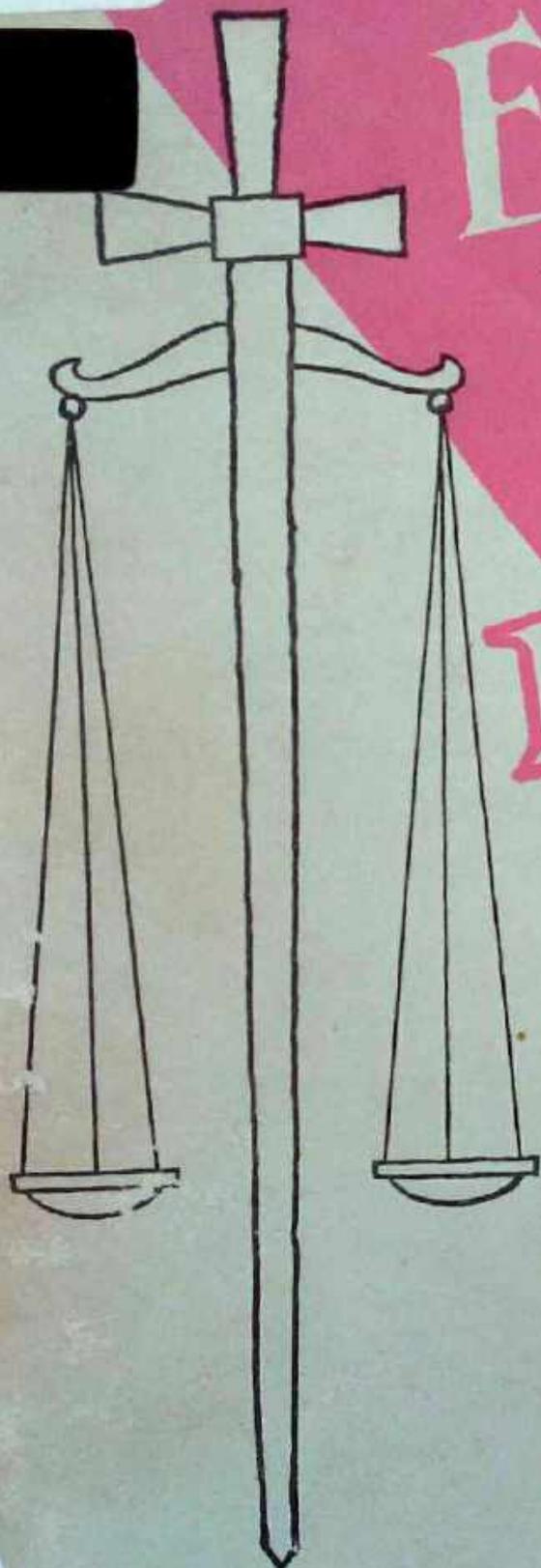


V. 25  
N. 70



# ESTUDIOS

# E

# DERECHO

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS  
DE LA UNIVERSIDAD DE ANTIOQUIA

AÑO XXVII — Segunda época — Septiembre 1966 — Vol. XXV, Nº 70



393346

# ESTUDIOS DE DERECHO



DIRECTOR

B. MANTILLA PINEDA

## SUMARIO:

Necesidad de la reforma de Facultades de Derecho.  
**Abel Naranjo Villegas**

Influencia del régimen jurídico de las Empresas Públicas de Medellín en su desarrollo.— **Diego Tobón Arbeláez**

Hacienda pública.— **Luis Arcila Ramírez**

Juicios de tenencia.— **Horacio Montoya Gil**

La persona individual en las coyunturas históricas. **B. Mantilla Pineda**

La lógica moderna del derecho.— **Theodor Viehweg**

Comentarios de libros.

Revista de Revistas.

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS  
DE LA UNIVERSIDAD DE ANTIOQUIA

AÑO XXVII — Segunda época — Septiembre 1966 — Vol. XXV, N° 70

EDITORIAL UNIVERSIDAD DE ANTIOQUIA

Tarifa postal reducida. — Licencia N° 100  
del Ministerio de Comunicaciones.

La reproducción de cualquier artículo está permitida, si se cita su autor  
y el nombre de la Revista. — Los artículos publicados son originales.

Valor de la Suscripción anual:	En el país \$ 10.00, m. n.
Valor de la Suscripción anual:	En el extranjero \$ 1.50, m. a.
Valor del número Suelto:	\$ 5.00, m. n.

CANJE: Solicitamos canje:

Nous demandons l'échange.

Pede se permuta.

We request exchange.

Wir bitten um Austausch von Publikationen.

DIRECCION: Revista Estudios de Derecho, Facultad de Derecho y Ciencias  
Políticas de la Universidad de Antioquia.—Medellín - Colombia, S. A.

**ESTUDIOS DE DERECHO**

**Organo de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas  
de la Universidad de Antioquia**

---

**AUTORIDADES UNIVERSITARIAS**

**Dr. Lucrecio Jaramillo Vélez**  
Rector de la Universidad

**Dr. Julián Uribe Cadavid**                      **Dr. Horacio Montoya G. I**  
Decano de la Facultad de Derecho      Secretario de la Facultad de Derecho

---

**DIRECTOR DE ESTUDIOS DE DERECHO**

**B. Mantilla Pineda**  
Profesor Titular

---

**CONSEJO DE REDACCION**

**Luis Eduardo Mesa Velásquez**  
Profesor Agregado

**Jairo Duque Pérez**  
Profesor Agregado

**Carlos Gaviria Díaz**  
Profesor Auxiliar

# NECESIDAD DE LA REFORMA DE FACULTADES DE DERECHO

*Por ABEL NARANJO VILLEGAS*

## 1— PROCESO DE CAMBIO SOCIAL

Para quienes hemos vivido los últimos años de los países latinoamericanos con el recuerdo de los penúltimos, o acaso habiéndolos vivido también, es claro el contraste que resulta de las posiciones diferentes que en una y otra sociedad ocupaba el jurista en su sentido más eminente y, por reflejo, el abogado sin más.

Las Facultades de Derecho, desde la época colonial, suministraron el liderato de nuestras sociedades. Bien o mal, ellos interpretaron a cabalidad el medio social y fueron sus personeros para responder a sus necesidades, conduciéndolas hasta llegar a la independencia y forjando después la República. Gobernantes, legisladores, magistrados, políticos, escritores, periodistas, hombres de empresa, los abogados tuvieron una especie de carisma sobre las multitudes, confiadas siempre a la sabiduría de sus fórmulas en aquella sociedad dual, más o menos uniforme y coherente.

Desde hace unos treinta años las necesidades del desarrollo espontáneo han venido creando un nuevo tipo de sociedad, la pluralista, suscitando, entre otras, la aparición de las clases medias y la mentalidad industrial que es inherente al proceso de desarrollo. De allí

para acá se ha venido reemplazando el abogado por el técnico y el experto que, ante la conciencia social de la época aparece ya como el líder, desplazando a los juristas. Ese es el hecho escueto que lleva a muchas gentes a pensar en que sobran los abogados y faltan los técnicos. En parte el reproche que supone este planteamiento no carece enteramente de razón. Por motivos de su propia formación el abogado es defensor de un orden legislativo, es decir, de una estructura jurídica, que aparece desueta ante la que se vislumbra que aparecerá con el cambio y que, en todo caso, ya siente la estrechez para su despliegue entre unas normas que son juzgadas caducas y aptas para frenar el desarrollo.

## 2 — SUSTITUCION DE JURISTAS POR TECNICOS

El desplazamiento de los juristas a que he aludido y la sustitución por los técnicos, corresponde exactamente a la explosión del conflicto o, por lo menos, a la interacción de dos sociedades situadas a diferentes niveles técnicos, pugnando por sobreponerse una a la otra. Los fenómenos de movilidad social que aquello suscita desconciertan a los dirigentes, con la formación correlativa de nuevos grupos dirigentes. Los antiguos grupos políticos no aciertan a ofrecer y a asegurar la nueva escala de valores que busca afanosamente la nueva sociedad.

La tarea del líder consiste en buscar el tope donde coinciden la razón y la realidad. Pero cuando esta razón se ha retrasado de la marcha de la realidad hay que sustituirla por otra razón que la comprenda. Esta es la situación del subdesarrollo nuestro porque se alegrará que nuestra juridicidad es razonable, y es verdad, sólo que fue razón para otras situaciones sociales diferentes a las de hoy. Ahora la realidad escapa a esa razón y hay necesidad del reencuentro.

## 3 — LA MASIFICACION SOCIAL COMO PROBLEMA JURIDICO

Perforando geológicamente estas realidades vamos encontrando más profundas capas de suscitación para tales fenómenos. Una de ellas y de mucho volumen, es la de la masificación de la sociedad moderna como hecho sociológico y el impacto que ese hecho tiene en la estructura jurídica. A la luz de ese problema no resulta un despropósito examinar qué respuesta debe dar el Derecho como ciencia a ese espectáculo de la masificación social y cómo puede orientarla y contro-

larla para que los fines del derecho la conduzcan a una plenitud de la persona y no desemboque en la anarquía. El desafío que supone a la ciencia jurídica ese acontecimiento puede ser la prueba de fuego porque, si las estructuras tradicionales, las categorías con que hemos comprendido hasta hoy esa ciencia jurídica, revientan bajo la presión de esas fuerzas masificadas, no nos sería dado salvar del naufragio ni la moral, ni la justicia, ni el orden, ni la seguridad y todo aquello que es consubstancial para el bien común. La capacidad del derecho para crear los nuevos órganos del Estado capaces de orientar ese desplazamiento es la certeza que tenemos para no anestesiarnos en el conformismo y despertar las conciencias hacia el nuevo horizonte que esta sociedad le está planteando.

Las palabras premonitorias de Ortega cuando señaló el fenómeno de la masificación tienen que tener su respuesta más adecuada en los juristas y es a la Universidad a la que corresponde concretamente proponer unas fórmulas con un criterio científico, y por lo tanto, objetivo, emancipado de prejuicios y de partidismos inconvenientes.

#### 4 — LEGITIMIDAD Y EFICACIA

El colapso que está produciendo esa masificación en las antiguas estructuras jurídicas es un acontecimiento histórico sin antecedentes. La experiencia, sin embargo, vuelve otra vez en auxilio de quienes tienen el encargo de tomar conciencia y reflejar la de la sociedad para advertir que la primera condición del cambio es que se haga con legitimidad, es decir, con derecho, y no sólo con eficacia, es decir, con técnica. En el Digesto se lee: "*Omne ius aut consensus fecit aut consensus fecit aut necessitas constituit aut firmavit consuetudo*". "Todo derecho lo instituyó el consentimiento, o lo estableció la necesidad, o lo fijó la costumbre". La necesidad y la costumbre son las dos presiones que ahora están buscando el consentimiento para una juridicidad nueva.

La conquista de la subjetividad como categoría del individuo para alcanzar a la persona es una etapa integradora que se está superando pero no eliminándose. Sólo que a esa etapa histórica la representó un Derecho que subordinaba lo objetivo a lo subjetivo, en el empeño de tutelar el ejercicio de las facultades o intereses del sujeto. De allí arrancó la función espectacular del Estado que era la traducción política de esa concepción jurídica. Una política encaminada a preservar como derecho el imperio de esa subjetividad con la ilusión de que el

conflicto de intereses producía automáticamente con su eficacia la armonía social.

Para el problema de la masificación va revelándose una nueva misión y concepción del Derecho que, hegelianamente hablando, refleje la síntesis entre aquella subjetividad ya hecha conciencia en los individuos de la masa y esta objetividad desmesurada con que la masificación aspira confusamente a resolver el desafío en categorías de poder físico. La toma de conciencia de esa dicotomía tiene que partir de los juristas, resueltos a ampliar, en aras de una objetividad más comprensiva, la subjetividad que ya se había conquistado y acantonado, transfiriéndole una funcionalidad social, o, para ser más explícitos, elevar el derecho subjetivo al plano de lo socialmente objetivado.

#### 5 — ACIERTOS E INSUFICIENCIAS: ESCUELAS DE DERECHO, NUCLEO DE LA UNIVERSIDAD

El esquemático cuadro anterior debe ser analizado con objetividad. Las Facultades de Derecho, con las de Medicina, fueron el núcleo de la Universidad en América Latina. De ellas fueron brotando, bajo la presión de las necesidades sociales, otro tipo de profesiones al abrigo de nuevas Facultades y Departamentos. Eso explica por qué perdieron ellas el sentido humanístico esencial que ha abastecido a nuestras Escuelas de Derecho y por qué, exigidas por la experiencia, están buscando esas nuevas profesiones ahora llenar ese vacío reincorporando el humanismo con los estudios generales.

La revisión actual no consiste, pues, en la prescindencia de ese elemento humanístico sino en adecuarlo a la nueva dimensión que éste debe tomar. De un humanismo hacia el pasado hay que hacer el tránsito para un humanismo hacia el porvenir.

La injusta sospecha de la ineficacia no es insólita de nuestro país ni de nuestro tiempo. Es evidente que estos procesos de cambio social significan siempre la expansión de un ambiente prerrevolucionario. Y en esos ambientes prerrevolucionarios sucede esa antipatía por los juristas y hasta por el Derecho, tomándolo como un cerco que hay que remover para lograr los objetivos que se buscan. Sin descontar que al producirse el cambio institucional se acuda siempre a los juristas para que suministren las fórmulas de los nuevos estatutos, cuando la sociedad se convence de que es imposible vivir sin Derecho.

Pero haciendo a un lado estos episodios la realidad se presenta como un hostil desafío entre juristas y expertos, hábilmente aprove-

chada por el gran capital para escamotear el cambio. Planeadores y juristas encarnan este conflicto, haciendo casi siempre nugatorios los planes técnicos con los esquemas y normas jurídicas. La integración de esos puntos de vista es una de las necesidades más urgentes para el desarrollo de nuestros pueblos. Ahora bien, como resulta desmesurado y petulante exigir a todos los expertos que sean juristas, lo adecuado resulta más bien que los juristas comprendan el punto de vista del experto. El viejo conflicto entre humanismo y técnica siempre se ha resuelto en el sentido de que el humanista, y eso pertenece a su naturaleza y lo justifica, puede absorber la técnica aun cuando no la ejecute, pero no a la inversa.

## 6 — DERECHO COMO HISTORICIDAD

Antes de seguir adelante es, pues, conveniente, adelantar algunas de las que tendrán que ser conclusiones. La primera es que, con lo anteriormente dicho, tomemos conciencia de que nos ha correspondido asistir a un proceso de cambio que se realizará con o sin nuestro consentimiento, pero por necesidad y nueva costumbre. Si concebimos a la sociedad como estática, regida por unas normas eternas, es inútil continuar las pesquisas. Para una sociedad estática la respuesta de una Escuela de Derecho es el tratamiento adecuado que dé a la enseñanza de una legislación positiva, y la investigación debe encaminarse a promover una formación profesional. Bastará examinar estadísticamente las necesidades de jueces, magistrados, legisladores y litigantes, asegurar al pueblo que tiene para interponer sus recursos ante los jueces competentes que dirimen sus querellas, unos gestores igualmente idóneos entre quiénes escoger sus personeros. En este tipo de escuela predominará la exégesis.

Pero si aceptamos que venimos sumergidos en una sociedad en proceso de transformación, no aseguro que debamos prescindir de lo anterior pero sí que esa formación será insuficiente. Porque con el último supuesto tendremos que aceptar que el Derecho es una realidad histórica y no dogmática y, por lo tanto, su estudio debe comprender el análisis de los elementos que componen el medio social, desentrañando el sentido de la vida colectiva y, en consecuencia, buscando la praxis jurídica por fuera de una dogmática.

## 7 — EL SER EN SI Y EL DEBER SER

Cuando tenemos conciencia de esta última realidad debemos confesar la angustia por darle a la normatividad vigente un valor en sí

misma, desprendida de la realidad circundante, y nuestro magisterio se convierte en una especie de escamoteo a la sociedad que consiste en enajenar la mente de la juventud a unas normas que, en conciencia, no reflejan ya ni interpretan las necesidades de la sociedad circundante.

Es, entonces, cuando encaramos el dilema que compromete nuestros desvelos. O resignarnos a impartir el Derecho existente, la ley positiva y su interpretación, sector muy legítimo de la profesión, o abrir el diafragma a la consideración también del Derecho que debe ser. Si nos fuera dado simplificar podríamos decir que la diferencia entre el abogado y el jurista es que aquél concibe el Derecho como un ser y lo practica conforme a las leyes de la naturaleza y el jurista como un deber ser que hay que descubrir en la realidad social conforme a las leyes del espíritu.

La ceguera ante estos fenómenos no constituye solamente el lamentable profesional de los abogados por el deterioro de su profesión, porque eso no sería sino una de las defunciones inevitables en esos procesos. La cuestión se vuelve más profunda cuando nos damos cuenta de que ese fenómeno es uno de los factores inquietantes del desequilibrio institucional de Latinoamérica, porque con la falta de fe en los juristas se está difundiendo la incredulidad en el Derecho. No se trata, pues, solamente de otorgarle más atribuciones a los juristas, acumulando sobre el Estado más trabas de las que hoy tiene para funcionar como servicio, sino de preservar en el pueblo la fe en el Derecho como instrumento eficaz de coexistencia, no sólo para lo que es permanente sino también para lo que debe cambiar. Dejándole el cambio a la benevolencia de los especialistas esa realidad quedará estrangulada porque cada vez, como escribió el jurista argentino Pedro J. Farias, esa realidad tendrá que ser tratada por los especialistas que sabrán de ella cada vez más de cada vez menos o por los revolucionarios que saben cada vez menos de cada vez más.

## 8 — EL ESTADO SERVICIO

El concepto emergente del Estado servicio va borrando paulatinamente el del Estado soberano, integrándolo en una categoría funcional que exige del Derecho fluidez para adaptarse a las situaciones y salvar la justicia con el orden. A esta altura ya tal vez sea más patente la alusión que hacíamos al principio de un Estado que, en el fondo, era visto desde la perspectiva subjetivista, como algo autónomo y destinado solamente a proteger la desigual subjetividad

competitiva con que lo abastecían los ciudadanos. Era, pues, una categoría también de la subjetividad en que se concebía molecularmente la vida de los individuos. Ahora, con o sin nuestro consentimiento, el Estado se ha ido inundando de sustancias nuevas que lo van convirtiendo en una esponja absorbente de la subjetividad para convertirlo en un Leviatán de la objetividad capaz de aplastar todo cuanto de la conciencia subjetiva. Como sigue estructurando con los presupuestos ideológicos de la antigua concepción individualista carece de instrumentos para funcionalizar lo subjetivo y responder adecuadamente a la nueva objetividad que se le solicita confusamente por las muchedumbres.

Entrabado con tales impedimentos es fácil el escamoteo de no encontrar otra salida que la anarquía o el totalitarismo. Y a nadie que se le propusiera conscientemente esa alternativa la desearía, a menos que no encuentre sustitutos. Esta es la misión que corresponde otorgar a quienes estamos dedicados a las disciplinas jurídicas y, particularmente a quienes se nos ha confiado la inmensa tarea de formar la conciencia de los que van a sucedernos en esta coyuntura.

### 9.— CONGRUENCIA SOCIAL CON LO JURIDICO

Por debajo de las postulaciones del Derecho positivo es innegable que se ha ido creando una estructura social que no es congruente con la estructura jurídica. Esa estructura fue concebida para una sociedad a nivel de individuos, en cuyas manos reposaba toda la iniciativa económica. Mediante acomodos provisionales se ha extendido a las asociaciones, erigidas en personalidades jurídicas con idéntico criterio individualista, limitando cada día al Estado, como ha dicho Myrdal<sup>1</sup>, a funcionar también como un simple sujeto del trabajo social. Si el problema fuera tan simple no estaríamos hablando de desarrollo y los mismos Estados no estarían comprometiéndose en empresas internacionales como la CEPAL, ALALC, Alianza para el Progreso, etc., orientadas hacia la programación del desarrollo.

No se trata de suprimir la libre empresa que late en el fondo de esas postulaciones sino de insertarla en un desarrollo planificado que empieza por modificar la estructura de los Estados y otorgarle otros fines distintos de los que tuvo en la sociedad de individuos. Los conceptos de propiedad y del contrato que servían de base a aquel orden jurídico se han modificado bajo la presión de las circunstancias. Las inevitables alteraciones que el desarrollo ha producido en el valor

real de las monedas, es decir, de los ingresos y de los costos, han cambiado el contenido de aquellos conceptos.

Como explica Myrdal<sup>1</sup> las mismas garantías individuales son anuladas hoy por estas operaciones y están todas condicionadas, anuladas o postergadas por las presiones o circunstancias sociales. Véase si no en lo que van convirtiéndose principios como el de la libertad de opinión, de sufragio, de trabajo, derecho de huelga, de asociación, sometidas hoy a poderes administrativos mucho más poderosos que los concebidos en la clásica tridivisión de Montesquieu, abolidos, muchas veces, por fenómenos tan ajenos aparentemente como el sistema monetario, crediticio y bancario y por la presencia del comercio internacional casi siempre monopolístico.

Pretender ignorar hoy el enlace que tienen todos estos fenómenos financieros y económicos sobre las normas jurídicas como reguladoras de la conducta no es sino la maniobra del avestruz, y pretender la autonomía del Derecho, aislado de los fundamentos económicos y sociales, es una vaga herencia románica definitivamente superada por los hechos. Hemos ignorado beatamente las ideas suprajurídicas del fin del Derecho y de su carácter instrumental para la convivencia humana. Fue así como pudimos separar olímpicamente el Derecho privado del público, la política jurídica de la social.

En efecto. La concepción privatista del Derecho que corresponde exactamente a la etapa subjetivista predominó consuetudinariamente en nuestras Facultades de Derecho. Desde la época colonial el acento cayó sobre el Derecho privado, constituido principalmente por el civil, con principios y normas que vienen milenariamente perfeccionándose en un proceso anterior a nuestra era histórica. Es indudable que estos Derechos protegen los intereses del individuo, considerándolo con una autonomía tal que, a duras penas, se extendía hasta el grupo familiar, pero, en todo caso desvinculado de la comunidad. En cierta forma el individualismo de la persona se ampliaba en la misma dirección hasta el individualismo de la familia.

La evolución social que, esquemáticamente, podría sintetizarse diciendo que se inició poniendo el acento sobre el poder en los grupos primitivos, horda, clan y tribu, pasó después a tener su centro de gravitación en la familia para fortalecerla y servir de peana a formas superiores de asociación. Pero hoy el centro de gravitación está en la comunidad, sin que esto implique subrogar a la familia sino integrarla en un complejo más amplio. Desde la perspectiva de la comunidad

1. Gunnar Myrdal: El Estado Futuro, F. de C. E., p. 37.

es como hay que mirar hoy los derechos del individuo como miembro de una colectividad y esencialmente vinculado a ella. Aquellos derechos del individuo como miembro de una colectividad y esencialmente vinculado a ella. Aquellos derechos relativamente absolutos que se fundaban en la autonomía de la voluntad para la formación de actos y contratos se han relativizado hoy al hacerse funcionales dentro de la comunidad.

Aquella protección de la subjetividad que fue la cúspide del movimiento emancipador del individuo fue una etapa necesaria e indelible del proceso histórico. Pero debe ser incorporada a un complejo mucho más amplio por cuanto hoy no es congruente con la realidad social. Bastaría mirar cómo se modifica el espíritu de los preceptos civiles y comerciales con las fluctuaciones actuales de la moneda. Tales preceptos estaban fundados en un supuesto falso que era el valor absoluto y permanente de la moneda. Las leyes y jurisprudencias tienen que estar haciendo ajustes que ponen de presente la insuficiencia del Derecho privatista y hasta de un derecho público concebido como una extensión de aquel, y la necesidad de abrirle cauce a la aparición de un Derecho social que sirva como síntesis de las dos posiciones antagónicas. Es uno de los aspectos de lo que hemos llamado la funcionalización del Derecho subjetivo.

## 10 — ADECUACION DE ESTUDIOS

El esquema anterior nos pone en presencia de adecuar a las nuevas tensiones sociales la enseñanza del Derecho, con miras a la preparación más expedita de los profesionales y el aprovechamiento integral de quienes ingresan a las Facultades.

En tres categorías pueden dividirse los aspirantes a ejercer en disciplinas jurídicas. En primer lugar la Facultad debe responder a aquellos que aspiran a lo más alto. En un tiempo exigente como el nuestro la especialización está a la orden del día, porque la sociedad está necesitada de gentes cada vez más penetradas de los desarrollos y de la división del trabajo profesional.

En tal sentido hemos pensado que, los cuatro años de la carrera sirvan para crear en los egresados una mentalidad jurídica y un conocimiento de las leyes que los haga aptos para el ejercicio profesional y para funcionarios en muchos órdenes. Pero el título de doctor se expediría a quienes cursen otro ciclo de especialización distribuida en cuatro semestres, y que los haga aptos para el ejercicio de la docencia

en las Facultades, para servir de magistrados de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, así como también para aquellos requerimientos voluntarios que haga la sociedad a quienes necesita con preparación especializada por encima de los ordinarios estudios de jurisprudencia.

Tentativamente se nos ocurre que esas especializaciones serían las de Ciencias Penales, Derecho Laboral, Legislación Agraria, Estudios Políticos y Derecho Privado.

Algunas de esas especializaciones obviamente sirven únicamente para abogados pero algunas podrían adecuarse para cualquier clase de postgraduados, tal como la de Estudios Políticos, para satisfacer la ambición de quienes desean conocer las leyes que rigen la política y tener una cultura más amplia sobre la sociedad actual.

Para la ejecución de este ciclo de doctorado se requiere capacitar a la Universidad con un grupo muy calificado de profesores, muchos de ellos extranjeros, al menos para principiar, con dedicación exclusiva en su gran mayoría. También se requieren bibliotecas muy nutridas y especializadas lo mismo que laboratorios en la rama penal. Para los aspirantes al título doctoral se exigen exámenes preparatorios en las materias del ciclo y una monografía científica de mucha calidad.

### PROFESIONES INTERMEDIAS

También deben adecuarse los planes y programas hacia el aprovechamiento de aquellos que, habiendo logrado el ingreso a la Universidad, por circunstancias económicas o porque no querían terminar en Derecho, se acogieron a una profesión intermedia que podría ser: Secretario Jurídico, con cinco semestres de estudio, que los habilitaría para servir de Secretarios de Juzgados y Tribunales, alcaldes, personeros, auxiliares en compañías y en bufetes de abogados.

La necesidad de las profesiones intermedias es uno de los temas hoy en todos los países, principalmente en los que están en proceso de desarrollo. Se ha discutido mucho más su ubicación que su necesidad, aduciendo argumentos para que esas carreras intermedias salgan del ámbito de la Universidad. Nosotros creemos que, al contrario, es a la Universidad a la que corresponde suministrar esa clase de elementos, porque ella es la que tiene los recursos intelectuales para abastecer los conocimientos que necesitan. Uno de los casos evidentes es en el Derecho, porque, ¿dónde podrían formarse en disciplinas jurídicas mínimas sino en una Facultad de Derecho?

Esbozados los tres ciclos a nivel universitario, la profesión intermedia, el ciclo profesional de abogado, y el ciclo de doctorado en ciencias jurídicas, políticas y sociales, es necesario asumir la técnica para realizarlos. Tradicionalmente hemos tenido la división por años. Hoy, con la prisa de nuestro tiempo y la urgencia de responder a unas necesidades sociales, tanto como por la eficacia, se propone la semestralización.

El estudio por semestres otorga mejores garantías a los titulares de la enseñanza, es decir, a aquellos a quienes va dirigida la docencia, y facilita al profesorado un rigor programático.

También la distribución en los tres ciclos nos pone en presencia de dividir las materias en esenciales y opcionales. Así el que sólo va a hacer la carrera intermedia tendrá unas materias que son esenciales para su currículo y otras que son opcionales, mientras que, esas materias opcionales para el intermedio son esenciales para el que va a ser abogado. El que va a ser abogado tendrá unas materias esenciales y otras opcionales como abogado que, a su vez, resultan esenciales como doctorado. Salta a la vista con estos presupuestos la necesidad de que los profesores tengan todos programa conocido de la materia que dictan, a fin de evitar las duplicaciones inútiles y como un derecho en cabeza de los estudiantes para conocer de antemano los temas que van en aquellas materias en que se matricularon.

Por todo lo anterior se advierte que hemos adoptado una posición en la estructura de la Facultad, buscando la respuesta a las exigencias sociales por la cúspide y no por la base. Quiero decir que hemos prescindido de la otra solución que consiste en cambiar por la base, que es el sistema norteamericano.

En primer lugar porque está fuera de nuestra tradición y debemos evitar el traumatismo que produciría un cambio tan sustancial en la estructura de nuestros estudios. Ellos tienen un bachillerato muy distinto del nuestro y su ciclo de estudios generales de cuatro años para obtener el título de Bachiller en Artes o en Ciencias, con que se habilitan para entrar por tres años al ciclo profesional de abogados, es un vacío que llena la Universidad a las insuficiencias de su bachillerato que son de naturaleza.

En cambio, nosotros tenemos un bachillerato que, por naturaleza, llena los requerimientos de ese humanismo con que se nutren los estudios generales. Que sean mal conducidos es otra cosa y nuestra tesis consiste en que la Universidad no debe planear su estructura negativa sino positivamente, es decir, que no tiene por qué estructurarse

con miras a corregir el bachillerato sino que debe promover que éste se acomode a ella. Tradicionalmente nuestras Facultades de Derecho han sido escuela de humanismo en forma tan patente que los buenos bachilleres han encontrado ambiente adecuado para proseguir su maduración y tomar la expresión del jurista. Otra cosa es que, al fin y al cabo, quienes han logrado elevarse a esa calidad han sido un poco autodidactos, impulsados espontáneamente a la dilación o profundización. Ante el incremento multitudinario de aspirantes hoy se hace imposible que las Facultades emitan ese tipo de juristas que necesita el país dentro de los actuales moldes y de ahí que sea necesaria una selección racional y unos estudios sistematizados que permitan garantizar una preparación que antes se adquiría en forma relativamente espontánea.

Ahora bien. Nosotros no estamos en condiciones de regatear a la sociedad los profesionales que necesita porque no tenemos la sobresaturación europea o norteamericana todavía. Al contrario, en la nuestra bastaría solamente saber que se necesitan veinte mil abogados para las necesidades de la justicia. Además, nuestro ciclo de productividad vital e intelectual es más corto que el de los países enunciados y no podemos succionar indefinidamente a nuestros aspirantes, acortándoles más su productividad social a cambio de una exorbitante preparación.

De ahí que he pensado que para atender a los dos frentes, a saber: el requerimiento de profesionales que la demanda a los institutos la sociedad y la necesidad científica y académica de otorgarle también especialistas, me mueve a proponer un plan que consiste en reducir a cuatro (4) años el ciclo profesional y a hacer en seis (6) años, es decir, en dos años más, el doctorado en una especialidad. El ciclo profesional terminaría con un título de abogado y el ciclo doctoral en un título de doctor en Derecho, especializado en Derecho Penal, Derecho Privado, Ciencias Políticas, Legislación Agraria.

Además, el plan de estudios para el ciclo profesional está concebido como una aplicación de los anteriores criterios, principalmente del que se expresa en el número 9. Se dosifican allí las materias e intensidades del Derecho privado, el público, el penal y el social, procurando un equilibrio para que el peso no recaiga solamente en alguna de esas áreas, la privatista, la pública, la penal o la laboral.

El ciclo doctoral será, entonces, el que reciba ese peso, según la especialidad elegida.

# INFLUENCIA DEL REGIMEN JURIDICO DE LAS EMPRESAS PUBLICAS DE MEDELLIN EN SU DESARROLLO

*Dr. DIEGO TOBON ARBELAEZ*

(Exposición leída en el Paraninfo de la Universidad de Antioquia el 25 de Noviembre de 1.965, al conmemorarse los diez años de la creación del Establecimiento Empresas Públicas de Medellín).

El 25 de Noviembre de 1.965 culminó en una nueva manifestación de avance jurídico y social el proceso de desenvolvimiento de los servicios públicos que el Municipio de Medellín presta a su comunidad y que constituye, en cada una de sus fases, una de las experiencias más notables en el mundo de lo que puede hacerse por una municipalidad para impulsar el progreso local y mantener y acrecentar el bienestar común.

Medellín, en el transcurso de los años corridos en el presente siglo, ha respondido al desafío que le presentaba la necesidad de su progreso en medio de circunstancias que muchos estimaron invencibles. Enclavada en medio de abruptas montañas, lejos de las vías co-

merciales, centro sólo de actividades primarias —agricultura y minería—, sostenía un comercio dirigido apenas al abastecimiento de los habitantes de la región, pero sin que fuera lógico prever que habría de convertirse en el pivote sobre el cual giraría sustancialmente la vida económica de una nación, ni mucho menos podría considerarse como punto indicado para notorias experiencias administrativas y financieras, que la destacarían ante el medio latinoamericano. Sin embargo sus gentes lo lograron y entre ellas en forma muy diciente los responsables de la gestión pública que a lo largo de los años han construido instituciones y empresas, que hicieron posible que la actividad privada encontrara ambiente propicio y condiciones materiales adecuadas para su avance.

Hoy es lugar común oír hablar de las inversiones sociales, de los elementos de infraestructura económica que la comunidad debe crear, del sentido de servicio que hay que inyectarles a esos elementos. Lenguaje técnico, modalidades económicas y jurídicas especializadas, se encuentran descritas éstas y empleados aquéllos, en textos y discursos. Pero antes de su empleo por especialistas, hombres prácticos, animados de un gran sentido comunitario y de un afán patriótico, habían modelado estructuras y habían creado hechos con los servicios públicos en la ciudad de Medellín. Lo que se hizo en 1.955, en la fecha cuyo decenio es en estos días motivo de entusiasta conmemoración, no fué más que la continuidad en el esfuerzo y la respuesta apropiada en el momento propicio para no dejar disolver las realidades anteriores, consolidándolas y asegurando que habrían de ser seguidas por otras nuevas, en donde las creaciones de 35 años atrás mantendrían su impulso y perdurarían, no resignándose a que fueran sólo un episodio histórico.

Con un siglo de retraso, tras una aventura en donde el heroísmo no estuvo ausente, el primer signo de progreso que desató la actual edad tecnológica, la máquina de vapor aplicada a la locomoción por vía férrea, llegó a este valle y con ella se hizo presente la posibilidad de multiplicarse el producto del esfuerzo humano a través de las aventuras industriales. Pero era este un pueblo pobre. Sin historia de acumulación de capitales y sin perspectivas para que los extraños encontraran en su medio grandes posibilidades de lucro que los atrajera. Mientras que en otras partes la formación de las ciudades se aceleraba por las demandas de la comunidad, que al satisfacerse eran oportunidad de hacer grandes negocios, aquí sólo existía un espíritu de batalla, un afán de no quedarse atrás y de convertir los ecos del pro-

greso mundial en ruidos originados por el trabajo constructivo y por las realizaciones de hombres con alma vigorosa y en energía constante.

Hacia 1.920 se tenían endebles realizaciones. El abastecimiento de agua a los habitantes era privilegio y manifestación de lujo. La electricidad significaba para la mayoría sólo luz eléctrica. Unas cuantas líneas de teléfonos empezaban a crear nuevas formas de relaciones comerciales y sociales. Fué entonces cuando empezó a definirse el criterio de servicio público para estas y otras actividades, mientras aún en países más avanzados se tenían como simples negocios privados. La organización municipal de la ciudad, al concentrarlas dentro de su radio de acción y orientarlas con tan novedoso criterio, sentó las bases de la prosperidad futura de Medellín y de un equilibrio en las satisfacciones que en el transcurso de los años iban a ser esenciales para la vida urbana y para el trabajo de sus habitantes.

