

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MEDELLIN

Vamos a resumir las principales decisiones jurisprudenciales tomadas por el honorable Tribunal Superior de este Distrito Judicial. Pensamos que un compendio como el que ofrecemos podrá servir a jueces y abogados del Departamento como orientación práctica en los problemas de mayor ocurrencia cotidiana. Si antiguamente, la escuela clásica negó su valor a la jurisprudencia, alegándose que el Juez no era más que una máquina repetidora de la ley, porque todo estaba previsto y delimitado por el código; la llamada escuela científica ha dicho, en cambio, que una de las fuentes formales del derecho es la jurisprudencia. Ella está llamada a vivificar, actualizar los códigos. En la aplicación de la ley corresponde al Juez tres nobles funciones: individualizar la norma abstracta, es decir, la aplicación de las reglas de derecho a cada caso particular; interpretar el contenido virtual de la ley; y crear la norma cuando quiera que los códigos no hayan previsto concretamente el caso o no se ponga de presente la costumbre, que es otra fuente formal del Derecho, tan sagrada y atendible como la ley.

Relievada muy de paso la noble función de la jurisprudencia, considerada por algunos como la fuente más importante del Derecho, entramos a compendiar las conclusiones adoptadas en los fallos de nuestro Tribunal. Con el definido propósito de prestar un mejor servicio, trataremos de señalar sus concordancias ya con la jurisprudencia de la Corte, ya con la doctrina de los autores colombianos o extranjeros.

Indicaremos también el autor de la respectiva ponencia para poner de presente el criterio particular de cada sala.

I. REGULACION DE LOS PERJUICIOS SOBREVENIDOS POR LA MUERTE DE UNA PERSONA

Innovación de notable repercusión es la tesis del Tribunal antioqueño sobre la manera como han de calcularse los perjuicios materiales derivados de la muerte de una persona. La Corte ha sentado bases que en nuestro concepto no son aceptables y estimamos más lógica, racional y científica, la fórmula adoptada por el Tribunal seccional.

Sostiene la Corte, con lo cual está de acuerdo el Tribunal, que los perjuicios económicos por la muerte de una persona se concretan al monto de la ayuda económica que el extinto habría prestado al demandante. En un caso concreto sometido a la consideración de la Corte se demostró que el occiso devengaba un sueldo mensual de \$ 70.00, sus gastos personales se estimaron únicamente en veinte pesos. Con los cincuenta pesos restantes atendía a la subsistencia del demandante y como la vida probable del accidentado se fijó en ocho años, la Corte señaló por concepto de perjuicios la suma de \$ 4.800.00 resultante de multiplicar cincuenta pesos por noventa y seis meses (Gaceta Judicial No. 1926, página 355).

Dice el Tribunal que es imposible determinar con precisión matemática hechos futuros y contingentes, como son el tiempo que habría vivido la víctima y el lapso de supervivencia de los reclamantes, es decir, el período durante el cual la víctima atendería a la subsistencia de los demandantes. En tal evento, precisase echar mano de las tablas de vida probable, lo cual tiene antecedentes así doctrinales como en la jurisprudencia.

El Tribunal rechaza el sistema de los peritos de fijar como vida probable de una persona, los años que le faltaban para llegar al promedio de la vida humana, promedio fijado alrededor de 65 años. De aceptarse tal práctica, se seguiría que quien tiene sesenta y cuatro años, sólo tiene una probabilidad de supervivencia de un año, lo cual no es científico. El sistema razonable es la adopción de las tablas establecidas por las compañías de seguros sobre bases estadísticas, de acuerdo con las cuales para cada edad hay una supervivencia probable determinada.

En el caso particular analizado por el Tribunal, la señora María Usma, muerta a causa del accidente, contaba a la sazón 35 años. La vida probable para una persona sana, de esa edad, según tales

tablas de mortalidad es de 28 años y 89 centésimos de año. En cambio, dentro del sistema de la vida media, sería de 30.

Una acotación muy interesante del Tribunal refiérese a que si la supervivencia probable del reclamante es menor que la de la víctima, sólo durante el primer término habrá lugar a computar esos perjuicios.

Apunta el Tribunal que al decretarse el resarcimiento, lo más lógico no es la fijación de una renta en favor de los actores, de una cantidad mensual igual a la que dejaron de obtener debido a la muerte del padre, madre y durante todo el tiempo de vida probable, sino reconocer una cantidad global que equivalga a esa renta durante el período correspondiente con deducción de intereses.

Así el Tribunal optó por desechar el sistema referido de fijar la cantidad global que habrá de pagarse, multiplicando el promedio de perjuicios mensuales por el número de meses de vida probable. Como quiera que esa cantidad total se entrega desde un principio anticipadamente, es de razón que se deduzcan los intereses correspondientes, ya que la renta, de no haber sobrevenido el daño, sólo estaba destinada a entrar periódica y sucesivamente.

Repárese en que la responsabilidad se reduce a indemnizar los perjuicios causados, pero en ningún caso esa indemnización puede ser motivo de utilidad económica para los reclamantes. Estos obtendrían un fuerte provecho pecuniario si en lugar de cubrirseles cada mes durante veintinueve años, por ejemplo, lo que dejaron de percibir debido a la muerte del padre, madre, consiguieran que se les anticipasen y de una sola vez esas rentas mensuales.

De aquí que el demandado deba pagar como indemnización una cantidad tal, que depositada en un Banco juntamente con los intereses que fuere devengando durante los años de vida probable de la víctima, alcanzase a cubrir a los damnificados la renta mensual durante el término de dicha supervivencia. Para la liquidación en la forma dicha, existen fórmulas matemáticas y cuadros que la facilitan.

En el formulario del ingeniero Garruffa, se encuentra la fórmula siguiente: C , valor actual que ha de imponerse para obtener una anualidad o renta a , durante n años, al tanto por ciento anual: r :

$$C = a \frac{(1+r)^n - 1}{r(1+r)^n}$$

Para mostrar la importancia de la Jurisprudencia del Tribunal, la sentencia misma trae un ejemplo: Un padre de familia, de treinta

años de edad, sano, que ganaba \$ 150.00 mensuales, de los cuales gastaba pesos treinta en asuntos personales y con lo demás atendía al sostenimiento de su mujer y sus dos hijos, muere por razón de un accidente ferroviario. Su vida probable sería de 32 años. De acuerdo con el sistema hasta entonces operante, se multiplicarían \$ 120.00 por 12 meses, para encontrar el sueldo anual, \$ 1.440.00. Multiplicando ese sueldo por los 32 años de supervivencia, tendríamos \$ 46.080.00 como monto de la indemnización.

De acuerdo con el nuevo sistema de deducir los intereses de las cuotas anticipadas, se hará el siguiente razonamiento: Cantidad que debe depositarse para obtener un peso cada año durante 32 años, \$ 14 con 57 milésimos, pero como en lugar de un peso la renta anual era de \$ 1.440.00, si se multiplica por esta cantidad, tendremos una suma de \$ 20.242.00, como indemnización. Como puede verse, según el viejo sistema se obligaría al demandante a pagar una cantidad de \$ 25.848.00 más de lo debido (sentencia de 10 de abril de 1940. Juicio de Víctor Véléz contra el Municipio de Medellín. Ponencia del magistrado doctor Germán Orozco Ochoa).

II. A QUIEN CORRESPONDE LA INDEMNIZACION

Siempre fue un escollo en la jurisprudencia el estudio de la destinación de la indemnización. No está suficientemente esclarecido si la indemnización que recibe un cónyuge por un daño corporal, por merma de su capacidad física, entra a la sociedad conyugal o pertenecerá exclusivamente al cónyuge lesionado. Igualmente discútese cómo se regula la indemnización entre locatarios y dueños.

Contribuye a ilustrar esta cuestión el problema estudiado por el Tribunal sobre si los demandantes deben demandar en nombre propio, o en el de la sociedad conyugal ilíquida o la sucesión ilíquida, entidades surgidas a la vida del derecho por desaparecimiento de la víctima.

La señora Rosina Acebedo y su hijo Horacio Ramírez demandaron al municipio de Medellín, por los perjuicios derivados de la muerte de su esposo y padre, respectivamente, Miguel Ramírez, ocasionada por una caída en un hidrante situado en la acera de una de las calles de Medellín, caja o hidrante que el Municipio estaba obligado a tener convenientemente tapado. La señora Acebedo como Ramírez demandaron a nombre propio, y uno de la sociedad conyugal ilíquida. El Municipio alegó, entre otras cosas, que debió pedir-

se para la sociedad matrimonial. El Tribunal dice así: "Se plantea aquí la cuestión jurídica relativa a si la indemnización de perjuicios causados por la muerte de una persona, se radica en ella misma y pasa como herencia a sus sucesores, debiendo éstos demandar **ex heredo**, a nombre de la sucesión del causante, o si ella corresponde directamente a los parientes, debiendo éstos accionar en nombre propio, por los perjuicios recibidos a causa de la muerte del accidentado. Y es de trascendencia este problema, por el aspecto de personería sustantiva, y también porque puede ser muy distinta la indemnización en uno u otro caso. Si la acción es **ex heredo**, se atendería a todo lo que hubiese podido adquirir la víctima, durante su vida probable; y cuando es acción directa, se tienen en cuenta los perjuicios que hayan sufrido los actores por la cesación de suministros y atenciones que el finado les proporcionaría.

