas tienden a crear el equilibrio entre las partes contratantes, si este equili-

-- brio ha sido roto por cualquier evento. También es relevante la condición indiscutible que encontramos en estas circunstancias en que el empobrecimiento de una de las partes produce el enriquecimiento correlativo de la otra, originando con ello también la ruptura del estado normal y jurídico del derecho. Todo lo anterior, podemos sintetizarlo en la forma siguiente: El enriquecimiento sin causa, supone el beneficio injusto y desproporcionado de una de las partes en perjuicio y menoscabo del patrimonio de la otra parte.

En tal virtud, el perjudicado por un enriquecimiento sin causa tiene acción contra el que se ha enriquecido a su costa, para repetir contra el mismo el importe de aquello en que se ha enriquecido. Las condiciones extremas son fundamentales: debe acreditar el actor que por su hecho ha enriquecido al demandado y que esto no ha obedecido a una causa jurídica. Tratándose en este punto del enriquecimiento del deudor; inmediatamente resalta a la vista la falta de causa, ya que en el caso del deudor, al carecer de contraprestación, injustifica por ello el enriquecimiento a su favor. Con esto concuerda plenamente Bonnacase.

En ninguna forma, por lo tanto, se justifica el beneficio del deudor, ni aunque éste sea producido por el caso fortuito o la fuerza mayor los tales eventos no pueden ser alegados por el deudor, ni lo eximen de la acción que contra él instaure el acreedor.

Estas circunstancias constituyen en esta forma el verdadero enriquecimiento sin causa.

-- En otros términos, y para mejor precisar la diferencia entre las dos nociones, conviene explicar que, mientras el enriquecimiento sin causa se caracteriza por hechos que no tienen ninguna relación jurídica entre las partes, además de que ese enriquecimiento puede producirse aun fuera de todo contrato, los eventos de imprevisión, por el contrato, tienen su base en los contratos y exigen una relación jurídica entre dos personas, no pudiendo ser reclamados estos eventos sino cuando tienen vida los vínculos contractuales.

Tanto esta teoría como la anterior son opuestas totalmente a las instituciones propias del Caso Fortuito y la Fuerza Mayor.

Sólo nos queda ahora, para terminar esta parte de nuestros ensayos, después de haber tratado todo lo que haya tenido referencia con los eventos anotados y como resumen del sentido subjetivo y material a que hemos sometido nuestro análisis, relacionar detalladamente las características esenciales para que un evento pueda ser calificado como Caso Fortuito o Fuerza Mayor y para que en esta forma pueda obtener el resultado liberatorio consiguiente. Enumeramos a continuación estas condiciones:

- 1o.- Es necesario que el evento oponga un obstáculo insuperable a la ejecución de la obligación, es decir, que convierta esta ejecución en absolutamente imposible.
- 2o.- Es necesario que el caso imprevisto sea irresistible.
- 3o.- Que el evento sea actual e imprevisto en el preciso momento de finalizar el contrato.

-- 4o.- Es imprescindible que este evento no sea ocasionado por una falta del deudor o por su culpa.

5o.- En fin, es necesario que el deudor no haya tomado a su cargo el caso fortuito, en lo previsible o en lo imprevisible.

Esta enumeración comprende en toda su generalidad las condiciones en que debe presentarse el evento, para que al producirse un efecto en el cumplimiento de los contratos contenga en sí mismo la facultad de liberar al deudor de sus obligaciones.

Además, de las instituciones del Caso Fortuito y Fuerza Mayor, parece imprescindible, después de cada acontecimiento extraordinario que reforma la vida económica de los pueblos, --como los cataclismos de las grandes contiendas bélicas-- la creación de nuevas modalidades dentro del derecho, encaminadas a restablecer el equilibrio o perdido por las causas anotadas y aparece también la necesidad de aplicar reglas de equidad y de justicia que son conocidas por la expresión moderna de la teoría de la imprevisión.

CONTRATO DE COMPRAVENTA

Iniciamos este capítulo definiendo el contrato de compraventa por la interpretación que se desprende del sentido que da el C. Civil al respecto, para lo cual detallamos los caracteres que re úne éste, en relación con su naturaleza y esencia .

El contrato de compraventa es consensual, y se perfecciona por el consentimiento de las partes. Es bilateral, porque contiene obligaciones recíprocas; puede ser, además, oneroso, conmutativo y aleatorio, según tenga obligaciones mutuales, o se compensen las prestaciones, o en fin, se sujete a contingencias. En nuestro Trabajo, sólo nos interesa la relación que pueda existir entre los resultados del contrato de compraventa y el suceso de imprevistos que ejerzan influencia en los efectos de los contratos. En el decurso del capítulo que nuestro Código dedica a este contrato, iremos comentando aquellos artículos que contengan principios o cláusulas que prevean la existencia de los eventos señalados por el Caso Fortuito o la Fuerza Mayor.

Antes de seguir, creemos necesario hacer una relación entre el contrato de compraventa y la cláusula canónica a que ya nos hemos referido, por ser este contrato el que mejor se acomoda a la teoría que se desprende de la fórmula Rebus Sic Stantibus, sobre todo cuando la venta se hace a plazo o con condición. Para que pueda aplicarse esta teoría es necesario que se haga diferencia entre dos momentos importantes en la celebración del contrato, siendo el primero el de la perfección del contrato, cuyos

-- elementos se originan del consentimiento y se representan por la entrega de las cosas y se conviene en el precio (Artículo 1.857 del C. Civil). Mejor que nosotros, lo expresa Colin y Capitant en su obra "Derecho Civil", cuando dice: "En toda compra venta hay que distinguir dos actos distintos, aunque relacionados entre sí: uno, el de la perfección del contrato que se realiza, y es fuente de recíprocos derechos para los contrayentes desde que convienen en el precio y en la cosa; y otro, el de la consumación del mismo contrato, que no tiene lugar hasta que comprador y vendedor se entregan respectivamente el precio de la venta y la cosa objeto de ella". Precisamente, esta situación intermedia entre un acto y el otro, justificó la teoría en el antiguo derecho romano, y en estas condiciones el contrato de venta a término, o bajo condición, no se consideraba celebrado sino al cumplirse la última exigencia del mismo, o sea, la consumación de las obligaciones por parte de cada uno de los contratantes. La principal sugerencia descansaba en el posible acontecimiento de eventos imprevistos, e inevitables, que, por sus consecuencias podían convertir el contrato en inútil o sin efectos jurídicos. Esta es una de las más acertadas e indiscutibles pruebas de que el caso fortuito o la fuerza mayor predominan, a más de la voluntad de las partes, en el cumplimiento de las prestaciones provenientes del contrato de compraventa.

Veamos bajo otro aspecto la interpretación de nuestro principio, al juzgarse el mandato del artículo 1.876 del C. Civil. Al tenor literal del artículo que contemplamos, y al referirnos sólo a

-- la pérdida del cuerpo cierto que se vende, este precepto hace cargar al comprador la pérdida del cuerpo, y agrega expresamente que, "aunque no se haya entregado la cosa" lo cual no parece justo, una vez que el comprador sólo es dueño de la cosa vendida desde el momento de la entrega--y no desde la perfección del contrato-- como dice el mismo artículo citado. Sobre todo, su texto contraría la presunción de culpa, prevista en el artículo 1.730 ibidem, de la cual se deducen que la ley hace responsable al deudor de la pérdida de la cosa debida si no alega a su favor la excepción de Caso Fortuito o Fuerza Mayor suficientemente probados, según las características que les son propias y de conformidad con las condiciones que les son inherentes. Y sólo en caso de que la pérdida hubiese sobrevenido igualmente sobre la cosa o cuerpo cierto, por Caso Fortuito, aún estando en manos del acreedor, únicamente perdura la obligación de pagar los perjuicios de la mora, como indemnización. A menos que, de conformidad con el artículo 1.732, el deudor se constituya responsable por Caso Fortuito, entonces no habrá variación en lo pactado.

En uno de los capítulos anteriores de esta monografía, al tratar sobre la culpa contractual, nos referimos al artículo 321 del C. Civil Alemán, el cual permite a la parte obligada en primer lugar a suspender la ejecución de su obligación, si constata que sea la otra parte se imposibilita por cualquier motivo para cumplir con la contraprestación, hasta cuando vuelva a adquirir solvencia o caución suficientemente. En nuestro Código existe una

-- disposición contenida en el artículo 1882, en su último párrafo, que vamos a copiar para mejor claridad: "Pero si después del contrato--dice--hubiere menguado considerablemente la fortuna del comprador, de modo que el vendedor se haya en peligro inminente de perder el precio, no se podrá exigir la entrega aunque se haya estipulado plazo para el pago del precio," sino pagando asegurando el pago". Parece que existe completa armonía entre este precepto y el que encierra el C. Alemán. Pero, al tener en cuenta la interpretación conjunta que debemos dar a nuestras disposiciones legales, y con el fin de establecer la unificación de su sentido, de inmediato, salta a la vista la incongruencia de la anterior disposición con el texto del artículo mismo en primera parte, puesto que ordena entregar la cosa vendida inmediatamente después de celebrado el contrato. Además, sólo la constitución en mora por parte del comprador, podría autorizar al vendedor a no cumplir por su parte.

También se opone, de manera formal y terminante, el artículo 1.229, cuando fija para pagar el precio "el lugar y el tiempo estipulados", puesto que al ser a plazo determinado el pago del precio sólo entonces sería exigible a todas luces el valor de la cosa vendida. El Código de Comercio, en su artículo 234, dice que el vendedor debe entregar la cosa vendida en el plazo y lugar convenidos. Otra disposición de este mismo texto, marcada con el número 247, viene a confirmar lo anteriormente ex-

-- puesto. Todo esto, sin atender a que bien puede ser causa de la ²márgua de fortuna del comprador el resultado del Caso Fortuito o de la Fuerza Mayor, cuyos efectos, es justo que se tengan en cuenta dentro del concepto de la buena fé en los contratos. El Código Civil Francés, en su artículo 1150 dice: "El deudor no es responsable por daños y perjuicios e intereses si éstos no han sido previstos o que hayan podido preverse en los contratos, siempre y cuando que no sea por su culpa que la obligación no se haya ejecutado".-Para proteger nuestro principio de preponderancia de la ley escrita, volvemos a llamar en nuestro favor la regla general de derecho común, con lo cual excluimos la simple teoría, para aceptar, en ausencia de la ley, el contexto de la jurisprudencia o de la doctrina, porque, por lo demás, sólo nos queda aceptar en gracia de discusión, que para un caso como el que nos ocupa, tiene esta tesis, el valor de una tentativa loable al imponer la equidad donde la estricta aplicación de los principios de derecho son desfavorables a una de las partes.

Si en defensa de la disposición que anotamos, relativa al artículo 1.876, se alega a favor del vendedor lo dispuesto en el ordinal 1o. del artículo 1.553 de nuestro código, esto no salva, de todas maneras, de entregar la cosa al momento de perfeccionar el contrato, aunque el vendedor aproveche la opción de probar la insolvencia del comprador.

Es tal el poder de las estipulaciones al amparo de la ley, que

-- su letra no debe variarse sino por razones de mutuo consenso, ó por términos de la ley misma. Nos saca de duda la siguiente Casación de 13 de Noviembre de 1.912.- XXII,96, la. -"La manifestación hecha por el vendedor en la escritura de venta de que daba por recibido el precio de la finca objeto del contrato, demuestra de manera evidente que al comprador no puede considerársele constituido en mora de pagar el precio".

Cuando la mora del comprador proviene de Caso Fortuito o Fuerza Mayor ni la ley, ni la jurisprudencia consideran responsable del no cumplimiento de las convenciones al comprador. La fuerza de esta argumentación arranca en línea opuesta a la presunción de culpa que la ley admite existir en el deudor. Con este fundamento, tiende a defender los intereses del acreedor, a quien siempre supone en peligro de ser lesionado en su patrimonio. Este principio, parece que inspiró la siguiente providencia de la Corte Suprema de Justicia que en Casación de 29 de abril de 1.907, XVIII,106 2a.-dice:"Cuando hay mora en el pago del precio de la cosa vendida, el comprador moroso no tiene facultad para elegir si él, por su voluntad, paga el precio o devuelve la cosa como indemnización de perjuicio. Esta elección corresponde al vendedor". Es claro que sólo ha de ferirse este precepto a los daños y perjuicios que tengan nacimiento en el hecho doloso del deudor, quien en este caso responde, inclusive, de la culpa, aunque ésta sea determinada por los imprevistos, comprendiendo éstos, por decirlo así, la susti-

-- tución del cumplimiento del contrato. De suerte que en el fondo viene a ser ese mismo cumplimiento--encuanto es su subsidio forzoso, el cual, como cumplimiento, tiende a restablecer en dinero, y no en especie, un desequilibrio patrimonial, resultando entonces una consecuencia necesaria, fatal, de la obligación incumplida.

Cuando el hecho es visiblemente doloso, la alegación del Caso Fortuito o Fuerza Mayor es completamente inútil, porque la presunción de culpa, en este caso extraordinario, deja sin efectos la excusa, con base en los eventos inesperados, con lo cual no desconocemos la delicada afirmación de estos hechos, ya que ésto es de lo más difícil en su comprobación, desde luego que dependen de una serie de factores más o menos complejos y no siempre concordantes: la consagración positiva de la imputabilidad y valorización del daño excluyen definitivamente lo procedente de los acontecimientos impre vistos.

CONTRATO DE ARRENDAMIENTOTRANSPORTE

El contrato de arrendamiento implica en su interpretación la entrega que hace una de las partes de una cosa corporal o incorporeal a otra, para que ésta pueda hacer uso de ella con la obligación de restituirla al término fijado, mediante el pago de una suma determinada por dicho goce o uso.

Esta clase de contratos reúne varios aspectos en su aplicación, como son los siguientes: arrendamiento de cosa mueble o inmueble; arrendamiento de servicios; contrato para la confección de obra material y, finalmente, arrendamiento de transportes ya sea terrestre o marítimo. Estos últimos se hayan previstos mejor y más amplios en nuestro Código de Comercio.

Nosotros, en el capítulo pertinente al contrato de arrendamiento, sólo hacemos referencia a aquello que se toca con nuestro tema; por lo tanto, será nuestro especial interés el comentario de algunos artículos pertenecientes al C. Civil y que en su contenido hacen mención especial del suceso de los eventos de Casos Fortuítos o Fuerza Mayor.

Iniciamos el desarrollo de nuestros conceptos con el estudio de la segunda parte del artículo 1.983, relativo a las obligaciones del arrendador y que dice así: "Habrá lugar a esta indemnización aún cuando el arrendador haya creído erróneamente y de buena fé que podía arrendar la cosa; salvo que la imposibilidad haya sido conocida del arrendatario; o provenga de Fuerza Mayor o Caso Fortuito".

-- La última parte del párrafo que hemos transcrito anteriormente estipulado que sólo en caso de sobrevenir el acontecimiento fortuito excusaría de la indemnización debida por razón de no haber entregado la cosa dada en arrendamiento. Nada más evidente que la justicia de este principio, ya, que al ser, como es, este contrato bilateral, el arrendador solo, entregando la cosa arrendada, cumple por su parte con la prestación debida, permitiendo el goce de ésta, justificando así su deberholal cumplimiento de la contraprestación.

Dentro de un concepto jurídico amplio, tenemos entendido que es misión especial del arrendador procurar el goce de la cosa al arrendatario, razón por la cual el arrendador deberá reparar la cosa, sea cual fuere el dano causado en ella, siempre que sea suficiente para imposibilitar el goce de la misma, aunque fuese por Caso Fortuito o Fuerza Mayor, por ejemplo un terremoto, etc.

Por su parte el artículo 2028 coloca al arrendatario dentro de la justa obligación de reparar los daños locativos propios de del tiempo y del uso legítimo de la cosa arrendada, siempre que éstos, no se deriven de la Fuerza Mayor o del Caso Fortuito.

Cuando se contratan los servicios de un artífice para la confección de una obra material, es indispensable distinguir sobre quien recaé la pérdida de la cosa por razón de la mora; y si en este estado se produce el evento imprevisto, urge determinar quié ha suministrado el material para la confección de la obra; si es el artífice quien suministra el material, el peligro de la cosa

-- pertenece a éste, salvo que el comitente esté en mora de declarar si aprueba o nó. En todo caso, de nada sirve alegar por parte del artífice el acontecimiento fortuito, porque con él en nada obliga al comitente, ya que la cosa correspondiente a los materiales empleados no ha salido de su poder.

Además en el texto de este artículo se trasluce la existencia de dos contratos, que son: el de venta y el de locación. El de venta, porque una vez terminado el trabajo, los materiales pasan a ser propiedad del comitente; y el de locación, porque los servicios del artífice han sido usados para la confección de la obra.

Como para que tengan vida jurídica los eventos de Fuerza Mayor o Caso Fortuito en esta clase de contrato es necesario que se pretenda la existencia de la mora, importa por lo tanto saber si ésta afecta el cumplimiento de las prestaciones pactadas. Para este caso viene en nuestra ayuda el precepto contenido en la Casación de 5 de septiembre de 1.911, XX, 170, la. -"2378.-Si el contrato celebrado entre las partes entraña a dos, (uno de compraventa puro y simple y otro de arrendamiento convencional, era el caso) para saber si hubo mora por haber dejado de cumplirse por uno de los contratantes, es preciso examinar si ha habido infracción de lo que es la esencia o de la naturaleza de cada contrato, de lo que es accidental; investigaciones distintas son improcedentes".

Hay autores que niegan la existencia de dos contratos diferentes en el arrendamiento de servicios para la confección de una obra material. Sostienen tales autores que el contrato viene a

-- tener su verdadero efecto a la terminación de la obra y que, por lo tanto, el precio que se paga por ésta, concluida, corresponde tanto a la materia como al trabajo.

CONTRATO DE TRANSPORTE

El contrato de arrendamiento por el aspecto del transporte, ya sea por tierra o por agua, hace la responsabilidad más rigurosa que de ordinario. Tiene su fundamento excesivo, porque hace descansar el cumplimiento de las estipulaciones en esta clase de contratos en el cuidado o en la negligencia o en la diligencia de custodia a que deben sujetarse las cosas que han de servir como materia del transporte, obligando al arrendador a responder de la pérdida, de las averías y de los daños cuando no demuestre que éstos se derivaron de la Fuerza Mayor o Caso Fortuito, como lo afirma el artículo 2072 del C. Civil.

El sentido material del transporte y la ejecución del acto mismo implican de parte del porteador el cumplimiento de una custodia obligada en la vigilancia y en el tratamiento de la cosa entregada para su transporte. Es indudable que un efecto de confianza garantiza el consiguiente desprendimiento de objetos que, en la mayor parte de los casos, responden a valores elevados, para entregarlos al cuidado del porteador, perdiendo desde ese momento tales objetos el directo amparo de su propia persona. Sobre este particular, se expresa así Chironi: "Con el hecho de entregar sus cosas al porteador, el que verifica la entrega, impossibilitado para ejercer vigilancia alguna sobre ellas, debe des-

-- cansar por entero en el celo y en la honradéz de quien se ha obligado a hacer el transporte; de donde naturalmente se sigue que para tutelar de un modo adecuado su derecho es preciso dar garantías eficaces". Es natural suponer que para que se puedan imputar al portador los efectos de la culpa, ante todo, es necesario determinar la falta de diligencia, la importancia de ésta, en cuanto a los medios puestos al servicio del acreedor, con el fin de ejercer el cuidado suficiente para que no se considere que su negligencia se ha convertido en verdadera causa de responsabilidad. Cualquiera incertidumbre al respecto sería suficiente para destruir la raíz de donde surge la responsabilidad propiamente dicha, ya que, como dijimos al tratar de la culpa, es esencial que ésta se defina en toda su exactitud, para que adquiera valor jurídico y produzca la acción respectiva. De otro modo, no podría hacerse responsable al porteador por falta de diligencia debida. Es en toda forma indispensable a la naturaleza del acto jurídico del contrato del transporte que el perjuicio se derive de un motivo como base en una culpa anterior al acto imprevisto, ya que estando obligado el sujeto pasivo del contrato de transporte al máximo cuidado, éste ha de tener una existencia que preceda al caso fortuito y entonces poder señalar la responsabilidad del obligado, por razón del evento sucedido, como efecto de la negligencia. Todo esto dentro de la proporción indicada, ya que el obligado está constreñido, según la diligencia que debe tener, y ésta debe ser siempre la propia e inherente a la relación constituida.