Distintas formas de administración, todas dependientes de la jerarquía municipal, fueron empleadas hasta 1.955. Hubo etapas florecientes y otras de retraso, ora por circunstancias simplemente financieras, ora por los problemas que trae un régimen administrativo en donde no siempre es posible conceder a la especialización técnica la oportunidad de aplicarse con toda responsabilidad en labores que al crecer los servicios, la requerían con mayor energía. Las formas jurídicas tradicionales no permitían soluciones, que sin contradecir la idea de servicio público en todo su amplio significado jurídico, político y social, dieran al mismo tiempo que impulso administrativo sostenido, flexibilidad y seguridad. Venciendo obstáculos, como los que hubo necesidad de superar cuando se construyó Riogrande, los servicios avanzaron hasta llegar a un punto muerto que amenazó el crecimiento de la ciudad en forma que pocos percibieron con exactitud. Entre esos pocos yo quiero destacar el nombre del Alcalde de 1.955, Darío Londoño Villa, quien con experiencia y además conocimiento exacto de las dificultades, asumió intrépidamente la responsabilidad de garantizarle a Medellín que no carecería en el futuro de las prestaciones sin los cuales se iniciaría su decadencia.

Quienes por distintas razones habíamos estado conectados a la gestión de las Empresas Públicas en épocas anteriores o percibíamos el problema, nos esforzábamos en pensar la forma de resolverlo. Los nuevos desarrollos requerían no sólo grandes inversiones financieras, sino una planeación y ejecución que demandaba un género de dirección que no era posible obtener dentro de la organización existente. Mientras tanto, contra la ciudad golpeaba la realidad de otras del

país que avanzaban en forma sostenida, dándole ejemplo de progreso. Nuevas oportunidades de trabajo para sus gentes encontraban el escollo infranqueable de que los servicios públicos no podían hacer los suministros requeridos. Había una proyección oscura hacia el porvenir y los antioqueños no podían cruzarse de brazos, sino que se les imponía despejar el panorama.

A finales de 1.954 se vió una posibilidad y el Alcalde Londoño Villa se apresuró a aprovecharla. Dos limitaciones en los servicios eran las más pungentes: las de energía eléctrica y agua, pero conectadas con ellas estaban esencialmente las de alcantarillado y teléfonos. Empezó entonces una labor de concepción de instituciones que permitieran abrir el camino a las nuevas realizaciones y en el Consejo Administrativo y la opinión pública fué posible encontrar el ambiente favorable y superar, dentro de condiciones políticas que no eran las más indicadas, dificultades que una conciencia democrática exigía. Así nacieron las Empresas Públicas de Medellín como organismo autónomo, fruto no de la imposición, sino del razonamiento y de la convicción de que se estaba obrando bien y con el consentimiento de la ciudadanía.

Al exponer ante el Consejo Administrativo las razones del Acuerdo que inició el proceso legal para la fundación del establecimiento autónomo, se dijo:

"El proyecto de Acuerdo prevé los elementos necesarios para que la descentralización se realice: personería jurídica, servicios que deben prestarse, patrimonialización, responsabilidad por los pasivos anteriores, participación del Municipio en los ingresos y modo de administración. La entidad autónoma será una administradora de los servicios del Municipio y tendrá por lo tanto un carácter de derecho público. No pasa a ser una entidad de carácter privado bajo ningún concepto. La administración se concibe en forma que satisfaga el deseo de que haya una administración con preocupaciones eminentemente técnicas, pero al mismo tiempo ligada al concepto fundamental de servicio público".

El texto que acabo de presentar encierra el espíritu íntegro de la estructura que mediante la intervención de distintos órganos, logró darse finalmente a las Empresas Públicas de Medellín y constituye un resumen exacto de la filosofía que inspiró su establecimiento y a la que se ha acogido en su operación.

Ante todo, se ha mantenido el concepto de servicio público, o sea que las actividades afectadas a la responsabilidad de la nueva insti-

tución, están destinadas exclusivamente a suministrar al conglomerado prestaciones fundamentales a la convivencia dentro de una gran ciudad de gentes que fuera de su vida individual, realizan infinidad de actividades que demandan el soporte de la organización pública a través de tales prestaciones.

Por lo tanto, la autonomía se pensó en función de atender necesidades colectivas, que es muy distinto a provocar satisfacciones individuales con ánimo de lucro, móvil este esencial a la actividad privada. Para dar este paso hubo de considerarse, fuera de la condición inherente a las funciones atribuidas a la entidad que se creaba, la circunstancia de que Medellín no había tenido que quebrantar ninguna situación anterior, ni perturbar la conciencia ciudadana para afrontar la atención de tales necesidades. En Estados Unidos, por ejemplo, la Tennessee Valley Authority, que se consideró como fruto tan especial del ingenio del gran Roosevelt, se implantó como una organización pública autónoma que debió quebrantar la costumbre preexistente de que la generación y distribución de energía eléctrica era materia propia de la actividad privada. En otras partes ha sido necesario un forcejeo de años, dilapidación de inteligencias en la discusión de tesis y aún en la formación de partidos, para que energía, teléfonos y aún en ocasiones agua, constituyan un servicio público económico. Entre nosotros, Medellín mostró en forma práctica, sin renuncia a principios ni imposiciones arbitrarias, que tal idea de servicio público era factible. Al concentrarse estos servicios en una organización autónoma, no podía romperse esta tradición, ni se rompió. La institución que iba a crearse habría de ser una institución pública, expresión de la actividad del Estado, sólo autónoma en razón de una concepción para administrar mejor, pero en todo caso estructurada dentro de los lineamientos del derecho público, tanto por razón de sus obligaciones, como de sus derechos y responsabilidades.

Para lograr tal efecto se desarrolló la noción de descentralización por servicios, que aun cuando con antecedentes europeos, no había podido cumplirse con eficacia legal y práctica entre nosotros. Toda descentralización, o sea toda delegación de ejercicio del poder del Estado en entidades jerárquicamente independientes, sean territoriales como nuestros Departamentos y Municipios, o por servicios, obedece al impulso de hacer más eficaz la gestión estatal, concentrando la responsabilidad y al mismo tiempo la fuente de acción indispensable para cumplir los propósitos de interés común que atañen sustancialmente al Estado.

La descentralización no es una fórmula dirigida a diluir el Estado. Es el resultado de procesos sociológicos, políticos y económicos, que se encuentran en el fondo del desenvolvimiento de las comunidades hasta llegar a la institucionalización de la entidad que conocemos hoy como Estado. Se desprende de la necesidad de crear no sólo equilibrio de poder, sino modos de ejercicio conforme al bien común. Naturalmente en sociedades nuevas como son las americanas, su presencia se produjo inicialmente apenas bajo el aspecto territorial y así se encuentra bajo distintas fórmulas en las constituciones y costumbres surgidas al producirse las independencias, yendo a veces hasta el federalismo con su fórmula más eficaz, caso de los Estados Unidos, o provocando regímenes de equilibrio como se encuentra jurídicamente conformado el de Colombia.

Pero las modalidades de los tiempos nuevos empezaron a presionar por concepciones acordes con exigencias que previamente no existían y así se fué delineando el recurso a instituciones autónomas en razón de requerimientos de técnica y de administración, que propiamente culminaron en nuestro país cuando se adoptó el acto legislativo número 4 de 1954, con el objetivo específico de superar estructuras dentro de las cuales se estaba conteniendo el desenvolvimiento de actividades existentes e iniciativas urgentes. Auncuando empleado inicialmente el sistema para promover el progreso concertado de una región, la del Valle del Alto Cauca, de inmediato se vió que era el único modo de que Medellín y por su gran ciudad Antioquia, rompiera el muro de contención a su progreso, que iba elevándose a medida que pasaban los años, sin poder expandirse los servicios de la ciudad no sólo al ritmo de las necesidades existentes, sino conforme a las proyecciones de un futuro que no podía aplastarse sin grave desmedro para el país todo.

Lo explicado indica que la creación del establecimiento público autónomo denominado Empresas Públicas de Medellín, no priva a las actividades que se le asignaron de su carácter eminentemente municipal. El método jurídico ideado era un instrumento para que la ciudad continuara mostrando su fuerza creativa e innovadora, ya no sólo en el campo de los servicios públicos, sino en los métodos administrativos encaminados a cumplir mejor las prestaciones a que se dirigen.

Por eso las Empresas Públicas de Medellín son una entidad de derecho público, emanación del Municipio pero con autonomía jerárquica que le dá una individualidad apta para que sus dirigentes, funcionarios públicos, apliquen con tesón sus funciones dentro de un

sentido de responsabilidad capaz de asumir las demandas que la técnica impone cuando se trata del aprovechamiento de recursos naturales o de conquistas científicas en beneficio de los hombres. Pero como no hay sólo dirección humana, sino elementos materiales y la adquisición y dominio de éstos exige recursos financieros, la autonomía permitió el uso de los canales ingeniados al término de la segunda guerra mundial para superar el desinterés de los capitales privados, creado desde 1.929 por la quiebra del sistema cambiario mundial, en beneficio de actividades de la comunidad. Ha cumplido así el establecimiento autónomo el objetivo principal buscado con su creación y el que le era inmediatamente subsidiario. Garantizar el desenvolvimiento de empresas de servicio público de carácter específicamente técnico bajo una dirección concentrada a tal objetivo con propósitos de bien común y lograr la colaboración financiera que en el momento se había hecho disponible, siempre que la eficacia de la organización garantizara los resultados del esfuerzo crediticio. Para lograrlo, los estatutos incluyeron dentro de sus normas básicas la siguiente:

"El establecimiento se dirigirá con riguroso criterio de eficacia administrativa, empleando los adecuados sistemas técnicos de organización de empresas, con el fin de obtener su objeto primordial que es el de garantizar a la ciudadanía el funcionamiento regular, permanente y económico de servicios públicos necesarios y el de fomentar el progreso de Medellín con el estímulo para la organización de nuevas industrias y el crecimiento de las ya establecidas".

Para que efectivamente el establecimiento fuese entidad descentralizada, se le dió personería jurídica propia. En razón de ella surgió en el ambiente colombiano una nueva entidad de derecho público comprometida con la comunidad a realizar funciones de servicio público y dotada de las facultades inherentes a esa obligación. De ahí que esa persona jurídica goce de los derechos que específicamente se atribuyen a quien ha de atender empresas de beneficio colectivo por procedimientos jurídicos emanados de su condición de ser un reparto del poder del Estado. Actúa dentro del ámbito de sus funciones ejerciendo poder público y adquiere bienes por decisión voluntaria de quienes se los enajenen o por el procedimiento de expropiación. Sus ingresos, tasas por la prestación de servicios fundamentalmente, son ingresos de hacienda pública. Con los usuarios no celebra contratos sino que les dá prestaciones conforme a reglamentos generales e impersonales y en cumplimiento de una obligación general de atender las demandas públicas, obligación que sólo se condiciona a su capa-

cidad y a las normas reglamentarias, que es de donde emana y no del acto vinculativo de individualización que se crea al realizarse el procedimiento previsto para que alguien use de uno de los servicios a que atiende. Sus funcionarios son funcionarios públicos. He aquí esquemáticamente presentada, la esencia de la estructura en derecho que corresponde a la institución.

El patrimonio de la institución es patrimonio de la comunidad por el cual está facultada para actuar. Los estatutos también dijeron algo de importancia sobre este aspecto de la persona jurídica cuando dispusieron:

“El establecimiento se administrará procurando la conservación del patrimonio y la formación del indispensable para atender al crecimiento normal de los servicios, de acuerdo con las necesidades de la comunidad”.

Dentro de un servicio público el patrimonio es el conjunto de bienes que organizados para producir prestaciones, garantizan la regularidad y permanencia de ellas, lo mismo que el mínimo de costo para los usuarios.

El concepto de continuidad se desenvuelve en el sistema jurídico de las Empresas Públicas de Medellín con un sentido ajustado a los requerimientos del crecimiento de la población y de las demandas que crea. Por lo tanto, el patrimonio se acrecienta en la medida que los elementos materiales para los servicios deben tener las proporciones adecuadas a un medio social en constante progreso y constituido por una población que aumenta a un ritmo elevado. El gran escollo de los servicios públicos es el de que existen para una comunidad que se expande en sus necesidades indefinidamente. Aun cuando se discuta teóricamente la ley del progreso indefinido, es evidente que no sólo las satisfacciones pedidas son cada día mayores, sino que las gentes a las que hay que atender, se multiplican sin cesar.

Los elementos materiales existentes en un momento dado son el resultado de los esfuerzos de los de antes para las generaciones actuales y éstas han de participar en los empeños para beneficiar a las que le sigan, aun cuando las gentes del futuro queden de suyo cargadas por la postergación del esfuerzo financiero directo y final a través de las operaciones de crédito. Este sentido de la continuidad, expresado a través de los conceptos sobre patrimonialización del establecimiento, no es sino la consagración en fórmulas jurídicas de la solidaridad entre los hombres sin limitación de tiempo.

El tipo de servicios públicos adscritos al establecimiento autónomo corresponde a aquellos que no es equitativo sustentar por el sistema de imposición, contribución obligatoria, sino por el de cobro a los beneficiarios en la proporción debida. Así pues se partía de la base de que habría tasas y que éstas, conservando el tutelaje que las autoridades nacionales han estimado de conveniencia, se determinarían según las ideas de las normas básicas, pero en decisiones en que siempre estuviera presente la representación directa del Municipio, ya que se exige que las tarifas se adopten por lo menos con el voto de cinco de los directores de la institución.

Tales principios, los derroteros que ellos marcaron, han sido base insustituible del desenvolvimiento de la entidad. Esta concepción patrimonial, que por otra parte fué adicionada con la noción de descentralización patrimonial dentro del organismo para cada uno de las empresas, garantizó el avance de todas ellas. Ha sido elemento creador de confianza entre los financiadores que ven así protegida la estabilidad de las empresas, la recta inversión de los recursos que suministran y su capacidad de generar los indispensables para el servicio de las deudas.

Pero no se olvidó que dentro de la integración municipal en que se habían desenvuelto los servicios que se convertían en autónomos, había un valor proveniente tanto de la gestión de los funcionarios que a través de décadas sirvieron a las empresas, como sucedió con Concejos Municipales y Alcaldes, sino también de un esfuerzo financiero que tuvo su base en los recursos comunes. Por tal razón la entidad autónoma adquirió al nacer una obligación de retribuir esos esfuerzos haciendo aportes a los Fondos Comunes del Municipio, que no son un reparto de utilidades, sino un reintegro calculado de lo que del Municipio se había tomado para ellas. Reintegro cuyo cálculo necesariamente no pudo ser del orden matemático, sino de estimación administrativa.

La persona jurídica con patrimonio propio y funciones públicas, ha de organizarse en razón de una noción de autonomía que se expresa en el principio jerárquico. Por tal razón se previó que existiera una cabeza para la ejecución y un cuerpo deliberante para la reglamentación. El Jefe de la jerarquía administrativa es el Gerente, que auna a tal carácter el de representante legal, es decir, el de órgano de vinculación de la institución a otros entes jurídicos. El poder decisorio final en la operación ejecutiva corresponde a esa cabeza denominada Gerente General. Todos los funcionarios y sus actos le están

subordinados. Puede ordenar que se obre y revocar los actos que en su opinión no se ajusten a derecho o resulten inconvenientes. Pero ese Gerente General no es sino el ejecutor de las normas estatutarias y de los reglamentos que le dá una Junta Directiva, que a su vez tiene la facultad de designarlo y removerlo libremente.

La estructuración de esa Junta Directiva constituyó uno de los puntos más difíciles de superar y la fórmula adoptada indudablemente fué exitosa. Habría de nombrarse sin que se definieran sus integrantes como representantes o voceros de grupos, pero a la vez protegiendo a la institución de la penetración de intereses distintos a los que estatutariamente y por su naturaleza, deben buscarse en su gestión administrativa. El Municipio tiene un representante y allí habría de estar presente, de manera que el Alcalde por oficio es integrante de la Junta y su Presidente. La opinión pública en general, que se canaliza electoralmente en la designación de Concejo Municipal, se condujo hacia el organismo deliberante de las Empresas, dándole la facultad al Concejo de designar como directores de éstas a dos de sus miembros de distinta filiación política. Así quedaban también representados la infinidad de usuarios y considerando la necesidad de que algunos específicamente pudieran cooperar a la recta dirección, se le dió a la Cámara de Comercio de la ciudad y a la Federación Nacional de Comerciantes la potestad de enviar listas de seis personas para que el Alcalde escogiera de entre ellas un miembro con su suplente. Lo mismo se hizo en relación con otro de los núcleos consumidores más importantes, el de los industriales. Como el otro aspecto era el de la garantía de buen orden financiero, idénticas facultades se dió para sendas listas de candidatos al Banco de la República y a los bancos comerciales nacionales radicados en la ciudad. Esta concepción mantiene el sentido autónomo de la institución, pero permite que nadie se considere en la Junta como representante de sector, sino como persona designada por el Alcalde de la ciudad o por el Concejo, con una misión específica, la de atender a la recta y confiable administración de la entidad. Para que no quedara duda al respecto, los estatutos dispusieron:

"Dentro de la Junta Directiva sus Miembros están investidos de la misión de procurar la realización de los fines del establecimiento, representando única y exclusivamente los intereses de éste y con una profunda convicción sobre los fines de los servicios públicos adscritos al mismo".

Esta concepción jurídica del establecimiento, aun cuando con fuertes raigambres en los principios del derecho, se hizo comprendiendo

las condiciones del medio y tratando de encauzar la existencia de una ciudad que tenía precedentes vigorosos, representados en realizaciones sin par en el mundo, guardadas las proporciones de su tamaño. Los estatutos fuera de ser una concepción jurídica, encerraron en sus palabras experiencias y anhelos. Que fueron leales a unos y otros, lo han dicho ya diez años de éxitos continuados.

Estoy hablando aquí por razón del cumplimiento de esta primera década de actividades dentro de un sistema de derecho que tiene originalidades, propias no de su autor sino del medio que quiso insumir dentro de un instrumento que cumpliera objetivos claros o inquebrantables. Cuando se hace derecho no hay nada más peligroso que el capricho o el prejuicio. Ambos afortunadamente pudieron eliminarse en las normas que rigen las Empresas Públicas de Medellín. No hay allí sino una técnica jurídica que se apropia de la historia de una ciudad para hacer que ella siga siendo ámbito propicio para las fuerzas que hasta entonces la habían hecho.

Por eso he de decir que la estructura legal de las empresas fué el primer triunfo de la institución. Se logró tras estudios, deliberaciones, contribución de ideas, examen de hechos, hasta culminar el esfuerzo de muchos en fórmulas ampliamente satisfactorias. Hasta el momento presente este afán gastado en lograr el consentimiento en que tanto se empeñaron los gestores de la organización principiando por el Alcalde de la época y sus colaboradores, está indicando que hubo acierto. Ninguna institución humana puede sobrevivir si no tiene unas leyes claras, previsivas y conforme a sus objetivos. De nada vale hacer grandes concepciones si se olvida que en el fondo de todo hecho del hombre hay un problema de relaciones que tiene que regularse, o sea que tiene que someterse al poder de una norma jurídica. Donde no hay juridicidad todo es deleznable. Porque en las empresas existió desde el momento en que aparecieron, a los administradores y técnicos les ha sido posible cumplir los objetivos a que deben dirigir sus actividades. Así, también, porque el sistema que antes regía para las empresas era inapropiado, se estaban anquilosando y perdiendo todo lo que antes se había hecho. Porque aun cuando existieran, estaban condenadas a un quietismo disolvente, a ser testigos mudos de la decadencia de la ciudad.

Adoptar las nuevas fórmulas jurídicas fué suficiente para que se consagraran gestores magníficos a desenvolverlas en realizaciones que de nuevo despertaran el impulso progresivo y creador de esta ciudad luchadora, ejemplar, símbolo de una raza, pero también instrumento de estímulo y de impulso para una nación.

Quienes habíamos sentido la presión de una amenazante decadencia, pudimos descansar y seguir siendo testigos del progreso y bienestar que las Empresas han logrado hacer en estos diez años y están destinadas a mantener y acrecentar en los tiempos que siguen. Se ha duplicado casi el número de los pobladores. Han crecido las fuentes de trabajo. Las habitaciones se multiplican con crecientes elementos de bienestar. Medellín es la ciudad en que más comodidad se les da por los servicios públicos en Colombia, pero es la ciudad también donde esos servicios no se limitan a satisfacciones individuales, sino a crear oportunidades de trabajo, ingresos para sus habitantes, bienes para ellos y también para el resto de Colombia y aún para el exterior.

En estos días de conmemoración ya se han oído cifras y sería inútil repetir las. Los porcentajes de crecimiento son múltiples de las centenas. Se avisa un porvenir grandioso para esta región y una contribución cada vez mejor para todo el país. La llamada Central Hidroeléctrica de Nare que empieza en el aprovechamiento del Río negro a la altura del Peñol y Guatapé, es la conquista definitiva de la Energía Eléctrica, tal como la representó en el último de sus grandes frescos el Maestro Pedro Nel Gómez. Las conducciones de aguas del valle vecino estarán rápidamente garantizando que este elemento no faltará aquí. La disposición de aguas sobrantes después de ser usadas se va conformando al plan de la gran ciudad. Los teléfonos crecen vertiginosamente y nos vamos colocando adelante en su utilización en el país. Es un panorama que halaga. Es el esfuerzo de una técnica responsable que pudo aplicarse porque el Derecho le dió la oportunidad de una Institución apta.

Hablo en este momento desde la cátedra máxima de la Universidad de Antioquia, mi Universidad como acostumbro a llamarla, porque todos los que en ella hemos vivido la debemos tener como propia en primera y singular persona. Esta Universidad de Antioquia me dió la oportunidad de estudiar el Derecho Público y de confrontar mis conceptos en el ejercicio diario de la cátedra. Por eso cuando invitado a colaborar en la creación de las Empresas Públicas de Medellín pude hacer algún aporte, no era mi aporte personal el que entregaba. Era el aporte de la Universidad. Quiero terminar destacando esta circunstancia para decir que una vez más en este proceso la Universidad no fué la ausente de que tantos hablan, sino que fué la servidora de la ciudad y que los problemas de ésta recibieron por ella la más propia atención.

# HACIENDA PUBLICA

*Profesor Dr. LUIS ARCILA RAMIREZ*

## INGRESOS PUBLICOS

Para satisfacer las necesidades del Estado y poder realizar los gastos públicos, requiere éste los recursos económicos o sea los ingresos públicos.

Al mencionar las fuentes de ingresos que existieron durante las tres últimas etapas de la humanidad, vimos que ellas han tenido un origen muy variado de acuerdo con las diversas épocas, pero no es ésta la oportunidad para realizar un estudio de naturaleza histórica.

*Clasificación de los ingresos públicos.* - Varios autores se empeñan en realizar su propia clasificación. Nos referimos a unas pocas con el fin de hacer más claros algunos temas que se estudiarán posteriormente.

### 1º *Clasificación de Luigi Einaudi:*

Al decir de Aurelio Camacho Rueda, este autor cataloga los ingresos según la fuente de donde provienen, la forma como se producen y las necesidades que los servicios correspondientes satisfacen al individuo. Este autor divide las necesidades que debe llenar el Estado en *divisibles o individualizadas e indivisibles*. Las primeras son sen-

tidas y satisfechas por la persona, individualmente considerada. Las segundas son sentidas por toda la comunidad, en forma general, sin que pueda determinarse la parte de sentimiento que corresponde a cada persona de los que integran la comunidad. Ejemplos: para la primera categoría, la necesidad de comer y de asear su persona, y para la segunda, la necesidad de defender la soberanía patria.

Según este sistema, a las necesidades públicas se oponen los medios adecuados para su satisfacción, o sean los ingresos públicos. En la Economía Pública, por regla general, no se dan precios puros y simples, como en la privada. Excepcionalmente y como un recuerdo o vestigio de la Edad Media, en el Estado Moderno, se encuentran algunos precios puramente privados. Por tal motivo, también serán objeto de estudio aunque en forma somera.

Por regla general, en la economía pública encontramos precios privados con elementos públicos (precios cuasi-privados), precios públicos, precios políticos, contribuciones e impuestos.

La existencia de las Entidades Oficiales determinan la necesidad de que organicen sus rentas para poder subsistir. Los medios que éstos emplean se diferencian fundamentalmente de los que emplean los particulares en la satisfacción de sus necesidades propias. Por este motivo resulta fundamental la diferenciación del fenómeno financiero del económico. En la economía privada los hombres satisfacen sus necesidades comprando en el mercado los productos y pagando el precio. En la economía pública no se dan precios puros y simples, como ya se dijo, sino precios múltiples. Véamos las características de los diferentes precios que se dan en esta economía.

El Estado, según Einaudi, recibe ingresos de la siguiente naturaleza:

a) *Ingresos Privados:*

Estos ingresos provienen de ciertas actividades que realiza el Estado en su calidad de empresario, actividad que realiza, nó con el propósito de prestar servicios a la comunidad, sino de obtener meros ingresos fiscales. Este sistema es propio de épocas ya superadas, en que el Estado competía en la industria y el comercio con los particulares. Ejemplos: El Estado vende maquinaria sobrante o reemplazada, vende productos fabricados por los presos, o producidos por sus granjas, o vende petróleo que le entregan las compañías nacionales y extranjeras por concepto de regalías.

En todos estos casos el Estado vende sus productos en el mercado, en la misma forma que las demás personas que concurren a él, es decir, dentro de la libre concurrencia, sujeto, como es natural, a la ley de la oferta y la demanda.

Lo que ingresa al Estado por este concepto no proviene de un servicio público propiamente dicho, sino de un negocio. Sólo se explican estos ingresos como un rezago de épocas ya superadas en las cuales fueron comunes estas actividades por parte del Estado.

“Los precios que se incluyen en esta categoría de ingresos, anota —Einaudi—, son perfectamente análogos a los de la economía privada, como resulta evidente de la propia definición económica de los bienes del dominio fiscal. En el lenguaje económico se llaman en realidad, ingresos del dominio fiscal las entradas que el Estado obtiene en la misma forma que un propietario particular cualquiera. Los precios se establecen en el mercado como cualquier otro bien privado, lo que se comprende toda vez que las fuentes de tales ingresos están constituidos por casas, tierras, minas, de las cuales el Estado es propietario y vende los productos. Así, el grano vendido por el Estado que lo produce en sus tierras, alcanzará en cierto momento el mismo precio que el vendido por los propietarios particulares; si se desea fijar un precio más alto, no venderá ni un quintal. De modo análogo, el precio del arrendamiento de tierras y minas del Estado corresponderá al precio de mercado para los bienes análogos de los propietarios privados, lo que de hecho ha ocurrido durante cierto tiempo en el precio del arrendamiento de las minas de hierro de la Isla de Elba a las sociedades privadas.

#### b) *Ingresos Cuasi-privados:*

Los obtiene el Estado en virtud de la prestación de un servicio que procura atender una necesidad individualizable pero mezclada con un beneficio indivisible. Los precios cuasi-privados son los mismos precios privados, con un elemento público. Ejemplos: El Estado vende leña, madera, y carbón vegetal procedente de sus bosques, a precios completamente privados y con sujeción a las leyes que rigen estos precios. Pero al explotar los bosques procura, en primer término, la conservación de ellos, con el fin de conservar el caudal de las aguas, regular la temperatura, evitar la erosión del terreno, etc., todo ello con un fin social o colectivo. El fin fiscal en este caso es muy secundario.

c) *Ingresos Públicos:*

En este caso el Estado atiende a necesidades individualizables y divisibles de carácter privado, pero en condiciones ventajosas para los asociados, es decir, con ventajas que no podría dar la iniciativa privada. Ejemplos: Las Entidades Oficiales suelen organizar los servicios de agua, energía eléctrica, alcantarillados, teléfonos, telégrafos, correos, ferrocarriles, etc. Esta actividad no está excluida, como es natural, para la iniciativa privada. El precio que se paga por estos servicios, los denominan los autores "TASAS".

d) *Ingresos Políticos:*

Se presenta este precio cuando el Estado atiende a necesidades individualizables y divisibles, pero que, además, se presenta un elemento indivisible que interesa a toda la comunidad. Ejemplos: Un ferrocarril que sea necesario para la conservación del orden público o de la soberanía nacional. Es una obra que debe construirse aunque deje pérdidas, porque en este caso lo principal no es que produzca los costos de sostenimiento, sino la solución de una necesidad imprescindible de la comunidad. Es evidente que un ferrocarril construido en esas condiciones prestará grandes servicios a los habitantes de la región que beneficie directamente y la remuneración que éstos paguen por los servicios —transporte de carga y pasajeros—, contribuirá a su sostenimiento. Pero en su etapa inicial, principalmente, serán insuficientes los ingresos de tal empresa para cubrir sus gastos, razón por la cual, deberán concurrir los fondos comunes del Estado, o mejor los contribuyentes, a suplir el déficit.

La educación superior puede incluirse en esta categoría. El título profesional sirve a quien lo adquiere en forma individual, por cuanto lo habilita para obtener mejores ingresos económicos; pero también resulta beneficiada la comunidad por los mejores servicios que le puede prestar una persona culta y porque aparece un nuevo contribuyente, con posibilidades de ingresos apreciables. En consecuencia, este servicio no debe ser pagado en forma total por los beneficiarios. Tanto el Estado como los beneficiarios deben contribuir al sostenimiento de este tipo de educación.

e) *Contribuciones:*

Dentro del campo de las contribuciones, el Estado atiende a una necesidad de la comunidad, y por tanto indivisible, pero en segundo

término satisface una necesidad particular individualizable y divisible, para algunos asociados. Ejemplos: Se construye una carretera que favorece, de modo especial, a determinadas fincas. Los dueños de ellas deben aportar parte del costo de la obra, aunque la carretera vaya en provecho de la comunidad.

La contribución tiene semejanzas y diferencias con el ingreso político, dice Camacho Rueda. Lo primero, "porque aquéllas y éste son compensaciones por servicios que llenan necesidades individualizables; lo segundo porque:

"1°—La contribución es una compensación por la parte secundaria de un servicio público, y el ingreso político es la compensación por la parte principal del servicio. En efecto: cuando el Estado construye un ferrocarril prima en él el criterio de prestar un servicio a los posibles usuarios del mismo; por el contrario, cuando un Municipio abre una nueva avenida lo hace en servicio general de la comunidad, sin poder evitar el efecto secundario del beneficio para determinados ciudadanos, cuyos bienes, por su localización en la misma avenida, aumentan de valor.

"2°—La contribución se paga por beneficios secundarios producidos en la propiedad inmobiliaria, exclusivamente; el ingreso político por beneficios de cualquier naturaleza.

"3°—La contribución se paga una sola vez; el ingreso político se paga cuantas veces se use el respectivo servicio.

"4°—La contribución es un pago obligatorio, en lo que se asemeja al impuesto y por lo que en nuestro lenguaje común se denomina así, aunque calificándolo, como ya vimos; el ingreso político es un pago voluntario, porque quien no usa el servicio no lo paga. Si el Estado construye una "Auto-vía", obliga a todos los propietarios aledaños a contribuir para la recuperación de su costo y nadie puede excusarse de hacerlo con el pretexto o con la seguridad dada de que no habrá de usarla; en cambio, quien no quiera pagar el ingreso político de educación no se matricula en el colegio o facultad correspondiente.

#### f) *Impuestos:*

El Impuesto es, según Esteban Jaramillo, tributo obligatorio exigido por el Estado a los particulares para atender a las necesidades del servicio público, sin tener en cuenta compensaciones o beneficios especiales. Son dos las características de este ingreso:

- a) Que el Estado no dé a cambio del ingreso un servicio proporcional al contribuyente y a la cuantía de lo recibido; y
- b) Que se destine a necesidades generales o indivisibles;

El impuesto se asemeja a la contribución por su obligatoriedad; pero se diferencia por lo siguiente:

"1) La contribución es una compensación proporcional a la ventaja recibida; el impuesto no mide ventajas proporcionales de los miembros de la comunidad, para determinar su cuantía.

"2) La contribución se hace efectiva en un radio limitado del territorio nacional, o sea en las regiones en donde se construyeron las obras o en las partes o barrio de ciudades en donde se abrieron las avenidas; el impuesto, por el contrario, se hace efectivo en toda la nación o en todo el municipio.

"3) La contribución se paga por un gasto que el Estado ha hecho en obras que aumentan su patrimonio en general; el impuesto se paga para hacer frente a los gastos ordinarios de la administración pública. La "Auto-vía", útil o no, es un bien que acrece el patrimonio del Estado y por élla se paga una contribución; el sueldo y la adquisición de materiales despreciables de la policía nacional se pagan con impuestos y de ese servicio nada capitaliza el Estado materialmente.

## 2º *Clasificación de Esteban Jaramillo:*

Los ingresos públicos se dividen:

### a) *Gratuitos:*

Los constituyen las dádivas o donaciones que hacen los ciudadanos al Estado. Se usaron en la antigüedad. En la época presente se usan poco. Ocurre, sin embargo, que muchas personas dejan legados o hacen donaciones a Universidades del Estado, o a Hospitales de la misma Entidad, desprendimiento que estimula la ley al autorizar las asociaciones y fundaciones.

### b) *Contractuales:*

Son ingresos que el Estado obtiene mediante contratos, entradas obtenidas por la venta de mercancías y servicios de las Empresas oficiales.

c) *Obligatorios:*

Son los ingresos obtenidos por el poder compulsivo del Estado.  
Ej: Impuestos, contribuciones, multas, etc.

d) *Ordinarios:*

Son los que se obtienen periódicamente y que constituyen la fuente común u ordinaria de los recursos del tesoro público: Ejs: Impuesto sobre la renta, sobre las sucesiones, sobre consumos, sobre aduanas, sobre los negocios, etc.

e) *Extraordinarios:*

Son los que se pagan de manera ocasional, como los empréstitos, las devaluaciones monetarias, las indemnizaciones, las emisiones de papel moneda, etc.,

f) *Ordinarios de derecho privado:*

Los ingresos ordinarios se subdividen en ingresos de derecho privado y de derecho público. Los primeros son los que el Estado obtiene de fuentes y por medios análogos a los ingresos de las personas naturales. Pertenecen a esta categoría las rentas de los dominios públicos territoriales, industrial y comercial.

g) *Ordinarios de derecho público:*

Son los que sólo el Estado puede obtener, mediante la ejecución de actos propios de autoridad soberana, como los impuestos propiamente dichos, los impuestos especiales, etc.

3º *Clasificación de Achille Donato Guiannini:*

Este autor hace la siguiente clasificación:

a) *Ingresos de derecho público o tributos e ingresos de derecho privado.*

La distinción tiene un fundamento exclusivamente jurídico en cuanto descansa en la naturaleza de la relación entre la entidad pú-

blica y la particular, de la que surge el derecho del primero a exigir una suma determinada.

Los ingresos de derecho privado son debidos en virtud de un negocio *jurídico privado* (arrendamiento, transporte de cosas o personas etc.); los tributos, en cambio, son percibidos por el Estado en virtud de su potestad de imperio.

Los tributos se subdividen en:

1º *Impuestos.*

Hay servicios que redundan en beneficio de toda la colectividad, considerada como la masa unitaria e indistinta; de tal suerte que no es posible determinar, cuál es la medida de la ventaja que cada asociado obtiene del cumplimiento del servicio; tal ocurre, por ejemplo, con el servicio de defensa en el interior y en el exterior.

Ahora bien, como no es posible exigir a los ciudadanos que concurren al gasto que en su totalidad es indivisible, en proporción a la utilidad que cada uno de ellos obtiene mediante la satisfacción de la necesidad, se adopta, para el reparto de aquél entre los asociados, el criterio diverso de la capacidad contributiva, en cuya virtud cada ciudadano viene obligado a contribuir en proporción a su riqueza. Esta forma de contribución se llama IMPUESTO.

2º *Tributos especiales o contribuciones.*

El Estado al dar satisfacción a una necesidad pública, al propio tiempo que provee al interés general de todos los ciudadanos, proporciona, por la propia índole de las cosas, una particular utilidad a quienes se encuentran en una situación especial respecto a la satisfacción de la necesidad. Así, en el caso de la apertura o del arreglo de una arteria urbana, al propio tiempo que se consigue una mejora en los medios de comunicación y en la estética de la ciudad, que es lo que se pretende al realizar la obra pública en cuestión, se produce necesariamente una ventaja especial para los propietarios de los inmuebles que confinan con la nueva vía.

