

Registrado como artículo  
de 2a. clase en el Minis-  
terio de Correos y Telégra-  
fos el 7 de julio de 1939.  
— Licencia número 619. —

# ESTUDIOS DE DERECHO

ORGANO DE LA FACULTAD DE DERECHO  
DE LA UNIVERSIDAD DE ANTIOQUIA.

## numero 9

MEDELLIN. — COLOMBIA. — NOVIEMBRE DE 1941

APARTADO POSTAL Nro. 155

Imp. Universidad.—Medellin

# Estudios de Derecho

PUBLICACION TRIMESTRAL

## DIRECTORES:

RICARDO URIBE ESCOBAR  
Rector de la Universidad

LAZARO TOBON  
Decano de la Facultad

F. Luis Bustamante B.  
Secretario de la Facultad

## COMITE:

5o. AÑO { Edgar Poe Restrepo  
          { Iván Correa A.

4o. AÑO { Jaime Isaza C.  
          { Libardo Lozano G.

3o. AÑO { Mario Velásquez S.  
          { José D. Mesa

2o. AÑO { Jorge Cano R.  
          { Ventura Lemos

1o. AÑO { Hernando Agudelo V

## ADMINISTRADOR:

F. Luis Bustamante B.  
Director de la Biblioteca.

## DE LA COMPRAVENTA COMERCIAL

### Definición

El código de comercio no define la compraventa, y por ello debemos atenemos a la definición consagrada en el código civil en su artículo 1849: "La compraventa es un contrato en que una de las partes se obliga a dar una cosa y la otra a pagarla en dinero. Aquélla se dice vender y ésta comprar. El dinero que el comprador da por la cosa vendida se llama precio".

### Clasificación del contrato

Por la presente definición, observamos que en este contrato hay dos partes interesadas en su perfeccionamiento: el vendedor y el comprador. El primero se obliga a dar una cosa, y el segundo a pagar un *precio determinado o determinable*; por tanto, es un contrato bilateral, porque ambas partes se obligan recíprocamente; es oneroso, puesto que tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno a beneficio del otro; es conmutativo, porque el objeto que el vendedor da se mira como equivalente al precio que el comprador paga; es principal, por cuanto subsiste por sí mismo sin necesidad de otra convención; y es consensual, porque se perfecciona por el solo consentimiento de los contratantes.

En la compraventa comercial se distinguen las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza, y las puramente *accidentales*. Son de la esencia: el consentimiento del vendedor y del comprador; el precio —que debe consistir en dinero— lo que la diferencia de la permuta, porque según los principios que regulan

esta materia, las partes se obligan a dar una especie o cuerpo cierto por otro; y el objeto sobre que recae la obligación de dar; son de la naturaleza: sanear el vendedor los efectos vendidos y responder de los vicios ocultos que contengan (art. 246 del C. Co.); y son puramente accidentales, por ejemplo: el pacto de mejor comprador (art. 231 *ibidem*).

En la compraventa, para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración, se requieren cuatro requisitos:

1o.—Que sea legalmente capaz; 2o.—que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio; 3o.—que la obligación recaiga sobre un objeto lícito; 4o.—que la obligación tenga una causa lícita (art. 1502 del C. C.).

#### **Diferencia entre la compraventa en derecho francés y en derecho colombiano**

Después de lo dicho respecto al mencionado contrato, veamos las diferencias existentes entre la compraventa en nuestro Derecho y la doctrina seguida por el código civil francés.

En Francia el solo contrato sirve para transferir el dominio de la cosa al comprador; la tradición es consecuencia del título de compraventa.

Nuestro Derecho, que en materia de compraventa se apartó por completo del código de Napoleón, siguió la doctrina del Derecho romano, según la cual, los contratos apenas producen obligaciones, sólo crean derechos personales; por eso cuando el vendedor da el objeto convenido al comprador, se forma únicamente un vínculo jurídico entre ellos. El comprador —en el caso de que el vendedor no entregue la cosa estipulada— sólo tiene acción personal contra éste, ya que en la legislación colombiana hay que distinguir entre el título traslativo de dominio y el modo de adquirir éste.

Pero en donde más se nota la diferencia entre los dos sistemas es en la venta de cosa ajena. En nuestro código civil, el artículo 1871 autoriza la venta de aquélla, sin perjuicio de los derechos del dueño, mientras no se extingan por el lapso de tiempo, disposición ésta demasiado lógica en nuestro Derecho, porque como dijimos, los contratos apenas crean obligaciones y por ello el vendedor puede comprometerse a dar un objeto cuyo dominio no le pertenezca.

En el código civil francés —el vendedor— para transferir la

propiedad de la cosa vendida, es condición la de que sea dueño de ella; de lo contrario, la venta será nula, y como consecuencia de la declaratoria de nulidad, el comprador puede solicitar la devolución del precio. En nuestro Derecho no ocurre lo propio, porque si al comprador se le turba en la posesión pacífica de la cosa, sólo está obligado a citar al vendedor para que comparezca a defenderla, y aun cuando tenga conocimiento de que el objeto entregado no es de su propiedad, no por ello podrá pedir al juez la nulidad del contrato, porque la compraventa —título traslativo de dominio— es cosa diversa a la tradición —modo de adquirir el dominio—. De manera, pues, que jurídicamente es posible la venta de cosa ajena en la legislación colombiana, por cuanto una persona puede obligarse a que por otra se ejecute tal o cual hecho, como sería vender lo que no tiene en propiedad.

En el código civil francés, desde el momento en que se perfecciona la compraventa, el comprador puede reivindicar la cosa en poder de quienquiera que la tenga, esto es, está investido de la acción real de dominio. En el código civil colombiano no ocurre lo mismo, porque mientras no se haga la tradición al comprador, éste sólo está amparado por la acción personal, y desde luego, no podrá reivindicar la cosa si está en poder de otra persona. Mas, si vendida y entregada a otro una cosa ajena, si el vendedor adquiere después el dominio de ella, se mirará al comprador como verdadero dueño desde la fecha de la tradición, y si el vendedor la vendiere a otra persona después de adquirido el dominio, subsistirá el dominio de ella en el primer comprador (art. 1875 del C. C.); y en cuanto a la tradición, el artículo 752 del mismo, dice: Si el tradente no es el verdadero dueño de la cosa que se entrega por él o a su nombre, no se adquieren por medio de la tradición otros derechos que los transmisibles del mismo tradente sobre la cosa entregada. Pero si el tradente adquiere después el dominio, se entenderá haberse éste transferido desde el momento de la tradición.

De esta manera dejamos someramente establecidas las diferencias existentes entre ambas legislaciones, la colombiana y la francesa, que por lo expuesto, son sustanciales en lo que respecta a la materia de la compraventa.

## CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA COMPRAVENTA COMERCIAL

Hecho este rápido análisis, pasaremos a hacer algunas consideraciones de carácter general sobre la compraventa comercial, la que por varios aspectos no guarda analogía con las disposiciones consagradas en la compraventa civil.

El artículo 20 del código de comercio, en los numerales primero y tercero, al hacer la "Calificación de los actos de comercio", dice:

Son actos de comercio, ya de parte de ambos contratantes, ya de parte de uno de ellos:

Primero.—La compra y permuta de cosas muebles, con ánimo de venderlas, permutarlas o arrendarlas en la misma forma o en otra distinta y la venta, permuta o arrendamiento de estas mismas cosas;

Tercero.—La venta de muebles con intención de comprar otros para revenderlos o arrendarlos; o con la de realizar cualquier especulación mercantil.

De la transcripción hecha, notamos que ambos numerales se refieren a la compra y a la venta de cosas **muebles**, a la **intención** de comprar y de vender, y el numeral tercero en su última parte, a la de realizar cualquier **especulación** mercantil, lo que nos lleva a la siguiente conclusión: para que a la compraventa se la considere como un acto de comercio, se requieren tres requisitos esenciales:

Primero.—Que el objeto del contrato recaiga exclusivamente sobre bienes muebles, lo que la distingue de la compraventa civil, por cuanto en ésta, el contrato puede recaer tanto sobre las cosas muebles, como también sobre cosas inmuebles;

Segundo.—Que en el comprador exista el ánimo de vender las cosas muebles compradas, y que el vendedor tenga la intención de comprar los muebles para revenderlos; si no existe este propósito, el acto no se considerará como una compraventa comercial. Lo propio puede ocurrir si en el ánimo del comprador sólo existe la intención de verificar la compraventa civil, pues si luego vende el objeto comprado, se considera el acto como una operación meramente civil, aun cuando el vendedor obtenga beneficios con dicho acto;

Tercero.—Que en la compraventa mercantil las partes, o una de ellas, se propongan obtener ganancias en las operaciones que realicen, y ello se explica, porque en el comercio no tienen cabida

los actos de donación, por ser ellos contrarios a la esencia misma de la actividad comercial, la cual tiene como principio básico, el lucro.

Tenemos además, que en la compraventa comercial se opera la interposición o intermediación, la cual no se verifica en la compraventa civil. Por ejemplo: el fabricante de tejidos que compra la lana al agricultor para transformarla y confeccionar telas. Para el agricultor la venta de la lana es un acto meramente civil; para el fabricante la compra de ella es un acto comercial.

Tras estas consideraciones generales, entremos al estudio de cada uno de los elementos de que se compone la compraventa comercial, y en el transcurso de la exposición veremos las analogías y las diferencias que guarda con la compraventa civil, comparando —hasta donde nos sea posible— ambas disposiciones, para sacar las respectivas consecuencias, con el temor de equivocarnos por la falta de experiencia en esta clase de disciplinas, y porque para la confección de este trabajo nos estamos guiando por las conferencias expuestas por el profesor de la materia, Dr. CARLOS PALACIO CALLE, y bien pudiera suceder que la memoria nos fallase.

Antes que todo, en la compraventa comercial debe considerarse la cosa u objeto del contrato; el precio y forma de determinarlo cuando falte el acuerdo de los contratantes y la cosa hubiere sido entregada por el vendedor; los efectos que produce el contrato cuando la cosa se pierde, deteriora o disminuye del valor venal, una vez perfeccionada la compraventa; y las obligaciones tanto del vendedor como del comprador.

## OBJETO DEL CONTRATO

En lo tocante al objeto del contrato, es preciso tener en cuenta las cosas que se compran a la vista, al gusto, sobre muestras y por orden.

“En la compra de una cosa que se tiene a la **vista** y es designada al tiempo del contrato sólo por su especie, no se entiende que el comprador se reserva la facultad de probarla.

Esta disposición no es extensiva a las cosas que se acostumbra comprar al **gusto**” (art. 220).

El inciso primero de este artículo establece la regla general sobre las cosas que se compran a la vista no estando facultado el comprador para probarlas. Pero dentro de la regla general se consagran dos excepciones, y son las de que el comprador se reserve ex-

presamente la prueba de la cosa, o cuando es de uso general comprarla al gusto. En desarrollo de las excepciones dichas hablan los artículos 221 y 222.

"Cuando el comprador se reserva expresamente la prueba, sin fijar plazo para hacerla, y la cosa comprada a la *vista* está sujeta a las oscilaciones del precio, la compra se reputa verificada bajo condición suspensiva potestativa durante el término de tres días.

Este término se contará desde el momento en que el vendedor requiera al comprador para que verifique la prueba, y si éste no la hiciere dentro de él, se le tendrá por desistido del contrato" (art. 221).

Para que la compraventa se reputa verificada bajo condición suspensiva potestativa, el artículo en su primer inciso, exige tres requisitos necesarios:

Primero.—Que el comprador estipule expresamente que se reserva la prueba de la cosa, pues si no lo manifiesta, el contrato se registrará por el inciso primero del artículo 220;

Segundo.—Que en el contrato no se haya fijado plazo para hacer la prueba; y

Tercero.—Que el precio de la cosa esté sujeto a oscilaciones.

Ahora, condición suspensiva es aquella que suspende la adquisición de un derecho, mientras no se cumple, y potestativa la que depende de la voluntad del acreedor o del deudor (arts. 1534 y 1536 del C. C.). Es por este motivo por lo que la compraventa se reputa verificada bajo condición suspensiva potestativa, porque el perfeccionamiento del contrato depende exclusivamente de la voluntad del comprador y de la prueba que éste haga de la cosa. Mientras aquélla no se verifique, sólo existirá una expectativa de compraventa durante el término de tres días.

Respecto al plazo tan corto establecido por el artículo, ello se explica fácilmente por cuanto se conforma con dos de los principios que regulan la actividad comercial: la celeridad y la seguridad en las operaciones mercantiles. Por supuesto que las partes podrán estipular un plazo mayor que el establecido en este artículo, pero en tal caso, si el contrato se hace por escrito y el vendedor se compromete a no disponer del objeto hasta que transcurra el plazo estipulado, estará obligado a esperar; si falta al compromiso, le acarreará la sanción establecida en el artículo 187 del código de comercio, esto es, indemnizar al presunto comprador los gastos que

hubiere hecho y los daños y perjuicios que le ocasione la retractación intempestiva, o de llevar al cumplido efecto el contrato iniciado.

El inciso segundo establece desde qué momento empieza a contarse el plazo de tres días. El requerimiento del vendedor es, pues, lo que definirá esta situación, el cual puede hacerse por carta, con testigos o ante el juez. Vencido el término de tres días sin que el comprador comparezca a probar la cosa, se entenderá que no hay contrato, y desde luego, el vendedor podrá disponer de ella.

“Siempre que la cosa vendida a la **vista** sea de las que se acostumbra comprar al **gusto**, la reserva de la prueba se subentiende de derecho, e implica la condición suspensiva, si la cosa fuere sana y de mediana calidad, a menos que resulte de las circunstancias o de los términos del contrato que la intención de las partes ha sido celebrar un contrato puro”. (art. 222).

Lo primero que observamos en este artículo es la diferencia que existe con el 221, porque en éste la condición es suspensiva potestativa, y en la del 222 es sólo suspensiva; por tanto, el perfeccionamiento del contrato no depende de la voluntad del comprador, sino de que la cosa sea sana y de mediana calidad. Por otra parte, la prueba de la cosa no está sujeta a estipulación alguna como ocurre en el 221, pues el mismo artículo está diciendo que “se subentiende de derecho”; basta que exista la costumbre de comprarla al gusto para que el comprador goce de este derecho.

El artículo 1879 del código civil en su inciso segundo trae una disposición semejante: “Sin necesidad de estipulación expresa se entiende hacerse a prueba la venta de todas las cosas que se acostumbra a vender de este modo”. Pero por el hecho de que las dos disposiciones sean semejantes, podremos decir que son lo mismo el gusto civil y el gusto comercial? La respuesta es negativa, porque en el primero, el gusto tiene un carácter exclusivamente individual, lo que da lugar a que el contrato se repute verificado bajo condición suspensiva potestativa; en cambio el gusto comercial no hace relación al del comprador, sino al de los clientes; es decir, determinar el gusto en el comercio significa que la cosa sea sana y de mediana calidad.

La segunda parte del artículo es una excepción a la primera, cuando dice: “a menos que resulte de las circunstancias o de los términos del contrato que la intención de las partes ha sido celebrar un contrato puro”; excepción ésta que armoniza en todo con una regla de derecho común: “conocida claramente la intención de los

contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras" (art. 1618 C. C.).

"Si el contrato determina simultáneamente la especie y la calidad de la cosa que se vende a la **vista**, se presume que la compra ha sido hecha bajo la condición suspensiva casual de que la cosa sea de la especie y calidad convenidas.

Desconociendo el comprador la conformidad de la especie y calidad de la cosa que se le entrega con la especie y calidad exigidas, la cosa será reconocida por peritos" (art. 223).

En primer lugar este artículo establece una presunción legal a favor del comprador, lo que quiere decir que es admisible la prueba en contrario.

En el inciso primero del artículo, como ya no se trata de una condición suspensiva potestativa, o simplemente suspensiva, sino de una condición suspensiva casual, se subentiende que el contrato no queda perfecto hasta que las cosas estipuladas sean de la especie y calidad convenidas. El comprador para darse cuenta de si los efectos entregados son de la especie y calidad exigidas, podrá reconocerlos en el acto de la entrega, o el vendedor se lo exigirá, si ello fuere posible. Si no lo hace se entenderá que renuncia todo posterior reclamo y no será oído sobre defecto de calidad o por falta de cantidad (arts. 236 y 250 del C. de Co.).

Sin embargo, puede suceder que el comprador desconozca la conformidad de la especie y calidad de la cosa entregada con la especie y calidad exigidas. Para resolver este desacuerdo entre las partes, el artículo autoriza su reconocimiento por peritos; si éstos en su dictamen acuerdan que la cosa entregada al comprador se conforma con la especie y calidad exigidas, debe recibirla, porque de lo contrario, el vendedor podrá pedir la resolución del contrato, con indemnización de perjuicios, o el pago del precio con los intereses legales, poniendo, además, la cosa a disposición de la Cámara de Comercio para que ordene su depósito y venta en martillo por cuenta del comprador (art. 244 del C. Co.). Pero se dirá que el vendedor no está autorizado para solicitar ninguna acción, puesto que la compra se ha verificado bajo condición suspensiva casual de que la cosa sea de la especie y calidad estipuladas. El peritazgo como elemento probatorio, por lo general, no obliga al juez, quien puede rechazarlo en todo o en parte, pero en el caso contemplado en este artículo, es obligatorio tanto para las partes como para el juez, y el contrato se habrá perfeccionado desde el mo-

mento en que los peritos dictaminaron que la cosa corresponde a las condiciones convenidas; por tanto, el vendedor podrá ejercer la acción que le corresponda, si el comprador se negare a recibir los objetos. Ahora, en el caso de que el dictamen no lo favorezca, es al comprador entonces a quien corresponde pedir el cumplimiento o la resolución del contrato, con indemnización de perjuicios.

La compra por orden de una cosa designada sólo por su especie, y que el vendedor debe remitir al comprador, implica, de parte de éste, la facultad de resolverla, si la cosa no fuere sana y de calidad media.

Siendo la cosa designada simultáneamente por su especie y calidad, el comprador tendrá también la facultad de resolver el contrato, si la cosa no fuere de la calidad exigida.

Habiendo desacuerdo entre las partes en los dos casos propuestos, se ordenará que la cosa sea reconocida por peritos". (art. 224).

Este artículo da a entender que la compra por orden se verifica cuando el comprador se encuentra en lugar distinto de la residencia del vendedor, obligándose éste a enviar los efectos estipulados al lugar convenido y de conformidad con la especie designada. Significa ello que no habrá contrato si los efectos no fueren sanos y de mediana calidad, es decir, el comprador podrá solicitar la resolución del contrato.

En el inciso segundo no sólo se designa la especie, sino también la calidad; y en cuanto a la resolución del contrato no se habla ya de que la cosa sea sana y de mediana calidad, puesto que el comprador para desvincularse del contrato, tiene que probar que la cosa entregada no es de la calidad exigida.

El inciso tercero es sólo repetición del inciso segundo del artículo 223, y por eso no nos detendremos en él.

"Cuando la compra fuere ejecutada sobre muestras, lleva implícitamente la condición de disolverse el contrato si las mercaderías no resultaren conformes con las muestras". (art. 225).

Demasiado claro este artículo, ya que el vendedor está obligado a entregar lo que reza el contrato y si se sale de los límites convenidos, desaparecerá para el comprador el vínculo jurídico que lo unía con el presunto vendedor, en el caso de que los objetos entregados no resultaren conforme a las muestras escogidas.

"Vendida una cosa durante su transporte por mar, tierra, ríos o canales navegables, el comprador podrá disolver el contrato toda

vez que la cosa no fuere de recibo o de la especie y calidad convenidas". (art. 226).

Contempla este artículo dos casos en los cuales el comprador puede disolver el contrato:

Primero.—Cuando la cosa no fuere de recibo, esto es, cuando no fuere sana y de mediana calidad. En este caso el comprador ha designado la cosa sólo por su especie, conformándose esta regla con la consagrada en el inciso primero del artículo 224;

Segundo.—Cuando no fuere de la especie y calidad convenidas. Establece lo dicho en el inciso segundo del artículo 224.

"Comprada y expedida por orden, la cosa vendida, bajo el pacto de franca de porte se entiende que la compra ha sido verificada bajo la condición suspensiva casual de que la cosa llegue a su destino.

Cumplida la condición el comprador no podrá disolver el contrato, salvo que la cosa no fuere de recibo, o de la especie y calidad estipuladas" (art. 227).

Sobre el significado de la frase "franca de porte" hubo muchas discusiones en el siglo pasado, porque según la interpretación que los juristas le dieron, significaba que el vendedor estaba obligado a entregar la cosa al comprador sin pagar éste porte alguno. Pero la interpretación jurídica que le dan los expositores modernos, es la de que la cosa llegue al lugar de su destino.

Ahora, la compra se verifica bajo condición suspensiva casual, porque hasta que las cosas lleguen al destino convenido no se perfecciona el contrato. Respecto al inciso segundo, creemos que no haya necesidad de agregar nada más.

"La compra de un buque o de cualquier otro objeto que no existe y se supone existente, se reputa ejecutada bajo la condición suspensiva, si existiere al tiempo de ajustado el contrato.

Pero si tal compra fuere hecha tomando en cuenta los riesgos que corre el objeto vendido, el contrato se reputará puro, si al celebrarlo ignoraba el comprador la pérdida de ese objeto". (art. 228).

Habla el primer inciso de cosas que no existen, pero se suponen existentes. En este caso, para que el contrato tenga vida es preciso que las cosas existan en el momento de celebrarse aquél, "porque toda declaración de voluntad debe tener por objeto una o más cosas, que se trata de dar, hacer o no hacer" (art. 1517 del C. C.). El código exige, pues, que las cosas existan al tiempo de cele-

brarse el contrato y por ello dice que se reputará ejecutado bajo condición suspensiva, pues, de lo contrario, desaparece todo vínculo entre las partes. El código civil en el artículo 1870 consagra una disposición igual a la que estamos analizando.

En el segundo inciso, ya no se trata de que el contrato se reputé verificado bajo condición suspensiva, sino que se reputa simplemente puro, porque lo que se compra es la suerte, es decir, el alea, al tomarse en consideración los riesgos que corra la cosa. Por supuesto que no es lo mismo la venta de la esperanza, la que se considera como un contrato aleatorio y cuyo resultado depende de hechos inciertos, y la venta de la cosa esperada, en la que el contrato se considera verificado bajo condición suspensiva y sometido a que aquélla exista en el momento de celebrarse. Pero aun cuando se compre la esperanza, si al tiempo de celebrarse el contrato el vendedor tenía conocimiento de que el objeto se había perdido, y no hizo conocer esta circunstancia al comprador, se considera que de su parte hubo dolo, puesto que vendió lo que en todo o en parte considerable no existía, por lo cual, resarcirá perjuicios al comprador de buena fe (inciso tercero del art. 1870 del C. C.).

## DEL PRECIO

"No hay compraventa si los contratantes no convienen en el precio o en la manera de determinarlo; pero a pesar de esto, si la cosa vendida fuere entregada, se presumirá que las partes han aceptado el precio medio que tenga en el día y lugar en que se hubiere celebrado el contrato.

Habiendo diversidad de precios en el mismo día y lugar, el comprador deberá pagar el precio medio.

Esta regla es también aplicable al caso en que las partes se refieran al precio que tenga la cosa en un tiempo y lugar diversos del tiempo y lugar del contrato". (art. 229).

El precio debe reunir ciertos requisitos: debe ser determinado o determinable, pero en ningún caso puede quedar al arbitrio de los contratantes; debe ser justo, serio y consistir en dinero. En cuanto a que el precio sea justo, es decir, que no haya lesión enorme, es necesario observar que en el comercio —de conformidad con el artículo 218 del código de la materia— no se puede rescindir el contrato por la ante-dicha lesión, porque ello va contra la seguridad y la celeridad en las operaciones mercantiles. En cambio en la

compraventa civil se establece para en el caso de que el vendedor reciba un precio inferior a la mitad de la cosa vendida, o para cuando el comprador dé el doble de lo que ella vale.

Al hacer el estudio de este contrato, vimos que uno de los elementos esenciales de la compraventa es el precio; pero la última parte del inciso primero consagra una excepción, y es la de que si la cosa ha sido entregada, se presume que la venta ha quedado perfecta aunque no se haya estipulado precio y el comprador pagará el precio medio que la cosa tenga en el día y lugar en que se celebró el contrato. Por supuesto que este artículo no guarda analogía con el inciso tercero del artículo 1864 del código civil, porque según éste, si el precio no ha sido determinado y se trata de cosas fungibles que se vendan al precio corriente de plaza, éste se entenderá convenido el día de la entrega, a menos de expresarse otra cosa.

Ahora, si la cosa es entregada y hubiere diversidad de precios en el mismo día y lugar en el que se celebró el contrato, el comprador debe pagar el precio medio, como también en el caso de que los contratantes convengan en que se pague el precio medio que tenga la cosa en un tiempo y lugar distintos del tiempo y lugar en que se celebró el contrato. En estas circunstancias el contrato se perfecciona desde el momento en que se haga la entrega aun cuando falte el acuerdo de voluntades con respecto al precio; pero ello se explica como consecuencia de la rapidez y la seguridad que se exige en la actividad comercial. Además, esto significa que la determinación actual del precio no es una cuestión esencial para el perfeccionamiento de la compraventa, siempre que la cosa haya sido entregada.

El artículo 230 autoriza a las partes para que un tercero señale el precio de la cosa vendida. Este artículo guarda en parte armonía con el 1865 del código civil, al decir: "podrá asimismo dejarse el precio al arbitrio de un tercero, y si éste no lo determinare, podrá hacerlo por él cualquiera otra persona en que se convinieren los contratantes". Si el tercero señala el precio, las partes no podrán negarse a aceptarlo, por cuanto el arbitramento tiene fuerza obligatoria para los contratantes, y en el caso de que cualquiera de ellos lo rechazare, el otro podrá solicitar la resolución del contrato. Mas si el tercero procedió con dolo, fuerza o error de hecho, las partes, si a bien lo tienen, pedirán la rescisión del contrato por estar viciado el consentimiento. Ahora, si el tercero se compromete

a fijar el precio y no lo hiciere, como se trata en este caso de una obligación de hacer y aquél, que es deudor de la obligación, está en mora, los contratantes pueden demandar, junto con la indemnización de la mora, que el tercero les indemnice de los perjuicios resultantes de la infracción del contrato. (art. 1610 del C. C.)

El artículo 230 continúa diciendo que si el tercero no señalare el precio, sea por el motivo que fuere, el contrato se llevará a efecto por el que tuviera la cosa vendida el día de su celebración, y en caso de variedad de precios, por el precio medio.

En esta parte se divorcian las disposiciones del código de comercio y las del código civil, pues en la compraventa civil, "en caso de no convenirse en el precio, no habrá venta"; en la comercial, si la cosa ha sido entregada por el vendedor y el tercero no lo fijare, no por ello dejará de subsistir el contrato, ya que el precio se determinará por el que tenga la cosa el día de su celebración.

Por último, a pesar de que el artículo 230 no lo dice expresamente como el 1865 del código civil de que el precio no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes, hay que entender esta disposición en la compraventa comercial, puesto que de conformidad con el artículo 1535 del código civil, las obligaciones contraídas bajo una condición potestativa, que consiste en la mera voluntad de la persona que se obliga, son nulas.

El artículo 231, en su primer inciso, consagra el pacto de mejor comprador, cuando dice: "La compra celebrada por el precio que otro ofrezca es condicional y el comprador podrá llevarla a efecto o desistir de ella".

Este inciso es de mucha trascendencia, porque podría creerse que si el comprador desiste del contrato por el precio que ofrezca un tercero, ello podría acarrearle perjuicio. Por otra parte, se evita de esta manera cualquier connivencia dolosa entre el tercero y el vendedor, porque aquél podría ofrecer un precio que en realidad no correspondiese al valor intrínseco de la cosa, y por ello el artículo —para evitar esta clase de maniobras dolosas— autoriza al comprador a que lleve a efecto el contrato, o desista de él. Mas puede suceder que el vendedor haya entregado las mercaderías vendidas; en tal evento, el contrato se considerará puro y simple, y el comprador pagará solamente el precio que aquéllas tuvieron el día de la entrega.

Por último, este artículo se diferencia de los anteriores, porque el precio no se ha sometido a nadie ni se ha convenido que sea el

de plaza alguna, por lo cual se regirá, no por el día del perfeccionamiento del contrato, sino por el día de la entrega de la cosa.

### DE LOS EFECTOS DEL CONTRATO

La pérdida, deterioro o disminución del valor venal de la cosa, después de perfeccionado el contrato, son de cuenta del comprador, salvo el caso de estipulación en contrario, o que hayan ocurrido por fraude o culpa del vendedor o por vicio interno de la cosa vendida y no entregada. (art. 232).

El doctor Eduardo Zuleta Angel al hablar sobre la pérdida o deterioro de la cosa dice: "Este principio encarna una verdadera anomalía. Lo lógico sería, ya que en nuestro Derecho el contrato sólo produce obligaciones, que una vez perdida la cosa, desapareciera la contraprestación del comprador. Por el hecho de vender uno el bien, el comprador no se ha constituido en dueño. Por qué va a perecer la cosa para el comprador, sin yo haber verificado la tradición"?

Para mejor precisar el fundamento jurídico de este artículo, analicemos estos tres aforismos de mucha trascendencia: **res perit domino, res perit creditore, y res perit debitore.**

#### **Res perit domino**

Para que este principio encaje dentro de la compraventa comercial, es necesario distinguir entre el contrato propiamente dicho y la tradición de la cosa que se vende. El contrato sólo crea obligaciones en la persona del vendedor. Para que se verifique la tradición se requiere que el tradente sea el verdadero dueño de la cosa que transfiere. Por ejemplo: si vendo un objeto y al mismo tiempo hago la tradición por uno de los medios establecidos en el artículo 239 del código de comercio, la pérdida, deterioro o disminución del valor venal de la cosa, corren de cuenta del comprador, por cuanto él se hizo dueño de ella, desde el instante en que yo le hice la tradición.

#### **- Res perit creditore**

Cuando el código comercial dice: la pérdida, deterioro o disminución del valor venal de la cosa, después de perfeccionado el contrato, son de cuenta del comprador, ha querido expresar que

tales hechos surgen como consecuencia de la obligación del contrato y no como resultado de la transferencia del dominio. En donde más claro puede verse esto, es en la venta de cosa ajena, en la cual el vendedor no puede hacer la tradición de élla, por no ser dueño, y si la cosa se pierde etc., una vez perfeccionada la compraventa, el comprador sufrirá las consecuencias de tales hechos, porque una persona puede obligarse a que por otra se ejecute tal o cual hecho, y ese compromiso es válido. Esto es lo que sucede en la compraventa de cosa ajena.

El artículo 1607 del código civil dice: "El riesgo del cuerpo cierto cuya entrega se deba, es siempre **a cargo del acreedor**, a menos que el deudor se haya constituido en mora de entregar o que se haya comprometido a entregar una misma cosa a dos o más personas por obligaciones distintas; en cualquiera de estos casos será de cargo del deudor el riesgo de la cosa hasta su entrega". Pero puede suceder que el acreedor se encuentre en mora de recibir la cosa, por lo cual, los riesgos correrán de su cuenta, lo que da por libre al deudor de toda futura responsabilidad. El artículo 243 del código de comercio consagra el caso de que las mercaderías se pierdan para el comprador si la falta de entrega procediere de caso fortuito.

### **Res perit debitore. o Res perit venditore**

El código de comercio en el artículo que estamos analizando, considera que la cosa se pierde para el vendedor en tres casos, a saber:

Primero.—Cuando los contratantes lo hubieren estipulado expresamente;

Segundo.—Si ha ocurrido por fraude o culpa del vendedor; y

Tercero.—Por vicio interno de la cosa vendida y no entregada.

### **Estipulación expresa**

En principio, la regla general es la de que la pérdida, deterioro o disminución del valor venal de la cosa, son de cuenta del comprador, pero por estipulación expresa, el vendedor puede hacerse cargo de los riesgos que sufra aquélla, una vez perfeccionado el contrato, porque podrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes con tal que sólo miren al interés individual del renunciante y no esté prohibida la renuncia. (art. 15 del C. C.).

### Fraude del vendedor

Hay dolo del vendedor cuando ha tenido la intención positiva de inferir daño a la persona del comprador o a la cosa comprada, como sería el caso del comerciante, que una vez perfeccionada la compraventa, incendiara su almacén a fin de evitar que los efectos sean entregados al comprador. De su parte hubo dolo al ejecutar esta acción y como su propósito fue el de dañar las cosas vendidas, el artículo establece que las pierde por el fraude cometido en perjuicio del otro contratante. Por supuesto que el dolo no se presume sino en los casos especialmente previstos por la ley (art. 1516 del C. C.), y por ello el artículo 1730 *ibidem* consagra que "siempre que la cosa perece en poder del deudor, se presume que ha sido por hecho o por culpa suya"; además, si se puede implantar dolo al deudor, es responsable de todos los perjuicios que fueron consecuencia inmediata o directa de no haberse cumplido la obligación o de haberse demorado su cumplimiento (art. 1616 del C. C.).

### Culpa del vendedor

Debemos hacer alguna consideración con respecto a la culpa, porque cada vez se amplía más este concepto, sufriendo —desde luego— un verdadero metabolismo jurídico, y porque "por medio de construcciones técnicas se ha desplazado la carga de la prueba a fin de evitar a la víctima la dificultad de alcanzar la reparación".

La culpa Aquiliana era un concepto demasiado simplista que no alcanzaba mayores dificultades para su interpretación. Pero del siglo XIX en adelante, los expositores del Derecho vienen haciendo un análisis más profundo sobre la materia, hasta llegar a la fórmula siguiente: "La culpa es un error de conducta en que no habría incurrido una persona avisada colocada en la misma circunstancia externa en que lo estuvo el autor del daño".

Por la presente definición, observamos que la culpa no es ya una falta, como lo dice el artículo 63 del C. civil, sino un **error de conducta**.

El art. 1604 del código civil establece en su primer inciso la regla general sobre la responsabilidad del deudor en los contratos; el segundo inciso lo hace responsable del caso fortuito cuando éste ha sobrevenido por su culpa; y el artículo 1606 del mismo dice:

cionamiento del contrato; en materia comercial, pueden ser posteriores, pues el artículo 232 se refiere a "vicios internos de la cosa vendida y no entregada", lo que equivale a decir que de los vicios posteriores al contrato, responde el vendedor —siempre que la cosa no haya sido entregada—. Esto no ocurre en la compraventa civil, porque el vendedor responde sólomente de los vicios preexistentes o coetáneos a la compraventa y no de los posteriores, salvo el caso de que el contrato se haya verificado bajo condición suspensiva.

Segundo.—"Ser tales, que por ellos la cosa vendida no sirva para su uso natural, o sólo sirve imperfectamente, de manera que sea de presumir que conociéndolos el comprador no la hubiera comprado o la hubiera comprado a mucho menos precio". Este segundo requisito es cuestión que apreciará el juez de conformidad con las pruebas que presenten los litigantes en el juicio.

Tercero.—"No haberlos manifestado el vendedor, y ser tales que el comprador haya podido ignorarlos sin negligencia grave de su parte, o tales que el comprador no haya podido fácilmente conocerlos en razón de su profesión u oficio". Este numeral no deja de tener su excepcional importancia por cuanto si el vendedor procedió con dolo, o el comprador puso el cuidado que aún las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus propios negocios, en el primer caso el vendedor responderá de los vicios por haber obrado de mala fé; en el segundo caso, el comprador sólo podrá alegar la excepción de que no le fue fácil conocer los vicios por ser ajenos a su profesión u oficio, pues si los conoció y pretendiera hacer efectivas, o la acción rescisoria, o la *actio quanti minoris*, el vendedor rechazaría esta excepción.

### Acciones que tiene el comprador

Vistos los requisitos que la ley exige para que un vicio interno pueda considerarse como tal, veamos las acciones que tiene el comprador para hacer efectivos los derechos concedidos en el artículo 1914.

Los vicios rdhibitorios dan derecho al comprador para exigir o la rescisión de la venta, o la rebaja del precio, según mejor le pareciere (art. 1917 del C. C.).

Si el vendedor conocía los vicios y no los declaró, o si los vicios eran tales que el vendedor haya debido conocerlos por razón de

su profesión u oficio, será obligado no sólo a la restitución o a la rebaja del precio, sino a la indemnización de perjuicios: pero si el vendedor no conocía los vicios, ni eran tales que por su profesión u oficio debiera conocerlos, sólo será obligado a la restitución o a la rebaja del precio. (art. 1918 del C. C.).

Si la cosa viciosa ha perecido después de perfeccionado el contrato de venta, no por eso perderá el comprador el derecho que hubiere tenido a la rebaja del precio, aunque la cosa haya perecido en su poder y por su culpa. Pero si ha perecido por efecto del vicio inherente a élla, se seguirán las reglas del artículo precedente. (art. 1919 del C. C.).

Ahora, si la acción rescisoria ha prescrito, el comprador tendrá todavía derecho a pedir rebaja del precio e indemnización de perjuicios, según las reglas precedentes. Pero si los vicios ocultos no son de la importancia que se expresa en el número segundo del artículo 1915, no tendrá derecho el comprador para la rescisión de la venta, sino sólo para la rebaja del precio. (arts. 1924 y 1925 del C. C.).

### DEL CASO FORTUITO

Antes de entrar al análisis pormenorizado del artículo 233, veamos someramente lo relativo a la concepción moderna del caso fortuito.

El artículo primero de la ley 95 del 90 lo define así: Se llama fuerza mayor o caso fortuito, el imprevisto a que no es posible resistir, como un incendio, naufragio, etc.

Por la definición dada se deduce que la doctrina antigua estableció una clasificación mecánica de hechos constitutivos de caso fortuito: naufragios, incendios, terremotos, etc. lo que permitió a los expositores modernos crear —como reacción a este criterio— una doctrina más científica que se acomodara a la evolución del Derecho, a las necesidades modernas y a la justicia social. De modo, pues, que si alguien alega el caso fortuito, debe probar estas cuatro circunstancias:

Primera.—Que el hecho no sea imputable a la persona que lo alega para eximirse de responsabilidad;

Segunda.—Que el acontecimiento no haya sido motivado por culpa de la persona que cause el daño. En este caso no se trata de saber si hubo culpa ni excluir la noción del caso fortuito como re-

sultado de la culpa. Si hubo una culpa anterior, suficiente para producir el daño, desaparece el caso fortuito;

Tercera.—Que el acontecimiento no haya podido ser previsto, es decir, que no se presente con caracteres suficientes de ser previsto, pues si el hecho se presenta con tales caracteres, entonces el causante del daño no podrá alegarlo; y

Cuarta.—Que el hecho sea de tal naturaleza, que el agente se haya visto completamente imposibilitado a rescindir el caso fortuito.