-- Para ilustrar mejor el anterior concepto vamos a citar dos ejemplos, a saber: Si el capitán de un barco, sin ser previamente autorizado, cargase las mercancías materias del transporte o si el porteador, no obstante de conocer el peligro seguro que puede correr por determinado camino, se lanza por él apesar de todo.

Queremos darle más significación a nuestro concepto, para lo cual incertamos a continuación dos juicios citados por Mihail Popescu en su obra denominada "ENSAYOS SOBRE LA TEORIA DE LA IMPREVISION", cuyos términos son los siguientes: "El Tribunal de Comercio de Marsella, en providencia de 22 de abril de 1.887, declaró que si la responsabilidad del porteador se liberta por la prueba del caso fortuito o de la fuerza mayor, élla renace cuando la prueba de una falta anterior generatriz del evento es propia de su constitución". Más adelante el mismo autor cita otro ejemplo, refiriéndose a una sentencia de la Sala Civil de la Corte de Casación, de fecha 9 de enero de 1.929, en la cual se expresa declarando que, "el porteador se liberta de la obligación contractual de transporte el viajero sano y salvo a su destino, probando que el accidente que puso en juego su responsabilidad provino de una causa extraña que no le pudo ser imputada".

Estas especificaciones se encuentran determinadas en los artículos 292 a 294 del C. de Comercio, en los cuales también se fijan las circunstancias que permiten al porteador variar, en determinado momento, la ruta acostumbrada.

-- Es francamente notorio que la disposición relativa al Artículo 313 del Código antes citado en la enumeración que hace de las causas por las cuales se extingue la responsabilidad del porteador, no mencione como motivo también de extinción de la responsabilidad el acontecimiento del Caso Fortuito, apesar de que el artículo 306 ibidem exige la condición expresa de la prueba por parte del porteador, para exonerarlo de responsabilidad. La presunción legal que descansa sobre el porteador sólo puede ser destruída por la comprobación del Caso Fortuito o de la Fuerza Mayor, eximiéndose por ello al porteador de la obligación que le incumbe, siendo, como son estos eventos, los únicos medios de defensa que la ley civil concede al porteador.

Entre las disposiciones de nuestro Código de Comercio y la ley civil no existe ninguna diferencia sustancial pero al referirse el contrato de transporte que caen bajo la acción comercial, su regulación debe sujetarse a lo dispuesto por este último texto. Sin embargo, cuando el daño se deriva de inobservancia manifiesta, cuando el elemento subjetivo provenga del dolo o de la culpa grave, entonces, en armonía con la intensidad de la responsabilidad, la medida de la indemnización debe ser valuada según las normas de la ley civil y comprenderá todo perjuicio, daño emergente y lucro cesante, por ser ésta la única fórmula que guarda relación directa de causalidad con el hecho injurioso.

En la misma forma se expresa el derecho Francés, que, a pesar de contener en los artículos 1.601 y 1.602 del Código Civil

-- preceptos claros sobre la materia, remite su juzgamiento al mandato del Código de Comercio. Los artículos 361 y 362 señalan las obligaciones del porteador, en cuanto a probar el suceso del Caso Fortuito o la Fuerza Mayor.

El Derecho Francés es riguroso en la aplicación de la norma que se refiere al caso controvertido. Traemos como ejemplo la parte pertinente de una sentencia de 7 de Octubre de 1.899, que dice así: "....estimando el tribunal sentenciador no haber probado aquél que el perjuicio sufrido se deba a ningún accidente de los expresados, condenando al mismo al abono de su importe, no infringe los artículos 361 y 362 del mencionado Código, cualquiera que sea la fuerza y eficacia que pretenda atribuírse a las disposiciones especiales que regían antes de su publicación". De la anterior explicación se deduce que sólo podría invocarse la ley civil como subsidiaria cuando se tratara de efectos que por su valor estuvieran representados claramente y la presunción de responsabilidad asumiera un carácter racional.

El contenido de este capítulo comprende más o menos todo lo que jurídicamente puede ser atribuido a los efectos del caso fortuito o la fuerza mayor, en relación con el contrato de arrendamiento y en los variados aspectos que consagran tanto el Código Civil como el Código de Comercio.

DEL MANDATO

No es nuestra intención como dijimos antes, hacer un simple comentario sobre algunos artículos del C. Civil. Más bien nos guía la voluntad de presentar un estudio, lo más acertado posible, sobre los efectos de los eventos y contingencias imprevistos en cada uno de los contratos que contemplan en su desarrollo el acontecimiento de alguno de estos sucesos inesperados.

Vamos a referirnos ahora a lo que se relaciona con el contrato de mandato, conforme a lo dispuesto en los artículos 2.176 y 2.178 del C. Civil. A primera vista observamos que, tanto en este contrato como en cualquiera otro en donde se pretenda la existencia del caso fortuito, incumbe siempre al que lo alega su comprobación. Esta es una norma general que simplifica en todos los casos la incertidumbre a que da lugar en ocasiones la definición del derecho.

Determinadas por los dos primeros párrafos del artículo 2176, las circunstancias que permiten al mandatario excusar su culpa, continúa la precitada disposición indicando cómo puede fijarse esta excusa y quién debe probar los hechos que la constituyen. Este precepto llena en toda su extensión el tema que tratamos en este escrito; por lo tanto creemos suficiente la explicación que hemos hecho sobre el particular. En otro artículo, el 2.178, se viene a establecer una como excepción de la regla, dentro de la forma positiva, admitiendo que las estipulaciones mediante las cuales el mandatario se constituye en responsable

--del caso fortuito, obligan, y su cumplimiento no se puede aplazar, por la razón de que el mandatario hecha sobre sí todo el riesgo, haciendo con ello su obligación principalísima e independiente del cual quiere otro aspecto jurídico.

El artículo siguiente hace responsable de la pérdida de las especies metálicas al mandatario, ya que estas pueden considerarse como cuerpos ciertos. Esta situación es indiscutiblemente razonable, puesto que, al recibir las especies las hace suyas y se constituye por este mismo hecho en simple deudor de un crédito a favor del mandante, sobretodo, porque estas especies metálicas son uniformes en su valor e iguales en su forma exterior; lo cual hace perfectamente imposible su distinción material. Se salva solo la responsabilidad del mandatario si dichas especies se hallan contenidas en cajas o sacos cerrados.

Sólo nos falta ahora distinguir la clase de diligencia a que está obligado el mandatario, para determinar los efectos del caso fortuito en relación con su fuerza liberadora y en atención a las condiciones del mandato, ya sea este gratuito o remunerado.

Nuestra ley no hace distinción alguna sobre el grado de diligencia o de responsabilidad del mandatario, teniendo en cuenta la condición antes mencionada: apareja indistintamente sus causas y efectos ya sea gratuito o remunerado el mandato.

En cambio, el Código Civil Frances parece más amplio y menos severo al apreciar las obligaciones del mandatario, y en el artículo 1992 párrafo 2o., dice así: "Si bien en la apreciación del grado de la diligencia que viene obligado a poner, habrá

-- que mostrarse mucho menos severo con el mandatario gratuito que con el que percibe un salario". Por lo demás, la responsabilidad del mandatario puede ser atenuada o agravada por las estipulaciones del contrato.

Con lo anterior hemos abarcado nuestra finalidad en lo relativo al contrato materia de este capítulo.

DEL COMODATO

Vale la pena, para la finalidad de nuestro estudio, entrar a analizar la naturaleza esencial de esta clase de contratos porque de ella depende la justificación de los eventos imprevisos encaminados a librar al comodatario de la obligación de devolver al comodante la cosa tomada en préstamo.

A nuestro examen se presentan dos aspectos principales en el contrato de comodato, cuya división es la siguiente: préstamo de uso y préstamo de consumo. El segundo aspecto de esta condición no interesa a nuestro tema, desde luego que en su ejecución no ha de entrañar ni el caso fortuito ni la fuerza mayor.

En el mutuo, los riesgos son siempre del prestatario, porque éste se convierte en propietario de la cosa dada en préstamo al momento de recibirla y su condición, por lo consiguiente, lo convierte en deudor de género, y, no pereciendo, como no perece, el género, no cabe en su derecho alegar nada con el fin de no restituir al comodante la misma cosa u otra del mis-

-- género. Por ejemplo: supongamos que un Banco reciba por concepto de préstamo, y a plazo señalado, una cantidad de dinero y que, más tarde, por razón de acontecimientos insalvables, se produzca la bancarrota de dicha institución, sin haber restituido antes dicho préstamo: no por eso dejará de estar obligado dicho prestatario a devolver al prestador su dinero.

En esta clase de contratos la naturaleza de la cosa prestada parece dar fisonomía definida al contrato, en cuanto a que éste sea de uso o de consumo, sin que tal hipótesis sea terminante y tenga un alcance absoluto. Dentro de ella se pueden admitir algunas excepciones que resultan subordinadas, ya sea a la voluntad de las partes o a las condiciones especiales de que están formadas las cosas.

Ocupará nuestra atención lo que se refiere en especial al comodato o préstamo de uso. Como puede deducirse de la definición que hace el C. Civil del contrato de comodato, éste es esencialmente gratuito y su diferencia con el contrato de arrendamiento estriba expresamente en que el primero no exige ninguna retribución porque otra persona se sirva de la cosa dada en préstamo.

La naturaleza gratuita de este contrato coloca al comodante en peligro de perder la cosa prestada, desde luego que su condición de propietario de la misma no se destruye por la entrega al comodatario y sigue conservando todos sus derechos sobre ella (art. 2201). Pero esta estimación parece crear un ambiente de injusticia donde los perjuicios siempre ha de sufrirlo el pres-

-- tador; más, por fortuna el legislador se impuso la tarea de salvar el legítimo derecho de la equidad y de la justicia, determinando también las obligaciones correspondientes al prestatario, como son, la de poner todo el cuidado para la guarda y conservación de la cosa y en hacer uso de ésta sólo en la forma convenida, haciéndolo responsable hasta la culpa levísima. De todo lo anterior resulta que la pérdida de dicha cosa por caso fortuito no siempre lo libera, pero al tenor del artículo 2203 del C. Civil el comodatario sólo es responsable del caso fortuito: "primero.- Cuando ha empleado la cosa en uso indebido, ó ha demorado su restitución, a menos de aparecer ó probarse que el deterioro o pérdida por el caso fortuito habría sobrevenido igualmente sin el uso legítimo o la mora.

2o.- Cuando el caso fortuito ha sobrevenido por culpa suya, aunque levísima.

3o.- Cuando en alternativa de salvo en un accidente la cosa prestada ó la suya, ha preferido deliberadamente la suya.

4o.- Cuando expresamente se ha hecho responsable de casos fortuitos"

A pesar de lo anteriormente expuesto, el artículo siguiente del mismo libro hace una excepción que envuelve un atenuamiento de la responsabilidad del comodatario, cuando la finalidad del comodante pueda favorecer a ambas partes y, en este caso, reduce la responsabilidad del prestatario a la culpa leve y a la lata, cuando es en pró sólo del comodante.

La doctrina romana imponía la obligación al comodatario de cumplir con la mayor diligencia y no respondía del daño derivado del caso

-- fortuito, excepto cuando la cosa por su culpa (Casus Dolo) se encontrase expuesta, ó si amenazando el mismo peligro a la cosa ajena como a la propia, y, pudiendo salvar una, hubiese salvado solamente la propia. En esta misma forma se pronuncian muchas legislaciones las que guardan entre sí una gran semejanza en las condiciones impuestas al mandatario para que resulte responsable por el caso fortuito. Unicamente las excepciones de la prueba contraria--donde sean conducentes y propias-- pueden destruir la presunción de la causalidad entre la violación del contrato y el caso fortuito.

A través del concepto de la jurisprudencia antigua resalta la coordinación intencionada de derivar la importancia del caso fortuito de la intensidad de la culpa, porque para el caso de escoger entre una cosa ajena y una propia, con el fin de salvarlas del peligro de perecer, hemos de tener en cuenta las estipulaciones del contrato mismo, que, por constreñir al obligado a la prestación de un pacto, los daños patrimoniales del comodatario y las dificultades de todo género que pueden costarle cumplir con su obligación, no le servirían como excusa válida para dejar perecer la cosa ajena por salvar la suya. En todo caso, la opinión de la ley y lo imperativo del derecho común, impone la necesidad del sacrificio de la cosa propia.

Por otro aspecto, el caso fortuito, en el tema que tratamos, no justifica tampoco la liberación de la responsabilidad, ya que está en manos del comodatario salvar la cosa si él quisiera

-- de manera que la libertad de escoger caprichosamente, al ser perjudicial al comodante, comporta en todo su rigor la responsabilidad del caso fortuito del comodatario.

El préstamo de uso, en la misma forma que crea obligaciones para el prestatario, puede producirlas, aunque, eventualmente, para el prestador. Esta situación la contempla el artículo 2217, cuando señala las causales que obligan al comodante para indemnizar al comodatario de los perjuicios que prevengan de la naturaleza de la cosa objeto del contrato. El artículo mencionado dice así: "El comodante es obligado a indemnizar de los perjuicios al comodatario, que le haya ocasionado la mala calidad o condición del objeto prestado, con tal que la mala calidad o condición reúna estas tres circunstancias:

- 1o.- que haya sido de tal naturaleza que probablemente hubiese de ocasionar los perjuicios.
- 2o.- que haya sido conocida, y ~~que~~ declarada por el comodante.
- 3o.- que el comodatario no haya podido, con mediano cuidado, conocerla o prever los perjuicios".

De donde concluimos, que estos motivos especificados arriba pueden servir al comodatario para adquirir la libertad de cumplir con su obligación, cuando por ^{la} naturaleza de la cosa prestada se origina su pérdida, y entonces no sólo no responde por el caso fortuito el prestatario sino que obtiene el derecho de reclamar la indemnización por los daños que hubiera recibido en el uso de la cosa.

Para terminar, hacemos alusión al concepto de algunos tratadistas

-- tas que sostienen que el comodato a título precario extingue por sí mismo la responsabilidad, por cuando que el uso de la cosa contiene una cláusula potestativa a favor del comodante y una condición resolutoria que extingue el derecho del comodatario.

DEL DEPOSITO

No siempre es posible aplicar la misma regla para la ejecución de los contratos, ni los efectos de éstos están sujetos a las mismas causas. En nuestro capítulo anterior tratamos sobre el tema del contrato de comodato o préstamo de uso y resaltamos la intensidad a que está obligado el comodatario a poner en práctica para el cuidado de la cosa prestada. Este mismo grado de cuidado permite valorar la responsabilidad del comodatario, motivo por el cual queremos establecer la diferencia que existe entre este último contrato y el Depósito, del cual nos vamos a ocupar.

El artículo 2244 del C. Civil explica que el depósito propiamente dicho es de índole gratuita. Esta misma modalidad del contrato de depósito circunscribe la responsabilidad de la naturaleza especial del mismo. No es su consideración como medida atenunante, la que viene a fijar el límite exigible del cuidado necesario del depositario. La razón primordial tiene su fundamento en la libre escogencia que hace el depositante de la persona que ha de tener la guarda de la cosa, que juntamente con la característica de gratuito, sólo dan a esta

-- convención lo que podríamos llamar un servicio de amigo. Esta última faz y la categoría de sinalagmático imperfecto del contrato, ^{no engendran otras obligaciones que las que pesan sobre el depositario,} consistentes en la restitución de la cosa al ser requerido para ello.

En sentido general, la responsabilidad del depositario alcanza a la culpa grave, es decir, la obligación de poner aquella diligencia y cuidado que pondría en sus propios negocios. En efecto, no sería justo exigir a una persona que nos presta un servicio gratuito, que haga por nosotros más de lo que hace por sí mismo.

Para responder del caso fortuito o de la fuerza mayor el depositario, es indispensable que se constituya en mora de entregar, (artículo 2254). Este artículo mismo protege los derechos del depositante, para el caso de que, no obstante el caso fortuito, el depositario reciba el precio de la cosa depositada, pues, debe entregar este valor al depositante, ó cualquiera cosa que reciba en su lugar. De otro modo, sucedería que aquél se enriqueciera injustamente y a expensas de otro.

En cuanto a la restitución de la cosa, ésta debe ser la misma dada en depósito. Y en el estado en que se encuentre al momento de la restitución, -si por interferencia de un caso de fuerza mayor, como puede ser un estado de guerra, -la cosa es arrebatada, y en cambio ha apercibido en su lugar una cantidad, el depositario tendrá que restituir la suma que ha recibido a cambio de la cosa depositada, sin poder reclamar a su favor esta circunstancia. El vacío de la ley al respecto, lo llena la jurisprudencia de la cual

-- transcribimos lo siguiente: -585- " El Estado de guerra no puede ser alegado como caso fortuito por el depositario para eximirse de la responsabilidad por el deterioro ó pérdida de la cosa depositada, cuando el contrato de depósito se celebró ya estando el país en estado de guerra " - (Casación 4 de Julio de 1911, XX, 53, lo..)..

Es generalmente aceptado por el derecho común, que el depositario se libera de obligación cuando la cosa depositada perece por caso fortuito o fuerza mayor, o-con mucha mayor razón-, si la pérdida resulta de los vicios propios de la cosa, y en caso de destrucción parcial ha de restituir lo que de ella quede.

Nuestro Código Civil asimila los efectos del contrato de depósito, a los actos mediante los cuales se hace entrega de objetos al posadero para su custodia. Para este último, se exige la responsabilidad no sólo por su propia culpa, sino que alcanza a responder también por aquellos daños que hayan sido causados por las personas que tiene a su cargo.

El artículo 2266 salva en su parte final la responsabilidad del posadero, cuando el daño se debe a la fuerza mayor o al caso fortuito, siempre que no le sea imputable por dolo. Donde mejor se presentan las disposiciones legales que regulan esta materia, es en los artículos 2266 y 2267 del Código de Comercio, cuyo contenido es pertinente al transporte de las empresas, contenido en el Código de Comercio, cuya aplicación se indica por analogía para el caso que tratamos.

En los casos en que la aplicación del principio general del mayor rigor en el cuidado por parte del depositario, implica a su vez una

-- mayor severidad al juzgar su responsabilidad, no equivale esto a hacerlo responsable hasta por los daños causados por sus servidores, si a éstos, al obrar, los guió la intención dolosa de hacer el mal, esta circunstancia queda salvada por la parte final del artículo 2347 del Código Civil, cuyo tenor es el siguiente: "Pero cesará la responsabilidad de tales personas, si con la autoridad y el cuidado de su respectiva calidad les confiere y prescribe, no hubieren podido impedir el hecho".

Por lo que se refiere a la sola responsabilidad del depositario, la ley ha dado un valor superior a su obligación de custodiar, cuando en el artículo 2247 seala las razones que pueden inducir al depositario a recabar del depósito alguna ventaja. Al ofrecerse a recibir el depósito, como ~~cuando se~~ persigue remuneración por éste, se manifiesta un interés personal, a pesar de que el significado que la ley da del ofrecimiento es sustancialmente diferente, al aceptar que por este motivo se adquiere un aumento de la responsabilidad, sin tener en cuenta para nada que al ofrecerse, puede ser con la intención voluntaria de hacer un servicio al depositante.

