

# ESTUDIOS DE DERECHO

REVISTA MENSUAL DEL CENTRO JURIDICO

Director: MANUEL M. CHAVARRIAGA.

Administrador: IGNACIO NAVARRO O.

## NOVEDAD

## SUMARIO

Acción rescisoria por lesión enorme, <i>J. Eduardo Orozco Ochoa</i> .....	131
Crítica al nuevo Código Judicial, <i>Ignacio Duque P.</i> .....	154
Sociedades, <i>Miguel Moreno J.</i> .....	171
Letras de cambio, <i>David Córdoba M.</i> .....	174
La ley y el derecho legal, <i>Luis Ospina Vásquez</i> .....	176
Comentarios al Art. 1.375 del C.C., <i>Jorge Restrepo Hoyos</i> .....	185
Notas.....	190

# TESIS

PRESENTADA Y SOSTENIDA

POR

J. Eduardo Orozco Ochoa.

Para Doctorarse en Derecho y Ciencias Políticas.



A MIS PADRES.

UNIVERSIDAD DE ANTIQUA  
BIBLIOTECA  
MABELLA  
1900

# ESTUDIOS DE DERECHO

REVISTA MENSUAL DEL CENTRO JURIDICO

Director: MANUEL M. CHAVARRIAGA.

Administrador: IGNACIO NAVARRO O.

Presidente de Tesis

DR. CLIMACO A. PALAU.

TRIBUNAL DE TESIS { Dr. Francisco E. Tobar.  
Dr. Fernando Isaza.  
Dr. J. Emilio Duque.

CONSEJO EXAMINADOR { Dr. Francisco E. Tobar.  
Dr. Clodomiro Ramírez.  
Dr. Juan E. Martínez.

«Ni la Universidad de Antioquia, ni la Facultad de Derecho aprueban ni desaprueban las opiniones emitidas en las tesis; tales opiniones deben ser consideradas como propias de sus autores (Art. 91 del Reglamento).

Informe del Presidente de Tesis.

Señor Rector de la Universidad de Antioquia.—Pte.

El señor Eduardo Orozco Ochoa me ha hecho el honor de nombrarme Presidente de Tesis que presenta como base del examen que presentará para optar el grado de Doctor en Derecho y Ciencias Políticas. Con este motivo he hecho un estudio atento de dicha Tesis y cumpla con el deber de rendir el informe correspondiente.

El señor OROZCO OCHOA divide su trabajo en nueve capítulos o Secciones en que estudia estos puntos: Origen histórico y desarrollo de la acción rescisoria; Estado actual y razón filosófica de la misma; Cuantía para pedir la rescisión por lesión enorme; Rescisión de acuerdo con algunas legislaciones extranjeras; Efectos de esta acción y por qué el artículo 1.948 del Código Civil expresa un pensamiento desacorde con la naturaleza de las cosas; De por qué si procede la rescisión por lesión enorme en la permuta; Hay este remedio cuando se fija por un tercero el precio? Comentarios a algunos artículos sobre el mismo tema; y Conciliación de la necesidad de seguridad y prontitud en los negocios y de la protección a los lesionados.

El señor Orozco Ochoa estudia estos puntos con inteligencia, método y concisión, lo cual me hace conceptuar meritorio su trabajo, el cual creo llena, a-

demás, las condiciones reglamentarias para ser aceptado y así lo informo.

Soy del señor Rector muy atento y S. S.

CLIMACO A. PALAU.

Junio : 1.924.

## Bibliografía

- Códigos Civil, Mercantil, de Minas y de O. Judicial.  
 Corpus Juris Civiles de Justiniano.  
 Enciclopedia Espasa.  
 Siete Partidas.  
 La Nueva Recopilación.  
 La Novísima Recopilación.  
 Recopilación de los Reinos de Indias.  
 Recopilaciones Granadinas del 45 y 50.  
 Estudios sobre el Derecho Civil Colombiano del  
 Dr. F. Vélez.  
 Códigos de la mayor parte de los otros países.  
 El Código Civil ante la Universidad de Chile.  
 Tesis del Dr. Marco T. Jiménez.  
 Rescisión, por el Dr. Moreno Jaramillo.  
 Febrero, Luis F. Tapias.

## A GUIA DE PROEMIO

Fue nuestro mejor propósito al iniciarnos en los estudios de Derecho seguir paso a paso los comentarios que los ilustrados profesores que felizmente nos tocó tener en Código Civil desarrollaban alrededor de cada disposición.

El amor que guiaba nuestro deseo de aprender este importante ramo del Derecho hizo que fijásemos la atención de una manera especial en aquellas partes más entabadas y oscuras; sobre los puntos en que en apariencia o realmente hay antinomias, y, asimismo, en aquellos que con su redacción expresan pensamientos inconformes con el espíritu del legislador y con la naturaleza de las cosas.

Tal el móvil para que al exigirnos los Estatutos Universitarios una tesis para la recepción del título profesional, hayamos, con agrado, optado por escribirla acerca de un capítulo del último libro de nuestro principal Código sustantivo.

Porque al desarrollar en las conferencias de clase diarias el Capítulo XIII, del Tít. XXIII, Libro IV del acotado Código, sobre rescisión por lesión enorme hubo diversidad de opiniones en relación con las obligaciones del vendedor contra quien se decreta la rescisión y acerca de otros artículos del Capítulo susodicho es por lo que nos proponemos estudiar en esta monografía la acción rescisoria por lesión enorme.

### ACCION RESCISORIA POR LESION ENORME

Procederemos según el siguiente plan para trabajar con orden.

1. Origen histórico y desarrollo de esta acción.
2. Estado actual y razón filosófica de la misma.
3. Cuantía para pedir la rescisión por esta causa.
4. Rescisión de acuerdo con algunas legislaciones extranjeras.
5. Efectos de esta acción y de por qué el artículo 1.948 del C. C. expresa un pensamiento desacorde con la naturaleza de las cosas.
6. De por qué sí procede la rescisión por lesión enorme en la permuta.
7. Hay este remedio cuando se fija por un tercero el precio?
8. Comentarios a algunos artículos sobre lo mismo.
9. Conciliación de la necesidad de seguridad y prontitud en los negocios y de la protección a los lesionados.

## I

## ORIGEN HISTORICO Y DESARROLLO DE LA ACCION RESCISORIA

Rastreando las fuentes que produjeron la acción rescisoria por lesión enorme hemos encontrado que su nacimiento tuvo lugar en los últimos años del siglo III de la era cristiana, en el reinado de los emperadores Dioclesiano y Maximiano, que se dividieron a Roma.

Fué en el período de la decadencia cuando nació esta protectora institución en favor del vendedor que, apremiado por las necesidades, se encontraba en el urgente caso de tener que vender a un especulador que abusando de su crítico estado, le compraba a precio injusto, por lo desproporcionadamente inferior al en que pudiera vender si no lo afanaran las necesidades.

Disienten de lo dicho anteriormente—de que fué en el período de decadencia del Derecho Romano cuando se conoció el remedio contra el engaño de que tratamos—varios escritores y entre ellos el encargado de la sección de abogacía en la famosa Enciclopedia Espasa. Se lee en esta obra que fue en la época del florecimiento Romano cuando se vió por primera vez. Pero si consideramos que el período clásico del Derecho Romano duró sólo hasta el año de 265 y que los creadores de la mentada acción gobernaron del 1 de marzo del año 285 en adelante, en años de decadencia, no divisamos la razón para que se le dé a la acción rescisoria una fecha anterior a la real: El período clásico en vez del decadente, que es el verdadero.

Dos principios romanos opuestos se luchaban la hegemonía:

1. Res tantum valet, quantum vendit potest.

2. Invidia penes emptorem, inopia penes venditorem.

Por el primero las cosas tanto valían cuanto era aquello por lo que se podían vender y por lo tanto no dejaban entrada a la acción rescisoria por lesión enorme. Se acepta sí que era muy difícil hallar el equivalente de las cosas que exigen los contratos conmutativos pero se presumía que una vez realizado el contrato tanto valía la cosa cuanto se hubiere dado por ella; se partía de la hipótesis de que había siempre equivalencia en lo dado por las partes contratantes.

Por el segundo principio se pensaba que el comprador al negociar con el necesitado lo hacía determinado por el afán de explotarlo, que no tendría consideraciones de ninguna clase; y que el vendedor obraba urgido por la miseria y con el fin de satisfacer necesidades.

Como dijimos arriba, al emperador Dioclesiano le correspondió la iniciación en la práctica de la rescisión; o sea, el fue quien decidió la lucha de los dos principios apuntados en favor del último que sí daba entrada a la acción rescisoria y que le sirvió de fundamento a la misma.

El más antiguo de los textos que tratan el punto que estudiamos, de los que hemos podido consultar, es la magna obra llamada CORPUS JURIS CIVILES DE JUSTINIANO.

Con efecto. La acción rescisoria que sólo había existido en teoría, y que en tiempo de Teodosio fué abolida, revivió por el Codicis, Liber quartus, Titulus XLIII Ley II: "DIOCESIAM: Rem Maioris precij fi tu vel pater tuus minoris diftraxerit: humanum est, ut vel precium te reftituen te emptoribus, fundum recipias, auctoritate iudicis intercedente: vel, si emptor elegerit, quod deest iusto precio, recipias. Minus autem precium esse videtur, si nec dimidia pars (veri) precij folula fit».

Dos observaciones anotaremos a lo copiado, de la baja latinidad, y que son diferencias de lo existente hoy sobre el particular.

1 Que única y exclusivamente habla del vendedor que vende por menos de lo que vale, del justo precio. Juzgándose que ha dado menos del precio justo el que no ha pagado ni la mitad del precio verdadero.

2 Que no trata de la deducción a que tiene derecho el comprador contra quien se pronuncia la rescisión cuando prefiere completar el justo precio de la cosa comprada.

Aquí conviene apuntar que en concurrencia con el derecho Romano contribuyó a la efectividad de la acción rescisoria el Canónico, que en gran proporción colaboró con sus ideas cristianas. En él la establecieron Alejandro III e Inocencio III en los años 1.171 y 1.208, en su orden (Capítulo 2. y 6. Título 17, Ley III. Decretales.)

Pasando ahora del Derecho Romano, que fué prohibido en España por Recesvindo, al Derecho nuestro, comenzando por las fuentes, veremos lo que al respecto dicen las SIETE PARTIDAS, LA NUEVA RECOPIACION Y LA NOVISIMA RECOPIACION, haciendo notar en este lugar que sobre ésta acción no traen cosa alguna la Recopilación de los Reinos de Indias ni las Recopilaciones Granadinas del 45 y del 50.

SIETE PARTIDAS. Estas, que tuvieron fuerza legal desde 1.348, nos dicen en la 5., Título V., Ley LVI: «Como se puede desfacer la vendita que es fecha por.....»

o en que fue fecho engaño de mas de la meytad del derecho precio.....Otro si decimos que se puede desfacer la vendita que fuese fecha por menos de la meytad del derecho precio que podiera valer en la sazón que ficieron; ca si el vendedor podiere esto probar, puede demandar al comprador que cumpla sobre aquella quel había dado, tanto quanto la cosa podría entonces valer según derecho: et si esto no quisiere facer el comprador, debe desamparar la cosa al vendedor, et resebir del el precio que habie dado por ella. Et por menos del derecho precio serie fecha la vendita quando la cosa valiese diez maravedis, et fuése vendida por menos del cinco. Otro si decimos que si el comprador podiese probar que dió por la cosa más de la meytad del derecho precio que podiera valer en aquella sazón que la compró, que puede demandar que se desfaga la compra o que baxen del precio aquello que demás dió; esto seria como si la cosa valiese diez maravedis, et diese por ella más de quince. Et esto decimos que puede facer el demandar el vendedor o el comprador, non seyendo la cosa que se vendió perdida nin muerta nin mucho empeorada; ca si alguna destas cosas le acaeciese, non podrie después facer tal demanda. Jurando valia la renuncia en mayores de catorce años.

IMPORTANTE. LEY 1V. Porque razón se puede desfacer el cambio despues que fuere fecho.....Otro si decimos que se puede desfacer el cambio por todas aquellas razones que decimos en el título antes deste porque se pueden desfacer las vendidás.

De lo transcrito de la obra Alfonsina se deriva lo siguiente:

1. Que gozaban esta acción tanto el vendedor como el comprador que fuesen perjudicados en más de la mitad.

2. Que no favorecería especialmente a ninguno en concepto de cuantía, como en la Chilena y la nuestra según demostraremos.

3. Que podía renunciarse juratoriamente por el mayor de catorce años.

4. Que el precio tenido en cuenta para la rescisión es el de la cosa a la sazón del negocio.

5. Que es RESCINDIBLE POR LESION ENORME LA PERMUTA, en una forma parecida a la que actualmente existe entre nosotros: porque para la permuta se reproducen las disposiciones de la compraventa, en casi todas legislaciones del mundo.

NUEVA Y NOVISIMA RECOPIACIONES. Tuvieron

fuerza legal en 1.567 y 1.805 respectivamente. La última reprodujo en su libro X, T I Ley II lo que sobre esta materia dice la NUEVA RECOPIACION EN el L. V. Título XI, Ley I., en la cual se lee: Si el vendedor o comprador de la cosa dixere, que fué engañado en más de la mitad del justo precio, asi como si el vendedor dixere que lo que valió diez vendió por menos de cinco maravedis, o el comprador dixere, que le valió diez, dió por ella más de quince mandamos, que el comprador sea tenido de suplir el precio derecho que valia la cosa al tiempo que fué comprada o de la dexar al vendedor, tornándole el precio que recibió; y el vendedor debe tornar al comprador todo lo demás del derecho precio que le llevó, o tomar la cosa que vendió, y tornar el precio que recibió y esto mismo debe ser guardado en las rentas y en los CAMBIOS y en los otros contratos semejables.»

Con relación a lo anterior tan sólo diremos que en sustancia es lo mismo que lo de las Partidas; y observamos que también existía la lesión enorme en la permuta según estas recopilaciones que estuvieron vigentes en nuestra nación hasta hace medio siglo. En 1.873 se expidió el Código Nacional que nos rige y que comenzó a aplicarse en todos los lugares de la nación en virtud de la ley 57 de 1.887; según él, el contrato de compra es rescindible por lesión enorme.

De lo expuesto aprovecha anotar que tanto los Romanos como los Españoles se preocuparon por la acción rescisoria que comentamos, basados los primeros en razones sentimentales del *invidia penes emptorem, inopia penes venditorem* y los segundos en la naturaleza de los contratos conmutativos que exigen equivalencia entre lo dado por las partes.

Con lo escrito pienso haber demostrado—hasta con prolijidad—las fuentes y desarrollo del punto anunciado.

## II

### ESTADO ACTUAL Y RAZON FILOSOFICA DE LA ACCION RESCISORIA

Nuestra actual naturaleza civil es promiscua. Tiene de la madre España la herencia y de Francia y Chile la adaptación. Hemos progresado civilmente en forma de círculo: Partimos del Derecho Romano, anduvimos el Español y ya estamos en el Chileno y Francés que tuvieron a su vez, como punto de partida, el Derecho Romano.

Conforme al artículo 1.946 del C. C. C. "El contrato de compraventa es rescindible por lesión enorme.»

Este artículo establece la regla general de la rescindibilidad por esta lesión y dejó que posteriores artículos señalaran las excepciones. Sólo una excepción existía en el Código indicada por el artículo 1.949 en esta forma: «No habrá lugar a la acción rescisoria por lesión enorme en las ventas verificadas en pública subasta». Mas considerando la naturaleza de los bienes muebles acordó el legislador del 87 hacer extensiva a ellos también la excepción, y que no existiera la rescisión, pues que la variabilidad del valor de los muebles hacía muy difícil fijarlo en un caso dado; y siendo así, «faltaría uno de los elementos indispensables para discernir la lesión, a saber: el justo precio de la cosa al tiempo del contrato». (José Tocornal. 1859). No se hace diferencia entre los muebles preciosos, como se vé en algunas partes del Código Civil.

La razón filosófica de la acción rescisoria se ha explicado diciendo que es natural y justo que el legislador proteja al que ha sido engañado ya por su poca versación en los negocios o porque venda obligado por la necesidad.

También se ha explicado en el sentido de que considerando o siendo la compraventa y la permuta contratos conmutativos o sea contratos en que cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez, dejaría de serlo al no dar lo equivalente la una a la otra cuando hay lesión enorme. Quizás—como dice algún comentador—esta sea la principal razón filosófica de la existencia de la acción rescisoria que tratamos.

En Colombia se apoya en ambas razones como quiera que este remedio existe para ambas partes. En algunos países como Francia e Italia, Prusia y otros se funda en la primera razón como quiera que sólo le conceden el derecho a una de las partes. En las dos primeras al vendedor, y en la otra, o sea en Prusia, al comprador.

Observamos desde ahora que en las legislaciones modernas esta acción se ha suprimido o se le ha aminorado considerablemente su alcance.

### III

#### CUANTIA PAR PEDIR LA RESCISIÓN

Motivo de innumerables pleitos sería el que en todo caso de no haber equivalencia en lo dado por cada parte se pudiera entablar el juicio de rescisión y a esto se de-

be el que la ley haya fijado la cuantía para pedir esta acción.

De conformidad con el artículo 1.947 del C. C.: «El vendedor sufre lesión enorme cuando el precio que recibe es inferior a la mitad del justo precio de la cosa que vende; y el comprador a su vez sufre lesión enorme cuando el justo precio de la cosa que compra es inferior a la mitad del precio que paga por ella. El justo precio se refiere al tiempo del contrato».

Señala, pues, la ley civil como cuantía la mitad del justo precio.

A pesar de que es bastante engañar a otro en el doble del valor de un inmueble, pensamos, por creer que esta acción entorpece los negocios, que mejor es en Francia donde se necesita que se le engañe al vendedor—único a quien se le reconoce este derecho—en más de las siete duodécimas partes del precio (Art. 1674 del C. C. Frances.)

Un ejemplo aclarará mejor: De acuerdo con el Código Colombiano si yo vendo un inmueble de mil doscientos pesos por seiscientos pesos, menos un centavo, tengo derecho a pedir la rescisión. De acuerdo con el C. C. Francés para poderla pedir fuera necesario que la vendiera por menos de quinientos pesos. Así, pues, de conformidad con éste la venta que yo había hecho por seiscientos pesos, menos un centavo, era válida.

Y parece que sea preferible la cuantía francesa, porque debe evitarse que se esté empleando esta acción con frecuencia. Sólo debe usarse en casos extremos, o, como decía la jurisprudencia antigua, cuando había engaño enormísimo.

Un distinguido civilista chileno dice lo siguiente, que se halla también en los Comentarios del Dr. F. Vélez, tomo VII N. 401: «Esta regla (la del artículo 1.947) favorece notablemente al vendedor, como se demuestra con el siguiente ejemplo: Un fundo que vale \$ 20.000 se vende en 9.000; el vendedor sufre lesión enorme, porque el precio que recibe (9.000) es inferior a la mitad (10.000) del justo precio del fundo. Supongamos ahora que el mismo fundo se compra en 31.000. El comprador recibe aquí un perjuicio de \$ 11.000, exactamente igual al del vendedor en el primer caso y se le concederá la rescisión? No, porque el justo precio del fundo (20.000) no alcanza a ser inferior a la mitad (15.500) del precio que paga por él. Por consiguiente, para que pueda rescindirse el contrato, es preciso que el comprador se haya perjudicado en más de \$ 20.000, en tanto que el vendedor le basta un perjuicio

de más de 10.000. Resulta pues, en general, que para obtener el beneficio de la rescisión, el comprador necesita haber recibido un perjuicio doble del que en igualdad de circunstancias, necesita el vendedor.»

