

ORIGEN DE UN PLEITO

Cali, febrero 26 de 1958

Señor Doctor
 CARLOS GARCES CORDOBA
 Alcalde Municipal de Cali.
 E. S. D.

El origen del pleito del doctor Joaquín Caldas Luna contra el Municipio de Cali ha sido la resolución N^o 37 de junio de 1949, de la Personería Municipal, por la cual se decretó la adjudicación de terrenos ejidales, que se delimitan, a los miembros del centro pro vivienda y obreros del Municipio y se señala el miércoles 15 de junio de 1949 para la entrega de los lotes correspondientes, en calidad de arrendamientos, a dos centavos mensuales el metro.

Esta palabra ejido, que viene de **exitus**, que significa salida, es vocablo del derecho español empleado para designar terrenos comunes vecinales destinados al aprovechamiento público de los habitantes del Municipio. En el Derecho Alfonsino se encuentran mencionados en tres leyes de la Partida V (Ley 9^a título 28; Ley 7^a título 29, Ley 25 título 32) y una de la partida VI (Ley 13 título 9^o). En el Febrero, edición de Eugenio de Tapia (Ed. 1.845) se aprende que las cosas son comunes, públicas, concejiles y de particulares. Luego este autor agrega: "Llámanse de concejos las que pertenecen al común del pueblo. Entre estas hay algunas de que puede usar cada vecino y otras de que no puede hacer uso alguno. Las primeras son las fuentes, las plazas donde se celebran ferias y mercados, los arenales de las riberas de los ríos, los ejidos". (pág. 160. Tomo I).

En España, según Decreto de 4 de enero de 1813, se ordenó la reducción a dominio privado de todos los terrenos públicos, realengos, baldíos, propios, etc., mientras que entre nosotros se ha seguido una política ejidal fluctuante. Así, por ejemplo, la Ley 149 de 1888, retocada luego por la 4^a de 1913 facultó privativamente a los Concejos Municipales para reglamentar el repartimiento y uso de los terrenos comunales del Distrito, entre los que deben incluirse los eji-

dales. Pero estas normas generales no fueron suficientes, lo que explica que el Congreso hubiera dictado leyes especiales para determinados municipios como la 87 de 1922 para Cartago, 78 de 1928 para Cúcuta y 39 de 1929, 172 de 1938 y 45 de 1948 para Cali, etc. Debe anotarse que esta última ley contiene normas generales sobre ejidos y algunas disposiciones especiales referentes a Cali.

Al verificarse la ocupación de los predios, el doctor Caldas Luna fundado en la Ley de Tierras y en la 57 de 1905 y su Decreto Reglamentario 992 de 1930, el día 18 de junio de 1949 adelantó juicio policivo de lanzamiento que concluyó con la sentencia desfavorable proferida por la Gobernación del Departamento del Valle.

El Consejo de Estado, en sentencia proferida en los juicios adelantados por Mario Yanguas (Anales 277 pág. 199) y Caldas Luna (Sentencia julio 1º de 1957) anuló la Resolución de la Personería Municipal, por razón que reproduce el doctor Quiñones Neira en la quinta edición página 103 de su Código Político Municipal, que no es otra que la ausencia de proceso debido. En realidad, los municipios, como toda persona jurídica, pueden expedir providencias en que afirmen su propiedad y la delimiten, sin que estos actos afecten a terceros. Esto lo esclareció bien la Corte en su fallo inmortal sobre San Bartolomé, dictado bajo la ponencia del eminente jurista doctor Tapias Pilonieta. Allí se acoje la distinción radical entre actos formales y materiales para deslindar su distinto régimen jurídico. De esto se infiere, que habría sido intachable la Resolución si se hubiera limitado a declarar simplemente la propiedad municipal de determinado terreno, considerado como ejido, sin perjuicio de los derechos de terceros. Por tanto, falló bien el Consejo de Estado al anular la Resolución 37 de 1949 porque esta providencia contenía un desvío de poder.