En este caso, como la satisfacción de las necesidades públicas, no sólo producen un beneficio para toda la masa de ciudadanos, sino que se traduce, además, en una especial utilidad para algunos de ellos, dada la situación especial en que se encuentran, es justo que una parte del gasto sea soportada por estos últimos en proporción a la especial

ventaja que aquél les depara. Esta segunda forma de obligación tributaria toma el nombre de **CONTRIBUCION o TRIBUTO ESPECIAL.**

### 3º *Tasas:*

En este caso el servicio público, dada su propia naturaleza y el modo en que está ordenado, se traduce en una serie de prestaciones que afectan singularmente a determinadas personas, sea porque éstas las soliciten, sea porque deben recibirlas en cumplimiento de una norma legal. Así, el Estado organiza y lleva a cabo el servicio postal en interés de la colectividad, ya que la existencia de comunicaciones normales, postales y telegráficas, entre todos los puntos del territorio del Estado, constituye una exigencia de interés público; pero el concreto desenvolvimiento del servicio requiere que los ciudadanos lo demanden, de modo que la satisfacción de una necesidad general se concreta prácticamente en la satisfacción de una serie indefinida de necesidades privadas.

En este supuesto, si bien el Estado se ocupa de organizar el servicio para satisfacer un interés público, sin embargo, como se ha dicho, esa finalidad sólo puede alcanzarse mediante el cumplimiento de las varias prestaciones relativas a cada uno de los usuarios, por lo que es justo que recaiga sobre ellos, si nó la totalidad, sí, al menos, la mayor parte de los gastos necesarios para la gestión del servicio. Esta última especie de tributo es la **TASA.**

### 4º *El precio público:*

Se considera como hipótesis autónoma, distinta de las ya mencionadas, aquella en la que el Estado ejerce una empresa industria no con el propósito de obtener una renta, sino para procurar el mayor beneficio a los ciudadanos, y fijando, por tanto, la medida de la retribución, no con arreglo al criterio mercantil, sino teniendo en cuenta la ventaja general resultante de una posible mayor difusión del servicio o de otras exigencias de interés público. Para distinguir esta redistribución del precio que se da en los ingresos de estricto Derecho privado, se la denomina *precio público*. En consecuencia el problema financiero de la distinción de los ingresos de los entes públicos se plantea especialmente como un problema de reparto del costo de los servicios públicos. Del fenómeno típico de la economía privada, en el que la remuneración que se satisface por las prestaciones del Estado

es un precio que obedece a las leyes comunes del Estado, se pasa gradualmente a través del precio público, de la tasa y del tributo especial, a la expresión más característica de la Hacienda Pública, es decir, al impuesto, en el que lo que el ciudadano entrega al Estado no se encuentran en relación directa alguna con los servicios públicos de los que aquel se beneficia". Instituciones de Derecho Tributario, (pág. 43 y 44).

. . .

## INGRESOS DE DERECHO PRIVADO

¿Cómo se clasifican estos ingresos? - El Dr. Esteban Jaramillo hace estas tres categorías:

- a) Los provenientes del Dominio Público;
- b) Los provenientes del Dominio Fiscal Industrial; y
- c) Los provenientes del Dominio Fiscal Comercial;

a) *Ingresos provenientes del Dominio Público:*

Por regla general todos los bienes pertenecientes a las Entidades Políticas, constituyen el dominio público. Adam Smith, citado por E. Jaramillo, dijo: Las rentas públicas provienen de los bienes del soberano o de los que pertenecen a los particulares. Los primeros son las rentas del dominio público; las segundas, los impuestos, derechos y tasas.

*División de los bienes de la comunidad.* — Los tratadistas de Hacienda Pública, dividen los bienes de la comunidad en dos grandes ramas:

Bienes de dominio público o bienes de uso público y bienes fiscales.

*Bienes de dominio público o uso público:*

Son bienes de propiedad del Estado, destinados para el uso general de la comunidad; tienen la calidad de inalienables e imprescriptibles y no producen renta estimable en dinero. Ejemplos: calles, plazas, puertos, faros, puentes y caminos costeados con fondos oficiales; el mar territorial, o sea la distancia de una legua marina, con-

tada desde el límite de la más baja marea; la playa del mar, o sea el espacio que las aguas del mar ocupan y desocupan alternativamente; los ríos que corren por el territorio nacional, salvo los que nacen y mueren dentro de una misma heredad; los lagos navegables, los museos, bibliotecas, pinacotecas y observatorios oficiales, etc.

Estos bienes son inalienables porque son necesarios para el desarrollo y la vida misma de la comunidad, pues no se explica cómo puede un Estado desprenderse de ellos, a cualquier título, sin causar grave detrimento a su misión social, que no es otra que procurar el bien de los asociados, en todos los campos. El carácter imprescriptible, se lo dá la calidad de inalienable y su irrentabilidad proviene de la imposibilidad de computar el beneficio fiscal de un camino, de una calle, de una plaza, etc.

*¿Qué dice el Código Civil Colombiano?* — “Se llaman bienes de la Unión aquéllos cuyo dominio pertenece a la República. Si además su uso pertenece a todos los habitantes de un Territorio como el de calles, plazas, puentes y caminos, se llaman bienes de la Unión de uso Público del Territorio”.

“Los bienes de la Unión cuyo uso no pertenece generalmente a los habitantes, se llaman bienes de la Unión o bienes fiscales. Art. 674).

*Estudio de los principales bienes fiscales.* — Dice el Art. 675 del código civil:

“Son bienes de la Unión todas las tierras que estando situadas dentro de los límites territoriales, carecen de otro dueño”.

Mediante el artículo citado, se establece una presunción a favor de la Nación Colombiana, con la cual arroja la carga de la prueba sobre la persona que pretenda ser dueña de determinada extensión territorial, situación que se hizo menos grave con la expedición de la ley 200 de 1.936 sobre régimen de tierras, porque esta ley estableció el derecho de propiedad frente a todo el mundo, con el sólo hecho de la explotación económica.

*Breve historia respecto de bienes fiscales en Colombia.* — Durante la colonia y la Nueva Granada rigieron las leyes españolas por mandato de la Recopilación de Indias. Rigió también la Novísima Recopilación. Vino la Constitución de Cúcuta y dispuso en su Art. 188: “Se declaran en todo su vigor las leyes que hasta aquí han regido en todas las materias y puntos que directa o indirectamente no se opongan a esta Constitución ni a los decretos y las leyes que expidiere

el Gobierno". En otros términos: después de la Constitución mencionada, continuaron rigiendo las leyes españolas.

El anterior estado de cosas subsistió hasta 1.829, año en el cual el Libertador Simón Bolívar, en ejercicio de facultades extraordinarias de que estaba investido, puso en vigencia para la Gran Colombia el REGLAMENTO DE MINERIA, expedido en Quito, el 24 de octubre, el cual llamó la ORDENANZA DE MINERIA, para la Nueva España. El Art. 1º del decreto del Libertador decía:

"Conforme a las leyes, las minas de cualquier clase corresponden a la República, cuyo gobierno las concede en propiedad y posesión a los ciudadanos que las pidan, bajo las condiciones expresadas en las leyes y ordenanzas de minas, y con las demás que contiene este decreto.

En virtud de este mandato legal, el subsuelo fue nacionalizado en su totalidad, y la anterior legislación derogada tácitamente. En virtud del Art. 28 del aludido decreto, las ordenanzas de minería de la Nueva España entraron a formar parte de la legislación nacional. Al respecto dice el artículo:

"Mientras se forma una ordenanza propia, para las minas y mineros de Colombia, se observarán provisionalmente la ordenanza de minería de Nueva España, dada el 22 de mayo de 1.783, exceptuando todo lo que trata del Tribunal de Minería, y Jueces Diputados de minas y lo que sea contrario a las leyes y Decretos vigentes. Tampoco se observará en todo lo que se halla reformado por el presente decreto.

El Libertador hizo estos importantes considerandos a su famoso decreto:

"1º Que la minería ha estado abandonada en Colombia sin embargo de que es una de las principales fuentes de la riqueza pública;

"2º Que para formarla es preciso derogar algunas antiguas disposiciones que han sido origen fecundo de pleitos y disensiones entre los mineros;

"3º Que debe asegurarse la propiedad de las minas contra cualquier ataque y contra la facilidad de perderla o de turbarla;

"4º En fin, que conviene promover los conocimientos científicos de la minería y de la mecánica, como también difundir el espíritu de asociación y de empresa, para que la minería llegue al alto grado de perfección que se necesita para la prosperidad del Estado;

Al reformar el Decreto del Libertador, por la Constitución de 1.858, la nacionalización del sub-suelo desapareció. Se estableció para

el futuro un sistema de propiedad sobre el sub-suelo, que ha traído pérdidas graves para el Estado, aparte de muchos problemas.

El artículo 6° de la Constitución de mayo de 1.858 dispuso o declaró que eran bienes de la Confederación:

“...3° Las vertientes saladas que hoy pertenecen a la República.

“4° Las minas de esmeraldas y de sal gema, estén o nó en tierras baldías.

El artículo 8° de la misma constitución dijo:

“Todos los objetos que no sean atribuidos por esta Constitución a los poderes de la Confederación son de la competencia de los Estados”.

De acuerdo con la mentada Constitución, lo que expresamente no se hubiere reservado al poder central, quedaba de propiedad de los Estados Soberanos, y sujetos a la legislación que ellos impusieran.

Vino en seguida la Constitución de 1.863, que principió a regir el 8 de mayo. El artículo 3° dice:

“Los bienes, derechos y acciones, las rentas y contribuciones que pertenecieron por cualquier título al Gobierno de la extinguida Confederación Granadina, y últimamente al de los Estados Unidos de Nueva Granada, corresponden al Gobierno de los Estados Unidos de Colombia, con las alteraciones hechas o que se hagan por actos legislativos especiales. Las tierras baldías de la Nación hipotecadas para el pago de la deuda pública no podrán aplicarse sino a este objeto o cederse a nuevos pobladores, o darse como compensación y auxilio a las empresas para la apertura de nuevas vías de comunicación”.

El artículo mencionado dispuso que las minas descritas en los numerales 3° y 4° del artículo 6° de la Constitución de 1.858, debían pasar a la unión. Las demás quedaron en poder de los Estados Soberanos, los cuales legislaron sobre ellas con entera autonomía, apoyados en el Art. 16 de la Carta, que decía:

“Todos los asuntos de Gobierno cuyo ejercicio no deleguen los Estados expresa, especial y claramente al Gobierno General, son de la exclusiva competencia de los mismos Estados”.

Con base en esta autorización, los diferentes Estados Soberanos se dedicaron a legislar acerca del sub-suelo, produciéndose el resultado obligado, de tener tantas legislaciones cuantos eran los Estados, fuera de la legislación de la Confederación para los territorios nacionales que administraba. Para mayor ilustración, es del caso conocer las legislaciones sobre el punto tratado.

**ANTIOQUIA:** Dispuso que del sub-suelo, pertenecían a la Nación las minas de sal gema, y esmeraldas. Al Estado las de Oro, Plata, Platino y Cobre. Al dueño del terreno las restantes. El Estado de BOGOTÁ adoptó este mismo sistema.

**BOYACA, CUNDINAMARCA y SANTANDER:** Pertenecían a la Nación las minas de sal gema y esmeraldas; a los Estados las de metales y piedras preciosas, y al dueño del terreno las demás.

**CAUCA:** Todas las minas pertenecían al dueño de la superficie;

**TOLIMA:** Pertenecen a la Nación las de sal gema y agua salada. Al Estado las de oro, plata, platino, cinabrio y cobre. Al dueño del terreno las demás.

Respecto a la Confederación, en el año de 1.873 expidió el Código Fiscal, el cual establece al respecto:

Artículo 1116: La República se reserva la propiedad de las minas y depósitos de carbón, así como también las de guano y cualquier otro abono semejante que se encuentre en los terrenos baldíos de la Nación o en los que por otro título distinto le pertenezcan.

Artículo 1117: Dichas minas o depósitos no se entenderán vendidos ni adjudicados con los terrenos, y serán beneficiados por cuenta de la República, a virtud de los contratos que al efecto celebre el Poder Ejecutivo.

Artículo 1126: Las minas de cobre, de hierro y otros metales no preciosos, las de azufre y demás no expresados en este artículo que se descubren en terrenos baldíos de propiedad nacional, son también de la Unión, y sobre su explotación, arrendamiento, adjudicación, etc., se aplicarán las disposiciones análogas contenidas en los capítulos anteriores y en el Código de Fomento.

La Nación pudo hacer esas reservas, a pesar de la legislación imperante, porque todos los Estados habían declarado, al hacer sus reservas, que las minas de cierta naturaleza pertenecían al dueño del terreno. Las reservas del C. Fiscal se refieren a tales minas y por otra parte, debe tenerse en cuenta, que los baldíos eran de propiedad de la Nación.

Estas reservas se cuentan a partir del 28 de octubre de 1.873.

El anterior estado de cosas subsistió hasta que fue modificado por la Constitución de 1.886 la cual estableció la República unitaria. El artículo 202 dice:

“Pertenecen a la República de Colombia:

"1° Los bienes, rentas, fincas, valores, derechos y acciones que pertenecían a la Unión Colombiana el 15 de abril de 1.886;

"2° Los baldíos, minas y salinas que pertenecían a los Estados, cuyo dominio recobra la Nación, o a favor de éstos por la Nación a título de indemnización.

"3° Las minas de oro, plata y piedras preciosas que existan en el territorio nacional, sin perjuicio de los derechos que por leyes anteriores hayan adquirido los descubridores y explotadores sobre algunas de ellas.

El Código de Minas del Estado de Antioquia fue adoptado para la Nación por la ley 38 de 1.887. Este Código establece en su artículo primero:

"Las minas existentes en el territorio del Estado pertenecen:

"1° A la nación, las de esmeraldas y sal gema;

"2° Al Estado, las de oro, plata y platino y cobre;

"3° Al dueño del terreno, todas las demás de cualquier clase que sean, no comprendidas en los incisos anteriores;

De acuerdo con estas normas, pasaron a ser propiedad de la Nación:

"1° Las minas de oro, plata, platino y piedras preciosas, cualquiera que fuera el sitio de la República en donde se encontraran;

"2° Las que la Confederación se había reservado desde 1.873, o sea las distintas a las anteriores que se encontraran en terrenos baldíos o en superficies adjudicadas con posterioridad al 28 de octubre del año mencionado;

"3° Las minas que desde tiempo inmemorial se había reservado la República, como las de Santa Ana y Manta y las de Supía y las de Marmato;

"4° Las que se había reservado desde 1.858 y que aún conserva o sea las de sal;

A partir de 1.887, las minas del Estado fueron denunciables, esto es, que los particulares podían adquirirlas en propiedad, por lo menos algunas de ellas, a saber: las de oro, plata, platino, y piedras preciosas y las distintas a las anteriores que se encontraren en terrenos baldíos o en baldíos adquiridos con posterioridad al 28 de octubre de 1.873. También son denunciables hoy día, las minas de cobre, y piedras preciosas, a excepción de las esmeraldas que fueron reservadas desde 1.905 (ley 40), y los berilos que entraron a formar parte de la reserva del Estado por la ley 46 de 1.933.

Las minas distintas a las anteriores que se encuentren en terrenos baldíos, o en baldíos adjudicados después de la fecha citada, pueden ser explotadas por los particulares mediante contrato que celebren con el poder ejecutivo. Entre otras pueden enumerarse las siguientes: Petróleo, estaño, mercurio, carbón, mica y las minas de metales preciosos que se encuentren en los lechos de los ríos navegables.

La explotación de las minas contratables, solamente pueden llevarse a cabo mediante contratos celebrados con el Ejecutivo, de acuerdo con el artículo 110 del C. Fiscal y su Decreto Reglamentario 1054 de 1.932, Decreto 566 del mismo año y otras disposiciones concordantes.

La explotación del petróleo se somete a legislación especial. Pueden citarse las leyes 37 de 1.931, la 120 de 1.919, la 160 de 1.936, la 10 de 1.961 y el Decreto Legislativo N° 1.270 de 1.931.

Para los metales preciosos que se encuentren en los lechos de los ríos navegables, existen los decretos legislativos 223, 566 y 1054 de 1.932.

*Las tierras pertenecen al Dominio Fiscal Territorial del Estado.*

Al respecto dice Esteban Jaramillo:

“La tierra fue la última forma del patrimonio común que vino a ser propiedad privada. Desde que los primeros hombres, delimitando determinadas extensiones de territorio, se hicieron dueños absolutos de ellas se fue efectuando una evolución constante del dominio colectivo hacia la propiedad individual de la tierra. Los extensos latifundios convertidos en patrimonio de la comunidad o de los Príncipes, a título de conquista de indemnización o de confiscación, se fueron cediendo poco a poco a los particulares, por donación del Príncipe a los grandes en la guerra, o por vía de retribución a determinados cargos y funciones.

“Bajo el antiguo régimen patrimonial y de derecho absoluto, los príncipes necesitaban, para atender a sus gastos y a los de la comunidad, extensos fundos territoriales, que les aseguraban la supremacía política y económica. En el régimen tributario y democrático moderno aquella necesidad no existe, puesto que los ciudadanos contribuyen con su patrimonio a los gastos del Gobierno de todos y para todos. A esto se agrega una importante consideración de orden económico y social, cual es la de que las grandes extensiones de tierra en manos del Estado son de ordinario casi improductivas para la comunidad, al paso que la iniciativa y el esfuerzo individual de los propietarios particulares hacen acrecentar enormemente los rendimientos de aquellas tie-

rras, y aumentan por lo mismo la riqueza pública. En resumen, causas políticas, económicas y sociales, han dado lugar a la disminución constante del dominio fiscal del territorio”.

*El Estado Colombiano es dueño de las tierras baldías.* — Por mandato del artículo 44 del Código Fiscal, “Los terrenos situados dentro de los límites del territorio nacional que carecen de otro dueño, y los que habiendo sido adjudicados con ese carácter, deben volver al dominio del Estado, de acuerdo con lo que dispone el artículo 56 —hoy reemplazado por el artículo 2º de la ley 85 de 1.920— pertenecen al Estado. Estos principios, como es obvio, fueron modificados por la ley 200 de 1.936.

Las tierras en Colombia, como dice Camacho Rueda en sus Conferencias de Hacienda Pública, están destinadas por el Estado para ser adjudicadas a los particulares, sin más requisito que la exigencia de su explotación económica; lo que quiere decir que el Estado no obtiene un ingreso específico por su explotación directa. Esta tendencia fue heredada de la Colonia, que adjudicaba tierras por diversas causas, tales como premios a los conquistadores, pago de servicios a la corona, dominios mobiliarios etc. Se basa en principios individualistas que le niegan al Estado toda la Facultad de explotación, no sólo porque tiene otras funciones más importantes que cumplir, sino porque lo consideran muy mal administrador.

Hasta la vigencia de la ley 135 de 1.961, “sobre reforma social agraria”, el Estado no tenía más interés al adjudicar sus tierras, que formar nuevos propietarios. Estos, como es natural, adquirirían capacidad económica y serían, por tanto, buenos contribuyentes.

La mencionada ley dispuso en su artículo 29 que la extensión que podría adjudicarse a una persona natural sería de 450 hectáreas siempre que comprobara que tenía las dos terceras partes cultivadas.

Respecto a los ingresos que puedan presentar las tierras baldías para el Estado, frente a la nueva reforma, cabe observar que se conserva el principio de adjudicación gratuita para el que pruebe explotación económica. Sin embargo, es de observar que el Instituto de la Reforma Agraria puede ir variando un poco esa política.

*Bosques Nacionales.* — El Estado está directamente interesado en la conservación de los bosques, no con el fin de obtener ingresos fiscales por la venta de maderas, carbón, leña, etc. El Estado tiene interés porque los bosques son necesarios para regular el clima, mantener el caudal de las aguas, evitar la violencia de los vientos y la erosión del terreno.

En todos los países el Gobierno atiende con gran cuidado este renglón. Además de administrarlos directamente, lleva a cabo campañas de reforestación. Se obtiene el fin principal y también el secundario, que en este caso, es el fiscal. Los ingresos por este concepto son bastante altos.

El problema de Colombia ha sido diferente, quizás por ser un país nuevo, en vía de desarrollo, con abundantes bosques por toda parte. Tal vez por estas razones se ha puesto poco cuidado al problema. La ley 200 de 1.936 toma algunas precauciones respecto a los bosques que limitan con corrientes de agua. La ley 2ª de 1.959 "Sobre Economía forestal de la Nación y conservación de recursos naturales renovables", dice en su artículo primero:

"Para el desarrollo de la economía forestal y protección de los suelos, las aguas y la vida silvestre, se establecen con carácter de zonas Forestales Protectoras, y "Bosques de interés general", según la clasificación de que trata el Decreto Legislativo número 2278 de 1.953, las siguientes zonas de reserva forestal comprendidas dentro de los límites que para cada bosque se fijan a continuación:

- a) Zona de reserva Forestal del Pacífico: (Fijan Linderos);
- b) Zona de reserva Forestal Central: (Fijan Linderos);
- c) Zona de reserva Forestal del Río Magdalena (Fija Linderos);
- d) Zona de reserva Forestal de la Sierra Nevada de Santa Marta (Fija Linderos).

Establece igualmente, que el Gobierno debe reglamentar la explotación de bosques privados y públicos, y además, que todo adjudicatario de baldíos debe aceptar expresamente esta condición.

Se ve claramente que entre nosotros empieza a dársele a los bosques la importancia que tienen.

*Las Minas pertenecen también al Dominio Fiscal territorial del Estado.* — Después de conocer las reservas del subsuelo que ha hecho el Estado Colombiano, es conveniente estudiar el método de explotación más adecuado. Por regla general, el Estado no debe explotar directamente sus minas. En favor de esta opinión: existen varias razones:

1ª La explotación de las minas es un negocio de resultados inciertos y aleatorios y por tanto es un negocio impropio para ser ejecutado por las Entidades Públicas;

2ª Las numerosas y delicadas funciones que deben ejercer los Estados modernos, impide que se dediquen a tales menesteres;

3ª La explotación de las minas exige conocimientos técnicos especiales, organización excepcionalmente eficaz y cuantiosos recursos económicos.

4ª En países como el nuestro, donde las propiedades de esta naturaleza son numerosas, el Estado no alcanzaria a explotarlás en su totalidad y menos con rendimientos económicos;

5ª Es más ventajoso para el Estado la explotación por concesionarios particulares, con una participación en los productos o mediante un cánón de arrendamiento fijados contractualmente, que dedicarse directamente a la explotación;

#### *Excepciones al principio:*

Por excepción debe el Estado explotar algunas minas, por las siguientes razones:

a) Cuando se trata de minas como las de carbón, petróleo, cobre, etc., con el fin de atender más económicamente al sostenimiento de la marina, los ferrocarriles, etc., y poder disponer en cada momento de la cantidad necesaria, sin las limitaciones que pudieran imponerle los empresarios privados. Por otra parte, con este sistema, se provoca una saludable competencia para mantener precios equitativos.

b) Respecto a las minas de sal, con el objeto de establecer un impuesto de consumo y fijar los precios para los consumidores, con la ponderación del caso, para no alterar notoriamente el presupuesto familiar.

Debe existir un motivo evidente de carácter social o beneficio colectivo, para que los Estados asuman directamente la explotación del dominio minero.

*De las minas que no explota directamente el Estado unas son contratables y otras adjudicables.* — Para que a una persona se le adjudique una mina, debe principiar las gestiones con el AVISO respectivo ante el Alcalde del Municipio donde se halle ubicada la mina y en él solamente se dá una idea general del sitio donde se encuentra. Sigue el DENUNCIO, ante el Gobernador del Departamento y en él se determina de una manera más precisa, el sitio donde se encuentra. Procede en seguida la POSESION, que es como la entrega material y por tanto, debe medirse el terreno y fijarse los linderos. En seguida

viene la expedición del TITULO, el cual debe registrarse en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados.

¿Cuáles son las minas adjudicables? — Las minas adjudicables son:

1º DE VETA: Se trata de depósitos minerales que se encuentran en las rocas y asumen formas diversas y magnitudes inestables. Pueden encontrarse desde el grueso de una hoja de papel y escasa longitud hasta filones de quinientos o más kilómetros de largo;

2º DE ALUVION: Estas se forman en los lechos aluviales actuales o antiguos, por el acarreo de las aguas y por la concentración de los minerales provenientes de la erosión o descomposición de las rocas;

3º LAS DE SEDIMENTO: Estas se encuentran en capas que se depositan en la corteza terrestre en formación;

Están sometidas a este régimen de adjudicación, las minas de ORO, PLATA, PLATINO, COBRE y PIEDRAS PRECIOSAS, menos las de esmeraldas y berilos.

Las minas contratables son las de minerales distintos a los enumerados anteriormente, como las de petróleo, estaño, mercurio, carbón, mica, etc., descubiertas en tierras baldías adjudicadas con posterioridad al 28 de octubre de 1.873. A esta clase pertenecen las minas de metales preciosos que se encuentran en los lechos de los ríos navegables.

\* \* \*

Para poder explotar esta especie de minas, es indispensable, como ya se dijo, celebrar un contrato con el Gobierno Nacional, de conformidad con la ley.

Los metales preciosos, de acuerdo con la ley 13 de 1.937, fue sometida su explotación al sistema de CONTRATO, con un canon mínimo del 7% del producto bruto para el Estado. Las minas de hierro, azufre y depósitos de guano se explotan por contratos de arrendamiento o aparcería con una participación mínima para el Estado del 15% del producto bruto.

En cuanto a las minas adjudicables, el adjudicatario se torna en verdadero propietario de la mina, pero paga un impuesto por la extensión adjudicada, impuesto que es muy pequeño.

¿Cómo se descompone el Impuesto que paga el adjudicatario? —

El adjudicatario paga un primer impuesto de \$ 5.00 por cada pertenencia en adjudicación de minas de veta, o sea que el máximo adjudicatario paga al año \$ 15.00 (tres pertenencias) por el hecho de ser propietario minero. En la adjudicación de minas de aluvión paga \$ 20.00 al año. Este impuesto es conocido con el nombre de "Impuesto de Estaca".

Paga además, el adjudicatario el llamado impuesto sobre la venta de oro físico, establecido por primera vez en el país por el Art. 3º de la ley 21 de 1.935, que formó parte de la reforma tributaria de ese año. Este Impuesto consistió en la compra del 15% del valor en dólares de las barras o monedas en oro por parte del Gobierno y por intermedio del Banco de la República, a un cambio del 113%, cuando el cambio general para el resto de las transacciones era del 150%. La Ley 167 de 1.946 modificó la tarifa anterior así: para las empresas mineras cuya explotación no alcanzare a la cifra de \$ 140.000.00, el valor en dólares se les compraba al cambio del 114%; para las empresas con producción mayor de esa cifra, la compra se les hacía al cambio del 156.40%, cuando el cambio había subido al 185%. Por último el Decreto legislativo número 462 de 1.951 abandonó la anterior base del impuesto para disponer la siguiente: \$ 2.70 por cada onza troy que provenga de minas o empresas cuya producción sea de 6.600 onzas o más; y \$ 2.03 por cada unidad proveniente de minas o empresas con producción menor de aquellas cantidades. (Camacho Rueda).

¿Qué existe sobre petróleos en Colombia? — Respecto de las minas de petróleos o yacimientos de hidrocarburos, existe legislación especial, la cual se inició con la Ley 120 de 1.919. Vinieron luego las reformas de 1.923, 1.925, 1.931, 1.936 y 1.961.

De acuerdo con las mencionadas normas, existen petroleras de propiedad particular — las existentes en inmuebles adjudicados antes del 28 de Octubre de 1.783 y los petróleos adjudicados como minas durante la vigencia del artículo 112 de la Ley 110 de 1.912, y petróleos del Estado que son todos los demás, el cual los concede a los particulares mediante contratos celebrados, de *exploración* y *explotación*, por una extensión no menor de 5.000 hectáreas y que no sobrepase de las 50.000. Si existe un terreno que no alcance la extensión al límite mínimo, puede concederse para la explotación. Sin embargo, en los territorios situados al Este y Sureste de la Cordillera Oriental,

el Gobierno puede celebrar contratos para la explotación y exploración del petróleo hasta por 200.000 hectáreas.

La exploración de acuerdo con el código de la materia se entiende como el conjunto de trabajos geológicos superficiales y los de perforación con taladro tendientes a averiguar si en los terrenos existe petróleo en cantidad comercialmente explotable.

La exploración se divide en estos períodos:

- 1º Período inicial de 5 años.
- 2º Período de prórroga de 3 años (ordinaria).
- 3º Período de prórroga extraordinaria que comprende 3 años más.

La explotación se cuenta a partir del término del período de exploración, y comprende un período de 30 años. Puede prorrogarse por 10 años a elección del contratista si se somete a pagar las regalías y los impuestos que establezcan las leyes, a partir de la expiración del período ordinario de 30 años.

Durante los períodos de exploración, los concesionarios están obligados a pagar al Gobierno, por el hecho de ocupar en la concesión petrolífera, los denominados "cánones superficiales", dentro de los primeros treinta días de cada anualidad del contrato. Estos cánones varían según que se encuentren en la zona privilegiada, o sea el Este y el Sureste de la Cordillera Oriental, o en otro sitio.

Para la zona privilegiada los cánones son:

- a) 0,10 por hectárea durante los dos primeros años;
- b) 0,20 " " " el tercer año;
- c) 0,30 " " " " cuarto año;
- d) 0,50 " " " " quinto año;
- e) 1,00 " " " del sexto en adelante,

Para los territorios restantes son:

- a) 0,20 por hectárea durante el primer año;
- b) 0,60 " " " " segundo año;
- c) 1,00 " " " " tercer año;
- d) 2,00 " " " " cuarto año;
- e) 3,00 " " " del quinto en adelante;

(Ley 10 de 1.961)

*¿Cómo pagan los concesionarios al Estado?* — Para los petróleos de propiedad del Estado, los concesionarios deben pagar de acuerdo con esta escala: de 0 a 100 kilómetros, entre el centro de recolección y el puerto de embarque, una regalía equivalente al 13% del producto bruto; si la distancia es de 200 kilómetros paga el 12%; si de 300 kilómetros, el 11%; si de 400, el 10%; si de 500, el 9%; si de 600, el 8%; si de 700, el 6.75%; si de 800, el 5.50%; si de 900, el 4.25%; más de 900, el 3%. Entre las distancias mencionadas, se calcula el porcentaje con proporción aritmética. Si la concesión estuviere cubierta por el mar territorial, pagarán los concesionarios el 10%.

Las anteriores regalías pueden ser exigidas por el Gobierno, en especie o en dinero, como más le convenga.

Sobre los petróleos de propiedad particular, se paga según tarifas calculadas sobre la distancia del puerto de embarque al campo productor. De 0 a 100 kilómetros, el 7%; de 100 a 200, el 6%; de 200 a 300, el 4%; de 400 a 500, el 3%; de 500 a 600, el 2%; de 600 a 700, el 1.5%; de 700 a 800, el 1%; de 800 a 900, el 0.75%; más de 900 el 0.50% del producto bruto.

*Nacionalización de los petróleos.* — En los últimos tiempos se ha venido discutiendo lo relacionado con la nacionalización del petróleo en Colombia. Por ser un tema de bastante interés, traeré a título de información la opinión favorable a la nacionalización y la contraria.

*¿Qué dicen los partidarios de la nacionalización del petróleo?* — Estos dicen que sí es posible nacionalizar el petróleo en Colombia, en los actuales momentos y aducen estas razones:

**JURIDICAS:** La soberanía permanente de los países sobre sus recursos naturales es un principio indiscutible de derecho internacional, ratificado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 1.803 (XVII), aprobada el 14 de diciembre de 1.962, en la cual se especifica que las naciones pueden proceder a la "nacionalización, expropiación y requisición" por "razones o motivos de utilidad pública de seguridad o de interés nacional", pagando "al dueño la indemnización correspondiente, con arreglo a las normas en vigor en el Estado que adopta estas medidas en ejercicio de su soberanía y en conformidad con el derecho internacional".

**TECNICAS:** La operación exitosa de la Empresa Colombiana de Petróleos, sus refinerías y sus oleoductos, por muchos años, y la existencia de distribuidores nacionales de combustibles y derivados es prueba de que el país posee los recursos técnicos para llevar adelante la difícil tarea de hacer funcionar eficientemente este sector de su economía.

**FINANCIERAS:** La indemnización que se reconociera por la nacionalización, se podría muy bien adecuar a la capacidad de pago del país, de acuerdo con los términos de la resolución antes mencionada de la Asamblea General de las Naciones Unidas. Para el funcionamiento de la industria petrolífera, la capacidad financiera actual de la Empresa Colombiana de Petróleos, unida a la posibilidad de financiamiento por parte del Banco de la República y del sistema bancario colombiano, aseguraría una adecuada provisión de fondos.

**INTERNACIONAL:** La resistencia exterior que esta medida podría suscitar por parte de las grandes compañías monopolistas ya no es insuperable, dado que se presentan circunstancias que pueden favorecer el funcionamiento de sistemas nacionalizados. Por ejemplo, la política independiente de la Empresa Nacional de Petróleos de Italia, y de la del Gobierno de Francia. La coyuntura política internacional que hace indispensable para los Estados Unidos mantener sus buenas relaciones con los países latinoamericanos aún a costa de ciertos sacrificios, es otra razón de importancia.

*¿Qué dicen los enemigos de la nacionalización del petróleo?* — Entre otros pueden citarse los doctores: Simón Martínez Emiliani y Miguel Fadul. De este último copiamos las conclusiones de un importante estudio realizado en noviembre de 1964:

"1° La exploración y la producción del petróleo, además de su refinación y transporte, pueden ser una fuente de ingresos muy importantes que permita elevar rápidamente el nivel de vida de la población, además, de equilibrar la balanza de pagos del país;

"2° Se ha demostrado que en Colombia no existen las fuentes de financiación capaces, a través de sus propios ahorros, de destinar apreciables sumas al desarrollo de la industria petrolera. Debe, por lo tanto, recurrirse al capital y a los ahorros extranjeros, que aplicados a la producción del petróleo no sólo benefician al país a través de los impuestos que recibe el gobierno, que son superiores al 50%

de las utilidades líquidas de los productores, sino que incluyen el valor agregado, que es varias veces superior al monto que obtiene el presupuesto nacional.

"3" Los ahorros de los países desarrollados tienen muchas selecciones de destino, puesto que todas las naciones tratan de atraerlos por considerarlos beneficiosos al incremento del nivel de vida. Por lo tanto, Colombia debe ofrecer condiciones similares o mejores para atraer el capital extranjero, por el cual hay competencia internacional.

"4" La producción del petróleo crudo en Colombia debe aumentarse aproximadamente a una tasa del 10% anual para poder continuar su autoabastecimiento; de lo contrario, el país tendrá que importar petróleo crudo para 1.973.

"5" Para lograr este aumento de producción será necesario que la industria petrolera privada continúe haciendo inversiones por más de US\$ 50 millones de dólares al año, sin contar las apreciables inversiones indispensables para atender otros gastos conexos (transporte, distribución, etc.), y para ensanchar las instalaciones si se desea aumentar la capacidad refinadora.

"6" La única forma de mantener activa esta corriente de inversión, hoy afectada especialmente por la incertidumbre fiscal en el caso colombiano, es, propiciando un clima favorable y estable a la inversión. Este ambiente puede crearse, principalmente estableciendo normas fijas sobre la participación del Estado en las utilidades líquidas. Una participación del 84% para el Estado, contra un 16% para la industria privada, como lo pretende la Administración de Impuestos Nacionales para la liquidación de la renta de 1.961, no puede considerarse adecuada, y menos la que se calcula para 1.963, del 89% para el fisco y el 11% para los productores. En Venezuela, en donde la industria petrolera ya ha llegado a un gran desarrollo y cuya producción diaria es más de 15 veces superior a la de Colombia, la participación del Gobierno fue en 1.963 aproximadamente del 66% y la de las compañías del 34%. En Trinidad, un país en condiciones similares a las de Colombia, la participación fue en el mismo año del 56% y el 44%, respectivamente.

"7" La meta del gobierno en la distribución de los beneficios líquidos de la industria petrolera debe ser tal que permita a los petróleos colombianos competir con los de otros países en los mercados internacionales. Debe considerarse que el gobierno y las compañías poseen un mutuo interés en la prosperidad de esta industria.

