

NOTAS FORENSES

Hay casos en que la ley establece la presunción de responsabilidad de pérdidas, daños y perjuicios, en general, como en el contrato de transporte terrestre, en que el artículo 306 del Código de Comercio Terrestre la establece contra el portador, es decir contra la persona que se encarga de la conducción de cosas o mercancías. Pero como los riesgos que corren las cosas en el transporte puede ser objeto del contrato de seguro, los dueños de ellas acostumbran asegurarlas; y en caso de siniestro el asegurador paga los perjuicios al asegurado, pero aquél se subroga en los derechos de éste para hacer efectiva la indemnización del responsable de los perjuicios.

En el contrato de seguro la presunción establecida por la ley es en contra del asegurador, pues dice el artículo 663 del citado código que "el siniestro se presume ocurrido por caso fortuito", y a él toca, para librarse, acreditar que el accidente tiene una causa concreta a la cual es extraño. Indudablemente por esta razón los aseguradores suelen pagar la indemnización y apelan preferentemente al recurso del artículo 677 del mismo código citado; es decir que se hacen ceder por el perjudicado los derechos que tiene contra el presunto responsable, o se acogen a la que se ha dado en llamar subrogación legal. Si puede pactarse entre dos partes contratantes que la una exime a la otra de la responsabilidad que sobre ésta echa la ley por ciertos accidentes, para buscar la indemnización en el contrato de seguro, es una cuestión que no trataremos en este punto sino más tarde, cuando nos refiramos a cláusulas limitativas de responsabilidad; pero por el momento expresamos el concepto que una prohibición rígida de esas cláusulas ocasiona perjuicios a la economía.

El citado artículo 677 que consagra derechos para el asegurador, tiene tres incisos. En el primero habla de la subrogación convencional, es decir cuando el perjudicado cede al asegurador los derechos; en el segundo de la acción que tiene ese asegurador como interesado en la conservación de la cosa, que hemos convenido en llamar subrogación le-

gal aunque no la hay con toda propiedad; y en el tercero dice: “pero en este caso, el asegurador no podrá prevalerse de una presunción o de cualquier otro beneficio que compete a la persona asegurada”.

Ha sido tesis corriente, admitida por juristas de alto quilate, que el artículo en cuestión contempla dos casos de subrogación, convencional y legal, y que el inciso tercero, que hemos copiado, hace referencia sólo a la última, cuando media el contrato de cesión, y no a la segunda; pero contra esa tesis tenemos algunos argumentos que exponemos en este artículo.

Las circunstancias por las cuales puede reclamar indemnización el asegurador son:

1^o.—Cesión que le haga el asegurado de los derechos contra terceros que resultan del siniestro.

2^o.—Interés en la conservación de la cosa.

La primera circunstancia contempla los derechos que resultan de la responsabilidad contractual y también de la responsabilidad delictiva; se trata claramente de una subrogación convencional (artículo 1677 del Código Civil). La segunda no determina una abrogación legal, porque no queda entre las enumeradas en el artículo 1668 del citado Código Civil; y si la hubiera sería con todos los derechos, y haría innecesaria la convencional.

En este último caso los derechos que tiene el asegurador no son los del asegurado en virtud de la cesión, sino los que la ley le concede de manera directa como perjudicado, pues el inciso segundo mencionado agrega el asegurador a las personas que, de acuerdo con el artículo 2342 del Código Civil, pueden pedir indemnización.

El inciso final del premencionado artículo 677 habla de “este caso”, y como “este” se contrapone a “aquel”, hay necesidad de buscar cuál es “aquel caso”.

Unos dicen, entre ellos el doctor Félix Cortés, que los dos casos son los de los incisos primero y segundo del aludido artículo, pero es que, indudablemente, esos son los que aparecen a primera vista. Si se profundiza un poco el análisis se ve que “este caso” es aquel en que al responsable cobra el asegurador por el derecho que le concede el artículo 677, y “aquel caso” es aquel en que al responsable cobra el perjudicado con la destrucción o daño de la cosa, debido a que tiene que pagarla.

Esta interpretación adquiere más solidez si se tiene en cuenta que el inciso final habla de presunción y de beneficio legal de la per-

sona asegurada, y que la indemnización que se funda en el interés que tiene el asegurador en que se conserve la cosa asegurada sigue las reglas a que se acomodan las personas del artículo 2342 del Código Civil. Repetimos que en el caso del inciso segundo no se hacen valer derechos del asegurado.

Hay otro argumento que no puede menospreciarse, pues tiene su apoyo en la ley. Según el artículo 43 de la 4ª de 1913 (Código de Régimen Político Municipal) los códigos o leyes generales se dividen en libros, los libros en títulos, en capítulos, los capítulos en artículos, y los apartes de un mismo artículo son incisos, menos los que están enumerados, que se distinguen por su número y hacen parte del inciso que les precede. De acuerdo con esta clasificación lo primero que uno piensa es que el último párrafo no hace parte del penúltimo sino de todo el artículo porque no está enumerado, y si se quiso tomar como una segunda parte no debió ponerse un párrafo separado, sino como dos partes de uno solo aunque separados por punto.