El fallo de julio 1º de 1957 dictado por el Consejo de Estado contiene dos ordenaciones favorables al actor. Comenzaré por la segunda, en la que se apoya el cobro de los veinticinco mil pesos.

Deuda de Veinticinco Mil Pesos. - De acuerdo con las voces clarísimas de la sentencia el Municipio debe pagar al doctor Joaquín Caldas Luna por concepto de lucro cesante, ocasionado por la ocupación, la suma de setecientos tres pesos con ochenta y dos centavos, desde el día 8 de agosto de 1949, fecha de la oposición al lanzamiento de

que se ha hablado, **hasta cuando se efectúe la restitución de dichos bienes al actor.** Como es un hecho probado que el doctor Caldas Luna perdió el juicio de lanzamiento, es claro que no deben restituírse los terrenos, luego la obligación municipal de pagar perjuicios carece de causa. A nadie se perjudica por no entregarle una cosa a cuya tenencia tiene derecho, luego a nadie daña quien no devuelve lo que no tiene obligación de restituír. Si los ocupantes no tienen obligación alguna de restituír los bienes que ocupan, es imposible que el Municipio esté obligado a pagar perjuicios por incumplimiento de una obligación inexistente. Quien usa su derecho a nadie daña, según aforismo inmortal, luego al doctor Caldas Luna no puede irrogarle daño quien se abstiene de entregarle un bien que no está obligado a restituír. Esto es suficiente para demostrar la inexistencia de la deuda de veinticinco mil pesos a cargo del Municipio de Cali.

Supuesta obligación de hacer - Dice literalmente la parte resolutive del fallo que el Municipio de Cali deberá continuar la práctica de los lanzamientos ordenados por la Alcaldía en resolución de fecha 21 de junio de 1949, si así lo solicitare el demandante dentro del juicio por ocupación de hecho instaurado por el mismo demandante, y que fueron suspendidos en la forma que se conoce.

Esta parte del fallo es inocua porque es sabido que el artículo 348 del código judicial, aplicable a los procesos policivos, enseña: "Con excepción de los casos expresamente señalados en la ley, los jueces deben adelantar los juicios por sí mismos, y son responsables de cualquier demora que ocurra en ellos, si es ocasionada por omisión o culpa suya".

Si no se entendiera como inocua esta parte de la sentencia habría necesariamente que afirmar que el Consejo de Estado usurpó jurisdicción pues ni la justicia administrativa puede dictar resoluciones policivas, como la de que continúe un juicio de esta naturaleza, ni tampoco son acusables ante el Contencioso las resoluciones que se dicten en los juicios de policía de naturaleza penal o civil (art. 73 Ley 167 de 1941). Por último, el movimiento de la jurisdicción no exige que el demandante inste a las autoridades para que adelanten el proceso, luego esta condición de que el doctor Caldas solicite la prosecución del juicio policivo es, por decir lo menos insólita en los anales jurisprudenciales.

Pero en el presente caso la Alcaldía de Cali no podía continuar la práctica de los lanzamientos porque había sido revocada la sentencia que los decretaba. Usurpan jurisdicción los jueces y juez policivo es el Alcalde cuando falla juicios de lanzamiento, cuando conocen o proceden contra resolución ejecutoriada del superior, según el artículo 148 del C.J. La Gobernación del Departamento había revocado la orden de lanzamiento, luego continuar tramitando el juicio era proceder contra resolución ejecutoriada del superior.

El Municipio de Cali no puede ser responsable de que su Alcalde no haya querido ser delincuente, porque el dilema es fatal: o el Alcalde continúa el juicio de lanzamiento, y va a la cárcel por usurpación de jurisdicción o se abstiene de seguir tramitando dicho juicio, que fue lo que hizo. En ningún país del mundo irroga daño quien se abstiene de cometer un delito.