En Derecho civil, por regla general, nadie responde del caso fortuito, salvo que el deudor se constituya en mora de entregar la cosa debida; que el caso fortuito sobrevenga por culpa del deudor, o que éste se haya comprometido a entregar una misma cosa a dos o más personas por obligaciones distintas, y pereciere ésta.

**Artículo 223.**—“Aunque la pérdida, deterioro o disminución del valor venal sobrevinientes a la perfección del contrato provengan de caso fortuito, serán de cargo del vendedor:

Primero.—Cuando el objeto vendido no sea un cuerpo cierto determinado con marcas, números o cualesquiera otra señales que establezcan su identidad y lo diferencien de otro de la misma especie;

Segundo.—Si teniendo el comprador, por convención, el uso o la ley, la facultad de examinar y probar la cosa, pereciere ésta o se deteriorare antes de darse por contento de ella;

Tercero.—Cuando las mercaderías, debiendo ser entregadas por peso, medida o número, perecieren o se deterioraren antes de pesadas o medidas, a no ser que fueren compradas a la vista y por precio alzado, o que el comprador hubiere incurrido en mora de concurrir al peso, numeración o medida.

Esta regla se aplicará también a la venta alternativa de dos o más cosas fungibles, que deban ser entregadas por peso, número o medida;

Cuarto.—Siempre que la venta se hubiere verificado a condición de no entregar la cosa hasta vencido un plazo determinado o hasta que se encuentre en estado de ser entregada con arreglo a las estipulaciones del contrato;

Quinto.—Si el vendedor incurriere en mora de entregar la cosa vendida, estando el comprador dispuesto a recibirla;

Sexto.—Si en las obligaciones alternativas pereciere fortuitamente una de las cosas vendidas. Pereciendo las dos y una de ellas por hecho o culpa del vendedor, éste deberá el precio de la última

que pereció, siempre que la elección le corresponda. Si ésta no perteneciere al vendedor, y una de las cosas hubiere perecido por caso fortuito, el comprador deberá contentarse con la que exista; mas si hubiere perecido por culpa del vendedor, podrá solicitar la entrega de la existente o el precio de la pérdida”.

El artículo transcrito hace responsable al vendedor de la pérdida, deterioro o disminución del valor venal de la cosa, sobrevinientes al perfeccionamiento del contrato como consecuencia del caso fortuito. Esta regla es algo excepcional, porque en derecho civil, una vez perfeccionado el contrato de venta, cesa toda responsabilidad del vendedor, y los riesgos son de cuenta del comprador, salvo el caso de que la venta se verifique bajo condición suspensiva. De modo, pues, que existen diferencias sustanciales —en cuanto al riesgo— entre la venta civil y la venta comercial, por cuanto en la primera —perfeccionado el contrato— el vendedor no responde de la pérdida, deterioro o disminución de la cosa vendida aun cuando no se la haya entregado, excepto que la compraventa se repunte verificada bajo condición suspensiva; en la segunda, responde hasta del caso fortuito, subsiguiente al perfeccionamiento de la compraventa, siempre que los efectos vendidos no hubieren sido entregados.

**Numeral Primero.**—No se trata en este inciso de la venta de un cuerpo cierto, esto es, el vendedor no se ha comprometido a dar determinada cosa; su obligación es de género, y de conformidad con el aforismo romano de que “genera non pereunt”, el vendedor responde del caso fortuito, aforismo que está corroborado con el artículo 1567 del código civil: “la pérdida de algunas cosas del género no extingue la obligación, y el acreedor no puede oponerse a que el deudor las enajene o las destruya mientras subsistan otras para el cumplimiento de lo que debe”. Ahora, si la venta se refiere a cuerpo cierto o a una especie determinada en que se pueda establecer perfectamente la identidad del objeto, las circunstancias varían, porque en cuyo caso la pérdida, deterioro o disminución del valor venal —como consecuencia del caso fortuito— son de cargo del comprador.

**Numeral Segundo.**—En virtud del artículo 222 del código de comercio siempre que la cosa que se vende a la vista sea de las que se acostumbran comprar al gusto, la reserva de la prueba se subentende de derecho, e implica la condición suspensiva si la cosa fuere sana y de mediana calidad, a menos que de las circunstancias o de los términos del contrato se deduzca que la intención de las partes

ha sido celebrar un contrato puro.

Por lo visto, el numeral éste autoriza al comprador para examinar y probar la cosa en tres casos: por el uso, por la convención y por la ley, pero sólo nos detendremos en el primero, o sea, por el uso, porque el código de comercio consagra algunas reglas en los artículos segundo y tercero, las que debemos tener en cuenta para mejor precisar el artículo que venimos examinando.

La costumbre puede ser *praeter legem*, *secundum legem*, pero nó *contra legem* (art. 8 del C. C.), y cuando es general y conforme a la moral cristiana constituye derecho a falta de legislación positiva (art. 13 de la Ley 153 del 87). Pero para que la costumbre tenga la misma autoridad que la ley, es preciso que no la contrarie expresa o tácitamente, y que los hechos que la constituyen sean uniformes, públicos y reiterados por un largo espacio de tiempo (art. 2o. del C. Co.).

Ahora, como en la práctica podrían presentarse dificultades para saber si tal o cual hecho constituía costumbre, el código judicial y la ley 28 del 31 previeron el caso. El primero dice que la costumbre se prueba con el dicho de siete testigos hábiles que afirmen su existencia (art. 700); la segunda consagra que la costumbre mercantil, podrá también comprobarse con la certificación expedida por el Presidente de la Cámara de Comercio (art. 20).

Como la costumbre puede ser local, general e internacional, es indispensable que se tenga presente esta circunstancia a fin de saber si el comprador está autorizado para examinar y probar la cosa que va a vendersele (art. 3o. del código de comercio).

**Numeral Tercero.**—Para el desarrollo de este inciso, analicemos lo que al respecto dice el artículo 1877 del código civil: "Si se vende una cosa de las que suelen venderse a peso, cuenta o medida, pero señalada de modo que no pueda confundirse con otra porción de la misma cosa, como todo el trigo contenido en cierto granero, la pérdida, deterioro o mejora pertenecerá al comprador, aunque dicha cosa no se haya pesado, contado ni medido con tal que se haya ajustado el precio. Si de las cosas que suelen venderse a peso, cuenta o medida, sólo se vende una parte indeterminada, como diez hectolitros de trigo de los contenidos en cierto granero, la pérdida, deterioro o mejora no pertenecerá al comprador, sino después de haberse ajustado el precio y de haberse pesado, contado o medido dicha parte". El primer inciso de este artículo es consecuencia lógica del contrato de compraventa, porque

en virtud del artículo 1857 del código civil, la venta se reputa perfecta desde el momento en que las partes están acordes en cuanto al precio y en cuanto al objeto, y como la cosa ha sido determinada claramente, la pérdida o deterioro son de cuenta del comprador, aunque el vendedor no haya verificado la entrega, salvo el caso de que la venta se haga bajo condición suspensiva.

El segundo inciso es cosa diferente del primero, porque los contratantes no han determinado el precio ni el objeto por su peso, cuenta o medida, y por lo tanto, ni se justifica que perezca para el comprador cuando aún no se ha perfeccionado la compraventa.

El artículo 233 en este numeral establece dos excepciones, es decir, la cosa vendida por su peso, cuenta o número ha de perecer para el comprador:

Primero.—Cuando ha comprado a la vista y por precio alzado; y

Segundo.—Cuando ha incurrido en mora de concurrir al peso, medida o numeración.

En cuanto a la mora del comprador para concurrir al peso, numeración o medida, no habiéndose estipulado precio alguno, es de equidad que él corra con los riesgos de la cosa, y en tal caso el vendedor puede exigirle el valor que ésta tenga el día en que se perdió. Pero el comprador será obligado a pagar en estas condiciones el lucro cesante? Depende de las pruebas presentadas en el juicio, pues si el vendedor logra establecer que tuvo mejores propuestas, las que no aceptó por tener pendiente un compromiso, creemos que el juez obligará al comprador a indemnizar dicho perjuicio. Mas puede suceder que ni el vendedor ni el comprador ocurran al peso, numeración o medida de la cosa, en cuyo caso, los riesgos de ésta son de cargo del vendedor.

Continúa diciendo este numeral que el vendedor responde del caso fortuito en las ventas alternativas de dos o más cosas fungibles que deban ser entregadas por número, peso o medida.

“Las cosas muebles se dividen en fungibles y no fungibles. A las primeras pertenecen aquellas de que no puede hacerse el uso conveniente a su naturaleza sin que se destruyan”, es decir, para que una cosa pueda considerarse fungible se requiere que se consuma con el primer uso. Y “obligación alternativa es aquella por la cual se deben varias cosas, de tal manera que la ejecución de una de ellas exonere de la ejecución de las otras (art. 1556 C. C.). Por supuesto que hay que distinguir esta clase de obligaciones, de las facultati-

vas en las que el deudor debe cumplir su obligación con un objeto determinado, salvo el caso que el acreedor le conceda la facultad de pagar con esta cosa o con otra que se designará expresamente (art. 1562 *ibídem*). Por otra parte, los efectos de una y otra obligación son distintos en cuanto a que los objetos perezcan, pues en la alternativa, si todas las cosas perecen sin culpa del deudor, la obligación se extingue; si es por su culpa, deberá el precio que elija él o el acreedor, si la elección corresponde al uno o al otro. En las obligaciones facultativas, el acreedor sólo puede exigir el cumplimiento de la obligación con la cosa a que el deudor está directamente obligado, y si aquélla perece sin culpa de éste y no habiéndose constituido en mora, el acreedor no podrá pedir otra cosa, lo que equivale a quedar extinguida la obligación para el deudor.

El numeral sexto el artículo 233 dice que si en las obligaciones alternativas pereciere fortuitamente una de las cosas vendidas, serán de cargo del vendedor. Si perecen las dos y una de ellas por hecho o culpa del vendedor, deberá éste el precio de la última que pereció, siempre que la elección le corresponda. Si dicha elección no le perteneciere, y una de las cosas pereciere por caso fortuito, el comprador deberá contentarse con la que exista; pero si hubiere perecido por culpa del vendedor, podrá solicitar la entrega de la existente o el precio de la pérdida.

**Numeral cuarto.**—En virtud del artículo 1602 del código civil todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y por consiguiente si el vendedor se reserva el derecho de conservar la cosa hasta que se venza un plazo o hasta que se encuentre en estado de entregarla, ello es perfectamente válido, porque los contratantes lo estipularon así.

En cuanto al plazo, el artículo 1551 del código civil dice que es la época que se fija para el cumplimiento de la obligación, pero como hay plazos que tienen el valor de condiciones (art. 1552 del mismo), es preciso hacer alguna observación en lo que respecta al código civil, pues en el comercial no hay problema alguno porque el numeral cuarto expresamente dice que el vendedor responde de la pérdida, deterioro o disminución del valor venal de la cosa cuando la venta se hubiere efectuado bajo condición de no entregarla hasta vencido un plazo determinado. En la compraventa civil si el objeto no se ha perdido totalmente y al cumplirse la condición la cosa sufre deterioro o disminución, el comprador debe recibirla en el estado en que se encuentre y no tiene derecho para solicitar del ven-

dedor que le rebaje el precio, salvo que los deterioros o disminuciones provengan de culpa suya.

Pero del hecho de que algunos plazos tengan el valor de condiciones, no se puede concluir que aquéllos y las condiciones sean una misma cosa, puesto que las obligaciones a plazo tienen vida propia desde el momento en que se perfecciona el contrato, pero su ejecución se suspende momentáneamente; en las obligaciones condicionales, hasta que el acontecimiento futuro puesto como condición se verifique, el acreedor no puede exigir el cumplimiento de aquéllas, y todo lo que el deudor haya pagado antes de efectuarse la condición suspensiva, podrá repetirlo, lo cual no ocurre en las obligaciones a plazo, ya que lo que se paga antes de cumplirse éste, no está sujeto a restitución, excepto en los casos en que tenga el valor de condición.

**Numeral Quinto.**—Nada más equitativo y justo que el vendedor responda del caso fortuito cuando se encuentre en mora de entregar la cosa estando el comprador dispuesto a recibirla. Además, "siempre que la cosa perece en poder del deudor, se presume que ha sido por hecho o culpa suya".

Pero cuándo está el vendedor en mora de entregar? En la compraventa comercial se contemplan tres casos:

Primero.—Si transcurridas veinticuatro horas de perfeccionado el contrato, no ha hecho la entrega de los efectos vendidos;

Segundo.—Si después de perfeccionada la compraventa, consume, altera o enajena y entrega a otro las mercaderías no siéndole fácil entregar otras equivalentes en especie, calidad y cantidad; y

Tercero.—Cuando no entrega los efectos vendidos en el plazo estipulado.

En la compraventa civil el vendedor será considerado moroso cuando no entrega la cosa inmediatamente después de perfeccionado el contrato, o a la época prefijada en él. Cuando analicemos las obligaciones del vendedor y del comprador, tendremos ocasión de volver sobre este tema, y veremos las consecuencias que acarrea al vendedor.

Fuera de estos casos especiales de mora que consagran el código civil y el código de comercio en el tratado de la compraventa, existe una general, la cual se refiere a toda clase de obligaciones, y es la del artículo 1608 del código civil:

"El deudor está en mora:

Primero.—Cuando no ha cumplido la obligación dentro del

término estipulado; salvo que la ley, en casos especiales, exija que se requiera al deudor para constituirlo en mora;

Segundo.—Cuando la cosa no ha podido ser dada o ejecutada sino dentro de cierto tiempo y el deudor lo ha dejado pasar sin darla o ejecutarla;

Tercero.—En los demás casos cuando el deudor ha sido judicialmente reconvenido por el acreedor.

De esta manera damos por terminado todo lo relativo a los efectos del contrato de compraventa. Entraremos ahora al estudio de las obligaciones del vendedor y del comprador.

### DE LAS OBLIGACIONES DEL VENDEDOR Y DEL COMPRADOR

Antes de analizar el contenido de este Capítulo, diremos algo sobre generalidades de los contratos mercantiles y el modo como se perfeccionan.

De conformidad con las reglas generales del derecho, en todo contrato hay que considerar: la oferta, propuesta o *policitatio*; la aceptación pura y simple, o condicional; el momento de su celebración y el lugar donde se entiende celebrado.

En todo contrato también se consideran: la gestación, la celebración y el cumplimiento.

Cuándo se entiende perfeccionada la compraventa? De acuerdo con las reglas comunes del Derecho, siempre que los contratantes convengan en el precio y en la cosa, salvo los casos en que la ley exige escritura pública, como sería la venta de los bienes raíces y servidumbres y la de una sucesión (art. 1857 del C. C.). Esta disposición se extiende a la compra-venta comercial, excepto en la venta de una nave, en la que se requiere el otorgamiento de escritura pública.

El código de comercio en el Título "DE LOS CONTRATOS Y OBLIGACIONES EN GENERAL", consagra las reglas comunes para el perfeccionamiento de los contratos mercantiles, las cuales analizaremos y las haremos extensivas exclusivamente a la compraventa comercial.

El artículo 183 dice: los comerciantes pueden obligarse verbalmente, por escritura pública o privada, o por póliza autorizada por un agente intermediario, a menos que la ley exija una determinada solemnidad como requisito esencial para la validez del con-

trato. De manera, pues, que si la compraventa se hace verbalmente, el comprador debe aceptar la propuesta en el mismo acto en que se le haga; si es por escrito, la aceptará o rechazará dentro de las veinticuatro horas siguientes a la oferta, si se encuentra en el mismo lugar del domicilio del vendedor, o a la vuelta del correo, si se hallare en lugar distinto. Pero el proponente podrá arrepentirse en el tiempo medio entre el envío de la propuesta y la aceptación, excepto cuando se hubiere comprometido a esperar contestación o a no disponer del objeto del contrato, sino después de desechada o transcurrido un determinado plazo. Si no cumple lo pactado y retira intempestivamente la propuesta, debe pagar daños y perjuicios al presunto comprador, ya que de su parte hay culpa, que no es la contractual, ni mucho menos la Aquiliana, sino la establecida en el artículo 187, o sea, la pre-contractual.

Sobre el perfeccionamiento del contrato, estando las presuntas partes en diversos lugares, se han expuesto dos teorías: "La de la aceptación pura y simple", que es la consagrada por nuestro código de comercio en su artículo 188, y "La de la información o la del conocimiento".

La primera de las teorías consiste en que el oferente hace la propuesta al tercero que se encuentra en otro lugar, y el contrato no se entiende perfeccionado hasta en el acto de expedida la respuesta, pura y simplemente por el tercero.

En la segunda teoría el contrato se entiende perfecto cuando el oferente recibe la contestación del tercero.

Estos dos sistemas, desde sus puntos de vista cada uno, tienen gran importancia en cuanto a saber cuál de los contratantes corre con los riesgos de la cosa vendida. Para esclarecer ambas doctrinas, pondremos un ejemplo, a fin de que se vea la responsabilidad en cada caso.

Hoy doce de agosto propongo a Pedro, que se encuentra en Quibdó, venderle mil pares de calzado, marca Royal, por la suma de \$ 5.000.00. Pedro me contesta el 15 del aludido mes aceptando mi propuesta, pero la carta sólo la recibo el 18 del mismo. Supongamos que en el transcurso del 15 al 18 de agosto muere Pedro y los mil pares de calzado se queman en un incendio habido en mi almacén. En tales circunstancias, para quién se pierden los mil pares de calzado?

En la teoría de "La aceptación pura y simple", los pierde Pedro, porque desde el momento en que me contestó la propuesta a-

firmitivamente, el contrato quedó perfecto, aunque no haya yo recibido su contestación aún, y si los herederos de Pedro desconocen la validez de la compraventa, puedo ejecutarlos para hacer efectivos los \$ 5.000,00, porque los efectos, en este caso, se pierden para el acreedor.

En la otra teoría, la pérdida corre de mi cuenta, puesto que yo tuve conocimiento de la respuesta afirmativa de Pedro el 18 de agosto, época en la cual mi presunto comprador había ya muerto y los objetos habían desaparecido a consecuencia del caso fortuito y, por consiguiente, no habiéndose perfeccionado el contrato, los herederos de Pedro quedan libres de todo vínculo jurídico.

Después de lo dicho respecto a generalidades de los contratos mercantiles, entremos en seguida a estudiar cada uno de los artículos del presente Capítulo.

"Perfeccionado el contrato, el vendedor debe entregar las cosas vendidas en el plazo y lugar estipulados.

No estando señalado, el vendedor debe tener los efectos vendidos a disposición del comprador, dentro de las veinticuatro horas siguientes a la celebración del contrato.

A falta de designación del lugar para la entrega, se hará en el lugar donde existían los efectos al tiempo de perfeccionada la compraventa" (art. 234).

De conformidad con el inciso primero del artículo 1882 del código civil, el vendedor es obligado a entregar la cosa vendida inmediatamente después de perfeccionado el contrato, o a la época prefijada en él. Este artículo es mucho más restringido en el código civil que en el comercial, porque en éste si no se ha señalado plazo para la entrega de los efectos, el vendedor debe ponerlos a disposición del comprador dentro de las "veinticuatro horas" siguientes a la perfección del contrato; en la compraventa civil, el vendedor debe hacer la entrega "inmediatamente" después de celebrada si no se ha estipulado plazo.

En cuanto al lugar de la entrega, ésta debe hacerse de conformidad con lo estipulado por los contratantes, pero si éstos no dijeren nada sobre el particular, entonces la ley suple este silencio, y la entrega se hará en el lugar en donde existían los efectos al tiempo de perfeccionada la compraventa. Pero si las partes están en diversos lugares, la entrega deberá hacerse en la residencia del que aceptó la propuesta pura y simplemente, o en la residencia del que la aceptó condicionalmente —si la venta se verifica por escrito—.

### Mora del vendedor para entregar

Al analizar el artículo 233 numeral quinto, vimos que en la compraventa comercial hay tres casos en que se puede considerar al vendedor en mora de entregar los efectos vendidos:

Primero.—Cuando no hace la entrega en el plazo convenido;

Segundo.—Cuando no habiéndose estipulado plazo, el vendedor no entrega los efectos vendidos dentro de las veinticuatro horas siguientes al perfeccionamiento del contrato; y

Tercero.—Si después de perfeccionada la compraventa, consume, altera o enajena y entrega los objetos a otra persona, no siéndole fácil dar otros equivalentes en especie, calidad y cantidad.

En tales casos qué acciones tendrá el comprador para hacer cumplir el contrato?

Si se estipuló plazo, el artículo 248 del código de comercio le concede dos acciones: o solicitar el cumplimiento del contrato o la resolución del mismo, con indemnización de perjuicios, porque "en los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en el caso de que uno de los contratantes no cumpla lo pactado" (art. 1546 del C. C.). De donde se deduce: como el vendedor está en mora de entregar los efectos vendidos, el comprador puede demandarlo para solicitar del juez que le haga efectivo el derecho consagrado en el artículo 248, esto es, que el vendedor entregue lo estipulado, si ello fuere posible, y que le indemnice los perjuicios ocasionados por la mora. Si no desea la efectividad del contrato, le queda otra acción, y es la de pedir que se declare la inexistencia de la venta, a fin de que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban antes, además de los perjuicios.

Pero qué clase de perjuicios pagará el vendedor?

El código civil en su artículo 1613 habla de dos: el daño emergente y el lucro cesante. El 1614 *ibídem* los define así: "se entiende por daño emergente el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento; y por lucro cesante, la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o retardado su cumplimiento" Es claro que como el artículo 248 se limita a transcribir la doctrina establecida en el 1546 del código civil, la indemnización del daño emergente y del lucro cesante, se subordinan a las pruebas que presente el com-

prador en la demanda. Por ejemplo: Yo, que soy comerciante, estipulo con Pedro entregarle dentro de un mes 100 pares de calzado, a razón de \$ 3,00 cada uno. Pedro, que tiene en su almacén 80 pares los vende a \$ 2,50 cada uno confiado en que recuperará esta pérdida eventual, porque dentro de cuarenta días habrá una fiesta, lo que le permitirá venderlos a \$ 4,00 cada uno. Si no cumplo lo estipulado, Pedro podrá solicitar la resolución del contrato, con indemnización de perjuicios, ya que pasada la fiesta, los calzados rebajarán en el mercado. En tal caso, habrá lugar al daño emergente, es decir, a cobrar \$ 40,00 que perdió al vender los 80 pares que tenía en su almacén, y al lucro cesante, o sea, \$ 100,00 que fueron los que dejó de ganar.

Si el vendedor no entrega los efectos vendidos dentro de las veinticuatro horas siguientes de perfeccionado el contrato, se aplicará la misma regla del artículo 248. Pero si una vez perfeccionada la venta, el vendedor consume, altera o enajena los efectos vendidos, o los entrega a otro, entonces se le sancionará de acuerdo con el artículo 242, o sea, que entregue otros equivalentes en especie, calidad y cantidad, o que abone al comprador el valor de las cosas a juicio de peritos.

En cuanto a la primera acción, creemos que esto es sólo posible cuando se trate de obligaciones de género, porque "el acreedor no puede oponerse a que el deudor enajene las cosas o las destruya mientras subsistan otras para el cumplimiento de la obligación", y si las mercaderías vendidas no hubieren sido individualizadas, el vendedor cumplirá su obligación entregando otras sanas y de mediana calidad. Pero si se trata de especie determinada o de un cuerpo cierto, nos parece que sólo es posible hacer efectiva la segunda acción, en cuyo caso corresponderá a los peritos fijar el precio, tomando en consideración el uso que el comprador se proponía hacer de la cosa y el provecho que esperaba obtener del contrato.

Podrá decirse que la acción del artículo 242 no se diferencia en nada de la del artículo 248. Pues ello no parece así, porque la consagrada en el 248 permite al comprador solicitar la resolución o el cumplimiento del contrato, con indemnización de perjuicios, y la del artículo 242, si el vendedor cumple la obligación entregando otras equivalentes en especie, calidad y cantidad, no indemnizará perjuicios, lo que es muy explicable ya que en materia comercial no hay abuso de confianza.

Ahora, si el vendedor por hecho o culpa suya ha retardado la

entrega, podrá el comprador, a su arbitrio, perseverar en el contrato o desistir de él, y en ambos casos con derecho para ser indemnizado de los perjuicios según las reglas generales (art. 1882 del C. C.).

### Mora del comprador para recibir

Puede suceder que no sea el vendedor quien esté en mora de entregar los efectos vendidos, sino que sea el comprador quien esté en mora de recibirlos. Al vendedor le quedan dos caminos: o solicitar que se resuelva el contrato, con indemnización de perjuicios, o que se pague el precio con los intereses legales; y para evitar que recaiga sobre él la responsabilidad de los riesgos, pondrá a disposición de la Cámara de Comercio los efectos para que ordene su depósito y venta en martillo por cuenta del comprador. Respecto a los intereses legales a que hace referencia el artículo 244, hay que observar que no se refiere a los del artículo 1617 del código civil, o sea, el seis por ciento, sino a los consagrados en el artículo 219, esto es, a los intereses más altos en el mercado.

En el caso de que el vendedor no desee poner los efectos a disposición de la Cámara de Comercio, lo podrá hacer por su propia cuenta, haciendo el pago por consignación y cumpliendo los requisitos establecidos en el artículo 13 de la ley 95 del 90 con el fin de que el comprador no le excepcione luégo alegando que "en los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allane a cumplirlo en la forma y tiempo debidos". Verificado el pago por consignación o depositados los efectos en la Cámara de Comercio, cesará toda responsabilidad para el vendedor, y si la cosa pereciere, será de cuenta del comprador, por haberse constituido en mora de recibirla.

En la compraventa civil, si el comprador se constituye en mora de recibir, abonará al vendedor el alquiler de los almacenes, graneros o vasijas en que se contenga lo vendido, y el vendedor quedará descargado del cuidado ordinario de conservar la cosa, y sólo será ya responsable del dolo o de la culpa grave. Por tanto, existe sustancial diferencia entre la mora de la compraventa comercial y de la compraventa civil, y ello se debe a que en el comercio se impone como requisito esencial, la rapidez en todas las operaciones.

### Entrega de las mercaderías

Como el artículo 236 guarda estrecha relación con el 250 y con el 251, los transcribiremos para englobar todo el análisis.

En el acto de entrega, puede el vendedor exigir del comprador el reconocimiento íntegro de la calidad y cantidad de las mercaderías, si ello fuere fácil, atendidos su naturaleza y empaque (art. 236).

Entregadas las mercaderías vendidas, el comprador no será oído sobre defecto de calidad o falta de cantidad, toda vez que las hubiere examinado al tiempo de la entrega y recibídolas sin previa protesta (art. 250).

Cuando las mercaderías fueren entregadas en fardos o bajo cubierta, que impidan su reconocimiento y el comprador hiciere una formal y expresa reserva del derecho de examinarlas, podrá reclamar, en los tres días inmediatos al de la entrega, las faltas de cantidad o defectos de calidad, acreditando en el primer caso que los cabos de las piezas se encuentran intactos, y en el segundo que las averías o defectos son de tal especie, que no han podido ocurrir en su almacén por caso fortuito, ni ser causados dolosamente sin que aparecieran vestigios del fraude (art. 251).

El artículo 236 exige, pues, que el comprador examine las mercaderías en el momento de la entrega, si es fácil hacer a la vista el reconocimiento. Ello tiene mucha importancia para evitar al vendedor futuras complicaciones, porque si el código de comercio no hubiera contemplado el caso, el comprador, pasado cierto tiempo, podría hacer reclamos injustos, lo que se prestaría a connivencias dolosas, e iría contra la seguridad y la rapidez que exigen los actos comerciales. Por eso el comprador debe examinar las mercaderías en el momento de la entrega para saber si se conforman a la cantidad y calidad estipuladas; si no quiere hacerlo, el vendedor se lo exigirá a fin de eximirse de cualquier eventualidad futura.

El artículo 250 para confirmar lo dicho en el 236, establece una presunción de derecho a favor del vendedor, es decir, no se admitirá al comprador la prueba en contrario.

Ahora, si no es fácil hacer a la vista el reconocimiento por estar empacadas las mercaderías, el comprador debe hacer la formal y expresa reserva del reconocimiento, dentro de los tres días siguientes a la entrega, porque de lo contrario, se entenderá que renuncia a todo ulterior reclamo. De allí que el comprador, una vez que tenga en su poder los objetos vendidos, debe examinarlos y en

el caso de que no estén conformes con lo estipulado, buscará dos testigos, por lo menos, para que éstos constaten los hechos. Por supuesto que el artículo 251 se refiere a la venta hecha entre comerciantes que se encuentren en residencias diversas y siempre que las mercaderías hayan de transportarse de un lugar a otro.

“Si en el tiempo medio entre la fecha del contrato y el momento de la entrega hubiere decaído el crédito y la fortuna del comprador, el vendedor no estará obligado a entregar la cosa vendida, aun cuando haya dado plazo para el pago del precio, si no se le die-re fianza que lo asegure a su satisfacción (art. 237)”.

Este artículo consagra la misma doctrina del inciso cuarto del artículo 1882 del código civil: “Pero si después del contrato hubiere menguado considerablemente la fortuna del comprador, de modo que el vendedor se halle en peligro inminente de perder el precio, no se podrá exigir la entrega aunque se haya estipulado plazo para el pago del precio, sino pagando o asegurando el pago.” La única diferencia no sustancial entre los dos artículos, es la de que el artículo 237 agrega la palabra “crédito” que no contiene el código civil, y el inciso cuarto del artículo 1882 contiene la frase “sino pagando o asegurando el pago” no contenida en el código de comercio. Por lo demás, el artículo en mención exige un requisito para que el vendedor se niegue a hacer la entrega de la cosa vendida, y es el de que el crédito y fortuna del comprador hubieren menguado considerablemente, de modo que ponga al vendedor en condición inminente de perder el precio. Pero el vendedor por propia cuenta no puede tomar la determinación de hacer la entrega de los efectos vendidos, porque nadie puede hacerse justicia por sí mismo: además, dicho artículo establece una modalidad esencial y es la de que el vendedor tiene que probar, primero, las circunstancias de que la fortuna y el crédito del comprador han menguado, y como consecuencia de ello, que se expone a perder el precio; por tanto, es al juez a quien corresponde hacer la declaración, a petición de las partes interesadas. Si se comprueba el mal estado económico del comprador, el juez apreciará los hechos y en conformidad fallará en favor del vendedor, o no. Pero como consecuencia del fallo favorable la ley le concede al vendedor el derecho de retener los efectos vendidos, y para que el comprador exija de nuevo la entrega, es requisito indispensable que asegure el pago, regla ésta que está confirmada por el numeral segundo del artículo 2374 del código civil, cuando dice: Están obligados a prestar fianza a petición del acree-

dor, el deudor cuyas facultades disminuyan en términos de poner en peligro manifiesto el cumplimiento de su obligación. Ahora, como el artículo 237 establece una fianza legal, el comprador puede sustituirla por una prenda o por una hipoteca (art. 2363 del C. C.) para asegurar el pago.

Observaremos por último que el artículo 237 consagra una de las pocas excepciones a la regla general de que el pago de las obligaciones no puede exigirse antes de expirar el plazo, si no es al deudor en quiebra o que se halle en notoria insolvencia (art. 1553 No. 1o. del C. C.).

### Tradición de la cosa vendida

La expedición que hace el vendedor de las mercaderías al domicilio del comprador o a cualquier otro lugar convenido, importa la tradición efectiva de ellas.

La expedición no implicará entrega, cuando fuere efectuada sin ánimo de transferir la propiedad, como si el vendedor hubiere remitido las mercaderías a un consignatario, con orden de no entregarlas hasta que el comprador pague el precio o dé garantías suficientes (art. 238).

Está contemplando este artículo los modos que equivalen a la tradición de la cosa vendida, pues las obligaciones del vendedor se reducen a dos: la entrega o tradición y el saneamiento de la cosa vendida (art. 1880 del C. C.).

Para que se verifique la tradición se requiere, por una parte, que el tradente sea dueño de la cosa y que tenga la facultad e intención de transferir el dominio, y por otra, que el adquirente tenga capacidad e intención de adquirirlo. Por ello el inciso segundo del artículo es una excepción al primero, porque en el vendedor falta el ánimo de transferir la propiedad hasta tanto que el comprador consigne el precio o asegure el pago, requisito sin el cual, es inoperante la tradición de los efectos vendidos; por consiguiente, la venta se habrá verificado bajo condición suspensiva.

En seguida el artículo 239 consagra la manera como se hace la tradición:

Primero.—Por la transmisión del conocimiento, carta de porte o factura, durante el transporte de las mercaderías por mar o por tierra;

Segundo.—Por la fijación que hace el comprador de su marca

en las mercaderías compradas con conocimiento y aquiescencia del vendedor;

Tercero.—Por cualquier otro medio autorizado por el uso constante en el comercio.

El artículo 272 del código de comercio define la carta de porte diciendo que es el documento privado que las partes otorgan para acreditar la existencia y condiciones del contrato y la entrega de las mercaderías al porteador; por tanto, la carta de porte tiene dos finalidades en el comercio: servir de medio probatorio de las obligaciones contraídas por los contratantes y como medio de hacer la tradición de las cosas vendidas.

En cuanto al numeral tercero, hay que estudiar en cada caso que se presente, cuál es el uso constante en el comercio, pues si en Medellín se acostumbra hacer la entrega a una empresa de transporte, por insinuación del comprador, desde el momento en que el vendedor haga la respectiva entrega de los efectos vendidos a la empresa, se operará, ipso jure, la tradición, lo que equivale a decir que los riesgos son de cuenta del comprador desde que se haga la entrega.

#### **Calidad de depositario en el vendedor**

Mientras que el comprador no retire y traslade las mercaderías, el vendedor es responsable de su custodia y conservación a la ley del depósito (art. 240).

En relación con este artículo, ocurre con mucha frecuencia que el comprador, una vez perfeccionada la compraventa, deje los efectos vendidos en poder del vendedor para que los guarde; en ese caso cesará toda responsabilidad del vendedor como consecuencia del contrato de compraventa, pero no en su calidad de depositario, porque siempre queda obligado a responder de la culpa grave si no se ha estipulado nada sobre el depósito; mas si se ofreció espontáneamente, o ha pretendido se le prefiera a otra persona para depositario, o si tiene interés personal en el depósito, responderá de la culpa leve (art. 2247 del C. C.).

#### **Prelación de crédito a favor del vendedor**

Estando las mercaderías en poder del vendedor, aunque sea por vía de depósito, éste tiene preferencia sobre ellas a cualquier

otro acreedor del comprador, por el precio e intereses legales (art. 241).

Consagra este artículo un privilegio a favor del vendedor, es decir, la ley le concede la prelación de crédito sobre los demás acreedores del comprador, con respecto a las mercaderías que tenga en su poder, porque "sobre las especies identificables que pertenezcan a otras personas por razón de dominio y existan en poder del deudor insolvente, conservarán sus derechos los respectivos dueños (art. 2489 del C. C.)". Si se trata de un comerciante que ha sido declarado en estado de quiebra, esto es, que hubiere cesado en el cumplimiento de sus obligaciones mercantiles, el vendedor podrá ejercer acción de dominio sobre los géneros vendidos al quebrado a pagar al contado, cuyo precio o parte de él no hubiere satisfecho, siempre que estén embalados en el almacén del quebrado y que puedan distinguirse específicamente por las marcas y los números de los fardos o bultos, como también sobre las mercaderías que el quebrado hubiere comprado al fiado, mientras no se le hubiere hecho la entrega material de ellas en sus almacenes, o en el paraje convenido para hacerla, o que después de cargadas de orden y por cuenta y riesgo del comprador, se le hubieren remitido las cartas de porte o los conocimientos (Decreto 750 de 1940 art. 40 No. 5 y 6).

Ahora, si las mercaderías hubieren bajado de precio, de modo que el vendedor no pueda cubrirse todo el valor de los efectos vendidos, por el resto que se le adeude, tendrá derecho a concurrir con los otros acreedores del comprador, crédito que estará condicionado a que se le reconozca el mayor interés corriente de la plaza.

#### **Del saneamiento de la cosa vendida**

El vendedor está obligado a sanear los efectos vendidos, y a responder de los vicios ocultos que contengan, conforme a las reglas establecidas en el Título De la compraventa civil (art. 246).

Hay saneamiento por evicción cuando el comprador es privado del todo o parte de la cosa comprada, por sentencia judicial. Pero para que pueda hacerse efectiva esta acción, es indispensable que la evicción tenga una causa anterior al contrato, salvo el caso de que las partes estipulen lo contrario; mas si de parte del vendedor ha habido mala fe, será nulo todo pacto en que el comprador lo exima del saneamiento.

Cuando al comprador se le demande la cosa vendida, deberá

citar al vendedor para que comparezca a defenderla; si éste no opone medio alguno de defensa en el juicio y se allana a reconocer el saneamiento, el comprador puede seguirlo por su propia cuenta, pero si no citare al vendedor para que comparezca a defender la cosa, o haya dejado de oponer alguna excepción suya, no será obligado al saneamiento, como cesará también la obligación cuando por su culpa perdió la posesión, y como consecuencia de ello se siguió la evicción, o hubiere sometido el juicio a arbitramento, sin consentimiento del vendedor, y fuere vencido.

La acción de saneamiento, a que está obligado el vendedor, comprende la restitución del precio, aunque la cosa valga menos al tiempo de la evicción; las costas legales del contrato de venta que hubieren sido satisfechas por el comprador; el valor de los frutos que el comprador hubiere sido obligado a restituir al dueño, y las costas que hubiere erogado a consecuencia y por efecto de la demanda, salvo que siga el juicio por su propia cuenta, pues en tal caso, no tendrá derecho a que el vendedor reconozca estos gastos; el aumento del valor venal que la cosa evicta haya tomado en poder del comprador, aún por causas naturales, o por el mero transcurso del tiempo.

Esta regla tiene las siguientes limitaciones:

Si el menor valor de la cosa proviene de deterioros de que el comprador haya sacado algún provecho, se hará el debido descuento en la restitución del precio. Pero si la cosa ha aumentado de valor, que provenga de mejoras útiles o necesarias, hechas por el comprador, el vendedor reembolsará dicho aumento, salvo en cuanto el que obtuvo la evicción haya sido condenado a abonarlas. En el caso de que se trate de ventas forzadas hechas por autoridad de la justicia, el vendedor no responderá de la evicción que sufra la cosa y su obligación se limitará a la devolución del precio que produjere la venta.

