

Como lo ha demostrado el eminente abogado Dr. Clodomiro Ramírez, la providencia sobre declaratoria de quiebra no es un auto interlocutorio ni de mera sustanciación; luego es fatalmente, agrego yo, una sentencia definitiva.

Es una sentencia definitiva especial, típica, rara; pero sentencia definitiva al fin y a la postre.

No habría abogado capaz de sostener, porque ello acusaría desconocimiento de elementales principios, que puede haber, dentro de nuestra organización judicial, un auto especial que no sea ni definitivo, ni interlocutorio, ni de mera sustanciación.

Es preciso catalogar esa declaratoria en el grupo en donde mejor hallada quede, y no hay duda de que repugnando su naturaleza a la de las providencias interlocutorias y de sustanciación, y teniendo grandes puntos de contacto con las definitivas, porque se pronuncia sobre lo principal del pleito, es forzoso estimarla como definitiva. El juicio de quiebra surge para obtener la declaratoria de falencia; luego el auto que la pronuncia versa sobre lo principal del negocio; es un auto, no por especial menos definitivo.

Si esto es apodíctico, no hay duda ninguna de que no vos solo, señor Magistrado, habéis podido proferir el auto contra el cual me pronuncio, sino la Sala que con vuestra colaboración honráis.

Cuando yo esperaba una sentencia suscrita por tres Magistrados, hallé un auto firmado por vos solo, auto que estáis en el caso de revocar en seguida para que la Sala éntre colectivamente, a aprehender conocimiento de tan importante negocio.

VI

Importante sí, Señor Magistrado:

La Sociedad de Fierro, Vallejo & C^o. ha quebrado. Su capital se extinguió totalmente. El señor Justino y yo, en cumplimiento de un deber moral y legal, hemos puesto ese hecho en conocimiento de las autoridades. Uno de los socios se muestra rebelde a cumplir con esa obligación, que es indeclinable. Se pretende continuar engañando a terceros con la apariencia de una sociedad sin capital y endeudada. En Europa y en Estados Unidos los jueces están obligados a proceder de oficio en casos como éste. ¿Será posible que el latinismo y el formulismo nos lleven a dificultar el cumplimiento de un deber y la averiguación de un estado que puede ser criminoso según las leyes colombianas.....?

UNIVERSIDAD DE ANTIOQUIA
MEDALLIN
BIBLIOTECA
DIRECCIÓN

Concepción de la fuerza mayor o caso fortuito en el derecho civil colombiano

Continuación.

Según el Art. 2005, inciso 4, el arrendatario no es responsable de los daños que sufra la casa arrendada, a menos que éstos sobrevengan por su culpa, o por la de sus huéspedes, dependientes o subarrendatarios.

Sería el siguiente caso: Pedro arrienda a Juan una arboleda; la no responsabilidad de Juan es manifiesta. Pero si la destrucción de ella depende de alguno que está bajo su dependencia, la responsabilidad es clara.

En el comodato según el Art. 2203, el comodatario no es responsable del caso fortuito, salvo las excepciones siguientes:

1. Cuando se ha empleado la cosa en un uso indebido, o ha demorado su restitución, a menos de aparecer o probarse que el deterioro o la pérdida por el caso fortuito habría sobrevenido igualmente sin el uso ilegítimo o la mora;
2. Cuando el caso fortuito ha sobrevenido por culpa suya, aunque levisima;
3. Cuando en la alternativa de salvar de un accidente la cosa prestada o la suya, ha preferido deliberadamente la suya;
4. Cuando expresamente se ha hecho responsable de los casos fortuitos.

Se ha visto que el deudor no es responsable de los casos fortuitos, salvo las excepciones establecidas en el inciso 2 del Art. 1604 y «esta regla la confirma el inciso 3. del Art. 2203, pero estableciendo cuatro casos excepcionales a ella, los cuales, salvo el último, implican que el comodatario no ha empleado en la conservación de la cosa el cuidado que le es obligatorio. Estos casos en el fondo, menos el 3., son los mismos del Art. 1604 y por esto nos referimos a lo dicho acerca de esa disposición» Dr. F. Vélez. T. 8., N. 3190.