Volviendo a lo concerniente al hotelero o fondista, encontramos que la severidad que la ley muestra para estos casos, se debe al mismo fundamento que da al contrato de transporte. Esta severidad obedece a que el viajero ha de depositar de manera forzosa su confianza en el posadero, sin tener la más remota seguridad de la eficacia de su cuidado. Esto agrava la responsabilidad del

-- fondista y por lo tanto, lo hace responsable del caso fortuito. En otra forma, al considerar por razón del pago que el viajero hace al fondista, donde se incluye el precio de la guarda de objetos como el valor de la habitación, se convierte el depositario en arrendador, (locator demus), con lo cual aumenta su responsabilidad, y solo un caso de fuerza mayor lo libera de la culpa.

Aquí terminamos este trabajo con el estudio de los contratos donde es susceptible de que acontezcan los eventos imprevistos.

SOBRE LA TEORIA DE LA IMPREVISION

Esta teoría, como las demás, de su género, tiene su fundamento en las hipótesis más o menos aceptadas por el derecho y que comparten en la generalidad de los casos la opinión de los tratadistas, cuyos conceptos en el campo de la especulación jurídica recibe con agrado cualquiera nueva tesis o idea encaminada a la formación de principios variables del derecho moderno.

El tradicional espíritu de los autores latinos se ~~estriba~~^{deriva} a la fuente histórica del derecho positivo, y que tiene su nacimiento en la proclamación de las leyes de las Doce Tablas y en los juicios de los pretores romanos. Su origen en los comicios, en las curias y en las concilia plebis para la época de la República, se halla tan arraigado al espíritu latino; ha sido tan honda la tradición de estos preceptos a través de la evolución del derecho mismo, que aún se conservan incólumes sus tradiciones, como puro el verdadero espíritu de su génesis.

Sin embargo, nuestro derecho no mira con desagrado la imposición de ciertas teorías que, aunque tratasen de renovar las ideas modernas o de trastocar los sanos principios de la rigidez jurídica, a-si son al compas de la hora--verdaderas fórmulas de igualdad legal y de proporción justiciera.

Es indudable que el mundo actual se rige por concepciones materialistas y por imperativos económicos inaplazables; pero también es cierto que esta situación está sujeta a factores que no guardan un ritmo constante e igual, sino que parecen fuerzas influ-

-- yentes que en el curso de los acontecimientos dominarán de manera efectiva los resultados de las acciones humanas. Esto indica que, aún ocurriendo las mismas causas, no son siempre los mismos efectos. Y cada situación implica una forma expresa y propia para su caso, sobre todo, cuando el acto de un hombre depende en su ejecución de influencias extrañas, a las cuales no puede llegar su cuidado o dominio, resultando que estos sucesos varían total o parcialmente el fin perseguido, creando en la mayoría de las veces un estado de inconformidad y desaliento.

Después de la guerra del año de 1.914 los países afectados por esta hecatombe recibieron en su organismo legal una sacudida de importancia, llegando ésta a transtornar la recta aplicación de la ley y a dejar sin cumplimiento las obligaciones nacidas a la sombra del derecho, amparadas por la ética personal y la protección normativa del estado. Es de suponer que esta anormalidad no era el producto de una acción de aprovechadores para no cumplir con sus obligaciones privadas, sino que la situación de la post-guerra, con todas sus consecuencias, venía a cambiar totalmente las posibilidades humanas.

Contra este caos vino a reaccionar el derecho, declarando la necesidad de adoptar reglas de equidad y de justicia, conforme con el estado de cosas existentes que dió origen a la que se denominó en Europa la Teoría de la Imprevisión. No sin muchos esfuerzos y contradicciones se pudo, primero en Francia y después en otros países llegar a la creación de preceptos acordes con la realidad del momento por que atravesaban dichos países.

-- Era necesario traer la tranquilidad a los pueblos y la confianza en las relaciones de los hombres, sin vulnerar el principio tradicional de la ley escrita; tanto Francia, como Bélgica e Italia consagraron en el texto de una ley el contenido de la teoría de la Imprevisión. Esta fué una ley de circunstancias de efectos retroactivos, pero se hizo su aplicación limitada a un período de tiempo determinado y sólo con referencia a ciertas categorías de contratos, igualmente señalados. Pero una vez concluído este período de tiempo, las reglas tradicionales del Código Civil volvían a producir sus efectos por entero consagrando el respeto y la estabilidad de los contratos.

Vamos a hacer una pequeña referencia a las disposiciones que sirvieron como guías de la teoría en cuestión. En Francia se votó y puso en aplicación la ley 21 de Enero de 1.918, llamada Ley Faillet, que consagró el principio de la imprevisión. Esta ley vino en ayuda de los industriales y comerciantes que sufrieron graves daños a consecuencias de los desastres de la guerra. De todas manera, como esta ley tenía un carácter excepcional, sus disposiciones fueron aplicadas con bastante restricción por los Tribunales. En concordancia con este principio, copiamos parte de la sentencia de la Corte de Dijon de 19 de Abril de 1.918, que dice: "... si la ley cediendo a las necesidades de la equidad ha consentido en menoscabar temporalmente al principio del respeto debido a las convenciones libremente ejecutadas por voluntad de las partes, ella no ha querido llegar hasta autori-

--zar al juez q sustituiria por la suya modificando sus acuer-
 dos; solamente por su artículo 20.,élla ha limitado su poder a
 la resolución de las convenciones existentes, queriendo que no
 se pueda recurrir a esta medida radical sino cuando se haya demos-
 trado que las partes no pueden ser persuadidas por la amenaza de
 un nuevo acuerdo, substituyendo amigablemente las condiciones pri-
 mitivas del pacto por condiciones más conformes con las circuns-
 tancias del momento; para explicar así que las partes han esta-
 do dispuestas a hacer obligatoria en cualquier estado de la causa
 la tentativa de conciliación previa.". El consejo de Estado de
 ese mismo país ha sido abundante en sentencias de estaindole,pero
 no sin antes someter a estrecha investigación la verdadera causa
 de la intención de las partes.

Bélgica recibió los efectos de la guerra de 1.914 cuando se en-
 contraba en plena actividad comercial e industrial y, en este
 estado, la mayor parte de los contratos existentes en aquel país
 sujetos a prestaciones periódicas en razón de las necesidades
 económicas, se hallaban en curso de ejecución o al punto de co-
 menzar a cumplirse.

La invasio'n inesperada de este país por los alemanes, parali-
 zó inmediatamente toda clase de actividades, suspendiendo conse-
 cuencialmente el cumplimiento de las obligaciones por falta de
 medios. Esta situación se prolongó por espacio de cuatro años que
 duró' la guerra. Es natural suponer que una vez cesada la inva-
 sión, llegada la paz, la situación no era la misma, tanto las

-- materias primas como la mano de obra adquirieron un precio elevado. La renovación de las actividades de toda las fuerzas vitales del país dió un impulso nuevo y repercusiones trascendentales al comercio y a la industria, estableciendo un estado de cosas de proporciones considerables y absolutamente imprevistas.

En tal virtud, la ejecución de los contratos con base en sus estipulaciones iniciales, -atendiendo a lo estricto de sus prestaciones, para el momento en que había que cumplirlas, es decir, hechas estas estipulaciones en períodos normales y correspondiendo a situaciones económicas normales de antes de la guerra, sin haber previsto en ninguna forma los eventos desastrosos de la misma-- era imposible; sin condenar a los deudores, víctimas de las circunstancias excepcionales y absolutamente imprevistas, a cargas cuya magnitud rebazaba todos los medios previsibles por las partes al momento de contratar. La ejecución en tales condiciones amenazaban arruinar la mayor parte de los comerciantes e industriales y estorbaban el regreso a la normalidad económica. Precisamente estos hechos crearon un terreno favorable para la admisión de la teoría de la imprevisión. En esta forma el Gobierno de Bélgica, tomando como base las disposiciones de la ley francesa, que citamos antes, presentó un proyecto de ley consagrando la teoría de la imprevisión. Esta fué objeto de un examen minucioso por parte del Comité de delegados en la Cámara Belga, que, -refiriéndose a los principios fundamentales que sirven como base a los contratos, según la cual una convención no es sino el resultado del consurso

-- perfecto de la voluntad de las partes contratantes, e indica que ninguno puede ser obligado sino con su consentimiento y hasta un límite trazado por este mismo consentimiento-dijo así: "Sería difícil admitir que esta regla fundamental no pueda permitir a las partes que se han obligado con un fin determinado, rechazar la carga de los riesgos y eventos extraordinarios, capaces de alterar completamente la economía del contrato, sobretodo si se puede establecer que era imposible prever estos acontecimientos al momento de contratar. Pues es imposible aceptar lo que escapa completamente a la previsión y por consecuencia a la intención". Más adelante continúa su concepto así: "Es incontestable que la guerra que hemos sufrido, constituye por sí misma, como por su carácter mundial, su duración, sus consecuencias económicas, un riesgo absolutamente extraordinario que escapó sin duda a la previsión de aquellos que contrataron antes de las hostilidades. La enormidad de las consecuencias de semejante calamidad, la imposibilidad absoluta de encontrar una compensación favorable a la igualdad de los derechos y que fuera útil y razonable a la explotación de la industria, hace justamente deducir que un contrato efectuado en una situación anormal, con la previsión de los riesgos ordinarios, no puede obligar a las partes contratantes cuando un evento inesperado y no previsto inicialmente viene a cambiar completamente las actividades del país. Estos problemas de la teoría de la imprevisión considerada por ella misma y únicamente, en consideración a los principios que el derecho común pone

-- a nuestra disposición, nos resolverá, ya sea por la inaplicabilidad, ya sea por la resolución o suspensión de los contratos. Pero como el derecho común no permite en la mayor parte de los casos satisfacer ciertas necesidades económicas por más equitativas que sean; por ésta consideración, la intervención del legislador se impone, motivo por el cual el gobierno ha presentado el proyecto de la ley que estudiamos." - Este proyecto fué aprobado por el Parlamento y constituyó la ley 11 de Octubre de 1.919.

Sin embargo, con mucha frecuencia, la jurisprudencia belga como la francesa, aplican los principios tradicionales del Código Civil, por considerarlos como principio fundamental, y solamente capaces de mantener la estabilidad de los contratos y de asegurar una vida económica normal, necesaria para la tranquilidad y progreso del país.

Italia, lo mismo que los países mencionados antes, recibió en toda su intensidad los efectos de la guerra; procuró como aquellos crear las disposiciones necesarias para remediar los resultados de la guerra. Su primera medida fue la creación del Decreto Número 739 de 27 de Mayo de 1.915, que viene en defensa de las víctimas de la situación anormal. Sobre este precepto tanto la Corte de Apelación como de Casación de Roma; en sentencia de 25 de Noviembre de 1.919, dijo: "...solo existe una derogación parcial al principio general, y únicamente para las obligaciones contratadas antes de la movilización general,

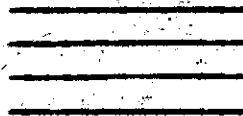
-- derogación consagrada por el decreto del 27 de Mayo de 1.915, que considera como un caso de fuerza mayor el mismo evento que ha convertido la prestación excesivamente onerosa". En este último país comenzó la aplicación de la teoría de la imprevisión, seguido por Francia en 1.918 y por Bélgica en 1.919; pero una vez que la vida económica volvió a tomar su curso normal, en estos tres países comenzó la vigencia de los principios del Código Civil que había sido suspendida, y que sólo estos principios son capaces de asegurar la firmeza y la estabilidad de las transacciones.

Vamos a continuar estudiando la aplicación de la teoría materia de nuestros ensayos en Alemania, cuyo Código Civil no consagra la misma rigidez del de los anteriores países tratados y posee una concepción diferente de los actos jurídicos y de sus efectos. En Alemania no hay necesidad de disposiciones legislativas para la aplicación de la teoría de la imprevisión, una vez que su Código Civil contiene textos aplicables ya de ésta teoría. Por otra parte, la doctrina y la jurisprudencia alemanas, en una extensa interpretación del Código, ha aceptado la aplicación de la teoría de la imprevisión.

La mayor parte de los autores alemanes sostienen que el lado de la noción puramente lógica de la imposibilidad material de ejecución, hay una imposibilidad jurídica de ejecutar que se desprende de la aplicación de la noción jurídica de la buena fé y de la costumbre conforme al artículo 242 del Código Civil Alemán.

-- Estos autores se expresan así: " Todo lo que no puede ser exigido al deudor, según las reglas de la buena fé y de la costumbre, es jurídicamente imposible y entonces el deudor no puede ser constreñido a ejecutar las obligaciones que ha asumido, lo mismo que desde el punto de vista práctico la ejecución sólo sería posible con algunos sacrificios." y terminan adoptando la parte resolutive del concepto de la corte, con la cual afianzan su criterio; ésta dice: " En conclusión, el deudor no está obligado a ejecutar una prestación que supere los límites establecidos según la concepción del artículo 242 del Código Civil, por lo tanto éste queda libre de su obligación".

Conformes con nuestro ofrecimiento damos término a nuestro trabajo con los apuntes sobre la teoría de la imprevisión y su aplicación en los países que fueron sometidos a los efectos de la guerra anterior, y, como se puede observar, el valor de la aplicación de esta teoría tiene su razón en la conformación más o menos rígida de las disposiciones de los códigos y de los conceptos de la jurisprudencia y doctrinas pertinentes.



BIBLIOGRAFIA

LECCIONES DE DERECHO CIVIL COLOMBIANO.....Nicasio Anzola.....

DE LAS OBLIGACIONES EN GENERAL.....Alfredo Colmo.....

DERECHO CIVIL.....Colin y Capitant.....

NOCIONES DE DERECHO ROMANO.....Georges Bry.....

ESSAI D'UNE THEORIE DE L' IMPROVISION EN

DROIT FRANCAIS ET COMPARE.....Corneliu Mihail Popescu

TEORIA GENERAL DEL ESTADO.....Hans Kelsen.....

L'ABUSO DEL DIRITTO.....R. Rodeschi.....

L' ABUSO DE DROIT.....Louis Josserand.....

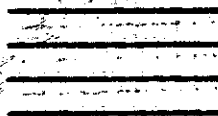
LA CULPA EN EL DERECHO CIVIL MODERNO.....C. P. Chironi.....

DERECHO MERCANTIL COMPARADO.....Pablo J. Bustillo.....

TEORIA Y PRACTICA DE LAS PRUEBAS JUDICIALES-Enrique A. Becerra..

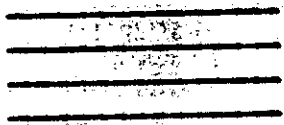
METODO DE INTERPRETACION.....Francois Geny.....

TRATADO PRACTICO DE DERECHO FRANCES.....Planiel et Ripert.



I N D I C E

	<u>Páginas</u>
INTRODUCCION.....	1
NOCION HISTORICA.....	10
DIFERENCIA ENTRE LAS EXPRESIONES CASO FOR- TUITO Y FUERZA MAYOR.....	18
SOBRE LA CULPA CONTRACTUAL.....	28
TEORIA DE LA MORA.....	39
SOBRE LA BUENA FE.....	52
NOCIONES GENERALES SOBRE LOS IMPREVISTOS...: DE CASO FORTUITO Y FUERZA MAYOR.....	57
EL ABUSO DEL DERECHO.....	65
ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA.....	67
CONTRATO DE COMPRAVENTA.....	71
CONTRATO DE ARRENDAMIENTO.....	78
CONTRATO DE TRANSPORTES.....	81
DEL MANDATO.....	86
DEL COMODATO.....	88
DEL DEPOSITO.....	93
SOBRE LA TEORIA DE LA IMPREVISION.....	98



EL EXTRANJERO ANTE EL ESTADO

Estudio Histórico-Jurídico

CARTAGENA

1942.

Tesis para optar el título de
Doctor en Derecho y Ciencias
Políticas presentada en la Facul-
tad de Derecho de la Universi-
dad de Cartagena.

La Facultad no aprueba ni desaprueba
las opiniones emitidas en las tesis;
tales opiniones deben considerarse
como propias de sus a u t o r e s .-

REPUBLICA DE COLOMBIA

UNIVERSIDAD DE CARTAGENA

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS

Rector de la Universidad:

DOCTOR MIGUEL A. LENGUA

Decano de la Facultad:

DOCTOR MIGUEL ANGEL ROYO

Presidente de Tesiás-

DOCTOR F/ DE P. VARGAS VELEZ

Consejo de Examinadores:

DOCTOR ALBERTO H. TORRES

DOCTOR ALEJANDRO SARAVIA ROMERO

DOCTOR JOSE SANTOS CABRERA

Secretario de la Facultad:

DOCTOR PEDRO CLAVER CABRALES. GDO/.

777

A LA MEMORIA DE MI MADRE
A MI PADRE JULIO C. CASTILLO
A MI ESPOSA Y MIS HIJOS

D O S P A L A B R A S



El templo de Jano abrió sus puertas a fines del año de 1939 y, desde entonces el retumbar intermitente de los cañones socava y estremece los cimientos que reforzaron veinte siglos de civilización.

La soberbia y la ambición humanas prendieron fuego en el solar de la Europa milenaria, y el fuerte huracán de las pasiones desbocadas ha transportado la chispa a todos los continentes de la tierra. Hoy arde la humanidad como en un turbulento festín neroniano, y lo que ayer se consideró como posible-la hermandad de los pueblos-se ha convertido hoy en el mas insignificante de los mitos.

La paz universal, suprema aspiración de los espíritus románticos, se ha transformado en la GUERRA UNIVERSAL por gracia del númen destructor. La paz en nuestros días es el símbolo que parece en la llama prendida por el genio del mal. Es la lucha sostenida por los gigantes de la libertad y la esclavitud, la eterna lucha entre la fuerza y el derecho, entre el espíritu y la materia, librada en el escenario ensangrentado del cosmos.

La libertad del hombre moderno se convulsiona sofoca-

179

da por el poder supremo del Estado, árbitro de sus destinos, representado en la persona de un hombre erigido en dictador. Y la amenaza que se cierne sobre la humanidad es tan grave que tendrá que luchar desesperadamente para salvarse, para no sucumbir, o para no desesperar atada a las cadenas dilatadas que, a la manera de símbolos malditos, porta en sus manos de monstruo mitológico el temible conquistador de nuestros días.

Sobre las naciones libres y poderosas gravita la enorme responsabilidad de vencer a toda costa en esta guerra, definitiva para el género humano. Y los postulados del derecho y de la justicia universal, y a ello tiende el derecho moderno, no deben sufrir menoscabo y han de seguir su marcha ascendente hacia la posesión definitiva del nuevo sujeto del Derecho Internacional Privado que es la humanidad. La lucha que se inició en el siglo XIII en las universidades italianas, francesas y holandesas, debe continuar su carrera de triunfos como hasta los últimos días en este ambiente propicio de los pueblos jóvenes de América. No es posible que en la llamarada diabólica sucumban esos bellos postulados. Desaparece la materia, se transforma, pero no el espíritu que es como la ley divina, inmutable y eterno.

En medio de la desesperación espiritual de los días que vivimos, hemos resuelto emprender este corto e incompleto trabajo que nos permitimos presentar como tesis para optar el título de doctor en Derecho y Ciencias Políticas, y que titulamos **EL EXTRANJERO AN-**

- III -

TE EL ESTADO, porque nos anima el deseo de que, apesar de las circunstancias de la hora, continúen rigiendo las instituciones que han animado nuestra legislación, con relación a los elementos que vienen a habitar entre nosotros y que tienen por base el reconocimiento de los derechos privados. La hospitalidad, nunca desmentida, que hemos practicado debe seguir siendo la guía en nuestras relaciones con el extranjero, sin tener en cuenta su país de origen, sino su simple condición de hombre. La lucha, la guerra, no se hace entre los individuos aisladamente, es de estado a estado, y en esas circunstancias no se justificaría en ningún caso la agresión y mucho menos el desconocimiento de los derechos civiles, cualquiera que sea su nacionalidad. La hidalguía, los principios humanitarios que nos informan exigen que continuemos amando la justicia con criterio universal, como corresponde a un pueblo que, como el nuestro, ama sinceramente los postulados bien entendidos de una sana democracia, dentro de un concepto cristianamente humano.