No obstante la inmensa literatura jurídica que hay sobre la responsabilidad por culpa, tanto los autores franceses como los nuestros y la jurisprudencia, han sido demasiado parcos en explicar esta cuestión trascendental, y sólo se encuentran breves anotaciones al respecto.

Los hermanos Mazeaud, la primera autoridad en estas materias, se inclinan por la acción **ex heredo**. Dice así en su obra Responsabilidad Civil, tomo 2o., páginas 842 y siguientes: "El perjuicio es sufrido necesariamente por la víctima antes de su muerte. Por rápida que ésta sea, forzosamente ha transcurrido entre ella y el accidente, al menos un instante de razón. Obligatoriamente el accidente ha precedido a la muerte. En este instante, por breve que sea, en el cual la víctima ya lesionada no ha muerto, en este instante en el cual su patrimonio existe aún, nació el crédito de indemnización; los herederos lo encuentran, pues, en su sucesión".

"Y aun cuando el perjuicio no fuera anterior a la muerte, al menos lo sería concomitante, pues se confunde con ella. La víctima no sufre después de su defunción, sufre por la muerte misma. El crédito no nace sobre la cabeza del muerto; nace sobre la cabeza de un vivo, porque muere. La víctima muere de su crédito, lo que no significa que haya muerto antes de ser acreedora, sino que murió porque se hacía acreedora. Los herederos no demandan, pues, la reparación de un perjuicio sufrido por un muerto, sino lo que es bien diferente, la reparación del perjuicio sufrido por un vivo que muere. Su acción es transmitida".

Planiol y Ripert, Jossierand en sus conocidas obras, y Jean Loup

en su Tratado sobre Accidentes de Automóviles, son de opinión distinta y consideran que la acción ha de establecerse en nombre propio por los lesionados con la muerte de las víctimas.

Dice Josserand, tomo 2o. página 248: "En cuanto a la personalidad del demandante es necesario distinguir, según que la acción se ejercite por la víctima, **directamente**, o cuando es intentada en su nombre:

a). ACCION DIRECTA.—El demandante ejercita acción por un perjuicio que ha sufrido personalmente. Son los herederos de la víctima, por ejemplo, de un peatón golpeado y muerto por un automóvil, suponiendo que comprueben un perjuicio **personal**, material o moral; son también el cónyuge sobreviviente y los parientes, legítimos o naturales, y los afines, abstracción hecha de toda vocación hereditaria; y

b). ACCION EJERCIDA EN NOMBRE DE LA VICTIMA.—Los herederos pueden obrar en **nombre de su causante**, pero solamente en el caso de que la acción se haya fijado en cabeza de éste, es decir, únicamente cuando la muerte no ha sido instantánea y sólo en razón de las **heridas recibidas**, no en virtud del hecho de la muerte. En este último caso, la acción **directa**, basada en un perjuicio personalmente sufrido, sería su único recurso".

Jean Loup, página 245, dice: "Cuando un accidente ha causado la muerte a una persona, el que ha sufrido un perjuicio material o moral a consecuencia de la muerte de la víctima, puede demandar la reparación. Poco importa que sea o no heredero del difunto; que éste, llegado el caso, hubiese sido obligado o nó a suministrarle alimentos. Su derecho a la indemnización se apoya, no en su calidad de heredero, sino en el perjuicio que ha podido experimentar directa y personalmente".

Nuestra Suprema Corte de Justicia ha aceptado numerosas acciones establecidas en nombre propio por los parientes de la víctima.

El Tribunal está de acuerdo con los conceptos de nuestra H. Corte, Josserand, Planiol y Lalou, porque tratándose de indemnizar los perjuicios causados por la muerte de una persona, ellos no pueden radicarse en la misma víctima, toda vez que naciendo de la defunción el derecho, éste es posterior a aquélla, aunque sólo sea lógicamente, con la posterioridad que tiene el efecto respecto de la causa. De consiguiente, la víctima no pudo ser sujeto activo de ese derecho, pues cuando éste nació, aquella ya no era persona sino cadáver. No es como dicen los hermanos Mazeaud que la víctima muere a cau-

sa del crédito, sino al revés la acreencia existe a causa de la muerte de la víctima y a favor de parientes que hayan sufrido los perjuicios.

Siguiendo la teoría de los Mazeaud, los padres no podrían reclamar indemnización por la muerte de un hijo debida a culpa de un tercero; porque como aquélla se fijaría por lo que el hijo hubiese adquirido durante su vida probable, es decir, por el capital conseguido hasta su muerte natural, siendo su vida probable mayor que la de sus padres, éstos no podrían heredar. Más claro: no es razonable reconocer a los padres derecho a una indemnización, por la muerte del hijo, considerando que lo iban a heredar en las utilidades obtenidas hasta su muerte natural, cuando es lo normal que para esa época ya hubiesen finado los padres, y de consiguiente no podrían heredar.

De suerte que, cuando a consecuencia de heridas recibidas en un siniestro, muere una persona algún tiempo después, lo jurídico es que en ella se radique el derecho a la indemnización que corresponda al tiempo que estuvo incapacitada para trabajar, y por los gastos del médico, drogas, etc., ocurridos hasta su muerte; pero una vez finado, ya no será sujeto de derecho para la indemnización procedente de la misma muerte, y tal indemnización corresponderá entonces, directamente, a sus parientes, por los perjuicios sufridos.

Por consiguiente, los actores carecen de personería sustantiva para reclamar en nombre propio los gastos médicos, drogas, entierro y por los pocos días en que estuvo incapacitado para trabajar el extinto, pues tal derecho debieron ejercitarlo en favor de la mortuoria; pero tienen personería para la acción que ejercitan **directamente**, por los perjuicios que sufrieron a consecuencia de la defunción de su prenombrado esposo y padre. Es de advertirse que ambas acciones pueden intentarse en una misma demanda (sentencia de 25 de marzo de 1941, magistrado ponente doctor Germán Orozco Ochoa).

III. EL TESTIGO NO PUEDE LLEVAR ESCRITA SU DECLARACION. PRINCIPIO DE LA ORALIDAD DEL TESTIMONIO. LAS FORMAS PROBATORIAS SON DE DERECHO PUBLICO ABSOLUTO

El demandante había obtenido que los testigos hicieran una relación de los hechos controvertidos en carta privada. En el curso del juicio, ese demandante pidió que los testigos se ratificaran en el con-

tenido de esas manifestaciones extrajudiciales escritas. El Tribunal sentó que tales testimonios no tenían valor alguno.

El testimonio es prueba esencialmente oral. El principio de l'oralité del testimonio es universal, y data desde el antiguo derecho romano.

Al testigo no le es dado llevar escrita su relación, que a esto equivale el que una persona se ratifique en las declaraciones que haya consignado en una carta u otro documento. La ley habla de que el testimonio sea responsivo, exacto y completo; de que las preguntas se formulan de un modo conciso respecto de cada hecho; de que las respuestas se escriben tal como las dicte el testigo capaz de hacerlo; y de no, que las redacte el funcionario que recibe la declaración luégo de conferenciar con el testigo y cerciorarse de qué es lo que éste sabe y quiere decir. Habla igualmente la ley de que el testigo debe explicar cada respuesta con suficiente conocimiento de hechos.

Los autores que tratan del testimonio, hablan de tres sistemas de interrogación: el sistema responsivo en que el testigo responde a un cuestionario o interrogatorio, sistema peligroso por el gran poder de sugestión que puede desarrollar el funcionario sobre el testigo; el sistema expositivo, en que el testigo expone sin necesidad de interrogatorio, igualmente criticado porque determina generalmente una relación incompleta; y un tercer sistema mixto seguido por nuestro código en que el juez ayuda al testigo a hilar, coordinar su declaración, tratando de hacerla más completa y explicada.

Pero ningún autor habla de que el testigo pueda escribir previamente la relación de los hechos a su manera y que luégo la vacie en su declaración judicial. Este sistema es contrario completamente a la prueba testimonial, cuyo carácter oral es esencial.

Hablando Gorphe de lo que él llama los medios diagnóstico testimonial, dice que la ley pone al testigo y el juez frente a frente, conforme al principio de l'oralité del testimonio, admitida en la mayor parte de las legislaciones. La ley ha pensado que el encuentro cara a cara del juez y del testigo hace saltar la verdad. Cuando su boca hable, sus gestos hablarán, decía Ayrault. El Juez podrá así darse cuenta de la calma o turbación del testigo, de su acento de sinceridad o de poca convicción, de la seguridad o hesitación de sus afirmaciones.

De aquí que este autor vaya hasta criticar las declaraciones recibidas ante juez comisionado, lo cual está prohibido en las legislaciones germánicas, en Inglaterra y Estados Unidos; declaraciones

éstas que él califica de procedimientos escritos y como velo echado sobre la fisonomía de los testimonios, que borra su acento, sus gestos, su emoción y que no es más que una sombra (Gorphe. Critique de Témoignage, página 85 y siguientes).