Parece razonable que estando exento el comodatario de toda responsabilidad, igualmente debe estarlo cuando la cosa perece por el uso a que está destinada o según los términos del contrato, pues no hay por que hacerlo responsable de ella, a menos que haya estipulado lo contrario con el comodante.

Los comentarios que se pueden hacer al ord. 1. Art. 2203 no dejan de ser los mismos que se han hecho al inc. 2 del Art. 1604.

En el ord. 2 se establece como probado el caso fortuito, pero si el comodante comprueba que ocurrió por culpa del comodatario, aunque sea levisima, entonces, la responsabilidad de éste es manifiesta y recaería sobre él la indemnización por el caso fortuito.

En el ord. 3 puede hallarse el comodatario en el dilema de

salvar de un accidente la casa que ha dado en comodato o la suya. Si deliberadamente ha preferido la propia es obligado a responder del caso fortuito.

La razón es clara: Siendo el comodato un contrato esencialmente gratuito, el comodatario debe cuidar de la cosa con «aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes» (Art. 63, inc. 5)

De tal manera, que en la alternativa propuesta, es su obligación prescindir de las cosas propias que estén en peligro de perderse, por atender a las ajenas, so pena de hacerlo responsable de la pérdida si deliberadamente procuró que se salvara la suya. Sin duda será motivo de controversia, el saber cuando existe deliberación, mas en el caso de existir, es al comodante a quien le incumbe la prueba.

El ord. 4 del inciso que venimos estudiando establece que el comodatario puede expresamente hacerse responsable de los casos fortuitos.

Ya el Art. 1732 había sentado la regla general de que el deudor podía constituirse responsable de todo caso fortuito o de alguno en particular, y tanto el ord. 4. como el Art. que acabamos de citar son consecuencia lógica de la excepción propuesta en el inc. 4. Art. 1604 y confirmación de la facultad concedida en el Art. 15.

Nada más conveniente que en todas las estipulaciones se declare la no responsabilidad por los casos fortuitos o por alguno de ellos.

Las convenciones que se efectúen con tal objeto no tienen nada de contrario a la equidad que debe reinar en los contratos y sobre todo, cuando un deudor toma a su cargo los riesgos de la cosa, es porque recibe de la otra parte algo como equivalente a la apreciación del caso fortuito de que se ha hecho cargo, toda vez que aquellos pueden estimarse.

Ahora, si tomamos como base el hecho de que el deudor al encargarse de los casos fortuitos no recibe ninguna liberalidad sino que el acreedor pretende quedar asegurado contra todo evento, la cláusula será inicua en conciencia puesto que el deudor no saca ninguna prerrogativa del contrato, pero al fin es legal.

¿Cómo debe estar concebida la cláusula, en la cual el deudor se hace responsable de los casos fortuitos?

Pothier dice que «por general que sea la cláusula, no comprende más que aquéllos que han podido ser previstos por las partes, y no aquellos que no han podido prever, y con los cuales no había motivo alguno para contar». Gauthier, citado por Pothier, estima que esta decisión debe tener lugar, aun cuando la cláusula se expresara (sic) en estos términos: «se encarga de todos los casos fortuitos, así previstos como imprevistos»

Parece que nuestra legislación no está de acuerdo con las opiniones antes expuestas, porque es lógico suponer que siempre que un deudor se hace responsable de los casos fortuitos, esa responsabilidad se extiende tanto a los previstos como a los imprevistos y que si quiere constituirse sólo responsable de alguno o algunos, la ley le obliga a declararlos expresamente.

Me atrevo a decir que las teorías de Pothier y Gauthier son peligrosísimas en la práctica, porque dejan al deudor una válvula de escape, por donde puede muy bien exonerarse de sus obligaciones invocando casos no previstos por las partes.

Antes se había dicho, al examinar la teoría de la inevitabilidad, que es imposible hallar un límite racional, en el que deba concluir la clasificación objetiva de los casos fortuitos.

Por último, el Art. 2254 establece la irresponsabilidad del depositario, que no se ha constituido en mora de restituir, de la fuerza mayor o casos fortuitos; salvo que a consecuencia del accidente haya recibido el precio de la cosa depositada, u otra en lugar de ella, pues entonces es obligado a restituir al depositante lo que se le haya dado.