"8" Del estudio de la balanza de pagos se desprende que la única posibilidad a corto plazo con que cuenta Colombia para obtener las

divisas necesarias para su desarrollo es la de lograr una vigorosa y fuerte inversión de la industria petrolera. Para ello, ésta debe contar con incentivos apropiados que le permitan su expansión.

"9" Para disfrutar de un mayor interés por parte de la inversión extranjera necesaria para el acelerado desarrollo económico del país, resulta fundamental darle estabilidad a la legislación petrolera en lo relacionado con la exploración, producción, transporte, refinación, venta y exportación del combustible. Asimismo, es indispensable conservar los incentivos tributarios especiales, además de fijar un tipo uniforme de cambio para las transacciones petroleras con el fin de evitar las falsas utilidades a que están sometidas las empresas extranjeras hoy en día. (Revista "La Industria Privada del Petróleo en la Economía Colombiana, págs. 39 y ss.)

*Contribución de la Industria Petrolera a la Economía Nacional.* Simón Martínez Emiliani afirma que algunos han venido diseminando la especie de que la contribución de la industria petrolera a la economía nacional asciende solamente a un 8% de sus utilidades, tratando de demostrar que esta contribución se limita únicamente a las regalías petrolíferas. No toman ellos en consideración los otros pagos que hace la industria al fisco nacional por concepto de cánones superficarios, impuestos sobre la renta y complementarios, derechos de aduana, etc.

Durante el año de 1.959, la contribución de la industria petrolera a la economía nacional, ascendió a un 62% aproximadamente de sus utilidades. En efecto, según la liquidación privada de las compañías petroleras (Grupo Shell, Texas, Colpet, Mobil Oil, Grupo Intercol), éstas deberían pagar al Gobierno Nacional, por concepto de impuestos sobre la renta y correspondiente a este año, la suma de \$ 103.600.000.

Además, ellos pagaron:

- a) Por derechos de aduana: \$ 23.800.000;
- b) " cánones superficarios: \$ 4.100.000;
- c) " regalías \$ 48.000.000;

Es decir, que la industria pagará al Estado Colombiano, en total durante el año de 1.959, la suma de \$ 179.500.000, y como sus utilidades fueron de \$ 106.932.000, la proporción que recibirá el fisco nacional será de 62% aproximadamente.

*Exportación del petróleo sin reintegrar divisas.* — Agrega el autor mencionado, —Martínez Emiliani— que no falta quien afirme que

las compañías petroleras privadas gozan del privilegio de exportar el petróleo sin reintegrar las divisas, como están obligados a hacerlo los otros exportadores colombianos, y que están cosechando así fabulosas ganancias.

“La situación de las compañías petroleras y del normal exportador colombiano, como el cafetero, es completamente diferente. El cafetero tiene que enviar primero sus productos al exterior y luego recibir el pago correspondiente en dólares. En cambio, en las Compañías petroleras dedicadas a la explotación y exploración, los inversionistas tienen que hacer previamente grandes desembolsos, ya en dólares en el exterior, ya en pesos provenientes de las divisas que venden al Banco de la República al cambio oficial que es inferior al libre, antes de que se haya exportado.

“Si bien los exportadores de café están también obligados a vender sus divisas al cambio oficial, existe una diferencia entre ellos y las Compañías petroleras, ya que éstas solamente pueden recuperar sus enormes inversiones si encuentran petróleo en cantidades comerciales y si lo pueden exportar hacia los mercados internacionales.

“Y en caso de que éste no se encuentre, todas las inversiones quedan en el país sin que exista medio alguno de recuperarlas. Así, por ejemplo, tenemos el caso de la Richomnd Petroleum y de la Mobil Oil que han invertido cuantiosas sumas sin que hayan hallado hasta el momento un campo de petróleo comercialmente explotable. La International Petroleum Co. (Intercol) había invertido desde 1.951 hasta fines de 1.958 la cantidad de 62 millones de dólares, aproximadamente, en exploración y perforación exploratoria y solamente han encontrado un pequeño campo, cuya producción promedio, ascendió durante el año de 1.960 a 339 barriles diarios. La Shell ha venido trabajando en Colombia por espacio de 25 años y aún no ha recuperado sus inversiones en exploración y explotación que ascendían, a fines de 1.960, a 400 millones de dólares.

“De manera que en modo alguno se trata de un privilegio concedido por el legislador colombiano a las compañías petroleras. Quiso él solamente brindarles este incentivo, que implica una mayor flexibilidad en sus operaciones, por tratarse de una actividad esencialmente aleatoria, que requiere la inversión de ingentes cantidades de dinero. Si no lo hubiere hecho así, estaría, quién sabe por cuántos años más, nuestro petróleo en el fondo de la tierra, y teniendo el país que desembolsar anualmente la suma de 152 millones de dólares para atender a sus necesidades internas.

Colombia, pues, para llegar a la producción que tiene actualmente —151.000 barriles diarios en promedio— no ha tenido que invertir en esta industria un sólo dólar proveniente de sus exportaciones ordinarias. Las compañías petroleras antes mencionadas habían invertido, en cambio, hasta fines de 1.958, la fabulosa suma de US 2.320.395.000 en los aspectos siguientes:

Exploración y producción	US 1.045.938.000
Refinación	US 394.185.000
Distribución	US 604.739.000
Oleoducto	US 275.533.000

Se dice, sin embargo, que el fisco nacional dejó de percibir en el año de 1.959, por ejemplo, la suma de 73 millones de dólares por concepto de la exportación libre de 28 millones de barriles de petróleo aproximadamente. No obstante las compañías petroleras privadas (Grupo Shell, Texas, Colombian Petroleum, Sagoc, Grupo Intercol y Mobil Oil) importaron al país durante ese año, para el desarrollo de sus actividades, la cantidad de US 102.500.000 aproximadamente. Al país, le quedó también por este concepto un remanente de US 29.500.000. Es decir, que si Colombia hubiera exportado este petróleo como de su propiedad su valor no habría significado absolutamente nada para mejorar la balanza de pagos".

El pro y el contra se ha analizado, con el fin de que los estudiantes tengan conceptos claros sobre el problema y traten de profundizar una vez más.

\* \* \*

*La sal y vertientes de agua salada.* — El Estado conserva la propiedad de ellas, siempre que su concentración supere los 6 grados B. Pertenecen al Estado, igualmente, la sal marina de las costas de tierra firme y de las islas.

Las minas de sal de Zipaquirá, Nemocón, Tausa y Sesquilé, son administradas por el Banco de la República, mediante una comisión del 2% sobre el producido líquido.

La Ley 210 de 1.959 dispuso que los Municipios donde se verifique la explotación de salinas terrestres o marítimas, tendrá una participación del 10% sobre el producto bruto. La Intendencia de la Guajira (hoy departamento) recibirá un 25% de participación.

Para efectos de la liquidación de las participaciones regirán precios que fije el Gobierno para la venta de toneladas de sal marítima a granel, o sea el equivalente al de la salmuera en las salinas terrestres. La sal para usos industriales, para consumo de la ganadería y para la explotación, se valorará, para el mismo efecto, a su precio real de venta.

Si por razones técnicas se suprimiere en uno de los municipios o en la Guajira la explotación, tales entidades continuarán percibiendo la participación equivalente al promedio de los dos últimos años de explotación.

Si los municipios o Intendencias favorecidos tuvieren presupuesto mayor de 100.000 pesos deben dedicar las participaciones para educación y fomento municipal. Los municipios restantes deberán destinar a tales fines el 50%.

*Minas de Supía y Marmato.* — El Estado explota, por medio de contratos de arrendamiento las minas de Supía y Marmato, con resultados que no han sido satisfactorios. Por el contrario, la explotación de tales minas han dejado mucho que desear y no han contribuído al fisco nacional en la forma esperada.

*Derechos de caza y pesca.* — La regalía de la caza era hasta fines del siglo XVIII prerrogativa de los señores territoriales. Dice el Dr. Esteban Jaramillo que, con la Revolución Francesa esta situación se modificó y el derecho de caza se concedió al dueño de las tierras. Cuando el Estado posee grandes extensiones de tierra, tiene derecho a la caza y puede explotarla directamente o mediante contratos de arrendamiento.

Respecto a la pesca, que fue otra regalía en favor de los señores territoriales en la Edad Media, se conserva en muchos países como un derecho del Estado en las aguas públicas y se explota mediante contratos de arrendamiento.

En Colombia la caza y pesca se ejercen libremente en tierras y aguas públicas. El Gobierno sólo exige la "Licencia de caza y pesca", mediante el pago de una tasa al Gobierno Nacional y al Municipal donde se ejerce, y mediante el pago de algunos derechos de timbre nacional. Todo de acuerdo con los Decretos 1279 de 1.955; 1749 de 1.942, y Resoluciones del Ministerio de Agricultura números 0127 de 1.956 y 0544 de 1.950.

De estos derechos puede deducir el Estado fuertes entradas fiscales, si procede a realizar una reglamentación cuidadosa, principal-

mente de la pesca, por los ríos y mares que posee. Además debe tenerse en cuenta que los Tratados Internacionales de Ginebra sobre recursos muertos y recursos vivos, aprobados por el Congreso Nacional, le abre nuevas perspectivas al respecto.

La Ley 119 de 1.961 —Noviembre 24— aprobó la "Convención sobre pesca y conservación de Recursos Vivos de Alta Mar", suscrita en Ginebra el 24 de Abril de 1.958 durante la Conferencia de las Naciones Unidas. Dice la ley:

"Considerando que el desarrollo de la técnica moderna en cuanto a los medios de explotación de los recursos vivos del mar, al aumentar la capacidad del hombre para atender a las necesidades alimenticias de la creciente población mundial, ha expuesto algunos de estos recursos al peligro de ser explotados en exceso.

"Considerando también que la naturaleza de los problemas que suscita en la actualidad la conservación de los recursos vivos de la alta mar, sugiere la clara necesidad de que se resuelvan, cuando ello sea posible, sobre bases de cooperación internacional mediante la acción concretada de todos los Estados Interesados.

"Artículo 1º—Todos los Estados tienen el derecho de que sus nacionales se dediquen a la pesca en alta mar, a reserva de:

- a) Sus obligaciones convencionales;
- b) los intereses y derechos del Estado ribereño que se estipulan en la presente convención, y
- c) las disposiciones sobre la conservación de los recursos vivos de la alta mar que figuran en los artículos siguientes:

2º—Los Estados tendrán la obligación de adoptar o de colaborar con otros Estados en la adopción de las medidas que en relación con sus respectivos nacionales, pueden ser necesarias para la conservación de los recursos vivos de la alta mar.

Artículo 2º—A los efectos de esta Convención se entenderá por "recursos vivos de alta mar", el conjunto de medidas que permitan un rendimiento óptimo constante de estos recursos, de manera que hasta el máximo el abastecimiento de alimentos y de otros productos del mar. Al formular los programas de conservación se tendrá en cuenta la necesidad de asegurar en primer lugar el abastecimiento de alimentos para el consumo humano.

La convención reglamenta toda la materia.

*Valores moviliarios.* — Por regla general no debe poseer el Estado títulos o acciones de Empresas de carácter privado. Pero cuando existe un INTERES POLITICO O ECONOMICO, como la adquisición de documentos de deuda pública de otro país para nivelar los cambios, o para evitar perjuicios de cualquier orden para los asociados o para la soberanía del país, la acción toma el aspecto colectivo o de beneficio social, y debe ejercerla el Estado.

*Las esmeraldas.* — La Nación ha venido administrando las Minas de Esmeraldas directamente en algunos casos. otras veces ha delegado esa administración, y finalmente, ha celebrado contratos de arrendamiento en muchos casos. Esto ha ocurrido con las minas de Muzo y Coscuez en el Departamento de Boyacá, con resultados poco satisfactorios, a pesar de producir tales minas las mejores esmeraldas del mundo.

La Ley 145 de 1.959 y su Decreto Reglamentario 545 de 1.960, fijan los principios legales que deben tenerse en cuenta en la explotación y exploración de las minas de esmeraldas.

Dice el artículo 1º de la Ley:

“La exploración y explotación de las minas de esmeraldas pertenecientes a la Nación, se efectuará mediante permisos concedidos por el Gobierno Nacional, de conformidad con lo dispuesto en la presente ley.

“Las minas de esmeraldas de Muzo y Coscuez seguirán siendo explotadas de acuerdo con el régimen especial vigente. Terminado éste su explotación se hará directamente por la Nación, o en la forma que el Gobierno estimare más conveniente.

Artículo 2º:

“Los permisos sobre exploración y explotación de esmeraldas se concederán por un plazo de cinco años, prorrogables por cinco más siempre y cuando que los beneficiarios hayan cumplido dentro del plazo inicial y a satisfacción del Gobierno, todas las obligaciones a su cargo.

Los permisos se otorgarán sobre globos de terreno de extensión continua y de forma rectangular, cuya latitud no sea inferior a un tercio de su longitud, y con una superficie máxima de cincuenta hectáreas. Si el área libre para conceder un permiso no alcanzare a medir 50 hectáreas podrá concederse el permiso aunque el polígono

resultante no reuna las condiciones de forma y de proporciones que señala este artículo.

De acuerdo con el artículo 6º de la Ley, en armonía con el artículo 3º de la ley 40 de 1.905, el Estado se reserva el derecho de vender las esmeraldas que se produzcan en el país.

Las esmeraldas obtenidas en virtud de los permisos a que se refiere esta ley, deberán depositarse en el Banco de la República para su lapidación y consiguiente avalúo, operación esta última que se realiza con la intervención de un funcionario del Ministerio de Minas y Petróleos comisionado al efecto.

Una vez, valuadas las esmeraldas, el Banco de la República las comprará, o podrá proceder a venderlas en su calidad de consignatario. Del producto de la venta, deducido el costo de lapidación, le ponderá al Banco un dos y medio por ciento (2½%) por concepto de comisión y el saldo se distribuirá así: el 12½% para la Nación, el 12½% para el Municipio donde se encuentra ubicados los yacimientos, y el resto, para el beneficiario del permiso.

Para iniciar la exploración y explotación de las minas de esmeraldas de propiedad particular, es requisito indispensable dar aviso previo por escrito al Ministerio de Minas y Petróleos, acompañándolo de los correspondientes títulos de propiedad.

La citada ley autoriza al Gobierno para organizar una Empresa Colombiana de Esmeraldas, como Entidad Autónoma, personería jurídica y patrimonio propio, el cual puede provenir de los particulares.

Tanto la Ley como el decreto reglamentario son muy claros y minuciosos.

b) *Dominio fiscal industrial:*

¿Qué clase de empresas corresponden a este dominio? — De este dominio han formado parte en las distintas épocas varias clases de empresas explotables por el Estado, a saber:

1º *Empresas con fines exclusivamente fiscales*, como alfarerías, panaderías, baños públicos, farmacias, fundiciones, fábricas de tapices, de porcelana, de cristal, de tejidos, etc.

2º *Empresas con el objeto de satisfacer necesidades de carácter administrativo*, como son las fábricas de armas, pólvora, municiones, imprentas, litografías, etc. En todas estas empresas existen intereses importantes que se relacionan con la seguridad del Estado, razón por la cual no se pueden ceder a los particulares.

3º *Empresas con el fin de atender exigencias de orden social y económico*, como son las llamadas propiamente empresas Oficiales. Estas deben tener manifiesto interés público —dice E. Jaramillo— y Luigi Einaudi afirma que “toda empresa se convierte en pública, cualquiera que sea su industria cuando el *Estado entiende* que está en mejores condiciones que los particulares para tutelar ciertos intereses públicos u obtener una suma *mayor de utilidad pública colectiva*. (Principios de Hacienda Pública, pág. 27).

*Requisitos que deben reunir las Empresas Oficiales.* — De acuerdo con la opinión de E. Jaramillo, los requisitos son éstos:

1º—Que el negocio sea sencillo y hasta cierto punto rutinario, sin grandes problemas técnicos ni dificultades administrativas, ni muy frecuentes innovaciones en su organización:

2º—Que no demande cuantiosos capitales cuya adquisición imponga cargas pesadas a los contribuyentes:

3º—Que tenga una considerable cantidad de servicios diseminados en el país los cuales requieren unidad de dirección y administración que no pueden dar distintos empresarios particulares, y

4º—Que la administración del negocio se efectúe bajo la vigilancia e inspección del público, para que éste pueda reclamar contra sus deficiencias o pedir que se corrijan sus irregularidades.

*¿Cuándo el Estado tutela intereses públicos importantes?* — El Estado puede verse en la necesidad de evitar el fraude, pero no un fraude cualquiera, sino un fraude que impida la defensa personal de los asociados, como ocurriría con la amonedación en manos de los particulares. El doctor E. Jaramillo comenta esta importantísima función, en los siguientes términos:

“Siendo la moneda la medida de los valores, el instrumento de los cambios y el fondo de acumulación más usual para futuras inversiones, es indispensable que tenga un valor conocido permanente, por la ley y el peso de ella, pues si así no sucede, la moneda se deprecia, desaloja de la circulación los discos que tienen un valor efectivo correspondiente a su leyenda, y produce hondas repercusiones en el precio de las cosas en el cambio con el exterior y en las condiciones económicas de las distintas clases sociales. Cuantas veces intentaron los gobiernos engañar al público acuñando moneda de un valor intrínseco inferior al que rezaba la leyenda de los discos otras tantas el cumplimiento de leyes económicas inmutables dio al traste con la superchería oficial, estableciendo el verdadero valor de los signos falsifi-

cados y refluyendo de modo automático sobre las finanzas públicas, que pretendió aliviar con ese recurso. Pero no es sólo la falsificación de la moneda lo que ocasiona su deprecio sino también el deterioro y desgaste de aquélla, que la hacen disminuir de peso.

"Abandonar a los particulares la acuñación de moneda, como pretenden algunos escritores, sería renunciar el Estado a uno de sus primordiales deberes, cual es el de ejercer una activa y constante supervigilancia en el sistema monetario nacional, al que están vinculados tan valiosos intereses sociales, económicos y comerciales. Las consecuencias de este abandono serían falsificaciones constantes, motivadas por el espíritu de lucro particular, y la falta de sustitución de las monedas desgastadas".

*¿Cuando el Estado organiza Empresas Oficiales, persigue únicamente prestar un servicio o busca también utilidades? — La tendencia moderna de los Estados socialistas, anota el profesor A. Camacho Rueda, es la de hacer derivar ingresos por sobre el costo de producción con la explotación de tales empresas".*

En forma similar se expresan los autores norteamericanos Lawrence L. Bethel, Franklin S. George H. Smith, y Varvey Jr. en su libro "ORGANIZACION Y DIRECCION INDUSTRIAL".

"Las razones básicas para el establecimiento de empresas de propiedad pública por parte de los gobiernos, son las necesidades y el bienestar público aunque pueden tener cierta importancia ciertos motivos menos elevados, como el contar con empleos para los defensores de un partido político. No se pretende que toda la gente comparta igualmente los beneficios de las empresas públicas; algunas secciones del público pueden beneficiarse directa y materialmente, mientras que otras sólo obtendrán beneficios contingentes. Tampoco se quiere decir que la promoción de las empresas públicas se realice, en la mayoría de los casos, sin esperar beneficios en el sentido ordinario de la palabra. *Muchas empresas públicas operan de manera similar a las privadas y tratan de obtener beneficios con sus actividades. Pero en el caso de este tipo de empresas, la consideración básica es el bienestar general del público y si se obtienen beneficios éstos se emplean en interés del público, en lugar de hacerlo en provecho del interés privado.*

"En los Estados Unidos la propiedad pública existe en los 3 tipos de gobierno: municipal, estatal y federal; La mayoría de las empresas son de servicios públicos o de utilidad pública; servicios postales, construcción y manejo de bancos, arsenales, imprentas y sus anexos, servicios de puertos y terminales, uso de puentes y carreteras de peaje,

obras hidráulicas, plantas eléctricas y de gas, líneas de tranvías y autobuses. Los citados no son más que unos cuantos ejemplos de un campo que está creciendo rápidamente. Independientemente de las industrias de las prisiones, que funcionan esencialmente con propósitos penales y sociales, los gobiernos se habían mantenido alejados hasta tiempos recientes del campo fabril, en general. Pero el alcance de sus actividades ha ido creciendo constantemente, por lo menos al margen de las empresas industriales y, bajo la presión de las depresiones, de las guerras y de la indignación pública por los abusos de las empresas privadas, se ha hecho más evidente la tendencia de los gobiernos a penetrar en el campo industrial.

“Las actividades de los gobiernos se han conducido esencialmente mediante agencias y organismos políticos. Incluso cuando son económicas en sustancia, hay una fuerte tendencia a emplear medios políticos: leyes, reglamentos y departamentos del gobierno. Ahora bien, si hay tendencia a la participación del gobierno en escala mayor y más concreta en las actividades económicas, ¿se limita ésta a ampliar los medios políticos normales o adoptar nuevas fórmulas? La ampliación de los sistemas políticos usuales es un resultado obvio de nuestro estudio de la intervención creciente del gobierno en la vida económica. Pero también adopta las formas que encuentra en el campo de las empresas privadas”.

El doctor Esteban Jaramillo no comparte la tesis anterior, como se desprende del aparte siguiente:

“Algunos autores quisieran que el Estado aprovechara esa condición privilegiada para elevar las tasas y disminuir los impuestos. Pero como ya hemos visto, este sistema contraría los fines sociales y económicos que deben obedecer tales empresas, fines que no se llenarían si el Estado las explotase únicamente como medio de acrecentar las entradas del Fisco. En tal evento, las tasas vendrían a ser verdaderos impuestos, y habría una extraña confusión de las funciones públicas del Estado como poder soberano, con las del Estado como Empresario oficial.

*¿Cuál es el concepto de Estatización?* — Es el traslado de actividades, funciones y responsabilidades de las agrupaciones sociales o de los ciudadanos al Estado. Como consecuencia de este fenómeno aparece otro: la centralización de poder, que consiste en que la capacidad decisoria de las actividades estatales, se va trasladando sucesivamente de las regiones y las localidades hacia la administración central. Esta concentración conlleva, a su vez, lentitud e ineficacia en la

administración y despreocupación respecto a las entidades menores. La estatización acompañada de la centralización, presenta peligros graves para la dignidad de la persona porque coloca el poder en un grupo de hombres que pueden emplearlo en servir intereses particulares de una ideología política determinada, en detrimento de la libertad y dignidad de las personas.

En lugar de encausar la actividad estatal por el sendero de la Estatización, debe iniciarse una campaña tendiente a fortalecer las comunidades menores de carácter natural. En esta forma ellas, como co-gestoras del bien común vienen a suplir al Ente central en aquellas actividades que pueden atender en mejor forma que aquél. Es prudente, pues, fortalecer las organizaciones administrativas de las regiones y de las localidades, es decir, del departamento, del municipio, etc. Pero ese fortalecimiento trae su complemento necesario: el aspecto fiscal. Al reestructurar las funciones que se asignan a las entidades menores, es preciso dotarlas de recursos económicos suficientes para poder cumplir las funciones que les son propias y que redundan en el bien común de toda la colectividad.

Dentro de la concepción cristiana del hombre y del orden social, aquél es responsable de su propio perfeccionamiento; al Estado le corresponde poner los medios favorables para el completo perfeccionamiento de la persona. El Estado, pues, debe capacitar al individuo, a las agrupaciones de individuos, a las regiones y a las localidades, para que todos confluyan a un solo fin: el perfeccionamiento del hombre. Ese obrar armónico es lo que conduce al éxito. No es, ni mucho menos, la estatización ni la centralización lo que asegura el éxito de las Entidades de Derecho Público y por ende la meta del bien común.

*¿Qué política debe seguirse en materia de estatización u oficialización de Empresas?* — No puede hablarse de una política universal. Cada país resuelve el problema teniendo en cuenta la finalidad de interés público, que es el motivo esencial de la estatización sin perder de vista que ese interés público es de apreciación nacional. De allí que no pueda hablarse de empresas que sigan igual tratamiento en los diversos países del mundo. Por este motivo vemos algunas naciones como Estados Unidos en que los ferrocarriles son explotados por los particulares, cuando en naciones como Colombia, son explotados por el Estado. En Argentina y Rusia el comercio exterior se encuentra nacionalizado, cuando en la generalidad de los países del mundo occidental, se deja a la iniciativa privada, sometidas a normas de

control indispensables para regular la economía interna, fuertemente influida por los superávits o déficits de la balanza comercial.

Algunos datos de las Empresas Públicas de Medellín.

Ante las afirmaciones del Sindicato, de que las Empresas estaban obteniendo grandes utilidades, el Jefe de Relaciones Públicas de las mencionadas Empresas, declaró que el término "utilidades" ha venido siendo mal utilizado, porque la entidad no tiene accionistas, ni reparte dividendos, ni se trata de una entidad de lucro. El capital es 100% oficial.

Las Empresas destinan todos los dineros que sobren, después de atender a los gastos de funcionamiento, a la ampliación de los servicios básicos de energía, agua y teléfonos. Por tal razón, no puede hablarse de "utilidades", sino de "rendimientos capitalizables". Y si dentro del concepto de "utilidades" se incluyen las "reservas acumuladas" y las partidas para "depreciaciones", el error es todavía mayor, porque las primeras son partidas destinadas a atender ciertas situaciones que se presentan esporádicamente, tales como daños e indemnizaciones a terceros etc., (que no son gastos normales de operación), y las segundas corresponden a partidas destinadas a reemplazar los equipos que se encuentran en funcionamiento (las máquinas tienen vida probable como las personas).

Resulta absurdo sumar los "rendimientos capitalizables" con las partidas destinadas a constituir "reservas para depreciaciones" y "reservas de previsión", para sacar la conclusión de que las Empresas están obteniendo grandes utilidades.

No sobra advertir que las inversiones en los últimos años han superado los rendimientos capitalizables. En efecto: se ha apelado a los empréstitos a largo plazo. Esta afirmación se demuestra con los siguientes datos:

1.960	Rendimiento capitalizable	\$ 31.660.895	Inversión	\$ 31.200.151
1.961	"	"	"	\$ 80.372.790
1.962	"	"	"	\$ 146.710.615
1.964	"	"	"	\$ 197.895.259
1.965	"	"	"	\$ 217.970.499

Finalmente, es del caso advertir, que Medellín es una ciudad que crece a paso acelerado. Malthus había calculado que la población se duplicaba en 25 años, y esta ciudad, según datos de la oficina de Planeación Municipal, se ha duplicado en la mitad.

¿Qué factores influyen en la estatización de ciertas empresas? —  
Según el Profesor Luigi Einaudi, existen factores que incluyen en la estatización de ciertas empresas, a saber:

a) *La necesidad de evitar el fraude.* Como ejemplo de esto tomemos la amonedación, ya estudiada. En todo caso, siempre que haya una actividad en que el hombre normal no pueda defenderse del fraude, debe concurrir el Estado a defenderlo.

b) *Ocupación de la vía pública.* Como estas vías se encuentran en poder de la Entidad Oficial, es más indicado que ésta funde determinadas empresas. Por ejemplo, un tranvía, que ocuparía la calle e impediría el establecimiento de otro tranvía por la misma calle.

c) *Acumulabilidad de los productos de las empresas.* En ciertas empresas privadas es posible acumular productos en previsión de un paro de obreros o de patronos. Hay algunas empresas, sin embargo, que no permiten esa acumulación, como la energía eléctrica, el acueducto, etc., razón por la cual deben estar en poder del Estado y en esa forma evitar más fácilmente los paros colectivos en las empresas de servicios públicos.

d) *La necesidad de alcanzar fines extraeconómicos.* Los particulares no pueden alcanzar ciertos fines, porque ellos sólo son impulsados por el interés del lucro económico. En cambio, el Estado busca bienestar para los asociados y no le puede importar mucho el lucro contable. En tal virtud, los particulares solamente incrementarían las industrias que dieran altas ganancias. Podríamos pensar en lo que ocurriría si los servicios de ferrocarril, correo, telégrafo, radio, acueducto, etc., fueran atendidos por los particulares.

En nuestro país tenemos una clara experiencia. La iniciativa privada sólo construyó pequeños tramos de ferrocarril, es decir, los que servían como vía obligada para las importaciones y exportaciones; pero nunca se pensó en el desarrollo futuro de la patria. No había más afán que el de las ganancias. Los construidos fueron: Cartagena-Calará, Barranquilla-Pto. Colombia, Cúcuta-Encontrados y el Ferrocarril de la Dorada hasta Ambalema.

El afán de alcanzar fines extraeconómicos ha llevado a los Estados, sobre todo cuando apenas están en vía de desarrollo a estatizar muchos de sus servicios con el fin de satisfacer intereses generales. Para mejor realizar este objetivo, suelen adoptar tarifas diferenciales para hacer pagar a los que pueden, tarifas altas, y dis-

minuír notablemente las tarifas a los desheredados de la fortuna, constituyendo así una especie de "seguro mutuo de política y cultura". Con esta política se hace posible fundar oficinas de correos en sitios apartados aunque el producido no cubra gastos, los cuales son nivelados al compensarlos con las oficinas que dan utilidad. El agua, la energía, el teléfono, puede someterse a una tarifa diferencial basada en el avalúo catastral de la propiedad para que el servicio llegue a las habitaciones más humildes así como a las más lujosas; que éstas paguen lo que dejan de pagar aquéllas.

e) *La necesidad de evitar que surjan intereses privados contrarios al interés público.* Hay ciertas empresas relacionadas con la defensa nacional que deben estatizarse para que marchen paralelamente con los programas de defensa. Ejemplos: los ferrocarriles estratégicos a las fronteras, las fábricas de armamentos y astilleros, etc. Si en un país determinado los particulares pudieran construir y vender armas de guerra, como a ellos no les interesa más que el lucro, venderían armas al Estado enemigo; al realizar esta venta obligaría a su país a comprar armas para su defensa, con lo cual habría fomentado el mercado interno del producto.

f) *El carácter subsidiario de una empresa, en relación con otras ya estatizadas.* Cuando una empresa depende de otra para el suministro de materias primas esenciales a su producción, es natural que explotándola como subsidiaria, sus costos tienden a reducirse. Ej.: El Estado no solo produce agua y sal sino también, sodas y sus derivados.

*¿Podrá generalizarse la Estatización de las Empresas?* — El profesor Aurelio Camacho R. dice que existen inconvenientes graves de generalizar la estatización de las empresas porque algunas de ellas rozan con la constitución misma del Estado y con las doctrinas democráticas. Entre los más importantes, se pueden enumerar los siguientes:

a) *Industrias Complicadas:* Esta clase de industrias es más propia de las empresas privadas, que están en condiciones de organizar y mantener oficinas técnicas, a fin de vivir a tono con la época, o mejor, con los adelantos modernos. Por otra parte, debe tenerse en cuenta que, en la actividad oficial no se escogen los trabajadores con criterio de eficiencia y rendimiento sino con mero criterio político o de camarilla. Estos motivos hacen aconsejables para el Estado, empresas de sencillo funcionamiento.

b) *Industrias sujetas al azar de nuevas invenciones.* Esta clase de industrias debe quedar en manos privadas. Los empresarios particulares, en procura de mayores utilidades, viven continuamente estudiando la posibilidad de nuevos productos, de inventos novedosos, porque si no lo hacen así la competencia los puede alejar de los mercados. En la actividad oficial, por regla general, no se amolda fácilmente a los nuevos adelantos. Sus empresas se quedan muy atrás o retardadas, con evidente perjuicio para los asociados. Debe entenderse que ese criterio puede variar de un momento a otro. Hasta ahora no tenemos para exhibir sino la experiencia de los Estados.

c) *Industrias con beneficios variables.* Se trata de un inconveniente meramente presupuestal. Si los beneficios son muy variables pueden alterar el equilibrio del presupuesto, es decir, pueden hacer fallar los cálculos realizados por la autoridad competente. Cuando se trata de empresas descentralizadas, con personería jurídica propia y presupuesto independiente, la situación puede ser diferente.

d) *Industrias con muchos empleados.* En los países organizados democráticamente es peligroso organizar empresas oficiales con muchos trabajadores, porque las personas que aspiran a cargos de elección popular realizan su política a base de promesas. Les prometen disminuir el horario del trabajo, aumentar los salarios y las prestaciones sociales y a hacerles concesiones reglamentarias, etc. Cuando los trabajadores están concentrados en un solo lugar o en zonas muy vecinas, la situación es todavía más grave. Ejemplos: lo que pasó con el tranvía de Bogotá y Medellín y lo que ha venido ocurriendo con los ferrocarriles.

A la presión de los trabajadores se suma la presión de los usuarios, los cuales quieren tarifas bajas, o que en determinados casos se hagan concesiones especiales o se les eximan de pasajes y fletes. Estas personas también son votantes y pueden presionar a sus representantes para conseguir su objetivo. Otro tanto puede decirse de los proveedores, los cuales pueden ejercer graves presiones sobre los políticos.

¿Qué remedios pueden aplicarse a los anteriores inconvenientes? Sostienen algunos autores que el remedio adecuado es el manejo de las empresas con cierta independencia del Estado, mediante la creación de establecimientos públicos en general y de personas jurídicas autónomas. Estos establecimientos públicos o de utilidad pública están constituidos en forma que, no descuidando los intereses generales

que las empresas deben llenar, tampoco pueden olvidar los fines económicos de esas mismas empresas. En las Juntas Directivas intervienen representantes del Estado, por elección indirecta, lo que constituye una garantía más contra la politiquería. El control de los representantes de los intereses privados evita los excesos de la directiva estatal. (Extracto de Aurelio Camacho R.)

*¿Cuáles son las principales empresas que suelen estatizarse? —* Los Estados suelen estatizar estas empresas: Correos, telégrafos, teléfonos, acueductos, tranvías, plantas eléctricas, plantas de gas, carreteras y caminos, canales, transportes marítimos, fluviales y aéreos, ferrocarriles, etc.

*¿Cómo se llama lo que cobran las Entidades Oficiales por los servicios anotados? —* Lo que la Entidad Oficial cobra por los anteriores servicios se llama TASA y corresponde a los servicios que presta el Estado, pero que no existe inconveniente en que los presten los particulares; los usuarios pueden solicitar, o no, el servicio, y por regla general, la empresa sólo debe satisfacer costos, o mejor, apenas debe cobrar precios públicos, si nos atenemos a la terminología de Einaudi.

c) *Dominio Fiscal Comercial.* Es frecuente que los Estados realicen operaciones comerciales. Ejemplos: venta de productos manufacturados de las cárceles, de esmeraldas, etc. Es principalmente importante lo referente a las OPERACIONES BANCARIAS.

*¿Los bancos deben ser estatizados? —* "El servicio del crédito, a través de los Bancos, anota Camacho Rueda, es un servicio que se presta a la estatización por diferentes factores; especialmente por la facilidad de su manejo y por la influencia que al través de él puede ejercerse sobre toda la economía de un país. No es de extrañar, pues, que una de las primeras medidas adoptadas por los Gobiernos de tenencias socialistas sea la estatización, como aconteció en Inglaterra con el régimen laborista de postguerra. En los países latinoamericanos se anotan casos análogos".

*Argumentos contra la nacionalización de los bancos. —* Pueden reducirse a los siguientes:

a) Con la nacionalización, los funcionarios del Gobierno estarían al corriente del Estado Económico de los depositantes y se podrían derivar perjuicio para sus negocios particulares;

b) El crédito se otorgaría discriminadamente según los intereses políticos en determinado momento;

c) La banca Estatal ofrecería menos seguridades para los depositantes que la banca privada, por la vinculación que se establecería entre el Banco, la circulación monetaria del país y la hacienda pública. El Gobierno tendría crédito ilimitado, lo que constituiría para él una tentación irresistible y para los clientes un grave perjuicio porque en un momento dado la Institución no podría cumplirles.

*Argumentos en favor de la nacionalización de los bancos.*

a) Las operaciones bancarias son, por su naturaleza, de una gran sencillez técnica, casi mecánica; constituyen una verdadera rutina;

b) El Estado es el único que al fundar un banco con el criterio de llevar a cabo el desarrollo económico del país, puede sacar inmenso beneficio para la comunidad;

c) El banco del Estado puede encauzar el movimiento del numerario nacional, en atención a las necesidades públicas y no al lucro de la institución, centralizándolo o difundiéndolo en las diferentes plazas comerciales e industriales.