Ahora, puede suceder que por estipulación expresa el vendedor no se haga responsable de la evicción; mas ello no lo exime de la obligación de restituir el precio que hubiere recibido, aunque la cosa se haya deteriorado o disminuído de cualquier modo su valor aun por hecho o culpa del comprador, excepto en cuanto éste hubiere sacado provecho del deterioro. Pero si el comprador sabía que la cosa no pertenecía al vendedor o si expresamente se hizo cargo de la evicción, cesará para éste la obligación de restituir el precio.

El comprador tiene dos acciones: Si la evicción no recae sobre toda la cosa vendida y la parte evicta es tal, que sea de presumir que no se habría comprado la cosa sin ella, habrá derecho a pedir la rescisión de la venta. En virtud de esta rescisión, el comprador será obligado a restituir al vendedor la parte no evicta, y para esta restitución será considerado como poseedor de buena fe, a menos de prueba contraria; y el vendedor, además de restituir el precio, abonará el valor de los frutos que el comprador hubiere sido obligado a restituir con la parte evicta, y todo otro perjuicio que de la evicción resultare al comprador. Si la parte evicta no es de tanta importancia y el comprador no quiere pedir la rescisión del contrato, el vendedor sólo será obligado al saneamiento de la evicción parcial.

### De la falta de entrega por caso fortuito

Si la falta de entrega procediere de la pérdida fortuita de las mercaderías vendidas, el contrato quedará resuelto de derecho, y el vendedor libre de toda responsabilidad (art. 243).

En primer término, este artículo está empleando inadecuadamente la palabra rescisión, por cuanto aquí no se trata de los vicios de que puede adolecer el consentimiento, esto es, el error, la fuerza y el dolo, sino de que el vendedor no pudo cumplir el contrato a consecuencia de un caso fortuito, y desde luego, no es que se rescinda el contrato, sino que se resuelve de derecho, porque en los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en caso de no cumplirse lo pactado por uno de los contratantes, es decir, se extingue la obligación del vendedor, puesto que el caso fortuito le impidió dar cumplimiento al contrato.

Pero por el hecho de que se resuelva la venta, quedará el comprador exento de la obligación de pagar el precio? Precisamente esta es la cuestión que trataremos de resolver, porque la disposición del artículo 243 puede interpretarse en el sentido de que por el hecho de quedar libre el vendedor de toda responsabilidad, desvincula al comprador de la obligación de pagar el precio, ya que no se hace la entrega de la cosa.

Para resolver la cuestión, es preciso distinguir entre si la venta se ha perfeccionado (que es la interpretación lógica y cómo debe entenderse el artículo en mención), o si solamente se trata de una propuesta de venta. Si lo primero, el artículo 232 del código de

comercio consagra la regla de que la pérdida de la cosa, después de perfeccionado el contrato, es de cuenta del comprador, lo que quiere decir que si los contratantes convinieron en el precio y en el objeto, aunque no se haya hecho la entrega, la venta habrá quedado perfecta desde ese momento, y por tanto, los riesgos serán a cargo del acreedor. (Esto, siempre que el vendedor no hubiere tomado a su cargo la pérdida de la cosa, o no se haya constituido en mora de entregar, o que el caso fortuito no haya sobrevenido por fraude o culpa suya, o que la pérdida no provenga de vicio interno de la cosa vendida y no entregada, o que la venta se haya verificado bajo condición suspensiva). Por ello el artículo 243 hay que interpretarlo —en el primer supuesto— de acuerdo con las reglas comunes del derecho y de conformidad con el artículo 232, esto es, que el vendedor puede exigir la contraprestación del comprador, o sea, que éste le reconozca el precio de la cosa perdida.

Si lo segundo, es decir, cuando sólo se trata de una propuesta de venta, en tal evento la circunstancia habrá hecho variar la situación del comprador, porque la cosa se pierde para su verdadero dueño, que en el caso contemplado, es el vendedor, y desde luego, el comprador no queda vinculado con aquél, lo que equivale a no estar obligado a pagar el precio de la cosa perdida.

### Obligaciones del comprador

— Puesta la cosa a disposición del comprador, y dándose éste por satisfecho de ella, deberá pagar el precio en el lugar y tiempo estipulados.

No habiendo término ni lugar señalados para el pago del precio, el comprador deberá hacerlo en el lugar y tiempo de la entrega, y no podrá exigirla sino pagando el precio en el acto de hacerla o dando las convenientes garantías (art. 247).

De conformidad con la primera parte del artículo 247, debe entenderse que el comprador se da por satisfecho cuando la cosa es sana y de mediana calidad, y en cuanto al lugar y tiempo de hacerse el pago, los contratantes pueden estipular todo lo que tengan a bien sobre este punto.

La segunda parte constituye una excepción a la regla dada en el artículo 1646 del código civil, porque en éste se hace diferencia: Si no se ha estipulado lugar para el pago y se trata de un cuerpo cierto, el pago se hará en el lugar en que dicho cuerpo existía al

tiempo de constituirse la obligación. Pero si se trata de otra cosa, se hará el pago en el domicilio del deudor. Por supuesto que esta excepción no sólo está consagrada en el código de comercio, sino también en el inciso primero del artículo 1929 del código civil que dice: El precio deberá pagarse "o en el lugar y tiempo de la entrega, cuando no ha habido estipulación". De tal suerte que este artículo y el 247 del código de comercio no hacen diferencia de la entrega de cuerpo cierto, especies indeterminadas y obligaciones de género.

Se dirá que el artículo 1929 del código civil deroga el 1646. No, porque el 1929, que es una disposición de carácter especial para la compraventa, tiene prelación sobre la del 1646, que establece una regla general para toda clase de obligaciones.

Respecto a la última parte del artículo que dice: el comprador no podrá exigir la entrega sino pagando el precio en el acto de hacerla o dando convenientes garantías, hay que interpretarla de conformidad con el artículo 237 del código de comercio, esto es, cuando el crédito y la fortuna del comprador hubieren menguado considerablemente, de modo que el vendedor se halle en inminente peligro de perder el precio.

El comprador que contratare en conjunto una determinada cantidad de mercaderías, no está obligado a recibir una porción bajo promesa de entregarle posteriormente las restantes.

Pero si el comprador aceptare las entregas parciales, la venta se tendrá por consumada en cuanto a las porciones recibidas, aun cuando el vendedor no le entregue las restantes.

En este caso, el comprador podrá compeler al vendedor a cumplir íntegramente el contrato, o a indemnizarle los perjuicios que le cause el cumplimiento imperfecto (art. 249).

El primer inciso es sólo consecuencia de que el comprador está obligado a entregar lo que reza el contrato, y confirmación de una regla de derecho común de que el deudor no puede obligar al acreedor a recibir por partes lo que se le deba, salvo el caso de convención en contrario. De allí que la ley autorice al comprador a no recibir una porción de los efectos vendidos bajo la promesa de entregarle las restantes después.

Pero el segundo inciso establece una excepción al primero, porque si el comprador opta por recibir las entregas parciales, la venta se tendrá por consumada en cuanto a las porciones recibidas, aun cuando el vendedor no entregue las restantes. Se pensará que esta

regla contraria principios fundamentales en cuanto se refiere a las obligaciones en general. Pero no es así, porque el mismo artículo le concede al comprador el derecho para no recibir por partes lo que se estipuló, lo cual equivale a renunciar ese derecho, y de conformidad con principios generales, se podrá renunciar los derechos conferidos por las leyes, con tal que miren sólo al interés individual del renunciante y no esté prohibida la renuncia. Como el comprador espontáneamente acepta las entregas parciales de los efectos vendidos, es de suponer que tácitamente acepta el contrato en tales condiciones, y desde luego, quedará perfecto en cuanto a las porciones entregadas.

El tercer inciso establece una sanción para el caso de que el vendedor cumpla imperfectamente el contrato, es decir, debe pagar perjuicios. Esta regla se aparta completamente de la disposición que trata del pacto resolutorio, porque según éste, si uno de los contratantes no cumple lo pactado, el otro tiene dos acciones: o solicitar la resolución, o el cumplimiento del contrato, con indemnización de perjuicios. En cambio en este artículo si el vendedor cumple íntegramente el contrato quedará eximido de pagar perjuicios, y si lo cumple imperfectamente, el comprador no podrá solicitar la resolución de la venta, sino únicamente indemnización de perjuicios. Esto tiene su razón de ser, porque en el comercio se impone la celeridad y la seguridad en las operaciones mercantiles.

— o —

Damos por terminado el presente trabajo, no antes sin dejar de reconocer las deficiencias y la falta de orden en su desarrollo, pues debido a la ninguna práctica, es de suponer —como sucede a todo principiante— que los primeros trabajos estén plagados de errores, y más si se tiene en cuenta que para la elaboración de esta monografía nos guiamos por las conferencias dictadas por el profesor de la materia, Dr. Carlos Palacio Calle, y bien pudiera suceder —como lo manifestamos al principio— que la memoria nos fallase y no nos permitiera apreciar con toda exactitud y precisión los conceptos emitidos por el profesor. Hicimos el esfuerzo que estuvo a nuestro alcance a fin de abarcar todo lo relativo a la compraventa comercial. Comentamos cada uno de los artículos con criterio propio y tal como los entendemos sin miramiento a que estén o no de acuerdo con los expositores de la materia, y quizá a ello se deban los errores cometidos.

## MISCELANEAS PENALES

Estudio sobre el Código Penal

(Continuación)

### P E N A S

Están definidas como principales o accesorias; se advierte que las de presidio, prisión y arresto se cumplirán bajo régimen de aislamiento nocturno y de trabajo industrial y agrícola durante el día; que los primeros tiempos, de un mes a dos años, se iniciarán para los presidiarios en aislamiento permanente; que la pena de presidio se cumple en una penitenciaría y que tiene, además, la obligación de trabajar en obras públicas, obligación que no existe para las personas condenadas a prisión, mientras a los arrestados tampoco les corresponde trabajar en obras públicas. Para éstos hay libre escogencia de las formas de trabajo organizadas en el respectivo establecimiento; para presidiarios y presos no hay esta libre escogencia. La pena pecuniaria que traía el proyecto fue suprimida por el Senado de la República. En la parte pertinente se lee: "Arts. 346 y 350. Debe cambiarse la sanción pecuniaria por la de multa".—Arts. 390, 392, 393, 394, 395, 396, 428, 429, 431, 432, 435, 436, 443, 445 y 446, debe sustituirse la pena de sanción pecuniaria que allí aparece, por la de multa".

Y el informe que motiva esta petición —aceptada por las Cámaras— dijo: "...suprimimos la sanción pecuniaria. Esta pena, según el artículo 51, consiste en la obligación de pagar de una vez o por cuotas periódicas, a la víctima o a su familia, la suma que

determine el Juez, de acuerdo con la gravedad del delito, la capacidad económica del condenado y su personalidad.

Como al mismo tiempo se conserva la acción civil para la indemnización de los perjuicios causados por el delito, y no sólo esto, sino que además se da carácter oficioso a esa acción y se dispone en el artículo 101 que en toda sentencia condenatoria por infracciones de que resulten daños y perjuicios contra alguna persona natural o jurídica, se deberá condenar a los responsables solidariamente a la indemnización de todos los perjuicios que hayan causado, bien podría suceder que se condenara, si subsiste la sanción pecuniaria, a pagar dos veces los perjuicios civiles.

“Además, el proyecto no aplica en ningún caso la sanción pecuniaria como única pena, sino que siempre la agrega a alguna que entraña privación de la libertad, y como según el art. 52, cuando no se haya pagado la sanción pecuniaria dentro del plazo señalado en la sentencia, se convertirá en arresto a razón de un día por cada dos pesos o fracción, resultaría que cuando tal sanción pecuniaria no se pague, vendría a aplicarse a un mismo hecho, dos penas privativas de la libertad, la impuesta en la sentencia, y la de arresto en que se convierte la sanción pecuniaria, cuando ésta no se paga, según lo hemos visto.

“Por otra parte —continúa la comisión del Senado— tal sanción pecuniaria puede resultar injusta en la mayor parte de los casos y desigual, pues al paso que unos condenados tendrían medios para pagarla, los más pobres no podrían hacerlo.

Por las anteriores razones hemos prescindido de la sanción pecuniaria, y por consiguiente hemos tenido que modificar todas aquellas disposiciones que la contienen en la parte especial”.

## MEDIDAS DE SEGURIDAD

### Reproducimos la discusión que antecedió al proyecto:

“Se entró luego a estudiar el capítulo II denominado “Medidas de corrección y de seguridad”.

El Dr. Escallón opina que este capítulo debe denominarse simplemente “Medidas de Seguridad”, porque las medidas de corrección son también simplemente de seguridad; de manera que el Título quedaría dividido en dos Capítulos, referentes el primero a las penas y el segundo a las medidas de seguridad.

El Dr. Cárdenas observa que tal vez sí hay algunas diferencias entre medidas correccionales, tratándose de menores y medidas de seguridad en general. Estas últimas constituyen una defensa social contra los elementos peligrosos, y no puede decirse que un menor sea estrictamente un elemento peligroso, sino una persona a quien le falta educación y carece o ha carecido de educación. La medida de seguridad se refiere principalmente a la privación de la libertad, y tratándose de los menores la cuestión preventiva, entre ella la libertad vigilada, ejerce un influjo especial, sin que pueda llamarse medida de seguridad, de suerte que me parece más conveniente llamar las medidas que se tomen con respecto a los menores con el nombre de correccionales y no con el de medidas de seguridad.

El Dr. Escallón, refiriéndose a las observaciones hechas por el Dr. Cárdenas en la anterior sesión sobre las diferencias que según él existen entre las medidas correccionales para menores de edad y medidas de seguridad en general manifiesta que el menor de edad delincuente es peligroso, esencialmente peligroso y para conjurar esa peligrosidad se aplican las medidas de seguridad. En el código penal se trata de menores delincuentes que precisamente con sus actos delictuosos han demostrado que sí son peligrosos para la sociedad, la cual tiene la obligación de tomar medidas que la pongan a salvo contra dichos infractores y modificar en ellos la deficiente educación que puedan tener. Agrega que en una de las sesiones anteriores opinó que el título de las sanciones podía dividirse en tres capítulos: 1. penas. 2. medidas de seguridad y 3. medidas correccionales, pero que estudiando con mayor detenimiento y más a fondo la cuestión ha visto que todas las legislaciones y todos los códigos aceptan que las medidas contra los menores son también medidas de seguridad. Para confirmar su tesis, los varios códigos entre ellos el Tcheco-slovaco, el Alemán y el Peruano.

El Dr. Lozano dice que este asunto está claro y que no admite ninguna discusión puesto que las medidas correccionales no son otra cosa que medidas de seguridad y que en tratándose de menores no se contempla en el código la peligrosidad predelictual, hoy día admitida en muchas legislaciones modernas, sino la peligrosidad post-delictuosa.

Aún para los sostenedores de la Escuela Clásica las medidas de seguridad tienen por objeto prevenir a la sociedad contra los individuos que por una u otra causa no disfrutan de normalidad. Estima por tanto que debe hacerse un solo capítulo para las medidas

de seguridad, el cual debe comenzar con los delincuentes que revelen mayor peligrosidad, o sea, los alienados, los cuales deben ser enviados mediante providencia judicial al manicomio criminal o a la casa de custodia o a la colonia agrícola que se establezca para tal efecto. En este capítulo debe establecerse no solamente la casa de menores en general sino un reformatorio especial, a fin de que a la primera sean mandados los que hayan cometido faltas menos graves y al segundo los que hayan demostrado perversión especial, pues no conviene mezclar los menores autores de delitos menos graves de ratería etc.. Establecer una sola casa para todos peca contra el principio de la individualización de la pena y puede hacer ineficaz la medida de seguridad. El reformatorio puede decirse que es como un equivalente del presidio para los mayores naturalmente con las atenuaciones que son necesarias. En cuanto a la internación de los alienados en el manicomio es necesario fijar un límite de permanencia mínima en él, es decir, que aunque se compruebe que el loco ha recobrado su sanidad mental no debe ser puesto en libertad si ese límite mínimo de internación no se ha cumplido, con lo cual se evitan los favoritismos y el escándalo social de ver por la calle a los locos delincuentes después que han estado un tiempo demasiado breve en el manicomio. La orden de libertad para los alienados deberá ser dada exclusivamente por la autoridad judicial, claro está que previo dictamen de las autoridades médicas respectivas. Quizás sería conveniente en este mismo capítulo tratar lo referente a los salvajes que deben ser sometidos a medidas especiales. A esto observa el Dr. Escallón que lo referente a los salvajes quizás sea mejor tratarlo en el capítulo correspondiente a la responsabilidad.

De común acuerdo se convino en que hubiera un solo capítulo para las medidas de seguridad que comprenderá también las que la anterior comisión denominó medidas de corrección y se redactó y aprobó el primer artículo de este capítulo, así:

## CAPITULO II

### Medidas de seguridad

“Artículo... Son medidas de seguridad:  
El manicomio criminal.  
La Colonia Agrícola para anormales

El reformatorio.

La escuela de trabajo o colonia agrícola para menores.

La Libertad vigilada".

El Dr. Lozano pide reconsideración del artículo 29 y dice que tal como está redactado da la impresión de que se adopta nuevamente el criterio de la responsabilidad moral porque esa disposición expresa que el que padezca de anomalía transitoria o permanente sólo estará sujeto a la aplicación de medidas de seguridad, que es tanto como decir que no se le aplicarán las penas establecidas por el código penal y que tan sólo se le aplicarán medidas de seguridad. Insiste en que establecida la imputabilidad legal como base de la penalidad, a quien infrinja la ley penal sea cualquiera su estado mental u orgánico o sus condiciones psíquicas, se le aplicarán las sanciones que correspondan al hecho infringido y a su personalidad. En consecuencia propone la siguiente modificación que es aprobada:

"Art. 29.—Al que al tiempo de cometer el hecho se encuentre en estado de enajenación mental o de intoxicación crónica producida por el alcohol o por cualquiera otra sustancia o padezca de grave anomalía psíquica se aplican las sanciones fijadas en el Cap. II del Título II del Libro Primero".

El Dr. Lozano presenta los siguientes artículos para el Capítulo II del Título II del Libro Primero:

Artículo.... "Son medidas de seguridad:

El manicomio criminal.

La Colonia agrícola especial.

La Escuela de trabajo.

El Reformatorio.

La Libertad vigilada.

La prohibición de concurrir a determinados lugares públicos.

La sanción pecuniaria.

Trabajo obligatorio en obras o empresas públicas.

La reclusión en un cuartel o guarnición.

El destierro."

Artículo.—"El manicomio criminal se destina para custodiar a los alienados que hayan cometido delitos reprimidos ordinariamente con la pena de presidio, o cuyo estado los haga muy peligrosos.

Artículo.—"La colonia agrícola especial se destina para custodiar a los que hayan cometido delitos reprimidos ordinariamente con pena distinta de la de presidio y cuyo estado no los haga muy

peligrosos. A ella serán conducidos preferentemente los alcoholizados y toxicómanos.

Artículo.—“Los establecimientos indicados en los dos artículos anteriores deben ser organizados y dirigidos por psiquiatras, de acuerdo con las enseñanzas de su ciencia, y completamente aparte de las instituciones similares fundadas para enfermos mentales comunes.

Artículo.—“Los individuos sometidos a estas sanciones por sentencia permanecerán en el manicomio o en la colonia por lo menos un año, en todo caso, y expirado este término de manera indefinida, hasta que el juez, comprobada la curación o la cesación del estado de peligro, lo disponga así, de acuerdo con las normas señaladas en el código de procedimiento.

Artículo.—“A los establecimientos previstos en los artículos anteriores serán conducidos también los delincuentes cuyo perturbación psíquica o enajenación se haya manifestado después de la sentencia definitiva.

Artículo.—“Los directores de los manicomios y colonias para alienados establecerán en ellos el trabajo obligatorio para todos los condenados cuyo estado lo permita, sin perjuicio del tratamiento curativo correspondiente.

Artículo.—“El reformatorio se destina para custodiar a los menores que hayan cometido delitos reprimidos ordinariamente con la pena de presidio o cuya corrupción moral sea muy grave a juicio del juez, pero siempre que sean mayores de doce años de edad. En su organización se procurará conciliar el fin educativo que debe tenerse en cuenta ante todo, con una estricta disciplina, bajo el régimen del aislamiento nocturno, y de la enseñanza y el trabajo durante el día.

Artículo.—“El menor sujeto a esta medida por sentencia, no podrá permanecer en el reformatorio menos de dos años, ni más tiempo del que falte para cumplir la edad de veinticinco años”.

El Dr. Lozano observa que con la presentación de estos artículos no sólo pretende suministrar un tema de discusión, sino que también quiere demostrar la tesis por él sostenida en sesión anterior acerca de la conveniencia de apartarse un poco de la ruta señalada por la anterior Comisión, en su Proyecto, para poder redactar con mayor libertad y originalidad el nuevo código que se proyecta. Consecuente con este pensamiento propone que cada día uno

de los miembros de la Comisión traiga a la sesión redactadas las fórmulas que sobre cada materia en particular deban ser motivo de discusión, con lo cual se logrará un análisis más concienzudo y más reposado de los preceptos que deben formar el cuerpo del código penal que deba regir en Colombia. Tales fórmulas deben ceñirse a un criterio científico y amoldarse en cuanto sea posible a las condiciones del país, pero no debe ser motivo de preocupación para los miembros de esta comisión, el temor, fundado o infundado, de que las Cámaras o el Ejecutivo no le darán vida a tales fórmulas. Lo importante es presentar una obra armónica y científica. Refiriéndose a los artículos que ha presentado dice que estima necesario que no solamente se establezca el manicomio criminal para los alienados sino también la colonia agrícola especial, porque en aquél por regla general no puede organizarse el trabajo obligatorio, entre otras cosas porque se trata de internados cuyo estado es peligroso; en cambio en las colonias sí puede tener lugar la organización del trabajo. Considera además indispensable que a los delincuentes políticos se apliquen sanciones que no tengan el sello de estigma que llevan en general las sanciones para los delincuentes comunes. En cuanto a la diferencia entre el reformatorio y la casa de trabajo para menores ya expresó en sesión anterior que aquél es para los menores que muestren perversión moral y ésta es para los delincuentes menores autores de faltas no muy graves. Todos los establecimientos aludidos en los artículos propuestos deben tener como condición que los delincuentes allí enviados permanezcan por un término mínimo determinado. Estima justa la sanción pecuniaria para los delincuentes alienados que dispongan de bienes de fortuna.

Continuó la discusión de los artículos presentados en la sesión anterior por el Dr. Lozano y el Dr. Cárdenas dice que tiene que hacer varias observaciones de carácter general unas y de carácter particular otras en relación con los artículos que se discuten, artículos que en realidad traen modificaciones muy interesantes sobre lo elaborado por la anterior Comisión, como por ejemplo, la supresión de la casa de custodia que no corresponde a una medida que en Colombia pueda realizarse y la reemplaza por la Colonia Agrícola que si es prácticamente realizable en el país. En cambio enumera algunas medidas que no las encuentra aceptables, porque algunas están previstas como penas principales o accesorias para los delincuentes sanos de mente y porque además por su propia naturaleza y dentro del criterio que hemos aceptado de la división de las san-

ciones en penas y medidas de seguridad, no quedan bien dentro de estas últimas. Tales son principalmente la sanción pecuniaria, la reclusión en un cuartel o guarnición y el destierro, sanción esta última que ya convinimos en suprimir. Es cierto que en algunas legislaciones además de la pena principal se establecen otras con carácter complementario y a las cuales se da el nombre de medidas de seguridad, pero entiende que en este Capítulo únicamente se trata de aquellas medidas de seguridad no con carácter complementario sino con el carácter de principales y para delinquentes enfermos de la mente y no es aceptable que a un delincuente de esta clase se le impongan la sanción pecuniaria ni la reclusión en un cuartel o guarnición ni mucho menos el destierro, como tampoco pueden aceptarse medidas contra los menores. Acepto las medidas de seguridad que el Dr. Lozano ha presentado, consistentes en el manicomio criminal, la Colonia Agrícola Especial, Escuela de Trabajo, el Reformatorio, la libertad vigilada y la prohibición de concurrir a determinados lugares públicos, que sí pueden llevarse a la práctica y que sí corresponden a las medidas de seguridad que deben tratarse en este Capítulo.

A las observaciones del Dr. Cárdenas replica el Dr. Lozano que en primer lugar la discrepancia de criterio estriba en que él continúa fiel al concepto de la unidad sustancial entre penas y medidas de seguridad y porque continúa firme a la idea de establecer regímenes más adecuados según la variedad de los delinquentes sin que quiera decir con ello, como afirma el Dr. Cárdenas, que a los sanos de mente no pueda aplicarse medidas de seguridad o a los anormales no se pueda aplicar otras sanciones o penas. Precisamente por eso en los artículos que ha presentado se incluyen entre las medidas de seguridad algunas sanciones que han sido consignadas ya en el código con el carácter de penas, sobre la base de que se aplicarán con diverso criterio según los casos. Así, por ejemplo, estima que no hay medida más justa que la de ordenar que el alienado que dispuso de suficientes bienes de fortuna repare por medio de una sanción pecuniaria las consecuencias nocivas de su acto, cosa que está admitida en el derecho civil y que tiene tanta mayor razón en el derecho penal cuanto que los enfermos mentales van a disfrutar de un tratamiento muy humanitario y principalmente cursivo. Dentro del mismo criterio fundamental ya enunciado atrás considera que los delitos políticos, deben disfrutar de un régimen especial que los separa netamente ante la opinión pública de los delinquentes

comunes. Y estima a la vez que el tratamiento que se les debe emplear encaja dentro de la modalidad penal de las medidas de seguridad, puesto que la delincuencia política no atenta contra las bases sustanciales de la convivencia humana sino contra determinados sistemas transitorios de organización política, cuya seguridad viene a menos, o se resiente a causa de las actividades de los revolucionarios o agitadores sociales. Explica además, que ha incluido la medida del destierro para los delincuentes políticos porque estima que el carácter odioso que a primera vista puede tener esta sanción procede de que ha solido ser aplicada arbitrariamente por los gobiernos; pero que esa impresión se disipa en el caso de que se imponga por sentencia y con la plenitud de las formas judiciales, siendo como es la forma ideal de reprimir a los delincuentes políticos que no deben ser privados de su libertad sino simplemente puestos en incapacidad de causar daño a las instituciones existentes.

El Dr. Escallón dice que en vista de las explicaciones dadas por el Dr. Lozano sobre el alcance de los artículos propuestos por él, estima necesario que se aclare suficientemente lo relativo a las penas y medidas de seguridad que en el fondo es la base sobre que debe girar la reforma penal.

Desde el año de 1909 en adelante, la discusión en el campo penal se ha concretado a los dos puntos siguientes: 1o. La introducción de las medidas de seguridad en el Código Penal y 2o., si entre éstas, y las penas existen diferencias sustanciales. Dentro del antiguo concepto clásico frente del derecho penal no hay sino delincuentes sanos de mente a quienes se les impone una pena, de carácter aflictivo y que implica una retribución de mal por mal; dentro de ese mismo criterio clásico se excluye del código penal a los delincuentes enfermos de mente y solamente en parte mira como sujetos del código penal a los delincuentes menores de edad. Surgida la discusión sobre lo que son las penas y las medidas de seguridad y sobre la jurisdicción que deba adoptarse para aplicar éstas últimas, considera que entre unas y otras no hay diferencia sustancial por ser ambas reacciones de la sociedad contra el delito y que sobre el particular sucede algo semejante a lo que existe en relación con los ilícitos civiles y penales entre los cuales no hay una diferencia cualitativa sino cuantitativa dependiente de la importancia del derecho violado. Las penas y las medidas de seguridad son medidas de defensa social, pero esto no quiere decir que entre unas y otras haya absoluta identidad. La pena es la defensa que toma la socie-

dad contra el delincuente normal a quien aplica especial tratamiento penal; la medida de seguridad es la defensa que toma la sociedad contra los enfermos de mente, los intoxicados y los menores de edad. No podemos apartarnos de este concepto que corresponde a la realidad, hay algunas medidas de seguridad que pueden aplicarse a los delincuentes habituales o de tendencia, después de que se les ha impuesto una pena y éste es uno de los casos en que aquéllas tienen el carácter de complementarias. En esta forma aceptaría la relegación a las colonias penales para que se cumpliera después de haberse aplicado la pena; pero no se puede aceptar que al sano de mente se imponga la misma medida que al enfermo porque las sanciones dependen de las condiciones especiales de cada individuo y son ellas justamente las que indican si el delincuente debe ser llevado a una colonia, a un manicomio o al presidio. El código penal Ruso tiene una clasificación exacta de las sanciones sociales, que denomina, medidas de defensa social y que divide en dos clases: primera de orden correctivo equivalente a las denominadas penas, y segunda, de orden médico, curativo y educativo. Esta clasificación deslinda claramente las medidas de seguridad que corresponden a los sanos de mente y las medidas que se destinan a los enfermos de la mente. Así pues, la unidad sustancial entre las medidas de seguridad no implica la conveniencia de entremezclarlas indistintamente según que los delincuentes pertenezcan a una u otra categoría. En cuanto al asunto relativo a los delincuentes políticos, es preciso reconocer que se trata de una penalidad especial que no debe confundirse con la que corresponde a los demás delincuentes, ni menos con la referente a los anormales, pues las sanciones para esos delitos políticos tienen más que todo por objeto la conservación y seguridad de un orden político. De la enumeración de las medidas de seguridad presentada por el Dr. Lozano, estima que pueden aceptarse como tales las seis primeras y que las cuatro restantes por referirse a personas que disfrutan de normalidad deben colocarse en sitios separados y con el carácter de penas. En cuanto a la sanción pecuniaria piensa que ella no puede aceptarse para los anormales porque ellos no están en capacidad de darse cuenta y sentir esa sanción e insiste sobre la conveniencia de dictar disposiciones especiales para la reparación de daños y perjuicios, disposiciones en las cuales se deben dar los elementos a fin de que en la misma sentencia se pueda ordenar la reparación pecuniaria. Para terminar dice que la Comisión no tiene la misión de hacer un código de tendencia

rígida netamente científica y que encaje dentro del sistema de determinada escuela penal sino que su trabajo debe ser el de proponer un plan en el cual se adapten los principios científicos a las condiciones de Colombia para que de ese modo sea realizable; con esto se puede amoldar la Comisión a lo que se ha llamado el relativismo del derecho penal.

El Dr. Lozano manifiesta que ha tenido ya ocasión de contestar en oportunidades anteriores todos los argumentos que acaba de formular el doctor Escallón. Y que percibe una vez más una diferencia de criterio, que hace lógicas las conclusiones que cada cual saca de diferentes premisas, sin permitir su recíproca conciliación. Considera por lo tanto inútil reabrir una discusión que tuvo la mayor amplitud, hace algunas semanas, cuando el mismo Lozano propuso que no se señalara en el código sino una sola clase de sanciones penales.

Agrega sin embargo que se ve obligado a rectificar muy atentamente al doctor Escallón un concepto que procede de una incompleta interpretación de su pensamiento. Lozano sostiene, ha sostenido y sostendrá la tesis de la individualización de la pena, que no es sino la traducción penitenciaria de la teoría fundamental de la peligrosidad. Cree en consecuencia que debe haber una gran variedad de sanciones, y si las circunstancias especiales de Colombia, no hicieran utópico el plan, habría insinuado tres o cuatro categorías de regímenes penales aplicables a la sola categoría de los alienados. No pretende Lozano, como parece darlo a entender el Dr. Escallón, que al paranoico se aplique el mismo tratamiento que al delincuente instintivo, al político, al ocasional o al epiléptico. Lo que sostiene y seguirá sosteniendo es que esa múltiple variedad de tratamientos, son de la misma naturaleza intrínseca, así como los diversos tratamientos médicos aplicables a las diversas enfermedades, pertenecen a una sola categoría esencial, desde el punto de vista científico. Repite, por lo tanto, que si el Dr. Escallón declaró antes que la discusión entre penas y medidas de seguridad obedecía a un simple criterio de orden y clasificación, no tiene nada de sorprendente que medidas de seguridad se apliquen lo mismo a los anormales que a los normales, tanto más cuanto que los menores, incluidos por los doctores Escallón y Cárdenas entre los que estarán sujetos a las mencionadas medidas de seguridad, no pueden considerarse como anormales.

Continuó la discusión de los artículos propuestos por el Dr.

Lozano sobre medidas de seguridad. El Dr. Escallón dice que el proyecto de Código Penal de Ferri es el único proyecto que expresa de manera completa las ideas de la Escuela Positiva y dentro de los Códigos vigentes, el ruso es también la expresión más avanzada de aquellas ideas. En el Proyecto Ferri se ve que dentro de la denominación genérica de sanciones existen varias que aunque tengan características comunes no por ello dejan de ser diferentes según la clase de delinquentes a que se apliquen. Destaca en dicho proyecto cuatro grupos que son: 1o. las sanciones impuestas a los mayores de 18 años que cometen delitos comunes; 2o.—Sanciones para delitos políticos, que no fueron contempladas en el Proyecto de la Comisión Colombiana y que deben incluirse ahora; 3o.—Sanciones para los delinquentes menores de 18 años y 4o.—Sanciones para los delinquentes mayores de 18 años, enfermos de la mente.

En el anterior proyecto colombiano se adoptaron las mismas sanciones, salvo las referentes a los delitos político sociales, que tienen todas el mismo carácter, son de la misma naturaleza, figuran todas en el Código Penal, las impone el Juez mismo en la sentencia, sin necesidad de un procedimiento especial y sin que el Juez tenga, antes de aplicarlas, necesidad de pronunciar sobreseimiento o absolución del delincuente anormal. Es verdad que fueron colocadas en Capítulos separados, pero ello no quiere decir que sean distintas.

El Dr. Lozano observa que el Dr. Escallón ha repetido el argumento de que a los anormales deben aplicarse sanciones diversas de las correspondientes a los normales, y como ha citado el proyecto Ferri se ve obligado a rectificar y precisar una vez más su pensamiento al respecto, puesto que desde el principio de las sesiones ha venido luchando para que se implanten en el proyecto las ideas de Ferri, que son las positivistas. Ferri considera iguales todas las sanciones, las coloca en una sola lista y las clasifica únicamente por motivos de orden. Así pues existe un abismo entre el proyecto Ferri y el presentado por la anterior Comisión, y como no quiere alargar el debate, acepta que se haga un grupo especial de estas sanciones, ya que los otros miembros de la Comisión aceptan a su turno las sanciones para los delinquentes políticos.

El Dr. Cárdenas propone las siguientes modificaciones a los artículos propuestos por el Dr. Lozano:

"Art. 47.—bis. Las penas para los delinquentes político-sociales son las siguientes:

Sanción pecuniaria.

Reclusión en un cuartel o establecimiento semejante.

Confinamiento.

Artículo.—A los delincuentes de que trata el Art. 29 se aplicarán las siguientes medidas de seguridad:

Manicomio Criminal.

Colonia Agrícola especial.

Art.—A los delincuentes sanos de mente, menores de 18 años, se aplicarán las siguientes medidas de seguridad:

Prohibición de concurrir a determinados lugares públicos.

Libertad vigilada.

Escuela de Trabajo.

Reformatorio".

Dice el mismo doctor Cárdenas que ha cambiado el destierro por el confinamiento, porque aquella pena, lejos de establecer situaciones menos graves para el condenado, si es en realidad infamante y le causa vejamen y dolor profundo, y que además no es partidario del destierro por las mismas razones con que rechaza la pena de muerte y especialmente porque se puede usar de esas penas con fines políticos.

El Dr. Rey manifiesta que la pena de destierro implica una gran desigualdad, porque para algunos condenados a ella puede ser terrible y traerles grandes pesares especialmente cuando carecen de bienes de fortuna; y en cambio para otros condenados puede ser tan dulce y agradable que prácticamente no sea una pena. El confinamiento trae menos desigualdades y tiene la ventaja de que controla mejor las actividades políticas del condenado desde luego que puede complementarse con la vigilancia del confinado. Podría aceptarse en último término la adopción del destierro y del confinamiento, con facultad para el condenado de escoger la que le parezca mejor.

El Dr. Lozano dice que el criterio de la distinción de las penas aplicables a los delincuentes comunes y a los delincuentes políticos estriba en que los últimos en general obedecen a motivos generosos y altruistas cuando ejecutan los actos delictuosos y que en muchas ocasiones cuando llegan a triunfar en sus ideas revolucionarias no sólo están exentos de penas sino que llegan a escalar el poder. Debe tenerse sin embargo en cuenta la observación que ha hecho la escuela positiva acerca de que no todo el que ejecuta actos o movimientos políticos obedece a motivos altruistas, si debe ser

en consecuencia estimado como verdadero delincuente político, porque muchas veces ejecutan esos actos para saciar pasiones bajas e instintos criminales y en esa forma se cubre el delincuente con la bandera política para cometer delitos comunes. Pero una vez establecido que el delito es en realidad político debe adoptarse un tratamiento especial que corresponda a las condiciones morales e intelectuales del delincuente y que siendo la sanción rígida y hasta drástica en el sentido de garantizar el orden existente, sea también humanitaria, eficaz y que no degrade moralmente al condenado. Desde el año de 1830 se estableció en Francia esta pena diferencial para los delitos políticos y se destinó la Isla del Diablo para los condenados políticos. El argumento de la pena de destierro implica desigualdades, como no tiene mayor fuerza, debe deshecharse, porque lo mismo sucede con las demás penas, por ejemplo la de presidio que no tiene la misma gravedad para un individuo soltero que para un casado y padre de muchos hijos. La ley no puede remediar estas desigualdades. La pena de confinamiento la estima ineficaz porque no responde a la defensa del orden político que se trata de establecer pues dentro del territorio los conspiradores siguen complotando. En el derecho internacional interamericano existe lo que se llama el derecho de asilo que los hombres públicos perseguidos buscan para poder partir al extranjero, lo que quiere decir que los delincuentes políticos, no sólo no rechazan sino que prefieren la pena de destierro a la de pérdida de la libertad.

El Dr. Escallón dice que desde luego es interesante expresar que todos los pueblos han usado del destierro desde Grecia y Roma, pero anota que es muy simpático el hecho de que en Colombia no exista esa pena, lo que es un timbre de orgullo para el país; pero desde el punto de vista de la eficacia el destierro es profundamente desigual como pena. Las penas para los delitos políticos buscan la seguridad pública y con el destierro se fomentaría la inseguridad porque los exilados tendrían mayor facilidad de armarse y de dirigir con mayor resultado cualquier atentado contra la seguridad interna de Colombia.