Este caso queda sometido a las reglas generales sentadas anteriormente, aunque expresamente dicho artículo no prevea el caso en que la pérdida de la cosa depositada ocurra durante la mora del deudor.

A la segunda parte del art. la esclarecerá más el siguiente ejemplo: Por actos ilegales de autoridad, Pedro es despojado de varios efectos que ha recibido en depósito de Juan, la autoridad legítima le restituye el valor de ellos en dinero, según dicho art. Pedro está obligado a restituir a Juan, el dinero que haya recibido.

De acuerdo con el Art. 2041, el colono no tendrá derecho a pedir rebaja del precio o renta, alegando casos fortuitos extraordinarios que han deteriorado o destruido la cosecha. Al inciso anterior el legislador tuvo a bien poner una excepción, de la cual trataré más adelante, porque, a pesar de que tiene relación con la regla sentada en el primer inciso, de lo que se viene a tratar en la excepción es de una sociedad existente entre el colono y el arrendador y por esto creemos necesario un estudio aparte.

Siendo tan de todos los días que el que posee grandes extensiones territoriales sin ningún cultivo las dé a gentes de escaso capital para que la usufructúen, la ley ha querido evitar dificultades impidiendo que un colono alegando cualquier accidente, entable querellas al arrendador por la pérdida de la cosecha. Además, el Legislador pudo haber tenido en cuenta lo exiguo que es entre nosotros el arrendamiento de tierras para el cultivo y dictó disposiciones favorables para el arrendador.

«El Art. 1983 (igual al 2041) dice el señor Vera, deroga, como ya lo hemos dicho antes, lo que a este respecto se establecía en el Derecho Romano y Español y se aparta de la legislación francesa en lo que aquí se establece (Citado por el doctor Vélez, T. 7. N. 600)

En efecto, la legislación romana era más liberal en el asunto, de tal manera que el colono podía, algunas veces, pedir la remisión del arriendo por la cosecha perdida. Pero para ello era necesario el concurso de varias condiciones:

1ª. Que la pérdida resulte de un caso fortuito no previsto en el contrato, porque si había sido previsto el colono no tenía derecho a reclamar;

2ª. Que la pérdida fuera considerable:

3ª. Que se efectuara antes de la percepción de frutos, porque de lo contrario, el colono llegaba a ser propietario de ellos y el arrendador cumplió con la obligación de hacerlo gozar de la cosa.

Cuando estas condiciones concurrían, el colono podía pedir una reducción del precio de arriendo en proporción a las pérdidas sufridas y aún una remisión de los cánones si la pérdida había sido total.

El arrendador tenía en su favor las siguientes reglas:

1ª. El colono estaba obligado a compensar el mal año con los anteriores o posteriores buenos;

2ª. Tenía que devolver el arriendo perdonado el arrendatario, si posteriormente recolectaba cosechas excepcionales. (P. Watter, Des obligations en general. T. 2., pag. 19)

Como se ve, los colonos tenían una protección amplísima, la cual no podía pasar a las legislaciones modernas por múltiples razones.

La excepción especial que dejamos para tratar por separado dice:

«Exceptúase el colono aparcerero, pues en virtud de la especie de sociedad que media entre el arrendador y él, toca al primero una parte proporcional de la pérdida que por caso fortuito sobrevenga al segundo antes o después de percibirse los frutos; salvo que el accidente acaezca durante la mora del colono aparcerero en contribuir con su cuota de frutos.»

Ha sido muy discutida la naturaleza del contrato enunciado en el inciso anterior. Unos opinan que es arrendamiento; otros una compañía y los más un contrato *sui generis*. Si nos atenemos a la letra de la disposición, indudablemente debemos concluir con que es una compañía bien sea porque se hable de sociedad o porque da reglas que fijan la parte con que cada contratante debe coadyuvar, en caso de que la cosecha se pierda por caso fortuito.

Estudiando especialmente la obligación de dar dice el Art. 1607: «El riesgo del cuerpo cierto cuya entrega se deba, es siempre a cargo del acreedor; salvo que el deudor se constituya en mora de efectuarla, o que se haya comprometido a entregar una misma cosa a dos o más personas por obligaciones distintas: en cualquiera de estos casos será a cargo del deudor el riesgo de la cosa hasta su entrega»

En esta disposición riesgo significa caso fortuito, advierte el doctor Vélez.