Pero supongamos que todo lo anterior sea inaceptable. Y supongamos que el Alcalde no decidió la solicitud de adelantamiento del juicio de lanzamiento. En este caso es menester averiguar la naturaleza del acto que se le pedía al Alcalde o mejor, investigar, si se solicitaba un acto de gestión o un acto de autoridad. Sobra explicar en este momento este deslinde, consagrado como doctrina constitucional por la Corte Suprema de Justicia en acuerdo unánime del 26 de julio de 1944. (Según doctrinas de la Corte, en Sala Plena, cuando el Estado obra como persona pública, por actos de autoridad o de poder, y en forma unilateral, las decisiones que dicte son de carácter administrativo, y si sobre ellas hubiere controversias, la contención es de carácter contencioso-administrativo y cae bajo la jurisdicción de los Tribunales correspondientes. Por el contrario, cuando el Estado obra como persona privada, y en forma bilateral, entonces sus actos son de gestión, y si sobre ellos hubiere controversia, de la contención correspondería conocer a los Tribunales ordinarios”.

Al señor Alcalde no se le pedía el cumplimiento de una obligación de hacer sino, cosa bien distinta, el ejercicio de su autoridad como juez de policía. La autoridad no es cosa que está en el comercio, luego convertir su ejercicio en objeto de una obligación de hacer es olvidar que hay un objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público de la Nación (art. 1519 del C.C.).

En el derecho existe diferencia tajante de responsabilidades en-

tre los funcionarios públicos y los particulares. Por esto la Constitución enseña que los funcionarios públicos son responsables por extralimitación de funciones o por omisión en el ejercicio de éstas (art. 20 Constitución). Si el señor Alcalde, con razón o sin ella incurría en omisión en el ejercicio de sus funciones, únicamente él, y no el Municipio, era el responsable de su omisión. El ejercicio de la soberanía, que no es otra cosa que la realización de actos de poder o autoridad, pertenece al derecho público y no al privado de las obligaciones, por lo que es extraño que en este proceso se confundan nociones tan dispares como la de función pública, atribución o competencia con obligación de hacer y se ignore la doble personalidad del Municipio, como persona privada (Ley 153 de 1887, art. 90) y como sujeto de autoridad o persona administrativa.

En Colombia existe el estado de derecho, que no es otra cosa que un régimen de competencia, en virtud del cual las autoridades tienen funciones regladas (art. 63 de la Constitución y 6 del Código Político y Municipal), que no pueden ejercer sin previa posesión o juramento de cumplir las normas (art. 65 de la Constitución y artículo 251 del Código Político y Municipal). La omisión o desvío en el ejercicio de la autoridad no apareja responsabilidad sino a su autor, conforme al artículo 20 de nuestra Carta.

Nadie en Colombia ignora que no siempre los jueces fallan dentro de los términos ni que aciertan en todos los casos en sus decisiones. Por lo que a nadie se le ha ocurrido jamás demandar perjucios al Estado por la mora de sus juzgadores ni solicitar indemnización por las equivocaciones de los jueces. Esto obedece al principio supremo de que la soberanía es impune y no tiene más limitaciones que las autolimitaciones del soberano, pactadas unas internacionalmente o impuestas otras por normas expeditas cuando la política lo aconseja. Si el ejercicio de la soberanía aparejara responsabilidades pecuniarias al Estado responsable se acabaría la igualdad ante la ley pues el Estado desempeña una función tutitiva o de protección, ejemplarmente consagrada en el artículo 16 de la Constitución. Por tanto, las fallas de la autoridad, ya por abuso, bien por mora, son quiebras que jamás afectan a la entidad pública si no tienen un único responsable, que es el funcionario encargado de desempeñar la autoridad.