Continuó la discusión sobre los artículos propuestos por el doctor Lozano, quien manifestó que se limitaba a hacer una breve explicación sobre el trabajo obligatorio en obras o empresas públicas sin analizar las otras medidas por él propuestas porque veía que sobre éstas no había ninguna discrepancia de criterio y en el fondo eran aceptadas por todos los miembros de la Comisión. El trabajo

obligatorio en obras o empresas públicas consiste en la obligación para las condenados de trabajar en establecimientos o empresas del Gobierno, con la sanción de que si no concurre a trabajar en las condiciones que se le impongan se le detiene y envía a un establecimiento penal. La medida de seguridad que se contempla es una especie de libertad vigilada y es verdaderamente ideal para los alcoholizados y para los toxicómanos que sometidos a un régimen de abstención y dedicados al trabajo pueden lograr su curación o mejor dicho su equilibrio psíquico y fisiológico a los tres meses más o menos de abandonar los vicios. Es un principio muy conocido el de que los toxicómanos sufren una verdadera perturbación del sentido moral y en esas condiciones son peligrosos para la sociedad y fácilmente arrastrados a la comisión de delitos.

Pero los síntomas patológicos pueden hacerse desaparecer en muchos casos en un tiempo breve. Por esta razón es preciso que se fije un término mínimo para que estén sujetos a la medida de seguridad de esa especie de delincuentes.

El Dr. Cárdenas considera muy interesante y desde luego aceptable la fijación del *minimum* para la aplicación de la medida de seguridad a que se refiere el Dr. Lozano, entre otras razones con el fin de evitar las simulaciones que pudieran presentarse tendientes a obtener que algunos delincuentes fueran enviados a manicomios o sitios semejantes y a los pocos meses o después de varios días, comprobada la sanidad mental de los reclusos se les pusiera en libertad lo que causaría un profundo escándalo en la sociedad. En cuanto al trabajo en obras o empresas públicas estima esta medida como irrealizable por las siguientes razones: porque en el país no hay escasez de trabajadores y por tanto sería un privilegio darles trabajo a los condenados y no a los individuos de buenos antecedentes sociales; además muy seguramente los gerentes o directores de las empresas o industrias no aceptarían en sus trabajos u obras a individuos que están cumpliendo una sanción penal; y por último, el trabajo no es una pena y a nadie denigra.

El Dr. Escallón dice que las observaciones del Dr. Lozano le parecen exactas y que la medida de seguridad de trabajo en obras o empresas públicas en teoría le parece inobjetable pero que en la práctica cree que no puede tener realización, entre otras razones porque muy probablemente no pasará de ser una farsa y recuerda un caso de cierto agitador político a quien en una ciudad de la Costa Atlántica se condenó a trabajos en obras públicas y las autorida-

des para dar cumplimiento a la sentencia se limitaron a nombrarlo sobrestante de una empresa municipal. Lo que sí debe establecerse es: primero, el límite mínimo de la medida de seguridad; y segundo el licenciamiento condicional de los que hayan sido internados o sometidos a las medidas de seguridad de que tratan algunos de los artículos del doctor Lozano a fin de que continúe la vigilancia y se compruebe que han dejado de ser peligrosos.

El Dr. Lozano contesta las observaciones del Dr. Escallón referentes al trabajo obligatorio en obras públicas, rechazándolas de plano porque decir que una medida penal pueda ser convertida en una farsa no es argumento, porque con tal criterio se podría evitar todo progreso y todo avance de las instituciones. Las reformas hay que establecerlas con firme voluntad y con optimismo aunque sea preciso hacer un gran esfuerzo a fin de que las masas y el pueblo se preparen para recibirlas. Si las reformas son buenas las autoridades tienen la obligación de buscar por todos los medios que ellas se cumplan. En cuanto a los argumentos del Dr. Cárdenas referentes al mismo tema, replica, que con esta medida no se trata de suministrar brazos para las obras públicas sino de establecer una sanción de carácter penal, que si es aceptable debe acogerse en el código sin preocuparnos de que las obras públicas necesiten o no necesiten trabajadores. En cuanto al argumento de que los gerentes no admitan a esos condenados observa que eso no implica ninguna dificultad porque el gobierno puede determinar las obras en que deban ser recibidos esos trabajadores y ante esa obligación impuesta a los gerentes o directores, tienen que someterse al mandato gubernamental. Dijo por último el Dr. Cárdenas que el trabajo no era denigrante, a lo cual observa el mismo Dr. Lozano que precisamente se busca que las medidas de seguridad no tengan tal carácter; lo importante es que dicho trabajo sea vigilado y desde el punto de vista de la conveniencia de la pena esto es muy benéfico para facilitar el mejoramiento moral y la regeneración completa de aquel contra quien se ha tomado la medida. En esta forma lo que pudiera perderse en rendimiento se gana en regeneración. Además pensar que en Colombia pueda existir una verdadera libertad vigilada fuera de algún establecimiento, es utópico. Repite que esta medida de seguridad la propone de modo especial para los toxicómanos. En definitiva fue aceptada por todos los miembros de la Comisión esta medida del trabajo obligatorio en obras y empresas públicas.

En consideración el art. 47 bis., propuesto por el Dr. Cárde-

nas, referente a los delincuentes político-sociales, el Dr. Lozano manifestó que no aceptaba que las sanciones allí contempladas se fijaran en el capítulo de las penas, sino que debían ser incluidas en este capítulo que se estudia y que trata de las medidas de seguridad y que en cuanto a la sanción pecuniaria no la estima aceptable para los delitos político-sociales y sí cree que sea lógico que ella se establezca para los alienados pues no hay razones de ninguna naturaleza para que en el derecho civil haya un régimen que sancione igualmente al alienado y al normal y en cambio en el código penal se establezca un régimen de favor para los alienados en lo que se refiere a la sanción pecuniaria. La fuente de contradicciones y confusiones en estas materias está en que habiéndose aceptado ya al fin y al cabo el principio de la responsabilidad legal para toda clase de personas que se pongan en pugna con la ley penal así sean ellas normales, anormales o menores, algunos de los miembros de la Comisión se olvidan de que está ya aprobado ese principio y tratan de introducir, muchas veces reformas y principios que descoyuntan completamente la lógica que debe existir en todas las disposiciones del código partiendo de aquella premisa fundamental. Así, los doctores Cárdenas y Escallón aprobaron la división de las sanciones en penas y medidas de seguridad, siendo a todas luces evidente que en el campo estrictamente científico y en armonía con el principio de la responsabilidad legal no debía admitirse esa división, pues sigo considerando y sosteniendo la unidad esencial de unas y otras y ya en su oportunidad dejé constancia de mi voto negativo en relación con la división de las sanciones en los dos capítulos de que se trata.

Se convino en que las sanciones para los delincuentes político-sociales se incluirán en el capítulo de las medidas de seguridad, según fórmula que se redactará más adelante, excepción hecha del Dr. Cárdenas quien no es partidario de la inclusión de esa sanción en el capítulo de las medidas de seguridad.

El Dr. Cárdenas expresa que no admite la sanción pecuniaria para los locos delincuentes por una razón fundamental, porque al aplicarles una sanción a estos delincuentes el legislador se propone defender a la sociedad y someter al delincuente a un régimen curativo y con la sanción pecuniaria ni la sociedad se defiende ni el loco se cura, fuera de que el objetivo principal de la sanción no es satisfacer a la víctima.

Responde el Dr. Lozano que las sanciones llámense así, o me-

didas de seguridad o penas o como se quiera, tienen varios objetos, no siendo el menos importante el de restablecer el equilibrio jurídico roto por el hecho delictuoso, y que, además, no sólo pide que al loco delincuente se le aplique la sanción pecuniaria, sino que también se le recluya en un manicomio y hasta que se fije un límite mínimo de reclusión.

En relación con la sanción pecuniaria, el Dr. Escallón dice que es necesario no confundirla con la indemnización de perjuicios, que como está aceptada en el proyecto no puede aplicarse a los anormales que no son capaces de entender o apreciar los motivos que tiene en cuenta el legislador al establecer esa pena. Como muchas veces lo ha repedido, es partidario de que en toda sentencia condenatoria cualquiera que sea el estado del responsable, debe imponerse de oficio la indemnización de perjuicios, cosa diferente de la sanción pecuniaria adoptada.

A esta última observación del Dr. Escallón replica el Dr. Lozano que no es partidario de la sanción pecuniaria para los delitos político sociales porque ella sí implica una notoria desigualdad desde luego que el delincuente pobre no está en capacidad de cubrir la suma a que se le condene y entonces según disposición aprobada anteriormente se conmutaría esa sanción por la de arresto y en ningún caso él es partidario de que los delincuentes político sociales reciban esta última sanción. Observa además, que en muchos casos de delitos político-sociales la víctima puede ser un particular.

Por último fueron aprobados provisionalmente los siguientes artículos:

Artículo.—Son medidas de seguridad:

El manicomio criminal.

La colonia agrícola especial.

La escuela de trabajo.

El reformatorio.

La prohibición de concurrir a determinados lugares públicos.

El trabajo obligatorio en obras o empresas públicas.

Artículo.—Son medidas de seguridad para los delincuentes político sociales:

La sanción pecuniaria o la multa.

La detención en un cuartel o establecimiento militar.

El destierro.

El confinamiento.

**Parágrafo.**—El desterrado tiene derecho de que se le conmute tal sanción por el confinamiento.

El Dr. Cárdenas propone el siguiente inciso nuevo para el mismo artículo, que quedó pendiente:

“En el caso de que la sanción pecuniaria no pudiere cumplirse se aplicará cualquiera de las otras dos medidas de seguridad de que trata este artículo”.

El Dr. Escallón propone el siguiente artículo que quedó pendiente:

“El manicomio criminal y la colonia agrícola especial para anormales o intoxicados, son establecimientos organizados de acuerdo con los dictados de la ciencia médica en que deben segregarse los individuos de que trata este artículo.... por un período menor de un año y hasta que el enfermo o intoxicado haya dejado de ser peligroso para la sociedad.

Estos establecimientos deben ser organizados y dirigidos por psiquiatras aparte de las instituciones similares para enfermos de mente comunes y en que en ellos debe establecerse en cuanto sea posible el trabajo industrial o agrícola.

La segregación en estos establecimientos no puede cesar sino condicionalmente en virtud de decisión judicial con audiencia del ministerio público y previo dictamen de peritos que declaren desaparecido el peligro de que el enfermo vuelva a causar daño.”

El Dr. Lozano pidió que continuara el estudio de las fórmulas por él presentadas, tenido en cuenta que ya fueron aprobados los dos artículos en que se enumeran las medidas de seguridad para anormales y menores y para los delincuentes político sociales. A esto observan los doctores Cárdenas y Escallón que ellos no han dado su aprobación a esos artículos y por tanto la votación sobre esta materia está empatada.

El Dr. Lozano dice que debe establecerse un sistema para decidir los empates en la Comisión y observa que la división entre penas y medidas de seguridad, lo mismo que tres o cuatro materias más no están resueltas de manera definitiva por haber empate en la votación.

Los doctores Escallón y Cárdenas proponen que cuando las votaciones se encuentren empatadas se llame para que decida a un penalista extraño a la comisión. El Dr. Lozano se opone a esta solución, alegando entre otras razones la de que no hay ningún abogado especialista que se someta a ese trabajo que le quitaría tiem-

po y porque estima tal procedimiento como exótico e inusitado.

Se resolvió, por unanimidad, someter los empates existentes o los que puedan presentarse a la decisión del señor Ministro de Gobierno.

En discusión la fórmula del Dr. Escallón, presentada en la sesión anterior, sobre manicomio, colonia agrícola especial para los anormales e intoxicados.

El mismo Dr. Escallón dice que en general en ninguno de los códigos o proyectos de código excepciones hechas del proyecto de Ferri se dice lo que es el manicomio; considera conveniente que se haga esa definición, se determine que la dirección del manicomio debe ser técnica, se diga quiénes deben ser enviados allí y se fije el minimum de tiempo para la custodia de los alienados. Debe también establecerse el licenciamiento condicional, distinto de la condena condicional, porque en tratándose de los anormales ellos deben ser reclusos de nuevo si su estado de anomalía y de peligrosidad así lo exigen, aunque no cometan nuevas infracciones. Considera prudente dejar al juez la facultad de enviar al delincuente alienado al manicomio o a la colonia porque en estos casos la medida de seguridad no depende tanto del hecho cuanto de la personalidad del delincuente. El hecho puede ser leve y sin embargo existir la necesidad de enviar al autor al manicomio o a la colonia.

El Dr. Lozano dice que la fórmula del Dr. Escallón suprime la distinción que ha tratado de establecer de lugar de custodia para los alienados según la clase de delitos que hayan cometido y de peligrosidad que presentan. Por tanto insiste en explicar las razones que tuvo para redactar los artículos en esa forma y para impugnar la modificación introducida por el Dr. Escallón. La ciencia ha demostrado que las diversas categorías de delincuentes locos no cometen indistintamente los mismos delitos sino que por el contrario las diversas anomalías psíquicas se caracterizan específicamente por tendencias a la ejecución de diferentes actos criminosos. La psiquiatría sabe con notable aproximación cuáles son los anormales que suelen ejecutar homicidios y violaciones contra las personas, cuáles son los que suelen atentar contra el pudor, cuáles son los que delinquen contra la propiedad; en tal virtud, parece prudente mantener en establecimientos distintos a los que representan un mayor grado de peligro social que a los que sólo constituyen una amenaza leve o de menor intensidad, no sólo por razones de orden interno de los establecimientos respectivos sino porque tratándose de alienados ni

las familias de éstos ni la sociedad en general pueden ver con indiferencia que se someta a las mismas condiciones a los autores de hechos gravísimos con los autores de infracciones sin mayor importancia. Si se considera que los alienados están sujetos a sanciones como los normales, militan razones semejantes para establecer correlación a las diversas categorías de medidas de seguridad. Esto es una vez más consecuente con la tesis de la individualización de la pena y envuelve un problema jurídico que en su concepto no debe ser resuelto exclusivamente por los médicos. Al presentar esta iniciativa sigue, como por lo general, las ideas del Profesor Enrico Ferri.

El Dr. Cárdenas dice: si bien es cierto que hay locos delincuentes que aun cuando cometan infracciones de poca gravedad sin embargo revelan una gran peligrosidad, no se puede decir lo contrario, o sea que el delincuente loco que cometa una infracción grave no sea un elemento esencialmente peligroso porque la misma infracción que ha cometido demuestra su gran peligrosidad y así no hay duda de que tratándose de medidas de seguridad, así como se estableció en lo relacionado con las penas, debe tenerse en cuenta hasta cierto punto un criterio de rigor o de diferencia en la medida de seguridad que deba escogerse para cada loco delincuente según la infracción cometida. Podría correrse el peligro que anota el Dr. Lozano consistente en que si al juez se le deja la facultad de escoger el sitio de segregación, pudiera escogerse para un delincuente loco que ha cometido un gravísimo delito un sitio como el de la colonia agrícola especial, cuyo funcionamiento como es natural tiene que ser menos riguroso que el del manicomio y la sociedad se sentiría lastimada con esa decisión. De manera que considera conveniente determinar en estos artículos tal como lo ha presentado el Dr. Lozano el sitio o lugar especial en donde deben segregarse los locos delincuentes teniendo en cuenta el delito que hayan cometido. Además, como el mismo Dr. Lozano lo anota, la psiquiatría hasta donde es posible enseña las distintas categorías o clases de delitos que cometen esos locos delincuentes según su clase o calidad.

El Dr. Escallón dice que le parece aceptable la idea de que se haga una separación entre los locos delincuentes y que ha creído que el juez estaría en mejores condiciones para fijar a qué sitio se debería llevar a los locos delincuentes. Propone la siguiente fórmula para inciso primero del artículo que debe seguir al de la división de las medidas de seguridad, el cual fue aprobado:

"El manicomio criminal y la colonia agrícola especial son establecimientos organizados de acuerdo con las prescripciones de la ciencia médica, aparte de las instituciones similares para enfermos de la mente comunes, dirigidos por psiquiatras y en donde en cuanto sea posible debe establecerse el trabajo industrial o agrícola".

El Dr. Cárdenas introduce la siguiente modificación al artículo presentado por el Dr. Lozano sobre el manicomio criminal:

"El manicomio criminal se destina para segregar a los alienados que cometan delitos para los cuales se señala pena de presidio, o cuyo estado los haga muy peligrosos".

Continuó la discusión de los artículos referentes a las medidas de seguridad y el Dr. Cárdenas observa que ya que se van a dictar disposiciones referentes a menores es preciso para ello partir de la base de los artículos ya aprobados en el capítulo de la responsabilidad a fin de que esas disposiciones armonicen perfectamente con las medidas de seguridad que en la actualidad se discuten. A esto observa el Dr. Lozano que en el capítulo segundo relativo a "la responsabilidad" no deben quedar consignados sino los principios fundamentales sobre la materia y en manera alguna quedar en el mismo capítulo lo relativo a la responsabilidad y las sanciones correspondientes, pues éstas en lo que se refiere a anormales y a menores deben figurar precisamente en el capítulo de las medidas de seguridad, aparte de que es ilógico que en el capítulo que lleva por título la responsabilidad se reglamente el tratamiento a que deben estar sometidos los menores.

La Comisión consideró aceptables las razones propuestas por el Dr. Lozano y se resolvió que el Dr. Escallón modifique la redacción de los artículos correspondientes, dejando en el capítulo de la responsabilidad solamente el principio fundamental, pasando todos los artículos que se refieren a menores a la parte que actualmente se estudia sobre medidas de seguridad. Esta comisión incluye también la redacción de los artículos propuestos sobre medidas de seguridad en armonía con las ideas que se han expuesto en el curso de las sesiones.

El Dr. Escallón dice que en desarrollo de la comisión que le fue conferida en sesión anterior propone un artículo para el capítulo de la responsabilidad, artículo en que se establece que los menores de edad de diez y ocho años que infrinjan las leyes penales estarán sometidos a las sanciones de que se hablará en capítulo separado; en el capítulo de medidas de seguridad se insertará una

disposición en que se exprese cuáles serán esas medidas para los menores es decir, el reformatorio, la libertad vigilada y la escuela de trabajo; y en capítulo separado y especial las disposiciones referentes al tratamiento que deba darse a los delincuentes menores.

Las fórmulas propuestas por el doctor Escallón son las siguientes:

Para Capítulo de la Responsabilidad:

Art.—“Los menores de diez y ocho años que incurran en alguna de las violaciones previstas por la ley penal, quedan sometidos al régimen que se establece en el capítulo.....

## CAPITULO ESPECIAL

Capítulo —Delincuentes menores—

Art. 30.—(Como se aprobó).

Art. 31.—“El menor de diez y ocho años que cometa un delito puede ser condenado condicionalmente, siempre que el hecho no esté sometido a la pena de presidio, y se reúnan las demás condiciones legales para adoptar esa medida. Si no se reúnen esas condiciones debe segregársele en una escuela de trabajo por un tiempo no inferior a dos años, y hasta que su libertad no ofrezca peligro para la sociedad siempre que no se extienda más allá de la época en que el menor cumpla veintiún años”.

Art. 32.—Como se aprobó.

Art. 33.—Como se aprobó.

Art. 34.—“Al menor de diez y ocho años y mayor de catorce que cometa un delito sometido a la pena de presidio, debe segregársele en un reformatorio por un tiempo no inferior a tres años, y hasta que su libertad no ofrezca peligro para la sociedad siempre que la segregación no se extienda más allá de la época en que cumpla veinticinco años”.

En el capítulo de las medidas de seguridad deben incluirse la libertad vigilada, la escuela de trabajo y el reformatorio diciendo en qué consisten.

Para el capítulo de medidas de seguridad propone el siguiente artículo.

Artículo.—Son medidas de seguridad:

- a) Para los delincuentes a que se refiere el Art. 29, la segregación en un manicomio criminal o en una colonia agrícola especial: la libertad vigilada;  
el trabajo obligatorio en obras o empresas públicas.
- b) Para los menores de diez y ocho años sanos de la mente: la libertad vigilada.  
la detención en un reformatorio o en una escuela de trabajo.
- c) Para los delincuentes político sociales....”.

Sobre el sistema propuesto por el Dr. Escallón observa el Dr. Cárdenas que en las primeras sesiones en que se discutió este asunto él había insinuado que hubiera dos capítulos separados: uno de medidas de Seguridad y otro de Medidas Correccionales para menores; pero que como esa idea se desechó y se convino en que todas las sanciones de este género quedaran incluidas bajo la denominación de Medidas de Seguridad, no tiene justificación el Capítulo especial para menores que propone el Dr. Escallón. Si las medidas de seguridad y las de corrección son lo mismo, deben quedar comprendidas en un solo Capítulo, según lo ya acordado.

El Dr. Lozano manifiesta que a su entender, ayer quedó aprobado que el régimen de los menores, debería separarse del Capítulo donde hoy se encuentra que es el de la Responsabilidad, y pasar al de las Medidas de Seguridad, y que con ese objeto se confió al Profesor Escallón hacer las enmiendas del caso, y redactar los artículos pertinentes, dentro de las ideas ya aprobadas sobre la materia.

Pero como el doctor Escallón insiste ahora en el concepto que ya había expuesto ayer, de que debe haber un capítulo especial para menores, explica las razones que lo hacen apartarse de esa opinión. Desde el momento en que se resolvió adoptar el régimen de las medidas de seguridad, clasificadas con independencia de las penas, no parece lógico ni oportuno, ni desde el punto de vista de puro orden metódico, ni desde el punto de vista sustantivo de los principios, colocar en capítulo aparte una de las variedades de las medidas de seguridad y dejar en un solo grupo distinto las otras. Si lo que el Dr. Escallón busca es mayor proligidad en las subdivisiones del Código, habría que redactar un capítulo especial para alienados, otro para los delincuentes políticos etc.; pero lo que sí no parece tener fundamento es que las medidas de seguridad aplicables a los menores, que son idénticas en su índole esencial a las de los alienados, queden colocadas fuera del Capítulo general que trata de

la materia. Lo que el doctor Lozano entendió acordado ayer y que sigue considerando adecuado es que en un solo Capítulo se enumeren primero todas las medidas de seguridad y luego se vayan definiendo y explicando en artículos diversos en qué consiste cada una de ellas y cómo se aplica, exactamente como se hizo en el caso de las penas y como lo hace la mayoría de los Códigos. Es claro que en la legislación del siglo pasado, cuando las medidas de seguridad no estaban admitidas en la ciencia y sí en el tratamiento de excepción para los menores, se colocara un Capítulo especial para este asunto, para fijar allí las normas especiales.

Pero hoy aquello no respondería a ningún punto de vista científico, ni tampoco a las exigencias de una adecuada clasificación, desde el terreno meramente adjetivo.

El Dr. Escallón dice: Con mucha pena veo que el Profesor Lozano y Lozano no ha dado a la propuesta mía el alcance que tiene; de acuerdo con lo decidido ayer, considero que en el capítulo de las medidas de seguridad deben incluirse las que se aplican o deben aplicarse a los menores, diciendo en qué consisten y que en un capítulo aparte debe establecerse cómo se aplican esas medidas. Ese capítulo equivaldría a la parte especial del Código para los mismos, ya que en dicha parte especial no se va a hacer consideración alguna respecto a tal o cual delito cometido por un menor. En estas circunstancias nada de ilógico ni de prurito de subdivisión tiene lo propuesto por mí, por el contrario obedece al deseo de dejar claramente disciplinadas las diversas materias que debe contemplar un Código Penal moderno. Al proponer que en un Capítulo especial se determine la manera como deben aplicarse las medidas de seguridad para los menores, no he propuesto ni pensado proponer siquiera que dichas medidas se saquen del Capítulo de Medidas de Seguridad.

El Dr. Lozano manifiesta que respetando mucho la opinión del doctor Escallón, no entiende que haya diferencia sustancial alguna entre la definición y explicación de una medida y su aplicación en los casos concretos, pues del concepto que se exprese sobre la naturaleza de una sanción, surge el criterio claro para aplicarla.

El Dr. Cárdenas propone el siguiente artículo sustitutivo del presentado por el Dr. Escallón para el Capítulo de la Responsabilidad.

“Art.—A los menores de diez y ocho años que incurran en alguna de las infracciones previstas en la ley penal, se les aplicarán

las medidas de seguridad de que trata el capítulo...".

Para el capítulo de medidas de seguridad, el mismo doctor Cárdenas propone los siguientes artículos, que fueron aprobados:

"Art.— Son medidas de seguridad:

a) Para los delincuentes a que se refiere el Art. 29:

La segregación en un manicomio criminal o en una colonia agrícola especial;

La libertad vigilada;

El trabajo obligatorio en obras o empresas públicas.

b) Para los menores de 18 años:

La libertad vigilada;

La segregación en una escuela de trabajo o en un reformatorio.

c) Para los delincuentes político-sociales:...

Art.—La libertad consiste en confiar al menor a su propia familia, o a otra familia que sea honorable, o a un Instituto de educación, taller, fábrica o establecimiento privado.

El reformatorio y la escuela de trabajo son establecimientos organizados con fines especialmente educativos bajo el régimen de aislamiento nocturno y de la enseñanza o del trabajo industrial o agrícola durante el día".

El Dr. Escallón propone como tema de discusión los siguientes artículos:

"Art.—Siempre que se cometa un delito abusando del ejercicio de una industria, comercio o profesión, o contraviniendo a las obligaciones que de ese ejercicio se deriven, y haya fundados motivos para temer que en lo futuro se continuare abusando en igual forma o contraviniendo a dichas obligaciones el juez al imponer la pena, puede privar al responsable del derecho de ejercer la mencionada industria, comercio o profesión, por un plazo de uno a cuatro años, contados a partir del día en que quede cumplida la condena".

Continuó la discusión sobre las medidas de seguridad y se aprobaron en definitiva las siguientes disposiciones:

Artículo 67 (El del Código).

Artículo 68 (El del Código).

Artículo 69 idem.

Artículo 70 idem.

Artículo 71 idem.

Al estudiar la libertad vigilada para los alienados se volvió a discutir lo referente a la libertad vigilada de los menores y el Dr.

Cárdenas manifestó a este propósito que todas las formas de libertad vigilada de un menor deben estar bajo la dirección del juez y que este funcionario en los casos en que se confíe la custodia del menor a su propia familia o a otra familia, o a un taller o establecimiento de trabajo, no debe desentenderse de la suerte que corre el menor y debe exigir que los padres del muchacho cumplan con la obligación de vigilarlo, corregirlo y dirigirlo por el buen camino.

El Dr. Lozano considera que la libertad vigilada puede consistir en la simple vigilancia que ejercite el inspector o empleado del juez de menores o el mismo juez, vigilancia que en la mayoría de los casos es la única que tiene verdadera eficacia porque el Inspector, agente o detective le sigue los pasos al menor en el momento oportuno le impide la entrada a la taberna o a los prostíbulos y en esa forma lo aparta del peligro de incurrir en nuevas (contravenciones) infracciones. En muchas ocasiones la familia del menor no está en condiciones de vigilar al menor.

El Dr. Cárdenas presenta la siguiente fórmula:

"La libertad vigilada consiste en confiar al menor a su propia familia, o a otra familia honorable, o a un instituto de educación, taller, fábrica o establecimiento privado, bajo la inspección del juez de menores, o en la vigilancia de este último o de sus agentes solamente".

El Dr. Lozano propone la siguiente:

"La libertad vigilada consiste en someter al menor a la vigilancia de un funcionario designado al efecto o de confiar al menor a su propia familia, bajo caución o advertencia o a otra familia, o instituto de educación, taller, fábrica o establecimiento privado que den completa garantía de moralidad.

En todo caso el juez de menores debe seguir el curso de la conducta del menor y puede supervigilar a los encargados de él, combinando, si lo cree conveniente, las formas previstas para la aplicación de esta medida".

De común acuerdo fue redactada la siguiente fórmula sustitutiva que se aprobó:

"Art.—La libertad vigilada consiste en confiar al menor a su propia familia, o a otra familia honorable, o a un instituto de educación, taller, fábrica o establecimiento privado, bajo la inspección del juez de menores; o en la simple vigilancia de los agentes de este funcionario".

Igualmente se aprobó el siguiente artículo.

“Art. 72.—(El del Código).

Para artículo 73, presentó el Dr. Lozano la siguiente fórmula que quedó pendiente.

“El trabajo en obras o empresas públicas consiste en someter al intoxicado por el alcohol o por una droga venenosa cualquiera a la obligación de prestar su trabajo en determinadas obras o empresas señaladas al efecto por el gobierno.

Esta medida puede imponerse como medida accesoria para los intoxicados que salgan del manicomio o de la colonia agrícola especial o aplicarse exclusivamente en el caso de las infracciones leves o contravenciones que se señalan en este código”.

En consideración el artículo presentado por el Dr. Lozano referente al trabajo en obras o empresas públicas que fue aprobado como en el Código.

El mismo doctor Lozano propone el siguiente artículo que es aprobado.

Artículo 74.—El del Código.

Como sustitutivo del artículo aprobado ya sobre libertad vigilada de los menores, el Dr. Lozano presenta la siguiente reforma que quedó pendiente:

“La libertad vigilada consiste:

a) En confiar al menor de catorce años a su propia familia, o a otra familia honorable, o a un instituto de educación, taller, fábrica o establecimiento privado, bajo la inspección del juez de menores; o en la simple vigilancia de los agentes de este funcionario.

El menor será confiado a su familia si ésta ofrece suficientes garantías de moralidad; y será entregado a personas o entidades extrañas si se encuentra moralmente abandonado.

En el primer caso, la libertad vigilada puede extenderse hasta el lapso que le falte al menor para cumplir diez y ocho años; en el segundo caso dicho lapso no puede ser inferior a dos años ni exceder del día en que el menor cumpla diez y ocho años.

b) En confiar al menor de diez y ocho años y mayor de catorce, que haya cometido un delito con pena diferente de la de presidio y esté sujeto a una condena condicional, a su propia familia si ésta ofrece suficientes garantías de moralidad o a una familia honorable, o a un plantel de educación, taller, fábrica o establecimiento privado en el caso de que se encuentre moralmente abandonado. Esta medida podrá extenderse hasta un lapso igual al que le falte al menor para cumplir veintiún años”.

El Dr. Escallón solicita que se reconsidere el artículo correspondiente a la libertad vigilada porque considera que tal como se adoptó tan sólo se explica la manera de aplicar esa medida de seguridad pero no se dice en qué consiste. Estima que debe darse un concepto genérico de dicha sanción y luego en artículos separados determinar los casos en que deba aplicarse.

El Dr. Lozano replica que hace varios días presentó un artículo en que se enumeraban todas las medidas de seguridad en serie y el Dr. Escallón se opuso a que fuera aprobada esta disposición y solicitó que las medidas de seguridad se dividieran en grupos y fueran clasificadas precisamente por atender esa solicitud se hizo la clasificación y resultaron como era natural dos artículos sobre la libertad vigilada: una para mayores delincuentes y alienados y otra para delincuentes menores. En el artículo que critica el Dr. Escallón no se intenta definir sustancialmente el concepto de la medida de seguridad de que allí se trata sino que se hace una descripción de la misma medida. El Dr. Escallón trata de presentar un dilema: o la libertad vigilada para los alienados y la libertad vigilada para los menores son la misma cosa, o son distintas; en el primer caso debe darse un concepto genérico; en el segundo debe cambiarse el nombre de alguna de las dos medidas. Pero a este dilema se puede responder que en una misma norma puede explicarse en qué consisten las varias especies de un género. Esto es, que dentro del género libertad vigilada hay varias especies que como tales no son sustancialmente distintas y por tanto no requieren una denominación diferente.

El Dr. Lozano presenta el siguiente ordinal para adicionar al artículo sobre libertad vigilada:

"c) En confiar al menor de diez y ocho años y mayor de catorce, que haya cometido una contravención, a su propia familia, o a otra familia que sea honorable, o a un establecimiento privado hasta por el término de un año".

El Dr. Escallón propone el siguiente artículo para la medida adoptada sobre prohibición de concurrir a determinados lugares públicos.

"Art.—Siempre que una de las causas o factores del delito haya sido el uso inmoderado de bebidas alcohólicas, el juez debe imponer al responsable como accesoria la prohibición de entrar por un término de seis meses a tres años, una vez cumplida la conde-

na, a cualquier lugar o establecimiento, donde se expendan dicha clase de bebidas”.

En cumplimiento de la comisión que se le había dado en sesiones anteriores, el doctor Escallón presenta los siguientes artículos, que quedaron pendientes para ser discutidos mañana:

“Art.—La libertad vigilada consiste en confiar al enfermo de la mente o intoxicado, o al menor, según sea el caso, a su propia familia o a otra familia que sea honorable, a un Instituto de Educación o de cura, casa de salud u Hospital, o a un Taller, fábrica o establecimiento privados, en las condiciones adecuadas que el Juez señale, bajo la inspección del Consejo de Patronato y por un tiempo no inferior a dos años.

Art.—A los delincuentes de que trata el Art. 29 se aplica la libertad vigilada como accesoria del manicomio criminal o de la colonia agrícola especial una vez terminada la segregación en estos establecimientos”.

(Nota.—Los dos artículos que preceden deben colocarse después de aquellos en que se definen el manicomio criminal y la colonia agrícola especial y se determina la manera de aplicar estas sanciones).

Para después de los artículos en que se define la escuela de Trabajo y el Reformatorio, los siguientes:

“Art.—El menor de catorce años que sin estar moralmente abandonado cometa uno de los hechos previstos en la Ley penal, se debe confiar en condiciones de libertad vigilada y bajo caución suficiente, a su propia familia por un tiempo que no puede pasar del que le falte para cumplir diez y ocho años.

“Si el menor está moralmente abandonado debe prescindirse de su familia y colocarse bajo libertad vigilada por un tiempo no inferior a dos años ni mayor del que le falte para cumplir diez y ocho.

“Si dadas las circunstancias del menor no se estimare conveniente o no fuere posible colocarlo en condiciones de libertad vigilada, debe segregársele por el mismo tiempo en una escuela de trabajo.

Art.— Cuando un menor de diez y ocho años, y mayor de catorce cometa una contravención, el Juez, teniendo en cuenta las circunstancias del hecho y las condiciones del menor y su familia, debe aplicarle la libertad vigilada por un período de uno a dos años.

Al menor de diez y ocho años y mayor de catorce debe segregarse en una escuela de trabajo por un tiempo no inferior a dos años y hasta que su libertad no ofrezca peligro para la sociedad, siempre que la segregación no se extienda más allá de la época en que el menor cumpla veintiún años.

Art.—Cuando pueda concederse la condena condicional pero hubiere fundado temor de que en poder de las personas bajo cuyo cuidado esté el menor no tiene el ambiente ni los elementos necesarios para su corrección o mejora, debe el Juez aplicarle la libertad vigilada con prescindencia de aquellas personas y por un tiempo no inferior a un año ni mayor del que le falte al menor para cumplir veintiuno.

Art.—Cuando un menor de diez y ocho años, y mayor de catorce cometa una contravención, el Juez, teniendo en cuenta las circunstancias del hecho y las condiciones del menor y su familia, debe aplicarle la libertad vigilada por un período de uno a dos años.

Art.—Al menor de diez y ocho años y mayor de catorce que cometa un delito sometido a la pena de presidio debe segregarse en un reformatorio por un tiempo no inferior a tres años y hasta que su libertad no ofrezca peligro para la sociedad, pero en ningún caso más allá del día en que cumpla veinticinco.

Si al llegar a la edad de veinticinco años la libertad del condenado ofrece peligro para la sociedad debe pasar al establecimiento de presidio correspondiente para adultos por un período hasta de cinco años”.

El mismo Dr. Escallón explica el último inciso diciendo que podría presentarse el caso de un menor que revelara una máxima peligrosidad y hubiera cometido un gravísimo delito por ejemplo el de parricidio y es preciso contemplar dicha hipótesis para determinar qué debe hacerse con ese delincuente una vez llegado a la edad de veinticinco años. No parece conveniente que la sociedad lo ponga en libertad al cumplir el término de su permanencia en el reformatorio y propone por eso como tema de discusión el que se le destine luego a un establecimiento de presidio reconociendo desde luego que tal traslado pueda dar lugar a objeciones pero cree oportuno que se decida qué debe hacerse en casos semejantes.

El Dr. Lozano dice que la hipótesis presentada por el Dr. Escallón hace también pensar en otro caso que puede ocurrir: a los diez y seis años de edad comete un individuo un delito y por tal causa es segregado en un reformatorio y estando allí a la edad de

veintidós años comete un homicidio. Como le faltan tres años para cumplir la primera medida de defensa impuesta por el primer delito es necesario determinar en dónde debe cumplir la sentencia en la parte que le falta si en el mismo reformatorio o en el presidio. De todos modos considera que ese lapso de tres años no puede rebajársele por la circunstancia de haber cometido un nuevo hecho criminoso porque eso sería monstruoso. Agrega que en los términos generales acepta los artículos propuestos por el Dr. Escallón sin perjuicio de hacer un estudio más detenido de ellos”.

## CONDENA Y LIBERTAD CONDICIONALES

### PERDON JUDICIAL

Para nosotros el ideal sería la sentencia indeterminada en todo caso. Sólo hay rastros de esto en las medidas de seguridad que, aunque fijadas en un mínimo, de allí en adelante son indeterminadas según el grado de peligrosidad.

Pero ya que el Código no fue a tanto, estableció la condena y libertad condicionales y el perdón judicial.

Para los condenados a pena de arresto no mayor de tres años o de prisión no mayor de tres, establece el Código una suspensión por dos a cinco años, de la condena, siempre que tengan buena conducta, no hayan cometido delitos con anterioridad al caso que se falla y, **pudiendo** el Juez concederla si llega a la convicción de que el individuo no volverá a delinquir, ilustrando su criterio en la modalidad y circunstancias del acto, en los motivos determinantes y en la personalidad del condenado.

Esta suspensión parece que puede ser posterior a la sentencia, pero el Código de procedimiento ordena que se haga “al dictar la sentencia”.

Y su efecto es que la pena termine o se borre cuando pase el periodo de prueba que es de dos a cinco años. Pero el individuo si delinque de nuevo o viola condiciones que le pueda imponer el Juez al suspender la ejecución de la condena, pagará la pena. Los daños materiales y morales causados por el delito deben pagarse siempre y para poder gozar de la suspensión debe darse una caución en que se prometa no volver a delinquir, cumplir las prescripciones accesorias que ordene el Juez y pagar la indemnización civil.

Para los otros casos, es decir, para los condenados a penas mayores de dos años de prisión; para los condenados a presidio y para los condenados a más de dos años (debieran ser tres para la concordancia con el art. 80), de arresto, hay derecho de obtener la libertad así: para prisión y arresto haber cumplido las dos terceras de la condena y para presidio las tres cuartas partes, siempre que se reúnan requisitos de menor peligrosidad y la buena conducta en el establecimiento. Esta providencia judicial debe ser precedida de concepto del Ministerio Público y concepto favorable del Consejo de Disciplina del establecimiento donde haya descontado la pena.