De ahí que este tema extraído del derecho universal privado se desarrolle en ese ambiente, con la sana intención de contribuir en algo a solventar problemas surgidos por la natural reacción que produce en el hombre, por el hecho de serlo, la justicia o injusticia de una causa. Somos demócratas irreductibles y por lo mismo aspiramos a que los postulados que hemos amado y practicado tengah vida y aplicación en todas las circunstancias y momentos que viva el Estado. Es cierto que en determinadas ocasiones, so-

bre todo en la guerra, se imponen medidas de emergencia para conservar la paz interna o externa de las naciones, pero su urgente aplicación debe llevar siempre anejo el sello de lo justo y de lo humano. No siempre el fin justifica los medios. Y si ello fuera así, tendríamos que convenir en que ciertos actos ejecutados por los beligerantes no tendrían por qué horrorizarnos tanto. Nada hace tan digna y amable la doctrina democrática, como ese afán desmedido que la informa de justicia y libertad.

Sostendremos, pues, que desde los tiempos remotos de los Estados gobernados por las teocracias hasta nuestros días, la condición del extranjero ha ido mejorando hasta llegar a esta situación actual en que las conquistas del derecho han abierto brecha hasta en los pueblos de la vieja Europa, "sostenedores de la autocracia, el cesarismo, la prepotencia del Estado sobre el individuo", y que consideran al hombre como instrumento del Gobierno. Derecho que en estos pueblos democráticos de la América se considera como el instrumento adecuado para conseguir la felicidad personal de todos sus habitantes, y permite repetir aquí con el notable tratadista argentino Estanislao Zeballos, "que el Estado no ha sido creado para oprimir al hombre, ni para excluirlo por no tener su nacionalidad; sino que es el agente natural de su libertad."

Expondremos adelante ^{la} evolución del derecho universal privado en lo que hace relación al extranjero, para sostener la razón que le asiste de ser considerado igual ante la ley, encuentrese en

el país que sea, por el solo hecho de su condición de hombre.

No es posible que en nuestros días surja la tendencia de considerar al extranjero como un ser despreciable, como erróneamente y hasta de buena fé, lo afirman algunos tratadistas, lo fue considerado en las sociedades teocráticas antiguas, debido al hecho de habérselo excluido de participar en los ritos religiosos. El exclusivismo religioso, como lo afirma el profesor Zeballos, no se extendió a su vida civil. Es posible que por lo absoluto de ese exclusivismo, muchos hayan considerado que en la misma forma sucediera con relación al derecho del extranjero, pero debe recordarse que el servicio religioso en el pueblo de Israel, solo estaba reservado a la tribu de Leví, sin que las doce restantes tuvieran participación en él. De tal manera que habiendo llegado la humanidad a un grado tal de civilización es lógico pretender que la situación que pudo ser precaria en aquellos tiempos remotos, se torne ahora en cómoda y feliz, para orgullo de esa misma civilización, sin aceptar que continúe retrocediendo hacia el barbarismo modernizado con nuevos y distintos elementos de destrucción y de muerte.

Las conquistas realizadas hasta hoy en el campo jurídico deben ser defendidas con calor por esta nuestra naciente civilización y convertirse así en la guardadora, en la depositaria, de los atributos que distinguieron la vida de la casi extinta sociedad europea. No es cierto, pues, que los extranjeros en la antigüedad carecieran en absoluto de derechos, y nada tan contundente

para refutar esta tesis, como recordar que "el siglo XIX reprodujo y perfeccionó algunas instituciones orientales de los tiempos mas remotos de la historia".

Trataremos el tema con la premura que nos exige el tiempo, pero en la forma más clara posible y en la menor extensión, cumpliendo, eso sí, las exigencias reglamentarias para que nuestro trabajo sea aceptado como tesis de grado para optar el título de doctor en Derecho y Ciencias Políticas, en la Universidad de Cartagena, madre generosa a la cual hemos vinculado vida y agradecimiento.

Sea esta la oportunidad para exteriorizar nuestra eterna gratitud al cuerpo de profesores del viejo plantel de cuyas enseñanzas trataremos de sacar el mejor provecho para hacer el bien y cumplir el respectivo cometido en la vida profesional.

.....

INTRODUCCION

Derecho Privado Humano, Derecho del Futuro

CAPITULO I.

Es indudable, y así lo comprueba la tradición, los monumentos y los últimos descubrimientos, que en la antigüedad predominaron, puede decirse exclusivamente, tres civilizaciones: la India, la Asirio-Caldea y la Egipcia, cuya influencia como pueblos teocráticos y conquistadores sobre las tribus nómadas del Asia semítica, dió origen a un nuevo tipo de civilización pacífica y contemplativa que tuvo su culminación en el pueblo de Israel, teocrático por excelencia. Es así mismo incuestionable, y en ello están acordes los más notables historiadores asiriólogos y egiptólogos, que entre la civilización indostánica y la griega existieron las sociedades de Caldea, Egipto e Israel, de indiscutible vinculación, y precursoras de la evolución filosófica y religiosa que ha alcanzado su mayor vigor en la época en que vivimos y cuya influencia se ha hecho por lo mismo mas poderosa. Dentro de estas sociedades teocráticas el derecho privado debió sufrir lamentables restricciones, ya que ellas se caracterizaron por una especie de autoridad que resumía en una misma persona todos los poderes como el religioso, el político,

y militar; y sabemos que en estas circunstancias es imposible el florecimiento del derecho, visto que como resultado fatal de los gobiernos absolutos viene la conquista, la guerra y la abolición de todas las garantías individuales, y el derecho sólo evoluciona y se desarrolla dentro del ambiente sosegado de la paz. Para aquellos pueblos los conceptos de Dios y Patria tenían una significación igual, la conservación del orden interno exigía la exclusión del extranjero del culto religioso, y el cultivo del fanatismo, en cuanto a la idea de Patria, se aprovechaba para la conquista, pues en tales condiciones se peleaba por Dios, y consecuentemente por la Patria.- Así aparecen y se perpetúan las castas sacerdotales, durante un dilatado período, hasta que los pueblos conquistadores y comerciantes hacen irrupción en el escenario de la historia imponiendo nuevas tendencias dentro del campo económico, político y religioso.- Las dos fuerzas irresistibles que durante siglos lucharon contra las teocracias, al fin abrieron brecha. La guerra y el comercio igualaron al hombre. La primera, en los campos de batalla y el segundo, curando los prejuicios destructores, según la expresión de Montesquieu, y mejorando las relaciones internacionales y en consecuencia, la suerte del extranjero.- Ejemplos de esta afirmación los constituyen Atenas y Roma.-

La condición jurídica del extranjero en aquellos largos años, debió sufrir sus eclipses, sus retrocesos, pero ajenos a la idea general y a las doctrinas existentes, que si posibles de aplicar

por circunstancias accidentales en el campo del derecho, en cambio siguieron latentes hasta volver a entrar en acción, gracias a nuevas y felices oportunidades dentro de la ley irresistible de la evolución universal. Porque es indudable que las conquistas realizadas a través del tiempo en el campo del derecho han sufrido su colapso, cuando la fuerza bruta, cuando el despotismo aprovechando la deamoralización y la decadencia de los pueblos o acaso, si fuese posible, su cansancio físico se ha erigido en gobierno, personificado en el ente siempre despreciable de un amo y señor. Si la historia se repite, la humanidad está atravesando uno de esos dolorosos períodos, está viviendo un momento crucial en que no se sabe a ciencia cierta si la libertad, la justicia y el derecho salgan ileso de la tremenda lucha que amenaza destruir el orden establecido a costa de sacrificios y padecimientos sufridos por el género humano durante muchos siglos. El Derecho Internacional Público, podríamos decir, está abolido en cuanto a su aplicación en la vieja Europa, y los tratados continúan siendo pedazos de papel para los países totalitarios, pero el derecho internacional privado o derecho privado humano, para usar mejor la expresión de los tratadistas, no debe sufrir menoscabo apesar de la hora, y deben evitarlo los países amantes de la democracia cueste lo que costare, si es que la libertad, la justicia y el derecho constituyen la razón de ser de su existencia.

Que la civilización que tuvo sus comienzos allá por el año de

1500 años de J.C., continúe su evolución hacia el perfeccionamiento del género humano y no parezca ahogada por el puño acorazado del gladiador moderno.

La historia debe constituir un perenne ejemplo para nosotros, ya que como veremos en el curso de este estudio, los adelantos alcanzados hasta hoy bien merecen ser defendidos para felicidad y bienestar de todos los hombres. La máxima aspiración de los pueblos libres no debe ser otra que la conservación, en los actuales momentos, de esa libertad, sin egoismos, para no caer en los errores del pasado, y con la firme intención de conseguir la paz universal, anhelo supremo de la verdadera democracia.

Si analizamos la razón cardinal que ha motivado las sucesivas guerras padecidas por la humanidad, necesariamente tenemos que llegar a la conclusión de que ha sido la misma desde los albores de la historia. Si bien es cierto que el escenario, los medios y elementos cambian, aunque las apariencias sean otras, siempre su razón de ser ha sido esa: La fuerza contra el derecho. De ahí que no compartamos la opinión aventurada, errada, para no decir mal intencionada, de los que tratan de sostener que en la lucha de hoy entre las dictaduras y los países democráticos sólo se juegan intereses de índole diferente, con prescindencia absoluta de aquellos postulados cuya exaltación anula al género humano. La libertad universal es el objeto primordial que debe conquistar el hombre para hacerse digno de los atributos que lo distinguen de los o-

tres seres de la naturaleza. Mientras el hombre no universalice esos atributos de que se ufana ser poseedor, como la libertad, la justicia y el derecho, no podrá en verdad decirse civilizado ni continuar llamándose rey de la creación. Las facultades intelectuales de que está dotado no deben servirle para encadenarlo, sino para enaltecerlo y dignificarlo.

Si nos pronunciamos contra la diferenciación de derechos, por la distinción de nacionalidad, es precisamente porque pensamos que dentro de la universalidad de todos los conceptos existe la verdadera felicidad y confraternidad humanas.

En parte, como lo veremos luego, esos principios han existido desde remotos tiempos, y si es cierto que hemos conquistado un alto grado ^{de} adelanto, nada más natural que ellos no sean practicados en parte también en los actuales momentos, sino con todo el sentido de las generalidades que reclama la humanidad, como sujeto último del derecho privado. Cuando una causa se hace universal es porque ella corresponde a la naturaleza de todos los hombres, a su sentir y a su querer, y ese mismo hecho está demostrando el imperativo de su humanización.

Así mismo el derecho privado humano reclama para todos los hombres un mínimo de derechos, que no es posible negar sin incurrir en el error y en la injusticia, justificables, si se quiere, en aquella época oscura y desgraciada de la humanidad en que necesariamente tenían que sucederse como consecuencia lógica

del egoismo primitivo del hombre en las primeras fases de su evolución biológica.

Que existe hoy ese egoismo?. Claro está. El hombre continúa en plena evolución, y de ahí la mezquindad del sentimiento actual de hermandad entre mortales. La historia nos presenta múltiples ejemplos de sociedades, que si reducidas, son casi perfectas y en las cuales la plenitud de los derechos para todos sus miembros dejó de ser una utopía. Así nosotros, dentro de lo posible, podemos aspirar a un medio mas o menos cómodo en el cual florezcan por igual el derecho y sentimiento humanitarios, que hagan menos difícil y desgraciada la vida del hombre en el ambiente social donde le toque actuar.

El concepto de sufrimiento y trabajo, debe ser modificado. El hombre tiene derecho a un mínimo de felicidad, y a su consecución deben propender todos los humanos. A este fin tiende el derecho privado que, indudablemente, es el "derecho del futuro". Afortunadamente este derecho evoluciona en el concierto de las naciones americanas, cuya solidaridad se afirma cada día, y mucho más hoy cuando la libertad de todos los pueblos está amenazada de muerte.

Entremos, pues, a hacer el recuento de la forma como se ha operado la evolución del derecho del extranjero en las diversas etapas de la civilización.

.....

C A P I T U L O I I

EL EXTRANJERO EN LAS SOCIEDADES TEOCRATICAS.

EL COMERCIO, ENEMIGO MORTAL DE LOS PREJUICIOS.

Hemos dicho en el capítulo anterior que en la antigüedad predominaron tres civilizaciones: la india, la Asirio-Caldea y la egipcia, cuya caracterización teocrática es indiscutible. A grandes rasgos tratamos también sobre la influencia que las civilizaciones intermedias entre la indostánica y la griega ejercieron en la concepción racionalista y religiosa que comenzó a vigorizarse con el pueblo griego y ha alcanzado su mayor apogeo en nuestros días. Nos toca ahora entrar de lleno en el tema que nos ocupa, comenzando por el estudio de la situación del extranjero en aquellas sociedades.

Coinciden casi todos los tratadistas de derecho internacional privado en afirmar que "el desprecio del extranjero es un carácter común a todas las teocracias". Afirman también que esas mismas sociedades consideraban al nacional como el elegido de la divinidad, poseedor de todos los derechos, y al extranjero como un ente impuro, excluido de la religión y privado de los derechos procedentes de la misma (Andrés Weiss, Derecho Internacional Privado). Fustel de Coulanges, citado por el mismo autor, dice que "el ciuda-

dano es el hombre que posee la religión de la ciudad y que honra sus mismos dioses. Al contrario, el extranjero es el que no tiene acceso al culto, el que los dioses de la ciudad no protegen y que no tiene ni aún el derecho de invocarlos, pues los dioses nacionales no quieren recibir ofrendas y plegarias sino de los ciudadanos. Rechazan al extranjero, le prohíben la entrada a sus templos y su presencia durante las ceremonias es un sacrilegio". Se pronuncian en este sentido, seguramente, porque sin duda la diferencia religiosa sí existió, y en esta forma de fraternidad es indudable que al extranjero fue excluido. Pero la tesis en general no es aceptable y como lo demostraremos enseguida la situación civil del extranjero estaba prevista y aquel gozó de ciertos derechos civiles como lo comprueban muchos textos antiguos. Sabemos que hasta los propios miembros de algunas sociedades están excluidos de participar en los ritos religiosos, como en las doce tribus de Israel, en las cuales solo podían participar y ser guardadores del culto los miembros de la tribu de Levi, y por ello no vamos a afirmar que carecieron de derechos civiles.

Comencemos por la India y veremos que el asunto cambia de aspecto si analizamos y confrontamos ciertos textos.

Las principales castas que existían en la comunidad nacional de la India eran: la Brahmánica, la zúdra y la paria, en orden de categorías. El Brahma era el amo, el vencedor; el zúdra representaba una casta mas o menos servil que ocupaba una categoría intermedia, y el paria venia a constituir la última. Era un

ser desheredado que no tenía derecho a protección alguna. Pero de esta diferencia de castas no se infiere que el extranjero ~~ca-~~ ~~reciera~~ por completo de derechos, pues tanto el sudra como el paria eran nacionales, pero con una restricción de derechos tan lamentable que los hacían aparecer como extraños en su propio suelo, cuando solo representaban dos castas, dos clases, para hablar mejor. Pero la situación jurídica del extranjero estaba regulada en el sistema nacional de la India y su denominación era distinta. Los Mlechas, que eran los bárbaros o sean los habitantes de países distintos a la India, no comprendidos en la organización social de sus castas según las traducciones de Jones y de Loiseleur des Longchamps, se mezclaban en la sociedad y ocupaban una situación jurídica independiente de todas las castas superiores o inferiores.

Basta para demostrar aquella situación independiente en el campo jurídico citar algunos libros: Las Institutas de Narada, hijo de Brahma y uno de los primeros Rishis, en el título de las sociedades artículos 14 y 16, disponen que "si un viajero llegado de un país extranjero fallece, el rey debe guardar sus propiedades hasta que el heredero se presente. Si no se presentase heredero alguno en línea directa o colateral, el rey guardará la sucesión durante diez años. Estos bienes sin dueño o no reclamados por los herederos del difunto, pasaran a ser propiedad del rey. Así no se violará la justicia". Otros textos de Manu ordenan a los estudiantes de teología dar el título de "manu" a las mujeres

extranjeras de buena alcurnia, y consideraran como propicios al vicio y a la deshonra de las nacionales, entre otros actos, "los paseos con los extranjeros" lo que quiere decir que éstos participaban de la vida social de los indúes. Tal sucede hoy con las damas de todos los países sobre las cuales ejercen gran influencia los extraños. Existen disposiciones en el texto en cita que, según Zeballos, podrían emanar de la misma corte de la Haya. He-las aquí: Cuando habla de los deberes del soberano con relación a los países conquistados, dispone "que cuando esté completamente seguro de las buenas disposiciones de todos los vencidos instalará en este país un príncipe de la casa real y le dará sus instrucciones para que haga respetar las leyes de la nación conquistada tal como fueron promulgadas". Tal hizo Roma. Y habrá algo que reve-le mejor el espíritu generoso de aquel pueblo que este texto refe-rente a la Guerra?". Un guerrero no debe jamás en combate contra sus enemigos, ^{“21”} armas pérfidas, tales como los bastones que ocul-tan agudos estiletes, ni flechas barbudas, ni envenenadas ni dar-dos encendidos. No herirá a un enemigo que esté a pie, si él se encuentra en un carro, ni a un hombre afeminado, ni al que junte las manos para pedir gracia, ni al que tenga los cabellos deshe-chos, ni al que esté sentado ni al que diga yo soy tu prisionero. Ni al hombre dormido, ni al que no tenga coraza, ni al desnudo, ni al desarma-do, ni al que presencie el combate sin tomar parte en él, ni al que ya esté luchando con otro. Ni aquel cuya arma esté rota

ni al que esté agobiado de dolor, ni al hombre gravemente herido, ni al cobarde, ni al fugitivo; que recuerde siempre los deberes del soldado valeroso". Si así se ordena tratar al enemigo en pleno campo de batalla, por qué no deducir que las relaciones en la paz debieron ser más cordiales y humanas?. Podría esperar en los actuales momentos un guerrero trato, no diremos igual, sino si quiera medianamente igual ?.

No fue, no pudo ser despreciable, la condición del extranjero en la India, como lo afirman autores de mucha autoridad. Los apartes citados nos parecen suficientes para concluir que en aquel pueblo la situación del extranjero estaba definida en un sentido abiertamente generoso.

Herodoto, de quien se afirma fue engañado, ha inducido a error a muchos tratadistas y de ahí que éstos como aquél sostengan que fue demasiada precaria la situación del extranjero en las sociedades teocráticas, pero los elementos de que nos valemos dicen lo contrario y ellos son suficientes para desmentir la especie errónea en contrario.

Pasemos a estudiar el caso en Egipto.

Mil seiscientos años antes de Cristo, un movimiento vigoroso expulsó a los Hiksos y desde entonces comenzó para Egipto una época de prosperidad, gracias a la unidad que se operó. La lucha contra el yugo del extranjero creó en este pueblo admirable un espíritu de lucha y valor que muy pronto lo colocó a la cabe-

za de las civilizaciones de ese tiempo. Es la época de las Dinastías, de los faraones, cuyas figuras más interesantes fueron Totmés III, Amenofis III y IV, de la décimoseptima dinastía a la que también perteneció la gran reina Hatasú, y Ramsés I de la décimoviena, a quien la leyenda considera el primer faraón de Moisés. Bajo el mando de esos soberanos Egipto adquiere su ^{alto} más nivel de poder y de cultura. En esas circunstancias es indudable que el derecho había ganado su parte, desarrollándose gracias al trato con los demás pueblos, ora por razones de conquista, o acaso, lo mas probable, por las dilatadas relaciones comerciales, pues, como debe recordarse, por la situación especial de este país necesariamente fue el centro de las transacciones más importantes durante un largo período con los pueblos de oriente y occidente, ya que formaba una especie de puente entre ellos.