*¿En todos los casos será necesario socializar los bancos para que presten beneficio a la comunidad? — El economista Cole, partidario de la nacionalización de los bancos, acepta que tal medida no es indispensable si el Estado logra el control necesario para que el crédito se acomode al plan general económico del país: “¿pero aún suponiendo que la socialización no tenga ninguna de las consecuencias de que tan temerosos se sienten sus opositores, es necesario socializarlos?. No lo es si se puede lograr el grado de control requerido para que la distribución del crédito se apegue a las necesidades del plan general económico. No obstante, puede ser muy conveniente para facilitar el funcionamiento del plan y procurar las condiciones de crédito más baratas posibles; y será absolutamente necesario, a menos que los bancos actúen como si estuvieran socializados, aunque no lo estén”.*

*El cometido de regular la moneda, el cambio y el crédito no pertenece a la atribución interventora del Estado. — Por ser de bastante actualidad, se transcribe el estudio del Dr. Alvaro Copete Lizarralde, de octubre 29 de 1.963.*

*“Tanto el Dr. Pérez como el doctor Cardozo han sostenido que la misión de regular el cambio y el crédito son típicamente derivadas de la función interventora del Estado y, por ende, incompatible con*

su ejercicio a través de facultades extraordinarias. Sin embargo, el doctor Pérez, que a más de reputado constitucionalista es calificado experto financiero, acepta como propia de las facultades extraordinarias cierto poder regulador de la moneda, el cambio y el crédito. En efecto, dice en su memorando de 21 de octubre.

"Las atribuciones que a la junta monetaria fijó el decreto mencionado (2206 de 20 de septiembre de 1.963) son de trascendencia innegable y algunas de ellas encajan dentro de las finalidades propias de la referida junta en cuanto al régimen monetario, cambiario y crediticio".

"Para apartarme de la opinión siempre respetada de mi insigne maestro, me afianzo en los siguientes acertos:

a) *El intervencionismo de Estado es un concepto primordialmente de tipo político y no jurídico.* — Si intervenir se entiende con el significado simplemente gramatical, vale decir, como la acción de tomar parte en un asunto, resulta obvio que cualquier actividad del Estado es una forma de intervención. Porque tanto interviene quien determina la forma como se reconoce la validez a un testamento abierto, como el que señala las condiciones en que una oferta obliga a quien la hace, o indica la penalidad a que está sometido quien realiza un acto que se considera dañino a la sociedad. Y siendo incuestionable que estas son funciones propias del Estado, aparecería fuera de toda duda que el Estado siempre ha sido intervencionista.

"Mas acontece que el término *intervencionismo* no tiene en la lexicología jurídica la amplitud que podría derivarse de su prístino origen gramatical, porque el mismo diccionario de la Real Academia Española se encarga de expresar que dicho vocablo significa el "sistema intermedio entre el individualismo y el colectivismo", *que confía a la acción del Estado el dirigir y suplir, en la vida del país, la iniciativa privada*". No parece dubitable que el concepto transcrito pertenece al estricto campo de la política.

b) *El intervencionismo es una forma política propia del Siglo XX.* — "Cuando John Locke en los albores del siglo XVIII hizo la exégesis del individualismo, no supuso ciertamente que en sí mismo creaba la apoteosis del colectivismo. Porque si Marx y Engels escriben su manifiesto comunista a más de cien años de diferencia, es innegable que en la propia entraña del individualismo clásico se engendró el sistema que hoy nos amenaza con innegable fuerza.

"El mundo para colocarse en el punto medio de las dos fuerzas políticas que aún lo solicitan, ideó el sistema intermedio, que inmor-

talizó Juan XXIII en su Carta Encíclica "Pacem in terris", cuando afirmó que es deber de los gobernantes el evitar que "la precedencia dada a los derechos de algunos particulares o de determinadas empresas venga a ser origen de una posición de privilegio en la nación", todo ello sin impedir a los ciudadanos "el pleno ejercicio de esos mismos derechos".

"Cuando el constituyente de 1.936 consagró el principio intervencionista, esencialmente similar al que informa el artículo 32 de la codificación constitucional vigente, indudablemente quiso incorporar al derecho público colombiano un concepto hasta entonces ajeno a su estructura, que realiza el ideal democrático del Estado moderno.

"c) *El intervencionismo supone una actividad estatal externa a la tradicionalmente reconocida como propia del Estado.* — Si hemos demostrado que todo cometido estatal supone una forma de "intervenir" en la actividad de los particulares y hemos concluido igualmente que el "intervencionismo" es una concepción política propia del Siglo XX, fluye nitidamente, que no siempre que "interviene el Estado existe la forma política denominada intervencionismo".

"El Estado en uso de las facultades propias de su competencia de creador del derecho positivo regula las actividades de los asociados, como que esa es la esfera propia de su actividad.

"Más de una parte los excesos del individualismo y de otra las necesidades impuestas por los avances tecnológicos, han obligado al Estado a desbordar los límites tradicionalmente reconocidos a su órbita, para obtener la meta que justifique su existencia: el bien común. Pero de ello no puede concluirse que haya renunciado a cumplir con sus tradicionales fines, ni menos que el ejercicio de ellos pueda confundirse con las nuevas modalidades impuestas por los tiempos.

"El "intervencionismo" es así un poder regulador de actividades enajenadas dejadas al libre juego de la competencia, a la autonomía de la voluntad, a la mecánica de los niveles económicos.

"d) *La regulación de la moneda, el cambio y el crédito han sido tradicionales funciones estatales.* — "No parece menester demostrar que la regulación de la moneda es función no sólo propia, sino privativa del Estado y, por consiguiente ajena a cualquier concepto de "intervencionismo" en el sentido definido anteriormente, ni que el control de cambios es consecuencia inherente a la soberanía estatal. Quedaría por probar que la regulación del crédito obedece a idénticos principios. Empero hoy no existe economista que no convenga en la

indestructible relación entre la regulación monetaria y la dirección crediticia.

"De esa íntima relación se sigue que no puede de una parte aceptarse la facultad estatal de regular la moneda y negar de otra la atribución de reglamentar el crédito. Pero al respecto sería conveniente señalar que algunas previsiones propias de esta reglamentación, son simples derivaciones de la soberanía del Estado. En efecto, es evidente, que la facultad de determinar la tasa de interés es atribución emanada de la soberanía estatal por cuanto ella no está sometida a libre determinación de las partes, toda vez que la usura es actividad castigada penalmente y repudiada moralmente. Por ello, nuestra Corte Suprema dijo en sentencia de 7 de marzo de 1.956 que si bien la ley no ha determinado la cuantía del interés que equivale a la usura, ella puede deducirse razonablemente de disposiciones tales como los artículos 1601 y 2331 de nuestro Código Civil. Por lo demás, el interés legal ha sido fijado por el artículo 2232 —mucho antes de cualquiera teoría intervencionista— en el 6% anual y el artículo 416 del Código Penal somete a punibilidad a quien por más de 3 veces obtenga intereses usuarios. A propósito de estas actividades puede señalarse lo que en relación a la intervención del Estado en materia laboral he tenido oportunidad de expresar en mi texto de clase, cuando afirmo que la determinación por el Estado, por ejemplo, de la jornada de ocho horas, es apenas consecuencia del *imperium* estatal para regular los contratos de trabajo, en la misma forma que se exigen determinadas formalidades para constituir derechos reales sobre inmuebles.

*La Facultad de Inspección sobre Instituciones de Crédito.* — El autor citado agrega al respecto:

"Es evidente que la función de inspección sobre las entidades de crédito no puede enderezarse a asumir la dirección de ellas, por cuanto esto supondría una típica intervención del Estado. Pero es claro que las normas que reglamentan la extensión de las facultades de supervigilancia que confiere al Presidente de la República el ordinal 15 del artículo 120 de la Constitución no son de las excluidas por el artículo 32 de la Carta.

Artículo 32. El Estado puede intervenir por mandato de la Ley en la explotación de industrias o empresas públicas y privadas, con el fin de racionalizar la producción, distribución y consumo de las riquezas, o de dar al trabajador la justa protección a que tiene derecho.

Esta función no podrá ejercerse en uso de las Facultades del artículo 76, ordinal 12 de la Constitución.

Artículo 120.—Corresponde al Presidente de la República, como suprema autoridad administrativa,...

15—Ejercer la inspección necesaria sobre los bancos de emisión y demás establecimientos de crédito y sobre las sociedades mercantiles, conforme a las leyes.

"Para examinar la juridicidad del artículo 6º del Decreto 2206 de 1.963, basta someter a somero análisis sus disposiciones esenciales. Dice así la citada norma:

Artículo 6º.—De acuerdo con el artículo 5º, literal b) de la Ley 21 de 1.963, adscribense a la Junta Monetaria las siguientes funciones que podrá ejercer mediante normas de carácter general.

"a) Fijar de acuerdo con las circunstancias monetarias y crediticias, límites específicos al volumen total de los préstamos o inversiones de las instituciones de crédito o a determinadas categorías de ellos;

"b) Señalar la tasa de crecimiento del total de los activos a que se refiere el literal anterior o de determinadas clases de ellos durante un cierto periodo, pudiendo establecer tasas diferentes por entidades, atendiendo, entre otras razones, a su contribución a la financiación de operaciones de desarrollo económico;

"c) Señalar las tasas máximas de interés o descuentos que los establecimientos de crédito pueden cobrar a su clientela sobre todas sus operaciones activas. Estas tasas podrán ser diferentes en atención a aspectos tales como clase de operación, el destino de los fondos, y lugar de su aplicación. Las instituciones de crédito que cobren tasas de interés en exceso de los máximos fijados por la Junta Monetaria, estarán sujetas a las sanciones que establezca la Junta en forma general para estos casos;

"d) Fijar los plazos de descuentos que efectúen las instituciones de crédito y las clases de montos de las garantías requeridas en tales operaciones;

"e) Prohibir a los establecimientos de crédito la ejecución de ciertas clases de préstamos e inversiones que a su juicio conllevarán grave riesgo, o establecer una determinada proporción entre tales operaciones y su capital pagado y reserva legal;

"f) Facultar al Banco de la República, con mira principal a la regulación del mercado monetario, para emitir, vender, comprar y amortizar sus propios títulos de crédito o moneda nacional o extran-

jera. La Junta Monetaria determinará previamente los intereses, vencimientos y demás condiciones aplicables a dichos documentos, lo mismo que los montos de tales operaciones;

"g) Autorizar al Banco de la República, con el fin de regular el medio circulante, para comprar y vender por cuenta propia y en mercado abierto, obligaciones emitidas o garantizadas por el Gobierno Nacional: obligaciones legalmente emitidas por entidades de crédito o financieras de carácter público o privado u otros documentos de crédito de primera clase, sobre los cuales considera la Junta conveniente operar. Corresponde a la Junta definir los límites, montos y condiciones aplicables a tales operaciones, lo mismo que las características que hayan de llenar los documentos que sean objeto de tales transacciones;

"h) Solicitar a los demás organismos y dependencias del Gobierno Nacional y al Banco de la República, la cooperación que se estime oportuna, con el fin de coordinar la política cambiaria, monetaria y de crédito y de armonizar dicha política con la económica y fiscal;

"i) Reglamentar las operaciones de crédito comercial de consumo por instalamentos o de ventas a plazos de los establecimientos crediticios o comerciales o de cualquiera otra índole;

"j) Disponer, cuando así lo exijan las circunstancias económicas que la totalidad o parte de los depósitos de los establecimientos y empresas públicas de orden nacional se hagan en el Banco de la República o en otras entidades determinadas;

"k) Ordenar la acuñación de moneda fraccionaria, de conformidad con las aleaciones establecidas o que se establezcan por las leyes, cuando hubiere escasez de dichas monedas y hasta concurrencia del monto necesario para satisfacer adecuadamente su demanda, retirando de la circulación medios de pago por la misma cantidad".

"No se requiere ningún esfuerzo dialéctico para demostrar que ninguna de las funciones señaladas a la Junta Monetaria implican una intervención del Estado en la explotación de una empresa privada, pues que se ha limitado a estatuir la competencia de ella en orden a regular las condiciones dentro de las cuales pueden desarrollar las instituciones de crédito sus operaciones normales, todo para habilitar al Presidente para asumir su función de vigilante de ellas. Tan obvio es que las funciones de inspección de los establecimientos de crédito no comportan "intervención estatal", que la Superintendencia Bancaria, organismo a través del cual ejerce el Presidente la dicha

facultad, fue creado en 1.923, 13 años antes de que apareciera en nuestra Carta la norma que autoriza al Estado para intervenir en la explotación de empresas, con fundamento en la potestad acordada por la Carta de 1.886". (Tomado de la Revista DERECHO POSITIVO, N° 49, Tomo IX, págs. 127 y ss.)

*¿Qué orientación tuvo en un principio el movimiento bancario en Colombia?* — En un principio primó el criterio de estatización para el Banco central y para los bancos comerciales la iniciativa privada, pero reglamentada especialmente. Pero el fracaso del Banco Nacional hizo cambiar de criterio: se pasó a un sistema intermedio en que se conjugaban los intereses públicos y el control de los particulares. Este criterio operó para el Banco de la República en 1.923. El capital fue aportado por el Estado; los bancos privados, nacionales y extranjeros; y personas naturales. Esta organización duró hasta 1.951 en que el Estado y los particulares dejaron de ser accionistas, pero aquél siguió con influencia decisiva en la orientación general del Banco.

Con la crisis de 1.930 se notó la deficiencia de la iniciativa privada en el servicio del crédito hipotecario a largo plazo. Esto dió origen a la creación del Banco Central Hipotecario, con paorte especial del Banco de la República.

La Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero, bajo cuya dependencia actúa la Caja Colombiana de Ahorros, fue creada también a base de la crisis de 1.930, y se encamina a suministrar crédito hipotecario a largo y mediano plazo, así como el prendario, agrícola e industrial.

En 1.951 fue fundado el Banco Popular por iniciativa del Gobierno municipal de Bogotá, impulsada luego por el Gobierno Nacional. En 1.954 fue fundado otro Banco Oficial, o sea el Cafetero. Las mencionadas fundaciones indican, como lo anota Camacho Rueda, que existe una tendencia lenta hacia el Banco Oficial.

*Banco y Crédito Cooperativo.* — "La banca es una de las industrias lucrativas —anota el Dr. Carlos Mario Londoño, en su obra de "ECONOMIA SOCIAL COLOMBIANA", que mayores influencias pueden desarrollar, pero su objetivo principal se ha encaminado hacia la adquisición de utilidades para sus propietarios, y ha dejado de lado el servicio a la comunidad. No podía ser de otra manera, porque ella sigue las directrices del sistema capitalista que hasta ahora la ha informado. Mas se requiere insuflarle a la industria bancaria un es-

piritu de servicio mayor que el de beneficio. Los bancos deben ser, ante todo, entidades al servicio de la comunidad, ya que constituyen los motores de la economía dineraria actual. Su política ha sido la de crearse colosales seguridades en detrimento del servicio, y, por ello, los banqueros se apasionan tanto con su categoría, "liquides", y favorecen más al comercio que a la industria y a la agricultura.

"Para que los bancos sean más entidades de servicio que de utilidad propia, se requiere de sana orientación social impartida por el Gobierno. La introducción en nuestro sistema de la modalidad banco-cooperativo facilitaría, sobremanera, la conexión entre los intereses gremiales, e iría creando una conciencia de transformación bancaria que tan útil sería para el incremento de la economía social cristiana. Con gran agudeza aconseja Belloc: "Mientras tanto, a la par del presente monopolio bancario debería fomentarse el desarrollo de los bancos cooperativos debidamente organizados, con privilegios y conectados con los gremios de todo tipo".

"Al lado de los bancos cooperativos deben establecerse en las distintas actividades económicas, cooperativas de crédito estimuladas por el Estado, que desde las más modestas actividades contribuyan a crear la mentalidad del crédito cooperativo, y en cierta forma, por medio de la experiencia, suria desde abajo alguna política crediticia que empape todas las esferas del obrar económico. Ignoramos por qué el Gobierno no ha hecho uso de la facultad legal que lo autoriza a fundar un banco cooperativo. La Misión Currie se extraña en su informe de que "hasta ahora no haya puesto en práctica tal autorización".

"Para la orientación del crédito agrícola, que es una de las máximas necesidades nacionales, e impulsar nuestra incipiente agricultura, la reforma bancaria hacia metas cooperativas es inaplazable. Todavía son actuales las consideraciones del doctor Hernán Jaramillo Ocampo, expresadas en su obra Génesis de Nuestra Economía Agraria: "La organización bancaria actual no puede resolver la cuestión del crédito agrícola. Debe buscarse una solución no sólo en el aumento de los capitales en las actuales instituciones de crédito, sino también en la creación y organización del crédito rural particular.

"A su vez, el Comité de Desarrollo Económico, en su informe describe: "El crédito es una de las necesidades más angustiosas del agricultor. Se ha calculado que de una producción agropecuaria de 2.500 millones de pesos anuales, apenas 390 millones, o sea cerca del 15% han sido financiados por la Caja Agraria y los bancos particulares. Prácticamente no existe crédito a largo plazo para la agricultura,

y su escasez a cualquier plazo y tasa de interés especialmente aguda para pequeños agricultores y colonos.

"Por todos los campos de Colombia deben regarse instituciones de crédito cooperativo, como las Cajas Reiffeisen, faciliten crédito y lo propalen por criterio de servicio. En las naciones más cultas se siguen estos sistemas, y aún en las relativamente atrasadas, como el Salvador, los resultados son copiosos y benéficos. Es preciso ir dejando de lado al banco sociedad anónima, para adoptar el banco y el crédito cooperativo, pues hay que tener muy presente esta frase de Standdiger, que encierra toda la verdad: "La sociedad anónima es una máquina para producir ganancias; la cooperativa en cambio, un máquina para producir ahorros".

¿Los seguros deben estar en poder del Estado o de los particulares? — El Dr. Aurelio Camacho Rueda dice al respecto:

"Por consideraciones económico-sociales, político-sociales o éticas, el Estado debe asumir los seguros afirma el economista A. Wagner, con la formación de institutos públicos organizados según el principio mutual, por tratarse de un servicio público general. Porque, agrega Ahumada, no se trata, dentro del tema del seguro, de proteger exclusivamente el interés del particular: los riesgos individuales aislados son siempre pérdidas sociales, y el sentido de la asistencia pública surge en esos casos imponiendo sobre la sociedad una carga para cubrir el riesgo no previsto.

"Todo riesgo da ocasión a un seguro. Entre los más comunes tenemos el de incendio, robo, destrucción, transporte, cosecha, ganados, seguros hipotecarios de vida, de enfermedad, accidente, vejez, invalidez, viudez, orfandad, etc.

Agrega que en Colombia se ha dejado a la iniciativa particular este servicio, razón por la cual apenas se ha presentado en las actividades más lucrativas. El Estado asumió, desde 1.948, los seguros sociales; pero con el mismo criterio de los particulares, puesto que apenas ha atendido a Bogotá, Medellín, Cali, Pereira, Barranquilla, Cartagena, Santa Marta, sin preocuparse lo más mínimo por las zonas rurales que son las que verdaderamente necesitan el servicio.

*Algunos creen que debe adoptarse un sistema mixto por estar el país en vía de desarrollo.* — Los seguros sociales deben estar en manos del Estado por constituir una fuente importante de catación de ahorros nacionales que la nación debe cuidar que se queden dentro del país y se orienten hacia el beneficio propio, ya que lo corriente

es que los particulares envíen sus fondos al exterior causando perjuicios serios a la economía en cuanto a la descapitalización. Es claro que este fenómeno no se produce en países altamente desarrollados y por tanto en ellos el seguro puede muy bien estar en manos de los particulares, pero de todos modos sujeto a estrictas regulaciones estatales en cuanto al manejo de las pólizas, los fondos, las tarifas, etc. Pero en países de desarrollo insuficiente no parece que la mera regulación estatal así sea muy estricta, basta para asegurar que el seguro cumpla los fines y beneficios que requiere la economía, de donde parece surgir la necesidad que, al menos los de vida, sean nacionalizados. Es obvio que los llamados "Seguros Sociales" corresponden al Estado, por la incapacidad de los particulares de prestarlos. De otro lado, los seguros tales como de incendio, robo, automóviles, transportes, etc., conviene también que sean nacionalizados, o al menos que se exija una alta participación de los nacionales en las empresas que los prestan, para evitar los perjuicios a la balanza de pagos que resultan de la remesa frecuente de fondos por estos conceptos. No debe olvidarse, sin embargo, que por razones técnicas, siempre habrá necesidad de reasegurar parte de los riesgos en el exterior, con el correspondiente tributo de divisas, que se pueden recuperar en parte al recibir reaseguros de otros países. Si teóricamente parece mejor la nacionalización, en la práctica puede resultar más aconsejable un sistema mixto.

*Auge que ha tomado el seguro privado en Colombia.* — El doctor Miguel González Agudelo tomó de los informes de la Superintendencia Bancaria los siguientes datos:

<u>Año</u>	<u>V/riesgos asum.</u>	<u>V/primas recaud.</u>
1.927	365.411.351	3.961.341
1.940	690.016.710	7.021.842
1.950	6.636.835.481	65.696.473
1.960	36.588.532.710	314.973.315

"En el mismo año de 1.960 el valor total de los activos de las compañías de seguros y sociedades de capitalización ascendió a \$ 921.904.013, el capital a \$ 93.849.608, la reserva técnica a \$ 541.398.913 y el total de reservas a \$ 612.390.356. En el mismo período las compañías de seguros contabilizaban una ganancia de \$ 38.158.885 y las sociedades de capitalización de \$ 1.928.172.

"El número de compañías ha aumentado también en forma considerable. De 26 compañías que había en 1.947 se llegó a 73 (50 nacionales y 23 extranjeras) en 1.962.

"El mismo fenómeno se registra en la capitalización: en 1.955 existía una sociedad de capitalización; en 1.960 ya había 7. Y en el recaudo por concepto de cuotas se pasó de \$ 21.265.966 en 1.956 a \$ 171.216.533 en 1.960.

"Tenemos, pues, que en 1.960 los activos de las compañías de seguros y sociedades de capitalización sumaban cerca de 922 millones de pesos, en tanto que en el mismo período recibieron por concepto de primas y cuotas un poco más de 518 millones, según se desprende de los balances de pérdidas y ganancias. Contrasta con esta suma la exigua cuantía de las utilidades denunciadas —40 millones—, pero el hecho se explica por la facilidad que tienen los aseguradores para camuflar ganancias con apropiaciones exageradas para cada una de las distintas reservas. El mismo superintendente bancario en el informe presentado en 1.962 al Ministro de Hacienda, anota en relación con la reserva técnica, un porcentaje de 58,1%, cuando el exigido por la Ley es de sólo 40% de las primas netas;

"El monto de esos activos sigue en ascenso vertiginoso a medida que absorbe las reservas la mayor parte de las utilidades de cada ejercicio y aumentan los réditos de las cuantiosas inversiones de las compañías. En 1.960 la sola participación de la reserva técnica en el crecimiento de los activos se elevó al 65.8%. Bajo el pretexto de afianzar la solvencia económica del asegurador se escamotean jugosas ganancias en detrimento de los intereses del fisco y de los mismos asegurados, que pagan más de lo debido por la deficiente protección que reciben. (En 1.960 el total del impuesto pagado por las 68 compañías de seguros y las 7 sociedades de capitalización que operaban en el mercado, apenas ascendió a \$ 15.841.554).

"Piénsese en lo que será, a este paso, dentro de pocos años el poder de decisión de las entidades aseguradoras sobre la economía nacional; piénsese en la influencia multiforme de ese superestado dedicado a especular en beneficio propio con el ahorro nacional, y se concluirá con el Pontífice antes citado (Juan XXIII) que no es posible dejar tal actividad en manos de personas privadas, sin peligro del orden común". (Estudios de Derecho, año XXV, volumen XXIII, número 65, marzo de 1.964).

*La actividad aseguradora es un servicio público. — Por estar encaminada a satisfacer una necesidad de interés general, bajo un ré-*

gimen jurídico especial. Este régimen se basa en la Ley 105 de 1.927 y los Decretos 1403 de 1.940 y 1961 de 1.960. El Estado delega en las compañías privadas, a manera de concesión, renovable cada año, la actividad aseguradora; les fija capitales mínimos; regula la inversión de sus activos; aprueba el texto de sus pólizas; autoriza sus representantes y agentes; inspecciona y vigila sus operaciones, mediante visitas periódicas a sus dependencias todo lo cual indica muy a las claras el carácter de servicio público que tiene el seguro.

*Ventajas que se desprenden de la nacionalización de los seguros.*  
El articulista citado las sintetiza de la siguiente manera:

"a) *Reduce considerablemente el costo del seguro haciéndolo accesible a las clases que más lo necesitan.*

"En la estimación del costo del seguro entran tres factores: el loss ratio coeficiente de siniestralidad, el expense ratio o gasto de adquisición y administración del seguro, y el profit o margen de ganancia para el asegurador. De estos factores nuestros aseguradores inflan el primero y el último, dando origen así a tasas demasiado elevadas y, de consiguiente, a ganancias exageradas, en ocasiones fabulosas. (Existe el caso de una compañía que, con un capital pagado de \$ 1.500.000, registró en su balance de 1.962 una utilidad líquida por un poco más de un millón de pesos a pesar de que destinó para apropiaciones y reservas más de \$ 800.000)".

"b) *Evita la fuga de divisas al desaparecer las contribuciones de las compañías extranjeras a sus casas matrices.*

"Esta ventaja no necesita mayor comentario porque es evidente que un país subdesarrollado como es el nuestro, de escasas divisas, debe evitar toda fuga de las mismas.

"c) *Inversión de las cuantiosas reservas —ahorro nacional— en obras de verdadera utilidad común, no en especulaciones financieras en provecho exclusivo de capitalistas criollos y extranjeros.*

"d) *Extiende el radio de acción del seguro.*

Primeramente, con la reducción del costo del seguro, que lo pone al alcance de las clases menos pudientes. En segundo lugar, con la implantación del seguro obligatorio en aquellos ramos en que el interés público lo exija. En tercer lugar, con una selección menos rigurosa de los riesgos. (Obsesionadas por el afán del lucro, las asegu-

radoras privadas no aceptan sino aquellos riesgos que no ofrezcan mayor peligro)... Y, por último, con una mayor amplitud en el amparo. (Nuestras compañías, por ese mismo afán de lucro que viene de anotarse, prácticamente acaban con el amparo otorgado en las interminables cláusulas de la póliza sobre excepciones y riesgos no cubiertos".

"e) *Garantiza la continuidad y regularidad del servicio asegurador.*

La continuidad es una de las notas características del servicio público, a punto tal que su garantía obliga al Estado a sustituir al particular en la prestación del servicio.

*¿Cuáles son las principales objeciones a la nacionalización de los seguros?* — El mismo articulista anota las siguientes, previa advertencia de que son más aparentes que reales por partir de falsos supuestos.

"1ª *Con la nacionalización se elimina el estímulo de lucro personal, base del éxito.* — No necesariamente, porque a la entidad nacionalizada se le puede dotar de una organización similar a la de las empresas particulares, con los mismos incentivos y estímulos que se acostumbran a éstas, como se hizo en Francia en 1.946 cuando el Estado nacionalizó las principales compañías de seguros.

"2ª *El Estado es un pésimo administrador.* — Esta afirmación es de una relatividad única. En muchos países la administración estatal es tan eficiente como la particular. Entre nosotros mismos no son pocos los institutos descentralizados que han obtenido un éxito rotundo. No toda administración privada es exitosa, como tampoco toda administración pública es un fracaso. Porque es un hecho que los Estados día a día, mejoran y perfeccionan la administración, y que en algunos eventos, como en el de los servicios públicos industriales, han resultado ser tan eficaces como los empresarios particulares.

"3ª *La nacionalización conduce a la burocracia, con el consiguiente aumento en el costo del servicio.* — Todo depende de la organización que se dé a la entidad nacionalizada y de la responsabilidad del personal directivo. La burocracia, que no es ni con mucho un privativo de las dependencias oficiales, obedece generalmente a presiones de grupos políticos, amistades y parientes. Para eliminarla bastaría, pues, con sustraer la institución de toda la influencia polí-

tica y seleccionar directivas de incuestionable honestidad para que no comprometan los intereses de la entidad en aras de intereses puramente particulares.

"4<sup>a</sup> La institución sería víctima de interferencias políticas en la selección de su personal directivo. — Pero todo esto, como ya se dijo, es bien fácil de evitar dotando la institución de un estatuto orgánico capaz de sustraerla a toda influencia política, tal como se ha hecho con otros institutos públicos.

"5<sup>a</sup> Se elimina la libre competencia, y con ella el estímulo para prestar un mejor servicio. — Empecemos por decir que los resultados de esa libre competencia en el mercado nacional de seguros han sido totalmente negativos. El amparo otorgado en cada uno de los diversos ramos del seguro sigue siendo substancialmente el mismo en todas las compañías. Las pólizas de la una se parecen a las de la otra como dos gotas de agua. Su clausulado es increíblemente uniforme. Y cuando algún asegurador de ideas avanzadas pretende introducir algunas modificaciones, meramente adjetivas, surge la oposición de los demás que agotan todos los medios a su alcance para hacer fracasar la iniciativa. Para ello cuentan con un organismo demasiado poderoso, hábil y audaz, la Asecolda (Asociación Colombiana de Compañías de Seguros), cuya única misión parece ser defender los intereses de las compañías extranjeras y torpedear toda iniciativa tendiente a otorgar un amparo más eficiente y económico a los asegurados. Diganlo si no las absurdas objeciones que propuso al anexo N<sup>o</sup> 1 de la póliza contra incendio de la compañía Central de Seguros, su actitud en el sonado caso de la rebaja de tarifas y sus sistemáticos reparos a todo proyecto de ley que presenta el Gobierno en materia de seguros.

"Pólizas substancialmente idénticas y uniformes en las tarifas es todo lo que ha podido producir entre nosotros la libre competencia de las compañías de seguros".

"6<sup>a</sup> El Estado pierde una fuente de ingresos: los crecidos impuestos que pagan las compañías de seguros. — Tales impuestos, al menos en nuestro país, son muy reducidos. Ya vimos que en 1.960, 68 compañías de seguros y 7 sociedades de capitalización apenas pagaron \$ 15.841.554 por dicho concepto, ingreso que el Estado compensaría con creces con las utilidades que reciba de las compañías nacionalizadas".

"7<sup>a</sup> No es racional y oportuno extender la esfera de actuación directa del Estado. Ya tiene demasiados asuntos que atender para

hacerse cargo de la prestación de un servicio tan complejo y oneroso como es el seguro. — La objeción no pasa de ser un sofisma del viejo liberalismo del laissez-faire. Si las necesidades de la colectividad crecen día tras día y con ellas el número de los servicios públicos, es apenas natural que el Estado extienda en la misma proporción su radio de acción. Esto es lo que ha ocurrido en el Estado Moderno, que precisamente se caracteriza por su creciente intervención en todos los campos. Pero el tener ya demasiados asuntos que atender no es, no puede ser, excusa válida para no atender los nuevos servicios que reclama la comunidad.

"8" *Provoca represalias de los países de origen de las compañías extranjeras nacionalizadas, y el bloqueo del reaseguro internacional.* En primer lugar no habría motivo para tales represalias porque las compañías serían indemnizadas. En segundo lugar, las referidas represalias sólo existen en la imaginación de los defensores incondicionales del capital. En la práctica no se presentan porque hoy un Estado no entra en conflicto con otro para defender cuantos intereses pecuniarios de algunos de sus nacionales, como lo atestigua la historia de todas las nacionalizaciones efectuadas en los últimos años. Además, el Estado no puede, sin renunciar a su dignidad, a su soberanía dejarse intimidar con la amenaza de represalias reales o ficticias. Porque no vaciló en desatar las iras de los imperialistas es hoy Egipto dueño del Canal de Suez.

"9" *Carencia de fondos para indemnizar a los dueños de las compañías nacionalizadas.* — Este es el argumento de orden práctico, cuya importancia exageran los apologistas del capitalismo, como ocurrió al debatirse hace poco la necesidad de nacionalizar el petróleo. La carencia inmediata de fondos no es mayor problema porque la indemnización podría hacerse gradualmente, a largo plazo. Como primera cuota podría cubrirse el valor del capital de las compañías que por cierto no es muy elevado. Ya vimos que en 1.960 apenas ascendía a \$ 93.894.608 y desde entonces no ha crecido gran cosa. Lo que crece son las reservas, que, en rigor, pertenecen a los asegurados.

*La nacionalización del reaseguro.* — Al respecto dice el mismo articulista:

"La creación de un instituto oficial de reaseguro, con absoluto monopolio del mercado nacional, aparte de evitar la fuga innecesaria de divisas, podría proporcionar una nueva fuente de ingresos a la economía del país al extender sus operaciones al extranjero, como lo

hace la Caisse Central de Reassurance de Francia y tantos otros institutos oficiales de reaseguro.

"Fuera del mejor control que pueda ejercer sobre los reaseguradores extranjeros, el instituto oficial podría, por sus mismos poderes y numerosa y selecta cartera, entrar a negociar de igual a igual con las entidades reaseguradoras extranjeras el intercambio de sus posibles excedentes.

"Ese mismo poderío del instituto y su carácter de oficial serían una garantía más contra posibles maniobras de reaseguradores inescrupulosos, al pensar éstos que detrás de él está, no un particular, sino todo un Estado.

"De otra parte, si el seguro debe nacionalizarse, por ser justa, necesaria y conveniente la nacionalización, tanto más el reaseguro que es apenas su natural complemento. Sería un contrasentido nacionalizar el seguro y dejar en manos de particulares el reaseguro.

"Por lo demás, el Estado podría iniciar la nacionalización del seguro con la del reaseguro, ya que la explotación de éste es menos complicada que la de aquél. De este modo adquiriría un mejor conocimiento de los negocios de las compañías, que serviría de excelente preparación para cuando adquiriera la propiedad y dirección de tales entidades.

Qué dice la Encíclica *Mater Magistra* de S.S. Juan XXIII: — "Cuanto se ha venido exponiendo no excluye, como es obvio, que también el Estado y las otras entidades públicas puedan legítimamente poseer en propiedad bienes instrumentales, especialmente cuando llevan consigo un poder económico tal, que no es posible dejarlo en manos de personas privadas, sin peligro del orden común. (Las subrayas no son del texto).

# JUICIOS DE TENENCIA

Dr. HORACIO MONTOYA GIL

## CAPITULO TERCERO

### *Generalidades sobre los Juicios de Tenencia*

11).—*Noción de Derecho Procesal.* Sin pretender profundizar en el estudio de alguno de los aspectos de la teoría general del proceso civil, ya que la naturaleza del trabajo no lo permite, haremos algunas consideraciones que pueden ser de utilidad práctica, acerca de conceptos que son imprescindibles para una mejor comprensión de la manera como se impetra, desarrolla y desata el proceso de tenencia. Se harán, en consecuencia, algunas anotaciones acerca de principios desarticulados que corresponden al estudio del derecho procesal general, para luego tratar de encuadrar en ellos el trámite de los juicios especiales de tenencia que se verán en su debida oportunidad. Así, en forma somera, véamos qué se entiende por *derecho procesal civil* y su *objeto*; cuál es el concepto de *la acción*, su clasificación y requisitos estructurales y, finalmente, qué se entiende por *presupuestos* procesales y su diferenciación con las condiciones axiológicas del derecho de acción.

*Derecho Procesal Civil.*—El derecho procesal civil, tomado en sentido amplio, viene a ser el conjunto de normas que indican la manera como se tramita cualquier gestión ante una autoridad pública; y, tomado en sentido restringido, puede decirse que comprende el conjunto

de disposiciones que establecen la forma de hacer valer las acciones en juicio y provocar la intervención de los funcionarios de la rama jurisdiccional en los asuntos de jurisdicción voluntaria, como lo anota nuestro Profesor Antonio J. Pardo.

Del derecho procesal, en sentido general, se ha dicho que estudia aquél sistema de normas que tiene por objeto y fin la realización del derecho objetivo a través de la tutela del derecho subjetivo, mediante el ejercicio de la función jurisdiccional.