“Ya he probado, no sólo que el comprador merece el favor de la ley, sino también que lo merece tanto como el vendedor, no admitiendo entre ellos la justicia ninguna distinción. Se establecería una completa igualdad adoptando el art. 2.067 del Proyecto que sirvió de base a la discusión del Código, que es el artículo 380, inciso 1. del Proyecto primitivo [Libro de los contratos y obligaciones] Este artículo, que contiene la misma disposición de la Ley de Partida, dice así: *Hay lesión enorme en el contrato de venta, cuando el vendedor da la cosa por menos de la mitad de su justo precio, o cuando el comprador ha pagado sobre el justo precio de la cosa una mitad del mismo.* Esta regla podría expresarse de un modo todavía más conciso y con no menos claridad, diciendo: *Hay lesión enorme en el contrato de venta, cuando alguna de las partes se ha perjudicado en más de la mitad del justo precio de la cosa.*»

El artículo que fija cuándo hay lesión termina con un inciso muy importante que se halla también en todas las legislaciones extranjeras que consignan la rescisión por esta causa (Francia Art. 1674, Italia Art. 1.530 etc.] inciso que dice: «El justo precio se refiere al tiempo de la venta».

Es clara la razón de ser de esta prevención como quiera que si fuera en otro tiempo el cambio del valor en los inmuebles haría que fuesen muchos los precios y también porque sería injusto hacer cargos a uno de los contratantes por el cambio de valor de las cosas.

Esta acción se reconoce también según los artículos 1.921 inciso final y 1.405 al asignatario que ha aceptado y ha sufrido lesión grave, entendiéndose por tal la que disminuye el valor de la asignación en más de la mitad; y al partícipe en una sucesión en que ha sido lesionado en más de la mitad de su cuota.

#### IV.

#### RESCISION DE ACUERDO CON ALGUNAS LEGISLACIONES EXTRANJERAS

Alemania. En esta nación tan sólo se reconoce al comprador dicha acción apoyándose en que el comprador sufre error esencial y en que al contrario el vendedor no conoce bien el objeto comprado.

Argentina. Después de haberlo estudiado no se pudo encontrar disposición alguna sobre la rescisión y por lo tanto consideramos que en dicha legislación no es admisible.

Austria. Tan sólo permite este remedio al comprador. Art. 934.

Chile. En este punto tiene legislación igual a Colombia como quiera que del Art. 1.888 de dicho C. se tomó el artículo 1.946 del nuestro.

España. Después de las evoluciones que en este sentido tuvo, como se dijo en la historia que hicimos en un principio, el legislador español del 89 del siglo pasado, consignó el artículo 1.923, el cual reza: «Ningún contrato se rescindirá por lesión, fuera de los casos mencionados». Estos casos mencionados son rarísimos y por lo tanto puede decirse en general que no la admite.

Francia. Capítulo VI. De la nulidad y resolución (sic) de la venta.

Sección II Art. 1.672. Si el *vendedor* hubiere sido lesionado en *más de las siete duodécimas partes del precio* de un inmueble tendrá derecho a pedir la rescisión de la venta aunque haya renunciado expresamente a ella en el contrato y declarado que daba el máximo de su valor (La nuda propiedad no está sujeta según la Corte de Francia)

Art. 1676. No puede admitirse la demanda después de dos años contados desde el día de la venta. (Corre contra mujeres, contra ausentes y contra todos. Corre durante el pacto de retroventa.)

Art. 1683. La rescisión por lesión enorme no tendrá lugar en favor del comprador.

Para el CAMBIO se observan mismas reglas que para compraventa.

La creación de la rescisión en Francia se debió principalmente a la influencia del Primer Cónsul y a la argumentación de Portalis, quien sostuvo que no habría precio si no había equivalencia entre la cosa y lo que por ella se diera, tesis que fué atacada por el notable jurisconsulto Laurent.

Guatemala. Niega el derecho de rescindir por lesión enorme o enormísima.

Holanda. No consagra este derecho en ninguno de sus artículos,

Italia. Tomó lo que se refiere a la rescisión, lo

mismo que Bélgica, del Código de Napoleón, y dice: Capítulo VI. Sección II, Art. 1.529. El vendedor que hubiere sido lensionado en más de la mitad del justo precio de un inmueble tendrá derecho a pedir la rescisión de la venta, aun cuando en el contrato hubiese renunciado expresamente el derecho de pedir tal rescisión, y declarado que cedía o donaba el mayor valor que la cosa tuviera.

Art. 1530. Dispone que el justo precio se refiere al tiempo del contrato.

Art. 1534. Pasados dos años no se admite demanda.

Corre el tiempo durante el término del RESCATE o retroventa.

Art. 1533. La prueba testifical no podrá admitirse sino cuando se necesita determinar las circunstancias de hecho que no haya podido determinar la tasación de peritos. Tan sólo tiene, pues, de diferencia con la legislación francesa lo que se refiere a la cuantía, y si no estamos trascordados, el Código de Francia no habla de poderse sostener el contrato completando el comprador, como lo dice el Italiano.

Luisiana. Admite la rescisión Art. 2.567.

Nápoles. La admite. Art. 1520.

Prusia Admite esta acción tan solo para el comprador.

C. Sardo En su artículo 1.670 admite esta acción para el vendedor.

Comparadas las legislaciones extranjeras, se obtiene una observación general que desdice del principio de rescindibilidad, observación consistente en la falta de unidad en lo que se refiere al que es favorecido por la acción rescisoria; en lo que se refiere a la cuantía, a la renuncia y al tiempo para ejercerla, pues legislaciones hay en las cuales ni siquiera se fija término, de suerte que el negocio queda inseguro mientras existe.

La unidad o uniformidad debe acompañar siempre al derecho positivo, que es el derecho natural escrito en leyes y que por ser natural es universal.

## V.

## EFECTOS DE ESTA ACCION Y DE POR QUE EL ARTICULO 1.948 DEL C. C. C. EXPRESA UN PENSAMIENTO DESACORDE CON LA NATURALEZA DE LAS COSAS.

Art. 1.948. "El comprador contra quien se pronuncia la rescisión podrá, a su arbitrio, consentir en ella, o completar su justo precio con deducción de una décima parte; y el vendedor, en el mismo caso, podrá, a su arbitrio, consentir en la rescisión, o restituir el exceso del precio recibido sobre el justo precio aumentado en una décima parte. No se deberán intereses o frutos sino desde la fecha de la demanda, ni podrá pedirse cosa alguna en razón de las expensas que haya ocasionado el contrato.»

De este artículo se deduce que tanto el comprador como el vendedor contra quien se pronuncie la rescisión tiene la elección o la obligación facultativa—no alternativa—de decir qué prefiere: o que se rescinda el contrato o insistir en él completando o devolviendo lo necesario hasta el justo precio, según sea el comprador o el vendedor.

No trae la ley juicio especial para decretar la rescisión, lo que debió de haber hecho el nuevo código judicial en uno de sus juicios especiales.

El procedimiento de hoy es el juicio ordinario y la principal, puede decirse que decisiva, es la prueba pericial. La prueba testimonial, además de ser muy deficiente en este caso, ya se sabe, y por lo tanto huelga decirlo, está degenerada.

Es indudable que en la aplicación del artículo 1.948 del C. C. hay que abandonar su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu, toda vez que el sentido de dicha disposición no es claro, como se pasa a examinar.

Con efecto: Si la rescisión se pronuncia contra el comprador, éste a su arbitrio, podrá consentir en ella o completar el justo precio con deducción de una décima parte. Hasta aquí se hermanan perfectamente el sentido de la ley, el tenor literal y el espíritu de la misma.

En resumen, la ley favorece con una décima parte al que hace el buen negocio y luego se le deshace. No quiere que pierda todo lo que iba a ganar: Le deja una décima; esto es equitativo y justo.

Mas, en lo que se refiere a los efectos para el vendedor cuando quien se pronuncia la rescisión, sí debe abandonarse su tenor literal, como se dijo antes, pues que pa-

rece natural que el espíritu del legislador sea el que el vendedor que hace un buen negocio y luego por rescisión se le deshace, conserve una décima parte si quiere que el negocio subsista y que, por lo tanto, devuelva el exceso al comprador, disminuyéndole una décima parte. Es decir que la intención del legislador es la de que no pierda todo lo que iba a ganar y que en tal virtud se quede con una décima. Iguala, pues, al vendedor con el comprador: a ambos se les deja una décima por el buen negocio que hicieron.

Pero estudiando el artículo en lo que se refiere al vendedor, no es necesario pasarse de listo quien lo haga, para observar que al vendedor contra quien se declara la rescisión no sólo debe entregar al comprador el exceso del justo precio si que también tiene que entregarle una DECIMA MAS.

O con mejor claridad. El vendedor que había hecho un buen negocio tiene que vender en menos del justo precio si quiere que la venta subsista.

Esto se deduce fácilmente del tenor literal del artículo 1.948 en la última parte del primer inciso: *...y el vendedor, en el mismo caso (contra quien se pronuncia la rescisión) podrá a su arbitrio consentir en la rescisión, o restituir el exceso del precio recibido sobre el justo precio AUMENTADO en una décima parte.*

Innecesario nos parece acudir a la gramática para deducir que la palabra «aumentado» se refiere a exceso; no puede referirse al justo precio gramaticalmente y si a él se refiriera, sería injurídico.

Un ejemplo hará ver mejor lo anterior; Pedro vende a Juan una casa por \$ 5.500 cuyo precio es de 2.500. Engañó, pues enormemente al comprador. Este entabla la acción rescisoria, triunfa y se decreta dicha acción contra el vendedor, el cual quiere que subsista el contrato restituyendo lo legal. ¿Cuanto debe restituir? En consonancia con el artículo 1.948 debe restituir el exceso sobre el justo precio, o sea \$ 3.000, MAS LA DECIMA parte del justo precio; es decir más \$ 250.

Resumen: Que el vendedor que había hecho un contrato bueno tiene que dar su inmueble de \$ 2.500, por \$ 2.250, o sea, tiene que restituir de los \$ 5.500 que había recibido, \$ 3.250.

Claramente se ve que esto repugna al espíritu del legislador y a la naturaleza de las cosas.

El Dr. Fernando Velez, aunque entiende el artículo como lo entendemos nosotros, no lo comenta. Tan sólo trae un ejemplo en el cual se ve también lo que hemos

dicho: El ejemplo es este: «Quien ha sufrido la lesión es el comprador. Si el vendedor insiste en el contrato, debe restituir al comprador el exceso del precio que ha recibido sobre el justo precio, AUMENTADO EL EXCESO en una décima parte. Por ejemplo, el comprador dió \$ 41.000 por un predio que el día de la venta valía 20.000. Como el exceso de precio que recibió el vendedor es de \$ 21.000, debe devolverle al comprador este exceso AUMENTADO EN UNA DECIMA parte. Para averiguarla qué suma debe tenerse presente: el justo precio \$ 20.000 o los 41.000? Parece que los \$ 20.000, puesto que la ganancia del comprador debe ser sobre lo que realmente valen las cosas que compra y no sobre precios imaginarios. Por tanto, en ese ejemplo el vendedor debe devolverle el exceso de \$ 21.000 mas \$ 2000, que son la décima parte de 20.000, justo precio de la cosa.

Conveniente fuera que se estudiara el punto por el encargado de reformar la ley para que no se le ponga al Juez un problema tan difícil cuando llegue el caso. Porque si atiende al tenor literal, que es claro, desatiende el espíritu de la ley que también es claro, y viceversa.

Con lo expuesto creemos haber demostrado que el artículo 1.948 del C. C. expresa un pensamiento desacorde con la naturaleza de las cosas.

La segunda parte del artículo dice que no se deberán intereses o frutos sino desde la fecha de la demanda, ni podrá pedirse cosa alguna en razón de las expensas que haya ocasionado el contrato.

Esta parte parece que no necesita comentarios, como quiera que es una prevención conveniente y justa, advirtiéndose sí, que propiamente debe ser desde la notificación de la demanda al demandado, que es precisamente cuando empieza el juicio.

## VI

### DE POR QUE SI PROCEDE LA RESCISION POR LESION ENORME EN LA PERMUTA.

La permuta como origen de todos los contratos o como primer contrato que fué, existió desde antes de existir la clasificación de ellos.

Entre los Romanos, cuando ya existió la clasificación, a la permuta se le dejó en la clase llamada de contratos innominados.

Al derecho moderno si llegó la permuta con su nominación expresa y clara y su clasificación entre los

contratos puede decirse que es igual a la de la compraventa, o sea: Bilateral, si se atiende a las obligaciones de los contratantes; oneroso, si a la utilidad del uno y del otro; conmutativo si a lo que ha de dar o hacer cada parte; principal si a su existencia, y consensual, real y solemne si a los muebles o inmuebles. Para los muebles debe tenerse en cuenta que es aplicable el artículo 1.858 del C. C.

La permuta es definida por el artículo 1.955 del C. C. que dice: «La permutación o cambio es un contrato en que las partes se obligan mutuamente a dar una especie o cuerpo cierto por otro.»

De acuerdo con la última parte del artículo 1.958 de la misma obra, cada permutante será considerado como vendedor de la que da, y el justo precio de ella a la fecha del contrato se mirará como el precio que paga por lo que recibe en cambio.

De forma, pues, que en la permutación cada contratante desempeñará doble papel: De comprador y vendedor.

¿Podrá uno de los contratantes que se considere lesionado por valer lo que recibe menos de la mitad del justo precio o por valer lo que da más del doble del justo precio, establecer la acción rescisoria por lesión enorme?

Esto será el objeto principal de este corto capítulo.

En erudita tesis sostiene el Dr. Marco Tulio Jiménez con deducciones «que a quien profese opinión contraria no podrá menos de sorprenderle y dejarlo vacilante» que no es procedente esta acción en los contratos de permuta.

Nosotros, respetando en lo que valen las razones del Dr. Jiménez, nos decidimos por considerar que si procede este remedio en el contrato susodicho y pasamos a dar las razones en forma abreviada.

Fué la Ley 4, Título 7 del Libro 5 de la Ordenanza real la primera que generalizó la doctrina extendiendo el remedio de la lesión al arrendamiento, a la PERMUTA, a la dación en pago etc. Después pocas legislaciones la han previsto expresamente para todos los contratos, y en cuanto a la permuta, se han contentado con consignar, más o menos, lo que dijo nuestro Código Civil. Las disposiciones relativas a la compraventa se aplican a la permutación en todo lo que no se oponga a la *naturaleza* de este contrato.

¿Y se opondrá a la naturaleza de la permuta o trueque el que se le apliquen las reglas de la rescisión por lesión enorme?

Estimamos que no, toda vez que la sola diferencia existente entre la compraventa con el contrato que estudiamos consiste en el precio, pues que en este no lo hay en realidad sino hipotéticamente.

No hay en la ley una definición científica o filosófica de lo que es precio, mas sí nos dice el artículo 1.849 del C. C. que precio es el dinero que el comprador da por la cosa vendida.

A diferencia de las otras legislaciones que al hablar de permuta han reproducido para ella las disposiciones acerca de la compraventa, la nuestra agregó, como previendo el caso de rescisión en la permuta, que cada contratante será considerado como comprador y como vendedor y que el justo precio al tiempo del contrato se considerará como el precio.

Así, pues, que si es verdad que realmente no hay precio, si elevó el legislador a la calidad de éste a la cosa objeto del cambio; ficción que en la práctica hay que darle caracteres de realidad.

Resumen: Que legalmente al cambiar una casa—pongamos por caso—por otra, aunque una casa no sea precio, si hay que estimarle como precio de la otra.

El Dr. Marco Tulio Jiménez en su sesuda tesis divide en dos clases las diferencias que existen entre la permuta y la compraventa.

Diferencia esencial en cuanto al objeto y la apoya en que no hay precio y en que desde el momento en que se considere la cosa vendida como precio degeneraría el contrato en compraventa.

Con fundamento en lo que se ha repetido ya de que la ley consideró como precio la cosa dada y como comprador o vendedor a cada uno de los contratantes, pensamos que ya no hay, legalmente, dichas diferencias.

Económicamente podemos aceptarlas, más no legalmente, pues que la ley—aunque ficticiamente—las destruyó, al equiparar la cosa con el precio.

Ahora lo difícil sería en el caso práctico que se presentara, digamos, por Ej. Pedro da una casa a Juan en trueque de otra que tan sólo valga la mitad de la que da. Demanda Pedro a Juan para que se rescinda por la causa que estudiamos el contrato. ¿Con qué papel entablará la acción. Como comprador o como vendedor o en qué calidad?. Parece que no le sea necesario determinar su calidad y que le bastará acreditar el contrato de permuta.

\*  
\*  
\*

Si el bien que ha dado ha sido acompañado de di-

nero, por ejemplo: Ha dado por una casa otra de valor de \$ 1.000 y \$ 1.000 en dinero, o sea, el dinero y la cosa son equivalentes, entonces se aplicará el artículo 1.850, en su última parte, que dice: «Cuando el precio consista parte en dinero y parte en otra cosa, se entenderá permuta si la cosa vale más que el dinero y venta en el caso contrario.»

Parece que el Dr. Jiménez hubiere encontrado opiniones que sostengan que en el ejemplo anterior—cuando hay equivalencia entre la cosa y el precio—el contrato se considere permuta, lo cual no es bien creíble o se ha sufrido por los que tal opinan un gran error, toda vez que en ese caso hay que considerar el contrato como compraventa porque al haber igualdad entre el precio y la cosa, ésta no vale más que aquél, caso en el cual sí sería permuta.

No sabemos que en la práctica del derecho se haya presentado el caso de la rescisión por lesión enorme en la permuta, lo cual sería de mucho interés para que se sienta jurisprudencia sobre el particular, jurisprudencia que nos atrevemos a opinar debe ser concediendo al permutante este derecho en el caso de ser lesionado.

Hay una razón que nos induce a pensar así y que consideramos de gran valor, pues que en los casos dudosos como el presente lo mejor es consultar la naturaleza de las cosas, que, según Montesquieu es de donde debemos tomar los principios.

Con efecto; si consultamos la razón filosófica de la acción rescisoria en la compraventa encontramos que la misma razón hay para que exista en la permuta.

Se dice por algunos que la razón de ser de la rescisión es la tutela que de algunos individuos, que se dejan engañar, debe tomar el legislador para protegerlos, remediando el engaño. Pues tanto puede engañarse a una persona en compraventa como en permuta y tal vez más en ésta puesto que en ella tiene que conocer tanto el objeto que da como el que vende, mientras que en la venta tan sólo uno: El que vende o compra.

Si la razón de ser de la rescisión consiste en considerar, como debe considerarse, a la compraventa un contrato conmutativo y que esta conmutabilidad se le viola al lesionar enormemente al uno de los contratantes, también la permuta es un contrato conmutativo y también se viola la conmutabilidad si no se le da este derecho al permutante lesionado.

Por las razones dichas pensamos que sí procede la acción rescisoria en el contrato de permuta.

## VII

## HAY ESTE REMEDIO CUANDO SE FIJA POR UN TERCERO EL PRECIO?

En brillante alegación presentada por el Dr. Moreno Jaramillo al Sr. Juez, en lo Civil, de Medellín, sostuvo con buenas razones la tesis de que no procede la acción rescisoria por lesión enorme, cuando el precio de ella se ha dejado al arbitrio de un tercero.

Ignoramos si dicha tesis fué aceptada por el Juzgado que conoció el negocio a que se refería dicha alegación, más nos atrevemos a pensar que sí el punto fue bien examinado por el Sr. Juez del conocimiento, pudo haber admirado la tesis, pero no aprobado, como quiera que ella repugna o resulta refractaria al espíritu del C. C. y al artículo 1.946 del mismo, espíritu y artículo que dan a todo contratante en compraventa el poder de solicitar la rescisión por lesión enorme.

Y repugna al espíritu del C. C. toda vez que el espíritu de este consiste en proteger al que por cualquier circunstancia ha sido engañado enormemente sin distinguir si el engaño ha sido causado directa o indirectamente, o más bien, si el engaño ha sido causado porque el mismo contratante le fijó el precio o si se lo fijó un tercero. Por lo tanto, nosotros tampoco debemos distinguir, según conocido aforismo de derecho.