El Juez que desee cerciorarse de la veracidad, fidelidad y sinceridad del testimonio, como es su deber, tiene en sus manos esa valiosa arma del interrogatorio. El testigo que opte por mentir deberá ser muy listo para no incurrir en las contradicciones a que le obligará un interrogatorio bien dirigido, fuera de que el juez podrá entonces darse cuenta de la espontaneidad.

Tales ventajas o condiciones desaparecerían si el testigo pudiera llevar su testimonio escrito, y para el caso es absolutamente igual que ese escrito figure ya en los autos.

Podría replicarse que igual cosa pasa con las declaraciones rendidas ante juez fuera del juicio, mas debe repararse que el juez que recibe una relación testifical fuera del juicio está en la obligación de examinar directamente al testigo, a fin de darse cuenta de la sinceridad, fidelidad y originalidad del testimonio.

Las formalidades son más necesarias de lo que regularmente se cree. Se estima que la pretermisión de las formas acarrea más injusticias que su fiel observancia. Si esto se dice de las formas procesales, qué no decir de las formas probatorias, como quiera que éstas pertenecen al Derecho Público absoluto, para distinguirlas de las formas procesales, las cuales en determinadas circunstancias pueden omitirse, renunciarse, allanarse o ratificarse. En cambio las formas probatorias, a decir de los doctrinantes, no pueden ser allanadas ni ratificadas y su defecto debe ser declarado aún de oficio.

La prueba del testimonio es objeto particular de una ciencia (la ciencia del testimonio. Gorphe, Stern, Binet). Los doctrinantes encuentran que el testigo falso, aquél que falta a la verdad con malicia, no es peligroso comoquiera que es poco común. Es el testigo ordinario el que mayores probabilidades de error acarrea, debido ya a las circunstancias particulares de la percepción; ya de los hechos en sí mismos; ya de su memoria, la cual es llevada de modo inconsciente a suplir los vacíos y lagunas que encuentre en su relación, ya de las pasiones y tendencias naturales del hombre que inconscientemente lo llevan a relieves ciertos hechos y desvanecer otros. De esta manera la recepción es objeto particular de especiales consideraciones por los tratadistas, estableciéndose que el interrogatorio y la forma verbal son el mejor medio de establecer la veracidad del tes-

timonio, el más económico, expedito y eficaz. Si ciertamente los nuevos doctrinantes rechazan la tesis predominante en algún tiempo de la endeblez de la prueba testimonial, de su absoluta condenación (ya decía el evangelio: *omnis homo mendax*, todo hombre miente), se acepta la bondad de esta prueba siempre que se dé en condiciones que la crítica se ha encargado de fijar, no despreciándose otros factores o medios de control que resultan impracticables en nuestro medio judicial (sentencia de 14 de abril de 1941. Ponencia del Magistrado doctor Fidel Rodríguez).

IV. LA INICIATIVA DE LAS PRUEBAS CORRESPONDE A LAS PARTES PORQUE ELLAS CONOCEN MEJOR QUE NADIE LOS MEDIOS POR LOS CUALES PUEDEN DEMOSTRAR EL FUNDAMENTO DE SUS ACCIONES. SIN EMBARGO, EL JUEZ TIENE UNA LIMITADA AUTONOMIA EN CUANTO A LA ADUCCION DE LAS PRUEBAS Y SU PERFECCIONAMIENTO

El Tribunal acoge en este particular la doctrina del doctor Luis Alzate Noreña. Dice el Tribunal: "Como principio general, a las partes corresponde la iniciativa de la prueba. Ellas conocen mejor que el juez los medios idóneos de que disponen para ejercitar sus derechos. Pero esta regla no es inflexible. Algunos códigos permiten la iniciativa del juez en materia probatoria, y en cuanto al nuestro, es dado al magistrado hacer a los testigos todas las advertencias conducentes a poner en claro la confianza que merezcan, y la manera precisa o distinta como han sabido los hechos que afirman, o de que tienen noticia, con el fin de que el testimonio sea responsivo, exacto y completo; debe apremiar a quienes no quieran contestar o den respuestas ambiguas o evasivas, puede llamar al testigo para que aclare cualquier pasaje dudoso y oscuro de su declaración; y puede, de oficio declarar las tachas comprobadas. Puede nombrar peritos cuando las partes no lo hagan, puede compelerlos con apremio para que rindan su dictamen. Puede pedir de oficio que los peritos expliquen, amplíen o rindan con mayor claridad su exposición, si fuere oscura o deficiente: puede decretar en caso del artículo 721, un nuevo avalúo por medio de peritos que él designe. También tiene la facultad de nombrar intérpretes. Puede ordenar de oficio la práctica de inspecciones oculares. En el acto de la diligencia de inspección anotará cuidadosamente las cosas y hechos examinados, y las obser-

vaciones conducentes que él, los peritos o los testigos hagan y también puede hacer cualquier investigación tendiente al esclarecimiento de los hechos y ampliar de oficio o a petición de parte, los puntos sobre que deban dictamen los peritos.

Puede el juez exigir de oficio los libros de comercio (artículo 57) y puede también de oficio decretar la exhibición de las cartas que tengan relación con el asunto litigioso, y que se compulsen del registro las de igual clase que se hayan dirigido los litigantes.

Finalmente, el juez de segunda instancia puede dictar un auto para mejor proveer con el solo objeto de que se aclaren los puntos que juzgue oscuros y dudosos y en este caso las partes no tienen en la ejecución de lo acordado más atribución que la que el juez les conceda. Algún autor de pruebas desaparecido señala que esta atribución es peligrosa en manos de jueces que quieran favorecer a alguna de las partes, máxime cuando contra ese auto no se admite ningún recurso, ni siquiera el de queja.

De esta manera, el principio de la pasividad del juez civil en materia probatoria tiende a derogarse concediendo al juez, a quien supone hombre de buena fe, cierta actividad probatoria. De esta manera, justificase la conducta oficiosa del Tribunal (Auto de 26 de febrero de 1941, del magistrado doctor Fidel Rodríguez).

V. LAS NULIDADES QUE PUEDAN AFECTAR LOS JUICIOS SON TAXATIVAS. NO CITAR PARA SENTENCIA EN JUICIO ORDINARIO NO ES CAUSAL DE NULIDAD COMO TAMPOCO LA OMISION DE LA APERTURA A PRUEBAS O NO HABER SURTIDO LOS TRASLADOS DE LA DEMANDA. SIN EMBARGO, ES CAUSAL DE NULIDAD EL SEGUIMIENTO DE UN JUICIO POR VIA DISTINTA DEL SEÑALADO POR LA LEY. CARACTER HIBRIDO DEL DERECHO PROCESAL CIVIL.

Sostiene el Tribunal que las nulidades de los juicios son taxativas. Están enumeradas expresamente por la ley de procedimiento. Si en un juicio civil, omítese la citación de la sentencia, no se incurre en nulidad porque la ley sólo habla de que la falta de citación para sentencia de remate, en los juicios ejecutivos es motivo de invalidación. Si se omitió dar traslado de la demanda al demandado tampoco puede anularse lo actuado ni menos retrotraerse la actuación con el pretexto de llenar esa formalidad procesal.

Ciertamente que la Constitución manda que nadie puede ser juzgado sin haberse llenado previamente las formas propias de cada juicio, pero la constitución no ha determinado esas formas, sino que dejó a la ley la determinación de cuáles son esenciales y cuáles pueden omitirse.

El derecho procesal civil considerado antiguamente como de Derecho Privado, está clasificado por los autores modernos como de Derecho Público, aunque con muchas reservas. Chiovenda dice que el Derecho Procesal Penal ocupa de modo indiscutible un campo en el Derecho Público, pero no así el Civil, el cual mantiene una situación híbrida, intermedia o autónoma, derivada del enlace continuo del Derecho Público y el interés privado. Si ciertamente no es posible admitir un proceso convencional en el sentido de que las partes puedan regular a su amaño el procedimiento, si admitese que en muchas formas pueden renunciarse tácita o expresamente términos, traslados, emplazamientos, determinados trámites.

En la ciencia procesal podemos distinguir: a) normas dispositivas cuya inobservancia puede ser consentida válidamente por las partes, tales serían traslados, apertura a pruebas, impedimentos del juez, tachas contra testigos y peritos. Estas formalidades podrían descartarse convencionalmente o por modo anticipado; y b) normas absolutas cuya observancia es obligatoria. Estas son de diferente naturaleza según que puedan ser objeto de ratificación. La falta de competencia territorial puede subsanarse aun de modo tácito. La falta de competencia por razón de la naturaleza de la causa debe ser ratificada expresamente. En cambio esa misma falta en la competencia determinada por la naturaleza de la personas, no es subsanable, como regla general.

Pero no puede darse una ausencia total de formas o un cambio tal que desfigure la categoría propia del juicio. Si el legislador ha previsto un proceso verbal, no puede desvirtuarse por convención o de facto ese proceso, en forma tal que presente el carácter de juicio ordinario. En este orden de cosas, si se ha seguido por los trámites ordinarios, una acción de naturaleza verbal, hay nulidad absoluta que no puede ser ratificada porque se han vulnerado en forma esencial las formas propias del proceso. El Tribunal llegó a la conclusión de que las llamadas prestaciones sociales no pueden tramitarse por la vía ordinaria y si así se hiciere, el proceso es nulo (leyes 10 de 1934 y 45 de 1939).