Podríamos aceptar que mientras la casta sacerdotal fuera del todo poderosa, la situación del extranjero fuera por demás precaria. El pueblo egipcio en aquellos remotos tiempos como el alemán hoy, se consideraba llamado a gobernar el mundo e imponer su voluntad sobre los pueblos considerados inmundos o inferiores.

Más, gracias a la extensión del comercio que coincidió con la desaparición del absolutismo geocrático, lo que pudo ser una modalidad creada se transformó en una sana y conveniente política de atracción, que se tradujo en una legislación comprensiva y sabia que garantizaba los derechos civiles del extranjero. De

todas maneras, cuando la Historia comienza a relatar los hechos de la nación egipcia la presente como cosmopolita y civilizadora. Bocchoris suprimió al extranjero la prisión por deudas, y Psametik creó una institución de intérpretes, cuya función principal era la de redactar contratos en la propia lengua de las partes contratantes, para que no fueran engañados a causa del desconocimiento de la egipcia, y repartió tierras en sus dominios a los griegos y habitantes de otros pueblos. El comercio, enemigo mortal de los prejuicios, ejerció una influencia poderosa en las costumbres y mejoró notablemente la condición del extranjero. Por su situación privilegiada, el Egipto, extendió su comercio por casi todo el mundo civilizado y ya sabemos que éste fue desde antiquísimos tiempos regular y valioso. Está demostrado que del Mar Rojo superior partían haves hacia distintos rumbos, especialmente para la India, y que fue un hecho el comercio intenso con los griegos, cananeos, etíopes, lidios, asirios y caldeos. De tal manera que si ese hecho no admite discusión, es necesario aceptar así mismo, que dió lugar a relaciones sociales y políticas basadas en el respeto mutuo e indudablemente reguladas por tratados e instituciones jurídicas que debieron garantizar los derechos civiles de los extraños.

Refiriéndose a la civilización egipcia dijo Bossuet: " La civilización egipcia, cuya historia ofrece tantas analogías con la de la India, tuvo de extraordinario que, invadida muchas veces por el extranjero, absorbió siempre al invasor". Un pueblo que tiene

esa virtud no puede mirar con desprecio al extraño, como lo afirman algunos autores. Un pueblo que absorbe es un pueblo que otorga. De ese hecho se infiere un contacto consistente en relaciones de toda índole.

Podríamos citar otras muchas autoridades para demostrar que el extranjero en Egipto gozó de una situación favorable y disfrutó de muchos derechos, pero con lo expuesto nos basta para concluir afirmando lo mismo.

Pasemos ahora a estudiar el caso con relación al pueblo de Israel.

Por razones que hemos apuntado antes, también a este pueblo se le ha considerado como despótico en sus relaciones con el extranjero. Para demostrar lo contrario nos basta leer en la Biblia, ese monumento de todos los tiempos, la infinidad de preceptos encaminados todos a proteger la vida del extranjero. Es cierto que como pueblo nómada y beduino sufrió la influencia de su característica, pero ello se debió a no dudarlo, a la exaceración de los campos de batalla y a las costumbres de la época. Ya hemos dicho antes lo de la exclusión religiosa, también el matrimonio con el extranjero fue prohibido por temor a la introducción de nuevos dioses en la comunidad, pero ^{se aceptaron} ~~llegó a aceptarse~~ ^{durante} ~~ese~~ esos elementos a condición de que ~~aceptaran~~ ^{se aceptaran} la circuncisión (Deuteronomio).

Si analizamos los textos que a continuación copiamos, debemos concluir aceptando que en aquel pueblo al extranjero, al huer -

fano y a la viuda se les daba un trato benévolo lleno de amor y caridad, y que la justicia que se les hacía no podía ser distinta de la que gozaban los mismos hijos de Israel.

"Haz justicia al huérfano y a la viuda
Ama al extranjero, dale comida y vestido"
(Deut. 1, 18 y 19)

"Oídlos y juzgad lo que es justo :
ya sea al ciudadano, ya al extranjero

.....

No pervertirás la justicia del extranjero.

.....

"Por tanto te mando que hagas esto:

Cuando segares las mieses de tu campo
y dejares olvidada alguna gavilla
no volverás a tomarla, sino que dejarás
que se la lleve el forastero y el huérfano y la viuda,
para que te bendiga el señor tuyo
en todas las obras de tus manos.

Si cogieres el fruto de las olivas
no volverás a recoger la que quedare en los arboles,
sino que lo dejarás
para el forastero, para el huérfano y la viuda.

Si vendimiaras tu viña
no cogerás los racimos que quedaren
sino que quedarán para uso

del FORASTERO, del huérfano y de la viuda.

(Deut. XXV, 17, 18, 19, 20, 21, 22) - (Eisis-Zeballo Obcit.)

Además de estos preceptos, encontramos soluciones de derecho privado humano muy avanzadas. La naturalización daba al favorecido todos los derechos, excepción hecha del mando militar y de formar parte del senado o Sanhedrin, pues el primero conducía al mando y se consideraba peligroso por ese motivo en manos de un ciudadano no nacional. Pero hoy en los países modernos sucede otro tanto con los individuos nacionalizados. De tal manera que la leyenda de la precaria situación del extranjero en el pueblo de Israel no tiene razón de ser.

Es cierto, pues, como se colige, que desde aquellos tiempos comenzaron a tener vida muchos postulados de derecho privado humano que hoy, con escasa diferencia, son prohibidos por gran número de Estados.

En las teocracias, como hemos venido demostrando, los extranjeros gozaron de privilegiada situación, si bien es cierto que, comparación hecha con la del nacional, no fue absoluta. En estos tiempos que consideramos tan avanzados, no ocurre cosa distinta, pero es indudable que el derecho privado humano existió desde entonces y que no carece de importancia un estudio profundo sobre los principios que lo informaron, para descubrir la génesis de muchas instituciones, hoy en vigencia, y de las cuales se enorgullece la jurisprudencia actual.

200

En el próximo capítulo estudiaremos la cuestión, tomando como base los pueblos comerciantes de la antigüedad.



CAPITULO III

SITUACION CIVIL DEL EXTRANJERO EN LOS PUEBLOS COMER- CIANTES DE LA ANTIGUEDAD.- EL HELENISMO .

Una civilización nueva, dotada de una organización política distinta a la conocida y estudiada hasta ahora, surge en el pueblo griego con caracteres definidos seguramente unos 1.000 años antes de Cristo, si se tiene en cuenta que sus dos poemas inmortales, La Iliada y La Odisea, atribuidos a Homero, se consideran escritos desde el siglo VII ó VIII, de aquella era. La civilización helénica, que rastreó de la India y de la Egiptia sus orígenes para aprovechar lo que fuere adaptable, como sus tradiciones religiosas, su ciencia y su arte, tuvo por esta razón su carácter indo-europeo, como lo tuvieron sus sucesores los romanos, que estudiaron en la misma fuente sus orígenes y adaptaron lo que importaba a su país como civilizador y científico. Es el tipo de la ciudad estado, independiente, el que aparece en esta nueva civilización. Lo forman las ciudades del helenismo: Atenas, Esparta, Corinto, Tebas y las islas que hablan la misma lengua, soberanas, pero unidas por el vínculo de la tradición, de la religión y de unos mismos anhelos. Se unen ante el peligro bajo una autoridad común y se separan cuan-

do aquel desaparece, para vivir gozando de una paz que sucumbe ante el recelo de las unas y las otras, ante el afán y la rivalidad de la prepotencia. Tal el origen de las guerras del Peloponeso entre Esparta y Atenas, las dos rivales y tipos distintos de aquella organización admirable.

Comerciantes por naturaleza, estos pueblos cultivaron relaciones amistosas con casi todo el mundo civilizado, y si algunas como Esparta, principalmente, abastaculizaron al extranjero por la organización crudamente militar implantada por Licurgo, también es cierto que las otras se caracterizaron por su cosmopolitismo, como Atenas que en el siglo de Pericles llegó a contar de 95.000 habitantes 45.000 extranjeros. Atenas, dadas las circunstancias especiales de aquellos tiempos, tuvo una legislación admirable sobre Derecho Internacional Privado. Los extranjeros, al decir de E. Zeballos gozaban en Atenas de una situación jurídica ordenada, definida, y dados los tiempos y recelos que dividían a las ciudades griegas en esa época, debe considerarse admirable. Aquellos fueron en mas de una ocasión la salvación de la ciudad cuando fue victima de los ataques de sus enemigos y sabemos que cuando Mitilene fue cercada por una escuadra enemiga la nueva ^{equipada para defenderla,} fue dirigida por extranjeros casi en su totalidad.

La situación del extranjero como dejamos dicho fue admirable, pero no podía dejar de tener sus diferenciaciones y el estatuto que regulaba la vida de ellos dentro del estado ateniense hacia sus distinciones, como lo veremos, pero en todo caso era claro y

definido. En cambio como decíamos, en Esparta casi no se permitían elementos extraños o mejor dicho no se permitía ni el comercio con éstos mientras duró en vigor la legislación licurgiana. Pero el rigor en el sentido indicado no podía demorar por contrario a la naturaleza y por no encajar espiritualmente en el concepto social de sus habitantes, y en los últimos tiempos desapareció con la irrupción del comercio y de la guerra.

"El genio racionalista, humanitario y comercial de los atenienses atraía al extranjero y sus filósofos los honraban". Platón decía: "Las violaciones arbitrarias de un derecho, provocan la venganza de los dioses. El extranjero que no tiene amigos ni parientes, es, con mayor razón, objeto de la simpatía de los dioses y de los hombres". Fieles a las costumbres, siempre establecieron ciertas diferencias entre ellos y así distinguían tres clases de extranjeros: isóteles, metecos, ^{extranjeros no domiciliados} y bárbaros, cuyas características estudiaremos en seguida.

Conviene aclarar que para residir en Atenas era necesario la autorización, ya por un tratado, por un decreto popular o por el areópago.

Así tenemos que los isóteles, que eran los extranjeros privilegiados, residían allí en virtud de un decreto popular o por las estipulaciones de un tratado entre la ciudad y el país a que pertenecía el individuo. El tratado o decreto, reconocía plenitud de derechos o los restringía. A veces sólo se otorgaba el derecho

de matrimonio, de adquirir bienes raíces y de comparecer en juicio sin la necesidad de un ciudadano ateniense. Cuando el tratado estipulaba el goce íntegro de la ciudadanía, en el suelo de los países contratantes tomaba el nombre de tratados de isopolítica (Weiss).

El meteco, cuya situación era intermedia, comparado con el isóteles y el bárbaro, residía en la ciudad con permiso del areópago, previa una severa investigación. Sus derechos estaban limitados. No podía adquirir bienes raíces en la ^{ciudad,} ni recibir ni transmitir por testamento. El matrimonio con una ateniense no producía los efectos legítimos y sus hijos se asimilaban a los bastardos. La justicia estaba regida por reglas especiales y conocían en sus asuntos el Polarcos o Juez del conocimiento especial de los negocios relacionados con el extranjero. Pero para comparecer en juicio ante este Juzgado, era necesaria la presencia de un proxeno y las penas eran más severas que las que correspondieran, en igualdad de circunstancias, a un ateniense, pues si el castigo para éste era el destierro, para aquel correspondía la pena de muerte. Estaba el meteco obligado a pagar una contribución a la ciudad como precio por su residencia en el Atica, y al no hacerlo se le convertía en esclavo. En caso de guerra debía tomar las armas para defender la República, asignándosele puesto en la artillería pesada.

Al lado de los isóteles y los metecos, que como hemos visto

eran los extranjeros privilegiados, encontramos a los bárbaros, o sean los habitantes nacidos fuera de la civilización griega, que en principio estaban destituidos de todo derecho y protección. Sin embargo, las relaciones de Atenas con los demás pueblos debieron contribuir a mejorar esta situación al andar del tiempo y aquel excesivo rigor debió desaparecer por lo mismo.



C A P I T U L O IV

R O M A.

Roma, que según las cronologías antiguas fue fundada en el año 753 antes de Cristo, sostuvo en los primeros siglos una larga lucha entre patricios y plebeyos, por el reclamo de éstos a las preeminencias que aquellos se negaban a conceder. Mientras tanto sostenía con sus vecinos los etruscos, cuyos reyes fueron expulsados en 510 antes de Cristo, una lucha exterior, que pareció fortalecerla "hasta crear en el carácter colectivo de sus habitantes el buen sentido, la constancia, la prudencia y los instintos que conducen a la gloria". Gracias a las virtudes que se desprenden de las características antedichas, aquel pueblo llegó a constituir el más grande imperio de la historia, cuyo dominio se extendió a todos los continentes conocidos. Su civilización vino de Grecia, como esta de la indostánica, de la egipcia, caldea y babilónica, en cuyas fuentes fueron a beber sus hombres prestantes para, perfeccionadas, imponerlas luego en sus costumbres. Pero lo más admirable de este gran pueblo es su amor a la justicia, su raro instinto, por decirlo así, para imponer su dominación a los demás llegando hasta respetar la legislación privada de cada grupo humano sometido a su

conquista (esta tendencia es originaria de la India). En estas circunstancias sobrepasó los estados que le precedieron y de ahí lo admirable de su dominio universal. Este pueblo fue la cuna de la civilización occidental, y su influencia supervive hoy en todos los órdenes de vida de los estados europeos y americanos. Sería largo comentar la evolución de la nación romana, pues basta a nuestro estudio analizar la evolución del derecho privado humano en aquel pueblo, creador de una nueva modalidad jurídica de basamentos eternos y sorprendentes.

La civilización, a no dudarlo, según la expresión de Zeballos, es el producto de antecedentes, caracteres e instituciones fundidos en el crisol de su criterio y de su interés. Grecia y Oriente imprimieron sus formas en la masa blanda del estado en formación. Roma por eso es una síntesis de las civilizaciones orientales y griega.

Allí el derecho público evolucionó con la expansión de la ciudad. Fue reducido en la ciudad-asilo y fortaleza de Rómulo, más amplio en la ciudad-reino de Servio Tulio, liberal en la ciudad-república de Valerio y universal en la ciudad-imperio de Augusto. Para estudiar el derecho romano, es necesario considerarlo desde el punto de vista de aquellas etapas y juzgarlo de conformidad con la tendencia de cada una de ellas. El origen religioso de las primitivas instituciones romanas denota su influencia oriental y griega. De allí el nacimiento del Jus Sacrum o leyes

sagradas, que fueron las que en el año 260 de la fundación sancio-
nó el pueblo en el Monte Sacro, así como las posteriores conoci-
das con el nombre de leyes de las Doce Tablas, que constituyen u-
no de los triunfos más decisivos de la plebe sobre el patriciado
y marcan el comienzo del derecho civil (juscivile).

Eger, como otras autoridades valiosas, sostiene que las Do-
ce Tablas fueron copiadas casi en su totalidad de las leyes ateni-
ses de Solón. En su traducción de Lejibus, de Cicerón, dice: "Lo
demás que contienen las Doce Tablas acerca de la disminución de
gastos y de las lamentaciones funerarias, está casi traducida de
las leyes de Solón".

Para dar una idea de la situación jurídica del extranjero
frente a estas instituciones, conviene recordar los orígenes de
Roma.

Se sabe que esta ciudad en sus comienzos sostuvo luchas cons-
tantes con sus vecinas, etruscos por un lado y bárbaros por otro,
que determinaron en el ánimo de sus habitantes cierta aversión al
extrañero, denominado hostes, pues todos por la razón anotada eran
considerados como enemigos. De las siete colinas históricas, la
palatina solamente le pertenecía y para conquistar las seis restan-
tes hubo de sostener luchas terribles. De aquí nació una distin-
ción para denominar al extranjero. Era Hostes durante la paz, o sea
cuando existen treguas, y Parduellis cuando tomaba las armas en su
contra. El uno era el enemigo pacífico, si se quiere, y el otro el

209

beligerante, el enemigo en la guerra. De estas circunstancias deducen algunos que durante el predominio de las instituciones citadas, el extranjero careció de derechos. Sin embargo el hostes entraba y salía y muchas veces se domiciliaba en la ciudad. De aquí nacieron instituciones jurídicas perfectas, en guarda de la seguridad interior e impuestas por el derecho público, a medida que las luchas internas y externas lo fueron permitiendo. Y así tenemos dos mecanismos sabios, interpretadas indudablemente del derecho egipcio y griego, como lo fueron el Hospitium y el Patronato, cuyo carácter religioso los hacía sagrados y que contribuyeron notablemente a suavizar las relaciones con los extranjeros. El Hospitium fue privado y no tenía sanción legal el incumplimiento para con él que gozaba de ese beneficio, pero ello promovía la cólera de los dioses, pues estaba protegido por la religión. Cuando fue público tuvo la categoría de institución pública y la ciudad nombraba entonces a patricios eminentes cuando el huésped pertenecía a una nación conocida (certa civitate).

El "Hospitium private" tenía las características de un verdadero contrato, en virtud del cual el Hospite adquiría ciertas obligaciones y el protector otras. Este último defendía al primero contra las injusticias, lo representaba en juicio, en una palabra, lo protegía. El hospite estaba bajo la potestad del ciudadano romano, que se comprometía hasta a costear su entierro, y las obligaciones y derechos pasaban a los herederos de ambos y no cesaban ni

210

por el hecho de entrar a la ciudad en guerra con la nación del hospes. Este a su vez tenía vínculos de dependencia para con el protector, que necesariamente debía ser ciudadano romano, y estaba obligado a pagarle una contribución pecunaria.

Llegó a tener tanta importancia el Hospitium, por aquel carácter religioso que le informaba, y por ~~el~~ ^{la} raigambre costumbrista que adquirió, que llegó a ser concedido su beneficio por decreto popular, especialmente a extranjeros distinguidos que hubieran prestado servicios a la ciudad, y a los habitantes de ciudades con las cuales Roma mantenía relaciones amistosas. La violación del contrato llegó a ser considerado como un crimen infamante y la muerte dada al hospites por el protector se asimilaba al parricidio. Este contrato tenía, pues, un carácter sagrado e inviolable por lo mismo. Producía además una situación de igualdad y no de dependencia como el patronato.

La situación de dependencia del cliente en el Patronato, otra de las instituciones benéficas para los extranjeros residentes en Roma, lo colocaba en la condición de hijo de familia (*filius Familiae*), cuando renunciaba a su ciudad de origen para acogerse a Roma. Debía contribuir pecuniariamente para solventar las necesidades del patrón cuando caía en cautiverio él o alguno de sus familiares; a la dote de las hijas; al pago de las multas que le fueran impuestas y a los gastos que demandaran los honores que le fueran discernidos, a cambio de la protección del patrón de cuya sacra privata

estaba excluido y quien debía instruirlo en su derecho obligatoriamente.

Fácilmente se descubre en estas instituciones su origen griego por la similitud con el proxene, o sea con la condición de los isóteles y metecos atenienses.

Los bárbaros, o sea los habitantes de pueblos con los cuales Roma no mantenía ninguna clase de relaciones, carecieron de derechos durante el predominio del Jus Sacrum, pero mas tarde pudieron acogerse a las ventajas del Hospitium y del Patronato, gracias a la evolución del derecho civil y a la aparición del Jus Gentium, del cual nos ocuparemos pronto.

Para conocer de los negocios relacionados con los Hóspites y Filius Familiae, a lo que es lo mismo, de los extranjeros que gozaban de las instituciones del Hospitium y del Patronato, se crearon los Recuperatores que, como los Polemárcos griegos, desempeñaban en la ciudad-estado y en sus ramificaciones, las funciones militares, administrativas y diplomáticas tocante con aquellos extranjeros privilegiados. Funcionaban por mandato público general algunas veces y otras eran instituidos por haberlo convenido así Roma en sus tratados con los pueblos amigos.