Tan sólo dos excepciones, trae el C. C., de contratos de compraventa en los cuales no se puede pedir la rescisión por lesión enorme, excepciones que se hallan en el artículo 32 de la Ley 57 de 1.887 el cual dice: «No habrá lugar a la acción rescisoria por lesión enorme en las ventas de bienes muebles, ni en las que se hubieren hecho por ministerio de la justicia».

En este artículo debió de haberse agregado el punto que se estudia si la intención del legislador hubiera sido que en los contratos en que un tercero fijara el precio no procedía esta acción; y sin embargo no consta. Y no consta porque eso repugna al espíritu general que informa la ley.

Está muy bien que para los muebles no se permita entablar esta acción para evitar sinnúmero de inconvenientes que en la práctica acaecería; y está perfectamente que se prohíba o no se permita esta acción para las ventas hechas por ministerio de la justicia ya que esto daría una gran complicación al procedimiento.

No fué admitida esta acción en lo vendido por su-

basta como se ha considerado por algunos, porque habiendo sido fijado el precio por terceros ya no se debía conceder el derecho de la rescisión, pues que ya hoy se permite la rescisión de los mismos avalúos de terceros.

Esto lo vemos claramente en el nuevo Código Judicial al leer los artículos 763 y siguientes. Este artículo reza lo siguiente: «El dictamen pericial puede rescindirse por error esencial, por causa de fuerza y por dolo. Cuando se trata de avalúo, también puede RESCINDIRSE POR LESION ENORME CUANDO EL AVALUO EXCEDA O BAJA DE UNA TERCERA PARTE DEL JUSTO PRECIO.» Art. 767. Para anular un dictamen por lesión enorme es preciso que ella se conceptúe por tres peritos, tomando el medio aritmético, siempre que la cantidad mayor no exceda del doble de la menor, pues si excediere, se desechará el dictamen y se hará nuevo nombramiento de peritos. En este caso los peritos no tienen derecho a honorarios».

Por manera, pues, que el caso previsto de si procede o no la acción rescisoria cuando se fija por terceros el precio lo previó el nuevo Código Judicial, o sea, la ley 103 del año postrero.

El nuevo Código, como se ve, al examinar el artículo primeramente transcrito no sólo aceptó la rescisión para la evaluación por peritos, sino que la puso más fácil que como la trae el Código civil en los contratos.

En efecto: De acuerdo con el C. J. Vigente, si tres peritos avalúan una casa de seis mil pesos en ocho mil diez pesos, hay derecho a la rescisión de dicho avalúo y lo mismo si la avalúan en cuatro mil pesos menos un centavo. Esto no sucedería en la compraventa civil.

De lo dicho anteriormente deducimos que el hecho de que intervengan evaluadores o de que sea un tercero el que fija el precio no es razón para que no proceda la acción rescisoria por lesión enorme.

### VIII

#### COMENTARIOS A ALGUNOS ARTICULOS SOBRE LA LESION ENORME

Art. 1.950. Si se estipulare que no podrá intentarse la acción rescisoria por lesión enorme, no valdrá la estipulación.

De acuerdo con esta disposición no se permite estipular la renuncia de este derecho y la razón es clara, toda vez que sólo pueda renunciarse de conformidad con el artículo 15 del C. C. los derechos individuales y lo

que se refiere a la rescisión es de orden público; es del bien general que quiere evitar injusticias e iniquidades.

El Código de Austria en su artículo 935 y el de Prusia en el 69 dan fuerza a la renuncia de la acción, en lo cual se diferencian de los otros códigos y hacen negativo dicho derecho. Equivale a quitarle la fuerza a la acción rescisoria por lesión enorme porque en todo contrato—para que quede seguro—se pondrá la renuncia.

Un reparo debe hacerse a la segunda parte del artículo de nuestro Código que prohíbe la renuncia de este derecho, o más bien, que da por no escrita la estipulación que en este sentido se haga: Dicha parte dice así: Y si por parte del vendedor se expresare la intención de donar el exceso, se tendrá esta cláusula por no escrita.

Nada dice si por parte del comprador. Es decir, que si este expresa la intención de dar el exceso, se tendrá esta cláusula por escrita. De forma, pues, que favorece al vendedor porque si este quiere que luego no se le rescinda el contrato, bastará con que, al legalizarlo, ponga una cláusula—no haciendo que el comprador renuncie, pues que entonces dicha cláusula se tendría por no escrita,—pero si haciéndole que se exprese que dona el exceso, si lo hubiere. Un jurista sutil pudiera evitar una rescisión que entablara el comprador que hubiera hecho constar tal cosa.

«Art. 1.951. Perdida la cosa en poder del comprador, no habrá derecho por una ni por otra parte para la rescisión del contrato.»

Esto no necesita explicación, toda vez que no pudiendo verificarse los efectos de esta acción que consisten en volver las cosas al estado que tenían antes, tampoco puede reconocerse para que se entable una acción que luego no ha de producir efectos, como no los produciría si se hubiere perdido cosa.

«Art. 1.954. La acción rescisoria expira en cuatro años.»

El Código Francés la hace prescribir en dos años. ¿Cuál de los dos Códigos es mejor en este sentido? Juzgamos que el Francés, por cuanto que la acción rescisoria debe ser una acción de muy poco uso o mejor, debe mirarse como un MAL NECESARIO, pues que malo es que la ley autorice que deshagan los contratos celebrados; pero que es necesario por cuanto que la misma ley tiene que ver que no se cometan iniquidades engañando a los torpes.

Art. 218 del C. de Comercio. Según este artículo, no son rescindibles por lesión enorme los contratos mercantiles.

Mucha es la razón de ser de este artículo, como quiera que el concederla daría lugar a la inseguridad en los negocios comerciales que necesitan de fijeza y rapidez.

Grave conflicto se presentaría al tratarse de la rescisión de inmuebles vendidos entre comerciantes, con el fin de especular, puesto que entonces se llegaba a la conclusión de que, aplicando el artículo 218 mencionado, no se podría rescindir a pesar de que se trataba de inmuebles. Sobre esto hay variedad de opiniones.

\* \* \*

No dice nada el Código de minas acerca de si son o no rescindibles las compraventas hechas sobre minas; pero consideramos que si se tiene en cuenta que, por lo general, estos contratos son aleatorios e inseguros, no deben ser rescindibles.

## IX

### CONCILIACION DE LA NECESIDAD DE SEGURIDAD Y PRONTITUD EN LOS NEGOCIOS Y DE LA PROTECCION A LOS LESIONADOS

Es principio de economía social el de que las transacciones de los bienes deben ser prontas, fáciles y seguras, a lo cual se opone evidentemente la lesión estudiada; ésta se opone también al progreso de las transacciones civiles en lo que se refiere a los inmuebles que han de servir para la agricultura y cualquier otro objeto y sobre todo a la tranquilidad de los pactantes, que, mientras no transcuran los cuatro años de prescripción que tiene esta acción, estarán inquietos por el temor o posibilidad de que el negocio que pudo haberles producido algún provecho se rescinda. Y si no solamente hay posibilidad sino probabilidad de que se pida y decrete la rescisión mayor debe ser la intranquilidad.

Sin embargo, tampoco parece conveniente, para evitar estos perjuicios, el que se suprima la acción de que tratamos, toda vez que ella es como un monumento a la equidad, en que el Estado toma el carácter de defensor.

Luego, que debe hacerse?

Opinamos que tan solo debe dejársele al pactante engañado un año para pedir esta acción, como quiera que

al año ya debe saber todas las circunstancias del negocio; sabrá si se le engañó enormemente o nó. Estimamos más conveniente este término que el Francés de dos años y que el de nuestro C. C., de cuatro, porque un año no es poco para que el comprador que no conocía la cosa la conozca bien y para que el vendedor se cerciore de todo.

Además, no se verían las dificultades de fijarle el precio a un inmueble retrotrayéndose cuatro años atrás, como sucede entre nosotros, lo que pudiera dificultar el avalúo del precio al tiempo del contrato.

Por lo tanto, juzgamos que la expiración de este derecho debe ser al año.

También creemos que debe elevarse la cuantía para pedir la rescisión hasta las siete duodécimas partes, como lo hace el Código Francés, no obstante reconocer que engañar a otro en más de la mitad es un engaño considerable.

Aminorándose el tiempo de la prescripción y aumentando la cuantía para pedir la rescisión por la causa estudiada, puede encontrarse la fórmula conciliadora entre la seguridad de los negocios y la protección a los engañados.

FIN.

Mayo, 1.924.



## Crítica al nuevo Código Judicial.

### ¿DEBERIA DEROGARSE EL NUEVO CODIGO? FALTAS QUE SE COMETIERON EN SU REDACCION.

Si nuestra opinión, adversa al nuevo Código Judicial, se hallase aislada en el país, callaríamos pensando que era un error cualquier tacha que en contra del nuevo Código se nos ocurriese; pero combatida rudamente esa obra, cuando aún era proyecto, por la Corte Suprema de Justicia y en gran parte atacada por todos los Tribunales del país, causa estupor que el Congreso del año pasado la hubiese convertido en ley. ¿Se puede acaso, pasar por encima de la opinión de la Corte Suprema de Justicia sin cometer una verdadera audacia?

Para los defensores del nuevo Código Judicial, en este no se encuentra un solo defecto, ni el más leve; en concepto de otros, es una obra acabada, soberbia, aunque tenga enormes defectos; para los que no nos dejamos alucinar por algunas felices innovaciones, los defectos de que adolece el nuevo Código son lo bastante graves y numerosos para considerarlo como un inmenso desastre.

No quiere esto decir que la mayor parte de las disposiciones del nuevo Código sean absurdas o defectuosas; en globo, nosotros afirmaríamos redondamente que de los 1167 artículos que contiene, hay aceptables al rededor de 900, algunos de los cuales tienen plausibles innovaciones; también afirmaríamos que sus 267 artículos próximamente criticables son pocos relativamente al número de los que deberían aceptarse indiscutiblemente. No nos apasionamos, puesto que reconocemos como aceptables la mayor parte de las disposiciones del nuevo Código; pero queremos también que se note que un Código puede ser malísimo, no tanto por la cantidad de erróneas disposiciones que contenga cuanto por la calidad de defectos y vacíos de que adolezca.

Enhorabuena reconocemos que el Dr. Ismael Arbeláez, autor del nuevo Código Judicial, está hecho de madera de pensadores, de sabios, de legisladores y que puede calificarse, no obstante los grandes defectos de su obra, como un as entre los jurisconsultos de Colombia. No por esto extrañe la acerba crítica en que nos ocupamos; apabulla el peso de la redacción de un Código a un solo jurista, así sea el más sabio que en el mundo haya sido, sea y será.

En todos los países, la redacción de un Código es obra de una comisión formada, no por tres o cinco abogados cualesquiera que lo echarían indefectiblemente a perder, por su mediocridad científica, sino tarea que se encomienda a tres o a cinco ases espléndidamente remunerados para que concentren su atención máxima, su talento máximo, su ilustración máxima y su experiencia máxima, en tan fabuloso empeño. Don Andrés Bello, no redactó solo el Código Civil; lo asesoró una comisión de jurisconsultos que discutieron con él, en prolongadas sesiones, disposición por disposición; ni el Código de Napoleón ni el Código de Justiniano los redactó un solo jurisconsulto; intervinieron varios ases en cada una de esas obras, lo mismo que en el moderno Código Civil de Alemania.

Aquí en Colombia—país único—hemos creído que un solo jurisconsulto, un as, como el Dr. Ismael Arbeláez, podría hacer un Código Judicial; y que otro jurisconsulto como el Dr. J. V. Concha, podría redactarnos un Código Penal. Y para que no faltase error sobre error, dislate sobre dislate, se creyó cándidamente que bastaba pasar luego el proyecto respectivo al Consejo de Estado y a una Comisión de la Cámara de Representantes, en donde se encontraban abogados, pero no ases entre los jurisconsultos, para que con una sola lectura lo estudiaran y le indicasen las reformas que la primera lectura les sugiriese. El efecto debía ser necesariamente el que fué: aumentar considerablemente los errores y defectos del proyecto primitivo, echarlo más a perder. Vale ello decir que nosotros hubiéramos aceptado, por tener menos errores, el proyecto del Dr. Arbeláez, como Código, sin reforma alguna.

*Mientras más pior, mejor mi don*, dice un proverbio de los campesinos antioqueños. Nosotros preferiríamos que el próximo Congreso no le introdujese una sola reforma al nuevo Código; o que si reformas le introdujese, fuesen tan desacertadas como algunas de las que le introdujeron el Consejo de Estado y la Comisión de la Cámara. De esta manera, el nuevo Código se desacreditaría en más de un año lo bastante entre sus mismos adoradores, para que se derogase íntegramente y se volviese al antiguo Código. De lo contrario, podemos estar seguros de que los Congresos venideros, en estos diez años, le introducirán reformas innumerables al nuevo Código, acertadas unas y desacertadas probablemente otras; y podemos también contar con que dentro de diez años apenas estará empezando la tarea reformativa. No de otra manera puede suceder cuando se desconocen principios fundamentales de derecho y cuando se expide un Código en gran parte combatido, como proyecto, por la Corte Suprema y por los Tribunales del país.

En nada amengua esto al Dr. Ismael Arbeláez ni al Consejo de Estado ni a la Comisión de la Cámara de Representantes; es que no hay jurisconsulto por sabio que sea, que no incurra en errores de derecho; esta ciencia es demasiado difícil, y la única manera de evitar errores en un Código es la de encomendar su discusión y redacción, artículo por artículo, a una comisión de tres o cinco ases, para que los errores en que uno de ellos incurra se los señalen sus compañeros, y para que todos coadyuven, como un solo hombre, a depurarlo de todo error. Redactar un solo jurisconsulto obra semejante, y pasarla a otros jurisconsultos para que la lean y le indiquen las reformas que la primera lectura les sugiera, es no darse cabal cuenta ni de lo difícil que es el Derecho ni de la máxima gravedad de expedir un Código, por lo delicada que es la administración de justicia.

FACILIDAD DE VOLVER A EXPEDIREL ANTIGUO CODIGO SU GRAN CUALIDAD Y SU CAPITAL DEFECTO LAS NECIDADES QUE SE HAN DICHO DEL ANTIGUO Y DEL NUEVO CODIGO.

Dos ventajas tiene el nuevo Código Judicial sobre el antiguo: 1o. El orden de sus disposiciones; 2o. Haber estatuido algunos procedimientos para hacer efectivos ciertos derechos que consa-

gra el Código Civil. Una ventaja capital tiene, en cambio, el antiguo Código sobre el nuevo: el valor científico de sus disposiciones, precisamente lo que más le importa al jurisconsulto.

Mientras que al nuevo Código Judicial se le pueden señalar errores garrafales de derecho—afirmación que respaldaremos con pruebas—no se podría señalar un solo error de esa clase en el antiguo Código Judicial; ni podría haberlo en obra en cuya redacción o en sus reformas intervinieron jurisconsultos como Luis Robles, Demetrio Porras, Manuel J. Angarita, Anibal Galindo, J. M. Rojas Garrido, Nicolás Esguerra, Francisco Eustaquio Alvarez, Santiago Pérez, Juan E. Zamorra, Dionisio Arango, y otros que se nos escapan no menos eminentes. Menguado quien hable de esa colcha de retazos—aludiendo al antiguo Código Judicial—retazos de cerebro que nos legaron los más célebres jurisconsultos que han alentado en el seno de Colombia.

Generalmente, quienes abominan del antiguo Código Judicial son los que se piensan intelectualmente superiores a los grandes jurisconsultos del siglo pasado y tienen a menos los principios científicos que sentaron y se persuaden a sí mismos de que cada disposición del antiguo Código Judicial se hallaba tocada de vejez; los que neciamente creen que la ciencia del Derecho ha sufrido radical transformación; los que como señal de menosprecio para el antiguo Código Judicial afirman, como los abogados que intervinieron en la Comisión de la Cámara, que esa era una obra inspirada en la antigua legislación española; los que creen, en una palabra, que ante los abogados del siglo xx aparecería el mismo don Alfonso el Sabio como un pigmeo, si no acaso como un rábula, y que nos hablan de los principios modernos del Derecho, como si el Derecho fuese una ciencia moderna y el siglo xx fuese el de la edad de oro de esa difilícima ciencia.

En la imposibilidad de señalar en concreto un solo error grave en el antiguo Código Judicial, se ha dicho que era un caos; como defecto capital de esa obra, se han señalado las numerosas reformas que en cincuenta años sufrió. Lo que no se ha reparado, desgraciadamente, es que los sabios jurisconsultos del siglo pasado se preocupaban de llevar cada artículo a su perfección, y de que la mayor parte de las maldecidas reformas no son reformas sino disposiciones adicionales. A partir de la ley 105 de 1890 que cubrió de gloria al Congreso de ese año por el enorme acervo de ciencia jurídica que esa ley representa, disminuyeron considerablemente las adiciones y reformas al antiguo Código, al punto de que desde 1907 fueron fenomenales y levísimas las modificaciones que a esa obra se introdujeron. El antiguo Código Judicial tocaba ya a las fronteras de la perfección y solo faltaba que se le diese una mano en ciertos detalles y se le pusiese orden numérico.

Queremos que se repare en esto: la mayor parte de los capítulos del antiguo Código Judicial no sufrieron sino la reforma de dos o tres disposiciones en cincuenta años; tales son los capítulos que se relacionan con testigos, peritos, documentos públicos y privados, entrega o remisión de autos, demanda, apoderados, juicio ordinario, etcétera; de tal modo que apenas se requería el trabajo de poner por orden numérico sus disposiciones tomando por base la edición del Dr. Rodríguez Piñeres en que se intercalaron las

adiciones y reformas. Títulos hay en el antiguo Código en que podría hacerse lo mismo por haber regulado una ley íntegramente la materia; ejemplos, el título de nulidades y el de secuestro y embargo preventivo; el uno quedó regulado en la ley 105 de 1890 y el otro en la ley 40 de 1907. El título del juicio ejecutivo, uno de los más reformados, podría reducirse fácilmente a orden numérico riguroso.

Quienes juzgan imposible reducir las disposiciones del antiguo Código Judicial a orden numérico son los que no han reparado que el Dr. E. Rodríguez Piñeres intercaló en esa obra las disposiciones adicionales y reformatorias con tan escrupuloso cuidado que en la mayor parte de sus títulos y capítulos podría indicar un niño el orden numérico de sus disposiciones. Ciertamente es que en ese Código se encuentran algunas cuantas disposiciones—pocas por cierto—en que subsiste el artículo primitivo con dos o tres adicionales o reformativos, y que es muy delicado condensarlos en una sola disposición; pero esto no es imposible. Lo delicado de la tarea de reducir a orden numérico las disposiciones del antiguo Código Judicial depende principalmente de que sería difícil resistir a la tentación de las reformas; y en esto se corre el peligro de introducir más de una innovación desgraciada. Muchísimas disposiciones censurables del nuevo Código Judicial provienen de que al querer vaciar en molde nuevo una disposición antigua, se cayó en la falta de reformar, sin meditarlo muy bien, su principio fundamental; ejemplos los arts 227, 251, 335 y 336 del nuevo Código.

Se dice que el nuevo Código Judicial está ahora de acuerdo con el Código Civil, sin pensar en que para semejante afirmación se necesita una gran dosis de soberbia; ya que tan necio concepto equivale a sostener que los Porras, los Robles, los Angaritas, los Rojas Garrido, los Pérez y esa pléyade de lumbreras del siglo pasado no sabían Código Civil puesto que habían sido incapaces de concordarlo con el Código Judicial cuando redactaron este o estudiaron las reformas que debían introducirle. No solamente no se nota grave disparidad entre el antiguo Código Judicial y el Código Civil, sino que nosotros demostraremos que el nuevo Código Judicial contiene disposiciones abiertamente contrarias a las del Código Civil; y que en otras de esas disposiciones se idearon analogías exóticas con el Código Civil como la que resulta del art 766 del nuevo Código Judicial.