Igual tesis trae la Corte (Magistrado doctor Fidel Rodríguez,

juicios de Sofía García contra el Departamento de Antioquia; Carlos Rúa Gómez contra el Departamento, y doctor Honorio Velásquez contra Mercedes Gallego).

VI. CARACTER PRECLUSIVO DE LOS JUICIOS

El principio de las preclusiones domina nuestro procedimiento. Este carácter preclusivo de los juicios hace que éstos vayan definiendo por etapas, estadios o ciclos sucesivos que no es posible modificar. La palabra preclusión tiene un claro origen latino (pre-antes de; ocludere, cerrar). Del latín pasó a las lenguas anglosajónicas. En inglés es una tanto común esa voz (preclude, usada en el sentido de prohibir). En italiano es vocablo de reconocida consagración en la tecnología jurídica, y significa, a decir de la Corte, la clausura por ordenarla así una norma de la ley, de las actividades que pueden llevarse a cabo, sea por las partes o por el juez, durante el desarrollo del proceso en cada una de las etapas en que la ley lo divide.

El criterio preclusivo opónese al principio de derecho moderno de la unidad del proceso. El sistema de las preclusiones es una institución tendiente a desaparecer.

A decir de la misma Corte la preclusión no siempre implica concepto negativo, ya que a veces comprende actos positivos. Así, corregida una vez la demanda, precluye toda posibilidad de volver a reformarla. Lo mismo ocurre con la postulación de excepciones en juicio ejecutivo. Propuestas una vez, no es dado a formular otras nuevas.

José Chioventa, procesalista italiano que como ningún otro autor latino, impulsó la ciencia procesal, sacándola de su carácter puramente empírico, para sujetarla a principios ciertos y definidos, explica así su teoría: "Las preclusiones tienden a reprimir las dilaciones y las cosas superfluas. Consisten en que después de la realización de determinados actos o del transcurso de ciertos términos queda precluso, prohibido, a la parte el derecho de realizar otros actos procesales determinados, o en general actos procesales. Las principales preclusiones de derecho son: la confesión que precluye el derecho a deducir declaraciones incompatibles con hechos confesados; la prestación del juramento decisorio o la negativa a prestarlo que precluyen cualquier defensa de una u otra parte, respecto de los hechos sobre los cuales el juramento fue deferido; el transcurso de

términos preclusivos que produce extinción del derecho a realizar los actos para los cuales se había fijado el término; el paso a cosa juzgada de la sentencia interlocutoria que precluye toda discusión sobre el punto decidido; y la deducción de una excepción que puede precluir otras excepciones, por ejemplo:

La excepción de nulidad de citación debe deducirse antes de cualquier otra defensa.

La excepción de nulidad de los actos de procedimiento posteriores a la citación, debe proponerse en el escrito sucesivo al acto que se quiere impugnar; y

La excepción de incompetencia territorial debe proponerse antes de cualquier otra instancia o defensa.

La proposición de una excepción de fondo puede ser preclusa por la proposición de otra excepción cuando ésta implique renuncia de la primera (la excepción de pago no es preclusa por la negación de la deuda, según Wetzell; contrariamente a lo sostenido por Lessona). La excepción de prescripción no precluye la excepción de pago.

De acuerdo con esta teoría, si la parte que no ha sido notificada interviene en el juicio bien para absolver posiciones o de otra manera que haga suponer que tuvo conocimiento del juicio o del auto mal notificado, hace suponer que renunció a cualquier recurso que hubiera podido interponer (artículo 450, inciso final). De esta manera, si la parte ha actuado en el juicio alegando otra clase de defensas distintas de la falta de citación o emplazamiento o una notificación deficiente, le queda preclusa o prohibida toda alegación por este último concepto".

(Autos proferidos por el Magistrado doctor Rodríguez, en los juicios de sucesión de Margarita Salazar y ejecutivo de Federico Castrillón contra Luis F. Velásquez).

VII. LA SIMULACION NO ES CAUSAL DE NULIDAD. LOS TERCEROS QUE CONTRATAN A SABIENDAS DE LA SIMULACION CON EL TESTAFERRO PUEDEN INVOCAR EL CONTRATO OCULTO O EL SECRETO, A SU ELECCION

El Tribunal seccional acoge la tesis de la Corte sobre simulación. Admite que en la simulación pueden distinguirse dos formas contractuales, una externa, otra oculta, una aparente, destinada al público, otra destinada a permanecer en secreto.

La simulación no es causal de nulidad por sí sola. Las partes pueden tener interés legítimo en disimular sus contratos, interés que puede ser de muchos órdenes, comercial, social, familiar.

Otro principio igualmente acogido por el Tribunal (salas de los doctores Francisco Echeverri, José Manuel Mora Vásquez y Fidel Rodríguez) es que la simulación no opera en contra de terceros, entendiéndose por terceros quienes no hayan intervenido en el acto o contrato, aunque sean sucesores a títulos singular o universal de quienes lo celebraron. Los terceros, eso sí, podrán aprovecharse del acto secreto.

Así por ejemplo, en el caso en que un tercero contrate con la persona de confianza, con el testaferro del simulador, ese tercero puede atenerse al pacto externo o al disimulado, a su elección. Si Pedro ha vendido simuladamente, en confianza, su casa a Juan, el tercero que contrate aún a sabiendas, con Juan puede atenerse al pacto público entre Pedro y Juan, o al acto secreto. El tribunal hace cita de Jossaerand: "Los acreedores se encuentran en una posición tan favorable como sea posible; según el caso y en razón del grado de su interés, pueden atenerse al acto ostensible que constituye para ellos la verdad jurídica, o al acto secreto, al contradocumento. A su elección, se atenderán a la apariencia o bien podrán demostrar que los contratantes han representado una comedia, que han desfigurado la verdad. Restablecerán esta verdad a fin de ampararse y aprovecharse, o bien se acogerán a la mentira y la ilusión."

"Se apuntan a dos cartas y ganan sobreseguros. Se encuentran colocados en una posición singularmente ventajosa debido a la simulación, al engaño de las partes. Falsificando la verdad, éstas se ofrecen amarradas al público, a los terceros. Vienen a ser los prisioneros de su propia estratagema, son cogidos en la trampa que habían tendido y que son para ellos mismos. Cuando se sufre a la vez calor y frío, como el sátiro del buen Lafontaine, se da un mal paso; se juegan riesgos; se suscita la desconfianza del otro y se expone a represalias por parte de quienes se ha querido abusar y a los cuales se les confieren derechos".

Sienta igualmente el Tribunal la vigencia del principio aquel bien conocido de que lo escrito, escrito está. Si el acto externo se realiza por acto escrito, las partes que intervinieron en la simulación no pueden demostrar con pruebas de testimonio esa simulación, aunque el contrato no ascienda a quinientos pesos. En tal caso, es necesaria una contraescritura, un acto escrito que constate esa simulación, o

una prueba de mejor calidad que la escrita, como la confesión. Los terceros, en cambio, si pueden demostrar la simulación por cuantos medios probatorios consagra la ley, incluso la prueba testifical.

El Tribunal opta porque el acreedor debe demostrar su interés en denunciar la simulación, no bastándole el interés general de la conservación y mantenimiento del patrimonio del deudor. Es necesario que demuestre que a consecuencia de la simulación se desmejora el patrimonio del deudor en forma tal que afecta la solidez de su crédito. Sobre este punto salvó su voto el doctor Germán Orozco Ochoa sobre la base que el acreedor puede invocar simplemente el derecho de prenda general que tiene sobre todos los bienes del deudor.

No hacemos referencia a otros principios acogidos igualmente por el Tribunal porque son un fiel trasunto de las teorías de la Corte, las cuales son suficientemente conocidas. Sólo destacamos aquellos hechos sobre los cuales ha puesto el Tribunal un empeño particular (sentencia proferida en el juicio de Paulina Uribe contra Roberto Ceballos, ponencia del Magistrado Rodríguez; sentencia proferida en el juicio de Manuel Escudero contra Clímaco Miranda y otros, ponencia del doctor Mora Vásquez).

VIII. LA LLAMADA INVERSION DE LA CARGA DE LA PRUEBA. LOS HECHOS NEGATIVOS DE CARACTER INDEFINIDO HAN DE DEMOSTRARSE EN LA MEDIDA QUE SEA RAZONABLE. PRINCIPIO DISPOSITIVO.

El derecho moderno—afirma el Tribunal—así dentro de la escuela germánica como latina, acepta la verdad del principio aquel de origen romántico, de que la carga de la prueba corresponde a quien afirma, al demandante, por consiguiente, como tesis general.