Para que brille la tesis elemental de que se trata de una función pública y no de una obligación de hacer basta considerar que ninguna persona particular puede lanzar a ningún ocupante de hecho sino únicamente el Alcalde, en su calidad de tal, por tratarse de un funcionario público de los definidos en el artículo 5º del Código Político y Municipal. El Consejo de Estado (Anales 317 pág. 148) ha definido bien al decir que los funcionarios de derecho son aquellos que desempeñan sus funciones en ejercicio de una investidura legítima y regular, como un nombramiento o una elección. El señor Alcalde de Cali tiene competencia reglada, y ostenta un doble título: de magistrado, como sujeto de autoridad y como representante civil y administrativo del Municipio de Cali. En su primera categoría no puede jamás contraer obligaciones de hacer pues, se repite, como de consuno lo dicen la Constitución y la ley, sus funciones emanan de normas superiores. En su otro título de representante civil de la persona jurídica del Municipio puede perfectamente contraer obligaciones de hacer.

Esto es suficiente para demostrar, en forma inconcusa que la orden de continuar los lanzamientos no genera una obligación de hacer de parte del Municipio por ser la función policiva un acto de autoridad alejado del ámbito de las obligaciones.

Supresión de efectos. - El fallo del Consejo de Estado también condena al Municipio a tomar todas las medidas necesarias para hacer desaparecer los efectos de la Resolución 37. No dice la sentencia cuáles sean esas medidas ni tampoco indica quién decide sobre la necesidad de ellas, por lo que lo fundamental es ponerse de acuerdo en las medidas que deben tomarse para hacer desaparecer los efectos de dicho acto.

Ante todo es necesario aclarar que el Municipio no es responsable de actos de terceros, es decir, de la invasión realizada el 15 de junio de 1949. Hace muchos años sabemos todos los abogados que en materia de responsabilidad existe el principio de la individualización por lo que a nadie toca dar cuenta de los actos del prójimo.

Por otro lado, de acuerdo con el fallo comentado los ocupantes de hecho detentan los predios del doctor Caldas Luna, lo que explica la orden de continuar los lanzamientos ordenados por la Alcaldía en Resolución del 21 de junio de 1949. De lo anterior se infiere

que la sentencia no consagra una obligación de entregar sino de lanzar, que es cosa distinta. Entrega el que tiene, luego si el Municipio tuviera la tenencia de los predios aludidos el Distrito sería el lanzado. El Municipio, no tiene los predios, ni el punto de la tenencia municipal se ha ventilado, luego es absolutamente imposible pedirle que entregue. A lo sumo, puede solicitarse al Alcalde que haga entregar a los ocupantes. Entregar, y hacer entregar, son operaciones radicalmente diferentes. Esto sirve para destruir de tajo la supuesta obligación de restitución a cargo del Municipio que se intenta configurar en la demanda del doctor Caldas Luna.

Por último, hay tres observaciones de índole administrativa que refuerzan el anterior concepto. El doctor Caldas Luna no agotó el procedimiento administrativo puesto que no interpuso el recurso jerárquico contra la decisión del Municipio. Este recurso debía ser resuelto por el Gobernador, lo que enseña que se precipitó a demandar sin haber agotado la vía administrativa de cobro.

Por otro lado, si se considera que la actuación del Alcalde es una simple abstención administrativa, la ley tiene sentado que cuando transcurren cuatro meses sin resolver una petición se entiende negada y, contra esta negativa cabe apelación.

Y, por último, en ninguna cabeza cabe que pueda irrogarse un perjuicio de más de dos millones de pesos por el supuesto incumplimiento de una pretendida obligación de hacer, por el simple hecho de que hayan transcurrido pocos días desde el instante en que fue formulada la petición del doctor Caldas Luna y el en que presentó su demanda ejecutiva. Este perjuicio es manifiestamente exorbitante porque implica un daño superior a cien mil pesos diarios, por causa de la demora del Alcalde. Y, lo que es más grave, supone que los demandados no se han de defender sino que, por el contrario, han de resignarse a ser lanzados sin intentar recurso alguno.