Pero obra sería de romanos tomar nota de todas las necesidades que se han escrito de las excelencias del nuevo Código Judicial y de todas las maldiciones que se han dirigido al antiguo Código; recargadas unas y otras, por cierto, de literatura para disimular con esto la falta de argumentos con qué respaldar la vacuidad del concepto. Aun se ha dicho que para entender el nuevo Código Judicial es preciso olvidar el antiguo; y que si la Corte Suprema de Justicia combatió en gran parte el nuevo Código Judicial fué por la sola pereza de estudiar la obra cuando se expidiese la respectiva ley o por el pueril temor a las innovaciones. No ha faltado, en una palabra, necesidad que no se sostenga, con recargo de formas literarias, en nombre de una pretendida ciencia moderna o de una nueva concepción hecha en el siglo XX de los eternos principios del derecho.

Sin perjuicio de equivocarnos, son tan graves, a nuestro modo de ver, los errores, vacíos y defectos del nuevo Código Judicial, que no habría hipérbole en afirmar que si se redactase el antiguo Código Judicial colocando todos los artículos que contiene la edición del Dr. Rodríguez Piñeres, por orden numérico, es decir sin tomar nota de las disposiciones que han sido en parte reformadas, saldría esa obra con menos defectos graves que los de que adolece el nuevo Código.

Mas antes de acometer la crítica al nuevo Código, hacemos notar que la apoyamos no en nuestros conocimientos, que son escasos, sino en la que nos presta el antiguo Código Judicial, trasunto, según se dice, de la anticuada legislación española y refugio de rúbulas y leguleyos, según la célebre condenación que le fulminó la Comisión de la Cámara,

Es nuestro ánimo demostrar que el nuevo Código Judicial tiene al rededor de 200 disposiciones inaceptables; pero como enumerarlas simplemente sería, por razones obvias, labor estéril, preciso será hacerles separadamente un comentario. Por hoy anotamos en el nuevo Código los siguientes defectos graves:

1 Haber permitido virtualmente el nuevo Código que el demandado venda o hipoteque una propiedad en litigio, lo que autoriza esencialmente el inciso 4 del art 278 que envuelve rudo golpe a la seguridad con que debe rodearse la propiedad inmueble y constituye sangrienta burla al art 1521 del C. Civil: Aducimos un ejemplo entre muchos: un menor vende una finca; posteriormente demanda la nulidad del contrato y pide el embargo preventivo de la finca; el comprador puede evitar el embargo o hacerlo cancelar presentando el certificado de veinte años de que trata el inciso 4 del art 278. Se demuestra así el rudo golpe que a la seguridad de la propiedad raliza descarga esa exótica disposición, que parece ideada por un rábula para burlar el art 1521 del Código Civil que prohíbe enajenar cosas que se hallan en litigio. Inútil decir que puede pedirse inscripción de la demanda conforme al art 42 de la ley 57 de 1887, porque algún Juez nos manifestó que esta disposición la consideraría en adelante derogada por el inciso 4 del art 278 del nuevo Código Judicial.

Pudiera arguirse que el objeto del inciso criticado es el de impedir que alguna persona de mala fe demande a otra con el fin de hacerle embargar, por medio de un juicio temerario, algun inmueble a fin de causarle perjuicios. Mas a semejante argumento podría contestarse que los casos aislados de mala fe no tienen por qué preocupar al legislador desde que son tan inevitables como raros.

Es pueril el certificado de veinte años a que se refiere el inciso criticado, desde que el embargo preventivo de un inmueble proviene, según el mismo Código, de la demanda sobre nulidad de un contrato o de su resolución o revocación (art 278), motivo por el cual el dichoso certificado puede conseguirse de la manera más sencilla.

Debido a ese desgraciadísimo inciso, hoy será difícil saber qué se halla en litigio; ha desaparecido en una palabra, la seguridad para las transacciones de propiedad o hipotecarias; por salvar a dos o tres individuos temerariamente demandados, se abrió la puerta

a centenares de individuos de mala fe para que vendan o hipotequen, mientras se falla el litigio, el inmueble por el cual se les ha demandado. En dos líneas: magnífico refugio para los bribones es el inciso 4 del art 278 del nuevo Código.

2—Haber aumentado considerablemente las causales de nulidad en los juicios; un buen legislador en vez de idear causales y más causales para anular juicios, trata de restringirlas hasta el minimum porque la nulidad es odiosa y recurso extremo para reparar una injusticia grave o para impedir que se cometa una iniquidad.

En el antiguo Código, las excepciones dilatorias no eran motivos de nulidad; el inconveniente que presentaban era el de que se disponía que mientras se decidía el incidente de excepciones, se suspendiese el juicio. Los rúbulas, que de todo abusan, proponían a troche y moche excepciones dilatorias por demorar los juicios. El nuevo Código, en lugar de disponer que el incidente de excepciones dilatorias se surtiese en cuaderno separado de tal modo que pudiese sustanciarse el incidente y decidirse y concederse apelación sin que por ello se suspendiera el curso del juicio, que era el remedio indicado, resolvió convertir en incidentes de nulidad las antiguas excepciones dilatorias. Los rúbulas se hallan de plácemes con el nuevo Código por haber multiplicado los motivos de nulidad; esto les resulta evidentemente de más resultados que las antiguas excepciones dilatorias.

3—Haberse dado especial pábulo al rabulismo con el nuevo Código; en efecto, se recordará que la fianza de costas en juicio ordinario que podía exigirse de acuerdo con el antiguo Código servía de poderosa arma a los rúbulas quienes de todo abusan, y que lo primero que hacían era exigirla para suspender por largo tiempo el juicio. Pues bien, el nuevo Código en lugar de suprimir la malhada fianza la multiplicó en forma escandalosa; es decir, que de una arma que les daba el antiguo Código en el solo juicio ordinario, hizo el nuevo Código diez mil armas para los rúbulas. Porque creer que esas diez mil armas van a servir contra los rúbulas, es pecar de inocente; los rúbulas pueden conseguir fiadores de negocio, es decir personas de mala fe que enajenan simuladamente sus bienes si algún peligro ven de que se les hará efectiva una fianza; de manera que un rábula dará como fiador a un bribón, cuando se le exija fianza, y se valdrá del arma de la fianza para acometer con ella de tal modo que con esa arma sola puede ganar pleitos; ejemplo. el art 965 del nuevo Código.

4—Otra de las más graves tachas que se pueden hacer al nuevo Código es la de haber destruido el principio del antiguo Código de que debe el Juez declarar probada, de oficio, cualquiera excepción perentoria que resulte del pleito; principio tutelar de la administración de justicia.

5—Haber declarado el nuevo Código que no se admite como excepción perentoria sino la que pueda alegarse al tiempo de la demanda; esto se halla en absoluto desacuerdo con el C. Civil por que este admite que pueda alegarse una compensación por crédito adquirido después de la demanda en caso de no perjudicarse por ello a terceros, como se desprende del art. 1.720 de esa obra. También admite el Código Civil que se pueda celebrar una transac-

ción aunque halla pleito pendiente; pero con el nuevo Código Judicial una transacción no podría alegarse como excepción sino en caso de que se verificase antes de la demanda, sin embargo de que la transacción extingue de tal modo la obligación que tiene fuerza de cosa juzgada o de sentencia definitiva según el art 2.483 del C. Civil. Los antiguos jurisconsultos que sin duda sabían más que los que hoy se presumen más sabios que aquellos, admitían aun sin que se alegase una excepción de pago en cualquier tiempo; a hacer efectivas las reglas que trae el Código Civil sobre extinción de las obligaciones, se enderezaba el principio de que el Juez debe declarar probada de oficio cualquiera excepción perentoria acreditada en el expediente; principio que en el nuevo Código quedó arrumbado.

6—Haber suprimido el derecho de corregir la demanda, en circunstancias en que la contestación a la demanda hace a veces ineludible la reforma. El derecho de corregir la demanda antes de abrir el juicio a pruebas envuelve suspensión del principio de que una demanda no se puede corregir después de contestada por mediar un cuasi-contrato. Los redactores del nuevo Código no se dieron cuenta de esto.

7—El antiguo Código exigía que en las demandas se expresasen los fundamentos de derecho; nuestros modernos legisladores no se percataron de que esa exigencia pertenece a la esencia misma de la demanda, y la suprimieron como notabilísima innovación. No supieron que la demanda se relaciona con el título, esto es con los fundamentos de derecho (art 271 del antiguo Código), con la acción que se intenta (arts 272 y 274 *ibid*), con la cosa juzgada (arts 271 y 833 *ibid*); por eso es tan delicada una demanda. El nuevo Código desconoció, repetimos, la esencia de la demanda al no exigir que se expresasen los fundamentos de derecho y abrió ancha puerta al rabulismo.

Es cierto que no debe atribuirse al Dr. Arbeláez la innovación que criticamos, ni que algunos de los graves defectos que anotamos se le deben a él; pero nosotros estamos criticando el nuevo Código tal como lo hallamos y poco nos importa averiguar si esta o aquella disposición la inspiró el Dr. Arbeláez, el Consejo de Estado actual o la Comisión de la Cámara de Representantes.

Con los fundamentos de derecho de la demanda y con la cosa juzgada se relaciona la siguiente doctrina de grandes alcances jurídicos que sentó el 8 de julio de 1918 el Consejo de Estado, doctrina inspirada por el art 271 del antiguo Código y que podríamos confirmar con sentencias de nuestra Corte Suprema y de la Corte de Casación de Francia. «Muy bien puede una ley ser declarada exequible y válidos una resolución o un decreto ejecutivo en relación con las causas alegadas en una demanda; y nulos esos mismos resolución o decreto o inexecutable la ley por causas o razones distintas aducidas en una nueva demanda».

Otro ejemplo: objetados por el Presidente de la República algunos artículos de la ley 87 de 1915 como contrarios al artículo 31 de la Constitución, la Corte Suprema los declaró exequibles; presentaron luego algunos interesados una demanda en que alegaban la inexecutable de esas disposiciones y la Corte sostuvo su primera sentencia, en acuerdo número 11 de 1916; presentóse pos-

teriormente una nueva demanda con fundamento no ya en el art 31 sino en el art 169 de la Constitución; y entonces la Corte Suprema en acuerdo Nro 12 declaró una inexecutable que había negado dos veces. Por cierto que nuestro muy apreciado amigo el Dr. Bernardo J. Caycedo en su tesis de grado critica a la Corte Suprema por el último fallo fundado en que ningún Juez ni Tribunal puede reformar o revocar la sentencia que pronuncie. Se olvidó el Dr. Caycedo de que en el caso en cuestión no podía mediar cosa juzgada porque de acuerdo con el art. 271 del antiguo Código «el que demandare una cosa por un título y no lo probare, puede después demandarla por otro.» De ahí precisamente la necesidad de que en la demanda se expresen los fundamentos de derecho por su conexión con la cosa juzgada.

8—Con los fundamentos de derecho de la demanda se relacionan los arts 271 y 833 del antiguo Código Judicial; nuestros modernos legisladores no supieron, a lo que parece, el objeto de esas disposiciones redactadas por los sabios antiguos y no las reprodujeron, lo que constituye atentado de carácter grave contra los principios básicos del Código de procedimiento. Esas disposiciones del antiguo Código son de inapreciable valor puesto que pueden citarse millares de sentencias de los Tribunales de Francia sobre el particular, lo que prueba que hay jueces y abogados que se equivocan frecuentemente sobre los efectos de la cosa juzgada. Si acaso el doctor Ismael Arbeláez consideró inútiles esas disposiciones, ello se enlaza entonces con otra tacha.

9—Se debería entonces el vacío anteriormente anotado a un error muy explicable del doctor Arbeláez. Hoy se dice que los Códigos no deben ser casuistas; así lo proclaman quienes se consideran permanentemente bañados por las aguas de la sabiduría; los que creen que los Códigos deberían suprimirse por inútiles, por casuistas, por recortarles las alas a los cerebros luminosos de jueces y abogados. Naturalmente, a semejante sugestión no pudo escapar el Dr. Arbeláez quien redactó el Código en tal forma que podría decirse que en cada disposición se presume que será interpretada por personas que por su mucho saber no se equivocan; magno error, pero esto se relaciona con más tachas.

10—Haber hecho un caos del juicio de sucesión; se incurrió hasta en el dislate de sostener que una sucesión no es juicio como si no hubiese demanda de partición fuera de milencontradas pretensiones entre los herederos. Convertido el juicio de sucesión en un caos, sucede en Medellín que el Juez 1o. piensa así, el Juez 2o. así, el Juez 3o. de otro modo y el Juez 4o. de manera completamente distinta. Delicioso, cuatro opiniones diversas de Jueces ilustrados, es decir de personas que por su mucho saber no deben equivocarse según aquellos que desearían que los Códigos no fuesen tan casuistas. Y pasemos al juicio de sucesión.

11—Según el antiguo Código, en el mismo auto en que se hacía la declaración de herederos, se señalaba día para inventarios y se proveía de curador—ad litem a quienes lo necesitaban; practicados los inventarios, se pedía la partición; era fácil terminar una sucesión en 50 días, muchas se terminaron en menos tiempo. No se puede idear procedimiento más simple. El nuevo Código no in-

dicó procedimiento; se consideró que la sucesión no era juicio; nuestros modernos legisladores se presumieron más sabios que los jurisconsultos antiguos y resolvieron que la sucesión no era juicio puesto que nada se discutía en ella. Pero esto merece varios reparos.

12.—Ningún procedimiento se indicó en el nuevo Código para hacer la declaración de herederos; es obvio que la declaración judicial no es la que da el título de heredero, que este lo da la ley a quien puede y quiere serlo; pero el reconocimiento de herederos es cosa importantísima porque se relaciona con la transmisión y la representación (arts 1014 inciso 2, 1041 etc, C. Civil] y con la incapacidad (arts 1019—1020) y con la aceptación de herencia (art. 1297); tiene, también, por objeto determinar en forma precisa quiénes son los herederos, cuáles son relativamente incapaces, quiénes han muerto y si han dejado descendientes, cuales hay ausentes, etcétera, a fin de proveer de representante a quienes lo necesiten para que puedan ejercer el derecho de asistir a los inventarios. Además, la declaración de herederos tiene prácticamente este grande objeto: evitar que unos cuantos de los herederos se repartan entre sí los bienes, a lo león, excluyendo a los otros que por locos, impúberes, ausentes u otra causa no pueden ejercer por desvalidos la defensa de sus derechos. En la actualidad, debido al nuevo Código, se pueden cometer mil abusos escandalosos por haberse perdido la seguridad que para evitarlos se hallaba en el antiguo Código.

Las declaraciones de testigos para comprobar quiénes son herederos, según disponía el antiguo Código, tenían una inapreciable ventaja: que no era fácil que heredero alguno quedase prácticamente excluido de la sucesión; era un sistema acreditado con el mejor argumento: la experiencia de muchísimos años, y que facilitaba grandemente seguir una sucesión. Mortuorias hay de más de sesenta herederos; comprobar su carácter con partidas de estado civil es, aparte de muy costoso, cosa difícilísima entre lo más difícil, y que permite fácilmente la exclusión de una o más estirpes. Decir que a los excluidos les queda la acción de petición de herencia es no tener ni idea de lo sagrada que es la obligación de cuidar de que a cada uno se le dé lo suyo; legislador que así piense, es incompetente para asumir tan delicado empeño. Verdad sea dicha, los redactores del nuevo Código, por pretender saber demasiado, por creer saber más que los jurisconsultos del siglo pasado, no supieron la importancia de la declaración de heredero, es decir el objeto de esta al parecer banal formalidad.

13.—Viniendo a los inventarios, todos los herederos inclusive todos los menores, dementes y ausentes y demás incapaces tienen derecho de concurrir a ellos y de intervenir en su confección; porque creer que el derecho de los herederos se limita a hacer acto de presencia en los inventarios, a manera de testigos, es decir al derecho de simple asistencia, sería tanto como conceder a un solo heredero el derecho de confeccionar los inventarios con prescindencia de los otros. El derecho de asistir a los inventarios debe hacerlo efectivo el Código de procedimiento; es más: el art. 1341 del Código Civil ordena que se cite para practicar inventarios a todos los herederos, y que por medio de publicaciones se cite a todos los

acreedores. Con razón que de acuerdo con el antiguo Código en el mismo auto en que se declaraba abierto el juicio de sucesión se nombraba curador a quienes lo necesitaban para que tuviesen un representante que a su nombre ejerciese el derecho, si quería, de asistir a los inventarios.

Los redactores del nuevo Código no dieron importancia a los inventarios; creyeron que cualquier heredero podría hacerlos sin citar a los otros, quizá en atención a lo que el C. Civil autoriza a cualquiera de los herederos para obtener la calidad de curador de la herencia yacente con la simple formalidad de hacer inventario; no se reparó en que el inventario que entonces se hace es inventario de curador y que se trata de un caso especialísimo. En consecuencia, nada se proveyó en el nuevo Código para que se citase a los herederos para verificar los inventarios. En cambio, se dispuso en el nuevo Código que para hacer inventario debía citarse, so pena de nulidad, al Síndico de Lazareto (art. 1.129); es decir que para los redactores del nuevo Código tenía mas importancia el impuesto de lazareto que el indiscutible derecho de los demás herederos y de los acreedores para intervenir en los inventarios, derecho este último que prácticamente quedó burlado.

Por otra parte, se olvidó que los inventarios dan lugar a controversias entre los herederos sobre inclusión o exclusión de bienes. Convenimos en que no siempre es posible decidir el punto en un juicio de sucesión; pero no se podrá negar que muchas veces es posible resolverlo; fuera de que siempre conviene que el Juez asista a los inventarios, cuando hay desacuerdo entre los herederos, para que sirva de mediador; y que en todo caso debiera asistir cuando hay menores o incapaces, como lo disponía sabiamente el antiguo Código. Algún Juez nos decía últimamente que por su intervención se habían evitado muchos abusos, y que le dolía pensar qué sería de las viudas y de los huérfanos y de los ignorantes y de los desvalidos con el nuevo Código. Item mas: los inventarios tienen capital importancia en el Código Civil por lo que toca a la ocultación de bienes. Bien está que cuando los herederos son mayores hagan inventarios extrajudiciales y que se dividan la herencia como les plazca; pero cuando entre los herederos hay menores o incapaces, no puede aceptarse que su padre, pongamos por caso, haga por sí el inventario y carezca de este modo de aquella presión moral que ejerce un inventario con juramento y ante Juez.

Se pretendió negar en el colmo de la saña contra el antiguo Código que el inventario ante Juez fuese solemne; pero el mismo Dr. Arbeláez quien pretendió negarlo, hubo de concluir que no podía negarse que ese inventario tuviese carácter solemne y a la postre su objeción resultó en que no era conveniente ¡Criterio más extraviado!

14.—Antes de continuar sentamos estos principios: a). Los avalúos tienen grande importancia por ser el eje sobre el cual rueda la partición (arts. 1392, 1394, 1405 inciso 2 C. C.); b). Todos los herederos tienen derecho de nombrar avaluadores y en consecuencia deben de ponerse de acuerdo para el nombramiento; si entre los herederos hay incapaces o ausentes, el nombramiento de perito debe hacerse de acuerdo con el curador ad-litem que se les nombre si no tuvieren curador o representante; sólo en caso de de-

sacuerdo entre los herederos debe el Juez nombrar peritos, como lo disponía el antiguo Código; es admisible que el Síndico de Lazareto nombre su perito aunque en rigor sea discutible su derecho; c). Si todos los herederos son mayores y capaces y obran de acuerdo, pueden pedir permiso al Juez para inventarios, avalúos y partición extrajudiciales, previa declaración de ser herederos; se debe exigir permiso o venia del Juez para que este no lo conceda sino cuando los herederos sean mayores y no haya ausente o heredero en estado de demencia o incapacidad; si los herederos se hallan en desacuerdo aunque sean mayores y capaces debe hacerse judicialmente la sucesión. Y advirtiendo que esto que decimos es ajustado a derecho, en abstracto, pasemos al nuevo Código.