¿Qué debe probar el demandante? Deberá probar todos aquellos hechos necesarios para el surgimiento de su derecho, a menos que se trate de hechos normales, de hechos que están dentro del orden lógico y natural. Así quien demanda no necesitará demostrar que existe, o su propia identidad, o su capacidad civil, porque estos hechos inciden dentro de la vida corriente y ordinaria. Estos hechos se presumen. El juez está obligado a admitirlos y quien los niegue debe dar la prueba de su negativa. No se acepta, pues, la teoría alemana de que quien demanda, debe dar la prueba de todos y cada uno de los hechos necesarios para el surgimiento del derecho. Las presunciones judiciales están llamadas a desvirtuar, a atenuar ese principio.

El Tribunal igualmente recoge el principio dispositivo o de parte. Sólo aquellos hechos que han sido controvertidos son materia del fallo. Hay incompatibilidad psicológica entre la función juzgadora y la iniciativa del Juez para buscar defensas al demandado. El magistrado fallará de acuerdo con lo alegado y probado. Las partes conocen mejor que el juzgador sus defensas y aquéllas que no se han propuesto ni alegado no las puede deducir de oficio el fallador.

Contrariamente a los sistemas acusativo e inquisitivo, hoy postergados, se ha aceptado el sistema llamado dispositivo de aplicación exclusiva en materia civil. Conforme a tal principio el juez sólo puede tomar en cuenta los hechos jurídicamente controvertidos, es decir, cuando una u otra parte se han referido a ellos. Tiene que aceptar como verdaderas las afirmaciones hechas por una de las partes en su perjuicio y de esta manera no le será permitido deducir cargos que no han sido formulados ni defensas que no han sido invocadas. Tendrá por ciertos aquellos hechos sobre los cuales no discuerdan las partes, a menos que se trate de un presupuesto procesal, no siéndole dado sino proveer sobre aquello en que disientan, porque a esto se circunscribe el debate.

José Chioventa señala que los jueces son muy propensos a fundarse en hechos que las partes no han alegado con el pretexto de que "surgen de los autos" temiendo no estar a la altura de su cargo si no ejercitan con absoluta independencia su poder en todas las resultas del proceso. Este desenfrenado ejercicio es peligroso. Si al juez le repugna sentirse encerrado en los límites de la voluntad dominadora de las partes, debe aceptar, por lo menos una consideración práctica, esto es, que las partes son los mejores jueces de la propia defensa y que nadie puede conocer mejor que ellas qué hechos debe alegar y cuáles no. Con tales reservas debe interpretarse el artículo 343 del código judicial. Esta es igualmente la teoría de nuestra Corte.

Agrega el Tribunal que quien afirme un hecho negativo del cual emane su derecho, debe dar la prueba, como regla general. Solamente cuando los hechos son de carácter indefinido así positivos como negativos, el deber de probar se atenúa, porque es imposible dar una prueba fehaciente. Quien sostenga que durante el año de 1940 no ha ejercido el comercio de Medellín, está en incapacidad para dar una prueba que deseche toda duda, pero no por eso se invierte la carga de la prueba. En tal caso, quien alegue ese hecho para liberarse, por ejemplo de los impuestos municipales, deberá probar que su actividad fue otra, y que esa actividad excluía al me-

nos de manera probable el ejercicio del comercio (sentencia de fecha 30 de enero de 1941, juicio de Aura Hernández contra Jesús López; 14 de abril de 1941, juicio de Joaquín E. Castaño contra Antonio Acosta).

IX. EL DUEÑO DEL SUELO ES DUEÑO DEL SUBSUELO. ESTE PRINCIPIO DE DERECHO ROMANO PRIMA SOBRE AQUELLA PRESUNCION DE QUE EL POSEEDOR SE REPUTA DUEÑO MIENTRAS OTRO NO PRUEBE LO CONTRARIO.

El demandante exhibió un título sobre el suelo, y con base en él obtuvo la entrega de un sótano de que estaba en posesión el demandado. El título sobre el suelo fue estimado por el Tribunal como prueba suficiente de dominio sobre las obras realizadas bajo el nivel superficiario.

Los romanos consagraron un principio que tiene plena vigencia en derecho moderno; *qui dominus est soli, dominus est coeli et inferorum*. Ese principio está limitado hoy en cuanto lo exige la naturaleza misma de la cosa, según los estudios profundísimos de Cabba, Pompaloni, Ihering; y en cuanto a las minas pertenecientes al Estado. Los artículos 553 del código francés, 468 del código italiano y 359 del código español consagran un principio similar. Toda construcción, plantación u obra sobre un terreno o debajo de él, se presume hecha por el propietario y que le pertenece a menos que se pruebe lo contrario.

El código nuestro no consagra expresamente un principio semejante al romano, pero acaso resultaría redundante, ya que el código nuestro trae un modo especial de adquirir el dominio, la accesión.

De aquí que quien alegue un título sobre el suelo está en capacidad de adquirir el dominio del subsuelo contra quien sólo alegue posesión sobre el sótano, a menos de mediar prescripción (juicio posesorio de Manuel Merisalde contra la junta administradora de los bienes de la señora Zoraida Cadavid de S. Auto de 4 de mayo de 1940, del magistrado doctor Rodríguez).

X. UN POSEEDOR SIN TITULO PUEDE REINVIDICAR. LA POSESION POR SI SOLA PUEDE SERVIR DE PRUEBA DE DOMINIO.

El Tribunal desenvuelve la tesis que tan luminosamente expusieron Aubry y Rau y que perfeccionaron Colin y Capitant. Llega a la conclusión de que un poseedor antiguo puede reivindicar contra un poseedor actual, siempre que la posesión anterior sea mejor caracterizada que la otra.

Siempre fue un canon jurisprudencial que entre dos poseedores uno antiguo y uno actual, ambos sin título, preferiría en el dominio, el actual, siguiendo el principio de que en la igualdad de condiciones, es mejor la del poseedor, pero el Tribunal entra a comparar posesiones para llegar a la conclusión de que si la antigua es mejor que la actual, se debe preferir al poseedor antiguo. Al hablar de posesiones, habrá de distinguirse entre posesiones pacíficas y posesiones violentas o clandestinas; entre posesiones definidas, públicas, y posesiones equívocas; y si analizados minuciosamente estos caracteres, la antigua presenta mejores condiciones, debe triunfar el poseedor antiguo (sentencia de fecha 14 de noviembre de 1939, Ponencia del magistrado doctor Fidel Rodríguez; juicio del doctor Joaquín Agudelo contra Alvaro Suárez).

XI. ES PRECISO REQUERIR AL DEUDOR AUNQUE SE HAYA FIJADO PLAZO PARA EL CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACION, CUANDO QUIERA QUE SE DEMANDE POR LA PENA FIJADA PARA EL CASO DE INCUMPLIMIENTO. EXCEPCION AL PRINCIPIO DE QUE EL TIEMPO INTERPELA POR EL HOMBRE.

El acreedor optó por demandar el pago de la cláusula penal, pero no obstante que ya se había vencido el término para el cumplimiento de la obligación principal, el Tribunal desechó la acción diciendo que cuando el acreedor se determinaba por exigir la pena, había necesidad de requerir previamente al deudor.

“El Tribunal acepta que está plenamente demostrado el contrato de arrendamiento en que se funda la demanda del señor Morales, ya que se adujo en copia auténtica el documento que se extendió a raíz de su celebración; documento que en posiciones absueltas en este segundo grado del juicio, está plenamente admitido; este Tri-

bunal asimismo acepta que está demostrado el incumplimiento de González por cuanto demostrada la obligación de González de dar dos limpiezas anuales al cafetal y no dejar caer en forma alguna el sombrío, correspondía a él demostrar que cumplió, y como no lo hizo faltando al principio de que quien alega las extinciones de las obligaciones debe probarlo, y como de otro lado, media una inspección ocular, y declaración plural de testigos de que no cumplió con el deber de llevar a cabo las medidas de limpieza determinadas en el contrato, se concluirá forzosamente que González sí faltó a sus deberes, si violó las normas convencionales”.

“Pero como quiera que el demandante tenía a su disposición o hacer cumplir el contrato o exigir el pago de la pena, y habiendo optado por ésta, no requirió al deudor, procede el reconocimiento de la excepción de petición antes de tiempo.

Es un caso de excepción en que a pesar de que las partes fijen plazo para el cumplimiento de sus obligaciones, hay necesidad de una nueva interpelación para la constitución en mora.

La exigencia de la constitución en mora para efecto de poder cobrar perjuicios se basa en el principio estatuido de manera inequívoca por el artículo 1.615 del código común. Igualmente en el artículo 1.595, encuéntrase la regla de que háyase o no estipulado un término dentro del cual deba cumplirse la obligación principal, el deudor no incurre en la pena sino cuando se ha constituido en mora, cuando la obligación es positiva.

Es Alessandri Rodríguez quien mejor estudia el problema de la mora. Dice este autor: “si analizamos diversas disposiciones del código civil chileno, y aun de las del código de comercio, observaremos que en muchas de ellas, la ley ha señalado una época, una oportunidad en la cual el deudor debe cumplir su obligación. Así, por ejemplo, el artículo 1.826 del código civil, dice que “el vendedor es obligado a entregar la cosa vendida inmediatamente después del contrato, o a la época prefijada por él”. Hay aquí una época fijada para que el deudor cumpla su obligación.