Como el derecho adjetivo se encuentra en íntima relación con el derecho privado que regula los estados y las relaciones jurídicas entre los particulares y como él indica las formas que son de necesaria observancia para la realización del derecho privado, no puede ser desatendido para la correcta aplicación de aquél. Es esta la razón, precisamente, del capítulo primero, que mirado desde otro punto de vista parecería ajeno a la orientación principal del tema.

*Objeto del derecho procesal civil.*—El objeto del procedimiento civil está indicado claramente en el artículo 194 del Código Judicial, de acuerdo con el cual él tiene una doble finalidad: regular la manera como deben ventilarse las controversias civiles, estableciendo los trámites que deben seguirse desde su comienzo hasta su culminación y estatuir las normas que señalan la forma imperativa de resolver los asuntos civiles.

12).—*Concepto de acción.* Desde el punto de vista filosófico, acción significa el acto por el cual se ejercita una facultad física o moral con el fin de producir un determinado efecto. Pero la acción en *sentido sustancial* dice relación al medio otorgado por la ley para efectivizar, mediante el órgano jurisdiccional, un derecho. En *sentido formal*, la acción se toma como el procedimiento judicial que se sigue cuando se trata de hacer valer un derecho. Así se habla de acción ordinaria, ejecutiva, sumaria, etc.

En el derecho moderno, como dice Couture, la noción de acción se entiende como: a) Sinónimo de derecho; b) Pretensión, y c) Como sinónimo de facultad de provocar la actividad de la jurisdicción. Se habla, entonces, de un poder jurídico que tiene todo individuo como tal, y en nombre del cual es posible acudir ante los Jueces en demanda de amparo de su pretensión.

En el derecho procesal moderno prevalece la tesis de que la acción es un derecho diferente del derecho sustancial, que posee vida propia y perfecta autonomía.

"La acción no es una cosa sola como la obligación, no es el medio para actuar la obligación, no es la obligación en su tendencia"

la actuación, ni un efecto de la obligación, sino un derecho distinto y autónomo que nace y puede extinguirse independientemente de la obligación (la acción de condena se consuma con el pronunciamiento de la sentencia definitiva, aún cuando la obligación quede subsistente); que tiende a un efecto jurídico y no a la prestación", dice Chiovenda.

"El derecho existe antes de la acción judicial con absoluta independencia de ésta, así es que podemos tener muy bien derecho a una cosa sin que pongamos en ejercicio la acción para reclamar o hacer uso de este derecho; inversamente, podemos ejercitar ciertas acciones sin que se nos haya violado derecho alguno". en opinión de Manresa y Navarro (1).

13).—*Clasificación de las acciones.* Muchas y variadas han sido las clasificaciones que de las acciones se han hecho, atendiendo, unas veces, a la naturaleza del derecho cuya tutela se demanda, o la del objeto sobre el cual recae; otras, según la providencia solicitada al órgano jurisdiccional, y, en fin, atendiendo al carácter que asuman en el juicio, para no enumerar sino las principales clasificaciones.

a) La más simple y conocida es aquella que mira a la naturaleza del derecho cuya tutela se impetra y que las clasifica en *reales*, *personales* y *mixtas*, aunque es de anotar que en nuestro ordenamiento sustantivo civil no se dan derechos de esta última naturaleza (2).

b) Según la naturaleza del objeto sobre el cual recae, las acciones pueden ser *mobiliarias* o *inmobiliarias* (3).

c) Teniendo en cuenta la naturaleza de la providencia solicitada al órgano jurisdiccional, pueden ser:

1º *Declarativa.* Cuando se pretende por el accionante la declaración sobre la existencia o inexistencia de una determinada relación jurídica;

2º *Constitutiva.* Si tiene por finalidad obtener la constitución, modificación o extinción de una relación de derecho mediante sentencia judicial;

3º *De condena.* Mediante esta acción el actor pide al juez que condene al demandado a realizar determinada prestación. Si la petición tiene éxito no sólo se declarará la existencia del derecho sino que se fallará en el sentido de que tal derecho debe ser satisfecho; y, si ésto no ocurre en forma voluntaria, el actor puede, con tal senten-

(1) Cita de Hernando Morales, CURSO DE DERECHO PROCESAL CIVIL, tomo 1, pág. 141 y ss. 4º. Edición Lerner, 1960.

(2) Código Civil arts. 665 y 666.

(3) Código Civil arts. 655 y 656.

cia, provocar la ejecución forzosa del derecho declarado contra el demandado. La acción de condena persigue, pues, dos cosas: declaración del derecho y posibilidad de ejecución.

4º *Ejecutiva*. Si la pretensión del deprecante se dirige a obtener de la justicia la realización coactiva de los intereses protegidos por el derecho, que han sido legalmente decretados. Para que proceda la efectivización coactiva del derecho, debe tenerse certeza plena del derecho mismo. Deben concurrir, por tanto, actos y hechos de los que el derecho resulte indiscutiblemente comprobado. Así, para que pueda ejercitarse una acción ejecutiva, es indispensable que el derecho resulte previamente establecido mediante sentencia u otro acto a que el derecho atribuya valor legal de un acto de comprobación, es decir, que se tenga un título ejecutivo.

Por ello, ha dicho Carnelutti que el proceso de ejecución es aquel que procura al titular de un derecho subjetivo o del interés que se protege, la satisfacción de los mismos, *sin o contra la voluntad del obligado*.

5º *Cautelar o de aseguramiento*. La acción cautelar o de aseguramiento, que es una forma singular de la tutela jurídica, tiende a asegurar, dentro del proceso de declaración o cognición unas veces o dentro del de ejecución otras, sus consecuencias mediante el mantenimiento de un estado de hecho o de derecho, o a prevenir las consecuencias de determinada resolución a fin de que no resulte ilusoria.

d) Por razón de las acciones y por el carácter que asumen en el juicio, se dividen en principales y subsidiarias. Son *principales* las que constituyen el fundamento mismo del juicio y que sirven de base a la controversia; y, son *subsidiarias* aquellas que suponen la existencia de una acción principal. Estas se proponen dentro del juicio en que se desarrolla aquella, en forma secundaria o subsidiaria para el caso de que no prospere la primera.

14).—*Elementos de la acción*. De acuerdo a la teoría general del proceso civil, toda acción está estructurada por los siguientes elementos: 1º Sujetos; 2º Causa Petendi, y 3º Petitum.

Los *sujetos* vienen a ser la persona titular del derecho que actúa como demandante en el proceso y el sujeto pasivo que es la persona que asume la posición de demandado. La *causa petendi* es el fundamento inmediato del derecho que se reclama y está integrado por el interés jurídico, por el derecho y por una situación de hecho contraria a derecho. El *petitum* es aquéllo que se pide, la acción deducida

y el objeto sobre el cual recae, es decir, la cosa, cantidad o hecho que se demanda.

*Legitimación para obrar.* Todo sujeto que ocurra a las autoridades jurisdiccionales, en demanda de la tutela de su derecho y el que señalado como demandado usa de los medios de defensa previstos en la ley, lo mismo que quien incidentalmente interviene en el juicio, en su carácter de parte, debe estar provisto de un *interés para obrar*, es decir, debe reportar utilidad de su intervención. Ese interés ha de ser legítimo, o sea, que la legitimación sustente el derecho que se ejercita, pues de lo contrario la acción será desestimada por falta del presupuesto causa petendi, como que el interés es parte integrante de aquél.

Se da la legitimación cuando acciona quien tiene, por ley sustancial, facultad para ello (legitimación activa) contra la persona frente a la cual la acción tiene que ser ejercitada (legitimación pasiva).

En síntesis, la legitimación para obrar determina lo que entre nosotros impropriamente se ha dado en llamar *personería sustantiva*, esto es, que quien acciona sea la misma persona a quien la ley concede esa facultad, y la persona contra la cual se hace valer la acción sea aquélla que conforme a la ley debe soportar la carga de ser demandada.

Por norma general, la legitimación para obrar sea por activa o por pasiva, basta afirmarla en la mayoría de los casos, ya que la titularidad efectiva no puede establecerse a *priori* desde el momento mismo de aducir la pretensión, sino que habrá de examinarla el Juez una vez agotada la sustanciación del proceso, al desatar la litis.

Sin embargo, existen algunos casos en que la ley exige la prueba de la legitimación para obrar desde la iniciación del proceso, no siendo suficiente la simple afirmación de poseerla. Tales casos son los contemplados en los artículos 862, 877, 885, 935, 1.104, 1.113, 1.135, 1.189, 1.201, 1.120 y el juicio ejecutivo se inicia cuando se aduce la prueba de que el actor posee un título ejecutivo, aunque luego pueda ser contradicho en excepciones.

15).—*Presupuestos procesales.* De acuerdo con las últimas jurisprudencias de la H. Corte Suprema de Justicia, los presupuestos procesales que deben concurrir a todo juicio, son cuatro a saber: a) Competencia; b) Capacidad para ser parte; c) Capacidad procesal o capacidad para comparecer como parte; y d) Demanda en forma. También hubo un tiempo en que se consideraba como presupuesto

procesal la legitimación en causa, pero tal apreciación sostenida por la Corte hasta el año de 1937 fué rectificada en el sentido de incluirla dentro del presupuesto de la acción, conocido como causa petendi, siguiendo en esta forma la teoría de Chiovenda (4).

*Competencia.* La competencia, dice el artículo 143 del Código de Procedimiento Civil, es la facultad que tiene un Juez o Tribunal para ejercer, por autoridad de la ley, en determinado negocio, la jurisdicción que corresponde a la República. O como enseña Mattiolo "la competencia es la medida como se distribuye la jurisdicción entre las distintas autoridades judiciales".

La competencia hay que mirarla desde un doble punto de vista: objetivo y subjetivo. Desde el primer punto de vista se considera "como el conjunto de las causas en que, con arreglo a la ley, puede un juez ejercer su jurisdicción. Y desde un punto de vista subjetivo, como la facultad que a cada juez le corresponde para ejercer la jurisdicción dentro de los límites en que le está atribuida" (5).

*Capacidad para ser parte.* Este presupuesto procesal se confunde con la capacidad jurídica para ser sujeto activo de derechos y pasivo de obligaciones, o mejor, se puede afirmar que es la capacidad jurídica de la parte desde el punto de vista sustantivo, llevado al proceso civil (6).

*Capacidad para comparecer como parte.* Este presupuesto, llamado también "legitimatío ad procesum", es la aptitud legal para realizar actos procesales con eficacia jurídica en nombre propio o ajeno. Esta capacidad, que también pudiera llamarse capacidad desde el punto de vista adjetivo, está ampliamente reglamentada en los artículos 240 y 250 del C. de P. Civil, en armonía con la ley 69 de 1.945 y el Decreto 1.209 de 1.954.

*Demanda en forma.* El proceso debe iniciarse con una petición llamada demanda y que viene a ser el acto básico del juicio. Por medio de la demanda los particulares solicitan al Estado, a través de sus funcionarios, el reconocimiento de un derecho que según ellos ha sido violado o amenazado por alguien.

"La demanda, ha dicho la H. Corte, que es la petición con la cual se inicia el juicio, debe reunir ciertos requisitos formales exigidos principalmente en los artículos 205, 209, 217, 222 y 737 del C.J.

(4) Gaceta Judicial, Tomo LXI, 712 y LXV, 711.

(5) Hernando Devis Echandía, DERECHO PROCESAL CIVIL GENERAL. cita de Ortega Torres. Código de Procedimiento Civil. Cuarta Edición. Temis 1960.

(6) Véanse arts. 74 y 633 C. C. y 236 C. de P. C.

El Juez debe ordenar de oficio la corrección de toda demanda que adolezca de vicios formales y la parte demandada proponer oportunamente la excepción dilatoria de inepta demanda (C.J. arts. 333 y 738)" (7).

16).—*Comparación entre presupuestos procesales y condiciones de la acción.* La distinción entre presupuestos procesales y condiciones de la acción no es cuestión sencilla de resolver, pero que es preciso tener en cuenta ya que la ausencia de unos y otros producen consecuencias distintas no sólo desde el punto de vista de la forma del fallo sino también en lo que se refiere a los efectos de la providencia en que tal pronunciamiento se haga.

Los presupuestos procesales son los requisitos que el derecho procesal exige para que el juzgador pueda entrar a resolver sobre el fondo de la acción instaurada, en forma favorable o desfavorable, como que mientras no estén plenamente satisfechos no puede trabarse la relación jurídico-procesal. En cambio, las condiciones de la acción son los requisitos indispensables para obtener una sentencia favorable; o en otros términos, la concurrencia de tales condiciones es lo que viene a determinar el éxito de la acción incoada.

De otra parte, mientras las condiciones de la acción pertenecen al derecho material, aquéllos —los presupuestos procesales—, condicionan el ejercicio inicial de la acción sin suponer una resolución favorable y dicen relación más que todo al entrabe o enlace de la relación jurídico-procesal.

Los presupuestos procesales se encuentran reglamentados en las leyes de procedimiento, en tanto que los de la acción lo están en las normas de derecho sustantivo. La deficiencia o falta de comprobación de los primeros puede corregirse dentro del proceso, mientras que las irregularidades en cuanto a las condiciones de la acción no pueden serlo en la misma forma por cuanto su estudio se hace al momento de proferir la decisión que finaliza el proceso.

Además, mientras la concurrencia de los presupuestos procesales es materia de examen previo a la admisión del libelo de demanda, el estudio de las condiciones de la acción se reserva para el momento de dictar la providencia que pone término a la instancia, como se dijo antes.

Por último, los presupuestos procesales son comunes a todos los procesos, en cambio no puede decirse lo mismo en relación con las condiciones de la acción, pues aunque siempre concurren algunos ele-

(7) Gaceta Judicial, Tomo LXXVIII, 348.

mentos estructurales idénticos a todas, éstos varían como los sujetos de cada una, lo mismo que las situaciones singulares que cada acción contiene o revela.

17).—*Aplicación de los anteriores conceptos a la acción de tenencia.* Tratando de aplicar los conceptos enunciados a la acción de tenencia, comencemos por estudiar la naturaleza de ella y como puede clasificarse.

La acción de tenencia es *personal*, no porque tal calificación pueda predicarse de la acción en sí sino por consecuencia de la naturaleza misma del derecho que con ella se pretende tutelar. Mediante el ejercicio de tal acción, el actor persigue la protección de un derecho puramente personal o sea que pretende el cumplimiento de una determinada obligación por parte de una persona —el tenedor— consistente en la restitución de la cosa entregada a título de mera tenencia.

Como el derecho de tenencia puede recaer tanto sobre bienes muebles como raíces, la acción puede ser también mobiliaria o inmobiliaria, según el caso.

Ahora; dentro de la clasificación de las acciones que tiene como fundamento la naturaleza de la providencia que se impetra, clasificación que por lo demás es más propia de los fallos, la tenencia, por cuanto participa de las acciones declarativas y de ejecución, es de la naturaleza de las de *condena*.

En principio podría pensarse, que como la sentencia dictada en estos juicios conlleva la afirmación o constatación de la existencia de una relación obligacional anterior entre los legitimados activos y pasivos, pudiera calificarse más bien de acción meramente declarativa. Sin embargo, tal apreciación no parece muy aceptable si se tiene en cuenta que en estos juicios lo que el actor solicita conjuntamente es un pronunciamiento en el sentido de que se ordene al demandado el cumplimiento de una obligación (obligación de restituir preexistente al fallo), con la prevención de que si no cumple la orden en forma voluntaria en el término que el Juez señale, la decisión se ejecutará coactivamente por el mismo funcionario.

Por lo demás, los presupuestos de la acción de condena, a saber: existencia de un derecho privado susceptible de tutela jurídica y necesidad de esa protección, por no existir otro medio de efectivizarlo, supuestos que la doctrina ha considerado como necesarios para que pueda estructurarse esta acción, se dan a cabalidad en la acción de tenencia.

Efectivamente: en el proceso de tenencia aparece un derecho privado como es la facultad que tiene el actor a exigir del presunto demandado el cumplimiento de la obligación de restituir la cosa; obligación del obligado y cuya exigibilidad incumbe demostrar. Y si se acude en demanda del cumplimiento de tal obligación, es porque necesariamente ella no se ha cumplido en la forma y tiempo convenidos entre las partes.

Por manera que la afirmación de que la acción de tenencia es de la naturaleza de las de condena, no se remite a duda. Ahora, que sea ejecutiva, se deduce claramente del mandato del artículo 1106 del Código Judicial el cual dispone que si la decisión del Juez es de lanzamiento, éste debe hacerse por el mismo, o por medio de la Policía, dentro de los dos días siguientes, sin que para ello se requiera el seguimiento de un nuevo juicio.

El Proyecto de Código Judicial, al cual se hizo referencia anteriormente, incluye, precisamente, entre los procesos de ejecución, al lado del juicio ejecutivo, hipotecario, concurso de acreedores, el de restitución de bienes dados en tenencia. Y en la exposición de motivos que acompaña al citado proyecto, se lee sobre este particular lo siguiente: "El proyecto incluye dentro de los procesos ejecutivos los que tienen por objeto la restitución de bienes de quien los ha recibido a título de tenedor, porque se trata de obligaciones en que el derecho del poseedor o dueño es indiscutible y, por tanto, deben cumplirse ellas en la misma forma en que se satisfacen todas las que revisten ese carácter.

"La Comisión se vió en la necesidad de adoptar un procedimiento especial, similar al existente, distinto del ejecutivo ordinario, para la restitución de las cosas arrendadas, porque entre nosotros el contrato de arrendamiento es consensual y puede ser establecido con pruebas que no provengan directamente del arrendatario.

"En cambio, el proyecto exige título ejecutivo para obtener la restitución de bienes recibidos a título distinto del de arrendatario, como el de comodatario, depositario, etc. Los contratos en que se confiere la tenencia por causa jurídica distinta a la del arrendamiento, son menos frecuentes en los negocios jurídicos, por lo cual los interesados pueden procurarse, al celebrarlos, la prueba escrita, en forma auténtica" (8).

(8) Proyecto de Código Judicial, cit. pág. 397.

18).—*Definición de la acción de tenencia.* Sin desconocer lo osado que resulta la enunciación de un concepto acerca de determinado aspecto o institución jurídica, con riesgo de equivocarnos, consideramos que la acción de tenencia es la facultad o poder jurídico conferido por la ley a ciertas personas, para impetrar de los jueces una decisión que imponga al tenedor una prestación de hacer, susceptible de ejecución forzada por el mismo juez.

Se dice facultad o poder jurídico, significando con ello el derecho potestativo que emerge de la acción en favor del demandante, considerada ésta como derecho autónomo. Y se dice que es poder o facultad reconocida por la ley a ciertas personas por cuanto los legitimados no pueden englobarse en un término que los comprenda a todos, pues, como se verá, pueden ser titulares de la acción de tenencia no sólo el propietario o dueño de la cosa sobre la cual recae sino también el poseedor, usufructuario, el mismo tenedor en ciertos casos, y, en general, todos los administradores de bienes ajenos.

La prestación que el juez impone al demandado existía con anterioridad no sólo al fallo sino también a la constitución de la relación procesal; desde el nacimiento mismo de la relación precaria, el sujeto pasivo de la acción se obligó frente al actor a ejecutar una obligación de hacer (restituir la cosa), de tal suerte que el juez se limita a constatar la existencia y exigibilidad de la prestación e imprimirle fuerza compulsiva al derecho que el acreedor reclama.

19).—*Condiciones de la acción de tenencia.* Como lo habíamos observado anteriormente, para la prosperidad de una acción es preciso que se den determinados presupuestos o condiciones axiológicas. La doctrina procesal ha indicado como condiciones axiológicas del derecho de acción los sujetos de la relación jurídica, la causa petendi y el petitum; pero a más de los anteriores, la jurisprudencia siguiendo la doctrina de los modernos procesalistas, ha considerado también como presupuesto común a todas las acciones la legitimación para obrar.

De suerte, pues, que para la eficacia de la acción deben concurrir las condiciones indicadas y además las específicas que en particular cada una presenta.

Tratándose de la acción de tenencia, para que el proceso pueda culminar con un fallo que acoja las pretensiones del actor, es necesario que aparezcan establecidos de manera plena los siguientes presupuestos axiológicos:

1º).—Que la cosa o bien cuya restitución se impetra, haya sido entregada a la persona demandada, o la tenga a título de mera te-

nencia. O, en otras palabras, que el actor pruebe que la persona que señala como sujeto pasivo de la acción es un mero tenedor de la cosa objeto de la restitución solicitada;

2º).—Debe demostrar también que ha llegado el tiempo de exigir tal restitución, teniendo en cuenta entre otras normas los preceptos de los artículos 1608, 2008, y ss. 2035, etc. del Código Civil. A más de lo anterior, deberá dar la prueba de la causal que invoca, en cada caso concreto.

20).—*Presupuestos procesales en los juicios de tenencia.* A diferencia de lo que ocurre con las condiciones de la acción, los presupuestos procesales son invariables para todo juicio. Se han indicado como presupuestos comunes: la competencia del juez, capacidad sustantiva y adjetiva y la demanda en forma, como antes se anotó.

Veámos ahora cómo se determinan cada uno de los presupuestos en el proceso de tenencia, así:

*Competencia para conocer de los juicios de tenencia.*—Para determinar la competencia del juez a quien está atribuido el conocimiento de las acciones de tenencia, deben tenerse en cuenta los criterios o factores que tanto la ley como la doctrina han indicado para ello: *objetivo, subjetivo, funcional, territorial y de conexión.* Debe tenerse en cuenta, de otra parte, que los juicios de tenencia son de naturaleza contenciosa y que en las acciones personales tiene aplicación el principio del *forum domicilli rei.*

1º).—Si se trata del juicio de lanzamiento del arrendatario o de restitución de la cosa a iniciativa del mismo, la competencia se determina por el juez del domicilio del demandado, atendiendo a la cuantía y sin perder de vista que la jurisdicción en este caso puede prorrogarse (9).

Ahora, conforme a lo que dispone el artículo 1.118 del Código Judicial, para determinar la cuantía de la acción se toma en cuenta el valor de la renta o canon en un período.

2º).—Cuando la acción se dirija a obtener la restitución o lanzamiento del ocupante de predios rústicos o al recibo de éstos a petición del ocupante, se tendrá en cuenta:

a) Si el ocupante del predio rústico ejerce tenencia sobre él en virtud de un contrato de arrendamiento o de uno de los contratos a que se refiere el artículo 1º de la ley 100 de 1.944, cuya finalidad sea el incremento del cultivo de la tierra o la producción agrícola,

(9) Arts. 152, reglas 2ª y 3ª y 153 C. J. Decreto N° 3547 de 1958 art. 2º y art. 85 del C. C.

conocerá de las acciones de tenencia que en tales relaciones se originen, los Jueces del Trabajo, de acuerdo a la cuantía (artículo 23 del Decreto 0291 de 1.957).

Sobre este particular, recuérdese la observación que se hizo en la letra e) del numeral 10) acerca de las modificaciones que en materia de competencias para conocer de estas acciones introdujo la Reforma Judicial, en virtud del artículo 16 del Decreto N° 1819 de 1.964.

b) Si el tenedor del predio rústico se encuentra en él por razón de una relación cuyo objeto sea distinto a la explotación agrícola o incremento de los cultivos, de las acciones a que hubiere lugar conocerán los jueces civiles, atendiendo a la cuantía, y demás reglas sobre esta materia.

3°).—De acuerdo con lo que dispone el artículo 1.115 del C. J., los jueces civiles conocen de los juicios de tenencia cuando la acción se oriente a obtener la restitución de las cosas dadas en tenencia, a título distinto del de arrendamiento o que estén en poder de alguna persona en ejercicio del derecho de retención. Tales son entre otros los juicios que se promuevan contra los comodatarios, albaceas, guardadores, depositarios, etc. En estos casos conocen los jueces civiles del domicilio del demandado, teniendo en cuenta la cuantía, conforme a las reglas generales; pero en tales eventos la *cuantía* se determina por el valor de las cosas dadas en tenencia (Art. 1.118 del C. de P. C.)

4°).—En las acciones de lanzamiento por ocupación de hecho, hay que distinguir si se trata de predios rústicos o predios urbanos y debe tenerse en cuenta, de otra parte, el tiempo que ha durado la ocupación como que los funcionarios competentes en uno y otro caso son diferentes, lo mismo que los términos de prescripción de tales acciones.

a).—Cuando se trata de la ocupación de predios rústicos, que no sean baldíos, es competente para conocer de las acciones de lanzamiento, en forma privativa, el Juez del Circuito Civil del lugar de ubicación de la finca, con observancia de los criterios y el procedimiento indicados en la ley 200 de 1.936. En estos casos la competencia se determina por el factor objetivo (naturaleza del asunto) sin que en nada incida la cuantía o valor de la acción (10).

(10) Cuando la ocupación se refiera a baldíos, se aplicarán los artículos 78, 79 y 80 del Código Fiscal y la ley 45 de 1947.

La ley 200 de 1.936, por medio de su artículo 25, creó los Jueces de Tierras, funcionarios encargados de conocer, en forma privativa, de los juicios de lanzamiento por ocupación de hecho en predios rurales, así como también de la tramitación de toda acción posesoria referente a predios de la misma naturaleza. Y, en su capítulo segundo, reglamentado por el Decreto 59 de 1.938, dispuso un procedimiento especial aplicable a tales eventos. Luego vino la ley 4ª de 1.943 y suprimió los jueces de tierras y adscribió sus funciones a los Jueces de Circuito.

b).—En el evento de acciones de lanzamiento por ocupación de hecho de predios urbanos, el procedimiento aplicable es el contenido en el Decreto 992 de 1.930, reglamentario del artículo 15 de la ley 57 de 1.905 y derogatorio del Decreto 515 de 1.923 que reglamentaba lo relativo al lanzamiento por ocupación de hecho, sin hacer distinción alguna. Al expedirse la ley 200 de 1.936 y 4ª de 1.943 la competencia y procedimientos quedaron derogados en lo que dice relación a la ocupación de hecho de predios rústicos.

Conforme, pues, al artículo 8º del Decreto 992 de 1.930, conocen de las acciones de lanzamiento por ocupación de hecho de predios urbanos el Alcalde del Municipio en que esté ubicado el predio ocupado; si pertenece a varios Municipios, conocen a prevención los Alcaldes de cada uno, sin sujeción a cuantía alguna.

No debe olvidarse que esta acción prescribe en treinta días contados desde el primer acto de ocupación o del día en que tuvo conocimiento el querellante de tal hecho, según el caso. Vencido este término los interesados tendrán que acudir al poder judicial en juicio posesorio u ordinario.

5º).—Finalmente, para concluir lo relativo a la competencia en estos juicios, se anota que el Decreto N° 151 de 1.957, con miras a la protección de la Industria Hotelera, consagró un procedimiento especial para el lanzamiento de clientes insolventes y atribuyó el conocimiento de tales acciones a los Alcaldes, Corregidores o Inspectores de Policía del domicilio del respectivo establecimiento hotelero.

Por último, cuando el demandado en acción de tenencia sea el Estado (Nación) el competente para conocer del juicio respectivo es el Tribunal Superior del domicilio del demandante; y cuando se siga por el Estado contra un particular, conoce el Tribunal de la vecindad del demandado. En el evento de que el juicio se siga contra un departamento, el competente es el Tribunal Superior del mismo y si hay varios en el territorio departamental conocerá el de la Capital; en el

caso contrario, es decir, cuando el demandante sea el Departamento, conoce el que corresponda al domicilio del demandado (Arts. 155 y 156 del C. de P. C.)

*Competencia en la Reforma Judicial.* — Desde hacía algunos años, se hacía necesaria una modificación en las cuantías en materia civil, ya que, por virtud de fenómenos monetarios, el aumento de los litigios, etc., las establecidas por el Decreto 3547 de 1.950 resultaban demasiado bajas. Como respuesta a ese anhelo de Abogados y Jueces, el Poder Ejecutivo, en uso de las facultades extraordinarias conferidas por el Congreso de la República, realizó la elevación esperada por medio del Decreto N° 528 de 1.964 "sobre organización judicial y competencia" y cuya vigencia está prevista para el 1° de julio de 1.965.

El citado decreto 528, derogó el artículo 2° del D.E. 3547 de 1.950, el cual a su vez había suspendido el artículo 196 del C.J. y dispuso en su artículo 7°:

"En los juicios en que la competencia se fija por el valor de las acciones que se ejercen, éstas son de mayor, de menor o de mínima cuantía. Son de mayor cuantía las que versan sobre un valor que excede de quince mil pesos; de menor cuantía, aquéllas cuyo valor es de tres a quince mil pesos, y de mínima cuantía las demás".

A su turno los artículos 5° y 6° ídem. preceptúan:

"Art. 5°—Los Jueces Municipales en lo civil conocen en una sola instancia de los asuntos contenciosos civiles y de los juicios de sucesión, de mínima cuantía".

"Art. 6°—Los Jueces Municipales en lo civil conocen en primera instancia:

"10.—De los asuntos contenciosos de mayor y menor cuantía en que se ventilen cuestiones de mero derecho privado. Cuando en ellos intervenga como parte la Nación, un Departamento, un Municipio, una Intendencia, una Comisaría o un Establecimiento público descentralizado, conocerá el Juez en lo civil del Municipio que sea cabecera de Distrito Judicial..."

Ahora bien: si a la elevación de las cuantías se agrega un personal de Jueces y empleados probos e idóneos, los buenos resultados de la Reforma Judicial no se harán esperar. Sin embargo, nos asalta la duda de que, por las condiciones de remuneración y falta de estímulos, el elemento humano calificado, factor determinante del éxito de la reforma, en muchas ocasiones y lugares no pueda ser habido. No deja de inquietarnos el hecho de que, como la mínima cuantía que

dó aumentada considerablemente, los juicios de esta clase no tendrán revisión alguna, como ocurrirá con la mayoría de las acciones de lanzamiento, en los casos en que la cuantía se determine por el valor del canon o renta. Más grave aún puede resultar en este caso la consideración de que en muchas ocasiones, en estos juicios, se debaten incidentalmente problemas relativos a mejoras cuyo monto puede ascender a muchos miles de pesos y que, en tales condiciones, las decisiones sobre esta materia carecerán de revisión, por tratarse de cuestiones incidentales al juicio de lanzamiento.

*Capacidad para ser parte y para comparecer como parte en los procesos de tenencia.* — Estos dos presupuestos procesales no requieren un estudio especial, ya que de un lado ellos son invariables en todo juicio y de otro, el estudio de ellos corresponde más bien a la teoría general sobre el procedimiento civil. Por manera que nos basta con saber que el primero dice relación a la *capacidad* de goce o adquisitiva para ser sujeto activo de derechos o pasivo de obligaciones y que, para determinar quienes pueden ser partes en un juicio, debe acudirse a lo que sobre el particular disponga el Código Civil en armonía con el Código Judicial. (11).

En cuanto al segundo, capacidad para comparecer como parte, llamado también "*legitimatio ad procesum*" y que se confunde con la *capacidad de ejercicio*, significa la aptitud legal para realizar actos con validez y eficacia dentro del proceso. De modo que no basta ser sujeto de derecho para poder intervenir en juicio sino que, además, se requiere que la persona pueda realizar actos en nombre propio o ajeno, con validez procesal.

Solamente las personas capaces, por sí mismas, pueden comparecer en juicio como partes, es decir, tienen capacidad procesal para actuar sin intervención de nadie, como demandantes o como demandados. Pero ello no quiere decir que quienes no tengan capacidad de ejercicio carezcan de derecho de acción o que contra ellos no pueda accionarse; lo que les está vedado es comparecer al juicio por sí mismos. Cuando comparecen lo deben hacer a través de sus representantes legales, como lo indica el artículo 240 del C. Judicial.

Resumiendo lo relativo a la capacidad para comparecer como parte, dice la Corte Suprema de Justicia: "Lo concerniente a la capacidad procesal está reglamentado en el Título IV del libro 2º del Código de Procedimiento Civil.

(11) Arts. 74 y 633 del C. C. y 230 del C. J.

"Las personas capaces comparecen en juicio por sí mismas o por medio de sus mandatarios; las personas incapaces, por medio de sus representantes legales (C. J. Art. 240), y las personas jurídicas, "por medio de sus representantes constitucionales, legales o convencionales" (C. J. Art. 250), o sea por medio de sus órganos competentes" (12).

*Jus Postulandi.* Conforme a mandatos constitucionales y legales, no siempre quien tiene capacidad procesal puede actuar directamente en juicio y realizar personalmente actos de obtención con validez procesal, sino que la parte o su representante legal deben estar asistidos por un procurador o apoderado judicial. Esta capacidad es lo que en doctrina se conoce con el nombre de *juspostulandi*, que en el fondo no es otra cosa que una especie de capacidad puramente formal y que mira al mejor desarrollo del proceso, el cual requiere técnica, corrección y precisión. Conforme al artículo 40 de la Constitución Nacional, ley 69 de 1.945 y Decreto E. N° 1.209 de 1.954, sólo tienen derecho de postulación los abogados titulados e inscritos, salvo las excepciones contempladas en las mismas normas.

*Demanda en forma en los juicios de tenencia.* — La demanda, pieza vertebral del proceso de tenencia, debe reunir ciertos requisitos de forma que no son otros que los indicados en los artículos 205, 209, 217, 222, etc. del C.J., pero de una manera especial los del Art. 205 el cual enseña: "La demanda principal, o sea la petición con que se inicia un juicio, debe contener: la designación del Juez a quien se dirige; el nombre de las partes y el de sus representantes, si aquéllas no comparecen o no pueden comparecer por sí mismas; su vecindad o residencia, si es conocida, o la afirmación de que se ignora, con protesta de no faltar a la verdad; lo que se demanda, expresando con claridad y precisión los hechos u omisiones; los fundamentos de derecho en que se apoya, y la cuantía, cuando su estimación sea necesaria para fijar la competencia".

Una demanda que reúna todas las exigencias formales anotadas se encuentra en forma, según expresiones de la jurisprudencia. En caso contrario, el Juez puede ordenar su corrección de oficio y la parte contraria proponer la excepción dilatoria de inepta demanda; pero si nada de esto ocurriere, el vicio dará lugar a un pronunciamiento inhibitorio por falta del presupuesto procesal "demanda en forma". (13).

21).—*La legitimación en los juicios de tenencia.* Para que el Juez pueda pronunciarse sobre el fondo de la pretensión deducida, no es

(12) Gaceta Judicial, Tomo LXXVIII, 350.

(13) Véase N° 15.

suficiente, como se dijo antes, que se tenga la calidad de sujeto de derecho y la aptitud legal para realizar actos válidos desde el punto de vista adjetivo; es necesario, además, que quien aduzca la pretensión sea la persona a quien la ley acuerda la acción y que ella vaya dirigida, precisamente, contra aquélla a quien por ley está obligada a soportar la carga de ser demandada.

Por regla general, basta que en el libelo se afirme la existencia de tal legitimación, tanto en forma activa como pasiva, ya que en el debate probatorio habrá oportunidad de acreditarla en forma completa. Mas, ocurre que en cierta clase de juicios, el de tenencia entre ellos, la misma ley de procedimiento ordena que a la demanda debe acompañarse la prueba de dicha legitimación, como que en el festinamiento de estos procesos, si el demandado no se opone a las pretensiones del actor, no habrá período probatorio y el Juez, en consecuencia, tendrá que pronunciarse sobre el libelo con fundamento en las solas pruebas que se hayan presentado con la demanda.

Se concluye de lo anterior, que la legitimación es uno de los elementos esenciales de la acción y un presupuesto que determina necesariamente la eficacia del proceso en sentido positivo.

Como la legitimación es uno de los elementos sustanciales del derecho de acción, para determinarla tanto en su aspecto activo como pasivo, será necesario recurrir a los preceptos sustantivos que son los que en definitiva vienen a suministrar los criterios para saber cuándo una situación dada es de mera tenencia y cuáles los sujetos de dicha relación.

Conforme a la definición legal de la tenencia, para saber cuando una relación es de mera tenencia, el criterio fundamental está dado por la ausencia del *animus domini* y la existencia concurrente de la obligación de restituir la cosa objeto de ella, por parte de uno de los sujetos.

22).—*Legitimación activa.* Sin pretender en manera alguna dar una enumeración taxativa de los sujetos que están legitimados para instaurar la acción de tenencia, se dará, adoptando el criterio propuesto, una lista de los que consideramos legitimados en forma activa.