Claramente se ve que la obligación de dar sufre modificaciones importantes y según la regla general *res perit domino* se creará que el caso fortuito o fuerza mayor corre a cargo del deudor

por propietario, lo que nos es cierto si nos atenemos a la letra, ya que aquí entra en juego el *res perit creditore*.

También es claro, que se trata de obligaciones que tienen por objeto un cuerpo cierto, como si se comprometiera a transmitir el dominio de determinada cosa y no de géneros, porque éstos ni perecen ni se deterioran y además, no son sino objetos indeterminados de una obligación que no vienen a ser determinados hasta el momento de la entrega (Art. 1567).

El Art. comentado tiene dos excepciones: Cuando el deudor se constituye en mora de entregar el cuerpo cierto y cuando se ha comprometido a entregar una misma cosa a dos o más personas por obligaciones distintas.

La razón de la primera excepción aparece en los comentarios que hice al inciso 2. del Art. 1604. La segunda excepción creo que es una pena impuesta a aquellos que con una sola cosa hacen varias operaciones, defraudando los intereses de los que entren en semejante operación por engaño y con notable perjuicio para sus bienes.

Sin embargo, el Art. 1731 impone al deudor que está en mora de entregar el cuerpo cierto, la obligación de indemnizar los perjuicios de la mora al acreedor aunque la cosa hubiera perecido por caso fortuito en manos de éste, siendo este caso una excepción a la regla general. Excepción, en mi concepto muy fundada, porque no pudiéndose obligar al deudor a entregar la cosa ni a las demás indemnizaciones correspondientes, es justo que se obligue al deudor a responder de la mora, salvo que ésta haya sobrevenido por caso fortuito o fuerza mayor (Art. 1616, inc. 2).

Por el Art. 1735 no se admite al que ha robado una cosa la prueba de que ha perecido por caso fortuito, aunque ella hubiera sobrevenido igualmente en poder del dueño.

El verdadero fundamento de este artículo es la causa ilícita de la posesión, el desfavor y el castigo que ella merece.

Además, el ladrón está en mora desde el momento en que sustrae la cosa y se le considera como un deudor para imponerle una responsabilidad civil y penal, responsabilidad que aunque severa, adecuada para el que viola el derecho ajeno.

A las anteriores razones se puede agregar otra de suyo poderosa: Al ladrón se ha impuesto la responsabilidad por casos fortuitos, porque si las partes pueden estipularlo, la ley tiene el derecho de imponer esa responsabilidad en los casos que lo estimen conveniente.

A quién compete la prueba del caso fortuito? De una manera general al deudor (Art. 1604 inc. 3 y Art. 1733), aún en el caso de que la cosa hubiera perecido igualmente en poder del acreedor estando el deudor en mora.

Sólo al demandante le incumbe la obligación de probar los fundamentos de su demanda y con más razón el que se defiende está en el imperativo ineludible de suministrar la prueba en que basa su defensa. Además, alegando el caso fortuito como excepción extintiva de una obligación, se tiene una negativa a la demanda que contiene afirmación, afirmación que tiene que justificar el deudor (Art. 543 C. J.)

Por otra parte, el que invoca un hecho contrario al orden natural de las cosas o a la situación presente, debe probar satisfactoriamente ese hecho.

Los medios de que puede valerse los establece el Art. 541 del C. J. y todas las demás pruebas calificadas como admisibles por las leyes sustantivas y adjetivas.

Llegado el momento de probar el caso fortuito o fuerza mayor es cuando resalta como imprescindible hacer uso de un criterio puramente objetivo. Sería verdaderamente desastroso para un juez tener como base para el fallo, una persona extraordinaria que tuviera por su precaución y circunscripción la previsión acostumbrada de las gentes diestras en el oficio o profesión, porque un individuo en esas condiciones es un original, algo sensacional, tal vez único en el mundo. De manera, que se tendría que buscar la mayor diligencia de que esa persona sería capaz, los medios de que podía disponer para evitar el daño, es decir, individualizar el caso.