Otro tanto sucede en el artículo 1872 que dice que el comprador deberá pagar el precio en el lugar y tiempo estipulados, o en el lugar y tiempo de la entrega, no habiendo estipulación en contrario. Cabe decir igual cosa en el contrato de arrendamiento: el artículo 1.944 señala una época para el cumplimiento de la obligación del arrendatario de pagar el precio; lo mismo sucede en el artículo 2.180 que fija al comodatario una oportunidad o época para restituir la

cosa prestada; y así, hay muchísimos otros artículos del C. C. que establecen disposiciones análogas."

"Si el deudor no cumple su obligación en la oportunidad o época fijada por la ley, si deja transcurrir esa época u oportunidad sin satisfacer a su acreedor, se dice que el deudor está retardado, se dice que hay retardo en el cumplimiento de la obligación; pero no se dice que hay mora, porque para que ésta se produzca, es menester que el acreedor haga saber al deudor que el incumplimiento le está causando un perjuicio."

"Por lo que, puede definirse el retardo como el incumplimiento de la obligación más allá de la época fijada por la ley".

"Mientras hay retardo, mientras hay incumplimiento de la obligación más allá de la época fijada por la ley, no hay mora, porque hasta ese momento el acreedor no ha hecho saber al deudor, no le ha significado el perjuicio que el retardo está causando; quiere decir que ese retardo no daña al acreedor, que ese retardo no le perjudica, y puede verse en el silencio del acreedor hasta una aquiescencia tácita de su parte a que el deudor persevera en el estado de retardo".

"Pero en el momento que el acreedor se queje y le haga saber al deudor que el retardo le está perjudicando, en ese mismo momento en que el acreedor reclama, deja de haber retardo y éste pasa a convertirse en mora, porque desde ese instante el deudor sabe que el hecho suyo, que el incumplimiento de su parte, está causando un daño en el patrimonio del acreedor. Por eso se dice que hay mora cuando el hombre interpela, cuando el hombre le hace saber al deudor que lo está perjudicando con su incumplimiento".

"De lo dicho se desprende que la mora puede definirse diciendo que es el retardo culpable del cumplimiento de una obligación, más allá de la época fijada por la manifestación de voluntad del acreedor".

"Las explicaciones precedentes permiten ver con distinción las diferencias que hay entre el retardo y la mora; el retardo es el simple atraso en el cumplimiento de la obligación más allá de la época fijada por la ley; la mora es el atraso perjudicial al acreedor, el atraso más allá de la época fijada por la voluntad del acreedor. La palabra retardo es genérica, comprende todo atraso en el cumplimiento de la obligación; la palabra mora es específica, se refiere a un determinado retardo, al que perjudica al acreedor; y por lo tanto, mientras todo retardo no es mora, toda mora es retardo, y a ella se refiere el artículo 1.551".

“Todas estas explicaciones se sintetizan en estas dos frases: “Cuando la ley interpela, hay retardo; cuando el hombre interpela, hay mora”.

“Esta distinción—continúa Alessandri—de la mora y el retardo, está formulada y precisada en el código chileno al hablar de la cláusula penal en los artículos 1.537 y 1.538. Según el primero, antes de constituirse el deudor en mora, no puede el acreedor demandar a su arbitrio la obligación principal o la pena, sino sólo la obligación principal. El deudor no incurre en la pena, sino cuando se ha constituido en mora, si la obligación es positiva”. Y en su inciso 2o. agrega: “Si la obligación es negativa se incurre en la pena desde que se ejecuta el hecho que el deudor se ha obligado a abstenerse”.

“Luego antes de la constitución en mora del deudor, hay otro estado jurídico que no es la mora; hay un estado jurídico en que puede exigirse la obligación principal y en el cual, sin embargo, podrían exigirse los perjuicios. Ese estado jurídico que corre entre la obligación y la constitución en mora del deudor, es el retardo”.

“Esto pone en evidencia otra cosa, que no es lo mismo la constitución en mora del deudor, que la exigibilidad de una obligación; una y otra son estados enteramente diversos, y para que proceda la indemnización de perjuicios, no es necesario que la obligación sea exigible, sino que el deudor esté constituido en mora”.

“Es evidente entonces, que el deudor no puede exigir indemnización de perjuicios, cuando sólo hay retardo. Esto igualmente pone en evidencia que no es una misma cosa en derecho, la exigibilidad de una obligación y la constitución en mora del deudor; que una obligación sea exigible sin que el deudor esté constituido en mora, distinción que fluye de los artículos 1.537 y 1.538. Si la mora y la exigibilidad de una obligación fueran una misma cosa, se concebiría que pudiera exigirse la obligación antes de constituirse el deudor en mora? Son dos instituciones que provienen de causas enteramente distintas. Una obligación es exigible desde que no haya plazo ni condición suspensiva pendiente que retarde sus efectos; desde el momento en que el acreedor pueda reclamar el cumplimiento de la obligación al deudor. En cambio, hay mora de parte del deudor cuando no ha cumplido su obligación dentro de la época señalada por la manifestación de voluntad del acreedor”.

“Es cierto que hay un caso en el código chileno, el Nro. 1o. del artículo 1.551 en que coinciden y se confunden la exigibilidad de la obligación y la constitución en mora del deudor. Ese caso ocurre

cuando el deudor no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado. Esa obligación pasa a ser en ese mismo instante exigible. Pero este resultado, es la consecuencia de que la exigibilidad de la obligación y la constitución en mora sea una misma cosa? No, de ninguna manera; es la consecuencia de que un mismo hecho da origen a dos situaciones distintas, y es por eso que no pueden confundirse la exigibilidad de una obligación y la constitución en mora. La prueba más evidente de que no son una misma cosa nos la suministra el artículo 1.551, No. 1, puesto que agrega "... salvo que la ley en casos especiales exija que se requiera al deudor para constituirse en mora".

"En este caso que la ley contempla en la 2a. parte del artículo 1.551, No. 1o., no basta el vencimiento del plazo para que el deudor esté en mora, y sin embargo la obligación es exigible. Por qué? Porque en estos casos el vencimiento del plazo, si bien tiene la virtud de hacer exigible la obligación, no tiene la virtud de constituir en mora al deudor. Un ejemplo de esto, lo tenemos en el artículo 1.949 del C. C. al hablar de la mora del arrendatario, en que es necesario, para que proceda la mora, que el arrendador requiera al arrendatario, y si requerido el arrendatario no restituye la cosa, será condenado a todos los perjuicios de la mora".

"Como según el artículo 1557, la indemnización de perjuicios se debe desde que el deudor se ha constituido en mora, y como la constitución en mora no es lo mismo que la exigibilidad de una obligación, ni el hecho de que ésta sea exigible quiere decir que el deudor será constituido en mora, hay que llegar a la conclusión que no basta que una obligación sea exigible para que el acreedor pueda pedir indemnización de perjuicios, porque para ello, es requisito esencial la constitución en mora del deudor" (página 8o. Teoría de las obligaciones).

Analizando el principio de que el deudor debe perjuicios desde que no ha cumplido su obligación dentro del término estipulado, salvo que la ley en casos especiales exija que se requiera al deudor para constituirlo en mora, se desprende que si en un contrato se ha señalado plazo o término para el cumplimiento de la obligación, el deudor queda constituido en mora, sin necesidad de requerimiento judicial, por el solo vencimiento del plazo. Con esto no se alteran los buenos principios de la mora porque ha habido una interpelación, cuando al convenir el contrato acreedor y deudor han fijado una época para el cumplimiento útil de la obligación.

Sin embargo, de acuerdo con el ordinal 1o. del artículo 1.608

del C. C. colombiano hay casos en que la ley exige excepcionalmente que se requiera al deudor para constituirlo en mora. Comentando este principio, Alessandri Rodríguez nos dice: "Hay casos en los cuales el simple vencimiento del plazo estipulado en el contrato no basta para constituir en mora al deudor es necesario que con posterioridad al vencimiento, el acreedor haga una nueva manifestación de voluntad. Esto sucede, como dice el No. 1o. del artículo 1.551 "en los casos en que la ley exija que se requiera al deudor para constituirlo en mora". Es lo que pasa con la disposición del artículo 1.539 del C. C. que pudiera aparecer a primera vista en contradicción con el artículo 1.551, No. 1o., porque dice: "Háyase o no estipulado un término dentro del cual deba cumplirse la obligación principal, el deudor no incurre en la pena, sino cuando se ha constituido en mora si la obligación es positiva (inciso 1o.). Se dirá, a qué caso se refiere este artículo? Se refiere precisamente a aquel en que el simple vencimiento del plazo no basta para constituir en mora al deudor, al mismo caso a que se refiere la segunda parte del No. 1o., o del artículo 1.551. La ley, por razones de conveniencia, dispuso que en algunos casos no basta la simple estipulación de las partes en el contrato para constituir en mora al deudor por incumplimiento, y que es necesario un nuevo requerimiento de parte del deudor. Así sucede con el artículo 1949; y lo mismo pasa con el artículo 1.977 e igual cosa ocurre en el caso del artículo 737 del C. de comercio en materia de protesto de letras de cambio; el aceptante de una letra de cambio no está en mora de pagarla por el solo hecho de que a su vencimiento no la pague, sino que es menester un nuevo requerimiento, el protesto, y sólo una vez protestada la letra se deberán los intereses penales correspondientes" (página 85, Teoría de las Obligaciones, obra ya citada).