Ya hemos dicho que la evolución del derecho romano hay que estudiarla de conformidad con la época que nos presenta la ciudad, a medida que se desarrolla. El Jus sacrum, producto restringido de la ciudad-fortaleza y poco amplio en la ciudad-reino, fue verifica-

do con el advenimiento de la república y del imperio, hasta haber llegado a un grado de expansión tan grande como los límites materiales del propio imperio.

El Jus Sacrum fue así mismo secuela de una época de hostilidad, en la cual Roma apenas mantenía relaciones pasajeras de amistad con sus vecinos los etruscos y los bárbaros. Pero el florecimiento de la humilde ciudad del año 753, la llevó a mantener vínculos amistosos unos, y de dominio otros, con todos los pueblos, civilizados o no, conocidos hasta el siglo III antes de Jesucristo.

El Jus Gentium, esa concepción maravillosa del derecho romano, nace precisamente de ese contacto y de esas relaciones de Roma con el mundo. El formalismo estricto del derecho primitivo cede ante la necesidad y las exigencias internacionales y aparece el Jus Gentium y Jus faciales, llamados a regular las relaciones del extranjero en Roma, y de Roma con los demás estados. Desde entonces la condición especial, limitada hasta cierto punto del extranjero favorecido con el Hospitium y el Patronato y las demás instituciones que le igualaban y complementaban, fue rectificada y mejorada. Ya el extranjero no es el hostes sino el peregrino, y a la vez perpue-llis, aplicada antes a los enemigos en guerra, se añade ahora la palabra hostis.

Roma celebra contratos con los países amigos y reconoce derechos a los pueblos conquistados, que varían de conformidad con la distancia.

La pequeña ciudad de la colina palatina es el imperio universal, poderoso, pujante. Se ha convertido en el centro del mundo, en la ciudad cosmopolita en cuyo seno pululan elementos de todas las naciones, de todas las castas, cultos o ignorantes. La facultad asimiladora de los romanos los llevó a buscar en las instituciones orientales y griegas, el remedio a la situación de hecho que se le había creado con la irrupción de un conglomerado humano numeroso, y encontró precisamente en las mismas uno eficaz a sus necesidades presentes. El Agoranomo y el Polemarcos fueron establecidos con mayor amplitud en el Jus faciale, y de la Reciperatio en el Patronato y el Hospitium; pero las necesidades de nuevas fórmulas eran cada día mas apremiantes, los casos nuevos y su abundancia reclamaban un mayor desenvolvimiento, aquella masa abigarrada y heterogénea reclamaba un derecho amplio y universal y la fuerza misma de los acontecimientos originó la maravillosa transformación, cuya influencia perdura en las legislaciones de casi todos los estados contemporáneos. Así nació el Jus Gentium y el Jus faciale animados de la elasticidad exigida por los motivos que le dieron vida, en oposición al Jus Civile, aplicado sólo a los ciudadanos romanos, sistemáticamente estático y tradicionalista. El Jus Gentium, según las Institutas de Justiniano, es el conjunto de reglas que han hecho prevalecer la razón natural en todas las legislaciones. Comprende los derechos derivados de la naturaleza humana, o como quien dice, los derechos naturales del hombre. Era el derecho que podían invo-

car todos los peregrinos por la razón perspicua de ser hombre. Era la fuente de lo que hoy denominan los tratadistas Derecho Privado Humano o Derecho Internacional Privado.

Pero la esencia, la causa inmediata de aquella transformación, la que la hizo posible, fue la facultad concedida al pretor para crear fórmulas, basadas en la presunción y que, por medio de ficciones, permitían la derogatoria de las viejas leyes consideradas injustas e inaplicables en determinado caso (Leist-Derecho Greco-Romano).

El antiguo pretor urbano se vió agobiado de asuntos, era insuficiente, pues la multitud siempre creciente de hombres de todas las nacionalidades que llegaban a Roma atraídos por el comercio, por las artes, por la conquista, por el lujo y la riqueza, en perspectiva de otros horizontes, reclamaba nuevos estatutos, nuevas fórmulas y soluciones a los problemas múltiples y numerosos que surgían por la fuerza de esas mismas circunstancias. Así se creó a principios del siglo VI, un nuevo pretor con funciones complejas, por lo que resultó insuficiente, hasta haber quedado sólo conociendo de los asuntos relacionados con la protección, la defensa y el cuidado de los extranjeros con el nombre de Pretor Peregrinorum e investido de dos poderes, cuya importancia fue decisiva y trascendental en la transformación de que nos ocupamos, pues fue nada menos que investido del Jus Edicendi y del Jus Judicandi, lo que quiere decir que tenía la función de establecer el derecho y de aplicarlo (Impe-

rium y potestas). "De suerte que tenía la facultad legislativa de establecer el derecho y la potestad administrativa para aplicarlo".

Las reglas jurídicas establecidas por el pretor se escribían en el album, que era una pared blanca estucada situada detras de su asiento, y así escritas se llamaban Edictum Perpetum.

Quando no estaba comprendido el caso en éstos la regla especial que dictaba, que podía tener el mismo carácter después, tomaba el nombre de Edicta Repentina. (Zeballos. Ob. citada).

Muchas veces el pretor se limitaba a dar simples consejos u opiniones sobre los casos sometidos a su consideración y entonces constituían los Edicta breviora et monitoria o paerentoria, que resolvían definitivamente el caso cuando no aparecían las partes. Estos cuerpos de doctrina se aplicaron generalmente en casos análogos por el mismo pretor, y cuando lo hicieron los predecesores tomaron el nombre de edicta traslatitia; pero no todas las veces el nuevo magistrado se conformó con las reglas establecidas por su antecesor y dictaba otra que tomaba el nombre de Nova.

En tal forma, pues, se operó la transformación de derecho romano que llamamos hoy, gracias a la facultad de asimilación de los romanos y a la concepción de nuevos postulados, por lo que su derecho viene a ser la concreción de la ciencia jurídica de las civilizaciones que le precedieron, con la fisonomía original de su genio. Con razón dice Zeballos, citando a Holz y Rivier, que "este derecho desarrollado sucesivamente desde el siglo VI hasta la ley general de naturalización de todos los extranjeros del orbe ro-

mano, dictada por el Emperador Antonio, desde el 510 hasta el siglo III antes de J. C. es el fruto más maduro del Derecho Romano, es el origen del derecho Civil práctico, cuyos principios permanecen eternos y universales, pues reconoció la libre voluntad del hombre por medio de la naturaleza de las operaciones jurídicas".

Pero no sólo Roma Desarrolló aquel derecho. El comercio ganó su parte gracias a las relaciones pacíficas de ella con otros pueblos civilizados, pues ya sabemos que aquel estado sostuvo un intenso comercio con todos los pueblos conocidos, lo mismo que celebró tratados de esta índole con ellos, pasados en el respeto mutuo y en la igualdad jurídica.

.....

CAPITULO V

LOS PEREGRINOS. SU POTESTAD CIVIL.

Ya hemos visto a grandes rasgos la forma en que el derecho de gentes evolucionó en Roma y como se transformó también la situación del extranjero. Pero como todos no gozaban de los mismos derechos y existían diferentes clases de peregrinos, conviene a nuestro estudio analizar por separado cada una de ellas, para complementar o completar nuestro trabajo.

Antes dijimos que no todos los habitantes de los pueblos conquistados gozaban de las mismas prerrogativas, apesar de que los textos romanos comprenden bajo la denominación única de peregrinos, a los individuos que no participaban de la plenitud del derecho Civil. Roma trató en condiciones jurídicas superiores a los habitantes de las poblaciones itálicas, que a los de otras provincias más lejanas, consideradas fuera del orbis romanus. De ahí que muy acertadamente el Profesor Weiss, refiriéndose a la condición jurídica de los pueblos conquistados por Roma, dijera: "Es permitido decir, de una manera casi absoluta, que la extensión de su capacidad estaba en razón inversa de su alejamiento de la capital. Entre las ciu-

dades italianas unas habían recibido el derecho de ciudadanía en toda su plenitud; otras habían sido admitidas, *jure latii* o *Jure societatis*, al goce de ciertos y determinados derechos civiles en el territorio romano. Fuera de Italia, al contrario, las provincias eran administradas como territorios conquistados y sus habitantes se hallaban, con raras excepciones, en situaciones jurídicas muy inferiores a la de las poblaciones itálicas".

Nos ocuparemos de las diferentes clases de peregrinos. Esto es, del peregrino ordinario, del *latini veteres* y del bárbaro.

CONDEICION DEL PEREGRINO ORDINARIO.- Eran llamados así los habitantes de las provincias incorporadas a Roma, pero a las cuales no se había extendido el beneficio del *Jus Latii*, y a quienes la ley reconocía de todas maneras facultades inherentes a su condición de hombres, indispensables para su existencia y basadas en el derecho natural. En síntesis, el *Jus Gentium* que podía invocar todo extranjero por pertenecerle. Estaban excluidos, pues del *Jus Civile*, propio del ciudadano romano. Para entender mejor la cuestión vamos a estudiar los derechos comprendidos en el *Jus Civile* y el *Jus Gentium*.

El *Jus Civile* comprendía los derechos políticos o sean los de participar en las elecciones (*Jus Suffragii*) y ocupar magistraturas (*Jus Honorum*). Solamente los ciudadanos romanos podían ocupar el gobierno de la República por razones elementales, y de ahí que se excluyera al extranjero. Otras facultades tenían un carác-

ter exclusivamente privado que hacían relación a todos los actos de la vida civil, como son: el Jus Connubii, que es el derecho de contraer justas nupcias, reservados a los ciudadanos; el jus commercii, que era el derecho del ejercer el comercio. Qué importancia tenían esas facultades y que consecuencia producían para el extranjero? Veámoslas.

Solamente en el caso de una concesión especial, el extranjero podía contraer justae nuptiae, pero la regla general era la incapacidad y así el matrimonio contraído por él no producía ninguno de los efectos civiles inherentes a aquel. La mujer no caía bajo la manus y sus bienes eran inenajenables porque no tenían el carácter de dotales. Los hijos habidos del matrimonio escapaban a la patria potestad, que en el derecho romano era una institución creada en favor del padre; siendo la base del régimen romano el parentesco civil, la agnación tampoco se producía y por lo mismo el extranjero era incapaz de recibir o transmitir abintestato, ni podía adoptar ni aborgar, pues esto importaba la patria potestad que negaba el derecho civil.

Excluido el peregrino del comercio no pudo adquirir la propiedad del derecho civil, o sea el dominio ex jure quiritium. Es conveniente advertir que esta prohibición carecía de importancia en lo que se refiere a los fondos provinciales, adquiribles solo por los que gozaban del beneficio del Jus italicum, ya que ni a los ciudadanos romanos les estaba permitida, y en esas condicio-

220

nes ni para el uno ni para el otro tenía interés. La Mancipatio y la Cessio in Jure y en general los modos de adquirir del derecho civil les estaban vedados, lo mismo que la adquisición por usurpación, por testamento, por adjudicación en las acciones communi dividundo familiae erciscundae y finium regundorum; no podían comprometerse por la fórmula verbal reservada a los ciudadanos: de spondes, spondeo, y acaso tampoco podían intervenir en ciertos contratos litteris (Weiss).

Por medio del Jus Gentium el peregrino gozaba de ciertas facultades, referentes una al derecho de familia y otras al patrimonio. De tal manera, que podía unirse a una peregrina ó a una romana en una forma regular por medio del matrimonio de derecho de gentes. Si bien es cierto que inferior al de Justae Nuptiae, no dejaba de producir efectos importantes, como la igualdad de condiciones entre los cónyuges y la obligación de la mujer de guardar fidelidad, so pena de castigo. En efecto, la Ley Julia de adulterio, castigaba éste con penas severas. Se diferenciaba del concubinato, pues podía invocar la ley peregrina en muchos casos. Sus hijos no eran naturales y ejercía sobre ellos algo así como la patria potestad; podía suceder y transmitir ab-intestato y hasta adoptar, pero todo, como hemos dicho dentro de su ley. Los incapaces estaban sometidos a tutela o curatela. Podían adquirir un derecho real, inferior a la propiedad verdadera, y en esta forma podía amparar la posesión por medio de una reivindicación útil.

En las mismas condiciones podía ser titular de un derecho de servidumbre personal o predial, del derecho de enfiteúsis, ó de superficie, ó de hipoteca y por consiguiente de los modos de adquirir del derecho de gentes: la ocupación y la tradición, que fueron aumentados por la proscriptio longi temporis.

En cuanto a su propiedad se preguntan algunos autores sí, siendo el peregrino dueño de un patrimonio, podía disponer de él por testamento. Unos están por la afirmativa y otros por la negativa, mas nosotros afirmamos que sí, pero distinguiendo.

Es necesario saber primero si el peregrino tenía nacionalidad conocida o nó. De tenerla, podía testar conforme a las prescripciones de su propia legislación; en caso contrario, como bien apunta Ulpiano (Reg.XX 14), no siendo ciudadano romano no podía testar como tal y no teniendo ciudadanía ^{nía} conocida tampoco, carecía de ley nacional. De manera que el caso último no podía como lo uno ni como lo otro, luego carecía de ese derecho. Esto se aplicó a los dediticios especialmente, súbditos de pueblos vencidos que, tratados como tales, sólo gozaban de ciertas prerrogativas concedidas graciosamente por los vencedores.

Podían los peregrinos obligar y comprometerse en los contratos consensuales y reales y les estaban abiertas las acciones inherentes a su cumplimiento, en forma verbal, y siempre que no usaran la fórmula spondeo, spondeo que, como se ha dicho, estaba reservada a los ciudadanos romanos. Como la mayoría de los contratos

dependían del Jus Gentium con mayor razón podía el peregrino celebrarlos, lo mismo que extinguir las obligaciones, pues el modo de extinguirlas dependía del mismo derecho.

En lo penal fue más amplio el derecho, pues por una afición, cuyo efecto era considerarlos como ciudadanos romanos, podían intentar las acciones furti, injuriarum y de la Ley Aquilia, cuya organización se debía al derecho civil. La acción injuriarum podía ser intentada hasta por los habitantes de provincias conquistadas, como lo demuestra el siguiente e interesante hecho referido por Zeballos: "En 1872 M. Foucart descubrió y publicó un senatus-consultum, inédito, del año 384 de Roma titulado de Thisbae, ciudad de Beocia, situada en Grecia al pié del Monte Helicón. El Pretor Cayo Lucrecius había puesto en prisión arbitrariamente a tres mujeres de la ciudad de Thisbae. El Senado les dió el consentimiento para demandar a Lucrecius ante el pretor peregrino por la actio injuriarum. Al respecto dice el autor en cita: "La inscripción de Foucart tiene de noble, además de la acción de responsabilidad civil, el principio político de que no era posible demandar al magistrado por actos administrativos sin la autorización del senado, lo cual muestra el origen de la autorización de nuestros congresos, requerida en estos tiempos".

A tal punto llegó la consideración por el extranjero en la institución del Jus Gentium.

CONDICION DEL PEREGRINO LATINO.

La condición jurídica del peregrino latino es intermedia

entre el ciudadano romano y el peregrino ordinario, y se distinguen tres clases desde el punto de vista de su origen, a saber : latini veteres, latini coloniari y latini juniani, de los cuales nos ocuparemos seguidamente.

LATINI VETERES. Para estudiar la condición de estos peregrinos es necesario tener en cuenta dos épocas: la primera, es la de la confederación y la segunda, la de la conquista. La una es el resultado de una alianza bajo un pie de igualdad y la última constituye la sumisión de los habitantes del Lacio a Roma. Durante el primer período gozaron de prerrogativas casi iguales a la de los ciudadanos romanos, tenían el jus connubium, el jus suffragii, y el jus commercii, es decir, podían adquirir por los medios del derecho civil. Esto sucedió a partir de la batalla de Régile, en que Roma celebró un tratado con el Lacio, en igualdad de condiciones.

Pero aquella situación no perduró y en el año 416, con la guerra latina, desaparecieron los derechos concedidos por el tratado y los habitantes del Lacio recibieron el trato de vencidos. Sin embargo, más tarde se les concedió el derecho al comercio, que caracteriza la diferencia entre el latino y el peregrino ordinario. El Jus Latii llegó a constituir una ficción especial y fue concedido a ciudades situadas fuera del Lacio, en la misma forma que a sus habitantes, y no desapareció ni con el otorgamiento del derecho de ciudad a éstos por medio de las leyes Julia y Plautia de Civitate. La característica especial, pues, de estos peregrinos e-

ra la de gozar del Jus commercii, en la segunda fase, después de haber perdido las prerrogativas que les otorgaba su primera situación. No era poco para estos habitantes del Lacio el goce de ese derecho si se tiene en cuenta que su afición principal era la del comercio.

LATINI COLONIARIII. Eran los habitantes de las colonias Romanas que habían renunciado a la patria voluntariamente, o condenados a una multa que rehían su pago expatriándose, o hijos de familia designados por sus padres para ello, en los cuales se operaba de jure la pérdida de la ciudadanía, por un lado, y la adquisición de la calidad de latinos por otro. Sufrían una especie de *capitis diminutio media*.

En la última faz de su historia estos peregrinos fueron asimilados a los latini veteres con el otorgamiento del Jus commercii, que hacía igualmente su situación mas ventajosa que la de los ordinarios.

LATINI JUNIANI. Los libertos, sin las reglas jurídicas de la manumisión y cuya condición vino a legalizar la ley Junia Norbana ahí por el año 671 o 772 de Roma, de la cual tomaron el nombre de Juniani, tenían una condición inferior a la de los latini coloniari, con los cuales se les quiso asimilar. Pero mientras éstos podían testar y recoger el beneficio de una herencia por la facultad que les daba el Jus Commercii, el Juniani carecía de esos derechos, a menos que se hiciese ciudadano romano en vida del patrón

o dentro de los cien días siguientes a su muerte, ya que no haciéndolo sus bienes pasaban a aquel jure peculii. Sin embargo, los fideicomisos obligatorios le brindaban un medio tácito de burlar los rigores de la Ley Junia, desde luego que podía ser instituido como tal.

CONDICION DEL BARBARO. La condición del bárbaro, o lo que es igual, la de los habitantes con los cuales Roma no mantenía relaciones algunas y que por lo mismo desconocían sus leyes y se negaban a su cumplimiento, carecía en absoluto de derechos; aún los otorgados por el Jus Gentium. Pero esta situación debió corresponder a la época intermedia del derecho, pues con el tiempo el Jus Gentium llegó a ser más liberal y más humano a medida que los pretores le introdujeron, por asimilación necesaria, las instituciones jurídicas de todos los pueblos. No podía ser de otra manera. Aquí podemos repetir con Zeballos que "en ningún país ha sido más exclusivo que en Roma el derecho a la ciudadanía. Era un privilegio político y social. Una ley de las doce tablas disponía que las leyes debían ser generales y no para favorecer a personas privadas. El privilegio de la ciudadanía no se otorgaba, por eso, individualmente: lo acordaba Roma por tratados, a otras ciudades o países, como entidades políticas. Las restricciones fueron cayendo en desuso sucesivamente, y la ciudadanía, votada al principio a proposición de los reyes por el pueblo, fue concedida más tarde por acuerdo del senado (Senatus Consultus) y por la ley. La misma naturali-

zación individual fue impuesta por el desenvolvimiento social, y degeneró en un elemento explotado por las ambiciones sin escrúpulos y por los factores de la degradación política. Pompeyo, Cesar y Mario, se sirvieron de ella. Calígula la vendía y hasta Mesalina la utilizó para satisfacer su concupiscencia. Caracalla, finalmente, dictó la regla universal que he citado; y los emperadores posteriores profanaban, según la frase de un autor, la calidad de ciudadano. No obedecía ciertamente la medida de Caracalla a un alto ideal filosófico y político, como la de Alejandro el Macedónico, sino al propósito final del aumento de la renta, por el número de ciudadanos que la pagaban".