Ninguna importancia dieron nuestros modernos legisladores a los avalúos en los juicios de sucesión; nada se proveyó para el nombramiento de peritos cuando hay herederos incapaces o que se hayan en desacuerdo. Para nuestros modernos legisladores, los avalúos en sucesión sólo tienen por objeto pagar derechos de lazareto; en consecuencia, a esto enderezó el nuevo Código sus reglas en capítulo flamantemente llamado: «Juicio para la liquidación y cobro de los derechos de lazareto». Se creyó que bastaba que cualquiera de los herederos se pusiese de acuerdo con el Síndico de Lazareto para hacer avaluar los bienes y pagar el respectivo impuesto; y que los avalúos no tenían otra importancia.

Lamentable manera de apreciar las cosas. Si hay algo delicado en las sucesiones es el avalúo de los bienes por ser el eje sobre el cual rueda forzosamente la partición (arts. 1392, 1394, 1405 inciso 2 C. Civil) o por el gran juego que en la partición desempeñan; juego terrible en que pierden fácilmente los menores u otros incapaces o desvalidos; quizás o sin quizás, los casos de lesión enorme en la partición a que se refiere el inciso 2 del art. 1405 del C. Civil sólo tienen como causa el papel que en la partición representan los avalúos. Este fue sin duda uno de los motivos por los cuales prohibió el antiguo Código Judicial que el padre pudiese representar a sus hijos en sucesión en que aquel tuviese interés; porque es frecuente que los padres traten de engañar a sus mismos hijos en un juicio de sucesión, y por ser muy fácil causar engaños con los avalúos, cosa que podría ilustrarse con ejemplos. Tan inexacto es que los avalúos en sucesión solo tengan por objeto pagar derechos de lazareto, que no solamente el art. 1392 del C. Civil les concede excepcional importancia sino que el Código Civil se expidió en 1873 y el impuesto de lazareto solo se creó en 1.890.

15—Viniendo a la partición, no cree el Dr. Ismael Arbeláez que deba sujetarse a la aprobación judicial una partición que han hecho herederos mayores y capaces; critica por esto al antiguo Código. Esa crítica es para nosotros infundada; la partición aunque sea extrajudicial debe someterse a la aprobación del Juez a fin de que este cuide de que se cumplan las disposiciones testamentarias (art. 1.348 C. Civil) y de que se forme hijuela para cubrir las deudas (art. 1.348 C. Civil). Los casos en que no existan deudas o testamento deben someterse a la regla general, y, además, la aprobación de la partición creen algunos que es necesaria para la posesión efectiva de la herencia a que alude el art. 757 del C. Civil; más esto se relaciona con otra tacha.

16—El artículo 757 del C. Civil dice en sustancia que ningún heredero podrá vender o hipotecar inmueble alguno de una sucesión, mientras no haya obtenido la posesión efectiva de la herencia por medio de decreto judicial y se haya registrado dicho decreto. La posesión efectiva de la herencia supone seguramente la partición, porque mientras los bienes no se parten entre los herederos, no se sabe a quién le corresponderá determinado inmueble; desde la muerte del de cujus hasta la partición, los bienes forman parte de una comunidad entre los herederos a tal punto que no se puede determinar siquiera qué valor exacto corresponde a cada heredero en esa comunidad. Lo natural es que sea el decreto aprobatorio de la partición el que confiere la posesión efectiva de la herencia; a partir del registro de ese decreto se sabe jurídicamente qué bienes le correspondieron a cada heredero y cuál es el exacto valor de su cuota y qué bienes se le adjudicaron; y si se le cubrió su cuota en un inmueble se sabrá quienes son los otros comuneros y cuánto les correspondió a cada uno de éstos.

Ahora bien; en el nuevo Código Judicial se encuentra un capítulo especial sobre posesión efectiva de la herencia que no sabemos qué objeto desempeña; porque seguramente que supuesto su objeto de desarrollar el art. 757 del C. C. es claro que no lo logra antes de que se verifique la partición. Registrado ese decreto, ningún heredero podría vender o hipotecar determinado inmueble, ni probablemente habría quien lo comprase o diese sobre él su dinero con hipoteca, a sabiendas de que ese inmueble pertenece a una sucesión ilíquida. ¿A qué entonces se refiere ese capítulo?

Para nosotros ese capítulo es tan asombrosamente inútil, que en cincuenta años nadie lo echó de menos en el procedimiento judicial; argumento de tiempo, pero argumento aplastante. El Sr. Juez 4º de este Circuito trató de buscarle objeto a ese capítulo que aparece como hijo expósito en el nuevo Código, y resolvió que es preciso pedir la posesión efectiva de la herencia antes de demandar la partición. Los otros jueces no opinan lo mismo; creen que esa es una formalidad (inoficiosa como toda formalidad) para que los herederos mayores y capaces puedan practicar extrajudicialmente, ante Notario, la partición; no aceptamos esto por razones largas de explicar.

No le hallamos objeto al capítulo del nuevo Código Judicial sobre posesión efectiva de la herencia. Razones: a) LA POSESION LEGAL de los bienes de una sucesión se efectúa por ministerio de la ley al deferirse la herencia, como terminantemente lo declara el art. 757 del Código Civil; es decir que desde el instante mismo de la muerte del de cujus la ley reconoce a los herederos como poseedores de los bienes de la herencia y, por tanto, verdaderos comuneros de una universalidad por ministerio de la ley. LA POSESION EFECTIVA a que alude el mismo artículo 757, recae no sobre todos los bienes de la sucesión sino solamente sobre los bienes que definitivamente se le han adjudicado en la partición a cada heredero. Para comprender *la mens legislatoris* basta fijarse en el contexto del art. 757 que se refiere a la posesión legal de todos los bienes hereditarios y luego a la posesión efectiva de un inmueble o de determinado bien; b) El objeto del art. 757 no fue establecer una formalidad banal llamada posesión efectiva de la he-

rencia, sino prohibir que un heredero vendiese o hipotecase inmueble o cosa alguna de la sucesión sin habérsele adjudicado en la partición; c) Suponiendo, en gracia de discusión, que el art. 757 se refiriese a un decreto preliminar a la partición llamado posesión efectiva de la herencia, como lo creyeron los redactores del nuevo Código Judicial, resulta que ese decreto ninguna posesión efectiva confiere: no la de todos los bienes hereditarios (posesión legal) que confiere la ley misma a todos los herederos por la delación de la herencia, en el instante de morir el de cujus; tampoco la de determinado inmueble de la sucesión (posesión efectiva) que solo se obtiene por el registro de la respectiva hijuela. Más aún: basta observar que supuesto ese dichoso decreto sobre posesión efectiva inventado por el nuevo Código Judicial subsiste, sin embargo, la prohibición del art. 757 de que heredero alguno venda o hipoteque determinado inmueble antes de habérsele adjudicado, para llegar a la conclusión de que ese decreto es banal o inoficioso porque ninguna posesión efectiva confiere; d) El mismo artículo 757 que habla de «el decreto que da la posesión efectiva» exige el registro de ese decreto e item más el registro de la hijuela o «de los títulos que confieren el dominio»; luego el dichoso decreto no da por sí solo la posesión efectiva puesto que es preciso registrarlo y registrar, además, la hijuela o «los títulos que confieren el dominio»; e) Puede establecerse este dilema: o el Legislador habló inpropriadamente de «decreto que confiere la posesión efectiva», o supuso al redactar el art. 757 el caso de que se verifique la partición judicial y colocado desde este punto de vista habló de decreto judicial que confiere la posesión efectiva refiriéndose a la sentencia aprobatoria de la partición, del registro de esa sentencia y del registro de la partición, esto es, de la hijuela o título que trasmite el dominio; si lo primero, sería lamentable que el Legislador hablase de un decreto que confiere la posesión efectiva pero que en realidad nada confiere; si lo segundo, es exótico en el nuevo Código Judicial el capítulo llamado «juicio para que se dé la posesión efectiva de la herencia» y era mejor el antiguo Código que no tenía ese inútil procedimiento sino que se limitaba a disponer que el Juez dictase sentencia aprobatoria de la partición y que se registrase la sentencia y que también se registrase la hijuela (Nótese que en las hijuelas se ha acostumbrado copiar la sentencia aprobatoria de la partición y la nota de registro, y que en la sentencia se ha ordenado entregar a cada heredero los bienes que le hayan correspondido); f) Se explica la sentencia aprobatoria de la partición porque es la base de la hijuela; algunos creen que esa sentencia debería reproducir la partición de manera que el registro de la sentencia y el registro de la hijuela fuesen uno mismo; así debería ser puesto que el título verdadero es la sentencia aprobatoria de la partición como lo indica el inciso 4º del artículo 765 que al hablar del justo título para poseer dice: «pertencen a esta clase las sentencias de adjudicación en juicios divisorios y los actos legales de partición»; g) Basta leer el artículo 688 del Código Civil de Chile para llegar a la conclusión de que nada más extraño a la posesión efectiva de la herencia que el referido capítulo del nuevo Código Judicial.

Nada diremos del exótico procedimiento ideado de demandar

entre todos los herederos al Personero Municipal, especialmente en un país en que jamás podrá ser heredero ab intestato un Municipio por ser poco menos que imposible que no se encuentre heredero dentro del décimo grado civil de consaguinidad, y en un país en que tiene premio quien denuncie bienes vacantes.

17—No haber tratado del juicio de desahucio sino en forma caótica. Se cree que lo regula el capítulo que versa sobre entrega o restitución de cuerpo cierto; capítulo que dejó abismada a la Corte Suprema de Justicia según se lee en el informe que sobre el proyecto del Código Judicial del Dr. Arbeláez elaboró hace algunos años; algunos opinan que el juicio de desahucio del antiguo Código subsiste todavía. Esto prueba el poco cuidado que hubo en la redacción del nuevo Código; pero va otra tacha.

18—Haber determinado un mismo procedimiento para juicios de naturaleza distinta. Impelido el Dr. Arbeláez por la insana tendencia de quitarle el casuismo a los Códigos, desconoció la naturaleza de muchas cosas por quererlas regular ya en una sola disposición, bien en un solo capítulo. Ejemplo: del juicio de sucesión se quiso hacer varios juicios separados (art. 1.165). Hay otro ejemplo más claro:

El antiguo Código Judicial traía un procedimiento rápido para los casos de perturbación o despojo (juicio posesorio); un procedimiento distinto, el más rápido que puede idearse, para el caso de que alguien retuviese indebidamente un inmueble por haber terminado el respectivo contrato (juicio de tenencia sumaria); y otro procedimiento distinto, el más rápido que puede también idearse, para obtener la restitución de un inmueble dado en arrendamiento indefinido (juicio de desahucio). De estos tres juicios que deben ser reconocidos como de naturaleza distinta, hizo el nuevo Código Judicial un solo juicio llamado de restitución o entrega de cuerpo cierto como puede verse en el art. 986 y en los arts. 930 a 968 estableciendo un larguísimo procedimiento en comparación con el muy rápido que para esos diversos juicios indicaba el antiguo Código. Maravilla fue que no se hubiera comprendido en ese procedimiento del nuevo Código el juicio reivindicatorio, como lo llegó a temer la Corte Suprema.

Persuadidos el Dr. Ismael Arbeláez, el Consejo de Estado y la Comisión de la Cámara, de que los antiguos jurisconsultos no sabían de la misa la media en materia de derecho, así se llamasen Demetrio Porras, Luis Robles o Nicolás Esguerra, no quisieron copiar una sola disposición del antiguo Código como si hubiese sido redactado por rúbulas o leguleyos. La realidad les ha salido al paso para demostrarles lo insano de ese proceder.

19—Resultar los redactores del nuevo Código a volcar todo el Derecho, elevaron a plena prueba el dictamen pericial contra lo que preconizan todas las legislaciones del orbe y contra lo que enseñan todos los expositores de Pruebas Judiciales, según la máxima: *Dictum expertorum nunquam transit in rem iudicatam*. La tarifa legal de pruebas en materia de testigos y peritos tuvo su edad de oro en tiempo de las brujas; pero ni siquiera en tiempo de las brujas se llegó siquiera a sostener que el dictamen pericial fuese plena prueba. Muchos siglos hace que Don Alfonso el sabio sancionó con el peso de su autoridad el principio de que el dictamen pe-

rial no forma plena prueba, principio que sigue inspirando toda la legislación moderna sobre pruebas, de acuerdo con el régimen imperante en la mayor parte de los países civilizados que es el de la íntima convicción del Juez, régimen que sustituyó hace muchos años, desde la Revolución Francesa, el envejecido de la tarifa legal de pruebas con el cual se nos pretende regir todavía en Colombia, en lo que toca a testigos y peritos.

20—Haberse destruido virtualmente en el nuevo Código la prueba de inspección ocular, calificada como la más excelente por los expositores de Pruebas Judiciales. En el antiguo Código en que la misión de los peritos era ilustrar al Juez y en que el dictamen de aquellos podía tener, a juicio del Juez, plena prueba, la inspección ocular tenía todo su valor. En el sistema del nuevo Código, si el Juez se asocia de peritos, estos le imponen el dictamen por erróneo que sea; si resuelve el Juez no asociarse de peritos, pierde todas las luces que ellos le pudieran suministrar para su fallo. Por fas o por nefas, en conclusión, ha sufrido un golpe de muerte con el nuevo Código la prueba de inspección ocular.

Otras tachas haremos en oportunidad a los principios que sienta el nuevo Código sobre dictamen de peritos.

21—Haber prodigado de tal modo la fianza de costas y perjuicios, que inhabilita prácticamente a los pobres para litigar y expone sus escasos haberes a la codicia de los poderosos.

Como vamos a atacar un sistema de disposiciones que muchas alabanzas ha arrancado, es posible que no se tengan en cuenta las graves razones que vamos a aducir en contra; vivimos en una época en que no se medita lo suficiente sobre las consecuencias que pueden aparejar ciertos principios y en que todo se quiere subvertir hasta la justicia misma y en que se pretende que los que criticamos el nuevo Código Judicial lo criticamos por pereza de estudiarlo o por no haberlo comprendido. Pero vamos al grano.

No puede dudarse de que es imperiosa la necesidad de exigir esa fianza en casos excepcionalmente graves como los de que trata el art. 842 del nuevo Código; en casos semejantes las exigía también el antiguo Código, de manera que el procedimiento no es nuevo. Pero prodigar la fianza en referencia, es poner un enorme escollo a la administración de justicia. Nada más difícil que conseguir fiador, hecho indiscutible; por eso el antiguo Código daba para otorgar fianza de costas en juicio ordinario un año de plazo; por eso se paralizaban bastante los juicios en que se exigía fiador de costas. El plazo del nuevo Código para dar fianza es generalmente de cinco días, y la sanción por el hecho de no prestarla es la de pérdida del pleito como puede verse como ejemplo el artículo 965. Nada más bárbaro, nada más draconiano, nada más inicuo. No condenamos el uso racional de la fianza de costas y perjuicios; condenamos el formidable abuso que de ella hizo el nuevo Código, abuso que degenera en sistema y que vicia completamente innumerables disposiciones. Es hasta inmoral que se condene a perjuicios que no existen a quien reclame contra un dictamen pericial (arts. 449, 799).

22—Un Código debe partir de principios invariables; el Derecho es una ciencia. Pues bien; el nuevo Código sienta este principio: no debe condenarse en costas y perjuicios a los litigantes en

juicio ordinario, salvo el caso de que hubiere manifiesta temeridad de alguno de ellos; partió el Código de la base de la buena fe de los litigantes. Pero en diversos capítulos sentó este otro principio: debe condenarse en costas y perjuicios aun en los incidentes del juicio; se partió de la base de la mala fe de los litigantes. Nosotros preguntamos: ¿principios esencialmente contrarios en un Código pueden estar ajustados a la ciencia del derecho? Que contesten los ciegos adoradores del nuevo Código.

Para nosotros, el principio científico es este: debe condenarse en costas y perjuicios en la sentencia definitiva y en los incidentes de apelación confirmados, porque es de presumir que quien pierde un pleito o un recurso de apelación obra de mala fe; pero condenar en costas y perjuicios en los más nimios incidentes del juicio, verbigracia en la reclamación contra un dictamen pericial (art. 769) es inicuo y temerario; es no tener noción bastante de lo delicada que es la administración de justicia.

Pero si en principio es racional la condenación en costas y perjuicios en la forma que hemos indicado, es decir en la sentencia definitiva y en los incidentes de apelación, porque es principio que el error de derecho constituye presunción de mala fe (art. 768 C. Civil), no sería muy aconsejable el sistema en Colombia donde se sustituye frecuentemente el derecho a la fórmula, donde se han perdido pleitos por falta de una partida de bautismo o defunción y aun por falta de una estampilla, donde se están ideando cada día más fórmulas para negar los más indiscutibles derechos. Al menos el principio debería atemperarse, para no hacerlo en veces irritante, al de que no se condenaría en costas y perjuicios cuando el pleito se perdiese por falta de pruebas.

Pero volvamos a la fianza de costas y perjuicios que es cosa bien distinta.

23—El nuevo Código rompe con todas las reglas de la justicia que son las de igualdad absoluta de las partes. Mientras se sigue el juicio, no se puede saber qué parte obra de mala fe; y la fianza de costas podría llamarse fianza de no proceder de mala fe. Rompe la igualdad de las partes el nuevo Código, porque no la exige a demandante y demandado, sino sólo a uno de ellos y más generalmente al demandado.

Hemos dicho y lo repetimos que esa fianza debe exigirse a cualquiera de las partes, exclusivamente, en casos excepcionalmente graves como los de que trata el art. 842 del nuevo Código; y que solo condenamos el escandaloso abuso que de ella se hizo hasta volverla un sistema.

Expuesta nuevamente la anterior advertencia, observamos que en el antiguo Código sólo se exigía fianza de costas en los juicios ordinarios y debían darla una y otra parte si recíprocamente se la exigían; y que la fianza de responder por los perjuicios sólo se imponía en el antiguo Código en casos muy graves, como en juicio ejecutivo cuando se embargaban cosas que persona distinta a la ejecutada reclamaba como suyas. En tanto que la desigualdad que establece el nuevo Código entre los litigantes, para exigir a solo uno de ellos la fianza de costas y perjuicios, es irritante así por ese hecho, como por haberla prodigado como un sistema. Para nosotros, este es uno de los defectos que más inacep-

table hacen el nuevo Código; para corregirlo de este solo vicio, casi sería necesario derogarlo.

La fianza de costas y perjuicios adolece, además, de un defecto capital: o el litigante a quien se exige tiene con qué responder, o no; en el primer caso, la fianza degenera en una formalidad inoficiosa, como toda formalidad inútil; en el segundo caso, sucede una de estas dos cosas: o el litigante pobre no da fiador y pierde por ese hecho el pleito, lo que es inicuo y aun criminal, porque implica denegación de justicia; o da fianza porque algún compadecido se la preste; y en este caso si el pobre pierde el pleito, la sanción recae sobre persona distinta a la que debía sufrirla, es decir, sobre quien por pura caridad quiso prestar un servicio al desvalido. Por esto la fianza sólo debería exigirse en casos excepcionalmente graves que justificaran la sanción contra el fiador. Pero hay algo más:

24—Tan inicuo es el sistema de la fianza de costas y perjuicios ideado por el nuevo Código, que en diversas disposiciones se sienta este principio: si quien perdió el pleito por no dar fiador se considera damnificado, puede ocurrir al juicio ordinario «para reparar el agravio inferido» (arts. 965, 990 y 991, 1034 etc.) Se procedió, pues, a sabiendas, de que esa formalidad daría lugar a una serie enorme de injusticias; se olvidó que quien no puede dar, por ser pobre, fiador, menos puede ocurrir a un juicio ordinario «para reparar el agravio inferido»; se olvidó que la administración de justicia es algo muy serio para convertirla en una abominación. Se sacrificó de la manera más extraña, a lo Poncio Pilato, la justicia a la fórmula; el nuevo Código se lava las manos, concediendo a quien perdió el pleito, por no haber dado fiador, derecho para entablar nuevo pleito a fin «de reparar en otro juicio el agravio inferido». ¡Qué maltrecha deja el nuevo Código la administración de justicia con esa nombrada fianza!