Esta opinión está igualmente refrendada por Barros Errázurris. Dice éste: "Siendo la pena una manera especial de pagar los perjuicios, háyase o no estipulado un término dentro del cual deba cumplirse la obligación principal, el deudor no incurre en la pena, es decir, la pena no es exigible sino cuando está constituido en mora, si la obligación es positiva. Si la obligación es negativa, se incurre en la pena desde que se ejecuta el hecho que el deudor se ha obligado a abstenerse (artículo 1.538). Este artículo es una aplicación a la cláusula penal de la regla general del artículo 1.557".

"Antes que el deudor se constituya en mora, la cláusula penal no es exigible y el acreedor sólo puede demandar la obligación prin-

cial, siempre que ella sea exigible. Un deudor puede encontrarse en retardo, con una obligación principal exigible; pero no haber sido constituido en el estado letal de mora, que la ley requiera para que el acreedor pueda pedir que se pague la pena" (página 104 de las obligaciones).

Aunque el derecho francés sigue un principio opuesto al nuestro, su estudio se encargará de esparcir luz sobre cualquier motivo de duda que pueda quedar al respecto. El derecho colombiano se aparta del derecho romano, y consagra como los códigos italiano y alemán, el principio de: el tiempo interpela al hombre.

El artículo 1.139 del código francés establece que el deudor se coloca en mora, sea por una interpelación o por otro acto equivalente, sea por efecto de la convención cuando en ella se consigna que sin necesidad de acta y por el sólo vencimiento del término, el deudor estará en mora. El artículo 1.230 del mismo establece que se exprese o no en el contrato un término dentro del cual deba cumplirse, la pena no se deberá mientras el deudor no sea puesto en mora.

Colin y Capitant dicen al respecto que la palabra mora viene del latín *mora* que significa retardo, pero que éstos dos términos no son sinónimos. Un deudor puede estar en retardo, sin estar en mora. La mora es la constancia oficial del retardo, constatación que puede resultar sea de una interpelación dirigida por el acreedor al deudor, sea de la convención de las partes, sea de la ley.

En derecho francés, la regla es que cuando el deudor no cumple su obligación, el acreedor debe ante todo colocarlo en mora. Mientras él no reclame se estima que no ha sufrido perjuicios. Para que esta presunción cese, es preciso que demande la ejecución por un acto extrajudicial, y así que hasta que este requerimiento se lleve a cabo, el deudor, aunque esté en retardo, no está obligado a pagar perjuicios.

Esta necesidad del requerimiento se comprende de manera civil cuando el contrato no fija fecha determinada para la ejecución. Pero en el caso contrario, se pregunta por qué la ley impone al acreedor los gastos de un requerimiento, los cuales en último caso recaen sobre el deudor. Acaso éste no estaba suficientemente advertido. Así numerosas legislaciones deciden que en caso de que se fije un término para la ejecución, el vencimiento del término es suficiente para colocar en mora al deudor: **dies interpellat pro homine**. Tal era la solución admitida por los antiguos autores de los siglos XVI y XVII.

Pero la regla contraria, conforme a las tradiciones del derecho romano, ha prevalecido en el siglo XVII. En el derecho francés el vencimiento del término no coloca en mora al deudor, si la convención no lo establece de manera expresa. En derecho francés, *dies non interpellat pro homine* (sentencia de tres de octubre de 1940, juicio del señor Gregorio Morales contra Rafael González, Ponencia del Magistrado Rodríguez).

XII. ESTAN SUJETAS A PRESCRIPCIÓN BIENAL LAS ACCIONES POR CONCEPTO DE HORAS DE TRABAJO EXTRAORDINARIO. LOS DOS AÑOS EMPIEZAN A CONTARSE DESDE QUE SE PRESTO EL SERVICIO, NO DESDE EL MOMENTO DEL DESPIDO DEL OBRERO.

Un empleado del ferrocarril de Antioquia demandó al Departamento por el pago de horas de trabajo extraordinario, alegando que había laborado trece horas diarias desde 1932 a 1938. Se declaró probada la acción de prescripción porque habían pasado más de dos años desde el momento en que la obligación se hizo exigible. Trata el Tribunal la cuestión de si tales acciones son prescriptibles; si están sujetas a la prescripción de corto o largo tiempo y desde cuándo comienza a contarse el tiempo de la prescripción: desde el momento del despido o de la exigibilidad de la obligación.

Dice el Tribunal que si ciertamente la fijación de la jornada máxima es una institución de orden público que no es renunciable, no por eso es imprescriptible. La ley considera sólo en forma excepcional el carácter de interés público o privado de la acción para fijar la prescripción. El sistema general es que sea uno mismo el término de prescripción para unas y otras acciones. Hay acciones populares, hay acciones de orden público, de Derecho Público, sujetas a corta prescripción.

El derecho procesal sólo contempla ciertas acciones imprescriptibles sin tener en cuenta el carácter de orden público o privado. La acción de división es imprescriptible porque la comunidad no es un estado antijurídico que exija la consolidación con el transcurso del tiempo, sino un estado perfectamente jurídico. Igualmente los derechos meramente facultativos son imprescriptibles.

Las prestaciones sociales son derechos subjetivos, de derecho privado, aunque de orden público.

El trabajo del empleado no es una función continua que presen-

te una unidad o indivisibilidad corpórea, material o espiritual, a menos que el patrono optase por un sistema de salario por obra, como si se contratase por la ejecución, un cuadro o una casa.

Como regla general, el salario es periódico. Se paga al obrero por su trabajo diario, semanal o mensual.

El código civil establece que la prescripción que extingue las acciones y derechos ajenos exige solamente cierto lapso, durante el cual no se hayan ejercido dichas acciones, el cual tiempo se cuenta desde que la obligación se ha hecho exigible. Aquí encontramos dos notas características: la inacción del acreedor y el transcurso del tiempo señalado por la ley; o lo que es lo mismo: el no ejercicio del derecho durante el tiempo que la ley establezca. El tiempo para que se efectúe la prescripción empieza a contarse desde que la obligación se hace exigible. Por cuanto lo que la ley hace, en cierta manera, es castigar al acreedor su desidia o negligencia, se entiende que dicho plazo corre solamente para el acreedor que estando en capacidad de ejercitar su derecho, no lo hiciera. De aquí se ha querido deducir cierta imposibilidad moral del asalariado para intentar su acción mientras esté bajo la dependencia del patrón y se pretende entonces que tales prescripciones empiecen a contarse a la terminación del contrato de trabajo. Pero como quiera que el contrato de trabajo es fuente de muchas obligaciones para una y otra parte, encontramos que las acciones así patronales como obreras quedarían en suspenso mientras durara el contrato principal que bien puede tener como límite la vida misma del individuo. Cada una de las obligaciones nacidas dentro de contrato de trabajo tiene una existencia independiente y un término para su exigibilidad dentro de las condiciones y modalidades impuestas por su naturaleza reglada por disposiciones de orden público.

La objeción que en otros países como Méjico, se ha hecho contra la Institución de la prescripción por equivaler ella, en la práctica, a la renuncia de los derechos de suyo irrenunciables, ya que son derechos que no hacen relación únicamente al sujeto, sino que también tiene repercusiones respecto de los hijos y la esposa y de todos aquellos que tengan que ver con el hogar, no es atendible por cuanto esa renuncia no es voluntaria. Es una especie de castigo que la misma legislación impone al negligente en favor del patrón. Por otra parte la definición de los derechos y la estabilización del patrimonio son hechos económicos que interesan directamente a los obreros. De lo contrario, se contemplaría un estado de cosas en que los

empleados tolerarían la violación de las normas legales por parte del patrón, a cambio de que, una vez terminado el contrato, pudiera demandar de éste todo lo concerniente al pago de los emolumentos causados por horas extraordinarias y otra clase de cargas impuestas al asalariado durante la existencia del contrato, lo que podría traer como consecuencia inseguridad para la empresa en perjuicio de patronos y obreros.

El artículo 1967 del Código Español sienta la prescripción de 3 años contados desde que dejen de prestarse los servicios para el pago a los menestrales, criados y jornaleros.

El portugués en su artículo 539 fija el plazo de un año para la prescripción de las acciones de los domésticos contratados por año el cual se contará para la prescripción desde la separación del doméstico.

La Ley Mejicana sienta el principio de que los sueldos, jornales, salarios y otras atribuciones con la prestación de cualquier servicio personal prescriben en 3 años y la prescripción corre desde el día en que se dejó el servicio.