En tiempo de Justiniano, según Otorlán, existía aun el derecho introducido por Caracalla. No se distinguían ya de los ciudadanos sino los pueblos verdaderamente extranjeros, los barbaros, como los persas, vándalos, godos lombardos y francos. Los extranjeros gozaban en esta época del Jus Gentium.



CAPITULO VI

ORIGENES DEL FEUDALISMO.

Aquel poder universal de Roma, aquella expansión política y aquella civilización fueron heridos de muerte con el advenimiento del germanismo allá por el siglo V de nuestra Era. Lo que pareció imposible en un principio, se hizo cruda realidad y aquel vasto imperio, aquella cultura de siglos desaparecieron, víctimas de la fuerza y la barbarie. La etapa luminosa vuelve a desaparecer, eclipsada por las sombras que proyectaron sobre el mundo civilizado las hordas salvajes sedientas de destrucción y de muerte. La fuerza armada con el hierro sustituyó, ayer como hoy, la fuerza espiritual de la justicia y del derecho. El siglo V marcó el largo estancamiento de la civilización, y la humanidad permaneció en el oscurantismo durante siete siglos, hasta que el faro luminoso, oculto y olvidado, volvió a proyectar su luz benéfica sobre el espíritu de los hombres. Como un tesoro oculto aquella admirable conquista del derecho del Jus Gentium, sustituido por la ley personal, fue descubierto después de aquellos siete siglos y volvió a entrar en función mejorando así la vida del extranjero

frente a los estados europeos.

Como se operó aquella catástrofe?

Sus orígenes debemos buscarlos necesariamente en Germania, de donde los germanos se desplazaron por todo el occidente, para conocer las costumbres que trajeron al suelo galo. Allí encontraremos la razón de ser de la condición de los extranjeros durante ese período que la historia llama del feudalismo.

La asociación era la principal característica de las heredas germanas. De ahí, a no dudarlo, arranca el origen de su nazismo actual. "Todos los hombres libres estaban repartidos en cierto número de asociaciones, en las cuales reinaba la mas estrecha solidaridad y que se agrupaban en torno a los guerreros más ilustres" (Weiss, Manual de Derecho Internacional Privado). Era tan perfecta aquella solidaridad que la asociación a que pertenecía el individuo se hacía cargo de pagar las indemnizaciones de cualquiera de sus socios, si él o sus familiares estaban en incapacidad de reparar el mal causado a otro. A la inversa, toda la asociación reclamaba el pago de perjuicios causados a cualquiera de sus miembros. Es oportuno observar que aquellas organizaciones tenían su razón de ser, si tenemos en cuenta que entre ellas no existía un gobierno central y esa deficiencia era llenada en la forma dicha, pues así se hacía respetar el derecho de cada uno.

Quiénes eran y como vivían los extranjeros en aquellas sociedades?

229

Todo hombre libre debía formar parte de una asociación y en caso de no hacerlo era considerado como Warganei-extraño- aún habiendo nacido en el propio suelo de la asociación. En principio no tenía derecho alguno que invocar, y por lo mismo podía ser condenado a muerte por la menor infracción, maltratado por los miembros de la tribu por fútil motivo ó expulsado del lugar (Burgo) en donde hubiera fijado su residencia, así lo irreprochable de su conducta nada tuviera que pedir. Sin embargo existía una institución que mejoró un tanto aquella precaria situación y la cual guarda alguna similitud con el Patronato que hemos estudiado en derecho romano.

El warganeus podía buscar el patronazgo de un hombre libre de una asociación, pues los que no pertenecían a ninguna eran considerados como extranjeros, que respondiera en adelante por sus delitos y se comprometiera a pagar la indemnización (Wehrgeld) que pudiera deber a causa de sus actos. Para conseguir la protección de un germano, no confrontaba el Warganeus muchas dificultades y le bastaba habitar durante tres noches (algo así como el trontio romano) en su casa, para que nacieran los vínculos inherentes a esa institución. La mayoría de esas tribus eran nómadas y por esa razón las vemos desparramarse sobre el suelo de Europa y llegar así hasta Francia y España.

En Francia, por ejemplo, se estableció una de ellas, la de los francos que tornó su vida nómada por la sedentaria y llevó

las ideas y costumbres de sus parientes los germanos de los cuales procedían. Se hizo propietaria de la tierra que defendía contra los invasores del exterior. Su legislación continuó siendo la misma y el extranjero en la Galia continuó careciendo de derechos. No podía portar armas, casarse con una mujer franca, no tenía la patria potestad sobre sus hijos-que no eran legítimos-, no podía instituir ni ser instituido heredero. De la negativa legal de heredar o transmitir sus bienes por causa de muerte, suponen los tratadistas el origen del derecho de Albania, que encontraremos en la legislación medieval.

La persona del warganeus no gozaba de garantías y la tarifa del Wehrgeld fijada por la ley sálica, variaba según la nacionalidad de la víctima. Según Weiss, el extranjero en esta nueva situación estaba a merced de la fuerza y de la arbitrariedad si no se colocaba bajo el patronato de un rico propietario o de un guerrero franco, cambiando en esta forma su independencia por una protección relativa.

Pero después de todo existían diferencias apreciables, originadas porque los francos, con el cambio de vida, no tuvieron tiempo de convertirse en legisladores, mas cuando al establecerse en el suelo galo, tuvieron que hacer frente a los extraños y a los propios en miras de conservar la paz. Así se apropiaron y acogieron en materia de extranjería las leyes de otros pueblos, lo que equivalía a establecer el sistema de la ley personal. De tal modo

que al romano se aplicaba la ley romana, al burgundo la burgunda, al sálico la sálica etc.. Este estado de cosas supervivió durante varios siglos, mejoró en el siglo IX y vino a transformarse definitivamente con el establecimiento del feudalismo, sucediendo a la aplicación de la ley personal la de la territorialidad. Nace entonces un nuevo sistema, cambian las costumbres y el hombre se convierte en esclavo de la tierra. Se aferra a ella creyendo poseerla, pero en realidad no hace otra cosa que ser poseído; pues bien sabido es que el feudalismo reposa en el predominio de la tierra. Bien claro lo ha dicho Michelt hablando del Sistema feudal, en sus Orígenes del Derecho Francés: "La tierra, es todo en el sistema. El hombre le está adherido; ha nacido en la roca sobre la cual se levanta su campanario. Ninguna tierra sin Señor, ningún Señor sin Tierra: sigue su calidad y lleva su nombre. El la posee; pero en realidad es poseído por ella. El fiero varón está subordinado a los usos de la tierra. El sistema feudal es como la religión de la tierra".

Facilmente se comprende la forma en que se operó la transformación del antiguo derecho bárbaro y así mismo como nació y se desarrolló el feudalismo. Por ley natural las distinciones de raza se atenuaron y con el andar del tiempo se fusionaron las personas y las costumbres. Los señores que habían recibido de los Monarcas francos la tierra a título vitalicio, la hicieron hereditaria y se apropiaron por su propia voluntad de la tierra y de sus

personas, sobre las cuales reinaron. Se convirtieron en legisladores. En su obra "Histoire de Droit," dice Laferriere que "cuando los condes y los duques llegaron a ser propietarios de los condados y los ducados, la personalidad de la ley germánica se borró gradualmente ante el establecimiento del gobierno hereditario local. El franco, el visigodo, el borgoñón, no pudieron ya invocar su ley personal y nacional, pues su nacionalidad individual cesó de ser distinguida en el feudo. Los borgoñeses, los visigodos ó los francos eran simplemente los habitantes, los hombres de la tierra perteneciente al Señor. La ley de este Señor, fue así, la ley de aquellos hombres".

Veamos ahora la condición del extranjero bajo el sistema feudal.

Desde el advenimiento del sistema de que nos ocupamos, se consideró extranjero a todo individuo que abandonaba el señorazgo donde había nacido para establecerse en otro. En vigor la ley territorial, desde el mismo instante quedaba sometido a ella. Entre sus obligaciones principales una de ellas era la de comparecer ante el Señor al año y un día para ofrecerle sumisión, o lo que es lo mismo, hacer acto de vasallaje (aveux), so pena de que el Señor o dueño de la tierra lo adquiriese por su hombre y hasta le confiscase sus bienes, total o parcialmente. Esta condición, que gracias a la influencia del cristianismo mejoró progresivamente, variaba, según Weiss, hasta el infinito, según las costumbres y el capricho de los

señores, y así unas lo declaraban siervo y otras se contentaban con someterlos a cargas y censos.

Además de la prestación de derecho común llamado Tenure, que era algo así como el pago o censo que el extranjero debía al Señor por el uso y goce de la tierra, pesaban sobre él otras cargas de no menor importancia como la Cavage y la Formariage. La primera debían pagarla todos los jefes de familia, bastardos o albanos, y la segunda los que contrajeran matrimonio con prescindencia de la ley o derecho del Señor y cuya licencia para efectuarlo tomó este nombre. Una de las incapacidades más importantes que afectaban al albano era la que hacía referencia al derecho de sucesión, que se designaba especialmente con el nombre de derecho de albinage. De conformidad con aquel estatuto el albano no podía transmitir una sucesión en la época feudal, y por lo mismo era incapaz de testar. El señor era propietario legal de cuanto aquel poseía y a la muerte del albano los bienes que hubiera podido adquirir debían ser entregados al Señor que "no debía ser perjudicado con las liberalidades de aquél". Hay cierta analogía desde este punto de vista entre el extranjero y el latino juniano: *Liber vivit; servus moritur*. Pero esta incapacidad sufrió sus atenuaciones, como la de aceptar que el derecho sucesorio del señor no prevaleciera con relación a los descendientes del albano, y llegó a admitirse que este dispusiera de sus bienes hasta la concurrencia de cinco sols, si bien es cierto que para evitar la excomunión

y asegurar su salvación eterna la Iglesia debía participar de aquella ridícula cantidad.

Podemos afirmar, pues, que la situación del extranjero durante el predominio feudalista, no tenía nada de halagadora y que no fue tampoco mejor en el período correspondiente a la Monarquía, apesar de haberse apropiado ésta el derecho de Albania en función de soberanía y dignidad, sobre los barones, duques y demás señores feudales.

Esa situación, como le veremos en los dos capítulos siguientes, solo vino a ser menos precaria en época avanzada de la antigua monarquía francesa.-



235

CAPITULO VII

USURPACION DEL DERECHO DE ALBANIA POR EL MONARCA.

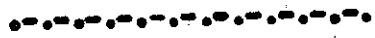
El derecho de Albania que, como hemos visto, no era otra cosa que el conjunto de disposiciones que regulaban las relaciones del extranjero en el estado feudal, y que por lo mismo fue una creación de los Señores cuando resolvieron hacerse legisladores y dueños de vidas y haciendas de los súbditos o siervos que habitaban en sus tierras, fue causa principal en la lucha que se entabló entre el monarca y los señores durante mucho tiempo y que culminó, claro está, con el triunfo de la Monarquía por razones fáciles de comprender.

El beneficio que reportaba al Señor la interesada protección al extranjero que habitaba en sus dominios, provocó la ambición real, pues el Monarca cayó pronto en la cuenta de que él y nadie más debía ser el protector de tan lucrativos servidores. Fue así como se inició una larga lucha, de una parte al señor y de otra la corona, lucha sin nobleza y sin beneficio apreciable para el extranjero.

No faltaron argumentos y falsas razones poderosas, sin

contar el bien que se trataba hacer-según ellos- al albano, llamado desde el primer momento de la lucha a todo extranjero residente en territorio frances, para justificar esta burda lucha de ambiciones. Pero la verdad de todo estribaba en el celo del monarca, por sofocar cualquier hecho que pudiera enriquecer y engrandecer a los señores, llevado por un razonable instinto de conservación de su parte. No faltó tampoco la argumentación jurídica en la consecución del fin que se proponía la corona.

Le concedió derecho al albano para que cuando lo considerase necesario reclamara el patronato del rey, a condición de prestarle sumisión (*lui faire avou*), para que en esta forma escapara a la opresión y al deseo desmedido de lucro de los señores feudales. Así gozarían de ridículos derechos los señores en todo el reino de la Francia, pues como hemos dicho antes, desde el mismo momento de iniciada la lucha fue considerado como extranjero todo nacido fuera del reino francés. Pero no se contentó con esto el Rey. Conseguido lo anterior obligó a los señores a reconocer el derecho exclusivo de patronato en su persona. Y Así, en una disputa que debió subsistir desde el siglo XIII hasta el XVI y tal vez después, el derecho de albania que fue originariamente señorial pasó a ser un atributo del rey, agregando, según la expresión de Bacquet, acalorado defensor de la Monarquía, un nuevo florón a su corona.



C A P I T U L O VIII

CONDICION DEL ALBANA BAJO EL PATRONATO DEL REY.

Pero en principio la situación política del albana no mejoró con el nuevo orden de que se le hizo víctima. No podía ocupar puestos públicos, ni gozar de beneficios ni de granjas del rey o de la Iglesia. En la misma forma las dignidades eclesiásticas y militares les eran negadas, y lo que es peor, se les permitía estudiar la abogacía en las universidades francesas, pero no prestar el juramento como tales ni ejercer la profesión dentro del reino.

En cuanto a los derechos privados la situación de inferioridades era menos dura y desairada frente a los verdaderos ciudadanos, pero esto en una época bastante avanzada de la monarquía, pues encontramos una mezcla de disposiciones en el antiguo derecho, originarias de las legislaciones germánica y romana. La olvidada, o mejor, desconocida legislación romana hace su aparición y sus sabios principios sobre derecho de gentes y derecho civil, adquieren carta de ciudadanía, sobre todo durante el reinado de Felipe el Hermoso, quien le dió impulso al estudio del viejo, pero inmortal, derecho romano.

La interpretación y aplicación ^{del} Digest y de toda aquella sabia legislación vino a mejorar la condición civil del extranjero. Resucitó la distinción entre Derecho de gentes y Derecho Civil, en la forma casi perfecta en que lo aplicaron los propios romanos. Los albanas, según esto, eran capaces de todos los contratos amparados por el derecho de gentes, aunque les estaba vedado intervenir, como en la misma Roma, en aquellos actos propios de los ciudadanos.

Consecuencias de esa situación algo mejor, que la anterior, era para el albana la de poder contraer en Francia un matrimonio válido con una mujer que estuviera en las mismas condiciones, y hasta podía hacerlo incluso con una francesa, siempre, eso sí, que obtuviera la previa autorización real pagando el correspondiente derecho de Formariage, que existía desde la época feudal. El matrimonio contraído con una francesa, por un extranjero, sin la previa del Rey, lo hacía acreedor a una multa de Sesenta sols parisís. Sin embargo, todo indica que el derecho de Formariage sólo existió hasta principios del siglo XVI, apesar de que nunca fue expresamente renunciado por la autoridad real, por lo que Luis XIV, para legalizar los nuevos impuestos cobrados a los albanas, alegó que los de formariage y cavage no habían dejado de ser exigibles.

Con la aplicación del derecho de gentes, creado por los romanos, resucitaron, como hemos dicho, sus disposiciones. En consecuencia, la patria potestad y la tutela estaban prohibidos a los

239

albanas por ser atributo del derecho civil, como la adopción, que dejó de existir desde tiempo anterior a la aplicación de estos principios. En general les estaba prohibido adquirir o transmitir mortis causa, si bien podían hacerlo por donación entre vivos. En síntesis, el albana llegó a tener iguales derechos en Francia que el peregrino en Roma. Excepcionalmente, cierta clase de extranjeros, por tratados especiales, llegaron a poder transmitir por testamento y en los últimos años de la Monarquía la generalidad podía hacerlo por testamento a favor de sus herederos regnicolas. Ya, pues, en las postrimerías de la Corona, la condición del extranjero fue mejorando, a medida que la civilización ahondaba en el pueblo francés, como sucedió en los otros países que hemos estudiado. El comercio, las ciencias y el intercambio obligado de ideas, mejoraron las costumbres y la labor de los juristas y revolucionarios descubrió un nuevo panorama llamado a abrir ancho cauce en el mundo e imponer una seria transformación con la fuerza poderosa de las nuevas necesidades humanas. La revolución francesa, fruto de la filosofía del siglo XVIII, destruyó la vieja estructura jurídica, basada en la diferenciación de hombres y castas, para establecer la igualdad social y los derechos inalienables del hombre bajo el manto de la justicia universal.

Desde entonces la desigualdad del extranjero en Francia dejó de existir, y por lo mismo fueron abolidas valerosamente las arcaicas disposiciones que consagraban aquella injusticia resul-

tante de la ambición e ignorancia de los tiempos, sepultadas luego por el huracán salvador de la transformación jurídica.

En todas las etapas de la historia, la situación civil del extranjero dejó de ser precaria a medida que la civilización canalizó la conciencia y la estructura social de los pueblos. Por lo mismo no sería aventurado afirmar, que el grado de cultura de una nación puede estudiarse a través de las disposiciones que informan su derecho privado humano. En la misma forma, y mas o menos en sus características generales, fue transformandose el derecho de gentes en los demás pueblos, aguijoneados por nuevas situaciones, hijas de las relaciones comerciales tan necesarias entre uno y otro estado.

Las leyes españolas expedidas por Alfonso el Sabio, justo es decirlo, sobrepasaron en humanidad y justicia a las de otros pueblos contemporáneos. Pero en su generalidad y en la forma como fueron expedidas, no difieren mucho de los motivos y circunstancias que obligaron a las otras naciones. Es como un repetir de necesidades, algo así como la imposición de determinados preceptos en etapas semejantes. La repetición de la historia en dilatados períodos de la vida del género humano.

Se nos dirá que la legislación sobre extranjeros vigente en España, en la época que precedió a la revolución francesa, era prohibitiva a sus colonias. Esto es verdad. Mas, ello se debió a la situación de guerra de esos tiempos y a razones de conserva -

ción de los dominios de ultramar. Un enorme error, por cierto. Pero eso sólo en lo que hacía relación al extranjero en las colonias, pues esa sabia disposición que conocemos con el nombre de Derecho Indiano, no pudo ser más suave, humanitaria y justa en lo atañedor a los indios y criollos. Lo que sucedió, la verdad absoluta de tantas injusticias, está en que los encargados de aplicarla olvidaron el espíritu de justicia y equidad que le informaba, cegados por una desmedida ambición de lucro, convertidos en criminales para saciar la sed implacable de oro que los consumía.

Bien merece un detenido estudio esa sabia y admirable legislación, en el que no adentramos por encontrarse alejado de nuestro tema, mas nos prometemos dedicarle un poco de tiempo pues allí tienen su génesis muchos postulados y costumbres, con vida hoy en la legislación actual colombiana.

Antes de entrar al estudio de las naciones modernas sobre extranjería, en términos generales, conviene observar, como lo hemos apuntado, que ese derecho sufrió en casi todos los países europeos, por no decir en su totalidad, la misma transformación que hemos estudiado en Francia y España. Esa transformación jurídica que aún se opera en nuestros días, comenzó con la decapitación de Carlos I en Inglaterra el año de 1649 y tuvo su manifestación clara, definitiva y fatal en la revolución francesa de 1879. Desde entonces para acá los factores determinantes de aquella modalidad, han buscado nuevos cauces para desbordarse en una urgencia cons -

tante de superación y perfeccionamiento, hasta crear una concepción jurídica en todos los campos del derecho y en persecución de la verdadera justicia universal.