25—Haber dificultado la administración de justicia con diversas trabas. Advertimos que no se aprecian a primer golpe de vista las que implican literalmente aplicados los arts. 329, 379, numerales 3 y 4, 378, inciso 2, 386 y 620 entre otros; ocasión llegará de analizarlos en posteriores artículos.

El obstáculo que menos se puede apreciar con la simple lectura es el de la presentación personal de que trata el art. 329, presentación que sólo se justifica cuando se dirige un memorial de una población a un Juez que reside en otra; en todo caso, ya tenemos experiencia, triste por cierto, de perjuicios causados por la sistemática presentación personal de que trata el art. 329. Ninguna de semejantes trabas que nosotros llamaríamos cucarachas, se encontraban en el antiguo Código, redactado por juristas de alto vuelo.

Es cierto que esos artículos criticados en bloque, parecen razonables; pero cuando los analicemos se verá probablemente que no es lo mismo parecer razonable una sola disposición, a serlo en realidad; baste por hoy saber que alguno de esos artículos puede, por sí solo, causar la imposibilidad absoluta de continuar un litigio, como ya habrá ocasión de demostrarlo.

Y para terminar por hoy, les rogamos a los defensores del nuevo Código, que se preocupen un poco menos de la literatura;

que se dejen de soñar con los principios modernos del derecho, o que nos los demuestren, porque entendemos que esta ciencia es muy vieja, y que las cuestiones que con ella se relacionan, se discuten oponiendo argumento a argumento, con la menor literatura posible.

IGNACIO DUQUE P.

## SOCIEDADES

Miguel Moreno J.

121.—Una compañía anónima fué constituida con un capital de quinientos mil pesos, totalmente suscrito y apenas pagado en su mitad. Verificado un balance de los negocios sociales, tiénesse noticia de que los haberes pertenecientes a la compañía valen hoy sólo la cantidad de ciento cuarenta mil pesos. Así las cosas, y convencida la sociedad de que no necesita para su giro ordinario demandar a los accionistas por las cuotas debidas, porque el capital representado por los bienes que están ya en su patrimonio basta para el curso natural de los negocios, y deseosa además de empezar a repartir utilidades, quiere averiguar de qué medios legales pudiera echar mano para conseguir los fines anotados.

Descartando lo relativo a una posible reducción del capital, perentoriamente prohibida por el artículo 568 del Código de Comercio, se nos ocurren algunos sistemas para lograr esa finalidad, todos los cuales descansan sobre la base de que surja una nueva persona jurídica, que pudiera llevar, si así se desea, idéntico nombre al que hoy tiene la que habría de extinguirse.

PRIMER SISTEMA.—La compañía se disuelve. Disuelta, genera en una especie de comunidad. Los que fueron accionistas pueden reputarse comuneros para ciertos efectos. Estos constituyen una nueva compañía con un capital suscrito y totalmente pagado de ciento cuarenta mil pesos. Los constituyentes hacen todas las aportaciones en sus derechos en la comunidad, la cual, merced al fenómeno jurídico de la enajenación, pasa a integrar el fondo social. Surge así un nuevo ente en substitución del antiguo, extinguido por disolución extraordinaria.

Este procedimiento sería ideal, si no fuese porque exige la concurrencia de dos requisitos difíciles de llenar: a) el de que los comuneros quieran unánimemente reasociarse; y b) el de que todos los interesados sean capaces.

Si no se alcanzara la unanimidad, los bienes de la compañía extinta quedarían perteneciendo en común a la compañía nueva y a los copartícipes renuentes. Esto ofrecería grandes dificultades en la práctica.

Complicado también sería el entrar a tratar sobre nueva asociación y aporte con incapaces, porque éstos, especialmente tratándose de un fondo en que hay inmuebles, no podrían actuar sin la intervención judicial, lo cual se opondría a la celeridad exigida en negocios de esta laya. La liquidación, partición y adjudicación previas, con el propósito de que a los incapaces sólo-

mente les correspondiese muebles, no resolvería el problema.

**SEGUNDO SISTEMA.**—El mismo procedimiento anterior, precedido de un acto de la asamblea general, para el cual no se requeriría la unanimidad, por medio del cual se le diera a las acciones nominales el carácter de al portador, a fin de que se descartase la dificultad que ofrece la intervención de incapaces. A esa precaución debería agregarse la de que los representantes de los incapaces vendiesen sus acciones a una persona hábil, pactándose, como una cosa obligatoria para ambos contratantes, que el capaz volvería a vender a los incapaces acciones en la nueva compañía, sobre la base de que la extinta y la que ha de reemplazarle tienen un mismo capital. Este procedimiento deja viva la dificultad que ofrecerían la falta de unanimidad y lo desparzamados que se hayan los accionistas, y es rechazable porque la venta no sería real.

**TERCER SISTEMA.**—Se funda una nueva compañía, con capital autorizado de \$ 140.000, la cual adquiere para sí todos los bienes pertenecientes a la antigua. Este trámite, fuera de que causa derechos fiscales doblemente, por razón de la escritura social y por causa del contrato sobre adquisición, llevaría a soluciones injurídicas: la nueva compañía carecería de dinero para comprar, y sus acciones, no liberadas todavía, serían inadecuadas, por falta de valor comercial, para un contrato de permuta.

**CARTO SISTEMA.**—Se crea una compañía que tenga como único haber las acciones anónimas de la antigua. Tramitación deficiente, complicada por lo ya dicho, y que exigiría el manejo simultáneo de dos organismos sociales. Debe rechazarse.

**QUINTO SISTEMA.**—Entre todos los que se nos han ocurrido, es éste el que más nos satisface: se constituye una nueva compañía anónima, con capital suscrito y totalmente pagado, de ciento cuarenta mil cien pesos. Son accionistas constituyentes de tal sociedad dos personas, una jurídica y otra natural. Jurídica, la compañía vieja; natural, cualquier individuo que quiera prestar este servicio. A cada acción se le fija un valor de cien pesos. La persona natural hace su aporte en dinero. La persona jurídica hace el suyo en todos sus haberes, estimados de común acuerdo por los constituyentes, en la suma de ciento cuarenta mil pesos. Formada la nueva entidad, se declara disuelta la antigua, y su único patrimonio, que son las acciones en la nueva, se distribuye entre todos sus accionistas. La liquidación y la adjudicación son sencillísimas y automáticas.

Si se adopta este sistema, es prudente modificar antes los estatutos de la compañía vieja, en el sentido de que se autorice al gerente para celebrar contratos de sociedad, con facultad de aportar a ellos la totalidad de la empresa.

122.—Deséase saber si una compañía puede recibir de terceras personas dinero en mutuo a interés, dando como garantía, en alguna forma que sea eficaz en derecho, acciones reservadas.

Penetrando al corazón del asunto, decimos que desde luego debe descartarse la posibilidad de celebrar un contrato accesorio de empeño o prenda sobre esas acciones, porque tal convención supone la existencia de un bien mueble estimable en dinero, y una acción emitida pero no colocada es apenas una posibi-

lidad de adquisición, una capacidad, si así puede decirse, pero en manera alguna objeto útil o riqueza.

La suscripción con pacto de retroventa sería un procedimiento todavía menos recomendable, por cuanto el ejercicio de la opción que ese pacto conlleva, por parte de la compañía, significaría una evidente amortización de acciones, lo cual, en el fondo, vendría a ser una reducción de capital, perentoriamente prohibida por la ley.

Ante esas dificultades, se nos ocurre que el sistema más práctico sería el de celebrar un pacto accesorio al contrato de suscripción, análogo al que para el contrato de compraventa contempla nuestro Código Civil, en el inciso 1º. de su artículo 1.944, que dice así:

«Art. 1.944. Si se pacta que presentándose dentro de cierto tiempo (que no podrá pasar de un año) persona que mejore la compra se resuelva el contrato, se cumplirá lo pactado; a menos que el comprador o la persona a quien éste hubiere enajenado la cosa, se allane a mejorar en los mismos términos la compra».

La entidad prestamista celebrará con la compañía un contrato de suscripción de las mil novecientas acciones en la cantidad que se convendrá, obligándose a que si en el transcurso de un año se presenta otra persona que mejore la suscripción, se entenderá resuelto el convenio celebrado con aquella entidad, la cual manifestará, inequívocamente, que renuncia desde ahora al derecho que la ley le otorga para allanarse a mejorar en los mismos términos la suscripción.

Aun cuando este pacto accesorio de la mejor propuesta ulterior ha sido previsto por la ley como adicionable a un contrato de compraventa, creemos que no habría inconveniente legal en estipular que accederá a un contrato de suscripción de acciones. Bien sabido es que en la suscripción parecen descubrirse ciertos distintivos de la compraventa. Si se la reputa como un contrato innominado cualquiera, tampoco vemos por qué no pueda agregársele un pacto accesorio tan lícito como éste.

La compañía misma, como persona moral distinta de los accionistas, no puede presentarse dentro del año a mejorar la suscripción, porque esto llevaría a retirar esas acciones del comercio con mengua del capital. Uno o varios accionistas y también personas extrañas serían los llamados a hacer esa mejora. Para entonces, y con anuencia de la Asamblea General, pudiera darse algún plazo al suscriptor o a los suscriptores para el pago del precio de las acciones, mediante la firma de un pagaré.

Ha de tenerse en cuenta que si la casa prestamista, contra lo que expresamente ha de pactarse, vendiere alguna o algunas de las acciones dentro del año de la opción, los terceros de buena fe no estarían obligados a restituirlas (Arts. 1940, 1944, 1.548 y 1548 del C. C.)

Si se opta por el camino que nosotros trazamos, ha de concertarse previamente con la voluntad de la Asamblea General. Guardando los estatutos silencio sobre el funcionario o entidad a quien compete el determinar la manera de colocar las acciones reservadas, juzgamos prudente no hacerlo sin el pase de la asamblea.

Al celebrar el convenio debe estipularse algo sobre percepción de dividendos.

## Letras de cambio

Valor jurídico de las letras de cambio en que se manda pagar una cantidad de dinero en cheques.

El Tribunal Superior de Barranquilla ha desconocido, en reciente fallo, el valor de las letras de cambio en que se manda pagar una cantidad de dinero *en cheques*.

El Tribunal Superior sustenta su doctrina diciendo que toda letra de cambio debe expresar una cantidad de dinero que se manda pagar; que los cheques no pueden jurídicamente asimilarse a moneda, y que la expresión *en cheques* trueca la obligación de la letra, que debe ser de pagar dinero (dar), en una obligación de girar o endosar cheques (hacer), lo que es opuesto a las leyes sobre la letra. Dice también que la expresión *en cheques* no es una modalidad en la obligación sino el objeto mismo de ésta, lo que no puede ser válido en la letra de cambio.

En concepto del autor de este escrito tal sustentáculo es vano en absoluto, no porque la ley no exija que la letra exprese una cantidad de dinero que se manda pagar, ni porque los cheques puedan jurídicamente asimilarse a moneda. Es vano porque la frase *en cheques* no expresa el objeto de la obligación, sino sólo una modalidad de ésta. Voy a exponer en seguida los argumentos principales que tengo para hacer esta afirmación. Como se trata de interpretar el sentido de la expresión *en cheques*, pues de las diversas interpretaciones que se le dan han surgido las distintas opiniones sobre la validez de las letras que la contienen, acaso sea acertado buscar en los maestros del idioma el sentido de tal expresión.

La Academia española enseña que *en* es una preposición que significa el modo, tiempo o lugar en que se determinan las acciones de los verbos a que se refiere. El mismo Instituto define la preposición como la parte invariable de la oración que sirve para denotar el régimen o relación que entre sí tienen dos palabras o términos.

Según estas definiciones, la preposición *en* puede denotar una relación de tiempo, lugar o modo entre el verbo a que se refiere y otra palabra. Ejemplos: sírvase pagar cien pesos en Barranquilla; sírvase pagar cien pesos en Diciembre; sírvase pagar cien pesos en cheques. En el primero de estos ejemplos la preposición *en* denota el lugar donde se determina la acción del verbo pagar: Barranquilla. En el segundo denota el tiempo en que se determina la acción del mismo verbo: Diciembre. Y en el tercero expresa el modo como se cumple dicha acción: cheques.

Que la palabra *cheque* expresa un modo de pagar es cosa indudable. Las leyes dicen que un cheque es una orden incondicional, escrita, dirigida por una persona a un Banco, firmada por la persona que la extiende, por la cual se exige al Banco al cual

va dirigida pagar a la presentación cierta cantidad de dinero a la orden o al portador. (Arts. 1º de la ley 75 de 1916 y 128 y 186 de la ley 46 de 1923).

Si el cheque es una orden de pagar dinero, como la ley muy claramente lo tiene establecido, ¿quién negará que es un modo de pagar dinero? Quien debe dinero puede pagar de diversos modos: puede pagar entregando él mismo directamente el dinero al acreedor; puede pagar dando orden a sus empleados que lo hagan; puede pagar dando orden escrita a un Banco para que entregue el dinero al acreedor. Cuando el deudor paga de este último modo, paga por medio de un cheque. Luego el cheque es un modo de pagar dinero.

¿Pero puede también el cheque ser considerado como el objeto directo de una obligación? No diré que nó si se me prueba que existe alguna persona que tenga interés en comprar y poseer ese papel llamado cheque en consideración al papel mismo y no al dinero que representa. Pero yo no conozco esa persona.

Ni se arguya que es muy frecuente oír decir: voy a comprar un cheque, el Banco tal vende cheques; porque en tales expresiones se habla en sentido figurado, no en sentido directo. Cuando se habla así se hace uso del tropo llamado metonimia, que consiste en designar una cosa con el nombre de otra, tomando el efecto por la causa o viceversa, el autor por sus obras, el signo por la cosa significada, etc. Ejemplos: es preciso respetar las canas, lo que equivale a decir: es preciso respetar a los ancianos; Pedro leyó en sus mocedades a Cervantes, esto es: las obras de Cervantes; Bolívar conquistó muchos lauros en la guerra de la Independencia, lo que significa que Bolívar conquistó mucha gloria en la guerra de la Independencia; mitió compró un cheque por mil dólares sobre Nueva York, esto es: mi tío compró mil dólares situados en Nueva York, representados por un cheque sobre esa plaza.

Pero hay más: La Academia Española (en esta exposición no quiero apartarme ni un momento de tan alta autoridad), define así el complemento gramatical: «la palabra o frase en que recae o a que se aplica la acción del verbo». Y del complemento directo da esta definición: «el que recibe la acción del verbo directamente, mediando o no preposición; v. gr.: San Fernando conquistó a Sevilla; Cervantes escribió el Quijote; y se distingue por la circunstancia de poder trocarse en nominativo de la oración pasiva, como se ve en los ejemplos siguientes: Sevilla fue conquistada por San Fernando; el Quijote fue escrito por Cervantes.

En la proposición *yo pagaré cien pesos en cheques*, ¿cuál es el complemento directo? ¿Cuáles el complemento sobre que recae directamente la acción del verbo? ¿Cuál es el complemento que puede trocarse en nominativo o sujeto de la oración pasiva? No queda duda de que ese complemento es *cien pesos*. La acción del verbo recae directamente sobre *cien pesos*. Además, *cien pesos* pueden convertirse en el sujeto de la oración pasiva: cien pesos serán pagados por mí en cheques, o cien pesos en cheques serán pagados por mí. Pero no se puede decir: cheques cien pesos serán pagados por mí, ni: cheques serán pagados por mí cien

pesos. Si se dice: en cheques cien pesos serán pagados por mí, se observa fácilmente que el sujeto de la oración es *cien pesos*, y no *en cheques*, no obstante el orden de la transposición. De modo que en aquella proposición, *en cheques* no es el complemento directo, sobre él no recae directamente la acción del verbo pagar, él no puede trocarse en nominativo de la oración pasiva, él no expresa el objeto directo de la obligación.

Por donde se ve que la expresión *en cheques* sí es una simple modalidad en el pago, y no trueca la obligación de pagar dinero (dar), propia de la letra de cambio, en obligación de girar o endosar cheques (hacer), considerada como agena a la esencia de la letra.

Barranquilla, Abril 30 de 1924.

DAVID CORDOBA M.,  
de la firma ISAZA Y CORDOBA.

## LA LEY Y EL DERECHO LEGAL

«Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu.» (C. C. Colombiano, art. 27).

\* \* \*

*Todo lo legal es justo, sólo lo legal es justo.* Tal es la presunción básica de todo nuestro sistema legal.

El Art. 27 del Código Civil no entraña una regla de interpretación solamente: encierra toda una teoría acerca de la ley y del derecho legal. Y esta teoría es errónea y nociva, por desgracia.—Se sintetiza en la sangrienta falsedad que, atando al juez a las fórmulas, le obliga a dar la protección que la sociedad debe a lo justo, a todas las injusticias que se presentan amparadas por una legalidad bastarda.

En virtud de esa presunción falsa, la ley, o mejor, las palabras de la ley, crean, con exclusión de toda otra fuente, el derecho que se puede hacer valer ante los Tribunales. Ni siquiera le es dado al juzgador buscar el espíritu de la ley que con tanta frecuencia traicionan las palabras!

¿Esto puede ser un concepto verdadero de lo que es la ley? ¿Es una relación aceptable entre el derecho moral y el derecho legal? Creo que no.

Hay, entonces, que buscar otro concepto más aceptable de la ley y de derecho legal que permita mejorar nuestra legislación, no de una manera parcial, sino en su conjunto.—Esta solución es lo que me propongo buscar en el presente estudio, que por lo complejo del asunto y por mi incapacidad para tratarlo debidamente, será muy superficial.

\* \* \*

Mi estudio debe comprender dos partes: la ley y el derecho legal. Pero están tan indisolublemente unidas, que no es posible trazar una línea clara entre ellas.

Desde ahora quiero dejar sentado que por ley o fórmula legal, designo únicamente la norma dictada por el legislador, y eso sólo en el campo de la jurisprudencia civil. No me refiero a la ley en abstracto, sino en concreto.

Al decir «derecho legal» me refiero a cualquier derecho que se halle comprendido dentro de una ley; y entiendo por derechos morales, no los que tienen un carácter puramente inmaterial, como el derecho al cariño de los miembros de una familia, sino aquellos respecto de los cuales tiene eficacia la acción de la ley, y que se pueden reducir a obligaciones jurídicas bien determinadas.

Sentado esto, adopto como punto de partida de mi investigación el siguiente: «*Todo derecho, en una relación jurídica dada, implica un deber.*» (1)

Al tratar de derechos se incurre en un error que la misma ley no evita: se les considera bajo un solo aspecto, el activo, en relación sólo con el que ejerce el derecho y no con el que sufre sus consecuencias.

No se toma en cuenta que hay otro interesado, que es el que soporta el gravamen del derecho, y que para él constituye, en realidad, derecho el que la otra parte cumpla sus deberes.

Un notable escritor contemporáneo, M. Roguin, en su obra «*La regle de droit*», prueba que en toda relación de derecho hay dos sujetos: sujeto activo y sujeto pasivo, y llega, en consecuencia, a lo que dije; todo derecho implica un deber, que constituye, a su vez, un derecho para la otra parte.