CONCLUSION. Se puede resumir la no responsabilidad por caso fortuito o fuerza mayor en los siguientes puntos: 1. Cuando la cosa perece sin hecho o culpa del deudor, o sin la falta de aquellas personas de quien es responsable según el Art. 2347; 2. Que no esté en mora o estándolo, la cosa hubiera perecido igualmente en poder del acreedor; Que no se haya hecho cargo de los casos fortuitos y; 4. Que no sea deudor de la cosa por robo.

ERNESTO ESCOBAR M.

Sociedad y Retracto

RETRACTO

(Continuación).

La sociedad es una persona jurídica y los socios individualmente considerados forman una persona física. Por tanto si la personalidad moral se destruye persiste la personalidad física; de ahí que los socios no puedan confundirse con la sociedad como persona jurídica, como entidad capaz de derechos y obligaciones.

En la sociedad anónima considerada como persona jurídica, como entidad moral no puede retraerse porque se disminuiría el capital social agregado que el art. 568 del C. C.º lo prohíbe dice así:

Art. 568 "El capital social será fijado de una manera precisa e invariable y no podrá ser disminuido durante la sociedad.

En cuanto al aumento del capital durante la sociedad se observará la disposición del art. 500 del código en mención que así dice: "ninguno podrá ser obligado a aumentar su aporte, o a reponerlo si

se perdiere durante la sociedad, salvo el caso de estipulación en contrario".

De lo expuesto se deduce que en dichas compañías no puede retraerse, si como personas jurídicas se las considera.

En cuanto a los socios individualmente considerados si existe el derecho de retractar porque de este modo no se contraviene el principio legal establecido.

La esencia del derecho de retracto tiene su fundamento en elementales nociones de justicia: el bien de los asociados.

Si pues, nuestro Código Civil en su art. 669 nos dice que el dominio (también llamado propiedad) es un derecho real que se tiene sobre una cosa corporal, con derecho a usar y disfrutar de ella como a bien tenga siempre que no viole derechos de otros ni sea contra ley; aplicando este art. a los derechos de un minero y entrando luego en su análisis podemos con suma facilidad comprender, que se trata de una limitación al derecho de propiedad. El minero tiene un derecho del cual no puede ser desposeído, tiene dominio sobre sus acciones con justo título y buena fé, pero en la escala de los derechos está comprendido el derecho de mejor utilidad común; no obstante el menoscabo de los derechos particulares, de ahí, que los derechos todos sean relativos y no absolutos.

El minero goza como señor y dueño pero menos en el caso en que sea deudor de contingentes a la sociedad pues en este caso su derecho se considera hipotecado en favor de la sociedad.

Carece igualmente de ese carácter de "señor y dueño" cuando intenta vender su derecho pues no puede hacerlo como lo haría con un bien cualquiera sino que aquí está en la necesidad de conceder a la sociedad un derecho de prelación para si esta quiere pueda tomar para si el derecho o dejar al socio libre mediante su consentimiento, para pasar a un particular, sólo cuando la sociedad no hace uso del derecho de tomar para si las acciones que al socio caben en la sociedad, puede éste efectuar el contrato de venta y es de observarse también que la sociedad de modo indirecto le fija precio al derecho del socio, puesto que, sólo cuando un individuo ajeno a la compañía ha hecho oferta por el derecho, viene la compañía a hacer su declaración de compra no como mejor oferta sino por el precio que otro individuo haya fijado. Esta fijación si bien no es absoluta si sirve de base para el precio que la sociedad, haciendo uso del derecho de retracto, ha de entregar al socio.

Tal es a grandes rasgos lo que se efectúa con el derecho de retracto de donde se desprende con buena lógica que es una marcada limitación al derecho de propiedad.

Resultado también de esto, es que el retracto en su esencia, tiende a salvaguardar los derechos de la sociedad y a impedir el libre acceso de un extraño por sólo la voluntad de un socio.

Esta limitación no sea tal vez, ni arbitraria, ni injusta puesto que toma su razón de ser del mismo bien que a muchos desea aunque menoscabe el derecho de alguno. La venta y la enajenación tienen sus puntos de contacto pero difieren esencialmente: La venta es