Pueden imponérsele a los condenados así puestos en libertad, medidas accesorias o deberes inherentes a la caución de buena conducta; deben pagar, en todo caso, la indemnización civil por los daños que haya causado el delito, si delinquen antes de lo que falte por cumplir la pena y hasta una tercera más —que es el período de prueba—, o si falta a los deberes accesorios, deben acabar de purgar lo que les falte por satisfacer.

Finalmente este capítulo ordena que el Juez, mediante providencia motivada, pueda conceder el perdón judicial en los casos señalados por la ley siempre que se reúnan requisitos de buena conducta, no delincuencia anterior y demás de que trata el art. 80.

Antes de cerrar este capítulo conviene saber que las sentencias de carácter policivo no impiden la concesión de ninguna de las garantías otorgadas en este capítulo, porque el código habla de sentencias por delitos. Y decimos que esas sentencias no impiden aquello, porque aunque en algunos casos pueden demostrar mala conducta, en la mayoría no. Las sentencias de policía pueden provenir de contravenciones, simples descuidos, ignorancia misma de disposiciones vigentes, etc., que no indiquen peligrosidad alguna. Si bien es cierto que en casos especiales no sucede esto. Pues, por ejemplo, un ratero condenado por un robo pequeño de competencia policiva, que a pocos días comete un delito de robo de competencia judicial, quizá indique con ello una comenzada carrera de delitos que sea necesario contar por lo sano. Hay, pues, qué estudiar a fondo las sentencias policivas y no limitarse a la parte resolutive sino conocer su motivación para apreciar el fondo del problema.

Finalmente, la reincidencia impide la condena condicional y no impide la libertad condicionad. En este caso, la libertad sólo se da cuando estén cumplidas las cuatro quintas partes de la pena, y

se deja de dar si hay segunda reincidencia. Nótese que puede haber comisión de tres delitos y no haber sino una reincidencia, pues puede suceder que uno de ellos, al tenor de la ley, no sea tenido en cuenta para computarla.

## DE LA EJECUCION DE LAS SANCIONES Y DE SUS CONSECUENCIAS

Al considerar, en primer término, los artículos relativos a la indemnización de perjuicios, debemos observar:

En el antiguo sistema, tanto sustantivo como procedimental, la condenación al pago de perjuicios se hace siempre en abstracto salvo cuando hay acusación particular y se logra, dentro del juicio, un avalúo de perjuicios en concreto.

En el nuevo sistema sustantivo, acorde también con la reforma procedimental, en la sentencia condenatoria por infracciones —delitos y culpas criminales— de que resulten daños y perjuicios contra alguna persona, natural o jurídica, se condenará solidariamente a los responsables a la indemnización de todos los perjuicios que se hayan causado, condenación que se hará en concreto.

Fuera de ser concreta, en todo caso, la condenación a perjuicios, debe ser oficiosa y el agente del Ministerio Público tiene obligación de cooperar con los interesados en todas las diligencias tendientes a fijar y obtener la indemnización a que diere lugar la infracción.

De otro lado, aunque no hace directamente a nuestro objeto, el Código de Procedimiento señala diversos pasos del juicio donde debe hacerse el valúo de los perjuicios.

Si la sentencia es condenatoria, necesariamente debe condenarse. Si es absolutoria, o hay sobreseimiento, no podrá condenarse en el juicio criminal. Ambas conclusiones son de perogrullo. Pero cuál es la incidencia de estas disposiciones en el juicio civil?

Estas incidencias del proceso criminal las juzgan algunos así:

- a) Si hay condenado en el juicio penal como responsable de la infracción, no podrá ponerse en duda en el juicio civil la existencia del hecho que la constituye ni la responsabilidad del condenado, y
- b) Si hay absolución, no podrá proponerse ante el Juez Civil.

A todas luces ha habido un error. En relación con la condenación, las cosas son tan claras como aparece dicho; pero en cuanto a la segunda conclusión, ella es tan general, así sacada, que lleva

a errores inmensos.

El artículo del Código de Procedimiento relativo a esta materia, y más sustantivo que muchos del C. P., dice: "La acción civil no podrá proponerse ante el Juez Civil cuando en el proceso penal se haya declarado, por sentencia definitiva o por auto de sobreseimiento definitivo que estén ejecutoriados, que la infracción en que aquélla se funda no se ha realizado, o que el sindicado no la ha cometido o que obró en cumplimiento de un deber o en ejercicio de una facultad legítima."

Desde luego debe notarse que la disposición se refiere a infracciones penales. Es decir, a delitos y culpas penales. De suerte que no se refiere ni puede referirse a aquellas culpas que siendo rigurosamente civiles nada tienen que ver con la ley penal. Es, en efecto, un error pensar que la nueva disposición acabó con la culpa puramente civil. Esto sólo puede ocurrirse a quienes no entienden que el Código habla de "infracciones" y que como tales sólo comprende las intencionales y las culposas (art. 12) o sea los comúnmente llamados delitos y las culpas criminales. No las culpas puramente civiles.

De otro lado, la disposición se refiere a las absoluciones o sobreseimientos definitivos en estos casos: 1o. Que la infracción en que se funda no se haya realizado; 2o. Que el sindicado no la ha cometido; 3o. Que obró en cumplimiento de un deber o en ejercicio de una facultad legítima.

Es decir, que no exista cuerpo del delito o de la culpa criminal, que son el delito y la culpa misma, puesto que entonces no existe la causa del daño y mal puede responderse de él. O que el sindicado no lo haya cometido. En este segundo caso debe entenderse que una sentencia o un sobreseimiento por falta de prueba de quién es el autor, no quiere decir que la sentencia o el auto, que debe ser de sobreseimiento temporal, declaren que el sindicado "no cometió el hecho" sino que declaran que no se sabe si lo cometió. Es, por tanto, admisible la acción civil cuando se sobresee por falta de prueba o se absuelve por el mismo motivo: sólo, para evento semejante, no es admisible cuando hay, positivamente, la prueba de la no comisión del hecho por el indiciado, como sucedería si probara que lo cometió en los casos del art. 23 en que el que comete el hecho es el que determinó al otro a obrar (art. 26).—En ese caso, para qué nueva acción?—En el otro sí, pues puede aportarse, en el juicio civil, la que faltó en el criminal donde apenas hubo du-

da resuelta en auto o en sentencia en favor del acusado o indiciado.

Si el sindicado obró en cumplimiento de un deber, o en ejercicio de una facultad legítima (casos de los arts. 24 y 25), tampoco cabe juicio civil.

Y esto es lógico: porque en ese caso no hay delito o culpa, pues el hecho se justifica, y si así lo declaró la autoridad competente, mal podría una incompetente, declarar que sí lo hubo y que él es causa, o élla —si se trata de culpa criminal—, de una indemnización.

De suerte que puede haber absolución por falta de prueba, y hay proceso civil, y en las culpas todas que son puramente civiles, hay siempre proceso civil independientemente del proceso criminal.

Así creemos entender las más fuertes innovaciones de nuestro Código, ya que la otra pretendida innovación no resultó, pues fue negada en la propia comisión. Consistía en tener como base para la indemnización no sólo la fisonomía del hecho y los daños causados sino las condiciones pecuniarias del sindicado. Pero ni lo primero ni lo último se aceptó, porque esa individualización le daría a la indemnización el mero carácter de una pena al sindicado y no de remedio pecuniario de los daños causados por el delito.

## DE LA EXTINCION DE LA ACCION Y DE LA CONDENA PENALES

Dos problemas fundamentales se desprenden de este capítulo que trata de una materia tan interesante. Antes de enunciarlos, como lo haremos adelante, sentaremos algunas bases generales.

La prescripción penal es de dos especies: la que extingue la acción, y la que extingue la condenación. La primera se refiere al proceso puramente criminal mientras es proceso y no se ha dictado sentencia en firme, y la segunda a la sentencia condenatoria firme.

El verdadero motivo de la prescripción —que los positivistas no admiten— está en que, transcurrido cierto tiempo, pierde la utilidad ejemplarizadora que el puro criterio clásico le atribuye a la pena, bien impuesta ya —prescripción de la pena— o bien en trance de poder ser impuesta —prescripción de la acción.— El decorso del tiempo hace inútil la pena, se dice, porque nadie recuerda el delito.

En parte parece ser cierto este argumento. Más decisivo po-

dría ser el pensar que para evadir, en ambas prescripciones, la acción de la justicia, hay que huir, perder su mundo social, y, en la mayoría de los casos, desterrarse, lo que implica ya una imposición de pena, fuera de que esa huida, y el temor a ser cogido de nuevo, hace que el individuo obre bien, o sea disminuye la peligrosidad, única cosa contra la que eficazmente debe luchar la sociedad.

Así es como nosotros creemos que los positivistas al afirmar que los derechos sociales, como el penal, no prescriben, porque el de la sociedad a defenderse es inmanente y esencial, y por tanto, no puede ser transitorio en algunos casos y dependiente de unos años, al afirmar eso —repetimos— yerran.

Es lógico que la muerte del procesado extinga la acción penal. Pero no impide la indemnización de perjuicios.

Este es el primer problema. Quienes consideran indivisible la acción penal y la civil, no entienden cómo, en ese caso, pueden dividirse. Pero es lógico que ellas se separen para ese caso, puesto que la naturaleza del daño causado no impide que sea indemnizado por los herederos por el solo hecho de morir el sindicado, como la muerte de un sujeto no impide, en ningún caso, que sus herederos paguen los perjuicios que, sin mediar delito o culpa criminal, haya realizado el sujeto.

En ese caso, la extinción de la responsabilidad civil proveniente de una infracción, se rige por el Código Civil.

Y aunque también anotan algunos que parece injusto condenar civilmente a quien tal vez, de no haber muerto y haberse ventilado íntegro su proceso hubiera sido absuelto y quedado sin responsabilidad civil, debe tenerse en cuenta que en nuestro concepto, cuando se trata de responsabilidad civil proveniente de una infracción penal, pueden alegarse, en el proceso civil, las causas de inimputabilidad y las de justificación, pues las causas del derecho son el delito y la culpa criminal, en este caso, y si no hay sujeto imputable, o no lo es el demandado, o si no hay hecho injusto, no existe la causa o no radica en el sujeto demandado.

De suerte que en proceso civil tiene también garantías.

El otro problema lo presenta el art. 107. Dice así este curioso estatuto:

“La prescripción de la acción penal se interrumpirá por el auto de proceder.

“Interrumpida la prescripción, principiará a correr de nuevo desde el día de la interrupción; pero en este caso el término de la

prescripción no podrá extenderse más allá del señalado en el art. 105".

Existe una notoria contradicción. Si la prescripción queda interrumpida; si comienza a correr de nuevo el término; si esto ocurre desde el día de la interrupción, cómo se entiende que el total del término no puede pasar del señalado en el art. 105, es decir cómo se entiende que se interrumpa teóricamente una prescripción que en realidad no puede ser mayor por el hecho de haberse interrumpido que si no se hubiera presentado esa hipotética suspensión?

Preocupados con este problema, que acaba con una conquista interesante consistente en que el auto de proceder interrumpa la prescripción, estudiamos —mis discípulos y yo— el asunto.

Al fin, estudiando los antecedentes, descubrí algo que espero completar más tarde.

Tanto la comisión revisora del Código Concha, en que se inspiró la autora del Código Penal, como ésta, hicieron idéntico artículo al leído, pero con esta agregación: "aumentado en una mitad".

La comisión revisora dice:

"La fórmula se aprueba así, con la modificación consistente en agregarse el inciso final, para expresar con toda claridad que una prescripción que haya empezado, por ejemplo, a correr en 1910 y deba quedar consumada en 1920, si se interrumpe en 1918, empieza a contar de nuevo en este último año, pero queda consumada en definitiva en 1925, o sea a los quince años que son el tiempo de diez aumentado en una mitad".

Este mismo artículo se lee en el acta 110 de la sesión verificada el 21 de diciembre de 1934 por la Comisión autora del Código.

Ni después modificó el texto.

Puede ser que un copista, al pasar el Proyecto de la Comisión del Gobierno, al pasarlo del Gobierno a las Cámaras, o en éstas al hacer la "navette" entre la baja y la alta, se haya perdido esa agregación: "aumentado en una mitad". Nos proponemos ver dónde y cómo quedó ineficaz este importante artículo que no fue modificado expresamente por la comisión ni menos por las Cámaras.

Pero sea de ello lo que fuere, debe modificarse este texto para que diga algo y sobre todo para que diga lo que se ha querido decir.

## SERVIDUMBRES DE MINAS

### Definición general de servidumbre

El Código de Minas no trae propiamente una definición de la **servidumbre**, sino que la presupone; tenemos, por tanto, que tomar la definición que trae nuestro Código Civil, y hacerle las variaciones del caso.

“**Servidumbre predial** o simple **servidumbre**, es un gravamen impuesto sobre un predio, en utilidad de otro predio de distinto dueño”. (Código Civil. Art. 879).

El mismo Código en el artículo 656 establece lo que se ha de entender por **predios o fundos**, y da tal denominación solamente a las casas y heredades. Las minas no son, por consiguiente, predios, pero sí **bienes raíces**, como lo dice el mismo artículo en su primer inciso.

Una definición de **servidumbre de minas** sería, por ejemplo la siguiente:

“**Servidumbre de minas** es un gravamen impuesto sobre un predio, en utilidad de una mina perteneciente a persona distinta del dueño del predio”.

### Necesidad de las servidumbres en el derecho común

Precisamente la razón por la cual el legislador ha consignado en las leyes comunes ciertas servidumbres en favor de determinados predios ha sido la **necesidad**. [Las servidumbres que no sean **necesarias** para el predio dominante sólo pueden establecerse volun-

tariamente mediante un convenio entre los dueños de ambos predios, o adquirirse en favor de uno de ellos por el respectivo dueño, por medio de la prescripción.

Al establecer el legislador servidumbres en favor de los fundos que las hayan menester sólo ha obrado con estricta justicia. En efecto, cómo podría el dueño de un predio que estuviera por completo desprovisto de comunicación con el camino público introducir a él los materiales y herramientas necesarios para la construcción de edificios o para la explotación económica por medio de cultivos o en cualquiera otra forma, si no tuviera el derecho de hacerlo transitando sobre el predio o predios que mantienen incomunicado el suyo?

De igual manera, cómo se las compondría para obtener el agua necesaria para su uso personal y el de su familia y sirvientes, para sus cultivos o establecimientos industriales cuando, por carecer su predio de ella, o por lo menos de la suficiente, no pudiera llevarla por un canal artificial que tuviera que pasar necesariamente por otros fundos?

Estas y otras consideraciones semejantes que pudieran hacerse, bastan para demostrar claramente la necesidad de ciertas servidumbres.

### Necesidad de las servidumbres en el derecho minero.

En la legislación de minas prima un criterio distinto. No se necesita que la servidumbre sea **necesaria** para el laboreo; basta con que sea simplemente **útil**. Ha sido el legislador mucho más amplio en este caso por una razón obvia: la industria de la minería se halla estrechamente ligada al interés público. Por este motivo lo meramente **útil** toma aquí el carácter de **necesario**. El laboreo de las minas, que desempeña tan importante papel en la economía general de un país, se tornaría imposible o sumamente difícil si se guardara, como en el derecho común, un respeto tan profundo por la propiedad particular.

Son éstas las consideraciones que han movido al legislador a establecer un régimen jurídico especial para la explotación de las minas, a fin de lograr de ellas el mayor rendimiento posible con el mínimo de esfuerzos y de gastos.

Debe tenerse en cuenta que el actual Código se refiere solamente a las minas adjudicables, y sólo por excepción a las demás; de consiguiente, a menos de declaración expresa en contrario, las servi-

dumbres de que trata se hallan establecidas únicamente en favor de tales minas. Sin embargo, algunas de esas servidumbres pueden considerarse establecidas en favor de las otras, pues el Código no hace una distinción bien clara sobre este punto. El artículo 7o de la Ley 37 de 1931 ordenó expresamente que se constituyeran en favor de la industria del petróleo, a falta de disposiciones especiales, y, además, estableció en beneficio de dicha industria la servidumbre especial de oleoductos.

En virtud, pues, del sistema del Código, las minas contratables y las que son de propiedad del dueño del suelo no tienen legislación adecuada. No hay fundamento alguno para que se conserve tal estado de cosas, sumamente perjudicial para el aprovechamiento de las minas dichas, y para el desarrollo de la industria.

Afortunadamente, la comisión designada para la elaboración del nuevo Código de la materia tiene el propósito de redactar un estatuto de carácter general, con las disposiciones especiales para cada clase de minerales, cuando el caso lo requiera.

### Concepto jurídico de la servidumbre

Puede decirse, dando al concepto de servidumbre un significado jurídico general, que es: “el derecho real que permite extraer alguna utilidad de una cosa ajena”.

Partiendo del anterior concepto de servidumbre pueden distinguirse dos clases: **prediales** y **personales**; a éstas últimas puede darse, con mayor propiedad, el nombre de **personales-prediales**, y son: los derechos de **uso**, **habitación** y **usufructo**. De manera que los derechos expresados pueden llamarse también **servidumbres** en ciencia jurídica.

Sin embargo, nuestra legislación no admite tal terminología. Quizás sea porque el Código Civil, que tuvo su origen remoto en el de Napoleón, surgido después de la Revolución Francesa, —el vuelco social y jurídico más trascendental en la historia—, quiso abolir toda palabra que pudiera recordar, siquiera vagamente, la idea de esclavitud o servilismo.

De manera que entre nosotros sólo existen las **servidumbres prediales**. Los derechos de **usufructo**, **uso** y **habitación** también existen, pero en parte alguna de nuestras leyes se les da el nombre de servidumbres.

Dijimos antes que a las llamadas servidumbres personales se

puede dar, con mayor propiedad, el nombre de **personales-prediales**, y vamos ahora a explicar por qué. Las personas pueden ser siempre **dominantes**, —aunque no propiamente como tales (personas), sino en su carácter de dueños de los respectivos predios—; pero nunca pueden ser sirvientes; la que llamamos servidumbre personal-predial es un gravamen constituido sobre bienes raíces en favor de personas que no son sus dueños. Jamás puede darse el caso de servidumbres de los predios sobre las personas, o de éstas sobre otras personas.

Las legislaciones española y argentina admiten la división de las servidumbres en personales y prediales. Pero es mucho más lógico el sistema seguido por nuestro Código Civil de considerar a los derechos de usufructo, uso y habitación, no como servidumbres sino como meras **limitaciones del dominio**.

#### Elementos jurídicos que constituyen la servidumbre

El Código Civil no define la servidumbre tomando en cuenta su objeto, como sí lo hace con los demás derechos reales; tal criterio no puede seguirse en este caso, porque el objeto de la servidumbre es múltiple. Por eso existen tan variadas clases.

De tal definición, —que al principio de este estudio dimos—, se desprende que los elementos jurídicos son dos: un **gravamen**, que corresponde al predio sirviente, y una **utilidad**, que corresponde al dominante; pero es imprescindible que los predios pertenezcan a distintos dueños, pues de lo contrario no habrá servidumbre sino un **servicio** establecido sobre uno de los predios en beneficio del otro.

En las servidumbres que establece el Código de Minas la utilidad corresponde a éstas, que vienen a ser los **predios dominantes**, aunque ya hemos visto que, jurídicamente, no puede dárseles tal denominación.

Hay qué tener muy en cuenta que el **derecho de servidumbre**, o sea la **servidumbre activa**, nunca se radica en una persona sino en un predio. —si nos referimos al derecho común—, o en una mina, —si tratamos del derecho minero—. Claro que el predio o la mina tiene dueño, y que, por consiguiente, indirectamente el derecho recae en él; pero es lo cierto que las servidumbres no se hallan establecidas en favor de las personas sino de los predios (o de las minas), cualesquiera que sean sus dueños. Por eso el permiso que una persona pueda obtener para pasearse por un fundo ajeno o para recoger

frutos de él, no constituye servidumbre. Tal permiso no favorece a un predio (ni a una mina).

### Significado del concepto de utilidad en el derecho común y en el derecho minero

En realidad, aunque el Código Civil emplea la palabra **utilidad**, este concepto se confunde con el de **necesidad**, respecto de las **servidumbres legales** propiamente dichas. De modo que todas las servidumbres que se hallan en el Código en mención, en el capítulo que trata de las **legales**, y que reúnen todos los caracteres jurídicos de tales, han sido establecidas en razón de la **necesidad** y no simplemente de la **utilidad**.

Para demostrar la tesis anterior vamos a dar dos ejemplos, tomando para ello dos clases de servidumbres a las cuales puede darse con entera propiedad el nombre de tales por reunir todos los caracteres jurídicos; advertimos que si no analizamos detenidamente cada una de las servidumbres legales que enumera el Código Civil, es por considerarlo innecesario, pues basta aplicar el mismo método que en seguida empleamos.

Consideramos, en primer lugar, la servidumbre de tránsito. Se encuentra ella establecida únicamente en favor de los predios que se encuentren **destituidos de toda comunicación con el camino público**; de suerte que si tuvieren acceso a él, aunque por una vía demasiado larga y dificultosa, no hay lugar a la servidumbre; por consiguiente, para poder establecerla, el predio en cuyo favor ha de constituirse debe de tener verdadera **necesidad de ella**.

Vamos al segundo ejemplo. El artículo 919 del Código Civil dispone que "toda heredad está sujeta a la servidumbre de acueducto en favor de otra heredad que carezca de las aguas **necesarias** para el cultivo de sementeras, etc."

Es verdad que todo lo que es necesario es también útil; pero no todo lo que es útil es necesario.

En el derecho minero, por razones que antes dimos, las servidumbres pueden ser **necesarias** para el laboreo de la mina, o simplemente **útiles**, y no tiene, por tanto, importancia alguna, la distinción entre **utilidad** y **necesidad**.

Pero, aunque es cierto que la razón del establecimiento de las servidumbres legales en el derecho civil ha sido la **necesidad** en que pueden encontrarse determinados predios de gozar de tales dere-

chos, podría presentarse el caso de un predio que **necesitara de una servidumbre no establecida expresamente por la ley**, para su adecuado aprovechamiento económico. Podría, entonces, constituirse dicha servidumbre?

Si procediéramos de acuerdo con los principios jurídicos dominantes en el mundo cuando se dictó nuestro Código Civil, tendríamos qué contestar negativamente. Pero creemos que es éste uno de los casos en que puede tener su justa aplicación el moderno concepto jurídico de la propiedad, según el cual ella es o tiene una **función social que implica obligaciones**, principio que ha sido introducido en la Constitución de Colombia por la reforma del año de 1936.

**La propiedad es una función social. La propiedad tiene una función social.** Los teóricos y los teorizantes pueden encontrar diferencias entre estas dos fórmulas, pero en la práctica no parece que las consecuencias fueran distintas según que se consignara una u otra.

Decíamos, pues, que, aplicando el concepto anterior, creemos que podría constituirse una servidumbre que se presentara con el carácter de **necesaria**, aunque no se hallara establecida en ley alguna. Aún más: afirmamos que el hallarse consignado dicho principio en nuestra Ley Suprema es un fundamento constitucional en apoyo de la tesis que sostenemos. De todos modos sería ésta apenas una solución de estricta justicia.

Existen además, otras razones poderosísimas para sostener la tesis anterior, dentro de nuestro propio derecho positivo. Por ejemplo, la Ley 200 de 1936 **obliga** a los dueños de los predios rurales a **explotar éstos económicamente**; y cómo podría cumplir con las disposiciones de dicha ley el dueño de un fundo que se encontrara tan alejado de los centros industriales y de los lugares poblados y de abastecimiento, que de hecho fuera imposible el llevar a él desde esos puntos los materiales necesarios para la construcción de edificios, de acueductos impermeables y de otras obras necesarias si, por carecer de dichos objetos, no tuviera el derecho de tomarlos del predio vecino, si en éste los hay?

Es claro que el que hiciera uso de tal derecho quedaría con la obligación de pagar el valor correspondiente de los materiales al respectivo dueño, además de todo otro perjuicio que pudiere resultarle. Pero si los perjuicios alcanzaren a ser de tal suerte que im-

pidieren la explotación económica del predio, es evidente que no habría lugar a derecho alguno.

Es verdad que un caso como el del ejemplo presentado es de difícilísima ocurrencia, ya que el dueño de los materiales (consistentes en maderas, piedra, etc.) muy probablemente convendría en venderlos; pero si llegara a negarse, parece indudable que el dueño del predio que los necesita tendría perfecto derecho para tomarlos sin su consentimiento, sometido a las condiciones antes expresadas.

En el Código de Minas se encuentra claramente establecida esta clase de servidumbre, conocida generalmente con el nombre de "extracción de maderas y otros objetos necesarios". Sería conveniente que al Código Civil se le introdujera esta reforma, para evitar dudas al respecto.

En el derecho minero no se presentan conflictos de tal naturaleza, pues el artículo 3o. del Código dispone que la "adjudicación legal de las minas lleva consigo la condición tácita en su favor, de la **servidumbre y uso del terreno necesario para su elaboración**, así como de los demás objetos que se encuentren en el mismo paraje en que hayan sido descubiertas dichas minas, o en sus inmediaciones, y que sean necesarios para el laboreo de ellas". De manera que todas las minas adjudicables tienen un derecho legal indeterminado de servidumbre, es decir, de constituir todas las que fueren necesarias para su explotación. (Ya anteriormente explicamos la extensión del concepto de **necesidad** en el derecho minero).

Un principio semejante debiera encontrarse en el derecho común; sería ésta la forma más adecuada de lograr el fin que se propuso el legislador de 1936 al dictar la Ley 200: el efectivo aprovechamiento económico de las tierras; además, ello redundaría en beneficio de la colectividad, pues se traduciría en un considerable aumento de la riqueza general.

En todo caso, nos hallamos en un período jurídico en el que el derecho no puede estar sujetado por normas rígidas, sino que, por el contrario, para la interpretación de éstas debe existir amplia libertad de apreciación, dentro de los principios generales de la **colisión de derechos** y de la **justicia social**.

#### **Significado del concepto de gravamen en el derecho común y en el derecho minero.**

Es igual en ambos: una carga impuesta sobre un predio, que

toma el nombre de **sirviente**. Por tal razón la servidumbre no impone al propietario de dicho predio la obligación de **hacer**, sino únicamente la de **dejar hacer**. El Código Civil impone, a veces, al dueño del predio sirviente, la prohibición de hacer algo, y aún la **obligación de hacer algo**, como en el caso del artículo 900; mas no por ello puede decirse que el gravamen de la servidumbre recae sobre las personas en cuanto tales, sino que, por el contrario, es sólo en su calidad de propietarias de los predios gravados; claramente se ve que esto es así, pues, al desprenderse de la propiedad, el aparente gravamen que pesaba sobre ellas desaparece.

Los casos expresados jamás se presentan en el derecho minero, pues en éste sólo existe para el dueño del predio sirviente la obligación de **dejar hacer**.

### Bienes sobre los cuales puede recaer la servidumbre

Según la definición que de la servidumbre da el Código Civil, la carga de ella recae siempre sobre **predios**; pero nunca sobre otros bienes, sean muebles o inmuebles. Así, pues, las minas y los inmuebles **por destinación y por adherencia** no pueden estar gravados con servidumbre.

Respecto a las servidumbres establecidas en beneficio de las minas el legislador fue más amplio. El artículo 180 del Código da a los dueños de minas el "derecho de tomar del predio en que ellas están situadas y de los demás que fuere necesario, la **madera y demás objetos** precisos para la construcción de edificios y máquinas, y en general para el laboreo".

Para tomar la madera se necesita, —en la mayoría de los casos—, cortar los árboles, pues sólo en contadas ocasiones se presentará el caso de poderse tomar las maderas ya cortadas. Ahora bien: los árboles son **inmuebles por adherencia**; luego sobre esta clase de bienes recae, en el caso presente, el derecho del minero.

Entre los **demás objetos** de que habla el artículo 180 del Código de Minas puede haber algunos que se hallen **permanentemente destinados** al "uso, cultivo y beneficio" del predio en el cual se encuentran; por consiguiente, sobre los llamados **inmuebles por destinación** puede recaer también el gravamen de las servidumbres establecidas por el citado artículo. Aún puede ocurrir que tales objetos no sean inmuebles por destinación ni por adherencia; que tengan simplemente el carácter de **bienes muebles**.

Pero la distinción entre estas diversas clases de bienes no tiene mayor importancia en el caso presente; los llamados **inmuebles por destinación** son **por naturaleza bienes muebles**, y los **inmuebles por adherencia** "se reputan muebles, aún antes de su separación, para el efecto de constituir un derecho sobre ellos a otra persona que el dueño". (C. C. Art. 659).

En realidad, cuando se trata de la extracción de maderas y otros objetos de los llamados **inmuebles por adherencia** o **por destinación**, el gravamen recae, en último análisis, sobre el predio en que se encuentran, que es el que sufre el perjuicio; pero no sucede lo mismo cuando se trata de objetos distintos, que por cualesquiera circunstancias se encuentren en dicho predio; en este caso el derecho que se concede al minero constituye, en su favor, una verdadera venta **forzosa** para el dueño de ellos, pero no puede llamarse jurídicamente **servidumbre**.

### Características de las servidumbres

1a.—Las **servidumbres activas** son **derechos reales**. Así lo expresa el artículo 664 del Código Civil, en su segundo inciso. El mismo artículo, en su inciso primero, define de la siguiente manera lo que es un derecho real: "el que tenemos sobre una cosa sin respecto a determinada persona"; de acuerdo con esta definición no solamente son derechos reales las servidumbres, sino que puede afirmarse que son **los más reales** de todos los derechos, inclusive el de dominio, ya que en la relación jurídica derivada de un derecho de servidumbre **de ninguna de las dos partes** intervienen **directamente** personas, sino cosas (predios o minas, o unos y otras).

2a.—Las servidumbres son **derechos inmuebles**, porque los objetos sobre los cuales se ejercen son siempre bienes inmuebles.

3a.—Son **derechos accesorios**, porque son "inseparables del predio a que activa o pasivamente pertenecen". (C. C. Art. 883). Por tanto no pueden ser objeto de actos jurídicos que se ejecuten con absoluta prescindencia del predio al cual acceden.

4a.—Son **perpetuas**, porque tanto el gravamen como la utilidad corresponden a bienes raíces, que son por naturaleza **impercederos**. Esta característica no es esencial a las servidumbres, porque el predio sirviente puede verse libre de su gravamen por circunstancias fortuitas o por un acuerdo de voluntades entre los respectivos dueños de dicho predio y del dominante; este último modo

de liberar un predio gravado con una servidumbre sólo puede emplearse cuando ésta se ha constituido voluntariamente; es evidente que el dueño de un predio (o de una mina) puede renunciar al goce actual de una servidumbre debidamente constituida de acuerdo con la ley que la autoriza; mas no puede hacerlo con el derecho mismo que la ley concede a su predio (o mina).

Las servidumbres de minas no tienen el carácter de perpetuas, porque ellas han de agotarse en un tiempo más o menos largo.

5a.—Son una limitación o desmembración del dominio. La servidumbre se llama pasiva con respecto al predio sirviente, y activa con respecto al dominante. Es por eso por lo que, siempre que se habla de la servidumbre como de un derecho, se habla de la activa. La servidumbre pasiva es una obligación, un gravamen, una limitación o desmembración del dominio.

Hay autores que sostienen la inexistencia de las servidumbres legales y, de consiguiente, el que ellas sean una limitación del dominio del dueño del predio sirviente; se apoyan en la definición que del dominio dan las legislaciones de todos los países civilizados, y que es, en líneas generales, igual a la del artículo 669 de nuestro Código Civil: "El dominio (que se llama también propiedad) es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente, no siendo contra ley o contra derecho ajeno".

Si pues la ley establece expresamente el derecho de servidumbre sobre ciertos predios, en favor de otros, los dueños de los primeros de ninguna manera podrían oponerse al derecho de los segundos, porque irían contra la ley, o, mejor dicho, contra el derecho ajeno reconocido expresamente por la ley; de suerte que es el derecho de propiedad del dueño del predio dominante el que se extiende sobre el denominado sirviente, a la medida de su necesidad. Están, pues, las servidumbres legales fuera del dominio del predio sirviente. No son, por consiguiente, una limitación de él.

Pero, acaso si el Código Civil no tuviera en la definición que da del dominio la expresión "no siendo contra ley o derecho ajeno" podría el dueño del predio sirviente liberarlo de la carga impuesta sobre él por una disposición legal? Dejaría, sólo por tener el Código una disposición redundante, de ser la servidumbre una limitación del dominio? De ninguna manera; sostener tal tesis es absurdo.

El momento en el cual salta a la vista con sorprendente clari-

dad el hecho de que las servidumbres legales son una limitación del dominio es aquél en que el dueño de un predio, haciendo uso del derecho que la ley concede, procede a constituir sobre otro una servidumbre, pues entonces surgen para éste los perjuicios que el dueño del predio dominante está obligado a indemnizar.

Solamente las servidumbres naturales no son una limitación del dominio, porque ellas existen aunque la ley no las exprese; por ello el propietario del predio sobre el cual recaen no puede exigir indemnización alguna.

6a.—**Son indivisibles.** Por eso cuando un predio pertenece a varios individuos ninguno de ellos puede gravar el predio común con una servidumbre, sin consentimiento de los otros. Todo hecho que interrumpe la prescripción respecto de uno de ellos la interrumpe también respecto de los demás (C. C. Art. 943). El mismo artículo, en su parte final, dice así: "si contra uno de ellos no puede correr la prescripción, no puede correr contra ninguno"; es decir, que si la prescripción se **suspende** en favor de uno de los propietarios, se **suspende** también en beneficio de los demás. Hay aquí una excepción a los principios generales del Código, pues la **suspensión**, de la cual habla el artículo 2530, es un privilegio que la ley concede a determinadas personas y que sólo a ellas aprovecha.

Otras disposiciones del Código Civil de las cuales se deduce, sin lugar a dudas, la indivisibilidad de las servidumbres, son las contenidas en los artículos 884 y 890.

### Divisiones de las servidumbres.

Daremos solamente las que trae el Código Civil, con algunas breves explicaciones.

1a.—Atendiendo a su objeto, se dividen en **positivas** y **negativas**. Servidumbre positiva "es, en general, la que sólo impone al dueño del predio sirviente la obligación de **dejar hacer**" (C. C. Art. 882). Aunque a veces le imponen la obligación de **hacer algo**, como la del artículo 900. Negativa es aquella "que impone al dueño del predio sirviente la **prohibición de hacer algo**" (C. C. Art. 882).

En el derecho minero las servidumbres, generalmente, sólo imponen al dueño del predio sirviente la obligación de **dejar hacer**, y algunas veces la **prohibición de hacer algo**. Pero nunca le obligan a **hacer**.

2a.—Según sus caracteres, se dividen en **aparentes** e **inapa-**

**rentes.** "Servidumbre aparente es la que está continuamente a la vista, como la de tránsito, cuando se hace por una senda o por una puerta especialmente destinada a él; e inaparente la que no se conoce por una señal exterior, como la misma de tránsito, cuando carece de estas dos circunstancias y de otras análogas." (C. C. Art. 882).

En el derecho minero también se presentan las servidumbres con los anteriores caracteres.

3a.—Por su naturaleza, se dividen en **continuas** y **discontinuas**. "Servidumbre continua es la que se ejerce o se puede ejercer continuamente, sin necesidad de un hecho actual del hombre, como la servidumbre de acueducto por un canal artificial que pertenece al predio dominante; y servidumbre discontinua es la que se ejerce a intervalos más o menos largos de tiempo y supone un hecho actual del hombre, como la servidumbre de tránsito" (C. C. Art. 881).

Las servidumbres establecidas en favor de las minas pueden ser también continuas o discontinuas.

De manera que para saber si una servidumbre es continua o discontinua hay que atender al modo como se ejerce. Será de la segunda clase si exige que la actividad humana se manifieste de una manera continua, es decir, si **necesita de un hecho actual del hombre**. De lo contrario será continua. Ni simultánea ni sucesivamente puede una misma servidumbre ser continua y discontinua. En cambio, una misma servidumbre puede ser primero aparente y luego inaparente, o viceversa.

Una servidumbre **continua** no deja de ser tal por el hecho de no ejercerse continuamente y sin intermitencias. Puede perfectamente suceder que se ejerza **discontinua**; así sucede, por ejemplo, con la de acueducto, cuando el agua sólo pasa de tiempo en tiempo por él. Por eso dice el Código Civil que es servidumbre continua "la que se **ejerce o se puede ejercer continuamente**".

Combinando las dos últimas divisiones enumeradas resultan las siguientes:

a)—Servidumbres **continuas aparentes**, como la de acueducto, cuando se halla a la vista de cualquiera persona.

b)—**Continuas inaparentes**, como la misma de acueducto, cuando se ejerce por una tubería subterránea.

c)—**Discontinuas aparentes**, como la de tránsito, cuando se ejerce por una puerta o senda especialmente destinada a él.

d)—**Discontinuas inaparentes**, como la misma de tránsito, cuando no se manifiesta exteriormente.

La clasificación anterior es sumamente importante, porque sirve para determinar cómo se constituyen las servidumbres, cuáles pueden adquirirse por prescripción, y cuándo comienza el plazo para la prescripción extintiva.

4a.—Atendiendo a su origen, se dividen las servidumbres en **naturales, legales y voluntarias**. Son naturales las que "proviene de la natural situación de los lugares"; legales, las "que son impuestas por la ley", y voluntarias las "que son constituidas por un hecho voluntario del hombre" (C. C. Art. 888).

Algunos autores pretenden que sólo existen dos clases de servidumbres: las **legales** y las **voluntarias**. Niegan, pues, la existencia de las **naturales**, fundándose en que éstas también han sido establecidas expresamente por la ley. Pero es lo cierto que las servidumbres naturales existirían aunque la ley no las expresara, porque ellas dependen de la natural situación de los lugares; la ley no hace más que dejar constancia de un hecho establecido por la misma naturaleza. Así, por ejemplo, la obligación en que está el dueño de un predio de dejar que por él corran las aguas que descienden de un predio superior naturalmente, es decir, sin que en la dirección de su curso haya intervenido para nada la mano del hombre; dejaría de serlo por el solo motivo de que en la ley no se dejara constancia alguna de tal obligación? Qué haría, entonces, con dichas aguas? Torcería su curso hacia otro predio cuya situación lo permitiera? Con qué derecho? Sólo con el consentimiento del dueño de dicho fundo podría hacer tal cosa, y en este caso la servidumbre constituida sobre él tendría el carácter de **voluntaria**.