Con miras a lograr una clasificación de los titulares de la acción de que se trata y aunque ello en realidad no resulte muy técnico, se pueden formar cinco grupos de legitimados, así:

1°).—El dueño o propietario de la cosa sobre la cual recae la acción; 2°).—El titular de un derecho real de goce, en relación con la misma; 3°).—El poseedor; 4°).—El arrendador, y 5°).—Los administradores de bienes ajenos.

*El dueño o propietario de la cosa.*—Es evidente que el dueño o propietario de la cosa está legitimado, como el más, para accionar con miras a obtener la restitución de la cosa, siempre que en cualquier forma, gratuita u onerosa, haya cedido directamente el goce o el uso y goce del bien a título de tenencia, llegado que sea el término de la devolución. Este aserto se deduce fácilmente de lo que preceptúa el artículo 699 del Código Civil, como que el uso y goce de la cosa forman parte de los atributos que confiere el derecho de dominio.

Así tendríamos que el dueño o titular de la nuda propiedad podría accionar contra el usufructuario si una vez llegado el plazo no le fuere restituida voluntariamente la cosa fructuaris, ya que una de las obligaciones contraídas por el usufructuario es precisamente la de restituir la cosa (Art. 823 C.C.); de igual manera procedería la acción contra el acreedor prendario, una vez solucionado el crédito que garantizaba la cosa dada en prenda (Arts. 2418, 2420, 2421, 2428 y 2426); contra el usuario o habitador (Art. 872 idem.); contra el acreedor anticrético (Arts. 2416, 2463 y 2467 C.C.); de la misma manera sería viable contra quien ejercita sobre la cosa un derecho de retención (Art. 1115 del C.J.); contra el fiduciario, etc.

Lo dicho es aplicable no sólo al caso de que la tenencia recaiga sobre cosas materiales sino también en los eventos de derechos inmateriales susceptibles de tal cesión como ocurre con la propiedad intelectual, las marcas, patentes de invención, etc., por lo menos desde el punto de vista teórico.

*El titular de un derecho real de goce.*—Teniendo en cuenta la enumeración que de tales derechos hace el artículo 665 del Código Civil y las enseñanzas de la doctrina, dentro de este segundo grupo de legitimados tendríamos que todo titular de un derecho de esta categoría puede accionar contra el tercero a quien cedió la tenencia de la cosa a título distinto del de arrendamiento, si la naturaleza de tal derecho se lo permite. Se dice que cuando la cesión se hizo a título distinto del de arrendamiento por cuanto en este evento se estaría legitimado como arrendador y no como simple titular del derecho real.

En tales condiciones estarían legitimados el usufructuario; el titular de un derecho de uso o habitación, pero sólo a fin de obtener la entrega de la cosa para usar y gozar de su derecho, pues, como es sabido, su derecho por ser personalísimo es intransmisible e incesible (Art. 878 C.C.); el tenedor de una cosa dada en prenda (Art. 2418 idem); el acreedor anticrético en las mismas condiciones, y el titular de un derecho de retención para recuperar la tenencia de la

cosa, estando en ejercicio de su derecho, aunque en este último caso parece que si el retenedor se desvincula materialmente de la cosa, el derecho de retención se pierde o desnaturaliza.

*El poseedor.*—Aunque la posesión es un hecho, como ante terceros el poseedor es reputado dueño (artículo 762 C.C.), es evidente que puede ceder el uso o el uso y goce de la cosa poseída en condiciones similares al propietario, siéndole, en consecuencia, aplicable las mismas reglas que a éste.

*El arrendador.*—Hablar del arrendador como legitimado distinto de los grupos anteriores parecería, redundante, ya que en la mayoría de las veces tal calidad coincide con la de dueño o titular de un derecho real o poseedor. Mas, sucede que en ocasiones tales calidades no concuerdan como ocurre en los eventos de propiedades administradas por el Banco Central Hipotecario, Secciones de los Bancos mal llamadas Fiduciarias, Agencias de Arrendamiento, etc. En todos estos casos, es evidente que el arrendador se encuentra legitimado para instaurar el juicio de lanzamiento sin que requiera poder o autorización especial del dueño o poseedor, llegado que sea el caso de la restitución de la cosa.

Lo que acaba de decirse del arrendador, le es aplicable al subarrendador o cedente, cuando para ello esté facultado conforme al artículo 2004 del C.C. y al caso de sustitución del arrendador por los acreedores de éste (art. 2023 idem).

*Administradores de bienes ajenos.*—Conforme a los principios generales que gobiernan el mandato, el mandatario está facultado para ejecutar actos de "administración", salvo prohibición especial para ciertos y determinados casos (arts. 2142, 2157 y ss. C.C.). Dar en arrendamiento, comodato, etc. un bien de aquéllos que el mandatario administra, constituye sin duda un acto de mera administración, como que en estos casos el arrendador, comodante, etc., sólo pierde el goce del bien, el cual está representado para él por las prestaciones equivalentes, sin que ello aparezca las consecuencias propias de un acto de disposición.

Por consiguiente, los mandatarios o administradores pueden ceder la tenencia de la cosa y en tal evento estar legitimados para obtener la restitución de la cosa objeto de la relación precaria, si fuere necesario (art. 2158 C.C.).

Previas las observaciones anteriores y sin detenernos en consideraciones acerca de las disposiciones que en cada caso se citan, podríamos considerar como legitimados activamente a los siguientes:

a) El mandatario respecto del bien del cual el tercero es mero tenedor; b) El depositario en relación con la cosa depositada (artículos 2236, 2240 y 2253 C.C.); c) El secuestre en lo tocante a los bienes materia del depósito y cuya administración le fué conferida (art. 2278); d) Los tutores y curadores en relación a los bienes de sus pupilos (arts. 428 y 496 C.C.); e) Los ejecutores testamentarios o albaceas con tenencia y administración de bienes (arts. 1297, 1327 y ss. C.C.); f) El padre de familia en relación a los bienes del hijo sobre los cuales la ley le confiere el derecho de usufructo y administración (arts. 291, 293, 295 y ss. C.C.), teniendo en cuenta las limitaciones que indican los artículos 304 y 496 del Código Civil (14); g) Los herederos, cuando no habiendo albacea nombrado, corra a su cargo la administración de los bienes de la masa herencial; h) Los curadores de bienes del desaparecido (art. 561 y ss. C.C.), de la herencia yacente (569 y ss.) y de los bienes del hijo póstumo (art. 573), con las restricciones que se indican en los artículos 575 y siguientes del Código Civil; i) El síndico de la quiebra o del concurso en relación a los bienes de la masa; j) El administrador de la cosa ocupada de hecho (Leyes 57 de 1.915 y 200 de 1.936), etc., etc.

Finalmente, de acuerdo con lo que dispone el artículo 1.115 del Código Judicial, los mismos legitimados pasivos pueden accionar contra la persona que tiene derecho a exigir la restitución de la cosa dada en tenencia, a fin de que se la reciba, adoptando el procedimiento indicado en el Capítulo II del Título XXXVII del C. de P.C.

23).—*Legitimación pasiva.* A manera de enunciado general y adoptando los criterios indicados para saber cuando una determinada relación es de mera tenencia, podemos afirmar que toda persona que tenga en su poder una cosa reconociendo dominio ajeno sobre ella y que se halle en la obligación de restituirla, está obligada a soportar la carga de ser demandada en acción de tenencia, si la restitución no se lleva a efecto en forma voluntaria.

Lo anterior que en teoría resulta bien sencillo de afirmar, en la práctica no parece enteramente exacto, ya que pueden presentarse situaciones en las que una persona siendo mera tenedora de la cosa resulte antitécnico y contrario a la economía procesal el instaurarle un juicio de tenencia.

En efecto: de acuerdo con el artículo 775 de C. C., el secuestre es un mero tenedor de la cosa que se disputan dos o más personas, cosa que está en la obligación de restituir a quien obtenga una deci-

(14) Código Civil, artículo 2.027.

sión a su favor (arts. 2273 y 2281 ibidem). Es evidente que el secuestre, en caso de negarse a restituir la cosa en forma voluntaria, podría ser demandado en acción de tenencia con tal fin. Sin embargo, resulta más práctico y así se hace a diario, que la orden de entrega se cumpla en la forma prevenida en el Capítulo I. del Título XV del C. Judicial que se refiere a la ejecución de las resoluciones judiciales.

Lo que se dice en relación con el secuestre y por los mismos motivos, puede sostenerse también para el caso de que una persona tenga en su poder la cosa en ejercicio del derecho de retención, luego que sea el tiempo de exigir que se restituya, a pesar de lo que sobre el particular dispone el artículo 1.115 del C.J. Es evidente que así debe ser ya que el derecho de retención o se reconoce en la sentencia o al momento de ejecutarse ésta (arts. 1.108 y 1.109), siendo lo más práctico *suspender* la ejecución del fallo hasta cuando el interesado en la entrega demuestre que ha solucionado o garantizado el crédito en su contra. Cumplida tal condición, el fallo es susceptible de ejecución en forma indiscutible, haciendo uso de la fuerza si fuere necesario.

En la compraventa, es evidente que el comprador es un mero tenedor de la cosa, en tanto esté vigente el pacto de reserva de dominio, según opinión de la Corte (15); pero en caso de que el comprador incumpla sus obligaciones, la acción propia para recuperar la cosa entregada no es la de tenencia, ya que primero debe declararse resuelto el contrato y, en tal evento, lo conducente es la ejecución de la decisión que así lo declare y en donde debe resolverse también acerca de las prestaciones mutuas a que haya lugar.

Si se acepta, como de hecho se ha aceptado (16) que el promitente que ocupa la cosa prometida en venta es mero tenedor, en caso de incumplimiento de la promesa no sería viable el juicio de tenencia para el recobro de la cosa ocupada. En tal hipótesis, lo procedente sería instaurar la acción de resolución del contrato de promesa de venta y perseguir la ejecución del fallo que así lo declare.

Muchos otros casos se encuentran en la práctica diaria a los cuales teóricamente le serían aplicables las anteriores consideraciones, como ocurre con el ocupante de la cosa que se pretende vender y que está sometida a prueba, evento en el cual también puede hablarse de tenencia, etc.

(15) Sent. Sala de Negocios Generales, Sept. de 1959. G. J. Tomo XCI, 672.

(16) Gaceta Judicial, Tomo XXVIII, 70.

Hechas las anteriores observaciones, no obstante lo antitécnicas que resultan las enumeraciones sobre todo en materias jurídicas ya que en la mayoría de los casos son incompletas o inexactas, enunciaremos algunos casos en que es claro que el tenedor, al no restituir voluntariamente la cosa sobre la cual recae la relación precaria, puede ser demandado con tal fin.

Así tenemos como legitimados pasivos: el usufructuario, una vez extinguido su derecho (arts. 863 y ss. C.C.); aquí puede comprenderse al padre de familia, terminado que sea su derecho de usufructo sobre los bienes del hijo (arts. 292 y ss. C.C.); el fideicomisario (822 idem.); el usuario o habitador (art. 871 idem.); el tenedor de la cosa dada en prenda (2236, 2253 y ss. 2264 y 2281 del C.C.) con la salvedad hecha al depositario judicial; el acreedor anticrético (2467 id.); el arrendatario y subarrendatario (arts. 2.005 C.C. 1.116 del C.J.); el comodatario (arts. 2.200, 2.205, 2.219 y 2.220 C.C.); los tutores y curadores de bienes, cuando cesen en el ejercicio de sus cargos (arts. 504, 506, 579 y 580 C.C.); el ocupante de un bien sin título alguno, etc.

## CAPITULO CUARTO

### *Lanzamiento del arrendatario*

24).—*Critica a la rúbrica del capítulo.* El Código Judicial anterior, influido como estaba por la ley de Enjuiciamiento Civil de España, denominaba el Capítulo de que se trata con el de juicio de "Desahucio y Lanzamiento" (1), terminología ésta que en sí constituía un serio error de apreciación jurídica, ya que conforme a lo que estatuye el Código Civil, el *desahucio* no es otra cosa que el aviso dirigido por el arrendador al inquilino o por éste al primero en el sentido de ponerlo en conocimiento de su intención de poner fin al contrato para el cual no se estipuló término de duración.

Por ello, al expedirse la ley 105 de 1.931, se varió la denominación, dándole a este juicio el de "Lanzamiento del arrendatario", expresión ésta que tampoco da una idea clara del contenido del capítulo. Con razón se ha dicho que mejor habría sido denominarlo "Restitución de la cosa arrendada" ya que en dicho capítulo se reglamentan las acciones relacionadas con la terminación del arriendo y la restitución de las cosas dadas a ese título.

Al decir "*lanzamiento del arrendatario*" —opina un comentarista— parece que el código contemplara únicamente el arrendamiento de inmuebles y no sólo a ello debe la ley atender. Supongamos, por ejemplo, que se trata de alquiler de animales, carruajes o muebles en general: en el juicio que el arrendador promueva para recobrar esos bienes no parece propio decir, como dice el artículo 1.103 "venido el término del traslado de la demanda, el Juez decreta el lanzamiento si el inquilino no se opone a la entrega", pues en tales casos ni el demandado es inquilino, ni lo que debe decretarse es el lanzamiento, sino simplemente la restitución de la cosa" (2).

Da una idea más clara de la glosa anterior la práctica forense, ya que se estila en la parte resolutive de la sentencia decretar o mejor ordenar la restitución de la cosa al actor dentro del término indicado por la ley (art. 1.106) y se previene al demandado de que, si no la hiciere dentro del indicado término, será lanzado por la fuerza.

(1) Denominación que se conserva en la Ley de Enjuiciamiento Civil Española, como puede leerse en la Sección Primera del Título XVII de dicha obra.

(2) Ramón Gómez Cuéllar, COMENTARIOS AL CODIGO JUDICIAL, pág. 263. Imprenta Nacional, 1933.

25).—*Demanda.* El libelo por medio del cual se impetra la restitución de la cosa arrendada, sea esta mueble o raíz, debe llenar las exigencias formales comunes a todas las demandas y contener, además, una identificación completa del bien objeto de la acción (artículo 205, 217 y 222 del C.J.). La demanda deberá presentarse personalmente a la Oficina que corresponda con identificación del actor en la forma prevenida por el artículo 1º de la ley 39 de 1.961, en armonía con el 223 del C.J.

26).—*Pruebas que deben acompañarse a la demanda. Causales de lanzamiento.* Además de las pruebas tendientes a acreditar la personería de las partes, el actor, aunque no lo dispone así expresamente la ley, deberá probar plenamente la existencia del contrato de arriendo.

No exige la ley una prueba determinada para la comprobación de la legitimación de la causa; pero, como el contrato de locación no es solemne, él puede acreditarse por los medios ordinarios de prueba: confesión de parte, declaraciones de testigos, escritura pública registrada, documento privado, etc., teniendo en cuenta, eso sí, la restricción probatoria consagrada por el artículo 91 de la ley 153 de 1887, por razón del monto de la obligación, en este caso el valor del precio o renta.

Cuando la prueba consista en declaraciones de testigos, no puede olvidarse que si hay lugar a período probatorio, las declaraciones deben ser ratificadas conforme a lo prescrito por el artículo 693 del Código de Procedimiento Civil.

Que a la demanda deba acompañarse la prueba del contrato en todos los casos, aunque la ley no disponga así para todas las causales en que procede el lanzamiento, es una cuestión apenas obvia y lógica, pues precisamente se va a demostrar que el contrato de arrendamiento "ha terminado". Mal podría el Juez pronunciarse acerca de una presunta desvinculación contractual si no aparece que ella haya existido, así hubiera sido en forma verbal.

Más claro era el artículo 4º de la ley 58 de 1.905 cuando disponía que "la solicitud sobre desahucio deberá presentarse con la prueba del contrato al Juez del Municipio donde esté situada la finca..." Y, aún más todavía resulta el artículo 1070 del Proyecto de Código Judicial, al decir que "a la demanda para que el arrendatario restituya al arrendador la cosa arrendada, deberá acompañarse por lo menos prueba sumaria del contrato de arrendamiento y de que éste ha terminado por cualquiera de las causas previstas en el Código Civil".

Dispone el artículo 1.104 del C.J. que a la demanda debe acompañar el actor la prueba de que el arriendo ha terminado por cualquiera de las causas establecidas en la ley. Partiendo del principio consagrado en este texto, veamos ahora con más o menos detalle cada una de las causales de lanzamiento que contempla la disposición acotada y las pruebas que en cada caso es necesario aducir con el libelo.

1ª).—*Expiración del término.* Cuando la causa de terminación del contrato y la consiguiente restitución de la cosa se funda en la expiración del tiempo de duración estipulado, el demandante debe demostrar la existencia del contrato en donde conste tal estipulación.

2ª).—*Terminación del uso especial.* Si la pretensión del demandante se sustenta en la expiración del arrendamiento por haberse hecho el uso especial a que estaba destinada la cosa, o por la costumbre, deben acreditarse plenamente dichas circunstancias. Si se trata de la costumbre, sostienen algunos que debe demostrarse su existencia conforme al artículo 700 del C. Judicial y otros, por el contrario, opinan que ello debe hacerse con una certificación de la Cámara de Comercio del lugar. Sin embargo, consideramos que la razón está de parte de los primeros ya que el artículo 700 del C. J. se encuentra dentro del estatuto probatorio civil que es de orden público y posterior a la ley 28 de 1.931, que confiere a las Cámaras de Comercio como función "recopilar los usos y costumbres mercantiles" para efectos comerciales (artículo 12).

3ª).—*Objeto ilícito o destinación distinta.* Si el demandante aduce como fundamento el uso ilícito de lo arrendado, el subarriendo o cesión sin facultad para ello, o a personas de notoria mala conducta, está en la obligación de demostrar esos motivos, además del contrato (3).

4ª).—*Mora en el pago de la renta o canon.* Si ha habido mora en el pago de la renta en un período entero y es esta la causal que se invoca, deberá presentarse también la prueba de que se han hecho al inquilino dos requerimientos privados o judiciales, entre los cuales medie por lo menos cuatro días y de que no prestó oportunamente la caución de que trata el artículo 2035 del Código Civil.

De acuerdo a la teoría general, la mora en el cumplimiento de las obligaciones puede producirse en alguna de las siguientes formas:

a) por la simple llegada del término en las obligaciones a plazo fijo (mora automática); b) mediante un requisito adicional al retardo—requerimiento—, en las obligaciones a término indefinido, o en al-

(3) Código Civil, arts. 1.996, 2.004, 2.016, 2.019, 2.026, inc. 3ª, 2.030 y 2.931.

gunas de aquellas que, a pesar de tener señalado un plazo, se ha tenido en cuenta para exigir, además del vencimiento mismo del término, la reconvencción del deudor como elemento indispensable para constituirlo en mora. Esta es más o menos la doctrina contenida en el artículo 1.608 del Código Civil.

Ahora bien, armonizando este texto con el artículo 2035 *ibídem*, resulta que la mora en el pago del precio del arriendo no es automática. Para que ella se de y, en consecuencia, el arrendador pueda ejercer los derechos de *terminación* del contrato se requiere, además del vencimiento del término, el lleno de ciertos requisitos, sin los cuales el arrendatario no puede colocarse en la calidad jurídica de deudor moroso.

Es por ello por lo que el artículo 2035 citado, con un espíritu proteccionista del inquilino, extraño por cierto a la concepción individualista del Código, preceptúa que producido el retardo en un período entero de la renta, el arrendador, antes de poder hacer valer la facultad de desvinculación que se deriva como consecuencia del incumplimiento, deberá requerir al inquilino para que le pague, por dos ocasiones por lo menos, con intervalos mínimos de cuatro días entre ellos. Aún más, de acuerdo a la misma norma, el arrendatario retardado y requerido que no pudo atender de inmediato la reconvencción, puede todavía defenderse y evitar su desalojo de la finca prestando caución de que pagará el canon o canones que adeuda, dentro de un plazo relativamente amplio, no inferior a treinta días.

En la práctica, el derecho que asiste al inquilino para caucionar su deuda en el término que le fije el juez, resulta nugatorio por cuanto ni en los escritos en que se solicitan los requerimientos ni los funcionarios encargados de hacerlos le hacen conocer al requerido tal derecho. Por ello consideramos que no se violaría el principio dispositivo que inspira y orienta el proceso civil, por el hecho de que el Juez le hiciera conocer al inquilino la facultad que la ley le confiere.

En relación con los requerimientos, la mayoría de los doctrinantes nacionales (4) y los Tribunales y Juzgados del país, han venido sosteniendo la viabilidad de la renuncia del derecho que tiene el arrendatario a que, previamente a la constitución en mora, se le requiera en la forma antes indicada. Argumentan los sostenedores de esta tesis que se trata de un derecho conferido por la ley al inquilino que

(4) Julio González Velásquez, INSTITUCION PROCESAL CIVIL COLOMBIANA, comentarios al art 1.104. Editorial Siglo XX, 1948. D. 345.71-6643i. Hernando Morales Ob. cit., Tomo II, pág. 125.

mira sólo al interés particular del renunciante y cuya renuncia no está prohibida por la ley (art. 15 del C.C.).

Admitiendo tal tesis, la cual en nuestro concepto no puede generalizarse para todos los casos de arriendo, y se aduzca como causal del lanzamiento la mora en el pago de los cánones, lo propio será demostrar la existencia de la cláusula contractual que contenga la renuncia; si élla no existe, deberá procederse como se ha indicado antes.

Es frecuente encontrar en la práctica cláusulas contractuales en donde se estipula el pago anticipado de la renta con la adición de que él tendrá que verificarse dentro de los tres primeros días del período, por ejemplo. Vencidos los tres primeros días del ejemplo sin que el pago se haya verificado, se acude en demanda de lanzamiento del inquilino presuntamente moroso, sin reparar que varios son los preceptos que exigen la mora en un período entero.

En situaciones como la propuesta, la demanda lo mismo que las pruebas a ella acompañadas deben ser analizadas con cautela, a fin de evitar que se incurra en violación de textos que en forma casi excepcional regulan lo relativo a la mora en el contrato de arriendo, como lo hemos venido anotando a través del estudio de esta causal.

Hasta tanto se complete un período entero, el arrendatario se hallará dentro del *simple retardo* pero no en mora, pues como lo dice el tantas veces citado artículo 2035 para que ella se estructure con entidad suficiente para servir de causa a la acción de lanzamiento, se precisa que haya perdurado un período entero, a más de los requerimientos. Así se explica por qué se ha definido la mora como el retardo culpable en el cumplimiento de una obligación, unido al requerimiento de parte del acreedor.

De otra parte, según el artículo 1524 del Código Civil y las enseñanzas de la doctrina, "no puede haber obligación" sin una causa real y lícita, entendiéndose por causa "el motivo que induce al acto o contrato", y que en los contratos bilaterales, la causa de la obligación de una parte es la obligación de la otra, o mejor, la ejecución de ésta por la contraparte.

De consiguiente resulta, que cuando el contrato es de arrendamiento, la causa de la obligación que tiene el inquilino de pagar el precio o renta convenido está constituida por el *uso efectivo* de la cosa dada en arriendo y, por tanto, mientras la cosa no haya prestado el servicio a que fué destinada en la convención o que de otros criterios se deduzca, la obligación de pagar el precio *carece de causa*.

Si en tales condiciones se incoar la acción de restitución de la cosa arrendada, ella no podría prosperar por ausencia de una de las condiciones axiológicas del derecho de acción: *la causa pretendi*.

El precepto del artículo 2035, que exige un número plural de requerimientos, únicamente es aplicable en caso de mora referida a los arrendamientos de casas y edificios. Tratándose de cosas en general, y aún de predios rústicos, no es necesario más que un requerimiento para constituir en mora al inquilino que no paga, conforme al mandato del artículo 2007 *ibídem*.

*Cómo se hacen los requerimientos.*—Los requerimientos de que se ha venido hablando, se solicitan y tramitan conforme al artículo 325 del C. de P. C., por medio de escrito dirigido al Juez del domicilio del demandado, o de cualquiera de ellos a prevención, si tuviere varios o al de la mera residencia (reglas 1ª y 3ª del art. 152 C.J.). Cuando el presunto demandado no se encuentra o se oculta, acreditado sumariamente este hecho, los requerimientos pueden hacerse por medio de aviso o cartel fijado en la puerta principal del inmueble, en la misma forma que se autoriza para el auto admisorio de la demanda de lanzamiento. Así lo preceptúa el inciso final del artículo 1114 del C.J., precepto este que debió colocarse en la última parte del artículo 1.103 *idem*.

Los anteriores son los llamados *requerimientos judiciales* y que en la práctica reciben un tratamiento igual al de otras diligencias extrajudiciales, contrariamente a lo que acontece en otras legislaciones como la chilena en donde están atribuidos en forma privativa al juez que deba conocer del juicio respectivo. Fuera de los judiciales, existen los *requerimientos privados* consistentes en avisos, comunicaciones, privadas, etc., que también son admisibles si aparecen comprobados.

Lo que en nuestro ordenamiento procedimental se denomina *requerimiento judicial*, en el derecho uruguayo se le llama *constatación judicial* de la mora del mal pagador, considerada como una diligencia preparatoria imprescindible para iniciar la acción tendiente a obtener la desocupación y entrega del inmueble arrendado, *en todos los casos*, exista o no término contractual pendiente.

De acuerdo al artículo 10 de la Ley N° 8.153 de 16 de Diciembre de 1.927, "considérase incurso en mora al arrendatario que no paga el alquiler o renta dentro de los diez días siguientes a la intimación judicial. Esta no podrá ser hecha sino diez días después de aquél en que el pago debió efectuarse.

Comentando la *constatación judicial*, se expresa así la Profesora Marta Jardí Abella: "La intimación deberá ser hecha diez días después de aquél en que debió pagarse, de modo que el día fijado para el pago no cuenta. Desde el día de la intimación judicial el demandado dispone de otros diez días para efectuar el pago; pero tampoco se cuenta el día de la intimación porque la ley dice: "dentro de los diez días siguientes a la intimación". Sólo cuando el arrendatario no efectuare el pago dentro de esos diez días, se considerará moroso pagador.

"Este es el régimen general para la constatación de la mora del mal pagador; pero si se pretende la *resolución* del contrato, por existir plazo contractual pendiente y obtener el subsiguiente desalojo, no se puede llegar a la constatación de la mora, sin las condiciones del art. 11 de la Ley N° 8.153 de 16 de Diciembre de 1.927, es decir, sin esperar la falta de pago de dos períodos de renta, si el pago es por períodos de meses de tres y de uno, si es por períodos mayores.

"Este régimen de la mora del arrendatario se completa con la *validad de la cláusula que establece la caída en ella por el sólo vencimiento del término*, de acuerdo con lo preceptuado por el artículo 18 de la ley N° 8153 de 16 de Diciembre de 1.927" (se ha subrayado (5)).

5ª).—*El desahucio*. Si el actor demanda con base en que *desahució* al presunto demandado (causal de muy poca ocurrencia) porque no fue estipulado lapso de duración del arriendo, ni es determinable por el uso especial del objeto o por la costumbre, debe demostrar, fuera del contrato, el cumplimiento del requisito del desahucio (art. 2009 C. C.).

La institución del desahucio, conceptualmente, no ha tenido el mismo sentido en nuestro ordenamiento positivo, como se anotó al iniciar el estudio de este capítulo. La ley 58 de 1.905, que reglamentaba el juicio de "Desahucio y Lanzamiento", disponía en su artículo 2º: "El desahucio tiene por objeto la restitución por parte del arrendatario de la finca arrendada, y consiste en la notificación o aviso de la solicitud del arrendador en que dando por terminado el contrato, pide la desocupación y entrega de la finca". Y, el artículo 9º de la misma ley disponía: "El auto que dicte el Juez en que decreta el desahucio no es apelable, y debe ejecutarse después de pasados los términos fijados en el artículo 3º (30 días para bienes urbanos y 90 para los rústicos), haciendo uso de la fuerza si fuere necesario".

(5) Marta Jardí Abella. EL JUICIO DE DESALOJO. pág. 142. Ediciones Facultad de Derecho de la U. de Montevideo, 1955. D. 345.71 - J. 37e.

Como se ve, el desahucio era en aquella ley un verdadero juicio especial, cuestión enteramente explicable si se tiene en cuenta que en otras legislaciones como la chilena y española, de las cuales fueron tomadas nuestras instituciones procedimentales, se habla precisamente de los juicios de "desahucio y lanzamiento" al regular lo relativo a los juicios de tenencia.

En esta forma se explica también la crítica que a la ley 58 de 1.905 se hace en la exposición de motivos del actual Código Judicial, cuando al referirse al Título XXXVII se expresó así la Comisión: "Desde la rúbrica *juicio de desahucio y lanzamiento*, la ley 57 de 1.905 contiene errores capitales de apreciación jurídica.

"El *desahucio*, conforme a las voces clarísimas del Código Civil, no es otra cosa que el aviso, que bien puede ser privado, dirigido por el arrendador o por el arrendatario a la otra parte de su intención de dar fin al contrato que no tiene término señalado para su duración. No puede, pues, hablarse de *juicio de desahucio*, y muchísimo menos decirse por la ley procedimental que éste tiene cabida cuando ha terminado el contrato".

Profundizando un poco más acerca del sentido de esta institución, se encuentra que el desahucio es una aplicación del principio de la buena fé, pues se encamina a evitar los posibles perjuicios que se seguirían para una parte por la terminación intempestiva de la relación contractual.

Según el Código Civil, el desahucio debe darse con una antelación igual al tiempo que se toma como medida para el pago de la renta, es decir, que será de un mes, una quincena, una semana, etc., según que el pago se verifique por períodos mensuales, quincenales o por semanas, etc. La parte que ha desahuciado a la otra no podrá revocar después el desahucio a su arbitrio, pues debe contar para hacerlo con el consentimiento de la otra. Así lo dispone expresamente el artículo 2.010 del Código Civil; disposición esta que tiende a evitar, en tal forma, a la parte desahuciada los perjuicios que podría sufrir con la revocación (V. arts. 2.009, 2.014 y 2.034 C. C.).

El desahucio de que se ha venido hablando no requiere solemnidad de ninguna clase, pero es conveniente, para efectos probatorios, que se dé siempre por escrito. Y, puede ser, al igual que los requerimientos, privado o judicial (arts. 325, 1104 letra c) y 1.114 inc. final C.J.).

6\*.)—*Imposibilidad para el uso de la cosa.* Si la demanda se propone con fundamento en que la cosa arrendada necesita reparacio-

nes que en todo o en parte imposibiliten su goce, deberá el actor dar también la prueba de dicha circunstancia al igual que del contrato (art. 2024 C.C.).

Las anteriores son las que el artículo 1.103 del C. Judicial indica como causales para dar por terminado el contrato de arrendamiento y solicitar la consiguiente desocupación y entrega de la cosa; mas, como ocurre en casi todos los casos de enumeraciones, el artículo no comprendió todas las causales de terminación del arriendo, ya que nada dijo en relación con las previstas por los artículos 496, 2008 ord. 1º y 3º, 2.016, 2.019, 2.026, 2.030 y 2.037, etc. del Código Civil. Más técnico habría sido, como dicen algunos comentaristas (6), que el texto se hubiera dejado con el sólo enunciado de su primera parte.

El artículo 946 del C.C. prohíbe arrendar los bienes raíces por más tiempo del que falte al incapaz para alcanzar su mayoría de edad. De suerte que si de hecho así se hiciera, el arrendamiento se extingue cuando el menor llegue a ser capaz, sin perjuicio de las indemnizaciones que el arrendatario pueda exigir al guardador, cuando éste no le puso en conocimiento de tal circunstancia y sin perjuicio, también, de que el menor ratifique dicho contrato, haciéndolo subsistir cuando adquiriera la plena capacidad.

El artículo 2.008, después de disponer que el arrendamiento de cosas expira de los mismos modos que los otros contratos, contempla cuatro causales de terminación, de las cuales el artículo 1.103 del C.J., sólo se refirió a una de ellas.

El numeral primero dispone que el arrendamiento expira por la destrucción total de la cosa arrendada, cuestión que no requiere comentario alguno, ya que es apenas lógico que si falta el objeto del arriendo éste no puede subsistir y que, por tanto, se extinga la relación obligacional, sin perjuicio de que tenga que indemnizarse al locatario, cuando la destrucción del bien obedezca a hecho o culpa de una de las partes o de las personas por quienes ella deba responder (art. 2347 y ss. del C.C.).

En el numeral tercero del mismo artículo 2.008 se prevee como causal de terminación del contrato, la extinción del derecho del arrendador y, luego, en los artículos sub-siguientes, se regula en forma exhaustiva la operancia de esta causal de terminación.

(6) Entre otros, Luis Felipe Latorre. PROCEDIMIENTO CIVIL, COLOMBIANO (Trámite de los Juicios). Segunda Edición, Librería Voluntad, 1951. Ramón Gómez Cuéllar y Julio González Velásquez, en sus respectivas obras ya citadas.

La extinción del derecho del arrendador sobre la cosa arrendada, incide en el contrato que lo liga con el arrendatario, produciéndose, generalmente su extinción. Pero para una mayor inteligencia de la causal, es preciso tener en cuenta si la extinción del derecho ocurrió en forma independiente a su voluntad o si, por el contrario, ella se debió a hechos completamente suyos y queridos por él, como que los efectos en una y otra hipótesis, varían fundamentalmente.

D) Cuando el derecho del arrendador se extingue por un hecho independiente de su voluntad, como cuando es usufructuario y termina su derecho de usufructo, o si teniendo el bien bajo condición resolutoria se cumple ésta, o cuando es expropiado por una entidad de derecho público el bien materia del contrato, el arriendo termina sin que haya lugar a pago alguno por perjuicios en favor del arrendatario. Es claro que no hay derecho de indemnización alguna por cuanto éste renglón se fundamenta siempre en un hecho voluntario o culposo de una persona, hecho que en estas hipótesis no se da; salvo el caso de que el locador se haya atribuido al momento de contratar una calidad jurídica distinta, como cuando dijo contratar como propietario absoluto de la cosa, siendo apenas propietario fiduciario.

Sin embargo, hay que tener presente que si el arrendador era usufructuario y caduca su derecho, dicha terminación no extingue *ipso facto* el contrato, pues subsiste por el tiempo necesario para que el arrendatario perciba los frutos pendientes, si los hubiere. Entre tanto, el nudo propietario en quien se consolidó el dominio, asume la calidad jurídica de arrendador, *sustituyéndose así* en los derechos y acciones del usufructuario (arts. 2.016 y 2.017 C.C.).

Si el derecho del arrendador expira por *expropiación* que lleva a cabo una entidad de derecho público, hay que sub-distinguir: 1º). La entidad expropiante debe dar al arrendatario el tiempo necesario para que utilice las labores principales en el predio y perciba los frutos pendientes; 2º). Si la causa de la expropiación fuere de tanta urgencia que no permita demoras, la entidad expropiante debe pagar al arrendatario los perjuicios que sufra, como debe hacerlo en todos los casos en que el contrato conste por escritura pública, ya que en virtud de la publicidad que rodea a estos instrumentos se supone que cuando se decretó la expropiación, la entidad de derecho público conoció la existencia del arriendo de que era objeto el bien (arts. 1.988, inc. 3º, 2.018 C. C. 852 y 853 C.J. y la ley 1º de 1.943).

Con fundamento en los preceptos últimamente citados, han sostenido algunos que el arrendatario que derive su derecho de un con-

trato de arrendamiento, solemnizado por escritura pública registrada, tendrá que ser citado como parte en el proceso de expropiación, so pena de nulidad y que la indemnización respectiva estará a cargo de la entidad o persona a cuyo favor se decrete; existencia de contrato que se colegirá del certificado del Registrador referente al inmueble que se adjunta a la demanda. Y concluyen, que se justifica tal intervención en el juicio, más que por disposiciones legislativas (Art. 853 C.J.), por ser el derecho del arrendatario, cuando está constituido por escritura pública, un auténtico derecho real (7).