La justicia manca no es justicia por lo que no puede inclinarse nunca a favor de una de las partes, y menos del demandante. Por consiguiente derivar perjuicios a favor del demandante es autorizar a los demandados para alegar también perjuicios por la misma causa. Porque si la no tramitación de un juicio irroga daños al demandante también los ocasiona al demandado, y si estos daños valen más de dos millones de pesos para el demandante igual suma deben cos-

tar para los demandados. Sería curioso que los señores a quienes intentó lanzar el doctor Caldas Luna, basados también en la suspensión del juicio de lanzamiento, pidieran asimismo indemnización por más de dos millones de pesos. Las partes son iguales, luego es absurdo que una inactividad del juez favorezca únicamente a una parte y no a otra. Esto sirve para poner de bulto la sinrazón de la demanda comentada, a menos que el demandante alegue la vieja excusa del quia nominor leo.

En resolución, la demanda del doctor Caldas Luna tiene por origen una lamentable confusión de los fenómenos jurídicos de sujeción y obligación, de vínculo jurídico privado y competencia o autaridad.

Por las razones expuestas, y salvo mejor dictamen, conceptúo que el Municipio de Cali no le debe nada al doctor Joaquín Caldas Luna.

Señor Alcalde,

Rafael Martínez Sarmiento

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

Cali, diez y seis de diciembre de mil novecientos cincuenta y siete.

Pide el doctor Antonio Salcedo Carrasquilla, apoderado de la compañía demandada, que se remita el expediente al Juzgado de origen a fin de que se reconozca el nombramiento del árbitro tercero y se les dé posesión en legal forma a los restantes árbitros que forman el presente Tribunal de Arbitramento.

Los árbitros designados de acuerdo con la Ley 2ª de 1938 necesitan tomar posesión de sus cargos?

El principio general al respecto lo sienta el artículo 65 de la Constitución cuando ordena que "ningún funcionario entrará a ejercer su cargo sin prestar juramento de sostener y defender la Constitución y de cumplir con los deberes que le incumben". El artículo 251 del C.P.M. agrega: "esto es lo que se llama posesión del empleo o bien tomar posesión de él".

La palabra funcionario que figura en la Constitución (art. 65) y el Código Político (art. 251) significa empleado público, locución definida por la ley (art. 5 del C.P.M.).

Clasifica nuestro Código Político los empleados públicos en tres clases: Magistrados, Funcionarios Públicos y Oficiales Públicos. En ninguna de estas categorías pueden incluirse los árbitros, quienes a lo sumo podrían asimilarse a los Magistrados, ya que ejercen jurisdicción o funciones judiciales, pero, el ejercicio transitorio de esas funciones no incluye a los citados particulares en la jerarquía llamada por la Constitución Poder Judicial, según las voces del primer artículo del Código Judicial.

Además, los particulares carecen de potestad, por razones obvias, de designar a los funcionarios públicos, por lo que acierta el Código Judicial al llamar expresamente particulares a los árbitros. El principio de legalidad rige la facultad de nombrar, por lo que únicamente pueden hacer designaciones los que de modo taxativo estén facultados para ello, pero nunca los particulares. De esto se infiere que si el origen directo o indirecto del Tribunal es privado, las personas que lo constituyen no dejan de ser particulares, aunque ejerzan funciones judiciales.

El ingreso al servicio oficial nunca se realiza por designación privada, como en el caso de los árbitros, ni por sorteo, como en el ejemplo de los jurados de conciencia, lo que explica el precepto de nuestro Código Procesal que reconoce la calidad particular de los árbitros y jurados, a pesar de su transitorio ejercicio de la jurisdicción.

En el supuesto de que fuera errada la doctrina expuesta no por esto sería nula la actuación de un Tribunal de arbitramento, cuyos miembros no tomen posesión, puesto que al respecto es muy clara la presunción de derecho del artículo 7º del Código Judicial, según la cual esta omisión apareja simplemente responsabilidad a quien omite la posesión debiendo hacerlo, pero deja intacta la validez de las actuaciones del nombrado.