En la ley 13 de este año (1942) fue incluida una disposición, en el artículo 7º, que dice esto:

“Las compañías, agencias o entidades comerciales nacionales o extranjeras deberán tener para todo los efectos legales en Colombia, un personero o representante general colombiano”.

Como no fue tal disposición un proyecto especial con su exposición de motivos, no es posible interpretar el alcance legal de ella; y como ha provocado mucha inquietud, es posible que al ser publicado este comentario esté ya modificada; pero queremos hacerlo para mostrar la conexión que hay entre todas las disposiciones legales, y la necesidad de pensar en las consecuencias cuando se entrevera una nueva.

El artículo transcrito consagra, en su esencia una incapacidad de las personas extranjeras, incapacidad de carácter relativo, de las contempladas en el artículo 1504 del Código Civil; no es una formalidad más que se exige a las sociedades para poder tener existencia legal y ejecutar válidamente actos y contratos. Miradas las cosas por este aspecto el artículo copiado viola el 10 de la Codificación Constitucional, que dice que los extranjeros disfrutarán en Colombia de los mismos derechos que se concedan a los colombianos.

Es cierto que la citada disposición constitucional dice que la ley

puede, por razones de orden público, negar a los extranjeros el ejercicio de determinados derechos civiles; pero esto implica la necesidad de que se exprese el fin perseguido concretamente, pues de otro modo la disposición quedaría sin efectos prácticos. Por un determinado período y por razón de tal o cual circunstancia podría establecerse tal limitación, pero nunca en la forma en que lo ha hecho el mencionado artículo 7°. porque de no ser así no es cierto que “los extranjeros disfrutarán en Colombia de los mismos derechos que se concedan a los colombianos”. Es evidente que se pueden limitar el derecho de adquirir propiedades en determinados lugares que interesan a la defensa nacional, o a individuos pertenecientes a países con los cuales Colombia ha roto relaciones; pero una disposición tan absoluta como la que comentamos va más allá de aquel fin.

Sobre la reforma constitucional de 1936, relativa a derechos de extranjeros, dice el doctor José Joaquín Caicedo Castilla lo siguiente:

“La reforma divide los derechos de las personas en tres clases: políticos, públicos o cívicos y civiles, en lo cual se conforma con el derecho universal; reserva los derechos políticos a los nacionales, en lo que también está de acuerdo con las orientaciones generales del derecho, ya que sólo hay actualmente una excepción en el particular: la de la legislación rusa, que atribuye a los extranjeros que pertenezcan a las clases obreras o campesinas que no explotan el trabajo de otros, los mismos derechos que a los nacionales; y otorga los derechos públicos a nacionales y extranjeros, salvo, respecto de éstos, las limitaciones o restricciones que señalen la constitución y las leyes.

.....para casos excepcionales, por motivos de orden público, de defensa nacional, se autoriza al legislador para negar a un extranjero el goce de determinado derecho civil, o para subordinar su ejercicio a condiciones especiales: podrá, por ejemplo, el legislador prohibir la adquisición por extranjeros de terrenos situados en las regiones fronterizas”.

Son también interesantes los conceptos del doctor José Gnecco Mozo sobre la misma reforma constitucional, y que copiamos en seguida:

“Los derechos propiamente civiles no deben ser negados jamás a los extranjeros, conforme a la clasificación que antes hemos hecho; los cívicos son los que pueden negarse o restringirse; y los políticos, los que apenas ahora y de manera muy incipiente pueden otorgarse a los extranjeros, pero que en general se les niegan. Debe entenderse, por

tanto, que el constituyente al hablar de la limitación de los derechos civiles a los extranjeros, se refirió, claro está, a esos “derechos cívicos” involucrados hasta hace poco dentro de aquéllos, por falta de una más precisa clasificación”.

Por otra parte el citado artículo 7° no es sino una modificación de las disposiciones legales que existían sobre el particular.

El artículo 2° del decreto legislativo número 2 de 1906 exigió que las sociedades domiciliadas fuera del país, que establecieran en el territorio de éste negocios de carácter permanente, tuvieran un representante con facultades de mandatario y con igual personería que la de un gerente; y el 6° declaró nulos los actos que se ejecutaran sin observar las formalidades prescritas en dicho derecho. Se trata, por tanto, de una incapacidad de la sociedad y no del representante.