La revolución francesa fue la resultante de las doctrinas filosóficas expuestas por los grandes pensadores del siglo XVII. Hobbes, Groccio, Montesquieu, Russeau, o como quien dice los enciclopedistas, gracias al invento de la imprenta y de la brújula, fueron los llamados a crear una nueva conciencia popular, debido a la forma fácil y clara de exponer sus ideas y a la difusión de las mismas por los nuevos medios existentes. El Contrato Social perfeccionado por Russeau y la teoría de la separación de los poderes elevada a sistema por Montesquieu, cambiaron la fisonomía política que duró hasta el siglo XVI. La revolución inglesa de 1688 y, como consecuencia de ésta, la francesa de 1789, fueron la válvula de escape de aquella acumulación subjetiva de dos siglos. La multiplicidad de estados que, durante cuatro siglos, buscaron como a tientas una mejor forma de acomodación a las nuevas necesidades y forma de vida, hallaron en la nueva doctrina el remedio contra la injusticia y la opresión. La vieja concepción política estatista se derrumbaba y una nueva forma basada en la igualdad, la libertad y la justicia, irrumpía en el escenario con la irresistible realidad de su fuerza. Las viejas monarquías se venían abajo con estrépito, socavados sus simientos por sus propios vicios e incapacidades, y en su lugar se levantaba la República, con su gobierno del pueblo.

y para el pueblo y con la misión altísima y suprema de garantizar los derechos y libertades de todos los hombres.

Desde entonces para acá la evolución de ha operado ^{inco-} ~~ican-~~ samente, hasta encontrar nuevos caminos que hoy abren las teorías que alienta el derecho nuevo, con sus consideraciones de igualdad entre todos los hombres, basadas en la naturaleza de los mismos y diferenciadas en cuanto a sus capacidades, para proteger la igualdad que pregonan y en cuanto a sus medios para garantizar la soberanía de los pueblos. En otras palabras, parece el individualismo arrollado por las ideas de sociabilidad, respaldadas por el Estado, para garantizar así la libertad, por el intervencionismo. El derecho natural es prohiado por el Estado moderno, pero limitado en guarda de ese mismo derecho. Porque es indudable que la libertad se restringe, siguiendo el concepto de los economistas, a medida que el individuo es objeto de mayores necesidades, por sostener que el individuo necesitado es incapaz, en determinados momentos y circunstancias, de guardar condiciones de igualdad en sus relaciones con los demás. De esa nueva concepción del derecho, de esa nueva modalidad, ha de resultar una sana transformación de las teorías que informan el derecho privado humano, mejorando día a día la condición del extranjero, porque es imposible aceptar que dentro del pensamiento contemporáneo una parte de la maquinaria jurídica permanezca paralizada, mientras la otra trabaja incansablemente hasta el perfeccionamiento. Máxime, cuando uno de los

puntos mas importantes es el que hace relación a esa rama, llamada a solucionar viejos y complicados problemas que han ejercido poderosa influencia en el desarrollo ordenado y constante de todos los estados.

Por lo mismo es fácil comprender que en época de paz, el estado moderno, sobre todo en la comunidad americana, haciendo caso omiso de consideraciones radiales, abra un ancho margen de contacto con los demás en miras de nuevas y benéficas infusiones para su economía. De ahí el interés de los estadistas de este lado del mar, de variar liberalmente la legislación sobre extranjería con la perspectiva de producir un fenómeno inmigratorio capaz de ^{influir} influenciar en forma apreciable en la naciente formación de estos pueblos.

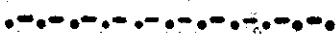
La legislación americana desde este punto de vista, indudablemente es más avanzada que la de casi todos los países europeos, y en su afán de atraer nuevos elementos se manifiesta siempre ambiciosa de nuevas concepciones favorables, presurosa por mejorar y estabilizar la situación del extranjero hasta donde lo permita la seguridad y las conveniencias del Estado.

Como lo veremos luego, esa legislación, producto indis- cutible de las ideas que alentaron la revolución francesa, ha hecho progresos desconcertantes, en lo que hace relación a la libertad total del individuo y en cuanto tiende resueltamente a garantizar derechos ciudadanos, sin distinciones de nacionalidad.

Fuera de unas cuantas incapacidades políticas, el extranjero, en la totalidad de las naciones americanas, goza de iguales

derechos y garantías que los nacionales, lo que no sucede en la mayoría de los estados europeos, si es que actualmente existen tantos con el nuevo orden.

No nos detendremos a estudiar la legislación correspondiente a los estados europeos, porque a decir verdad, para nosotros no existen esos pobres países ocupados y nos repugnaría llamar derecho a la aplicación de la fuerza, que es el sistema predominante en la Alemania nazi. Abriremos un paréntesis y si nos fuere posible, pasada la guerra, volveremos sobre el asunto, cuando ya las democracias unidas triunfen en esta gigantesca lucha empeñada hoy entre la tiranía y la libertad. Por ahora y para el caso que nos ocupa, basta la legislación de estos pueblos jóvenes de América.



CAPITULO IX
LEGISLACIONES MODERNAS.

Derechos: Políticos- Públicos o cívicos-Civiles.

Hemos recorrido las modalidades evolutivas que sufrió el extranjero frente al derecho de los estados desde la India hasta la revolución francesa. Como se habrá observado la condición del extranjero en cada una de las civilizaciones estudiadas sufrió sus eclipses y siempre tendió o mejoró a medida que la cultura, la ciencia y el comercio abrieron surco en la conciencia de cada uno de los pueblos estudiados. Como si dijéramos, un comenzar con cada civilización. Así transcurrieron los milenios y en el peregrinar del hombre sobre la tierra extraña, por múltiples circunstancias, se vio excluido de determinados derechos o resguardado por ellos según el grado de cultura alcanzada en las diferentes etapas de la humanidad en los escenarios de los continentes. Lo admirable, lo asombroso, en ese largo recorrido, es la constancia y la tenacidad del hombre en persecución de una relativa comodidad y felicidad garantizada siempre por el Estado, valido de un ajuste jurídico, si pudiéramos decir, para que reinan, en lo posible, el derecho y la justicia dentro de una relativa igualdad de condiciones. De así que la evolución natural y por lo mismo lenta se viera aguijoneada en intervalos indistintos por movisientos aceleradores en todos los tiempos. La revolución france-

sa, el acontecimiento más importante en el campo del derecho de los últimos siglos, constituyó con éxito uno de ellos. Los postulados jurídicos desde entonces sufrieron esta transformación que aún se opera en el campo del derecho con positivo beneficio para el fin que persigue al hombre en sociedad. Es cierto que la tendencia moderna difiere mucho de la que ganó aquel paso, pero indudablemente a él se debe la posibilidad de ejecutar hoy los más avanzados preceptos dentro de la organización estatal moderna, atrevida en sus aspiraciones.

Así vemos que en nuestros días han desaparecido, casi por completo, las diferencias de obligaciones y de derechos que puedan invocar tanto nacionales como extranjeros, preferentemente en los pueblos americanos, cuyas legislaciones tienden cada día con mayor progreso a extinguir la desigualdad jurídica que caracterizó en este sentido a las legislaciones de otros pueblos y de otras razas.

En las legislaciones modernas los derechos de las personas son de tres clases. Derechos políticos, derechos públicos o cívicos y derechos civiles. Los primeros son aquellos cuyo ejercicio envuelve la soberanía y se refieren a la facultad de elegir y ser elegido, por lo cual en la casi totalidad de los estados, si no en todos, están reservados a los nacionales por razones de seguridad. Por lo mismo están excluidos para ejercerlos los extranjeros.

Los segundos, o sean los públicos o cívicos, son: "aquellos que ponen al individuo en relación con la sociedad sin que haya o-

jercicio de la soberanía" y se caracterizan en la libertad de prensa, en el derecho de asociarse, en la libertad de enseñanza, en la libertad de industria etc., están concedidos a los extranjeros con la sola limitación de no dirigir periódicos, revista o medios de publicidad, que tengan carácter político, bajo la pena de ser declarados como perniciosos y expuestos a la expulsión, según la gravedad del caso.

Los derechos civiles que son aquellos que pertenecen al hombre por el hecho de serlo, por emanar de su propia naturaleza, les están concedidos plenamente. Esto es, que pueden contraer matrimonio, pueden adquirir y poseer bienes muebles y raíces y como consecuencia, testar válidamente en la misma forma y con las mismas limitaciones que los nacionales.

La tendencia moderna, pues, como hemos dicho, es establecer esos derechos para los extranjeros, pero algunos Estados por razones de egoísmo o por motivos diferentes, tienden a concederlos o restringirlos según le sean concedidos o restringidos a sus nacionales en los demás. De tal manera que esto ha dado origen al nacimiento de tres sistemas, en lo que se relaciona con los derechos civiles, y son: el de la igualdad jurídica, el de la reciprocidad legislativa y, el de la reciprocidad diplomática que analizaremos seguidamente.

El de la igualdad jurídica, brinda al extranjero los mismos derechos civiles que a los nacionales, es el más equitativo y acertado, conforme lo dice el doctor Caicedo Castilla, pues encaja ma-

ravillosamente en las tendencias del derecho moderno, cuales son las de conceder iguales privilegios al extranjero frente al nacional. Este sistema, llamado a abrirse campo amplio en todas las legislaciones, es el que prohija nuestra constitución.

Los dos restantes que en el fondo vienen a ser la misma cosa, conceden los mismos derechos al extranjero que se otorguen a los nacionales en el otro país.

Así que si rige el sistema de la reciprocidad legislativa, el extranjero gozará de los mismos derechos que las leyes otorguen al nacional en su país y si el sistema de la reciprocidad diplomática, gozará de los que se concedan en el suyo al nacional, de conformidad con lo convenido en los tratados públicos.

El primero ofrece, entre otros, estos inconvenientes: En el caso de que cada una de las dos legislaciones se refiera a la otra, supuesto en el cual no se sabrá de que derechos gozará el extranjero, como bien lo afirma el profesor Caicedo Castilla, tendremos el caso de una de estas tres hipótesis: 1o.- Que el extranjero goza de los mismos derechos que los nacionales, lo que equivaldría a caer en el sistema de la igualdad jurídica, tanto como rechazar el sistema de la reciprocidad; 2o. Que no existe legislación alguna en el país del extranjero y entonces no gozará de derecho alguno, lo que equivale a una iniquidad; 3a.- Que la condición jurídica de ese extranjero es incierta, caso abiertamente inconveniente. Lo mismo sucedería en el caso de que se prohija el sistema de la reciprocidad diplomática. Luego tenemos que los dos sistemas son inconvenientes

por esos y por otros aspectos y por lo mismo no consultan la tendencia moderna del derecho, que no es otra que la de conceder al extranjero el mayor cúmulo de derechos, por no decir la plenitud de ellos, ya que debido a cuestiones de soberanía no es posible hacerlo por muchos inconvenientes. Pero vistas las conveniencias el Estado moderno, si trata de mejorar la condición del extranjero tanto por razones de derecho natural, como por conveniencia económica, ya que la inmigración, bien reglamentada, produce como consecuencia innumerables beneficios.

Sin contar con las medidas de emergencia debidas al conflicto mundial que estan tomando los países de estos continentes, tenemos que aceptar que sus legislaciones son liberales, expedidas con un criterio francamente favorable al extranjero. La idea dominante, y ello es lo cierto, es la de que necesitamos nueva sangre, mayor población para que la inmensa riqueza acumulada en sus territorios se desarrolle conveniente y rápidamente para alcanzar así el lugar y el nivel económico a que, por lo mismo, tienen derecho.



C A P I T U L O X

DERECHO DEL EXTRANJERO EN COLOMBIA.

Una desmedida hospitalidad- Facilidades para el trabajo.

Colombia, indudablemente, es el país que goza de merecida fama de hospitalario entre sus hermanos del continente; fama que se acrecienta cada día a medida que es estudiado, visitado y conocido por los extraños. Su legislación francamente favorable al extranjero ha facilitado la inmigración de elementos de todos los puntos del mundo, que encuentran en ella facilidades para el trabajo, trato afable y familiar por parte de sus habitantes. Quien viene a habitar entre nosotros, necesariamente se sentirá colombiano al poco tiempo. Eso no es nuevo. Desde los tiempos de la Colonia, ese fenómeno se viene repitiendo con precisión y en forma favorable a la balanza. Muestra del cariño que los extranjeros han tenido por nuestro país, es la de que en los días gloriosos de nuestra independencia las filas libertadoras estuvieron engrosadas por un número considerable de extranjeros, que compartieron el pan de la derrota y el galardón de la victoria con el hijo del blanco, del negro y del indio e hicieron de su doctrina la propia y lucharon con valor y entusiasmo por nuestra patria como si hubiera sido la suya propia. Esto explica claramente nuestro cariño por el elemento foráneo. Como hemos repetido antes, si hoy tomamos medidas perjudiciales

252

coercitivas contra el extranjero, se debe a la necesidad de resguardar nuestra soberanía y a que los países totalitarios desarrollan en todos los demás un espionaje terrible que es necesario evitar para que los males que trae consigo el nuevo orden no nos hagan víctimas propiciatorias, como ha sucedido con otros países, ingenuos si se quiere, que hoy soportan agonizantes el pesado tacón del conquistador. Las medidas tomadas por el Gobierno en defensa de los principios democráticos y por lo mismo de nuestra libertad, no pueden ser más justas y aconsejables. Culpa será de los que no han sabido hacer uso de nuestra hospitalidad y gentileza y que traicionaron los más generosos propósitos de un pueblo que desea vivir en paz pero, eso sí, gozando de absoluta libertad. Que no se quejen los buenos, y recuerden la vieja sentencia: "por pecadores, pagan justos". El Gobierno no ha hecho otra cosa que cumplir con su deber y el legislador al otorgarle facultades extraordinarias, se ha limitado a interpretar el mandato constitucional contenido en el artículo 10 de la Constitución.

Acorde con las tendencias del derecho moderno nuestra carta fundamental ha consagrado el sistema de la igualdad jurídica al derogar los artículos 11 y 12 de la Constitución del año de 1886, cuya interpretación dió lugar a grandes discusiones sostenidas por los más aventajados constitucionalistas de nuestro país. El sistema de la igualdad jurídica, fue acogido desde 1936 en la Constitución al establecer ésta en su artículo 10 que: "Los extranjeros disfrutarán en Colombia de los mismos derechos civiles que se concedan

a los extranjeros". Ya hemos analizado las ventajas que encierra ese sistema por lo justo y equitativo, en orden a las tendencias modernas del derecho.

La reforma, siguiendo el sistema actual, divide los derechos en tres clases: políticos, públicos o cívicos y civiles. Veamos cuales se conceden y cuales no a los extranjeros.

De conformidad con el artículo 10 de la Constitución, ya citado, "los extranjeros disfrutaran en Colombia de los mismos derechos civiles que se concedan a los nacionales. Pero la ley podrá, por razones de orden público, subordinar a condiciones especiales o negar el ejercicio de determinados derechos civiles a los extranjeros. Gozaran asimismo los extranjeros en el territorio de la República de las garantías concedidas a los nacionales, salvo las limitaciones que establezcan la Constitución o las leyes. Los derechos políticos se reservaran a los Nacionales" (Art.5o. A. L. 1936). Los artículos 11 y 12 que son los 13 y 6o. de la Constitución de 1886 y de la reforma de 1936, respectivamente, establecen además que: "El colombiano, aunque haya perdido la calidad de nacional, que fuere cogido con las armas en la mano, en guerra contra Colombia, será juzgado y penado como traidor. Los extranjeros naturalizados y domiciliados en Colombia, no serán obligados a tomar armas contra el país de su origen".- (art. 11)-----"La capacidad, el reconocimiento, y, en general, el régimen de las sociedades y demás personas jurídicas, se determinarán por la ley colombiana (art. 12).

De conformidad con los textos copiados, los extranjeros gozan en Colombia de todos los derechos a excepción de los políticos, siguiendo la tendencia del derecho universal, pues como lo apunta el doctor Caicedo Castilla, en su curso de "Manual de Derecho Internacional Privado", la única excepción existente es la de Rusia, que concede a los extranjeros pertenecientes a las clases obreras campesinas que vivan de su propio trabajo sin explotar el de otros. Está bien que los derechos políticos no se otorguen a los extranjeros, pues como hemos anotado anteriormente, el goce de ellos envuelve el uso de la soberanía y constituiría un peligro para ella el hecho de que un extranjero pudiera elegir y ser elegido y por lo mismo esa medida se justifica plenamente a la luz de los conceptos más avanzados del derecho.

Asimismo se autoriza al legislador para limitar los derechos públicos a los extranjeros por las mismas razones de soberanía.

Tenemos que felicitarnos, por último, de que sea Colombia uno de los países más avanzados en materia de derecho internacional privado y, por lo mismo, haya evolucionado en una forma franca y decidida hacia la conquista definitiva del futuro derecho que no es otro que el derecho privado humano, lo que quiere decir que está aportando su contribución valiosa al mejoramiento de las relaciones de los hombres y de los pueblos. La libertad y la justicia, constituyen, sin lugar a dudas, el más grande orgullo de cada uno de sus hijos.

Que esta raza nueva, pujante, valorosa y buena preciga albergando en su suelo privilegiado el mensaje de hombres de las otras, con ese concepto de humanitarismo que la ha distinguido hasta ahora, y así continuará brindando su aporte civilizador al mundo y a otros pueblos sobre los cuales gravitó hasta ayer la enorme responsabilidad de los destinos humanos. Que mientras la barbarie destruye la obra acumulada en veinte siglos, Colombia, como todos los pueblos jóvenes de América, continúe su avance por los caminos de la cultura heredada en busca de sus propios destinos.



BIBLIOGRAFIA

ANDRES WEISS.-"Manual de Derecho Internacional Privado"
 JOSE CAICEDO CASTILLA.- "Manual de Derecho Internacional Privado"
 ESTANISLAO S.ZABALLOS.- "Notas al Manual de Derecho Internacional Privado de Andrés Weiss"
 RAMON P.DE HOYOS.- "Conferencias de Derecho Internacional Privado dictadas en las Facultades de Derecho y Ciencias Políticas por el autor"
 PASCUALE FIORE.- "Derecho Internacional Privado"
 JULIAN RESTREPO HERNANDEZ.- "Derecho Internacional Privado"
 ANTONIO SANCHEZ DE BUSTAMANTE Y SIRVEN.- "La Comisión de Jurisconsultos de Río Janeiro y el Derecho Internacional"
 ANTONIO SANCHEZ DE BUSTAMANTE Y SIRVEN.- "El Código de Derecho Internacional Privado y la Sexta Conferencia Panamericana"
 JUAN MARINELLO VIDAURRETA.- "El derecho internacional Privado en el futuro Código Civil Cubano"
 CARLOS DE ARMENTERO.- "La Conferencia Internacional de Inmigración e Emigración"
 RAFAEL MENDEZ MENDEZ.- "Emigración e Inmigración"
 RAUL RODRIGUEZ ARAYA.- "El Derecho Internacional del Porvenir"
 ANTONIO JOSE URIBE.- "Derecho Internacional"
 JOSE MARIA SAMPER.- "Derecho Público Interno de Colombia"
 TULLIO ENRIQUE TASCÓN.- "Derecho Constitucional Colombiano"
 CODIGO CIVIL COLOMBIANO
 CODIGO CIVIL CHILENO
 CODIGO CIVIL CUBANO
 CODIGO CIVIL ARGENTINO
 CODIGO CIVIL PANAMEÑO.
 CODIGO COLOMBIANO DE COMERCIO TERRESTRE.
 CODIGO JUDICIAL COLOMBIANO.

I N D I C E

Págs.

DOS PALABRAS.

C A P I T U L O I.

Introducción.
Derecho Privado Humano, Derecho del Futuro.

C A P I T U L O I I.

El Extranjero en las Sociedades Teocráticas.-
El Comercio, Enemigo Mortal de los Prejuicios.

C A P I T U L O I I I.

Situación Civil del Extranjero en los Pueblos
Comerciantes de la Antigüedad.-El Helenismo.

C A P I T U L O I V.

R o m a.

C A P I T U L O V.

Los Peregrinos.- Su Potestad Civil.

C A P I T U L O V I.

Orígenes del feudalismo.

C A P I T U L O V I I.

Usurpación del Derecho de Albania por el Monarca.

C A P I T U L O V I I I.

Condición del Albano Bajo el Patronato del Rey.

C A P I T U L O I X.

Derecho Moderno.

C A P I T U L O X.

Derecho del Extranjero en Colombia.

B I B L I O G R A F I A

.....