Si la falta de posesión engendrara nulidad, no podría admitirse esta excepción dilatoria de declinatoria de jurisdicción, por prohibir el artículo 328 del C.J., según el cual sólo son admisibles es-

tas excepciones cuando la ley las autoriza y cuando hay traslado de demanda, casos ajenos al actual.

La exigencia de posesión a los particulares la ley no la pide sino a los apoderados y defensores en el proceso penal (arts. 108 y 432 del C.P.M.). Sin embargo, en el mismo proceso, a pesar de haber la misma razón, no se exige la posesión en los apoderados de la parte civil.

Si los jueces de conciencia, en materia penal, que es más grave, no se posesionan, por qué han de hacerlo los árbitros, en materia civil, que es menos grave? Si la ley calla en ambos casos, por qué ha de responderse afirmativamente en uno y negativamente en otro?

La justicia es un servicio público a cargo de la Nación (art. 58 de la Const.), lo que justifica la norma procesal que ordena remunerar oficialmente a los árbitros (art. 453 del C.S. del T.).

En cambio, el arbitraje común es costado por los particulares, sin que esta circunstancia despoje la función de los árbitros de su carácter público, ni quite a los compromisarios su calidad de particulares. Es cuestión muy sabida en derecho público que el Estado puede encomendar a los particulares la prestación de un servicio público, sin que esta delegación o atribución influya ni en la naturaleza del servicio ni en la calidad del servidor.

Todas las leyes exigen únicamente a los árbitros el requisito de su aceptación pero jamás mencionan la formalidad de la posesión. Según la Constitución Nacional, la ley determinará los antecedentes necesarios para el desempeño de ciertos empleos (art. 62), luego al no demandar posesión es infundado exigir esta diligencia. Si el árbitro se posesionara dejaría de ser particular y, por tanto, se desnaturalizaría la esencia del arbitraje, que no es otra que la administración de justicia por medio de particulares.

En jurisprudencia, como en hermenéutica contractual, la aplicación práctica que se haya dado a las leyes es la mejor manera de interpretarla. En la práctica, se ha considerado innecesaria la posesión. En el arbitramento de "Llano de Mesa", por ejemplo, los doctores Ricardo Hinestrosa Daza, Darío Echandía y Antonio Rocha fallaron un proceso arbitral sin estar previamente posesionados. Igual cosa sucedió en el caso del arbitraje de la casa "Arrow" en Barran-

quilla y en muchísimos otros procesos en que han intervenido arbitadores de la talla de Hernán Salamanca, Arturo Valencia Zea, Jorge Lamus Girón, Aurelio Camacho Rueda, Samuel Arango Reyes, etc.

Por último, no hay ninguna norma que faculte a los jueces para recibir la posesión de los árbitros ni para reconocer la designación del árbitro tercero, ni puede existir tal norma pues ello significaría la quiebra de la base fundamental en que se apoya el arbitramento, que, se repite, es administración de justicia por particulares. No faltarían jueces que no quisieran posesionar a los árbitros o que se negaran a reconocer a los terceros designados, lo que entraría enormemente la justicia arbitral, que se distingue precisamente como renuncia a la justicia oficial, para sustituirla por la privada.

Nuestro eminente tratadista Julián Restrepo Hernández resume la jurisdicción arbitral diciendo: "Los árbitros aplican el derecho, imponen su decisión a la voluntad de las partes, todo por autoridad de que la ley los inviste, como cualquier juez, mediante la elección o nombramiento solemne de las partes y su aceptación". (Derecho Internacional Privado. Nº 1524).

Por las razones expuestas, este Tribunal de Arbitramento no accede a lo pedido por el apoderado de la parte demandada.

Notifíquese.

El Presidente del Tribunal,

(fdo.) **Rafael Martínez Sarmiento.**

El Arbitro,

(fdo.) **César Ayerbe Chaux.**

El Arbitro,

(fdo.) **Rafael Robledo Cancino.**

El Secretario,

(fdo.) **Guillermo Ochoa Restrepo.**