### Servidumbres naturales.

Nuestro Código Civil sólo trae una servidumbre de esta clase: la del artículo 891, el cual dispone en su primer inciso que "el predio inferior está sujeto a recibir las aguas que descienden del predio superior naturalmente, es decir, sin que la mano del hombre contribuya a ello".

Si el terreno en el cual se encuentra una mina se halla en el caso anteriormente expuesto, las aguas que reciba, en la mayoría de las veces, en lugar de ser perjudiciales a la mina, han de servir para su laboreo; pero si, por cualquier motivo, lo estorbaren, pare-

ce que, de acuerdo con el artículo 3o. del Código de la materia, el dueño de la mina podría torcer su curso sobre otro predio, pagando la indemnización correspondiente, y siempre que no perjudique el laboreo de otra.

### Servidumbres voluntarias

Puede constituirse un número infinito de servidumbres de esta clase. El orden público y las prohibiciones legales son las dos únicas limitaciones que existen al respecto.

De acuerdo con las disposiciones del Código de Minas, los dueños de ellas gozan del derecho de establecer sobre los predios en los cuales se hallan ubicadas, y sobre los demás que fuere necesario, todas las servidumbres que interesen al laboreo de sus minas, aún contra la voluntad de los dueños de dichos predios. De manera que será excepcional el caso de que se constituya una servidumbre **voluntaria**.

Por consiguiente, el estudio de las servidumbres naturales y voluntarias no interesa en el derecho minero.

### Servidumbres legales

Conforme al artículo 897 del Código Civil, estas servidumbres son de dos clases: unas **relativas al uso público**, y otras a **la utilidad de los particulares**.

El mismo artículo subdivide la primera clase en otras dos:

a)—El uso de las riberas en cuanto sea necesario para la navegación o flote.

b)—Las demás determinadas por las leyes respectivas.

El uso de las riberas no es una verdadera servidumbre, porque no se ve cuál pueda ser el predio dominante. Se dirá que es el río; pero, por una parte, el uso de las riberas no se establece en su favor, sino en beneficio de la navegación o flote, y, por otra, un río no es un predio.

Aunque el Código de Minas nada dice al respecto, los mineros pueden, desde luego, gozar de esta clase de servidumbres, ya que ellas se hallan establecidas en beneficio de todos.

El Código Civil no trae más servidumbres relativas al uso público; las demás se encuentran en leyes especiales.

Las servidumbres de minas han sido establecidas directamen-

te en beneficio de los particulares; pero gozan de especiales privilegios por una razón de utilidad pública, pues la industria de la minería se halla íntimamente ligada a la economía nacional, porque aumenta de manera considerable la riqueza general.

Vamos a estudiar las servidumbres establecidas en favor de las minas, sus analogías y diferencias con las correspondientes del Código Civil, y, finalmente, las características propias de las servidumbres especiales que trae el Código de Minas.

### Servidumbres establecidas por el Código de Minas

Son las siguientes:

- 1a.—Ocupación y uso del terreno en que se encuentra la mina.
- 2a.—Tránsito.
- 3a.—Toma de maderas y demás objetos preciosos para el laboreo.
- 4a.—Acueducto.
- 5a.—Tongas.
- 6a.—Canales o desagües.
- 7a.—Aguas.

La última de las enumeradas, por su especial importancia, es materia de un capítulo especial en el Código.

### Servidumbres establecidas en el Código Civil

Las siguientes:

- 1a.—Demarcación.
- 2a.—Cerramiento.
- 3a.—Medianería.
- 4a.—Luz.
- 5a.—Vista.
- 6a.—Tránsito
- 7a.—Acueducto.
- 8a.—Desagüe.

Solamente nos interesa el estudio de las tres últimas servidumbres enumeradas, en relación con sus semejantes del Código de Mi-

nas. Las demás nunca pueden constituirse en favor ni en contra de las minas.



Antes de entrar de lleno en el estudio detenido de las servidumbres debemos recordar que las minas son siempre **dominantes**, nunca **sirvientes**.

### Servidumbre de tránsito

Consiste en el gravamen impuesto a un predio de transitar por él, en beneficio de otro (o de una mina).

Según el artículo 905 del Código Civil, para que haya lugar a esta servidumbre es necesario que el predio dominante se halle **privado de toda comunicación** con el camino público; de manera que si existe alguna, por larga y dificultosa que sea, no hay derecho para imponer la servidumbre sobre otro u otros predios. Esta disposición resulta en muchos casos supremamente injusta, por lo cual es conveniente una revisión de ella.

El Código de Minas dispone sobre la servidumbre de tránsito lo siguiente, en su artículo 177: "Toda mina goza de la servidumbre de tránsito, que pesará sobre todas las fincas o predios que se interpongan entre ella y el camino público que conduce a la cabecera del Distrito".

El criterio que informa la legislación minera no es, por consiguiente, el de la **necesidad**, sino simplemente el de la **utilidad**; si el dueño de una mina pudiese constituir una servidumbre de tránsito sólo cuando le fuere absolutamente necesario, traería el Código de Minas disposiciones limitativas semejantes a las del Civil.



El artículo 178 del Código de Minas da a los dueños de éstas el derecho de transitar "por los predios que sea necesario para conducir a ellas lo que necesiten para su laboreo".

Con el fin, pues, de facilitar la pronta llegada de las maquinarias y de toda clase de objetos necesarios para el montaje y mantenimiento de la explotación regular de las minas, sin necesidad de dar rodeos largos y dificultosos, se permite el tránsito por el lugar o los lugares de más fácil acceso; tanto más cuanto que, en

muchas ocasiones, los objetos expresados no pueden llegar por la vía ordinaria. Claramente se comprende por qué el artículo que estudiamos dice que el tránsito a que él se refiere puede ser **accidental** o **permanente**; en este último caso le son aplicables las disposiciones del artículo 177.

Esta división del tránsito en **accidental** y **permanente** no existe en el derecho civil, porque no hay en el Código disposición alguna semejante a la del artículo 178 del Código de Minas.

La ley da, pues, amplia libertad para constituir cuantas servidumbres sean **necesarias** o **útiles** para el laboreo de las minas. En cambio, en favor de un predio no existe derecho legal para constituir más de una: la **necesaria** para comunicarlo con la vía pública.

Sin embargo, a pesar de que, según hemos dicho, el criterio que domina en la legislación civil respecto de la constitución de las servidumbres es el de la **necesidad**, el artículo 907 del Código contiene una excepción a la regla general. Transcribimos a continuación el artículo citado:

“Si **concedida** la servidumbre de tránsito en conformidad a los artículos precedentes, llega a no ser indispensable para el predio dominante, por la adquisición de terrenos que le den un acceso **cómodo** al camino, o por otro medio, el dueño del predio sirviente tendrá derecho para pedir que se le exonere de la servidumbre, restituyendo lo que al establecerse éste se le hubiera pagado por el valor del terreno”.

Del artículo anterior se desprende que, aunque el dueño del predio dominante adquiera para éste un acceso al camino público, el del predio sirviente no puede pedir que se le exonere de la servidumbre si dicho acceso no es **cómodo**, es decir, si la nueva vía no reúne condiciones iguales, por lo menos, a las de aquélla por la cual se haya efectuado hasta entonces el tránsito.

La disposición apenas es justa; pero no lo es igualmente el privilegio concedido a los predios que se encuentren en el caso anterior sobre aquéllos que tienen comunicación directa, aunque sea inconveniente por muchos aspectos.



Dice el artículo 179 del Código de Minas:

“Si el dueño de un predio sujeto a una de las servidumbres **permanentes** de que hablan el artículo anterior y el 177, creyere

que tal servidumbre no es necesaria para el laboreo de la mina, y el dueño de ésta tuviere una opinión diversa, se decidirá el punto por peritos nombrados por los interesados y un tercero por el Juez".

Para poder exonerarse de la servidumbre, el dueño del predio debe demostrar que los fines para los cuales se constituyó aquélla no tienen relación alguna con el laboreo de la mina. Pero, aún en el caso de que sí la tengan, puede todavía liberarse de la carga si demuestra que, realizándose el paso por otros predios, la utilidad será mayor.

De modo que el artículo en mención siempre se refiere a una **necesidad absoluta**; en muchos casos la necesidad puede ser **relativa**, es decir, simple **utilidad**; de lo contrario no diría el artículo, en su parte final, que, en caso de divergencia de opiniones entre el dueño del predio y el de la mina, el punto será decidido por peritos.

Ni en el artículo citado, ni en ningún otro, da derecho el Código para oponerse a una servidumbre de tránsito accidental.

#### **Indemnizaciones correspondientes a la servidumbre de tránsito**

En este punto también existen diferencias entre la legislación civil y la minera.

El Código Civil impone al dueño del predio dominante la obligación de pagar el **valor del terreno** necesario para la servidumbre, y de resarcir todo otro perjuicio. (Art. 905). En cambio, el Código de Minas dice en su artículo 194 que "la indemnización proveniente de una servidumbre de tránsito, sea permanente o no, se reduce a los **perjuicios** que se ocasionen al dueño del predio sirviente por razón de tal gravamen".

No existe, pues, para el dueño de una mina, la obligación de pagar el valor del terreno que necesite para el goce de su derecho; por consiguiente, su situación es, también, en lo que a indemnizaciones se refiere, más ventajosa que la del propietario de tierras.

La indemnización que debe pagar el minero se extiende a toda clase de servidumbres, sea el tránsito accidental o permanente. La fijación de la cuantía se hará cuando lo exija el dueño del terreno. (Art. 199). Debe tenerse en cuenta, eso sí, que las que se constituyan en el terreno en que esté situada la mina quedarán comprendidas en el avalúo que se haga de los perjuicios resultantes de la servidumbre general de **ocupación**. El pago se hará siempre después del avalúo.

Antes de proceder al avalúo deben ponerse de acuerdo las partes sobre si la servidumbre que se establece es accidental o permanente, primando en todo caso la voluntad del minero; pero si éste no la estima permanente, será obligado a fijar su duración, y, para continuar gozando de la servidumbre después de terminada aquélla, deberá pagar nueva indemnización (Art. 200).

El artículo 907 del Código Civil establece que, cuando se haya exonerado al predio sirviente de una servidumbre de tránsito, por ser ya innecesaria para el predio dominante, el dueño del primero restituirá lo que al constituirse la servidumbre se hubiera pagado por el valor del terreno; si llegara a ocurrir algo semejante respecto de una servidumbre de tránsito establecida para beneficio de una mina, el dueño del predio sirviente nada tendría que devolver por este concepto, puesto que nada se le había pagado. Lo que se paga por razón de los perjuicios no está sujeto a devolución.

El artículo 908 del mismo Código trae un caso en el cual no hay lugar a devolución alguna.

### Servidumbre de acueducto

“Toda heredad está sujeta a la servidumbre de acueducto en favor de otra heredad que carezca de las aguas **necesarias**” para usos domésticos o industriales, o para el cultivo de sementeras, plantaciones o pastos. La servidumbre “consiste en que puedan conducirse las aguas por la heredad sirviente, a expensas del interesado”. (C. C. Art. 919).

A primera vista parece que la razón que movió al legislador a establecer esta servidumbre fue la de la **utilidad**, y no la de la **necesidad**, porque para que haya lugar a ella no es menester que el predio dominante carezca **por completo** de agua, sino solamente de la necesaria para el objeto a que se destina; pero es claro que, si para lograr tal objeto no posee el agua suficiente, viene a resultar en la práctica exactamente lo mismo que si careciera totalmente de ella. De manera que esta servidumbre también se halla establecida en razón de la **necesidad**.

“Toda mina goza de la servidumbre de acueducto sobre los predios que fuere necesario para conducir al lugar de los trabajos el agua que debe servir para ella”. (C. de Minas. Art. 181).

La legislación minera no difiere sustancialmente de la civil en este punto.

Las casas y los patios, huertas y jardines que de ellas dependen no están sujetos a la servidumbre de acueducto (Art. 28 de la L. 292 de 1875). Es muy justa la excepción que aquí hace la ley.

El artículo 920 del Código Civil trae una disposición análoga, pero exonera también a los corrales.

Dice el artículo 183 del Código de Minas que "la conducción de las aguas, **especialmente por los terrenos cultivados**, se hará por un acueducto que no permita derrames, en que no se deje estancar el agua ni acumular las basuras, y que tenga de trecho en trecho los puentes necesarios para la cómoda administración y cultivo de las heredades sirvientes".

La anterior disposición que es casi igual a la del artículo 921 del Código Civil, establece solamente cierto privilegio en favor de los **terrenos cultivados**; privilegio que, en nuestro concepto, debe entenderse así: siempre que el acueducto haya de atravesar por tales terrenos, debe procurarse **con especial cuidado** que no haya derrames o filtraciones que puedan perjudicarlos, mientras que en los demás casos, si es sumamente difícil o dispendioso el logro de ello, puede suplirse por una indemnización adecuada.

Todas las obras que el minero (o el dueño del predio dominante) esté obligado a hacer para evitar perjuicios al dueño del predio sirviente, o para aligerar su gravamen, serán a su costa.



El minero tiene derecho de llevar el acueducto "por un rumbo que permita el libre descenso de las aguas, y que por la naturaleza del terreno no haga excesivamente dispendiosa la obra". (C. de M. Artículo 184, inciso primero).

El mismo artículo, en su inciso segundo, dice que luégo de verificarse tales condiciones "se llevará por el rumbo que menos perjudique a los terrenos cultivados".

El artículo 185 presume que el rumbo más corto es el menos perjudicial para el dueño del predio sirviente y el menos costoso para el de la mina; pero puede probarse lo contrario.

"El funcionario competente conciliará en lo posible los intereses de las partes, y en puntos dudosos decidirá en favor de las heredades sirvientes", dice el último artículo citado, en su segundo inciso.

El artículo 184 da la preferencia, en cuanto al modo como ha

de ejercerse la servidumbre, al dueño de la mina; pero el 185 coloca en situación privilegiada al propietario del predio sirviente, pues dice que los puntos dudosos se decidirán en su favor. Hay que conciliar las disposiciones de ambos artículos, porque parece que estuvieran en contradicción.

Naturalmente, el conflicto surgirá desde el momento en que cada uno de los interesados proponga un rumbo distinto, alegando que el propuesto por su contrario le es sumamente gravoso. Yo creo que si la diferencia en el costo de la obra es superior a la diferencia en el monto de los perjuicios, el conflicto debe decidirse en favor del minero, y, en caso contrario, en favor del dueño de la heredad sirviente. De manera que, en mi concepto, la obra se reputará **excesivamente dispendiosa** en el primero de estos casos.

El artículo 922 del Código Civil trae disposiciones idénticas a las anteriores.



El dueño del predio sirviente tiene la obligación de "permitir la entrada de trabajadores para la limpia y reparación del acueducto, con tal que en las **reparaciones ordinarias** se dé previo aviso al administrador del predio, si se le encontrare en él".

"No se mirarán como ordinarias las reparaciones que haga necesarias un accidente imprevisto, como un derrumbe u otro semejante" (C. de M. Art. 186).

El 187 también obliga al dueño del fundo sirviente a permitir que éntre un inspector o cuidador a examinar el acueducto, cuando lo estime conveniente el minero.

Las disposiciones del artículo 924 del Código Civil son semejantes a las anteriores, sin embargo de algunas diferencias.

La legislación de minas distingue entre **reparaciones ordinarias** y **extraordinarias**, lo cual no sucede en la civil. Además, el examen del inspector o cuidador se hará cuando el minero lo juzgue conveniente, sin tener en cuenta para nada la voluntad del dueño de la heredad sirviente, mientras que en una servidumbre común la entrada del inspector o cuidador se verificará de tiempo en tiempo, y claramente se ve que los dueños de los predios dominante y sirviente deben obrar de común acuerdo, ya que, en caso de discordia, el Juez señalará la frecuencia con que debe realizarse el examen.

El artículo 188 del Código da al minero "el derecho de hacer todas las construcciones que sea necesario para asegurar convenien-

temente el goce de la servidumbre de acueducto".

En las disposiciones correlativas del Código Civil no se encuentra ninguna semejante a la anterior; pero, en cambio, en las disposiciones generales aplicables a toda clase de servidumbres, se encuentra el mismo principio, consignado en los artículos 885 y 886.

Dice el primero: "El que tiene derecho a una servidumbre, lo tiene igualmente a los medios necesarios para ejercerla. Etc."

Son apenas estrictamente justas las disposiciones anteriores, pues no se concibe un derecho cuyo ejercicio no esté permitido.

Tiene, también, derecho el minero para impedir las construcciones que "quiera ejecutar el dueño del predio sirviente, y que perjudiquen a la servidumbre". (Parte final del artículo 188 del Código).

Una disposición igual contiene, en sustancia, el artículo 925 del Código Civil.

El dueño de una mina puede aumentar el agua hasta la cantidad que necesite para el laboreo de ella, si considera que no es suficiente la que tiene (art. 189 del Código). Y es claro que contrae la obligación de indemnizar de todo perjuicio que de ello pudiere resultar al dueño del predio sirviente.

El mismo derecho, y la obligación correspondiente, se hallan consignadas en el artículo 927 del Código Civil.

Me parece que el artículo 928 del último Código citado es de perfecta aplicación en el derecho minero. Dice así: "El que tiene a beneficio suyo un acueducto en su heredad, puede oponerse a que se construya otro en ella, ofreciendo paso por el suyo a las aguas de que otra persona quiere servirse, con tal que de ello no se siga un perjuicio notable al que quiera abrir un nuevo acueducto. Etc."

Claro que el minero está obligado a resarcir los perjuicios que resulten al dueño del acueducto, máxime cuando haya necesidad de ensanchar éste.

### **Indemnizaciones a que da lugar la servidumbre de acueducto**

La indemnización que se debe por una servidumbre de acueducto constituida en favor de una mina, se limita a los perjuicios que el predio sirviente sufra por **consecuencia inmediata** de tal servidumbre. Los que resulten de sucesos fortuitos, como derrumbes, etc., se pagarán a medida que vayan ocurriendo (Art. 196 del Código).

Existe aquí una marcada diferencia con el Código Civil, pues éste obliga al propietario del predio dominante a pagar el precio de todo el terreno ocupado por el acueducto; el de un espacio a cada uno de los lados que no bajará de un metro, pero que sí podrá ser mayor por convenio de las partes, o por disposición del Juez, cuando lo exigieren las circunstancias, y un diez por ciento más sobre la suma total. Además, deberá indemnizar todos los perjuicios ocasionados por la construcción del acueducto, y también por las filtraciones y derrames de éste, pero sólo cuando puedan imputarse a defectos de construcción (C. C. Art. 923).

Al estudiar el Código de Minas se advierte siempre la preocupación del legislador por facilitar en cuanto sea posible el laboreo de éstas; con ese fin reduce hasta el límite lo que se debe pagar por concepto de indemnizaciones, evitando así al minero el desembolso de cantidades excesivas.

Por eso resulta incomprensible el que se le imponga la obligación de pagar los perjuicios provenientes de sucesos fortuitos, tanto más cuanto que, según las disposiciones del derecho común, el dueño del predio dominante no está obligado a hacerlo. Así se deduce del artículo 923, que obliga a pagar los perjuicios provenientes de las filtraciones y derrames de un acueducto, **solamente cuando puedan imputarse a defectos de construcción.** Lo que sí se explica fácilmente es la discrepancia entre los Códigos Civil y de Minas sobre este punto, porque fueron dictados en épocas distintas y por diferentes legislaturas (El primero fue sancionado en 1873, y rigió desde entonces para toda la República. El segundo es el antiguo Código del Estado Soberano de Antioquia, vigente desde 1867, y adoptado para la Nación por la Ley 38 de 1887).

El valor de los perjuicios inmediatos de una servidumbre de acueducto se fijará cuando lo solicite el interesado, siempre que el cauce esté concluído. Si las partes no llegan a un acuerdo, el avalúo se hará por peritos. El pago se hará inmediatamente después del avalúo. (C. de M. Art. 202).

Abandonado un acueducto, el terreno no vuelve a la propiedad del dueño del predio sirviente, —como sucede en el derecho civil—, porque no ha salido de ella un solo momento. Por consiguiente, tampoco hay lugar a devoluciones.

#### Servidumbre de desagüe

El dueño de una mina, sea de la clase que fuere, que tenga ne-

cesidad de formar canales o desagües para explotarla más fácilmente, podrá hacerlo (L. 292 de 1875, Art. 46).

Esta servidumbre tiene la particularidad de poderse constituir en favor de toda clase de minas, sean adjudicables, contratables, o de propiedad del dueño del suelo.

El Código Civil habla también de la servidumbre de desagüe, y dice que es la que tiene por objeto dar salida a las aguas sobrantes, y para desecar pantanos y filtraciones naturales. El artículo 928 extiende a ella las reglas establecidas para la servidumbre de acueducto. De manera que son ellas las que deben seguirse cuando se trate de fijar el valor que debe pagarse por concepto de indemnizaciones.

En el derecho minero, solamente cuando no sean aplicables las disposiciones de los artículos 47 y siguientes de la Ley 292 de 1875, lo serán las relativas a la servidumbre de acueducto.

## SERVIDUMBRES ESPECIALES DEL CODIGO DE MINAS

### Servidumbres de ocupación

Es la más importante de las servidumbres exclusivamente establecidas en favor de las minas; sin ella la explotación sería imposible.

El artículo 174 del Código se refiere a ella. Las facultades que concede al dueño de la mina son muy amplias. Sin embargo, pone a cubierto al dueño del terreno de los posibles abusos que en el ejercicio de su derecho pudiera cometer el minero, al establecer que **solamente puede ejecutar las obras que conduzcan al laboreo formal de la mina**; el mismo fin tienen las disposiciones que obligan a la indemnización de perjuicios.

Pero, cuáles obras pueden señalarse como conducentes al laboreo formal?

Es ésta una cuestión de hecho que no puede determinarse dando normas taxativas al respecto. Las minas son de muy diferentes clases, según los minerales (oro, plata, platino, petróleo, sal, esmeraldas, carbón, hierro, etc.), por lo cual es natural que los métodos de explotación sean distintos, según los diferentes casos. Además, hay que tener en cuenta el perfeccionamiento que con el tiempo adquieren dichos métodos.

El artículo 174 no determina la extensión de terreno sobre el

cual goza el minero del derecho de **uso y ocupación**; generalmente se entiende que es sólo aquella parte en donde se encuentra la mina; es verdad que el artículo 3o. dice que la "adjudicación legal de una mina lleva consigo la condición tácita en su favor, de la **servidumbre y uso del terreno necesario para su elaboración, etc.**", y que, por lo tanto, parece que dicho artículo diera a los dueños de minas la facultad de ocupar y usar, cuando fuere preciso, el terreno que se halla fuera de los límites de ellas; pero sucede que, las minas están a continuación unas de otras, porque generalmente las regiones mineras son de considerable extensión. De manera que el dueño de una mina no podrá servirse de los terrenos adyacentes al en que se encuentra ubicada, cuando en tales terrenos se encuentren otras minas que no le pertenezcan, y el uso de ellos pueda perjudicar al laboreo de las últimas.

Como la ocupación tiene un carácter temporal, el explotador de la mina no puede obligar al dueño del terreno a que se lo venda.

Se comprende claramente la razón de ser de esta servidumbre, pues las minas son inmuebles jurídicamente distintos del terreno en que se encuentran, y sucede, generalmente, que la propiedad de unos y otros se encuentra separada. En el caso de que la mina y el terreno sean de un mismo dueño, la ocupación no tendrá el carácter de servidumbre, sino que será entonces algo semejante a lo que se denomina **servicio** en el derecho civil.

La servidumbre de que tratamos puede dar lugar a otras muchas (acueducto, tránsito, etc.), que se reputan comprendidas en ella. Pero siempre se considera como una servidumbre diferente la **toma de maderas y otros objetos** necesarios para el laboreo, aun cuando ello se haga en el mismo terreno en que se encuentra la mina.

El derecho concedido por el artículo 174 a los dueños de minas, se encuentra limitado por otro del mismo Código y de leyes sobre la materia. Por ejemplo, el numeral 1o. del artículo 5o. del Código expresa que no hay derecho para buscar, descubrir y catear cualquier mina que se halle "dentro del área de una población y de cien metros de distancia de sus últimas casas; a no ser que el laboreo de la mina sea retirándose de dicha población, y sin perjuicio probable de ella, próximo o remoto; en cuyo caso la policía podrá conceder permiso para elaborarla, debiendo suspenderse los trabajos en el acto en que resulte algún peligro para la población".

Como, según el numeral 2o. del mismo artículo, el derecho de

buscar, descubrir y catear una mina que se encuentre "dentro de los patios, jardines, huertas y solares de las habitaciones rurales" sólo pertenece a los dueños de las respectivas fincas, es lógico deducir que la explotación formal también corresponde sólo a ellos, a menos que cedan a otro su derecho.

El numeral 3o. dice que no podrán explotarse las minas que se encuentren en terrenos cercados y destinados a cultivo permanente sin dar previo aviso al dueño del terreno, o al encargado de él, y sin prestar una caución. Pero el avisado no podrá impedir que se haga el descubrimiento, cateo y explotación de la mina, ni aprovecharse del aviso para denunciarla.

La Ley 13 de 1937 facultó al Gobierno "para señalar las zonas en las cuales no puedan explotarse minas de aluvi6n, cuando aquellas estén dedicadas a empresas agrícolas o ganaderas en forma de representar un factor primordial en la vida económica de determinada región del país".

El artículo 175 del Código prohíbe la explotación de las minas "cuyo laboreo perjudique las obras públicas, las poblaciones, las aguas de que en ellas se hace uso, y las habitaciones de particulares".

El artículo 3o. de la Ley 72 de 1910 dice lo que se entiende por **obras públicas**, para los efectos del último, citado artículo del Código: "los caminos, ferrocarriles, líneas de transporte aéreo, canalizaciones aéreas o subterráneas para conducción de energía eléctrica y acueductos, cuando estas obras se destinen al servicio público; y, en general, todos los edificios y construcciones que se destinen al mismo uso".

Es entendido que cuando por las necesidades del laboreo haya de resultar afectada alguna de tales obras, no se considerará que hay perjuicios sino cuando el explotador de la mina no repare por su cuenta los daños causados, de manera que pueda seguir pres-tándose sin interrupción el servicio a que la obra estuviere destinada.

Otra importante limitación es la que trae el artículo 176 del Código: "No podrán tampoco ejecutarse obras por las cuales se prive al dueño del terreno del agua necesaria para el uso de su familia, sus animales, sus plantaciones y cualesquiera especie de máquinas o establecimientos industriales, o empezados a establecer".

El artículo 208 del Código de Régimen Político y Municipal dice: "las vías, puentes y acueductos no podrán enajenarse ni reducirse en ningún caso. Toda **ocupación permanente** que se haga de

estos objetos es atentatoria de los derechos del común, y los que en ellos tengan parte serán obligados a restituir, en cualquier tiempo que sea, la parte ocupada y un tanto más de su valor, además de los daños y perjuicios de que puedan ser responsables". En el mismo caso se encuentran, en general, todas las cosas que no están en el comercio.

La Ley 97 de 1913 prohíbe, en su artículo 8o., a los tenedores o dueños de predios "situados a inmediaciones de las fuentes de que se provee de agua la ciudad, ensuciar dichas aguas con despojos de minas u otros semejantes".

El artículo 5o de la Ley 38 de 1877 prohíbe la explotación de las minas "cuyo laboreo ensucie las aguas de que ordinariamente se hace uso en las poblaciones y en los establecimientos agrícolas, fabriles e industriales en general, bien sean públicos o de particulares".

Sin embargo, el laboreo se permite siempre que se provea previamente de aguas suficientes, limpias y potables, a las poblaciones o establecimientos que hayan de resultar perjudicados.

Todas las limitaciones impuestas por las leyes a los derechos de los mineros son de absoluta necesidad; es conveniente que se facilite en lo posible el laboreo de las minas, pero sería supremamente injusto que las actividades todas de los individuos, y aún el mismo derecho de subsistir, se hallaran escandalosamente sometidos a una sola industria, por importante que ésta sea.

### **Indemnizaciones correspondientes a la servidumbre de ocupación**

La ley concede derechos a los propietarios de minas; y amplios, por cierto; pero a la vez les impone obligaciones, de las cuales la principal es la de indemnizar a los dueños de los predios sirvientes de los perjuicios que sufran.

Hemos estudiado ya las indemnizaciones a que está obligado el minero en razón del ejercicio de las servidumbres de tránsito y acueducto. Cuando estas servidumbres gravan al predio en que se encuentra la mina, quedan comprendidas en la servidumbre general de **ocupación y uso del terreno**, y, por consiguiente, no habrá lugar a indemnización separada.

Dice el artículo 191, a propósito de la indemnización que se debe por concepto de la servidumbre en estudio: "El dueño de toda mina que esté en laboreo, es obligado a pagar al dueño del terreno

donde ella esté situada, el valor de los perjuicios que le cause el laboreo”.

No puede ser más justa la disposición anterior. Es cierto que hay un interés general en la explotación de las minas; pero no puede ser ésa una razón justificativa para que se desampare al dueño del terreno por completo; porque, si no existiera la obligación de pagarle el valor de los daños que pudieren resultarle, vendría a ser una verdadera expropiación temporal, sin indemnización alguna; y si ese terreno es lo único que posee, se vería, entonces, despojado de toda su fortuna.

En caso de que los interesados no llegaren a un acuerdo sobre el valor de los perjuicios, éste se fijará por peritos. Así lo dispone con acierto el artículo 192. Para ello han de tener en cuenta “todos los perjuicios que sufre el terreno donde la mina está situada, ya por la extensión del terreno ocupado por los edificios y obras del laboreo, ya por las excavaciones que se hagan en su superficie, ya por la naturaleza de tales excavaciones, ya por el número y la dirección de los acueductos construídos en él, ya, finalmente, por los desmoronos que causen tales acueductos y por los demás gravámenes que pesan sobre el predio sirviente; pero nunca se calculará íntegramente el valor del terreno ocupado por el minero, para hacer a éste responsable de dicho valor, en calidad de perjuicio causado por el laboreo de la mina”. (Art. 193).

Todas las disposiciones del artículo transcrito son bastante acertadas, principalmente la final, que exime al dueño de la mina de pagar el valor íntegro del terreno en calidad de perjuicio, pues esto equivaldría a una verdadera compra, y no se justificaría, entonces, el que subsistiera la obligación de pagar los perjuicios.

El artículo 4o. de la Ley 13 de 1937 dispone que “respecto a los perjuicios o daños en los terrenos o en las mejoras con los trabajos de explotación, el dueño de éstas o de aquéllos puede exigir que el valor de las indemnizaciones se pague anticipadamente, por periodos de seis meses, según el daño que se calcule en este período. Etc.”

Acerca de este punto me parece falta de lógica jurídica la citada ley. No se concibe cómo puede tener derecho una persona para obligar a otra a pagarle el valor de perjuicios que no ha sufrido. Se indemniza el daño causado; pero no el que aún no existe.

Quizás la intención de la Ley 13 fue la de dar una mayor protección a los dueños de tierras, pero se excedió; además, no era ne-

cesario, pues las disposiciones del Código son más que suficientes para tal fin.

Otro inconveniente surge de la citada Ley: sólo podrá hacerse un cálculo aproximado del monto real de los perjuicios, y eso poniendo muy especial cuidado en ello, lo cual dará lugar a futuros litigios, porque el dueño del terreno no se prestará fácilmente a devolver el exceso recibido, ni el de la mina a pagar la diferencia que en su contra resulte.

Además, la disposición que estudiamos obliga al minero a desprenderse de un capital considerable, que en ocasiones quizás tenga necesidad de aplicarlo inmediatamente a la explotación; esto no se encuentra en armonía con los principios del Código, en los cuales se advierte la intención clara de facilitar el laboreo de las minas. Es cierto que el dueño del terreno recibe perjuicios inmediatos, al menos en algunos casos; el legislador debió dictar al efecto las disposiciones convenientes, y no cometer el gravísimo error de la que estudiamos, porque es innegable que el pago de los perjuicios por anticipado no tiene razón de ser.

Pero sí es muy acertada la misma ley cuando dice, al final del primer inciso del artículo 4o., que si los "terrenos de propiedad particular estuvieren cultivados por individuos distintos de los dueños, la indemnización de perjuicios comprenderá por separado a los dueños y a los cultivadores".

Cuando no se trate de explotación, sino solamente de prospección o exploración, el dueño del terreno no podrá exigir al minero que le pague anticipadamente el valor de los perjuicios, pero sí que le garantice el pago con una caución suficiente.

### Servidumbre de maderas

Según el artículo 180 del Código, el dueño de una mina tiene el derecho de tomar del predio en que ella se encuentra y de los demás que fuere necesario, la madera y demás objetos precisos para el laboreo.

En la explotación de las minas es imprescindible el uso de las maderas. Por eso el legislador estableció en el Código la servidumbre que estudiamos. Claramente aparece lo injusto e inconveniente que sería si el dueño o los dueños de los predios, invocando el derecho absoluto de propiedad, en su acepción clásica de "jus uten-

di, jus fruendi, **jus abutendi**", se negara a vender, a precio razonable, las maderas al dueño de la mina.

Las razones dadas para las maderas son las mismas que se podrían argüir al tratar de los demás objetos precisos para la explotación. En muchos casos se hallarán en conflicto el derecho del minero y el del dueño del predio, por necesitar éste de los mismos objetos, pero, por razones obvias, prevalece el del primero.

El derecho que tiene el dueño de una mina de tomar las maderas y demás objetos que necesite para el laboreo, cualesquiera que sean los predios en que se encuentren, constituirá una verdadera **servidumbre** para dichos predios cuando su uso les sea indispensable; pero si no es así, el ejercicio del derecho del minero no será para ellos un verdadero gravamen, y, por consiguiente, no puede haber servidumbre; se reducirá a una simple venta forzosa.

El artículo 201 del Código evita al dueño de las maderas y demás objetos el ser víctima de un engaño por parte del minero, pues preceptúa que el valor se fijará por peritos, si fuere necesario, es decir, si los interesados no se convinieren sobre él, y se pagará inmediatamente después de hecho el avalúo, el cual se verificará cuando lo exija el dueño.

La comisión que elabora el proyecto de nuevo Código ha propuesto la supresión de esta clase de servidumbre, substituyéndola por la expropiación con indemnización previa.

### Servidumbre de tongas

Es de carácter especialísimo. En virtud de ella, el minero puede construir tongas, aunque sea tomándolas fuera de los límites de su propiedad, pero sin causar perjuicio al dueño de otra mina inmediata. (L. 292 de 1875. Art. 46).

La palabra **tonga** es tomada de la legislación española, y significa galería o subterráneo que se hace para penetrar en la mina.

Esta servidumbre, como la de desagüe, puede constituirse no sólo en favor de las minas adjudicables, sino también de las contractables y de propiedad del dueño del suelo.

Si empezada la tonga se opusiere alguno de los propietarios de minas inmediatas, se hará el reconocimiento de la obra por el Alcalde, acompañado de dos peritos; y si a juicio de éstos resultaren perjuicios, el que va a ejecutar la tonga debe garantizar el pago de

di, *jus fruendi*, *jus abutendi*”, se negara a vender, a precio razonable, las maderas al dueño de la mina.

Las razones dadas para las maderas son las mismas que se podrían argüir al tratar de los demás objetos precisos para la explotación. En muchos casos se hallarán en conflicto el derecho del minero y el del dueño del predio, por necesitar éste de los mismos objetos, pero, por razones obvias, prevalece el del primero.

El derecho que tiene el dueño de una mina de tomar las maderas y demás objetos que necesite para el laboreo, cualesquiera que sean los predios en que se encuentren, constituirá una verdadera *servidumbre* para dichos predios cuando su uso les sea indispensable; pero si no es así, el ejercicio del derecho del minero no será para ellos un verdadero gravamen, y, por consiguiente, no puede haber *servidumbre*; se reducirá a una simple venta forzosa.

El artículo 201 del Código evita al dueño de las maderas y demás objetos el ser víctima de un engaño por parte del minero, pues preceptúa que el valor se fijará por peritos, si fuere necesario, es decir, si los interesados no se convinieren sobre él, y se pagará inmediatamente después de hecho el avalúo, el cual se verificará cuando lo exija el dueño.

La comisión que elabora el proyecto de nuevo Código ha propuesto la supresión de esta clase de *servidumbre*, substituyéndola por la expropiación con indemnización previa.

### Servidumbre de tongas

Es de carácter especialísimo. En virtud de ella, el minero puede construir tongas, aunque sea tomándolas fuera de los límites de su propiedad, pero sin causar perjuicio al dueño de otra mina inmediata. (L. 292 de 1875. Art. 46).

La palabra **tonga** es tomada de la legislación española, y significa galería o subterráneo que se hace para penetrar en la mina.

Esta *servidumbre*, como la de desagüe, puede constituirse no sólo en favor de las minas adjudicables, sino también de las contractables y de propiedad del dueño del suelo.

Si empezada la tonga se opusiere alguno de los propietarios de minas inmediatas, se hará el reconocimiento de la obra por el Alcalde, acompañado de dos peritos; y si a juicio de éstos resultaren perjuicios, el que va a ejecutar la tonga debe garantizar el pago de

ellos, conforme al avalúo que hagan los mismos peritos, u otros en su lugar (L. 292 de 1875. Art. 47).

Si por el contrario, la tonga ha de convenir a varias minas, los gastos que ella demande se harán por los respectivos dueños, en proporción al beneficio que a cada uno reporte, a juicio de peritos. (L. 292 de 1875. Art. 48).

Si alguno de los mineros se negare a pagar la parte proporcional que le corresponde en los gastos, no podrá aprovecharse del beneficio de los trabajos que otros ejecuten, sino pagando la parte que le corresponde, a satisfacción del que hizo el gasto y a juicio de peritos. (Ibidem. Art. 49).

La Ley 292 tiene efecto retroactivo, según lo dispone ella misma en el inciso final del artículo 49.

### Cómo se constituyen las servidumbres

Si hemos de tratar la cuestión de una manera general, hay que tener en cuenta si las servidumbres son **voluntarias, naturales** o **legales**.

— o —

Las servidumbres **voluntarias** se pueden constituir de cuatro maneras:

1a.—**Por título.** Los actos jurídicos son de dos clases: **unilaterales** y **multilaterales**, siendo éstos últimos generalmente **bilaterales**; por consiguiente las servidumbres voluntarias pueden constituirse **por testamento** o **por convención**, y pueden ser **a título oneroso** o **a título gratuito**. La omisión del título puede suplirse por el reconocimiento expreso del dueño del predio sirviente, dice el artículo 940 del Código Civil, en su inciso primero.