Es verdaderamente asombroso que una verdad tan evidente no se haya abierto paso en la opinión y en la legislación, pero ello es así. Sólo el respeto supersticioso que se le tributa al derecho romano, aun en lo que tiene de erróneo o de inadaptable, pudo haber hecho que se continuara considerando hasta nuestros días, que el derecho es una relación unilateral.

En segundo lugar, considero que la *relación entre el derecho y el deber, en cada relación jurídica, puede variar según las circunstancias.*

Creo que esto no exige demostración. El objeto de un derecho puede desaparecer o modificarse, y es claro que, aun fuera de los llamados por la ley «casos fortuitos», pueden sobrevenir muchas circunstancias, que modifican la situación relativa de las partes, y que, por consiguiente, afectan las relaciones de deber y derecho.

\* \* \*

La ley no puede prever sino una parte mínima de los casos que pueden presentarse. Los derechos activos, cuyo número es

(1) Roguin, «*La regle de droit.*»

limitado, y que, dado que no se admita, como no se admite, que estén limitados por deberes, fuera de los que en poquísimos casos trae la ley, son de fácil reglamentación, han sido reglamentados con esmero. En cambio, los derechos negativos, salvo los casos más elementales (servidumbres....), se quedan sin protección.

La mayor parte de nuestros errores provienen, no de una apreciación radicalmente desviada de la realidad, sino de una limitación de la extensión en que se consideran las cosas.—Como tipo, se podría citar el error en que se incurre al considerar el derecho.

Viendo el derecho bajo un solo aspecto, sin relacionarlo con el deber o derecho pasivo, se torna absoluto, y, de rechazo, se torna absoluta la ley, con el resultado apuntado: la mayor parte de los derechos pasivos, que nacen y se modifican en fuerza de circunstancias imposibles de prever por la ley, se quedan sin protección de parte de la sociedad.

Esta reacción del concepto de derecho sobre el de ley es natural: admitido que sea un derecho absoluto, inflexible, la fórmula legal en que se le vierta será también inflexible, absoluta.

Me parece muy interesante observar cómo el concepto del derecho absoluto influye sobre el de ley, en un primer período, y cómo el carácter que así adquiere la fórmula legal, influye luego, de manera decisiva, en la naturaleza del derecho legal.

Aun antes de que existieran formas de derecho concretas, existió un derecho consuetudinario, muy vago naturalmente.

En este primer estado, el derecho es esencialmente la *facultad de dañar a los demás, de privarlos de un bien*. Esa facultad es absoluta, porque no la limita ningún deber, pues éstos, fuera de algunos pocos, como el que prescribe el respeto a la propiedad, nacen a medida que las necesidades sociales aumentan.

Cuando se trató de vaciar en formas concretas ese derecho consagrado por la costumbre, es evidente que se le tomó tal como estaba, es decir, con su rigidez absoluta. Y como en la ley se pretendió haber dado cabida a todos los derechos, y probablemente se le dió a los existentes en la costumbre, la ley adquirió ese mismo carácter de rigidez, que aún conserva, aunque la mayor complicación en las relaciones sociales es causa de que los derechos estén limitados por un sinnúmero de deberes, que ya no puede determinar satisfactoriamente ni la legislación más perfecta.

Si el derecho absoluto, encarnado en la ley, no debe causarnos extrañeza en una época primitiva, sí es un fenómeno digno de atención tratándose de nuestro estado actual, en el cual han desaparecido las circunstancias que motivaron la aparición de un derecho ilimitado e invariable, o sea la incomplejidad de las relaciones jurídicas y sociales.

A la causa antedicha hay que agregar que, en las primeras legislaciones, y con especialidad en la romana, que es la que mejor demuestra la evolución del derecho, las leyes se consideran de origen divino; hacen parte de la religión nacional, y, por consiguiente, el respeto hacia ellas y hacia los derechos que consagran es un deber religioso a la vez que patriótico.—No es, pues,

de extrañarse que se mire su letra con un temor supersticioso, y que se prohíba apartarse de ella lo más mínimo.

Más tarde, cuando la ley se liberta de ese carácter religioso y cuando, habiéndose modificado las condiciones de vida, parece que fuera a modificarse a su vez la extensión y concepto de la ley, entra en juego un nuevo factor; el absolutismo del Estado.

El derecho del Estado para dar o quitar todos los derechos es cánón fundamental en todas las sociedades incipientes, en las cuales el existir como sociedad, hace relegar a segundo plano el modo como se subsiste.

La ley, despojada de toda relación de justicia, se considera, no como una norma de razón, aplicable en cuanto justa, sino como una norma imperativa, como la voluntad del Soberano. Es una emanación del Estado que por medio de ella ejerce el derecho de disponer arbitrariamente de los bienes de los ciudadanos. Nadie debe contradecir la voluntad soberana, que se manifiesta en la fórmula legal.

Por eso digo que el concepto de la ley absoluta influye sobre el de derecho de una manera definitiva, de tal manera que, mientras la ley tenga un carácter de norma de voluntad, los derechos legales serán absolutos.

Los romanos, llevados de ese sentido práctico que les impedía exagerar las consecuencias de las teorías que adoptaban, modificaron esto con la autoridad del Pretor, que sobrevivió mucho tiempo, aun bajo el Imperio.

A pesar de esa institución del derecho honorario, el carácter general de la ley romana es de absolutismo, y si con el transcurso del tiempo se fueron introduciendo más limitaciones al ejercicio de los derechos legales, no se llegó a sentar que éstos pudieran ser limitados por deberes no expresamente consagrados en las leyes, lo cual equivale a declararlos absolutos, porque la ley que los consagra es intangible.

En un principio, el uso errado de una palabra comprometía el éxito de un litigio; posteriormente, la falta de acción hacía nugatorio el derecho. Tan innecesario se creía el buscar fuera del texto legal la equidad o siquiera el sentido de las disposiciones, que Justiniano prohibió comentar el Corpus Juris Civilis, y leer las obras de cuyos fragmentos compuso su Digesto.

Muy característica de esta situación es la definición que del derecho de propiedad daban los romanos lo mismo que el axioma que para ellos fijaba el límite del derecho legal «Nemo injuriam fecit qui jure suo utitur»,—Cuando alguna duda se les presentaba acerca de la equidad de una disposición de la ley, la resolvían diciendo: «Quod quidem per quam durum est, sed ita lex scripta est.» (Dig. L. 12).

La teoría del Estado absoluto, dueño de vidas y haciendas, hace tiempo que se derrumbó, pero hasta nuestros días se ha continuado en el error de tomar a la ley como una norma cuya existencia no depende sino de un acto de voluntad. (1)

[1] C. C. Colombiano, art. 4. "La ley es una declaración de la voluntad soberana, manifestada en la forma prevenida en la Constitución Nacional....."

Esto debe de obedecer a otra causa, que he creído ver en una errada apreciación de la relación entre el derecho moral y la ley.

No me refiero a las escuelas que niegan la existencia de un derecho moral, sino a aquella cuyas ideas caracterizan un período cuyas leyes y preocupaciones han influido poderosamente en nuestras costumbres jurídicas y sociales: el período de la Revolución Francesa.

En este período toman cuerpo las especulaciones de los filósofos racionalistas de los dos siglos anteriores y esas ideas informan una obra que, aunque nacida posteriormente (1804), debe con justicia atribuirse a la Revolución y es el Código que más tarde se llamó de Napoleón.

Esta obra ha tenido una influencia enorme sobre nuestro derecho positivo, como sobre el de todo el mundo, y por eso es particularmente interesante examinar sus principios cardinales, entre los cuales está el de que la ley es la única fuente de los derechos. Veamos cómo explica esto el expositor sur-americano, Sr. Alejandro Alvarez. (1)

«Las relaciones jurídicas se consideran, no en las modificaciones que les han hecho sufrir el espacio y el tiempo, sino en cuanto derivadas de la naturaleza humana, y por tanto siempre idénticas a sí mismas. — El hombre no es ya un sér de compleción y tendencias propias, sujeto a vivir en un medio social determinado y a sufrir su influencia; se vuelve una abstracción sobre la cual la vida ambiente no tiene ninguna influencia».

«...El hombre siempre se considera viviendo aislado, sin relación con sus semejantes, y gozando en el estado natural, de una libertad cuasi-ilimitada. — Las relaciones humanas no existen sino por la voluntad de los individuos, no en virtud de los lazos que los unen los unos con los otros.»

«Declaran por fin que la ley debe ser la única fuente de los derechos, y gobernar normalmente la sociedad, no es otra cosa que una concreción de la razón humana en dada hipótesis particular, que conviene considerar con especialidad».

«Durante todo el período revolucionario, nadie pone en duda que la ley debe ser la única fuente del derecho.»

Estas ideas alientan aún en nuestra legislación: el concepto de la ley como expresión de una relación de justicia inmutable y fuente por consiguiente de todos los derechos; derechos legales que no están acondicionados a la equidad, ni limitados por deberes que no son legales.

Estas ideas han sobrevivido hasta nuestros días, desafiando la lógica y las necesidades. Las condiciones en que se halla la sociedad moderna, la han alejado más de la Revolución Francesa, que los quince siglos que separan a ésta de la época romana, y sin embargo, las ideas que la engendraron no se discuten. La fascinación que ejercen los principios libertarios de la Gran Revolución, dan un carácter especial a todo lo que se halla asociado con ella. El axioma de la separación de los poderes es un ejemplo.

(1) Alejandro Alvarez. "Une nouvelle conception des études juridiques et de la codification du droit civil."  
Véase también: Fenet. "Travaux préparatoires du Code Civil".

Recapitulando, diré que el absolutismo legal, y el absolutismo de los derechos legales, que en el fondo se confunden, provienen de la primera época del absolutismo del derecho semi-legal o semi moral, que en forma de costumbre o de *lex non scripta*, regía las primeras relaciones de hombre a hombre.

En época posterior, provino del concepto de la ley como voluntad del Soberano, que a su vez proviene del absolutismo del Estado.

Por último, en una época próxima, se ha considerado a la ley como expresión de una relación de justicia inmutable, y, por tanto, absoluta.

En el fondo, un mismo orden de ideas se puede discernir en el sistema del habitante semi-bárbaro del Lacio; en el del Romano ultra-patriota de la República, y ultra-servil del Imperio; en el del legislador revolucionario empapado en las ideas del Contrato Social. Todos creen que es posible hacer caber dentro de la estrechez de las fórmulas legales la variedad infinita de las formas que toma la actividad humana, convencidos de que existe un derecho absoluto, que no varía según circunstancias imposibles de prever.

Este derecho existe, es cierto, hay una relación inmutable entre el deber y el derecho, pero no le es dado al hombre representarlo en sus fórmulas, a menos que se considere como fórmula legal el principio que dieron los romanos como primordial del derecho «Neminem laedere.»

Estudiando lo anterior se verá que antes de atacar el absolutismo del derecho legal, hay que modificar el concepto de ley tal como se le admite en la legislación vigente.

Voy a examinar los dos fundamentos que se pueden alegar a favor del absolutismo legal: la ley, voluntad del Soberano, y la ley, expresión de una relación de derecho inmutable.

\* \* \*

La definición de la ley como expresión de la voluntad del Soberano corresponde, como ya se vió, a un período de la civilización que ya hemos dejado atrás: al período del Estado absoluto, que sí se justifica en las primeras épocas por la necesidad de las sociedades de subsistir como tales, pero que luego se prolonga al amparo del despotismo, triunfante cuando Roma se sometió al dominio de sus Emperadores.

Nuestro Código Civil parece adherirse a la definición de la ley como norma de voluntad. (Art. 4).

No entro a considerar lo imposible de ese acto de voluntad cuando el Soberano es un cuerpo colegiado, ni tampoco la injusticia que implica la definición sólo haré notar que donde no hay conocimiento no puede haber voluntad, y que donde no hay posibilidad de previsión no puede haber conocimiento.

Esto es exactamente lo que pasa en los casos que llamaré *anormales*: no pueden ser previstos por el legislador.

Examinando la ley como expresión de una relación de derecho inmutable, no es menos fuerte la conclusión que se saca en contra del absolutismo de la ley.

Es cosa clara que las relaciones jurídicas varían, si no en su esencia, sí en sus modalidades, como varía el medio en que se mueven los hombres y en que se actúan los derechos, por tanto, la regla jurídica que hoy representa una relación de justicia, puede que mañana no la represente.

También es evidente que hay y habrá leyes intrínsecamente injustas.

Pero, supuesta una fórmula legal intrínsecamente justa ¿será justa en todas sus aplicaciones?

Bien sabemos que nó, que las disposiciones, aun las más claras y sencillas, fuera de las que son de tal manera elementales que no se deben considerar como fórmulas legales sino como principios primordiales de equidad, fuera de esas reglas jurídicas que por evidentes no se expresan en los códigos, todas las demás pueden producir, al aplicarse en casos anormales, resultados plenamente injustos.

La razón de esto es obvia: la ley no puede prever sino los casos más sencillos. Las relaciones varían según multitud de circunstancias que no le es dado prever a la ley, y por tanto, muchos derechos se hallan fuera del campo de acción de la ley.

Esto no sucedería si la ley no diera nunca lugar a dudas o tergiversaciones, si, dejada la rigidez que le da su misma imperfección, dejara de ser una fórmula, una representación incompleta de la verdad y se convirtiera en una encarnación viviente del derecho moral. Esto no es posible, lo más que se puede hacer es quitarle un poco de su rigidez, para que las injusticias que en su nombre se cometen disminuyan.

\*  
\* \*

Dos caminos hay para esto: suprimir las fórmulas legales, y confiarse a la equidad natural para regir las relaciones jurídicas y dirimir las diferencias que acerca de ellas surjan; o quitar a la ley su carácter de fuente única de los derechos.

No es posible, en mi opinión, dejar a un lado de manera absoluta las fórmulas legales, aunque se les objete que aprisionan dentro de la red de las palabras al derecho.—Este mal, que tan notorio es en nuestra legislación, me parece inevitable, aunque se le puede aminorar.

Hay que poner obstáculo al poder arbitrario del juzgador. Ese me parece el mejor argumento a favor del sistema de legalidad a outrance que preconizan nuestras leyes, y aunque ello puede dar, y da, nacimiento a muchas injusticias, serán probablemente menores que las que engendraría el poder omnímodo de los jueces.

A más de esto, hay otras razones poderosas que inclinan a conservar las fórmulas.—Hay algunas materias que no se pueden juzgar con un criterio atento únicamente a la justicia individual, que en más de una ocasión anda reñida con la social, y el juez no está en condiciones favorables para apreciar esa circunstancia.

La falta de todo sistema en la legislación vendría a constituir una desventaja para el adelanto del derecho, impidiendo dar

una orientación saludable a la vida jurídica de la Nación.

En materias procesales, y en algunos puntos del derecho civil propio, es imprescindible dar reglas claras y precisas, para la seguridad y estabilidad de los derechos.

Por último, es bueno que los interesados puedan conocer anticipadamente los resultados de sus actos jurídicos, no para que puedan abusar de la ignorancia de los demás, como actualmente sucede, sino para que puedan poner a salvo sus intereses.

Veamos lo que dice al respecto el distinguido jurisconsulto colombiano, Dr. Juan C. Trujillo Arroyo:

«Sobre tan interesante tópico ha dicho un autor contemporáneo: “La emancipación de las palabras comienza desde cuando el espíritu ha adquirido vigor bastante para poder obrar con seguridad sin el concurso forzoso de aquellas.” (1) El mismo ilustre crítico considera, no obstante, que por otros aspectos, el culto de la forma en Derecho lleva consigo preciosas ventajas, y aun cuando ello casi entraña una paradoja, se produce así: “Enemiga jurada de la arbitrariedad, la forma es hermana gemela de la libertad. Es, en efecto, el freno que detiene las tentativas de aquellos que arrastran la libertad hacia la licencia; es la que dirige la libertad, la que la contiene y protege”. “Las formas fijas—agrega—son la escuela de la disciplina y del orden; son una barrera contra los ataques exteriores; podrán romperse pero no plegarse. El pueblo que profesa verdadero culto a la libertad, comprende instintivamente el valor de la forma, y siente que ella no es yugo exterior, sino vigía de la libertad misma”»

«Este elocuente concepto de las formalidades externas podemos admitirlo con limitaciones en el campo de las actuaciones forenses y procesales, y aun en algunos actos y convenciones de la vida civil, tales como ciertos contratos que son solemnes aun hoy día, tanto en derecho común como en legislación mercantil: sociedades de comercio, hipotecas, etc. La fórmula es la salvaguardia del derecho, dicen algunos modernos juristas, sin que ello implique que rindan culto al antiguo formalismo; y claro está que sin norma para demandar y contestar las demandas y fijar así el campo del debate, vendría la anarquía en los procesos y en las sentencias; y si las cauciones hipotecarias se constituyeran por simples pactos privados, no habría disciplina ni orden en materia tan delicada como es la reglamentación de los gravámenes sobre la propiedad inmueble; y si las sociedades mercantiles no se fundasen y disolviesen solemnemente, vendrían mil complicaciones entre los socios y los terceros que con ellos negociaran; y si el estado civil de las personas no estuviese sometido a formas precisas para su adquisición y prueba, sobrevendrían pretensiones insólitas en las herencias; y lo mismo podría ocurrir si los testamentos se otorgaran sin ceñirse a ritualidades tutelares de su autenticidad, y que garantizan a la vez, la libertad de los testadores.» (2)

En los párrafos anteriores da el Dr. Trujillo una extensión más restricta de la que yo doy a las expresiones «formas» o «fór-

[1] Jhering. “Espíritu del Derecho Romano.”

[2] Juan C. Trujillo Arroyo. “Hereménica Jurídica.”

mulas», pero no obstante, de su lectura se colige la necesidad de conservar las formalidades externas en la ley.

Es de notar que en ningún país se ha prescindido completamente de las fórmulas jurídicas: la costumbre o derecho consuetudinario, a pesar de su vaguedad, tiene también sus fórmulas obligatorias para el juez. Esto sucede, al menos teóricamente, en los países Anglo-Sajones, últimos que conservan su derecho consuetudinario, aunque codificando algunas materias.

En nuestro país sería absurdo tratar de introducir el derecho de costumbre, pues en todos los períodos de nuestra vida hemos sido regidos por leyes codificadas. Pero como, llevando al extremo todo sistema tendiente a destruir el absolutismo legal, se llega a ese resultado, pongo de relieve las ventajas de la codificación.

Conservar las fórmulas como custodiadoras del derecho, pero quitándoles el carácter de fuente única de él; tal me parece ser el problema que se contempla al tratar de echar las bases de la codificación futura.—Como lo dice el ya citado Alejandro Alvarez: «Hay que encontrar un nuevo sistema de codificación que permita al derecho privado armonizarse con las modificaciones de la vida social, sin estorbarlas ni disminuirlas, como ahora; pero dejando a las relaciones jurídicas la misma seguridad que bajo el imperio del Código.»

\* \* \*

De lo que tengo dicho hasta aquí creo poder deducir las bases que yo daría a una codificación que persiguiera esos dos resultados.

Habiendo observado que las aplicaciones de una ley justa pueden ser injustas, se debe sacar en consecuencia que la justicia o injusticia de la aplicación de una ley no depende de la justicia o injusticia intrínseca de la ley.

De esto se puede deducir que las fórmulas legales deben considerarse como presunciones acerca de la equidad de los actos, y que esas presunciones no son de derecho, sino de hecho, excepción hecha de las disposiciones en cuya estricta observancia esté interesado el orden público.

Esta presunción se destruye por la anormalidad de las circunstancias en que se trata de aplicar la ley, pues en esos casos, no se puede considerar a la ley ni como expresión de una relación justa, ni de un acto de voluntad del legislador.