La Corte Suprema de Méjico, en sentencia de fecha 12 de diciembre de 1936, aplicando un nuevo principio en cuanto al momento en que empieza a correr la prescripción de acuerdo con el artículo 328 de la ley federal del trabajo, dice que el derecho del trabajo tiene un contenido esencialmente económico, y que si bien es verdad que su función principal es la de proteger la clase trabajadora, elevando sus condiciones de vida, también lo es que determinar las obligaciones de los patronos, implica una intervención que está necesariamente limitada por las posibilidades y exigencias de las industrias; en otros términos, al intervenir el Estado en el fenómeno de la producción en beneficio de la clase trabajadora, no puede desconocer la situación de las empresas, ni ignorar las consecuencias fatales que, para su existencia, pueda acarrear determinado principio.

Agrega la misma Corte que el argumento de que no es posible que los trabajadores, mientras estén al servicio del patrono, presenten sus reclamaciones, tampoco se justifica en la práctica, porque constantemente se ve que los obreros demandan a los patronos por las violaciones de los contratos o la ley, sin que esas demandas alteren substancialmente la disciplina o la armonía en el taller, ni produzcan tampoco consecuencias enojosas para los trabajadores.

La tesis que se viene combatiendo tiene el inconveniente de que si los trabajadores se ajustaran a ella, autorizarían al patrono a que

de manera permanente, violara la ley, a reserva de exigirle, años después, la responsabilidad consiguiente, situación que es contraria a la finalidad perseguida por el derecho del trabajo, cuyo objetivo es, no tanto que los trabajadores obtengan determinadas cantidades de dinero, sino que el servicio se preste en las condiciones y forma prescritas por la ley, procurando la conservación de la raza, finalidad ésta que se logra mejor cuando los trabajadores, tan pronto se produzca una violación, formulan la demanda correspondiente.

El código nuestro sienta que la prescripción empieza a contarse desde que la obligación se hizo exigible. Nuestra Corte en sentencia de 24 de septiembre de 1940 al demandarse por salarios correspondientes a 19 años, declaró probada la prescripción respecto de aquel tiempo que antecedía la demanda en más de dos años, con lo cual sienta que la prescripción empieza a correr desde el día del trabajo, y no desde el despido o cesación (Gaceta Judicial 1961, pág. 111).

El código nuestro siguió en este particular al francés. En los trabajos preparatorios de don Andrés Bello tampoco se menciona el inciso que trae el código español de que la prescripción se contará desde el día de la cesación. (Juicio de Roberto Villegas contra el Departamento. Ponencia del magistrado doctor Fidel Rodríguez).

XIII. EN UNA ACCION NEGATORIA DE SERVIDUMBRE, LA CARGA DE LA PRUEBA CORRESPONDE AL DEMANDADO

La Corte Suprema ha establecido que en los juicios negatorios de servidumbre, la carga de la prueba corresponde al demandante. El Tribunal se aparta de aquella tesis con fundamento en la doctrina de los más grandes autores sobre Derecho Probatorio.

Se trataba de una acción aparente y discontinua. El demandado había tendido un puente sobre el río para pasar al predio del demandante a extraer agua de un pozo. Alegó prescripción, pero no presentó título constitutivo de esa servidumbre. El Tribunal desechó la prescripción y sentó que al demandante le bastaba para triunfar demostrar la propiedad de su fundo.

A quién corresponderá la carga de la prueba? Para este Tribunal basta que el demandante demuestre su dominio. Allí termina su obligación probatoria. Pero alrededor de este problema se han ideado sistemas; han surgido diferentes maneras de apreciar la posición del demandante y demandado y se han sugerido pluralidad de

fórmulas para repartir la carga de la prueba y atribuirla ya al demandante, ya al demandado.

Bentham observa que en un sistema franco y simple, la obligación de la prueba debe corresponder a la parte que lo pueda hacer con menores inconvenientes, con menor pérdida de tiempo o con menor incomodidad. En tal caso corresponderá al Juez indicar qué parte se halla en tales circunstancias. Contra esta teoría reacciona elegantemente Pescatore. "Si se concediere en hipótesis, dice este autor, al poder judicial la facultad de apreciar a su arbitrio sobre la mayor fe que puedan merecer los dichos del autor o del demandado por el solo hecho de que plazca a un ciudadano llamar a otro a juicio, dependería en este sistema de la voluntad, del arbitrio, del capricho de cualquier individuo, el crear a otro un peligro, sometiéndolo a la más penosa y arbitraria de todas las discusiones. Los más probos podrían igualmente sucumbir y perder la fortuna y el honor, porque el vicio suele obtener en el ciego mundo mayor consideración que la virtud; la libertad civil estaría al arbitrio ilimitado del juez llamado a estimar, sin ningún recto criterio, el respectivo mérito personal de los litigantes, y la seguridad personal de cada uno estaría a cada instante a merced de los audaces y de los malvados".

El derecho procesal moderno ha seguido un criterio de fijeza respecto de la parte obligada a dar la prueba. Así la misma ley señala ese criterio excluyendo el arbitrio del juez con la adopción del adagio **onus probandi ei incumbit qui dicit**. (Artículo 1.757 del Código Civil).

Autor extranjero luégo de sentar su conformidad con el principio **affirmanti incumbit probatio**; limita su contenido, así: a) el que invoca un derecho en juicio debe dar la prueba de él, aunque entre las condiciones de hecho de aquel derecho, haya una negativa, teniendo presente que se hace siempre relación no a los hechos, sino a las relaciones jurídicas provenientes de ellos; b) el afirmante debe probar únicamente las condiciones de hecho esenciales para surgir el derecho, mientras que las accidentales por las cuales puede extinguirse el derecho son materia probatoria para la contraparte debido a la imposibilidad en que se vería de aducir por sí mismo una prueba imposible.

Esta solución ha sido criticada porque la obligación de la prueba es una necesidad de hecho en que se encuentra la parte que requiere la autoridad judicial y no un verdadero y propio deber jurídico. Ahora, ¿qué relaciones de hecho necesitan por su naturaleza

una confirmación particular? Para esta interrogación se desarrolla el principio de la causalidad, por la cual, ciertos hechos generan siempre otros; de donde, conocidos los primeros, se deducen sus efectos. Así quien impugne la procedencia de éstos como efecto cierto de sus antecedentes, deberá entonces producir la prueba de sus aseveraciones. Fitting hace notar que ciertas formas de la relación de hecho se consideran como **normales** y subordinadas a reglas generales (preceptos-reglas); y que todas las formas que se apartan de lo normal están regidas por disposiciones **particulares** (preceptos-excepciones). Las primeras no requieren demostración, las segundas, sí. A esto se agrega que es un principio fundamental en los juicios que quien invoca un derecho debe procurar la prueba. Si el juicio de que se trata, en lugar de ser intentado por el propietario, lo fuese por el que pretende el derecho activo de servidumbre, no hay duda que correría a cargo de éste la prueba. Ahora bien, por qué los derechos de las partes deben modificarse sustancialmente porque el juicio haya sido intentado por ésta en vez de haberlo sido por aquélla otra de las partes? El actor en nuestro caso, es aparentemente el propietario, que ejercita la acción negatoria; pero el actor es, en definitiva, el demandado, porque es él quien pretende el derecho contra el propietario, y lo pretende no obstante la presunción de libertad que milita en pro de este último. Está, pues, obligado por una doble razón, a correr con el peso de la prueba, tanto porque formula una pretensión contra el actor, que éste rechaza, como porque debe combatir una presunción contraria.

Lessona aceptando el mismo criterio, pero difiriendo de los motivos que se enuncian dice: "El que afirma poder hacer en el fundo ajeno lo que el propietario **jure proprietatis** podría impedirle, o tener derecho de impedir al propietario hacer sobre el fundo lo que **jure proprietatis** podría hacer, alega un precepto de excepción, una relación anormal y debe dar la prueba de ella".

"Así se concibe cómo la excepción del demandado es una acción disfrazada".

"No se puede invocar, por consiguiente, la peligrosa teoría de las presunciones, porque es, en la cuestión que nos ocupa, una arma de dos filos. Invóquense, por el contrario, los principios generales, y la solución aceptada por la opinión común tendrá una base racional y segura".

Bonnier se pregunta: "Cómo podré probar que no existe servi-

dumbre sobre el fundo que poseo, ya que ésta es una negación indefinida que resiste a la demostración?

Pardessus echa la carga de la prueba al demandado, por existir a favor del demandante la presunción de la libertad de los fundos, y quien alegue cosa contraria debe entrar a desvirtuar esa presunción.

La Corte disiente de estas opiniones invocando la teoría general sobre la carga de la prueba que traen Planiol y Ripert, quienes sostienen que la prueba corresponde siempre al demandante independientemente de la condición positiva o negativa de los hechos. Mas este Tribunal no sigue esa tesis porque si bien la teoría de los autores citados es cierta, en líneas generales, no tiene aplicación en el caso concreto de autos.

Se vio que quien afirma un precepto de excepción, un hecho no normal, debe dar la prueba; se vio que el dominio se presume libre de cargas; se vio que el demandado si bien ocupa una posición pasiva dentro de la mecánica procesal, es quien afirma una pretensión reñida con lo común y ordinario. Finalmente, la negativa de servidumbre tiene cierto carácter de indefinido que hace difícil la prueba para el demandante. (Sentencia de fecha 29 de abril de 1941. Juicio de Filomena Botero contra Climaco Castañeda. Ponencia del magistrado doctor Rodríguez).