2a.—En la forma expresada por el artículo 938 del Código Civil, llamada por los tratadistas chilenos y argentinos **destinación del padre de familia**.

3a.—**Por prescripción.** Sólo las servidumbres continuas y aparentes pueden adquirirse por este medio. La razón es que las demás servidumbres, cuando no son establecidas por la ley, consisten en actos de mera tolerancia, los cuales no confieren posesión ni dan derecho a prescripción, conforme lo dispone el artículo 2520.

El plazo es siempre de diez años, y es indiferente que la pose-

sión sea regular o irregular; hay aquí una excepción a los principios generales.

También se puede adquirir por prescripción un modo especial de ejercer la servidumbre, de igual manera que la servidumbre misma, según lo dispone el artículo 945 del Código Civil. Esta disposición tiene gran importancia, pues es aplicable no sólo a las servidumbres voluntarias sino a las legales, y con mayor razón a las de minas.

4a.—**Por sentencia del Juez.** Es impropio decir, de una manera general, que las servidumbres pueden constituirse por sentencia del Juez, porque las sentencias sólo son títulos declarativos. Este modo de **constituir servidumbres** tiene solamente un caso de aplicación: el que trae el artículo 1934 del Código Civil, en su regla 5a., que dice: "En la división de fundos se establecerán las servidumbres necesarias para su cómoda administración y goce".



Las servidumbres **naturales**, como su nombre lo indica, son constituidas por la Naturaleza, que es la que ha dispuesto la situación de los predios. La ley sólo deja constancia de un hecho.



El único título por el cual se adquieren las servidumbres **legales** es la ley. Es verdad que si el dueño del predio dominante y el del sirviente no llegan a un acuerdo sobre el modo como ha de ejercerse la servidumbre, y sobre el valor de las indemnizaciones que por razón de ella correspondan, el primero puede solicitar por la vía judicial la imposición de ella; pero la sentencia que el Juez dicte al respecto no es un **título constitutivo** sino **declarativo** de la servidumbre.

### Cómo se extinguen las servidumbres

Expongo, a continuación, las causas de extinción que enumera el Código Civil en el artículo 942:

1a.—**Por la resolución del derecho del que las ha constituido.** Se advierte claramente que esta causa sólo se refiere a las servidumbres voluntarias.

2a.—**Por la llegada del día o de la condición, si se ha establecido de uno de estos modos.** No es común que las servidumbres se constituyan con tales modalidades, pero puede ocurrir. Únicamente las servidumbres voluntarias pueden extinguirse de esta manera, porque las demás no pueden estar sujetas a modalidad alguna.

3a.—**Por la confusión, o sea la reunión perfecta e irrevocable de ambos predios en manos de un mismo dueño.** Esto se explica porque, para que haya servidumbre, es necesario que los predios pertenezcan a distintos dueños. Todas las servidumbres pueden extinguirse por este modo, aún las de minas.

4a.—**Por la renuncia del dueño del predio dominante.** Todas las servidumbres voluntarias pueden renunciarse. Puede el dueño de un predio que se beneficia de una servidumbre legal ya establecida renunciar a ella; pero no puede hacerlo con el derecho mismo que la ley le confiere, y, si acaso pudiera, al pasar el predio a propiedad de otro, el nuevo dueño adquiriría el derecho renunciado por el antiguo, porque las servidumbres, especialmente las legales, siguen a los predios y no a las personas.

5a.—**Por haberse dejado de gozar durante veinte años.** Esta causa de extinción se aplica únicamente a las servidumbres voluntarias. Pero sí se puede perder por prescripción un modo particular de ejercer una servidumbre legal, con excepción de las de minas.

Hay una causal de extinción, especial de las servidumbres de minas: el agotamiento de éstas.

## BIBLIOGRAFIA

Código de Minas.

Código Civil.

Estudio General sobre Propiedad Minera (Julio González V).

Bases Generales para el Proyecto de Código de Minas. (Folleto publicado por el Ministerio de la Economía Nacional, en el año de 1939).

Notas tomadas en clase del doctor Uribe Botero.

---

---

**JURISPRUDENCIA**

---

---

# JURISPRUDENCIA CIVIL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MEDELLIN

## III

### **XXII. LA PERSONERIA DE LA PARTE DEMANDADA PUEDE DEMOSTRARSE EN CUALQUIER MOMENTO DEL JUICIO, AUN DESPUES DE CERRADO EL TERMINO PROBATORIO.**

Según el artículo 232 del Código Judicial, el demandante no está obligado a presentar con la demanda la prueba de que la persona a quien designa como representante del demandado lo es en realidad; pero esto no quiere decir que en el curso del juicio no deba dar esa prueba. Al contrario, ese texto legal está indicando tal obligación. El demandante, por tanto, debe demostrar la existencia de la entidad demandada si se trata de una persona jurídica de derecho privado o público. Si se trata de una persona de Derecho público debe demostrarse su existencia cuando ella tenga origen, no en la ley, como la Nación, los Departamentos, los Municipios, sino por virtud de reconocimiento administrativo, como son los establecimientos públicos, colegios, universidades, hospitales, academias.

Si se trata de una persona de derecho privado, debe distinguirse si se trata de una persona extranjera o nacional y si es extranjera, si tiene negocios permanentes en el país o no. Para cada caso la ley señala reglas particulares en cuanto a la demostración de la existencia de la entidad demandada.

(Sobre este particular puede verse el estudio que hace el doc-

tor Antonio Rocha en su libro De La Prueba en Derecho, página 245).

Debe demostrarse asimismo la representación legal o judicial atribuida al demandado y esta demostración debe hacerse en cualquier oportunidad del proceso como que su ausencia entraña la falta de un presupuesto procesal.

Tanto es así que el artículo 455 del Código Judicial faculta al Juez para echar de menos esa prueba en cualquier momento, siempre que se haga antes del fallo. Las partes igualmente pueden promover incidentes particulares, incidentes dentro de los cuales podía aportarse la prueba. De ahí que el interesado pueda prever esa situación o incidente anticipándose a suministrar la prueba, la cual puede ser controvertida por la parte contraria si no la estimare auténtica.

Hay que hacer una excepción a lo dispuesto por el artículo 232. Trátase de los juicios de ejecución en que la prueba debe acompañarse con la demanda. Así se desprende del artículo 982 ya que la obligación demandada debe proceder del ejecutado y esa procedencia debe demostrarse plenamente desde un principio.

El Tribunal Superior en sentencia dictada en el juicio de Jesús A. Marín contra la Compañía minera de Los Pujidos aceptó la prueba de la personería de la parte demandada acompañada al alegato de conclusión de segunda instancia (Ponencia del doctor Germán Orozco Ochoa, sentencia de 18 de septiembre de 1941).

### **XXIII. LA PORCION CONYUGAL TIENE UN MERO CARACTER ALIMENTICIO. LA CONYUGE DEBE JUSTIFICAR SU ESTADO DE NECESIDAD A LA EPOCA DE LA MUERTE DEL MARIDO. EL TRIBUNAL AHIJA UNA IMPORTANTE SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE MANIZALES**

"No está demostrada la situación de necesidad del cónyuge superviviente. Por tanto, como dice el señor Juez, no tiene interés en demandar la partición, no habiendo gananciales ni derecho a porción conyugal".

"Un poco de historia sobre estas cuestiones las esclarece completamente. La noticia más antigua sobre la institución de gananciales, parece ser una ley de Recesvinto, consignada en el FORUM JUDICUM, no como invención exótica sino como la transmisión del derecho consuetudinario al derecho escrito; la ley que es la 16. Ti-

tulo II, Libro IV y que tenía por objeto, no el de establecer que los bienes adquiridos durante el matrimonio fueran de ambos cónyuges, sino el de determinar la proporción en que esos bienes debían dividirse entre los consortes.... Esta Ley pasó en tiempo del Rey San Fernando al Fuero Juzgo Castellano (Ley 17 T. II, L. IV). Las Leyes y costumbres tanto de los godos como de los cristianos no dejaron de observarse en España después de la invasión mozárabe, especialmente en aquellos pueblos que se salvaron del yugo de los conquistadores, y el derecho de los gananciales siguió practicándose por virtud de los fueros y cartas pueblas que los gobernantes concedían a las ciudades y municipios..." "Otro sí, mando y ordeno, dijo el Rey Enrique IV, en Nieva en 1473, que si la mujer fincare viuda, y siendo viuda viviere luxuriosamente, que pierda los bienes que hubo por razón de su mitad de los bienes que fueron ganados y mejorados por su marido y por ella durante el matrimonio entre ellos". Este estatuto que fue la Ley 5a. del Título IX, Libro V de la Recopilación vino a ser la Ley 5a. Tit. IV, Libro X de la Novísima Recopilación de las leyes de España, código formado por orden de Carlos IV, vigente en la Península y en la América española hasta que se independizaron estas colonias y se dieron derecho propio.

Nuestro Código Civil reconoce en varias disposiciones, como gananciales, la mitad de los bienes, como se ve, por ejemplo en el artículo 1830, con algunas excepciones que son aquellas en que por virtud de capitulaciones matrimoniales se haya hecho renuncia de los gananciales; que en ellas se haya pactado que esa distribución se haga en cuotas desiguales; que después de disuelta la sociedad cualquiera de los cónyuges o sus herederos hagan renuncia de sus gananciales; que, especialmente el cónyuge sobreviviente opte por renunciarlos, junto con sus otros bienes a cambio de tener derecho a la porción conyugal en la sucesión del otro cónyuge; y que la mujer sea condenada a perder su derecho por haber sido divorciada a causa de adulterio cometido por ella, y en atención a los artículos 163, 1235, 1775, 1777 y 1837.

El C. Civil no define de modo terminante lo que se entiende por obligación de dar alimentos. El C. Español dice en su artículo 142 que se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica según la posición social de la familia. "Los alimentos comprenden también la educación del alimentista cuando es menor de edad". Baudry Lacan-

tinierie dice que con el nombre de obligación de dar alimentos se designa la que tienen ciertas personas de suministrar a otras lo que es necesario para vivir. Planiol dice que se llama obligación de dar alimentos el deber impuesto a una persona de suministrar a otra lo necesario para vivir”.

Por porción conyugal se entiende aquella parte del patrimonio de una persona difunta, que la ley asigna al cónyuge sobreviviente que carece de lo necesario para su congrua subsistencia, es decir, conforme a la posición social que ha tenido. El C. Civil Colombiano, dice el mismo comentador, exige para poder gozar de la porción conyugal, dos condiciones: la., que el cónyuge carezca de lo necesario para su congrua subsistencia. Por congrua subsistencia se entiende conforme a la posición social que ocupaban los esposos; por esa causa la Corte Suprema resolvió que aquella circunstancia, la carencia de lo necesario, exista en el momento del fallecimiento del otro cónyuge; de suerte que si en ese momento fue rico y después vino la miseria, no adquiere el derecho; lo mismo que no lo pierde si era pobre y después se hace rico.

Queda por precisar a cuánto debe ascender aquella porción. Sobre el asunto es terminante el artículo 1236 del C. Civil; según él, comprende la cuarta parte de los bienes en todos los órdenes de sucesión, menos en el de los descendientes legítimos; si los hay la porción es la legítima rigurosa de un hijo. Esto último se funda en que en el primitivo derecho la mujer tenía la condición de hija de familia.

En el derecho Romano para determinar la cuantía de la porción conyugal no se atendía al lugar que ocupaban los herederos sino al número de ellos; si eran más de tres, la porción era una cuota igual a la que recibían los otros; si eran menos, tomaban la cuarta parte de todos los bienes. En el derecho español aquella porción es el usufructo en una cuota “igual a la que por legítima corresponda a cada uno de sus hijos o descendientes legítimos no mejorados”; si no hay más que un descendiente, es el usufructo del tercio destinado a las mejoras. El artículo 1230 ha instituido la porción conyugal, y el 1227 dice que los alimentos que el difunto ha debido por ley a ciertas personas gravan la masa hereditaria; este derecho es personal y por consiguiente no pasa a los herederos sino cuando está reconocido por sentencia firme.

Uno de nuestros Tribunales (Socorro. Sentencia de 31 de mayo de 1941, Jurisprudencia de los Tribunales No. 4173, Tomo II).

hizo un sesudo estudio de esa difícil cuestión: "Para llegar a la verdadera inteligencia del artículo 1237 conviene recordar que la porción conyugal es por su naturaleza, una asignación alimenticia que se concede por razón de la pobreza del cónyuge sobreviviente. El artículo 1235 concede al viudo la facultad de elegir, o bien la porción conyugal que forzosamente se le debe, o bien renunciar a esa porción y retener los otros derechos que por otra razón le corresponda". Y otras de estas corporaciones ha dicho que "para que el cónyuge sobreviviente pueda optar por el derecho a la porción conyugal es preciso que compruebe de una manera plena e incontrovertible que no tiene lo necesario para su congrua subsistencia".

(Sentencia de fecha 9 de septiembre de 1941, ponencia del Magistrado Doctor Rodríguez).

#### **XXIV. EL MARIDO NO PUEDE HIPOTECAR, GRAVAR NI VENDER LOS BIENES ADQUIRIDOS ANTES DE 1933. ES NECESARIO QUE AL ACTO CONCURRA EL OTRO CONYUGE CUANDO SE TRATA DE BIENES QUE SE REPUTARIAN SOCIALES SI LA SOCIEDAD SE DISOLVIESE**

El señor Lázaro Torres ejecutó a Arcadio Tobón y hubo de embargarle bienes raíces que estaban gravados con hipoteca en favor de otras personas que introdujeron las respectivas tercerías. Tales bienes habían sido adquiridos en 1926 por el ejecutado a título de compraventa. Ese ejecutado había contraído matrimonio en 1915 y fue con posterioridad a la ley 28 de 1932, cuando hipotecó tales bienes sin mediar una previa liquidación sumaria de la sociedad conyugal.

La cónyuge se presentó a pedir el desembargo de la mitad de los bienes y el Tribunal la decretó confirmando la sentencia del señor Juez de primera instancia.

Dice el Tribunal: "Los apelantes siguen la tesis defendida por el doctor Luis Felipe Latorre, pero que fue rechazada en repetidos fallos por la H. Corte. Tratándose de matrimonios anteriores a la vigencia de la Ley 28 de 1932 y respecto de bienes adquiridos a título oneroso también con anterioridad a la ley, no puede disponer de ellos el cónyuge que hubiere realizado la adquisición. Para tal acto se requiere la concurrencia de los dos cónyuges, a menos que hubiera mediado la liquidación provisional, judicial o extrajudicial, prevista en el artículo 7o.

Esta teoría mantenida por la Corte, si en un principio la impugnó el doctor Latorre, como queda dicho, este mismo autor la encuentra hoy razonable. Dice el doctor Latorre comentando la Jurisprudencia de la Corte: "De nuestra parte no entramos ahora en polémicas sobre esa cuestión, por dos razones: porque no queremos que se abra nuevamente el debate sobre cuestión ya decidida, ya que se ha ido despejando el ambiente de natural confusión que trajo el brusco y radical cambio de régimen; y porque, en fin de cuentas, la interpretación dada por la Corte al artículo 1o. de la ley 28 y la doctrina sentada por ella, es francamente favorable para los miles de mujeres casadas antes de 1933, porque después de la expedición de la ley los maridos no han podido disponer arbitrariamente de los bienes que habían comprado en época anterior; y como la mayor parte de las adquisiciones, particularmente las más valiosas, las habían hecho los hombres, no está mal que para enajenar los bienes o gravarlos se les exija la firma de la mujer, pues de todas maneras eran de la sociedad conyugal en la cual radica el interés de ella y de los hijos.

La teoría de la Corte está enunciada en sentencia de 20 de octubre de 1937 (Gaceta Judicial No. 1928). Dice así: "Consecuencia trascendental de la distribución judicial o extrajudicial de los bienes de la sociedad conyugal pendiente el 1o. de enero de 1933, es la de que cada uno de los cónyuges queda así plenamente habilitado para disponer de los bienes que le fueron adjudicados y para administrarlos.

Por haber perdido el marido, desde la fecha indicada, el carácter de jefe de la sociedad conyugal, y por lo tanto el de dueño exclusivo ante terceros de los bienes sociales, perdió también de manera lógica y necesaria sus antiguas facultades dispositivas y administrativas sobre el conjunto de bienes de la vieja sociedad conyugal, los cuales vinieron así a quedar, por el fenómeno de la aparición de otro jefe con iguales facultades a las del marido, bajo el gobierno simultáneo de los dos cónyuges. Significa esto, de consiguiente, que para disponer de tales bienes los dos cónyuges deben obrar conjuntamente, si es que la masa social está indivisa por no haber ocurrido ellos a verificar la distribución provisional de esa masa, conforme al derecho que les otorga el comentado artículo 7o.

A la Corte esta doctrina se le presenta incuestionable y se impone ante el efecto inmediato que debe tener una ley encaminada a dar a la mujer capacidad plena, efecto que pugna abiertamente con-

tra la supervivencia del antiguo poder exclusivo del marido en relación con bienes sobre los que la mujer tiene también su derecho indubitable de socio”.

En el caso de autos muy claramente aparece que los bienes embargados fueron adquiridos durante la sociedad conyugal, antes del 10. de enero de 1933 y asimismo que esos bienes fueron hipotecados sin la anuencia expresa de la cónyuge con posterioridad a esta fecha.

Se arguye que los cónyuges son responsables solidariamente de las deudas contraídas para atender las ordinarias necesidades domésticas. Esto es cierto. Pero los créditos pasivos del marido no fueron contraídos por razón de esas necesidades. Al menos no hay la constancia expresa y auténtica. Se requeriría la confesión explícita de la mujer, evento que no concurre aquí. Sólo en juicio ordinario podría establecerse esa destinación. La regla general es que cada uno de los cónyuges será responsable de las deudas que personalmente contraiga. Esa es la interpretación del artículo 20. Al respecto dice el doctor Latorre que tal disposición consagra la independencia de los cónyuges en cuanto a deudas con terceros. Las que contraiga el marido no afectarán a la mujer y las que contraiga ésta no afectarán al marido, salvo ciertas obligaciones familiares”. (Auto de fecha 11 de septiembre de 1941, del Magistrado doctor Rodríguez).

**XXV. EL JUEZ NO PUEDE TENER EN CUENTA SU PROPIO Y PARTICULAR CONOCIMIENTO, COMO TAMPOCO LE SIRVEN PARA FALLAR LOS HECHOS QUE HAYA OBSERVADO EN UNA INSPECCION OCULAR Y DE LOS CUALES NO HA DEJADO CONSTANCIA EN EL ACTA RESPECTIVA.**

El señor Juez de Tierras en un juicio posesorio por ocupación de hecho llevó a cabo una inspección ocular y al fallar tuvo en cuenta hechos de los cuales no dejó constancia en el acta respectiva. El tribunal desechó este procedimiento. Dice así: “El principio de la controvertibilidad domina por entero el derecho probatorio y para que el juzgador pueda apreciar los hechos que observó personalmente, debe hacerlos consignar en el acta misma de la inspección ocular, con la intervención o asesoría de los testigos actuarios, sin que le sea dado luego tener en cuenta hechos que no fueron constatados en la respectiva diligencia, porque ya sería objeto de un

mero conocimiento personal del juez, conocimiento que no puede tenerse en cuenta para fallar." (Juicio de lanzamiento de Próspero López contra Jesús Parra París. Sentencia de 23 de julio de 1941. Ponencia del Magistrado doctor Rodríguez).

## XXVI. PRUEBA DE LA HIPOTECA

La prueba testimonial —y esto se dice con fines doctrinantes— carece de poder de convicción para demostrar la existencia de una obligación hipotecaria. Lo mismo puede afirmarse sobre la prueba de confesión. Y esto porque la hipoteca, para ser válida, debe otorgarse por escritura pública y registrarse en forma legal, de acuerdo con los artículos 2434 y 2435 del Código Civil. Así, pues, aquellos medios probatorios —testigos y confesión— son legalmente ineficaces, según la expresión de la frase final del Art. 596 del Código Judicial y, en consecuencia, aun afirmados los hechos por los testigos o por el confesante, no produce prueba legal que los establezca.

(Sentencia de 31 de Enero de 1941. Sala de los Magistrados Mora Vásquez, Orozco Ochoa y Rodríguez).

## XXVII. MULTAS POR CAUSA DE IMPUESTOS: LA SOLA LIQUIDACION, O EL LLAMADO RECONOCIMIENTO, NO PRESTA MERITO EJECUTIVO.

El ordinal 3o. del Art. 1059 del C. J. establece que prestan mérito ejecutivo en los procedimientos por jurisdicción coactiva "las copias de las resoluciones definitivas ejecutoriadas proferidas por funcionarios competentes en ejercicio de sus funciones, sobre multas que deben ingresar al Tesoro Nacional, Departamental o Municipal". De manera, pues, que es incuestionable que cuando de multas se trata, precisa la aducción de la resolución respectiva, que desde luego debe estar debidamente fundada, y la constancia de que se ha ejecutoriado, es decir, que contra ella no se ha opuesto o no puede oponerse ya ningún recurso, o no prosperó el que se le opuso.

En materia de tributación sobre la renta en esta República además del impuesto principal existen recargos, multas y penas que en la legislación respectiva se establecen. Los recargos forman parte de la tarifa del impuesto y, por tanto, en tal materia, basta la copia de los reconocimientos hechos por los Administradores de

Hacienda a cargo de los deudores, para que prospere la cobranza por la vía ejecutiva, pero no puede decirse lo mismo cuando se trata de multas, porque en este caso la ley exige una resolución motivada y ejecutoriada, cuya copia se precisa para la iniciación de la cobranza coactiva.

(Sentencia del 31 de enero de 1941. Sala de los Magistrados Mora Vásquez, Orozco Ochoa y Rodríguez).

### **XXVIII. ACCION DEL SECUESTRE DESPOSEIDO, PARA RECUPERAR LA TENENCIA.**

No debe concluir esta providencia sin la observación de que el carácter de secuestre que ha invocado Trujillo, no lo coloca en campo legal privilegiado en cuanto a la acción propuesta y, por el contrario, quizás pueda aún sostenerse que carece de la acción de lanzamiento que ha establecido, pues la ley 200 de 1936 sólo otorga tal acción a poseedores en su carácter particular en las circunstancias de los Arts. 1o. y 4o. de esa ley o a poseedores inscritos en los del 3o. de la misma, nó a quienes poseen en nombre ajeno, pues en tal caso la acción corresponde a la persona en cuyo nombre se detentaba el bien respectivo. El secuestre desposeído tendrá en tal caso la acción del Art. 2278 del Código Civil en relación con el 984 del mismo libro, que no es propiamente una acción posesoria, como lo anota nuestro comentarista Dr. Fernando Vélez, aun cuando la disposición respectiva se incluye dentro de las acciones posesorias generales del título 13 del Libro 2o. del Código Civil que la hace prescribir en seis meses.

(Sentencia del 31 de enero de 1941. Sala de los Magistrados Mora Vásquez, Orozco Ochoa y Rodríguez).

### **XXIX. CARECEN DE VALOR LOS AUTOS O SENTENCIAS QUE ADOLECEN DE LA FALTA DE LA FIRMA DEL JUEZ O DEL SECRETARIO.**

Para que una resolución judicial pueda tener el carácter de auto o de sentencia exige la ley que esté autorizada con las firmas del Juez o de los Magistrados y del Secretario. El artículo 469 del C. J. es perentorio a este respecto. Toda providencia judicial, dice esa disposición, termina con las firmas anotadas. Y el artículo 121 del mismo libro adscribe a los secretarios entre sus deberes, el de au-

torizar "todas las sentencias y autos" con sus firmas. Esa autorización que exige la ley no es otra que la fe que da el Secretario de que la providencia fue dictada, siguiendo así la definición que del verbo "autorizar" da el diccionario de la Academia Española.

La Corte Suprema de Justicia ha promulgado la doctrina de que una providencia judicial que no esté autorizada por el secretario respectivo carece de valor y a ella no podrá referirse declaración ninguna de ejecutoria. (Doctrina de la Corte, Tomo I No. 36.63, 39.99, 1686 y 1691 Gaceta Judicial No. 1900 Pág. 366 y No. 1930 Pág. 865).

También este Tribunal ha sustentado igual doctrina, como puede consultarse en la sentencia de 6 de octubre de 1938 proferida en el juicio posesorio de la Exploradora del Nechí contra la Nichi Valley Gold Mining Company, publicada en la Crónica Judicial No. 269 de febrero de 1939.

Así, pues, es jurídicamente inexistente la providencia apelada, por lo cual no se puede entrar a su revisión, pues se trata de un acto que sólo tiene apariencia de sentencia definitiva por faltarle la firma del secretario del Juez que la expidió, requisito esencial para su validez.

(Sentencia del 10. de Febrero de 1941. Sala de los Magistrados Mora Vásquez, Orozco Ochoa y Rodríguez).

**XXX. EL TRASPASO DE DERECHOS DE UN AVISANTE O DENUNCIANTE DE UNA MINA DEBE FORMALIZARSE POR MEDIO DE MEMORIAL DIRIGIDO AL GOBERNADOR. FALTA DE PERSONERÍA EN LA OPOSICIÓN HECHA A LA ENTREGA POR UN CESIONARIO DE DERECHOS LITIGIOSOS QUE DERIVA SU INTERÉS DE UNA CESIÓN VERIFICADA ANTE EL JUEZ.**

El Juez fundó su fallo en la sola consideración de que la parte demandada ha actuado en su oposición y, por ende, en el juicio que surgió de ella, "careciendo en absoluto de personería". Considera ineficaz para cumplir sus fines, la forma en que Barrera cedió a Carrasquilla sus derechos litigiosos en las minas de San Miguel y El Jazmín, por medio de un simple memorial, notificado al Dr. Madrid como apoderado de Sánchez Franco. Dice que esa cesión debe verificarse ante la autoridad encargada de expedir el título y practicar las diligencias previas de la expedición, o sea, el Goberna-

dor del Departamento. Deduce que, no apareciendo prueba de la cesión en esa forma, no quedó demostrado en este juicio el derecho en que se amparó Carrasquilla para oponerse a la posesión de la mina de "Tarazá". Y es tan evidente que eso es así, que en el supuesto de que el juicio administrativo de titulación de la mina San Miguel hubiera seguido su curso, sin tropiezos, el título se habría expedido en favor de Barrera V. como denunciante, sin que la cesión privada y no reconocida por el Gobernador condujera a su nulidad sino a lo sumo a una controversia entre Barrera y Carrasquilla. Pero legalmente, mientras no se presentara ante el Gobernador el memorial de traspaso, o de alteraciones en los nombres de las personas en cuyo favor debía otorgarse el título, para emplear la terminología aceptada por la Corte, tomada sin duda del ordinal 5o. del Art. 35 del C. de M., sólo Barrera podía ser tenido como titular de los derechos anexos al aviso del mineral.

Y que el traspaso de los derechos de un avisante o denunciante de una mina, se debe verificar en la forma que resulta de la tesis que se está exponiendo, es decir, por medio de un memorial dirigido al Gobernador, lo sugiere la doctrina de la Corte en sentencia publicada en la Gaceta Judicial, año XIII, Pags. 360 y 361. Falta agregar que la notificación de la cesión de los "derechos" —calidad jurídica que algunos comentaristas discuten especulativamente prefiriendo la de meras expectativas— de Barrera a Carrasquilla, notificación hecha a Sánchez Franco, carece de sentido legal, porque no se trata de la cesión estudiada en el Cap. 25 del Libro IV del C. C.

(Sentencia del 12 de febrero de 1941. Sala de los Magistrados Mora Vásquez, Orozco Ochoa y Rodríguez).

**XXXI. SOLO EN LOS INTERDICTOS DE PERTURBACION O DESPOJO DE MINAS, PUEDE EL JUEZ REVOCAR SU PROPIA SENTENCIA, PERO NO TIENE ESA FACULTAD EN LAS OTRAS ACCIONES POSESORIAS QUE REGLAMENTA LA LEGISLACION ESPECIAL MINERA.**

Con oportunidad notoria plantea el Dr. Mario Aramburo, apoderado del recurrente Quirós en su alegato de esta instancia, el punto de la jurisdicción del Juez para revocar su propia sentencia, o sea, la que profirió el 5 de febrero de 1940, en la cual negó la solicitud de la demanda. Dice que se ha generalizado arbitrariamente

la facultad de revocatoria que la ley permite para los interdictos a que alude el Art. 427 del Código de Minas, que es una norma exceptiva que no puede aplicarse sino en el caso especialmente previsto. El apoderado de la parte actora, Dr. Velilla, no se refiere a esta cuestión, en su memorial de instancia.

El Tribunal encuentra jurídica la tesis del Dr. Aramburo con la adición de que además del interdicto referente a la perturbación de que habla el Art. 427 del Código de Minas, también puede el Juez revocar su propia sentencia en el juicio por despojo de que trata el 433 de la misma obra y de acuerdo con el precepto del 437. Para las sentencias de los demás juicios posesorios de minas no se ha concedido esa facultad, y como en este caso se trata de un juicio distinto de aquéllos, como que la demanda se refiere al juicio que tiene por objeto hacer efectiva la posesión, juicio que se reglamenta especialmente en los Arts. 413 a 426 del Código de la materia, no se puede, dentro de nuestro sistema legal, modificar su naturaleza para considerarlo como de perturbación o de despojo, con el fin de asistir al Juez de jurisdicción para revocar su propia sentencia, como le está permitido cuando se trata de acciones de la índole de las dos últimas expresadas.

(Sentencia del 18 de febrero de 1941. Sala de los Magistrados Mora Vásquez, Orozco Ochoa y Rodríguez).

### XXXII. EL PAGO DE LOS SUELDOS DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS PUEDE RECLAMARSE JUDICIALMENTE.

La Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia Colombiana promulga en la sentencia del 30 de abril de 1937, publicada en el No. 1924 de la Gaceta Judicial, Pag. 185, la doctrina de que el derecho a recibir remuneración por el desempeño de un empleo público, aunque no es una relación contractual, por no ser consecuencia de un contrato, existe porque la ley ha unido el cargo a la dotación, en los casos en que el servicio no se preste gratuitamente. "De manera —dice la Corte allí— que a la ley hay que mirar para ver si un cargo dado lleva anexo un sueldo. En el caso que se estudia —continúa la Corte— la Ordenanza señaló los emolumentos que debían recibir los miembros de la comisión en concepto de viáticos y gastos de representación. Comprobado que el Departamento debe al Sr. Carrasquilla —sigue esa sentencia— la suma correspondiente a la asignación del cargo que desempeñó du-

rante el tiempo a que hacen referencia las nóminas visadas por la Gobernación, tiene el acreedor el derecho de reclamar judicialmente el pago".

El expositor Goodnow dice lo siguiente en su tratado de Derecho Administrativo Comparado: "Los funcionarios del sistema administrativo pueden reclamar judicialmente su retribución, y ésta puede mirarse como un derecho positivo cuya existencia y extensión deben decidir los Tribunales de Justicia, como cuando se trata de cualquier otro derecho privado y no de la administración pública".

No habiendo, pues, duda en cuanto al ejercicio de Vélez H. de su empleo de veterinario oficial del Municipio de Urrao durante el tiempo a que la acción se refiere y sobre el no pago de ellos, lo mismo que sobre la cuantía de la remuneración señalada para ese puesto, es indiscutible la procedencia de la demanda en cuanto a la solicitud contenida en el ordinal b), salvo lo relativo a intereses y costas, puesto que la del ordinal a) no es susceptible de declaración especial sin audiencia de todos los interesados. Las otras solicitudes de la demanda son subsidiarias.

No puede extenderse la condenación a intereses por tratarse de una deuda de tesorería que no puede recargarse con ese renglón. Y tampoco a las costas, pues los Municipios, lo mismo que los Departamentos y el Estado no pueden ser condenados a ellas según el artículo 576 del C. J.

(Sentencia del 12 de febrero de 1941. Sala de los Magistrados Mora Vásquez, Orozco Ochoa y Rodríguez).

**XXXIII. DEUDAS HEREDITARIAS. PUEDEN DEMANDARSE DE LOS HEREDEROS, EN LA PROPORCION DE SUS CUOTAS HERENCIALES, AUN ANTES DE LA PARTICION, QUEDANDO SOMETIDA A ESTA LA DETERMINACION PRECISA DE LA CUANTIA A CUYO PAGO DEBE ATENDER CADA UNO DE LOS HEREDEROS DEMANDADOS.**

El Art. 1411 del Código Civil estatuye que las deudas hereditarias se dividen entre los herederos, a prorrata de sus cuotas y son una carga de la universalidad sucesoral. Ha dicho la Corte Suprema, refiriéndose a esta materia que "aunque entre la apertura de la sucesión y el día en que ésta se liquida transcurre un tiempo de comunidad (Art. 2324), los herederos son personalmente, antes y des-

pués de la liquidación, responsables de las deudas hereditarias"; pero agrega "que los acreedores ejercitan sus acciones contra la sucesión, antes de partirse los bienes, o contra los herederos después de partidos". (G. J. Nos. 1911 y 1912, agosto 31 de 1936).

Al repartirse la deuda entre los herederos de un deudor solidario, se verifica el fenómeno de la extinción de hecho de la solidaridad entre los nuevos responsables de la obligación, extinción autorizada por la ley tanto en el referido artículo 1411 del C. C., como en el 1580 de la misma Obra. Así, pues, la deuda permanece solidaria entre todos, cuando se demanda a la sucesión, pero entre los herederos del codeudor, considerados individualmente, se fracciona o reparte de tal manera que cada uno de éstos sólo es responsable en la proporción que a su cuota hereditaria le corresponda.

El tribunal se separa respetuosamente del concepto final de la sentencia citada, pues no halla justificado que se suspenda la acción contra los herederos en el caso del Art. 1411 hasta que se haga la partición de los bienes, cuando el texto legal no defiere el nacimiento de la acción hasta la llegada de ese evento. Es verdad que señala un punto de referencia, la prorrata de las cuotas, pero éstas no exigen la determinación precisa de la correspondiente liquidación del haber herencial, pudiendo de antemano declararse la obligación del pago, en esa proporción, siendo obvio que la liquidación de la parte de cada uno de los herederos obligados sólo puede hacerse después de que se verifique la partición de los bienes de la mortuoria.

La responsabilidad de la cónyuge sobreviviente existe en cuanto a la parte que le corresponda en la liquidación del haber de la sociedad, cuando, como en el caso que se está decidiendo, se trata de una deuda de la sociedad conyugal. En el caso de que concorra con porción conyugal, es responsable como los herederos, a prorrata de su cuota, según el Art. 1258 del C. C.

(Sentencia del 13 de febrero de 1941. Sala de los Magistrados Mora Vásquez, Orozco Ochoa y Rodríguez).

#### **XXXIV. ACCION DE PETICION DE HERENCIA. SUS DIFERENCIAS CON LA ACCION REIVINDICATORIA.**

La acción de petición de herencia puede definirse diciendo que es una acción real que la ley otorga al heredero para que le sea

adjudicada una herencia que otro hubiere ocupado en calidad de heredero, y se restituyan las cosas hereditarias al heredero legítimo. Según el artículo 1321 del Código Civil, consagradorio de la acción, el que probare su derecho a una herencia, ocupada por una persona en calidad de heredero, tendrá acción para que se le adjudique la herencia y se le restituyan las cosas hereditarias, tanto corporales como incorporales, y aún aquellas de que el difunto era mero tenedor, como depositario, comodatario, prendario, arrendatario etc. y que no hubieren vuelto legítimamente a sus dueños.

Aun cuando esta acción es similar a la reivindicatoria y aún se ha confundido con ella en la definición dada en algunos Códigos modernos, v. gr. el Mexicano, se distinguen en varios renglones, siendo los principales los siguientes: a) el objeto, pues la reivindicatoria se ejerce sobre una cosa singular, mientras que la de petición de herencia persigue la universalidad de un patrimonio; b) el título, pues la reivindicatoria se funda en el derecho real de dominio, mientras que la de petición en el de herencia; c) el sujeto pasivo de la relación procesal, pues la reivindicatoria se dirige contra el poseedor, a cualquier título, mientras que la de petición va contra el que ocupa una herencia como heredero; d) la calidad del actor, pues la reivindicatoria se refiere a la condición de dueño y la de petición a la de heredero; e) el sentido de la prueba, que en la reivindicatoria se refiere al derecho de propiedad, y en la de petición al carácter de heredero.

De manera, pues, que en la acción de petición de herencia los presupuestos son: a), que exista una herencia; b), que exista un heredero, y, c), que los bienes de la herencia sean poseídos u ocupados por otra persona en calidad de heredero.

Para puntualizar la extensión jurídica de lo que por herencia debe entenderse jurídicamente, se dirá que ésta comprende tanto el activo como el pasivo, implicando, como es lógicamente inevitable, la absoluta representación jurídica del causante, de donde resulta que la acción no se refiere a determinados bienes, sino a la universalidad, es decir, a la herencia, y, por ende, al reconocimiento de la investidura legal de heredero del **de cuius**.

(Sentencia del 21 de Marzo de 1941. Sala de los Magistrados Mora Vásquez, Orozco Ochoa y Rodríguez).

### XXXV. NULIDAD DE LA SENTENCIA. MOTIVOS QUE LA GENERAN. OPORTUNIDADES PARA IMPETRAR LA DECLARACION.

**Nulidad de la sentencia:** La nulidad de los actos judiciales tiene su origen exclusivamente en defectos de procedimiento señalados exhaustivamente en el capítulo séptimo del Título XII del Libro II del Código de Procedimiento civil. Tratándose de juicio ordinario, como lo fue el que concluyó con la sentencia acusada en este proceso, únicamente se pueden alegar como motivos de nulidad, los tres que enuncia el Art. 448 del C. J. a saber: a) Incompetencia de jurisdicción, b) ilegitimidad de la personería en cualquiera de las partes o en quien figure como su apoderado o representante y c) la falta de citación o emplazamiento en la forma legal de las personas que han debido ser llamadas al juicio. (En ciertos juicios especiales existen además otras, cuya puntualización carece de objeto). Estas nulidades, como se observa fácilmente, se tienen por tales porque implican el desconocimiento mismo de la organización judicial o la violación del derecho de defensa.

La nulidad deja sin efectos el juicio o la sentencia, pero la ley indica las oportunidades en que puede solicitarse, a saber: a) dentro del juicio, antes de que se dicte la sentencia, según el Art. 456 del C. J.; b) como excepción cuando se trata de ejecutar la sentencia (Art. 457 ib) y c) por la vía ordinaria. (Art. 457).

De manera, pues, que la ley otorga acción para pedir en vía ordinaria la nulidad de las sentencias o de los juicios, pero por alguna de las causas que el derecho procesal consagra, y que se dejan citadas.