Esta anormalidad debe juzgarse por sus resultados concretos, porque no se trata de apreciar la justicia de la ley en sí; esto es, en los resultados del ejercicio del derecho. Por eso dije que antes de modificar la extensión del derecho legal, hay que modificar el concepto de la ley, aunque lo que importa sea únicamente lo primero. El Código Civil puede perfectamente prescindir de dar la definición de ley, pero sí da la que contiene el Art. 4 del nuestro, obra dentro de la lógica al declarar absolutos los derechos legales. En cambio, una modificación en esos derechos implica un cambio en el concepto de ley.

En el Código Civil Suizo, uno de los monumentos legislati-

vos más importantes de nuestros tiempos, hay la siguiente disposición:

«Cada cual está obligado a ejercer sus derechos y ejecutar sus obligaciones según las reglas de la buena fe.»

«El abuso manifiesto de un derecho no es protegido por la ley.»

Esta es una disposición que constituye una innovación verdaderamente trascendental. En otro artículo la estudiaré, si me es posible, como también lo haré respecto de otras facetas del problema que tan a la ligera toqué en las líneas precedentes.

LUIS OSPINA VASQUEZ

## Comentario al Artículo 1375 del C.C.

Es nuestro intento al darnos a la tarea de dilucidar en materias civiles, procurarnos un criterio de adaptamiento que nos oriente de manera más eficaz por medio del estudio práctico, y nos capacite para la mejor inteligencia de las disposiciones legales y la solución de los múltiples problemas que a cada momento sorprenden la inexperiencia del principiante. No dudamos que nuestro trabajo será incompleto, y que, insertaremos en él magnos errores, pero no por eso dejaremos de realizarlo, pues sólo pretendemos aprender y no dogmatizar; tanto más en materias como ésta, que da para cavilar a muchos eruditos. Es pues, nuestro comentario un simple concepto de estudiante, inspirado tan sólo en nociones generales y en el afán de formarnos un criterio propio del cual se originen nuestras apreciaciones; y si nos apartamos de conceptos emitidos por autoridades en la materia, a ello nos lleva una íntima convicción que nos prohíbe la aceptación incondicional.

Interpretar la ley cuando en su laconismo, tantas veces desesperante, se calla muchas conclusiones que inevitablemente se imponen para lograr la aplicación de sus principios, es labor que de seguro hace vacilar la pluma de quienes apenas nos iniciamos en el objetivo de entenderla; no obstante, con el mejor deseo de acertar, abarcaremos nuestro tema y veremos de buscar en él, la mayor conformidad al espíritu legal.

El Título 10 del Libro 3º. C. C. establece los principios que deben regir la partición de bienes en general, y muy especialmente la de sucesiones por causa de muerte. Se consignan allí las facultades y derechos de los copartícipes y coasignatarios, considerándolos en su mayor o menor capacidad civil y en sus restricciones al derecho de administrar directamente sus propios bienes; las facultades que en un radio limitado le son dadas al partidor, para que, so pena de las consiguientes responsabilidades en las mismas disposiciones estipuladas, se ciña a ellas prudencialmente en el desempeño del tan delicado cargo que le ha sido conferido; y en tesis general, los derechos que favorecen, y los deberes que se imponen a todas las personas

que intervengan en la partición, ya por un interés personal y directo, ora en el desempeño de una representación legal o legítima.

Descartamos el estudio detenido sobre la doctrina general y reglas particulares del Título a que hacemos referencia, ya que nuestro intento en esta vez sólo tiende a exteriorizar nuestras propias apreciaciones sobre puntos concretos, y que, un estudio completo, no se conformaría con la reducida latitud de estos comentarios.

Dice el Art. 1375 del C. C.: «Si el difunto ha hecho la partición por acto entre vivos o por testamento, se pasará por ella, en cuanto no fuere contraria a derecho ajeno.»

Tres problemas nos sugiere la interpretación de este artículo:

Se trata de una donación por causa de muerte, de una donación entre vivos o acaso de un pacto sobre la sucesión futura?

Veamos separadamente cada uno de estos casos, y busquemos en ellos su fundamento, para así precisar mejor nuestro parecer.

El testador con ánimo previsor, para salvar divergencias futuras que en la partición de sus bienes puedan suscitarse entre los respectivos sucesores, les libra la calidad de herederos para instituirlos legatarios. Muy directamente dice relación—en nuestro pensar—esta institución de legatarios, con el principio establecido en el artículo que comentamos, porque la ley al aprobar en tal disposición la partición que haya hecho «el difunto» evidentemente se refiere a una partición singular porque el objetivo general del Título en que ella está insertada es la división material de los bienes, y no llegamos a columbrar que en ese artículo se envuelva la idea de adjudicación de cuotas, o sea la institución de asignatarios a título universal; y además, una división espiritual como lo sería, caso de hacerla en cuotas, no tendría para los efectos del artículo ningún resultado práctico, porque necesariamente habría que someterla a la prueba de la división material para determinar así, de manera efectiva, la indeterminación que a la otra le es característica. Por lo tanto, aceptamos como base para la inteligencia del artículo 1375, que en ella se estipula la facultad para la constitución de asignatarios a título singular y en ningún caso los a título universal.

Refuerza nuestra tesis la iniciación del Título en su artículo 1374 que dice: «Ninguno de los coasignatarios de una cosa universal o singular será obligado a permanecer en la indivisión; la partición del objeto asignado podrá siempre pedirse, con tal que los coasignatarios no hayan estipulado lo contrario. etc.» Este artículo es el punto básico que se desarrolla y complementa en las disposiciones posteriores; él hace referencia de manera contundente a una división material, y luego en el artículo siguiente que es el que nos ocupa, se da facultad al causante de hacer tal partición y no una partición imaginaria que sería inadaptable para los fines del Título de la partición de los bienes.

La partición puede hacerla el causante por testamento o por acto entre vivos. En el primer caso el testamento puede ser solemne o privilegiado porque la ley no pone restricciones acerca de la naturaleza del acto testamentario. Dos fines pueden per-

seguirse con esta partición: el primero que ya lo mencionamos, evitar posibles controversias futuras; y el segundo, favorecer a los legatarios dándoles en vida el goce de la cosa legada.

Cuando el causante hace la partición en acto testamentario persiguiendo la primera de las finalidades que hemos expresado, y reservándose, como es natural, dada la naturaleza del acto, tanto el dominio como el usufructo de los bienes durante el resto de su vida, sus disposiciones testamentarias no tienen otro alcance que el de los testamentos comunes, con la sola especialidad de facilitar el cumplimiento de su última voluntad. Al obrar así tiene en su abono las amplias facultades que la ley le consagra no sólo en el presente artículo sino en otras varias disposiciones, que animadas por un sabio espíritu le dejan suficiente libertad para hacer el señalamiento de especies y la singularización de ellas; y es lógico que la ley suponga como lo hace, que quien dispone de sus bienes en tal forma, tiene un perfecto conocimiento de las distintas aptitudes y necesidades de sus sucesores, y por lo tanto sea él quien con más eficacia pueda atender a conformar las distribuciones, de manera que se adapte cada asignación a las capacidades y aptitudes del respectivo asignatario.

Tiene este derecho una restricción prescrita por la misma disposición que lo establece, y es la inviolabilidad del derecho ajeno; que en éste, como en todo derecho, es indispensable para su cumplido ejercicio. Se pasará por la partición, dice la ley, en cuanto no fuere contraria a derecho ajeno. Cuál es ese derecho? El artículo 1226 del Código Civil se encarga de contestar nuestra pregunta:....«las asignaciones forzosas», éstas, que la ley defiende en todo caso, deben ser respetadas por el testador, y si no lo hace, la misma ley se encarga de suplirlas aun con perjuicio de disposiciones testamentarias expresas. No por esto debe entenderse que la partición de que habla el artículo que estudiamos contemple el único caso en que haya asignatarios forzosos, puesto que él hace extensivo su alcance a todos los órdenes de sucesión, y con tanta mayor razón a aquel en que se carezca de tales asignatarios.

No se nos escapa sin embargo, lo delicado que es el ejercicio de este derecho; graves dificultades y serios conflictos serán el resultado de un uso inmoderado que de él se haga; si quien a él se acoge no lo hace en medio de un ambiente que consulte los principios de la equidad y el estricto cumplimiento de las restricciones legales, de seguro que sus disposiciones serán el fatal fomento de la dilapidación de su patrimonio, que en manos de sus asignatarios, se distribuirá en voluminosos expedientes litigiosos y en las carteras de los abogados; produciendo así, un efecto que se vuelve directamente contra la finalidad que la ley persigue.

Pasemos al segundo caso:

Hecha la partición, el testador conservando el dominio de los bienes da la tenencia y goce de ellos a los respectivos legatarios; en este caso, los legados instituidos en el testamento vienen a revestir el característico de donaciones por causa de muerte, a las cuales se identifican en sentir del artículo 1199, que a

la letra dice: «Las donaciones revocables a título singular son legados anticipados, y se sujetan a las mismas reglas que los legados. Recíprocamente, si el testador da en vida al legatario el goce de la cosa legada, el legado es una donación revocable.» Atributo de este derecho es que el legatario a quien el testador ha hecho en vida la tradición de la cosa legada, adquiera la calidad de usufructuario y como consecuencia de ello se le hagan extensivos los mismos derechos y cargue con las obligaciones prescritas en el Título del Usufructo, exceptuando lo tocante a caución, de la cual queda plenamente exonerado salvo el caso en que el donante expresamente la exija, pues si así lo hiciera, se estará a su voluntad, la cual deberá cumplirse necesariamente para la plena adquisición de los beneficios provenientes de la tradición de la cosa legada. (Artículo 1198 C. C.)

La tradición de la cosa después de consignada la partición en el testamento, pone de manifiesto la intención y voluntad del testador de darle confirmación a sus disposiciones testamentarias, pero no por esto se entienden concedidos en favor del legatario más derechos que los que dejamos expuestos; sólo con las limitaciones anotadas puede él considerarse acreedor al beneficio de la cosa que ha recibido; y esto, porque el testamento cualquiera que sea su naturaleza, y sean cuales fueren las disposiciones que encierre, es esencialmente revocable, y revocado que sea, pierde el legatario la calidad de tal, y de usufructuario, quedando las cosas como antes, en defecto de un testamento posterior.

**POR ACTO ENTRE VIVOS.** Qué es acto? No lo define nuestro Código; tan sólo, en las distintas partes que lo consigna, lo hace entrar en pie de igualdad con la expresión «declaración de la voluntad». Cifrándonos a ello, lo tendremos por tal, y de él diremos que, «Acto es una declaración de la voluntad»; esta declaración es generadora de obligaciones y puede ser unilateral y bilateral, ya que sólo sea una la parte obligada o que lo sean ambas.

Abonamos la capacidad y demás condiciones requeridas para que el acto pueda engendrar obligación, con el fin de no apartarnos demasiado del tema que nos ocupa, pues las nociones dadas nos bastan para situarnos en el campo que necesitamos para poner fin a nuestro comentario. Consideraremos el acto en su doble faz y marcaremos las consecuencias de uno y otro.

El acto es unilateral, y de él se sirve el causante para hacer la partición. En este caso necesariamente tendremos que restringir el concepto de «unilateral» y fijarle su sentido, no en cuanto a las obligaciones con que únicamente se carga el causante, sino considerando lo unilateral de la declaración, si no es jurídicamente rechazable este concepto, el cual concretamos en esta forma: el causante declara solo pero no se obliga solo; porque de esa declaración no nace propiamente obligación alguna en su acepción propia, dado su carácter de revocabilidad incondicional como lo veremos en seguida.

Con un acto de esta naturaleza hace el causante la partición a la manera de donaciones, reservándose el dominio de los bienes para que su declaración tenga efecto después de su muerte;

puede pues, considerarse como en el caso de testamento, que se haga una donación por causa de muerte seguida de la tradición de los bienes y en la cual adquiere el donatario el usufructo de la cosa donada, con los derechos y obligaciones atrás anotados; pero puede también ser una simple declaración de promesa, que no surtirá efecto alguno sino después de la muerte del causante. En uno y otro caso, sea de donación, sea de promesa, debemos ceñirnos al artículo 1056 que dice: «Toda donación o promesa que no se haga perfecta e irrevocable sino por la muerte del donante o promisor, es un testamento y debe sujetarse a las mismas solemnidades que el testamento. Exceptuáanse las donaciones o promesas entre marido y mujer, las cuales, aunque revocables, podrán hacerse bajo la forma de los contratos entre vivos.»

Tenemos para nuestro propio concepto, que la aplicación, o mejor, la coordinación dada al artículo anterior, diga relación necesaria a la partición por acto entre vivos, cuando de un acto unilateral se trate; tiene aquel un aspecto de reglamentación que hemos dado en creer esencialmente adaptable a este caso, y si así fuere, no necesitaremos cavilar demasiado para lograr orientarnos hacia la solución de su alcance. El mentado artículo nos dice muy claro de la forma que tal acto debe revestir; debe tener las mismas solemnidades que el testamento; pero estas solemnidades tienen un valor intrínseco que ocasiona la transformación radical de la naturaleza misma del acto, es un testamento, y como tal, queda sujeto a las mismas disposiciones que lo regulan; entre ellas, la de su revocabilidad indiscutible.

El acto entre vivos es bilateral; el causante hace la partición y en ella manifiesta su voluntad de transferir los bienes partidos irrevocablemente a los favorecidos en ellas, aceptada por éstos, llenando los requisitos legales, el acto es perfecto, el cual, salvo condición expresa supone la tradición de los bienes partidos; se tiene pues el concurso de dos voluntades sobre un mismo objeto, un acto constitutivo de una donación entre vivos, un contrato.

El doctor Fernando Vélez en su Tratado de Derecho Civil, parece conceptuar que la disposición a la cual hacemos el presente comentario, cuando se mire bajo el aspecto de la partición por acto entre vivos, debe regularse por las disposiciones que regulan las donaciones entre vivos, lo cual, según él lo expresa, debe entenderse del espíritu de la disposición, ya que nuestras leyes guardan silencio sobre las disposiciones aplicables al caso.

Su comentario nos sugiere que el único caso de dar aplicación a la partición por acto entre vivos es el de las donaciones irrevocables, es decir, que a éstas sea a las que hace referencia el artículo, y no a otro acto a excepción del pacto sobre sucesión futura, que a continuación contemplaremos. No podemos participar de tan respetable apreciación en todo su alcance. No creemos que deba restringirse la interpretación del artículo para el solo caso de los actos que encuentren su regulación en las disposiciones de las donaciones entre vivos. Parécenos entender de él que haga referencia muy especialmente a aquellas particiones que no se confirman sino con la muerte del causante; y

algo muy distinto pasa con las donaciones entre vivos; en ellas los donatarios adquieren definitivamente la propiedad de los bienes donados y sólo en el caso de exceso en la donación, de que trata el artículo 1245, y en el de ingratitud o cualquiera otra causal que acarree la rescisión o resolución, bien parcial o total, pierden ellas su valor primitivo.

Pero estas donaciones subsisten por sí solas independientemente de la existencia del artículo 1375, y de la autorización en él consignada, de pasarse por la partición que haga «el difunto»; y si así es, la importancia del referido artículo quedaría en un orden secundario, y su mérito no se extendería a más de entorpecer las facilidades de la partición. La intención del legislador tiene, pues, en nuestro sentir, el objetivo de dar más amplias autorizaciones al causante para que, definiendo su voluntad de manera precisa se haga efectiva después de su muerte la partición de sus bienes, consultando los designios claramente expresados en esa voluntad por medio de un acto testamentario o de un simple acto declaratorio entre vivos.

Por último, para el doctor Vélez esta disposición es excepcional, porque según él autoriza pactos sobre la sucesión futura, esto, que no podemos aceptar porque del laconismo del artículo no alcanzamos a deducir tal latitud interpretativa, está confirmado por la prohibición expresa que la ley hace a pactos de esa naturaleza, prohibición que sí encuentra su excepción en el caso de la cuarta de mejoras tratándose de un descendiente legítimo, consignada en el artículo 1262, es tan expresa, que no reclama las cavilaciones de investigar su espíritu; y la misma disposición en su inciso segundo habla así: «Cualesquiera otras estipulaciones sobre la sucesión futura, entre un legítimo y el que debe la legítima, serán nulas y de ningún valor»; y el artículo 1520 que guarda un orden de posterioridad a la disposición que estudiamos, hace más explícita la prohibición. Además, concediéndole el carácter de excepcional, llegaríamos con ella casi a destruir la regla prohibitiva, pues al rededor de esa autorización excepcional se llevarían a efecto los más de los pactos sobre la sucesión futura, los cuales dejarían campo fecundo para relegar a segundo orden las asignaciones forzosas. Si en el artículo 1375 se consigna la autorización para celebrar pactos de tal naturaleza, sería él un medio propicio para hacer caso omiso del precepto legal.

JORGE RESTREPO HOYOS

Medellín, junio 7 de 1924.

## NOTAS

J. Eduardo Orozco Ochoa. Este distinguido amigo nuestro próximamente presentará su examen de grado con el bien meditado estudio que publicamos en la presente entrega.

Durante su permanencia en las aulas universitarias Orozco sobresalió por sus dotes de laboriosidad e investigación. Hasta

hace poco tiempo fue distinguido miembro del Centro Jurídico en el cual ocupó con brillo los cargos de Vicepresidente, Director y Administrador de «Estudios de Derecho», publicación que le es deudora de muchos favores que de él recibió. Reciba el futuro graduado nuestras felicitaciones y cordiales votos por su feliz éxito en la vida profesional.

**Tercer Congreso Científico Panamericano.** Gustosos publicamos la siguiente comunicación, haciendo votos por que ella sea atendida en Antioquia.

Bogotá, abril de 1924

Señor Presidente del Centro de Derecho de la U. de A. Medellín.

Tenemos el honor de poner en conocimiento de usted que el Comité Nacional de Propaganda en Colombia ha quedado ya constituido con el personal que designó la Comisión Organizadora del tercer Congreso Científico Panamericano que se reunirá en Lima el 16 de noviembre próximo.

Desea el Comité que el aporte científico que presente Colombia al tercer Congreso Panamericano sea exponente verdadero del desarrollo intelectual que la República ha alcanzado en los últimos años; y al efecto solicita de los centros científicos del país y de los ciudadanos eminentes por su ilustración y por su patriotismo, entre los cuales figura usted en puesto muy distinguido, contribuyan con los estudios de su especialidad a dar realce al prestigio científico e intelectual de la Patria.

Las materias en que se ocupará el Congreso se han agrupado en nueve secciones, a saber:

- 1ª Ciencias Antropológicas e Históricas.
- 2ª Ciencias Físicas y Matemáticas.
- 3ª Minería, Metalurgia y Química Aplicada.
- 4ª Ingeniería.
- 5ª Medicina y Sanidad.
- 6ª Ciencias Biológicas, Agricultura y Zootecnia.
- 7ª Derecho Privado, Público e Internacional.
- 8ª Ciencias Económicas y Sociales.
- 9ª Educación.

Creemos oportuno manifestar a usted que según las indicaciones dadas por la Comisión Organizadora, los trabajos que se envían al Congreso deben estar en Lima antes del 1º de octubre; mas si el Gobierno colombiano resolviere abrir los concursos para el nombramiento de Delegados que le ha insinuado este Comité, los trabajos deberán presentarse al Ministro de Instrucción Pública en la fecha y condiciones que éste tenga a bien designar. La extensión de ellos queda a juicio de los autores, pero si fueren extensos, deben ir acompañados de un extracto, que no pase de mil quinientas palabras.

Los autores que no alcancen a enviar oportunamente sus trabajos deberán remitir a la Secretaría General de Lima, dentro del término fijado, el título y el resumen de que se ha hecho mención.

En la seguridad de que usted prestará el valioso concurso de su saber y de sus luces para el mayor brillo de este certamen de la cultura intelectual de nuestro Continente, tenemos a honra el suscribirnos de usted atentos, seguros servidores,

El Presidente, *Carlos Cuervo Márquez.*

El Secretario, *Arturo Quijano.*