Después vino el decreto legislativo número 37 de 1906, que exige el apoderado pero quitó la sanción de nulidad para el caso en que no exista, como se ve en los artículos 2° y 3°; la sanción no es la nulidad de los actos de la sociedad por incapacidad absoluta, sino la de que los negocios judiciales se siguen con el que maneje los negocios ordinarios aunque no esté nombrado representante con los requisitos prescritos, o la de que se le nombra defensor de ausente. La persona jurídica, la sociedad, es ya capaz.

El artículo 7° que comentamos exige una condición más, que el representante general sea colombiano. Repetimos que se establece una incapacidad de las personas extranjeras para el contrato de mandato; pero no creemos que haya una nulidad de los actos y contratos del mandante o sociedad y terceros, hechos por intermedio del mandatario extranjero. Como donde hay la misma razón hay la misma disposición, debe tenerse en cuenta que el artículo 2154 del Código Civil dice:

“Si se constituye mandatario a un menor no habilitado de edad, o a una mujer casada, los actos ejecutados por el mandatario serán válidos respecto de terceros, en cuanto obliguen a éstos y al mandante; pero las obligaciones del mandatario para con el mandante y terceros, no podrán tener efecto sino según las reglas relativas a los menores y a las mujeres casadas”.

Habla el artículo específicamente de menor no habilitado de edad y de mujer casada, es decir de relativamente incapaces (hoy no tiene aplicación con la mujer casada). Sobre esto dice el comentador Barros Errázuriz:

“De aquí que el mandante debe tener la capacidad necesaria (con-

forme a las reglas generales) para todas las obligaciones que a su nombre va a contratar el mandatario.

No ocurre lo mismo con el mandatario, que está en diversa situación, porque obra a nombre de otro y no se obliga personalmente. La ley establece expresamente que puede constituirse mandatario a un menor no habilitado de edad o a una mujer casada, es decir a una persona relativamente incapaz”.

Nuestro comentador nacional doctor Fernando Vélez dice:

“Y a propósito, aquella primera parte no habla de personas absolutamente incapaces, como los dementes y los sordomudos, ni de los disipadores, que son relativamente incapaces. Se dice que esta omisión se funda en que la ley no supone que pueda confiarse un mandato a semejantes incapaces, pero que no debería existir desde que la capacidad del mandatario es indiferente, porque en derecho el mandante es quien contrata. Respecto de los absolutamente incapaces parece razonable que la omisión subsista, pues a quien no está en su uso de razón y a quien no pudiendo hablar no puede darse a entender por escrito no se comprende que se pudiera declarar válido el mandato que se les confiriese”.

De paso comentamos que los disipadores, que son relativamente incapaces, no figuran en el artículo 2154, porque ellos deben ser puestos en interdicción, y el mandato termina por interdicción de acuerdo con el número 7° del artículo 2189 *ibidem*.

Si donde existe la misma razón existe la misma disposición legal, menos en el caso en que la ley excluya expresamente la aplicación, en esta vez está indicada la aplicación del artículo 2154. Para corroborar este concepto queremos acudir a palabras de F. Geny, sobre el procedimiento de analogía:

“Mucho más fecundo y de un empleo más frecuente es el procedimiento inverso, puesto en obra por argumentos *a pari, a majori ad minus o a minori ad majus*, que constituyen, en su conjunto y en su combinación, el sistema de extensión por analogía. *Ubi eadem ratio, idem jus*: tal es el punto de partida del sistema. Este no consiste solamente en aplicar las reglas establecidas por la ley para una materia determinada o a una situación conocida, a materias o situaciones próximas; como lo ha demostrado muy bien R. Sohm, también dejaría de ser admisible el procedimiento si se basase en una simple semejanza de hipótesis, a fin de deducir de ella identidad de soluciones aplicables. No es legítimo sino en la medida en que, habiendo descubierto la razón

íntima y decisiva de la disposición legal, el efecto y la sanción de ella se trasladan a los casos no previstos, en los cuales se encuentran elementos idénticos a los que condicionan la decisión misma del texto. Es, por tanto, para decir verdad, la identidad de sustancia jurídica lo que justifica la extensión; y las diversas formas de razonamiento empleadas para realizarla, sea que se traduzcan en una simple paridad de motivos (argumento *a pari* o de analogía propiamente dicho), en una razón mayor o, al contrario, en un diminutivo de la solución legal, no representan sino aplicaciones diferentes de un mismo procedimiento científico, que supone siempre el análisis íntimo de las disposiciones de la ley, con el fin de deducir la razón fundamental de ella. Por intermediario de ésta, la extensión es posible siempre que la disposición legal no se presente como excepcional, anormal, sino como la aplicación particular de un derecho común más general”.

En resumen, si el artículo 7º transcrito y comentado no establece una incapacidad absoluta de las sociedades, sino una incapacidad de las personas extranjeras para ser mandatarios, es decir para celebrar el contrato de mandato, la incapacidad de éstas no afecta el valor de los actos y contratos de las sociedades.