(Sentencia de 21 de Marzo de 1941. Sala de los Magistrados Mora Vásquez, Orozco Ochoa y Rodríguez).

### XXXVI.—CUENTAS: NO BASTA LA PRUEBA DE LA EXISTENCIA DE UN CONTRATO DE SOCIEDAD, PARA QUE PUEDA EXIGIRSE RENDICION DE CUENTAS, SINO QUE ES PRECISO QUE SE ESTABLEZCA LA EJECUCION DE OPERACIONES O HECHOS DE LOS QUE IMPONEN ESA OBLIGACION, SEGUN LAS LEYES.

El juicio de cuentas sólo puede tener lugar cuando el interesado que lo promueva establezca con algún documento la obligación

incontestable del demandado de rendirla, o cuando éste haya desempeñado un cargo o ejecutado un hecho de los que imponen esa obligación según las leyes, mas cuando se funda en este último evento, la ejecución de un hecho, es indispensable que éste se establezca, y precisamente es éste el defecto probatorio que se anota a la causa del demandante, quien no logró demostrar que fuera de los negocios consentidos por el señor Restrepo R. en su actividad comercial de Agente de Seguros por cuenta de la Panamerican en el lapso a que la demanda alude, haya verificado operaciones distintas de las que fueron ya analizadas e incorporadas en la contabilidad de la compañía de que formaba parte. Por eso ha dicho la Corte Suprema: "De modo que para que una demanda en que se pidan cuentas a un socio administrador sea executable, es necesario que se funde en hechos diferentes del de la sola existencia del contrato social" (Jurisprudencia de la Corte Tomo III No. 1027 in fine).

(Sentencia del 20 de Marzo de 1941. Sala de los Magistrados Mora Vásquez, Orozco Ochoa y Rodríguez).

**XXXVII. EXTRALIMITACION DE MANDATO. NO SON RELATIVAMENTE NULOS, SINO INOPONIBLES LOS ACTOS VERIFICADOS EN NOMBRE DE UNA PERSONA A QUIEN NO SE REPRESENTABA LEGALMENTE.**

Dice el Dr. Jaramillo Barrientos: "El mandato es un contrato en que una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera. Con sujeción a este concepto el mandante sólo contrae obligaciones cuando éste se ciñe a los términos de la facultad de representación que se le concede. O lo que es lo mismo, cuando se obra dentro del ámbito del mandato, aunque si bien hay casos en que el mandante contrae responsabilidades aun cuando haya habido extralimitación. Esto sucede naturalmente en razón de que el consentimiento del mandante se presta por conducto del mandatario, como es obvio. Con todo hay casos también en que una persona sin mandato alguno, sin encargo del interesado, administre los bienes de otra persona, tal como pasa en el cuasi-contrato de agencia oficiosa (artículo 2380 del Código Civil). Aquí el dueño no contrae obligación alguna especial sino en caso de que el negocio hubiere sido administrado, con provecho para él. Sucediendo así se deben cumplir por el dueño to-

dos los compromisos que se hayan contraído en la gestión, en cuyo caso éstos son completamente válidos para con él.

Ahora bien: cuando ha habido extralimitación de poderes en el mandato, por parte del mandatario, todos los actos excesivos de éste constituyen una verdadera administración de negocios ajenos sin mandato, esto es, una agencia oficiosa. Y es que entonces "por faltarles a los actos excesivos el consentimiento del dueño, necesariamente tienen que desplazarse a otra construcción jurídica, porque ya no son negocios, o gestiones, como los llama la ley, que el mandante haya confiado al mandatario". Pero hay más. Este mismo desplazamiento lo contempla en repetidas ocasiones la misma ley v. gr. cuando reputa agente oficioso al mandatario que, actuando con respecto a uno o varios del mandante, se ve en la necesidad imperiosa de salirse de los términos del encargo. De donde se sigue, relacionando esto con lo dicho antes, que los actos del mandatario en semejante evento sólo obligan al mandante ante terceros cuando la gestión redunde en provecho de éste o cuando medie la correspondiente ratificación. En los demás casos los actos del mandatario que se ha extralimitado en sus funciones son únicamente inoponibles al dueño, en ningún caso nulos. "En el caso en que el mandatario exceda sus poderes —dice el conocido tratadista Rene Demogue a este respecto— y en que, por consiguiente, no ha podido representar a su mandante, el acto del mandatario es para aquel RES INTER ALIOS ACTA. El mandante no tiene, pues, necesidad de demandar la nulidad dentro del plazo". (*Traité des Obligations*, Tomo I. página 198 y siguientes)."

Y luégo invoca la siguiente doctrina de la Corte Suprema, promulgada en un juicio en donde se estudió precisamente el caso de un mandatario que excedió el ámbito de sus poderes convirtiéndose, por decirlo así, en agente oficioso: "El agente oficioso sólo obliga al interesado ante terceros cuando la gestión redunde en provecho de éste, o ha sido ratificada. En los demás casos trátase de actos inoponibles al dueño; es decir de actos que en relación con él son ineficaces o inexistentes. En manera alguna nulos, como quiera que la nulidad, aun la radical, exige siquiera un principio de existencia del acto jurídico. Mal puede ser nulo lo que no ha nacido, lo que carece de vida, así sea aparente ante la ley. El acto jurídico que se ha creado sin mi consentimiento ni mi intervención, relativo a mis bienes, es para mí como si no existiera; no es un acto nulo de nulidad absoluta, sino un acto que nadie me puede oponer para que

yo lo cumpla. Siendo para mí ese negocio RES INTER ALIOS ACTA, no tengo necesidad de romper el vínculo jurídico que contra mí pretende deducirse, porque no habiendo vínculos por ausencia total de mi consentimiento nada hay que romper”.

Por su parte el patrono del demandante contradice la tesis del Dr. Jaramillo Barrientos considerando imposible la aplicación del caso de autos de las normas del cuasicontrato de la agencia oficiosa, por haber dado la señora Chica de Gutiérrez un poder a su mandatario, rigiéndose entonces la cuestión con las normas precisas del mandato, según su autorizado concepto.

El Tribunal, después de estudiar detenidamente las razones dadas en pro y en contra de la tesis expuesta, acoge las conclusiones del Dr. Jaramillo Barrientos.

Si el señor Hernández considera que Gutiérrez obró sin poder de la señora Chica, en la negociación atacada, entonces es innegable que ya no se trata de una construcción jurídica que adolezca de algunos de los vicios que producen nulidad relativa según el párrafo final del Art. 1741 del Código Civil, sino de otra gestión, negocio o acto, que a lo sumo puede considerarse como inoperante contra el verdadero dueño del objeto del negocio.

La nulidad relativa, por su naturaleza, implica un acto que tiene vida jurídica y que produce efectos determinados. El tiempo o la voluntad del interesado afectado, sanean su vicio. En tanto que un negocio hecho por una persona en nombre de otra, sin poder para representarla, no puede decirse que implique nulidad relativa, sino que debe desplazarse hacia otra construcción, hacia otro fenómeno, hacia otra institución, que no se rige por las reglas de la nulidad relativa. Si, v. gr. Pedro diciéndose representante de un banco hipotecario vende a Juan una finca, sin poder para hacerlo, no puede decirse que con el transcurso de cuatro años, época que sana la nulidad relativa, se perfeccione aquel contrato, sino que Juan no puede oponer esa negociación al banco que el sedicente mandatario dijo representar, sin facultades para ello.

Las causas de la nulidad relativa se refieren a los vicios del consentimiento (error, dolo, violencia, lesión), o tienen en cuenta la calidad o estado de las personas que ejecutan o acuerdan los actos respectivos, por ejemplo menores, interdictos, etc., etc. Esta nulidad no existe de pleno derecho y debe ser pronunciada por el Juez. Es una causa de extinción de las obligaciones. No puede ser demandada sino por determinadas personas, “o por aquellos en cu-

yo beneficio la han establecido las leyes, o por sus herederos o cesionarios". (Art. 1743 del C. C.); y se cubre o sana por confirmación o por prescripción.

El señor Hernández no demanda la nulidad relativa del contrato celebrado entre Gutiérrez y Pineda, aquél como representante de la señora Chica, por falta de capacidad legal de ésta, o por algún vicio en su consentimiento, de los expresados en el párrafo anterior, sino porque, en su criterio, fue verificado por Gutiérrez en el ejercicio de una representación de que no disponía. Esto patentiza la falta de relación entre los fundamentos de la demanda y las solicitudes, por lo cual es incontestable que no puede prosperar la acción.

(Sentencia del 6 de Mayo de 1941. Sala de los Magistrados Mora Vásquez, Orozco Ochoa y Rodríguez).

### **XXXVIII. CARECE DE CAUSA LA ENTREGA HECHA EN VIRTUD DE UN ANTECONTRATO, Y, EN CONSECUENCIA PUEDE EXIGIRSE Y DEBE ORDENARSE SU DESTITUCION.**

Para su sentencia formuló el Juez el razonamiento de que la convención en que las partes están de acuerdo haber celebrado, no tiene existencia legal pues no se adujo la prueba solemne que para establecerla requiere la ley, de lo cual se infiere que las prestaciones efectuadas por los demandantes al opositor no tienen causa legal, y que se derivan de un contrato inexistente, y como el demandado confiesa haber recibido aquellos bienes, es natural, dice textualmente el Juez "que al no poder obligar al demandado a otorgar la escritura debe devolver aquellos valores".

Efectivamente el precontrato que en términos generales aceptan las partes haber verificado, no alcanzó a perfeccionarse en el contrato de promesa de contrato, pues no se extendió, o por lo menos no se ha demostrado que se extendiera por escrito en la forma que exige el Art. 89 de la ley 153 de 1887, por lo cual debe tenerse como ineficaz el convenio que las partes dicen haber celebrado, y en cuya virtud los señores Vélez hicieron la entrega del caballo y del dinero al señor Uribe M.

El señor Uribe, según su propia confesión, no era siquiera dueño del inmueble aludido, pues sólo tenía en él a su favor la condición resolutoria de retroventa.

Si la legalización del ante-contrato referido, todavía nebuloso pues las partes están en desacuerdo en cuanto al precio en lo rela-

tivo a los ciento cuarenta pesos de la señora Vélez, no puede exigirse ni por los señores Vélez ni por el señor Uribe, y si, como es obvio y está admitido, la promesa de contrato no se ha formalizado, no ofrece duda que las entregas hechas por los señores Vélez al señor Uribe, en razón de ese negocio, carecen de causa, y, en consecuencia, la sentencia recurrida tiene firme apoyo en la ley y en la ética.

(Sentencia de 28 de marzo de 1941. Sala de los Magistrados Mora Vásquez, Orozco y Rodríguez).

### XXXIX. EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS. SOLO PUEDE ESTABLECER ACCION RESOLUTORIA DE UN CONTRATO EL CONTRATANTE QUE NO ESTE EN MORA DE CUMPLIR SUS PRESTACIONES.

Tanto la acción principal como la que reconviene, alegan la condición resolutoria tácita que consagra para todos los contratos bilaterales el artículo 1546 en los siguientes términos: "En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado. Pero en tal caso podrá el otro contratante pedir a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios". (La doctrina acepta que el texto debe interpretarse como si existiera el signo de puntuación llamado **coma**, antes de "con indemnización de perjuicios", como reza el texto del Código de Chile de donde se tomó el nuestro).

Según el artículo 1496 del Código Civil, en el contrato bilateral las partes contratantes se obligan recíprocamente. El artículo 1536 de la misma obra llama condición resolutoria aquella en que por su acaecimiento se extingue un derecho. Determinados así los conceptos principales que informan el precepto del artículo 1546 *ib.* transcrito antes, se concluye que en los contratos bilaterales cuando una de las partes no cumple con las obligaciones que le resultaren, la otra puede pedir una de estas dos cosas a su elección: a), o que se declare resuelto el contrato y que se le paguen perjuicios por el no cumplimiento de la parte trasgresora o, b), que se obligue a la parte en mora a cumplirlo, también resarciendo perjuicios al demandante. Mas estas acciones sólo pueden ser ejercidas por contratantes que hayan cumplido con los compromisos que les resulten del convenio, toda vez que según el Art. 1609 del C. C. "en los contratos bila-

terales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumple por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos". De modo que si al que hace uso de la acción resolutoria según expresa el comentarista Vélez, se le prueba que ha faltado a sus obligaciones, ésta no puede decretarse. Que es precisamente el caso de autos, tanto en la acción principal como en la de reconvencción según se puntualizara en esta providencia.

Y no únicamente del artículo 1609 del Código Civil se deduce que la acción resolutoria que se estudia sólo puede prosperar cuando el contratante que la demanda no queda convicto de haber faltado a sus obligaciones, pues el propio sentido del artículo 1546 también apoya la tesis, al conceder la acción al contratante diligente, lo que implica, en buena lógica, que se la niega a aquél que no ha dado cumplimiento a las obligaciones que contrajo en la convencción.

(Sentencia de 27 de Marzo de 1941. Sala de los Magistrados Mora Vásquez, Orozco Ochoa y Rodríguez).

# NOTAS

## PROPOSICION APROBADA POR EL HONORABLE CONSEJO DIRECTIVO DE LA UNIVERSIDAD DE ANTIOQUIA

"El Consejo Directivo de la Universidad de Antioquia se ha enterado complacidamente de la actitud generosa del Dr. JULIAN RESTREPO MEJIA, muy distinguido alumno que fue de este instituto quien regaló un número considerable de obras jurídicas de gran mérito con destino a la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, de gran utilidad para alumnos y profesores; y expresa su agradecimiento efusivo al Dr. RESTREPO MEJIA por su rasgo digno de ser imitado".

La donación del Dr. JULIAN RESTREPO MEJIA comprende las siguientes obras:

	"La Nature Juridique des Traités Internationaux selon le Droit Contemporain"	1941
1 — Chailley Pierre		
2 — Boulant C. A.	"Les Mandats Internationaux"	1932
3 — Brazzola Marcel	"La Cité du Vatican est-elle un Etat?"	1932
4 — Redslob Robert	"Le principe des Nationalités"	1930
5 — Bischoff Marc	"La Police Scientifique"	1935
	"Précis de Criminologie et de Police Scientifique"	1938
6 — Bérout Georges	"La Médecine Légale des délinquants anormaux ou aliénés et leur responsabilité"	1925
7 — Gay Etienne	"Les Etats Fédéraux". Etude de Droit Constitutionnel positif	1930
8 — Durand CH.	"Le Pouvoir exécutif dans les démocraties d'Europe et d'Amerique"	1938
9 — Giraud Emile	"Le Droit Chinois"	1936
10 — Esgarra Jean	"Les Sociétés de Placement à long terme en valeurs mobilières ou Investmen-Trust"	1932
11 — Joubert Marc	"La Lésion Enorme"	1937
12 — Dekkers René		

13 — Dolvie Grégoire de	"Le Mariage en Droit Soviétique"	
14 — Gaudement Eugène	"Théorie générale des Obligations"	1937
	"Les Transformations du Contrat et leur loi"	1939
15 — Zaksas Joseph	"L'Evolution des conventions collectives de Travail"	
16 — Arnlon Jean Marie	"Traité de Philosophie"	1938
17 — Gorce M. M.	"Vies et doctrines des philosophes"	1938
18 — Durant Will	"Le Circuit économique" — Libéralisme ou autarchie	1937
19 — Grunig Ferdinand	"Principes d'économie nationale et internationale.—3 Tomos	1929
20 — Brocard Lucien	"Essais sur quelques problèmes économiques et monétaires"	1933
21 — Rist Charles	"L'Etalon or".—En théorie et en pratique.	1933
22 — Zolatas Xenophon	"Les grands marchés financiers". Londres, New-York, Paris, Berlin.	1932
23 — Marchal Jean	"Théorie des phénomènes monétaires"	1927
24 — Ruff Jacques	"Histoire Economique"	1938
25 — Cioli Lionello	"Introduction à L'Etude de L'Economie Politique	1933
26 — Piron Gastan	"Utopie libérale, Chimère Socialiste, Economie Dirigée"	1934
27 — Noyelle Henri	"Critique de la conception socialiste de L'Histoire"	1930
28 — Turgeon Charles	"Les Hommes de loi. Ce qu'ils furent Ce qu'ils sont"	1937
29 — Cardahi Chucri	"Le Régime des aliénés et la liberté individuelle"	1934
30 — Lemoine Jean	"Variétés penitenciaires"	1936
31 — Mossé Armand	"Essai sur le Droit International privé Américain"	1932
32 — Wigne Pierre	"Justice-Droit-Etat"	1932
33 — del Vecchio Georges	"Traité pratique de Droit International Privé" 2 Tomos	1923
34 — Pillet Antoine	"Le Libéralisme Français au début du XIX siècle"	1930
35 — Oppenheimer H.	"La Sociologie de Proudhon"	1911
36 — Bouglé C.	"Le Pouvoir politique et les forces sociales"	1931
37 — Hénaff Armand	"Essais de Sociologie"	
38 — Gurtvitch Georges	"Histoire des Doctrines Monétaires"	1935
39 — Gonnard René	"La Circulation Monétaire et le crédit"	1935
40 — Hawtrey R. G.	"Doctrines Sociales et Science économique"	1929
41 — Pirou Gaetan		

42 — Oulès Firmin	"Le Mécanisme des Echanges internationaux et la politique commerciale en temps de crise"	1936
43 — Dechesne Laurent	"L'Experience historique de L'Economie Dirigée"	1938
44 — Le Fur Louis	"Le Saint-Siège et le Droit des Gans"	1930
45 — Varios autores	"La Nationalité dans la science social et dans le droit contemporain"	1933
46 — Bonnacase Julien	"Introducción a l'étude du Droit"	1939
47 — Locard Edmond	"Manuel de technique policière"	1939
48 — Mossé Armand	"Les prisons et les institutions d'éducation corrective".	
49 — Oualid William	"Lecons sur la monnaie et les problèmes monétaires"	1927
50 — Sorokin P. A.	"Les theories sociologiques contemporaines"	1938
51 — de la Bigne de Villeneuve Marcel	"Traité Général de L'Etat" 2 Tomos	1929
52 — Pareto Vilfredo	"Traité de Sociologie Générale" 2 Tomos	1932

# Resolución No. 1031 de 1941

(Sepbre. 25)

por la cual se aprueba el plan de estudios de la Facultad de Derecho de la Universidad de Antioquia.

## EL MINISTRO DE EDUCACION NACIONAL

en uso de la atribución que le confiere el Art. 12 de la Ley N° 56 de 1927,

### RESUELVE:

Apruébase el siguiente acuerdo expedido por el Consejo Directivo de la Universidad de Antioquia:

"El Consejo Directivo de la Universidad de Antioquia en atención a lo convenido en la conferencia de rectores y decanos de las Facultades Universitarias, reunida en Bogotá el 10 de febrero último, acuerda el siguiente pénsum para la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de esta Universidad, a partir de 1941 en adelante y por un tiempo mínimo de cinco años:

### PRIMER AÑO

- 1°—Introducción a la Ciencia del Derecho
- 2°—Antropología y Psicología
- 3°—Derecho Constitucional General
- 4°—Derecho Romano 1° (personas, bienes y sucesiones)
- 5°—Derecho Civil 1° (introducción, personas y bienes)
- 6°—Sociología General y Sociología Americana
- 7°—Estadística y Demografía (semestral).

## SEGUNDO AÑO

- 8°—Derecho civil 2° (obligaciones y contratos hasta la compra-venta, con inclusión del régimen patrimonial en el matrimonio)
- 9°—Derecho Romano 2° (obligaciones, contratos y procedimientos)
- 10°—Derecho Constitucional Colombiano
- 11°—Derecho Internacional Público
- 12°—Economía Política General
- 13°—Derecho Penal General y Sociología Criminal

## TERCER AÑO

- 14°—Derecho Civil 3° (contratos desde la compra-venta hasta terminar)
- 15°—Derecho Penal Colombiano
- 16°—Derecho Administrativo General
- 17°—Hacienda Pública
- 18°—Historia del Derecho
- 19°—Economía Política Colombiana (semestral)
- 20°—Derecho del Traabajo (semestral)

## CUARTO AÑO

- 21°—Derecho Civil 4° (sucesiones, donaciones, prescripción, ley de tierras y baldíos)
- 22°—Derecho Administrativo Colombiano
- 23°—Derecho Mercantil General
- 24°—Derecho Procesal Civil y procedimiento Civil Colombiano
- 25°—Derecho Procesal Penal y Procedimiento Penal Colombiano
- 26°—Medicina Legal y Psiquiatría Forense
- Seminario de Contabilidad y Economía Industrial

## QUINTO AÑO

- 27°—Derecho Mercantil Especial (instrumentos negociables, bancos y seguros)
- 28°—Derecho Internacional Privado
- 29°—Pruebas Judiciales
- 30°—Legislación de Minas y Petróleos

31°—Filosofía del Derecho

Seminario de Derecho Privado y Práctica Forense.

PARAGRAFO:—En todas las asignaturas habrá clase diaria.

PLAN DE PREPARATORIOS

PRIMER EXAMEN PREPARATORIO

Sociología General

Economía Política

Hacienda Pública

SEGUNDO PREPARATORIO

Derecho Constitucional

Derecho Internacional Público

Derecho Administrativo

TERCER PREPARATORIO

Derecho Penal y Procedimiento Penal

Derecho Procesal Civil

Pruebas Judiciales

CUARTO PREPARATORIO

Derecho Civil

QUINTO PREPARATORIO

Derecho Comercial

Derecho Internacional Privado

Minas y Petróleos

PARAGRAFO 1°—El Consejo Directivo autoriza al Decano de la Facultad para establecer el pênsum de transición entre el pênsum actualmente vigente y el aprobado por este acuerdo, para los alumnos que empezaron con el pênsum actual y hubieren de terminar estudios con el nuevo.

PARAGRAFO 2°—Los alumnos que tengan concluidos los estudios profesionales tienen un plazo hasta el 31 de diciembre de 1942 para presentar los exámenes preparatorios de acuerdo con el plan que regía cuando terminaron la carrera.

Los alumnos que estén cursando de tercer año en adelante tienen derecho a presentar los exámenes preparatorios de acuerdo con el plan anterior al presente, dentro de los dos años siguientes a la terminación de la carrera; y se considera como alumno de tercer año al que tiene más materias de las correspondientes a éste.

Los alumnos que no presentaren exámenes dentro de los plazos mencionados y los que actualmente cursan años anteriores al tercero, presentarán dichos exámenes de acuerdo con este plan.

Los alumnos que al entrar en vigencia el presente plan hubieren presentado uno o varios exámenes de acuerdo con otro, seguirán con el nuevo.

Este acuerdo sustituye al que fue aprobado en las reuniones de 5 y de 10 de diciembre de 1940.

Medellín, 1° de junio de 1941."

COMUNIQUESE Y PUBLIQUESE.

Dada en Bogotá, a 25 de Sepbre. de 1941.

El ministro de educación nacional,

GUILLERMO NANETTI

El secretario general

JAIME GONZALEZ ORTIZ

## BIBLIOTECA DE LA FACULTAD

*Ingreso de Libros y Revistas de Septiembre a Noviembre del  
presente año:*

### LIBROS:

- ELLERO PEDRO.—La certidumbre en los juicios criminales. — 3<sup>o</sup>.  
Ed. Madrid 1913.
- MIGUEL GARCILOPEZ.—Derecho Penal Parte general. — 1<sup>o</sup> Edic.  
Madrid 1940.
- CASTILLO CARLOS M.—Código Civil Boliviano.—3a. Edic. La Paz.  
1939.
- EDITORIAL LAS NOVEDADES.—Código civil de los Estados Uni-  
dos de Venezuela. 1<sup>o</sup> Edic.—Caracas 1922.
- CASSEL GUSTAVO.—El Problema de la Estabilización — 1<sup>o</sup> Edic.  
Barcelona 1932.
- WORMS RENE.—La Sociología.—Su naturaleza, su contenido, sus  
agregados.—Traducción. Madrid 1925.
- HEGEL GUILLERMO F.—Líneas fundamentales de la Filosofía del  
Derecho. Traducción. Buenos Aires. 1937
- FERNANDEZ DE B. RECAREDO.—La Acción popular en el Derecho  
Administrativo.—1<sup>o</sup> Edic.—Madrid 1920
- GINI CORRADO.—Curso de Estadística. Traducción. Madrid 1935.
- GALLINAL RAFAEL.—Manual de Derecho Procesal civil. 2 Tomos  
1<sup>o</sup> Edic. Montevideo. 1929/30
- VALDIVIESO JOSE.—LIBERTAD CONDICIONAL. (Cuadernos so-  
bre Derecho y Ciencias Sociales) N<sup>o</sup> 13. 1<sup>o</sup> Edic. Cochabamba  
Bolivia. 1941.
- CONTRALORIA DE LA REPUBLICA.—Anuario de Comercio Exte-  
rior.—Bogotá 1941.
- GIL SANCHEZ JAIME.—Matrícula de la Propiedad inmueble. Mede-

- lin.—Tesis. 1ª Edic. 1941.
- HERNANDEZ EUTIMIO.—“Aguas en Minas” Tesis. Medellín 1941. 1ª Edic.
- MORENO J. MIGUEL.—“Sociedades” Tomo 5º Medellín 1ª Edic. 1941.
- COSENTINI FRANCESCO.—Code Pénal International. París 1ª Edic. 1937.
- COLLECTION DE L'ANNEE SOCIOLOGIQUE.—Sociologie Economique Fas. 3 — París 1938.
- BOUGLE C.—Essais sur le Régime des Castes.—París.—3ª Edic. 1935.
- DE ATHAYDE TRISTAN.—El Problema de la burguesía.—Buenos Aires 1939. — 1ª Edic.
- NANITA ABELARDO R.—“Trujillo de Cuerpo Entero” 2ª Edic.—Santiago Rep. Dominicana 1939.
- GORDON IRELAND.—“Cursillo de Derecho Constitucional Americano Comparado” 1ª Edic.—Ciudad Trujillo Rep. Dominicana 1941.
- ROLDAN MARIANO.—“Informe del Ministerio de la Economía Nacional” Bogotá 1941.
- GARTNER Jorge.—“Memoria del Ministro de Gobierno al Congreso Nacional en sus sesiones ordinarias de 1941. — 1941.
- VARIOS AUTORES.—“Día Antivenéreo” Lima Perú.—Folleto 1941.
- DOMENECH FRANCISCO.—“Tres Vidas y una Epoca” Cuba 1940. “Diario de Martí”. Cuba 1941.
- BETANCUR JOSE V.—“Artículos de costumbres” Cuba 1941.
- REPUBLICA DOMINICANA.—“Código de Procedimiento Civil y Leyes que lo complementan”. Cuba 1940.
- PEREZ V. JAIME.—“El delincuente como paciente de la Pena”. Medellín 1941.
- CAMUS E. F.—“Curso de Derecho Romano” Cuba. 3 Vols. 1940.
- CASTILLO JULIO.—“Despojo violento por autoridad” y “Las Minas de Telembí” Bogotá 1939.
- ZULETA A EDUARDO.—“El despojo en Derecho Minero” Bogotá 1940.
- ARBELAEZ H. GUSTAVO.—“Aluviones en zonas auríferas del Telembí y del San Juan”. “Monografías Mineras” Bogotá 1940.
- MANRIQUEZ IZQUIETA JOSE.—“El Hombre Carga de Luz” Buenos Aires 1940.
- UNIVERSIDAD DE GUAYAQUIL.—“Estatutos de la Universidad de Guayaquil” 1929. Reglamento de la Universidad de Guayaquil, 1929. Reglamento para la elección de representantes ante el Consejo Universitario, la Asamblea Universitaria y Facultades 1936. Estatutos de la Universidad de Guayaquil 1939. Reglamento para la elec-

- ción de representantes ante el Consejo Universitario y Facultades 1941.
- ELDON REVARE JAMES.—“Reprint From Harvard Legal Essays” 1934.
- INSTITUTO ARGENTINO DE ESTUDIOS LEGISLATIVOS.—“Enriquecimiento ilícito de los Funcionarios Públicos” Buenos Aires” 1941.
- V<sup>o</sup> CONFERENCIA NACIONAL DE ABOGADOS.—“Bases para la Regulación Jurídica del Contralor del Estado en las Actividades de la Producción, del Comercio y de la Industria”.—Buenos Aires 1940.
- SECRETARIA DE HIGIENE.—“Nomenclatura Internacional de las causas de muerte.—Medellín 1941.
- FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES (Universidad de Buenos Aires) “Guía práctica o compendio de enseñanza en dicha Facultad” Buenos Aires, 1940.
- AVILA CAMACHO MANUEL.—Discurso a los Agrónomos Mexicanos 1941.
- AVILA CAMACHO MANUEL.—México ante la situación Internacional 1941.
- URBINA SALVADOR.—“Función de la Justicia en México” Discursos 1941.
- MINISTERIO DE GOBIERNO.—“Comisión de reforma del Código Civil” Bogotá 1939-1940.
- MANIGHETTI LUISA.—“Apuntes sobre historia y literatura del piano” Medellín 1941.

## REVISTAS:

"Justicia y Reforma" San Gil	Nos. 116, 117, 118	1941
"Crónica Judicial" Ibagué	No. 628	1941
"Revista Judicial" Manizales	Nos. 573 a 577	1941
"Revista Judicial" Buga	Vol. III. No. 70	1941
"La Nueva Democracia" New York	Vol. XXII. 1, 2, 8.	1941
"Suplemento Estadístico de la Revista Económica" Buenos Aires	No. 48	1941
"Revista Femenina" Medellín	No. 7	1941
"Revista de las Indias" Bogotá	No. 13	1941
"Atenea" Concepción (Chile)	No. 193	1941
"Scientia et Labor" Bogotá	Nos. 62-63. Vol. VII	1941
"San Simón" Ibagué	Nos. 5 y 6	1941
"Revista del Banco de la República" Bogotá	Vol. XIV No. 166	1941
"Gobierno" Bucaramanga	No. 9	1941
"Cruz Roja" Medellín	No. 97	1941
"Boletín de la Unión Panamericana" Washington	Vol. LXXV N° 9	1941
"Revista de la Biblioteca y Archivo Nacionales" Sucre-Bolivia	Nos. 16-23	1941
"El Mes Financiero y Económico" Bogotá	No. 51	1941
"Revista de Indias" Bogotá	No. 32	1941
"Agricultura y Ganadería" Bogotá	Nos. 4 y 5	1941
"TIERRAS Y AGUAS" Bogotá	Nos. 17 a 25	1940 - 1941
"COMERCIO E INDUSTRIAS" Bogotá	Nos. 3 y 4	1940

"Revista Nacional de Cultura" Caracas	No. 28	1941
"Revista Javeriana" Bogotá	No. 78	1941
"Revista Judicial" Buga	No. 71	1941
"Informaciones Cooperativas" Montreal	No. 7	1941
"El Economista" México	No. 62	1941
"La Nueva Democracia" New- York	No. 9	1941
"Suplemento estadístico de la Revista Económica" Buenos Aires	No. 49	1941
"CRIMINALIA" México	No. 1	1941
"CRIMINALIA" México	Nos. 1 a 12	1938, 1939, 1940
"Revista del Banco de la Nación Argentina" Buenos Aires	No. 1	1941
"Revista de la Universidad de Guayaquil" Guayaquil	No. 2	1940
"Boletín de la Oficina Sanitaria Panamericana" Washington	No. 9	1941
"Boletín Clínico" Medellín	No. 8	1941
"Minería" Medellín	No. 109-110	1941
"Educación Antioqueña" Mede- llín	No. 15	1941
"El Foro de Ancash" Huarás Perú	Nos. 11, 12, 13, 14	1938 1940
"Revista de la Academia Colom- biana de ciencias exactas físi- cas y naturales" Bogotá	No. 14	1941
"Revista Rotaria" Chicago	No. 4	1941
"Atenea" Concepción	No. 194	1941
"El Mes Financiero y Económi- co" Bogotá	No. 52	1941
"Gaceta Judicial" Quito	No. 5	1941
"Revista del Banco de la Repú- blica" Bogotá	No. 167	1941
"Universidad de Antioquia" Me- dellín	Nos. 48-49	1941
"Universidad Católica Bolivaria- na" Medellín	No. 22	1941

"Cruz Roja" Medellín	No. 98	1941
"Boletín de la Unión Panamericana" Washington	No. 10	1941
"San Simón" Ibagué.	No. 7	1941
"ANALES DE INGENIERIA" Bogotá	No. 561	1941
"Revista del Colegio Mayor de Ntra. Sra. del Rosario" Bogotá	Nos. 353 y 354	1941
"Boletín Jurídico-Bibliográfico" México	No. 16	1941
"Revista Jurídica de la Universi- dad de Puerto Rico". Puerto Rico	No. 4	1941
"Educación" Caracas	No. 14	1941
"La Nueva Democracia" New- York	No. 10	1941
"Revista del Colegio de Ingenie- ros de Venezuela" Caracas	No. 139	1941
"Contraloría de Antioquia". Me- dellín	No. 36	1941
"Gaceta Oficial del Estado Zu- lia" Maracaibo	Nos. 1515, 1516, 1517	1941
"Boletín Mensual" Banco Central del Ecuador	No. 168	1941
"Revista del Banco de la Repú- blica" Bogotá	Nos. 167 y 168	1941
"El Economista" México	Ns. 63 y 64	1941
"Tierras y Aguas" Bogotá	Nos. 28 y 29	1941
"Superintendencia Bancaria". Boletín N° 14. Bogotá	No. 14	1941
"Letras y Encajes" Medellín	No. 183	1941
"Revista de Indias" Bogotá	No. 33	1941
"Boletín de la Cámara de Comer- cio e Industria de El Salva- dor" San Salvador	No. 139	1941
"Boletín Comercial" Medellín	No. 194	1941
"Revista Do Brasil" Río de Ja- neiro	Nos. 38 y 39	1941
"Anales de Ingeniería" Bogotá	No. 562	1941
"Revista del Colegio de Aboga-		

dos de Buenos Aires" Buenos Aires	No. 4	1941
"Revista Javeriana" Bogotá	No. 79	1941
"Boletín Clínico" Medellín	No. 9	1941
"Revista del Círculo Militar" San Salvador	Nos. 1 y 2	1941
"Revista de la Guardia Nacional" San Salvador	Nos. 13 y 14	1941
"Boletín de la Oficina Sanitaria Panamericana" Washington	No. 10	1941
"Revista Judicial" Buga	No. 72	1941
"Crónica Judicial" Ibagué	Nos. 630 y 631	1941
	Nos. 1, 2, 6, 12 de 1939. 1,	
"Registro Judicial" Panamá	3, 4 de	1941
"La Crónica Médica" Lima	Nos. 933 a 938	1941
"Atenea" Concepción. Chile	No. 195	1941
"Revista Cubana" La Habana	Nos. 37-42	1940
"Revista de Arqueología" La Habana	Nos. 3 de 1939 y 4	1940
"Revista de la Guardia Nacional" San Salvador	No. 15	1941
"Anales del Consejo de Estado"	Nos. 299 a 301	1940
"UNIVERSIDAD" Santa Fé	No. 9	1941
"BOLETIN DE MINAS Y PETROLEOS" Bogotá	Nos. 121 a 144	1939 - 1940
"Cruz Roja" Medellín	No. 99	1941
"Criminalia" México	No. 2	1941
"Boletín Bibliográfico Mexicano" México D. F.	No. 19	1941
"Educación Antioqueña" Medellín	Nos. 16 y 17	1941
"Boletín de la Unión Panamericana" Washington	No. 11	1941
"Agricultura y Ganadería" Bogotá	No. 6	1941
"Boletín de la Cámara de Comercio de El Salvador" San Salvador	No. 137	1941
"Revista de Derecho y Administración Municipal" Buenos Ai-		

res	No. 139	1941
"Gaceta Oficial del Estado Zulia" Maracaibo	No. 1519	1941
"Jurisprudencia Cordobesa" Córdoba	No. 9	1941
"Boletín Jurídico Bibliográfico" México D. F.	Nos. 13, 15, 16	1940
"World Petroleum"	No. 12	1940
"Revista del Banco de la República" Bogotá	No. 168	1941
"Revista de Identificación y Ciencias Penales" La Plata	Nos. 74 a 78 Tomo XIX	1940/41
"Revista Femenina" Medellín	No. 8	1941
"Jus" Revista de Derecho y Ciencias Sociales México D. F.	No. 38	1941
"Suplemento estadístico de la Revista Económica" Buenos Aires	No. 50	1941
"Revista Rotaria" Chicago	No. 5	1941
"El Mes Financiero y Económico" Bogotá	No. 53	1941
"Informaciones Cooperativas" Montreal	No. 8	1941
"Law and Contemporary Problems" Durham. North Carolina.	Nos. 1 a 4	1939
	Nos. 1, 3, 4.	1940
	Nos. 1, 2, 3	1941
"Harvard Law Review" Cambridge. Mass.	Nos. 1, 2	1940
	Nos. 1, 3 a 8	1941

## INDICE DEL TOMO III

	Págs.
CANO RIVERA JORGE	
Soberanía	319
CARRASQUILLA R. HUMBERTO	
Los factores sociales de la criminalidad	151
CORTES MILCIADES	
Algo sobre la ley 28 de 1932	249
CONSEJO DIRECTIVO DE LA UNIVERSIDAD DE ANTIOQUIA	
Proposición de agradecimiento al Dr. Julián Restrepo M.	483
DECANO DE LA FACULTAD DE DERECHO	
Resolución No. 80, sobre Seminarios	315
FERNANDEZ BOTERO EDUARDO	
Misceláneas Penales.—Estudios sobre el Código Penal	9
Misceláneas Penales (Continuación)	381
GUERRERO VELASQUEZ TORIBIO	
De la Compraventa Comercial	345
HECHT CARLOS Dr.	
El Tribunal Permanente de Arbitraje y el Tribunal Perma- nente de Justicia Internacional	259
LOZANO GARCES RAMON	
Los Municipios "Territoriales" ante el Derecho Público Co- lombiano	275
MARQUEZ C. JOSE M.	
Servidumbres de Minas	425
ORDEÑANA TRUJILLO JOSE V.	
La Guerra y la Crisis del Derecho	239
POSADA A. A.	
Los Seminarios	317
RESTREPO MORENO NOEL	
Algunas páginas sobre la interpretación de los Contratos	115
TOBON LAZARO	
Mensaje del señor Decano a los profesores y alumnos de la Facultad de Derecho	5
TRIBUNAL SUPERIOR	
Jurisprudencia Civil del Tribunal Superior del Distrito Ju- dicial de Medellín	83-287-461
VELASQUEZ SANCHEZ MARIO	
Concepción del Estado a través de los sistemas filosóficos de Platón, Aristóteles, Santo Tomás, Maquiavelo, Hobbes, Montesquieu, Marx	175