Argumenta así el autor citado:

"... En cambio, cuando el contrato de arrendamiento no reúne la solemnidad anotada, el arrendatario no será parte en el juicio de expropiación y no tendrá que ser indemnizado por la entidad expropiante. Así, producida la expropiación y ordenada la entrega del inmueble, la entidad sucesora en el dominio no está obligada a respetar el contrato y la entrega podrá efectuarse sin que ello implique desconocimiento de los derechos del arrendatario por parte de la misma. En este caso, aunque la extinción del derecho del arrendador no se debe a hecho o culpa suyos, surge la acción personal del arrendatario contra éste para la indemnización de todo perjuicio proveniente de la terminación del contrato (se subraya). Creemos que esta sea la solución más justa porque legalmente el arrendatario no tendrá acción contra el expropiante y el arrendador, por causa misma del juicio, ha sido indemnizado de todo perjuicio, no sólo por daño emergente sino también por lucro cesante y en este rubro, precisamente, se ha tenido en cuenta lo que por concepto de arrendamiento percibía el sujeto expropiado.

"Por otro lado, agrega el Dr. Betancur Jaramillo, el artículo 2.019, a más de la culpa, exige otra circunstancia concurrente, cual es la de que el causahabiente no esté obligado a respetar el arriendo; obligación que no reza con la entidad pública expropiante porque ella, por razones de servicio, precisa el bien para su inmediata incorporación al uso público".

Las acuciosas y bien fundamentadas observaciones del autor citado en los anteriores apartes, en lo que dice relación a la intervención del inquilino en el juicio de expropiación, cuando el contrato de donde emana su derecho consta por escritura pública, y la manera como opera la indemnización del mismo, cuando a ella hubiere lugar,

(7) Carlos Betancur Jaramillo, ESTUDIOS DE DERECHO. U. de A. Vol. XXXIII, N° 65, pág. 83 y ss.

no merece ningún reparo y antes, por el contrario, con esta forma de interpretación de los textos legales, se conjugan y protegen tanto el interés de la colectividad como el de los particulares y se armonizan con el derecho administrativo los principios que regulan el complejo aspecto de la intervención de terceros en el juicio. Mas, por lo que toca a la afirmación de la naturaleza real del derecho del arrendatario, cuando el contrato consta por escritura pública, no obstante la fuerza de los argumentos que aduce para sustentar la tesis, observamos que la mayoría de la doctrina no la encuentra de recibo, esgrimiendo como contra-argumento la consideración de que el derecho del inquilino, no conlleva en realidad las notas características propias del derecho real, a saber: derecho de persecución y preferencia.

Por la trascendencia que tiene el determinar la naturaleza del derecho del arrendatario, para los efectos de la oposición de terceros a las sentencias de lanzamiento, al estudiar el cumplimiento de tales providencias, volveremos sobre este particular, no sin antes transcribir lo que sobre el particular opina el Dr. Guillermo Ochoa González, así:

"Sin embargo, la mayoría de la doctrina rechaza esta opinión —se refiere a la de la naturaleza real del derecho del arrendatario—, sosteniendo que a pesar del respeto que en ocasiones merece el arriendo, éste no configura un poder inmediato y directo del arrendatario sobre la cosa con las características y atributos del verdadero derecho real; que la estructura del arrendamiento es siempre la de una relación personal entre arrendador y arrendatario, en cuya virtud el primero debe permitir que el segundo use el bien; que el respeto de terceros adquirentes —cuando el arriendo consta por escritura pública—, no es más que la consecuencia de la publicidad que tienen esos instrumentos, de tal manera que mal podría un arrendatario ser perjudicado por quien adquirió el bien a sabiendas de la existencia del contrato, y que, en fin, si es el respeto de terceros el que lleva a concluir la existencia de un derecho real, todos los arrendamientos, consten o no, por escritura pública, generarían ese derecho real, pues todos deben respetarse por ciertos adquirentes a título gratuito". (8).

II).—Si el derecho del arrendador sobre la cosa se extingue no por causas ajenas a su voluntad sino *por hechos completamente suyos*, como cuando vende, dona o permuta, etc., el bien arrendado o *por causas imputables a su culpa o negligencia* como cuando se resuelve

(8) Guillermo Ochoa González, notas de la Cátedra de CONTRATOS. Facultad de Derecho U. de A., 1963.

su dominio por el no pago del precio de adquisición, en estos eventos, con muy raras excepciones, el arriendo termina y el arrendador debe pagar perjuicios al arrendatario, en razón de que la terminación del contrato le es imputable. Mas, no siempre que el arrendador enajene su derecho a un tercero se produce la extinción del contrato, ya que hay adquirentes que deben respetarlo.

La tendencia dominante en las legislaciones extranjeras es la de que el adquirente ha de respetar el arriendo siempre que éste tenga fecha cierta.

En nuestro derecho, el arriendo debe respetarse por las personas que enumera el artículo 2.020 del Código Civil, a saber: 1º) Los adquirentes a título gratuito del bien, como los donatarios, herederos y legatarios, quienes deben respetar toda clase de contratos de arrendamiento sobre el bien, consten o no por escritura pública; 2º) Los adquirentes a título oneroso, tales como compradores, permutantes, etc., deben respetar el arriendo cuando el contrato conste por escritura pública; y 3º) Los acreedores hipotecarios del arrendador, a quienes se transfiera el bien en pago de sus créditos, deben respetar también el contrato cuando éste se haya celebrado por escritura pública y ésta se haya registrado primero que la hipoteca.

En relación con esta última hipótesis, extinción del derecho del arrendador por acto que le es imputable, se han dado en la práctica casos en que el dueño de la cosa arrendada la enajene a un tercero, en forma simulada, a fin de que éste, previos los trámites indicados en el artículo 887 del Código Judicial, obtenga la entrega material del bien arrendado.

En nuestro derecho, el arriendo debe respetarse por las personas que enumera el artículo 2.020 del Código Civil, a saber: 1º) Los adquirentes a título gratuito del bien, como los donatarios, herederos y fecha cierta.

Este ha sido el expediente al cual han acudido, con relativa frecuencia, los inexcrupulosos violadores de la ley, de manera especial en aquéllos lugares en donde tiene operancia el régimen de control de arrendamientos, precisamente, con el fin de burlarlo y evitar la obtención de la licencia administrativa, indispensable para instaurar la acción de lanzamiento del inquilino.

Por fortuna, los Jueces y Magistrados han sido cautelosos en sus decisiones al interpretar bien los preceptos de control que miran a proteger los derechos de los inquilinos; y, es así como han desechado acciones instauradas con fundamento en el artículo 887 citado, por

considerarlas improcedentes o por aparecer manifiesto el fraude a la ley y el abuso del derecho, no obstante que entre nosotros no existe una norma expresa que los defina y consagre, como ocurre en el derecho español.

En efecto: la acción que en el artículo 887 del C.J. se otorga en favor de la persona a quien se le ha transferido el dominio pleno o cualquier otro derecho real principal sobre un inmueble, cuya tradición legal se haya efectuado por medio del registro, para que el tradente no la retenga materialmente en su poder, exige como condición *sine qua non* que el tradente o *vendedor retenga materialmente* la cosa en su poder y es evidente que en caso de que la cosa esté arrendada, es el locatario quien tiene la aprehensión física de la cosa.

De otro lado, resulta obvio que tal acción no podría enderezarse contra el inquilino ocupante de la cosa, ya que él no es tradente ni vendedor. Si así sucediera, se violarían principios fundamentales de procedimiento, pues resultaría injurídico que mediante el trámite prescrito en el artículo citado se pudiera declarar terminado un contrato de arriendo, cuando este pronunciamiento sólo puede hacerse previos los trámites indicados en el Título XXXVII del Código de Procedimiento Civil.

En relación con lo anterior, antes de terminar esta anotación, conviene observar cómo el artículo 1.089 del proyecto de Código Judicial, varias veces referido, hace extensivo el trámite de los juicios de tenencia a la demanda que presente el adquirente de un inmueble, o un derecho de usufructo, uso o habitación, cuya tradición se haya efectuado por inscripción del título en el registro, a fin de que su tradente le haga la correspondiente entrega material, habida consideración de que "el que detenta materialmente el bien cuya tradición simbólica realizó mediante la inscripción del título en el registro, se coloca frente al adquirente, en la condición de simple tenedor y, por consiguiente, debe quedar sujeto al mismo procedimiento en que se haya todo el que recibe bienes a título precario" (9).

27).—*Notificación.* Si la demanda reúne todas las exigencias legales y a ella se agregaron las pruebas del caso, el Juzgado la admite y en el mismo auto que le da curso se ordena correrla en traslado al demandado por el término de dos días. El traslado se surte en la Secretaría, esto es, sin retirar los autos de ella (arts. 199 y 1.103, inc. 3°).

(9) Exposición de Motivos, pág. 398.

Vencido el término del traslado, háyase o no contestado, el Juez decreta la restitución impetrada si el inquilino no se opone a la entrega.

*Notificación por aviso.*—La notificación de la demanda de lanzamiento debe hacerse en forma personal al demandado, al igual que ocurre con todos los libelos. Empero, atendiendo la ley a la rapidez y brevedad con que deben sustanciarse estos juicios, autoriza la notificación del auto admisorio de la demanda por medio de un aviso o cartel que se fija por el secretario en la puerta principal de entrada al inmueble, dejando de ello testimonio en los autos. en el caso de que el demandado no sea encontrado o se oculte.

Antes de proceder a la notificación, debe aparecer de autos comprobadas las circunstancias que motivan esta forma especial de notificación, a fin de evitar arbitrariedades o mengua de los derechos del demandado, eventualidades que se presentan en la práctica con relativa frecuencia.

"Solamente, dice el Dr. Hernando Morales, después de que el secretario tenga certeza de la ausencia u ocultación del reo, podrá fijar la boleta de citación, y al dejar testimonio en el expediente de esta actuación deberá detallar las diligencias practicadas para notificar personalmente al demandado y la forma cómo llegó a convencerse de que éste no se encontraba en el lugar o que se ocultaba. De lo contrario, la notificación por boleta quedará mal practicada, y el juicio viciado de nulidad por la tercera causal del Art. 448 del C.J., ya que la ley sólo autoriza la notificación por boleta después que aparezca fundamento suficiente para inferir la ocultación del demandado o su ausencia" (10).

Como se recordará, por mandato del inciso final del artículo 1.114 del C.J., los requerimientos, en los casos en que ellos sean necesarios como condición de admisibilidad del libelo, se pueden llevar a cabo también en esta misma forma. Aunque la ley no exige expresamente que el aviso se agregue al expediente, ya que la atestación secretarial tiene el mérito de documento público (art. 682 C.J.), resulta de conveniencia dejar en los autos una copia del cartel o aviso.

Transcurrido un día, después de la fijación del aviso, dice el inciso final del artículo 1.103, se entenderá que queda surtida la notificación de la demanda.

Del contexto de la disposición en referencia, parece colegirse que la notificación por cartel sólo procediera cuando la demanda verse so-

(10) Hernando Morales, ob. cit., Tomo II, pág. 126.

bre bienes raíces, pues no otra cosa da a entender cuando dice que el aviso se fijará en "la puerta de entrada del inmueble". De ser ello así, como parece que lo sea, la expresión resulta antitécnica e incompleta, pues, como se sabe, este mismo procedimiento debe adoptarse en el caso de que lo arrendado sea una cosa mueble. El vacío o duda que se observa sobre este particular no tiene cabida en el Proyecto de Código Judicial, ya que en su artículo 1.071 se dispone que tal notificación tendrá lugar "si se trata de inmuebles y no se puede hacer la notificación personal del auto admisorio de la demanda dentro de los dos días siguientes a su fecha".

28).—*Oposición del demandado.* Si el demandado se opone, el juicio se abre a prueba por el término de seis días, vencido el cual el juez decide dentro de los tres siguientes. Si la causal invocada en la demanda fuere alguna de las consignadas en los numerales a), b), d) o e) del artículo 1.104, el demandado para poder oponerse deberá consignar el valor de los cánones correspondientes a los períodos vencidos y continuará pagando los subsiguientes, en las condiciones pactadas. Así lo dispone el artículo 1º del Decreto 2613 de 1.956, que suspendió el artículo 1.105 del C. Judicial.

La consignación de estos valores se hará a órdenes del Juzgado de conocimiento, en las Oficinas autorizadas por la ley para recibir depósitos judiciales (11). Si el demandado no consigna el valor de los cánones en la forma indicada, dejará de ser oído en juicio. Pero si hiciere la entrega del bien arrendado por intermedio del juez, o lo pusiere a disposición del arrendador a satisfacción de éste, el juicio proseguirá hasta su terminación, salvo lo que en contrario convinieren las partes.

Cuando la sentencia fuere favorable al demandante, los valores depositados por concepto de arrendamiento serán entregados a éste a cuenta de los cánones que se le adeuden, y cuando fuere favorable al demandado, los valores se imputarán a arrendamientos, mejoras, expensas, etc., de acuerdo con la sentencia.

No dice la ley cuándo deba hacerse el depósito de los valores de que se trata, pero es evidente que él debe cumplirse dentro del término del traslado de la demanda, que es, precisamente, la oportunidad que tiene el demandado para formular oposición a las pretensiones del actor.

(11) La ley 2ª de 1963 y su Decreto Reglamentario indican las Oficinas en donde deben mantenerse los depósitos judiciales y cuál es el orden de prelación que debe guardarse en relación con tales oficinas.

Se ha suscitado la duda de si es suficiente el depósito de un cánon de arrendamiento para la procedibilidad de la oposición, especialmente en aquéllas ciudades en donde tiene operancia el control de arrendamientos, duda que surge del hecho de que el artículo suspenso disponía la consignación del "canon correspondiente a una mensualidad".

Si nos atenemos al texto íntegro del artículo 1º del Decreto 2613 citado, no parece que pueda remitirse a duda de que no es suficiente la consignación de una mensualidad para que la oposición pueda ser atendida. Por lo demás, el prementado texto contiene normas de procedimiento que no admiten excepciones por razón de circunstancias no consignadas en su texto. Aún más, el decreto 2613, tiene hoy el carácter de ley por mandato de la 141 de 1961.

De otra parte, no existe acuerdo acerca de los alcances que deba darse a la sanción que la ley establece para el demandado en el sentido de que "no será oído en juicio", en el caso de que omita el cumplimiento de la obligación de consignar los valores causados o que se causen o cuando la consignación se haya hecho en forma extemporánea. De lo que si no cabe duda es que le será vedado el derecho a formular oposición a la demanda, y, por consiguiente, la facultad de pedir pruebas e impugnar las de la contraparte, proponer excepciones, interponer recursos contra el auto admisorio, por cuanto el ejercicio de tales facultades, en el fondo, entraña oposición a las pretensiones del actor.

La consignación tiene por objeto principal darle seriedad a la oposición y evitar, en esta forma, dilaciones infundadas o temerarias. No obstante, parece excesivo que al inquilino se le pudiera sancionar en tal forma que se le negara el derecho a interponer el recurso de alzada contra la sentencia definitiva, máxime que en este evento, ella se le otorgaría en el efecto devolutivo. Aún aceptando un exceso de rigorismo tal, lo que sí no puede admitirse en manera alguna, es que se le sancione también negándole el derecho de retención que se le reconoce por el artículo 1.109 del C.J. Si así fuere a más de que ello entrañaría una grave injusticia, se estaría desconociendo un derecho sustantivo consagrado por la ley en su favor. (12).

Resta por anotar que para la eficacia de la sanción aludida, no es necesario requerimiento alguno, como sí es indispensable en otros eventos de sanciones similares tales como la omisión del pago de costas, revalidación de papel incompetente, el no suministro de papel se-

(12) En contrario opina el Dr. Julio González Velásquez, ob. cit., comentarios al art. 1.109 del C. J.

llado para surtir los recursos, etc., como lo tiene sentado la H. Corte; máxime cuando en el auto admisorio de la demanda se previene al demandado acerca de la obligación que tiene de consignar tales valores y la sanción que le acarreará su negligencia en cumplirla.

29).—*Excepciones en los juicios de lanzamiento.* El artículo 330 del C.J., faculta al demandado para que, dentro del término que tiene para contestar la demanda en juicio ordinario y en los especiales en que ello es admisible, pueda proponer las *excepciones dilatorias* de declinatoria de jurisdicción, ilegitimidad de la personería, inepta demanda y pleito pendiente, y en el 335 *ibídem*, se indica el trámite que debe darse al incidente de excepciones.

En lo concerniente a las *excepciones perentorias*, el artículo 341 de la misma obra, preceptúa que pueden proponerse todas las que se crea tener a favor, en la contestación de la demanda o alegarlas en cualquiera de las instancias del juicio, antes de la citación para sentencia. Y el 342 siguiente, agrega que estas excepciones no son materia de incidentes de previo y especial pronunciamiento, pues que ellas se deciden en la sentencia definitiva.

De lo dispuesto por el artículo primeramente citado, concluye el Dr. Hernando Morales (13) que las excepciones dilatorias sólo pueden proponerse en aquéllos juicios especiales para los cuales la ley lo autoriza expresamente, como ocurre en el de deslinde y amojonamiento (art. 867) y que, por tanto, si de hecho se propusieren, ellas deberán ser rechazadas de plano por improcedentes.

La argumentación que se aduce para negar la viabilidad de las excepciones dilatorias en los procesos distintos al ordinario y de deslinde y amojonamiento, se basa en una consideración puramente literal. Lo que ocurre es que propuesta una excepción dilatoria, lo procedente no es *rechazarla de plano*, como lo sostiene el Dr. Morales, sino reservar su mérito para el momento de proferir el correspondiente fallo definitivo, al igual que ocurre con las excepciones propuestas dentro del juicio ordinario de menor cuantía (art. 765 C.J.).

30).—*Período Probatorio.* Si el demandado formula oposición a las pretensiones del actor y consigna oportunamente el valor de los canones adeudados, si fuere el caso, el juicio se abre a pruebas por el término de seis días. En esta oportunidad, el demandado podrá demostrar la existencia del derecho a ser indemnizado del costo de mejoras, reparaciones etc., conforme a lo que sobre el particular disponen los artículos 1.993 a 1.995 del Código Civil, en armonía con

(13) Hernando Morales, ob. cit., Tomo I., pág. 174.

el 1.109 del C.J.; podrá, así mismo, impugnar las pruebas de la contraparte y, en general, alegar todo lo que tienda a hacer valer su derecho de defensa. A su turno, el arrendador podrá alegar y demostrar que lo asiste el derecho de retención que en su favor consagra el artículo 2.000 del C.C., pero teniendo en cuenta que por mandato del artículo 1.108 del C.J., el reconocimiento de este derecho debe solicitarse conjuntamente con la demanda; podrá contra-probar a fin de infirmar las pretensiones del opositor, etc.

Cuando la demanda se promovió con fundamento en declaraciones extrajuicio y el demandado se opuso, es necesario tener en cuenta que tales testimonios deben ser ratificados, para que puedan ser apreciados en la sentencia, carga procesal que en este caso pesa sobre el actor.

Refiriéndose al mérito de las declaraciones recibidas en forma extrajudicial para probar el contrato y su extinción, dice la H. Corte Suprema de Justicia: "Pero estas dos declaraciones extrajuicio que figuran en el expediente no han sido ratificadas durante el término probatorio del presente juicio, y, por ello, no se les puede tener como prueba (C. J. art. 693), pues dada la oposición del demandado, tal requisito era necesario para acreditar, con citación de él, lo que en ellas reza" (14).

31).—*Sentencia. Contenido.* Vencido el período probatorio, si lo hubo, o el de traslado de la demanda, en caso contrario, el Juez debe proferir dentro de los tres días siguientes el correspondiente fallo, proveído que, en su forma, no difiere de las demás sentencias dictadas en otros juicios.

La sentencia debe contener, en su parte resolutive, la orden de restituir la cosa arrendada, bien al actor o a su representante. Es costumbre y así debe ser, que en la misma providencia se disponga la entrega voluntaria dentro de un término breve, con la prevención de que si así no lo hiciere el inquilino, será lanzado haciendo uso de la fuerza si fuere necesario.

Además, debe decidirse también en el fallo acerca del derecho de retención alegado por el actor o por el demandado, si se hubiere demostrado su existencia; y sobre la imputación de los cánones consignados conforme a lo prescrito por el artículo 1º del Decreto 2613 de 1.956, si tal consignación tuvo lugar.

Finalmente, la sentencia debe resolver sobre la condenación en costas, en caso de que se hubieren causado, conforme a lo que sobre

14) Gaceta Judicial, Tomo LVIII, 280.

el particular disponen los artículos 574 y 576 del C.J. y 2º del Decreto Extraordinario N° 243 de 1.954, ya que es esta la única oportunidad para hacer tal pronunciamiento.

32).—*Notificación y apelación de la sentencia.* Por disposición del artículo 1º del Decreto 2.613 de 1.956, la sentencia proferida en juicio de lanzamiento se notifica como auto interlocutorio, es decir, con inserción en los *estados* que se fijan en la Secretaría del Juzgado, pasado un día de la fecha de la providencia (art. 310 C.J.). En esta forma se excepciona la regla contenida en el artículo 309 del Código Judicial que ordena notificar por edicto las sentencias que no lo hayan sido en forma personal dentro de los diez días siguientes de ser publicadas.

El mismo artículo 1º del decreto citado, preceptúa que la sentencia y los autos que se dicten en este juicio serán apelables por el demandado sólo en el efecto devolutivo, mandato que guarda armonía con la naturaleza propia de los juicios de lanzamiento, como que él debe tramitarse en forma rápida de tal manera que no se vea entorpecido con recursos dilatorios, que miran muchas veces a prorrogarle al inquilino el goce de la cosa. Si quien apela es el demandante, el recurso se le otorgará en el efecto suspensivo, conforme a la norma general del artículo 490 del C. Judicial.

Ahora, como el artículo 1.119 del C. J. dispone que los artículos 881 a 884 son aplicables a los juicios de tenencia, y como el art. 881, ubicado dentro del trámite que regula los juicios posesorios, preceptúa que "la sentencia es apelable en el efecto suspensivo por cualquiera de las partes", se ha sostenido (15) que existe contradicción entre los artículos 1119 y 1º del Decreto 2613 y que ella debe resolverse en el sentido de que prefiere el artículo 1.119, conforme a lo que enseña el artículo 5º de la ley 57 de 1.887.

Como se observa, la contradicción es evidente y la interpretación que de ellos se hace tiene un buen fundamento. Sin embargo, ella desvirtúa el principio de la celeridad que orienta todo el Título del Código que dice relación a los juicios de tenencia. Por lo demás, el Decreto 2613 de 1.956 tiene hoy la categoría de ley y es un mandato cronológicamente posterior al artículo 1.119 del C. J. que suspendió y derogó todas las disposiciones que le fueran contrarias, entre ellas la del 1.119.

El procedimiento indicado es, pudiera decirse, el trámite común que debe dársele a las demandas en que se impetre la desocupación y

(15) Jesús M. Restrepo Barrientos, *COMENTARIOS AL CODIGO JUDICIAL*, pág. 471. Segunda Edición, Tipografía San Antonio, año de 1950.

entrega de los bienes dados en tenencia. Se dice común, por cuanto leyes especiales consagran diversos procedimientos, también aplicables a casos de tenencia y que si bien contienen algunas variaciones, más que todo de orden sustantivo, siguen los lineamientos generales del procedimiento estudiado.

## CAPITULO QUINTO

### *Restitución de la cosa arrendada a petición del arrendatario*

33).—*Noticia histórica.* El capítulo II del Título XXXVII del Código Judicial, fué introducido en la ley 105 de 1.931 por la Comisión Redactora, por cuanto la ley 57 de 1.905, considerada como antecedente legislativo inmediato de los juicios de tenencia, sólo se preocupó de los derechos del arrendador y guardó silencio en lo concerniente al derecho que tiene el arrendatario de que le sea recibida la cosa arrendada, en los casos en que la ley sustantiva así lo autoriza.

34).—*Causales que pueden originar esta acción.* Entre las obligaciones que incumben al arrendador está la de librar al inquilino de toda turbación o embarazo en el uso de la cosa arrendada (art. 1.892 numeral 3º). En consecuencia, el arrendador debe abstenerse de perturbar al inquilino y, además responderle por los *vicios redhibitorios* de la cosa y por la evicción que sufra en el caso de que un tercero haga valer derechos sobre el bien.

A). *Vicios redhibitorios.* Son vicios redhibitorios aquéllos que imposibiliten o dificulten notablemente el uso del bien por el arrendatario y que éste no pudo conocer por razón de su profesión u oficio. Debe tratarse de vicios materiales de los que digan relación directa a la integridad física o corporal del bien.

En general, esta clase de vicios en el arrendamiento generan efectos similares a los de la cosa vendida y que el Código Civil reglamenta en los artículos 1.990 y ss. así:

1º).—Si el vicio impide totalmente el uso de la cosa, el arrendatario puede dar por terminado el contrato aunque el vicio haya surgido después de su celebración pero sin culpa del arrendatario. Es indiferente que el arrendador conozca o no el vicio, y si éste ya existía al momento de contratar, el arrendatario tiene derecho a que se le indemnice el *daño emergente* (art. 1.991). Cuando el arrendador conocía la existencia del vicio debe indemnizar, además el *lucro cesante*.

2º).—En el caso de que el vicio impida sólo parcialmente el uso del bien, tendrá derecho el arrendatario a desistir del contrato o a que se le rebaje proporcionalmente el precio, según que la parte restante sea o no suficiente para el fin que se propuso al contratar;

podrá, además, pedir indemnización del daño emergente o del lucro cesante en las mismas condiciones del numeral anterior.

3º).—El arrendatario no puede pedir indemnización de perjuicios cuando conoció o debió conocer la existencia del vicio, ya que en tal evento asumió el riesgo de que el uso del bien llegara a ser impedido total o parcialmente, por el vicio que conoció. Tampoco tiene derecho a indemnización cuando expresamente renunció al saneamiento.

B) *Saneamiento por evicción.* Los artículos 1.988 y 1.989 del Código Civil, regulan lo relativo al saneamiento por evicción en el contrato de arrendamiento. Conforme a tales textos, el arrendatario puede ser perturbado en el uso de la cosa o por el hecho de terceros o por hechos provenientes del arrendador, así:

1º).—*Los terceros* pueden perturbar al arrendatario bien sea de hecho, o bien porque justifiquen algún derecho sobre el bien. Las molestias de hecho deben ser repelidas por el mismo arrendatario, mediante las pertinentes acciones de policía que consagra el artículo 984 del Código Civil. De las molestias que se ocasionen con fundamento en el derecho de un tercero, debe responder el arrendador, así: si el inquilino es evicto parcialmente, debe rebajársele proporcionalmente el precio del arriendo y por el tiempo que falte para concluir el contrato. Si la evicción fuere total o de una parte tan considerable de la cosa que el resto no sea suficiente para la satisfacción de su interés, puede exigir la terminación del contrato.

En ambos casos, el arrendatario tendrá derecho a que se le indemnicen todos los perjuicios, si la causa de la evicción fué o debió ser conocida por el arrendador y no por el inquilino; ello sin perjuicio de la validez de la renuncia que se haya hecho al saneamiento, ya que éste es de la naturaleza del contrato y no de su esencia (art. 1.992 C.C.).

Si el arrendador no conoció ni debió conocer la existencia del derecho del tercero, sólo tendrá que indemnizar el daño emergente pero no el lucro cesante, de acuerdo a lo que dispone el artículo 1.991 del C. C.

El artículo 1.989 *ibídem*, impone al arrendatario la obligación de dar aviso al arrendador de la perturbación de que es objeto, a fin de que pueda comparecer a defenderlo; si así no lo hiciere, dice el mismo texto, pagará al arrendador los perjuicios que de su silencio se sigan.

2º).—*El arrendador* debe abstenerse de todo acto suyo que impida o perturbe al inquilino en el uso de la cosa conforme a la destinación que se le dió en el contrato.

En primer lugar, el arrendador debe abstenerse de mudar la forma de la cosa arrendada, sin el consentimiento del inquilino; así, por ejemplo, no puede suprimir alcobas, patios, etc. (art. 1.986 C.C.). Tampoco le es permitido hacer en el bien obras o trabajos que perturben el uso al arrendatario, a menos que éste consienta en ello. Se exceptúa el caso en que esas obras o trabajos sean urgentes, porque entonces el inquilino debe sufrirlas con una rebaja del canon proporcional a la molestia que se le cause (*idem.* inciso 2°). Mas, si esas obras urgentes comprenden una parte considerable del bien o han de durar demasiado tiempo, el arrendatario puede desistir del contrato y aún exigir el pago de perjuicios, cuando el daño existía al momento de celebrarse el contrato y el arrendador lo conoció o debió conocerlo (*idem.* inc. 3°).

Los derechos que los anteriores preceptos confieren al inquilino, los hace extensivos la doctrina (1) a todos aquéllos casos en que, por hecho del arrendador, el inquilino sea turbado en el goce de la cosa y se dan como ejemplos el del arrendador que envía animales a la finca arrendada, suprime cercas de la misma, etc.; pero es necesario tener en cuenta que no puede desconocerse el derecho que el arrendador tiene para inspeccionar el bien arrendado, a fin de observar su estado de conservación, determinar las reparaciones que necesite y comprobar el uso que de él está haciendo el inquilino. En el hecho del arrendador, es bueno anotarlos, debe incluirse el de sus agentes, dependientes y demás personas a quien él pueda impedir la perturbación.

En todos los eventos en que la ley faculta al inquilino para desistir del contrato o solicitar la rebaja proporcional del precio del arriendo, puede el arrendatario impetrar la acción que se consagra en el artículo 1.111 del Código Judicial, a fin de que el arrendador le reciba la cosa, en caso de que voluntariamente no asienta en ello. Es evidente que, en tales condiciones, no puede la ley ni tampoco el arrendador, obligar al inquilino a permanecer en el bien arrendado, siendo apenas justo que se le reconozca su derecho a dar por terminado el contrato. Lo mismo puede decirse en relación con todos los casos en que, llegado el tiempo de la restitución, bien por el vencimiento del plazo o por la terminación del uso a que se destinó la cosa, el arrendador se niegue a recibirla.

35).—*Demanda y pruebas que deben agregarse a ella.* La demanda con que se inicia este juicio, debe reunir los mismos requisi-

(1) Valencia Zea, ob. cit., Tomo IV N° 250 (CONTRATOS). Temis, 1951.

tes que se indicaron antes para la demanda en que se intente la acción de lanzamiento del arrendatario.

El artículo 1.111 del Código Judicial, no dice expresamente si el libelo de demanda deba agregarse la prueba del contrato. Simplemente exige el arrendatario que acompañe "la prueba de que el arrendamiento ha terminado en su favor por cualquiera de las causas establecidas en código civil".

Sin embargo, como lo anotamos al comentar el artículo 1.104 de la misma obra, la aducción de la prueba del contrato es enteramente imprescindible, ya que sin ella sería casi imposible demostrar la existencia de la relación convencional que liga al demandante con el arrendador. Es, precisamente, el contrato el que legitima al inquilino para impetrar la desvinculación y, consiguiente, declaratoria de que el "arriendo ha terminado".

De suerte, pues, que para que el actor pueda considerársele legitimado y en consecuencia a su demanda se le imprima el curso correspondiente, debe acompañar al libelo la prueba del contrato y la de que éste ha terminado o que está en el derecho de desistir de él, según el caso y conforme a la causal que invoque como fundamento de la acción (arts. 1.757 del C.C. y 593 del C.J.).

En relación con las causales que puede invocar el inquilino para instaurar esta acción especial de tenencia, es de anotar aquí cómo en este caso el legislador adoptó un sistema más técnico y menos expuesto a apreciaciones equivocadas, al no enumerar las causales para solicitar la restitución de la cosa arrendada, al contrario de lo que dispuso en el artículo 1.104 idem, cuestión a la cual se hizo referencia anteriormente.

Si las pruebas que se agregaron al libelo consistieron en declaraciones recibidas extrajudicialmente, no puede olvidarse que, si hay oposición de parte del demandado, se deben ratificar en el período de prueba, a fin de que se les pueda reconocer su mérito al momento de proferir el fallo.

Cuando se vaya a instaurar la acción de que se trata, debe tenerse presente lo que preceptúa el artículo 2.009 del Código Civil, cuando dispone que "si no se ha fijado tiempo para la duración del arriendo o si el tiempo no es determinado por el servicio especial a que se destina la cosa arrendada o por la costumbre *ninguna de las dos partes podrá hacerlo cesar sino desahuciando a la otra*, esto es, notificándosele anticipadamente (se subraya). De suerte que en tales

eventos, deberá probarse también que se ha llevado a cabo el desahucio en la forma explicada antes (2).

36).—*Tramitación.* Presentada la demanda en legal forma y admitida por el Juzgado, se ordena correrla en traslado al demandado por el término de dos días, el cual debe surtirse conforme a las reglas generales, ya que el artículo 1.111 del C.J., nada dispuso al respecto (art. 199 ídem).

Háyase o no contestado la demanda, si el demandado no se opone, una vez vencido el término del traslado, el Juez autorizará la restitución de la cosa arrendada. Si el demandado se opone a las pretensiones del actor, el juicio se abre a prueba por el término de seis días, vencido el cual se falla dentro de los tres siguientes.

Aunque el Código no lo dice, el término que tiene el Juez para fallar, debe aplicarse también al caso en que demandado no formule oposición, ya que no sería lógico que gozara de un término mayor cuando el demandado expresa o tácitamente asiente a las pretensiones contenidas en el libelo, que cuando se opone a ellas.

Si el motivo de la cesación del contrato es el previsto en el artículo 1.990 del Código Civil, o sea que el mal estado de la cosa impide al inquilino hacer de ella el uso para que se destinó, dispone el artículo 1.113 del C.J., sin un fundamento muy claro, que se procede como en los artículos anteriores, con la salvedad de que el término probatorio es de doce días.

La sentencia que en estos procesos se dicte, debe contener, en su parte resolutive, la autorización para que el inquilino efectúe la restitución solicitada en el libelo, restitución que deberá llevarse a cabo dentro de los tres días siguientes. Se debe resolver también acerca de la condenación en costas y demás pedimentos conducentes formulados por las partes.

Si el arrendador, a pesar de la sentencia, rehusa recibir la cosa, el Juez de la causa nombra un secuestre a quien hará la entrega respectiva, situación que perdurará hasta tanto el demandado se allane a recibirla o el actor desista. La diligencia de depósito se practicará conforme a las reglas generales, al igual que ocurre en los casos de los artículos 796 y 989 del Código Judicial, en aplicación de la doctrina contenida en el artículo 203 Id. que consagra el principio de la "integración de las leyes procesales".

Finalmente, dentro de las disposiciones que regulan este juicio especial, no se encuentra alguna que determine el efecto en que pro-

(2) Véase causal 5ª, Nº 26.

ceden las apelaciones a que haya lugar. Por ello, en lo que dice relación a los autos, éstos serán apelables en el efecto suspensivo de acuerdo con las normas generales, y la sentencia lo será conforme a lo preceptuado por el artículo 881, por disposición del artículo 1.119 C.J.

Refiriéndose a este problema, se expresa así el Dr. Hernando Morales: "Los autos dictados en el juicio son apelables en el efecto suspensivo, que es la regla general, pues la ley no dice que el recurso se otorgue en el devolutivo. La sentencia es apelable en efecto suspensivo, pero el actor puede pedir que se conceda en el devolutivo, si presta caución suficiente, pues el artículo 881 es aplicable a este juicio (art. 1.119). En cambio, los artículos 882 a 884 no le son aplicables, porque no hay entrega al actor, a pesar de que el art. 1.119 los haga extensivos a todos los juicios del título en estudio" (3).

(3) Hernando Morales, ob. cit., Tomo II, pág. 131.

## CAPITULO SEXTO

### *Otros Juicios de Tenencia*

#### I) DISPOSICIONES VARIAS

37).—*Anotación previa.* El tercero y último capítulo del Título XXXVII que el Código de Procedimiento Civil dedica al estudio de la tenencia por su aspecto adjetivo, bajo el rubro de "disposiciones varias", hace extensivas las normas de los capítulos anteriores a toda situación de tenencia, cuando ella tenga origen en un contrato distinto al de arrendamiento. Contiene, además, disposiciones que por la poca relación que guardan con la tenencia, debieron haberse incorporado a otro título del Código. Tal es el caso del artículo 1.117, que confiere al tenedor las acciones posesorias que se tramitan conforme a los capítulos I y II del Título XXVIII de la misma obra, ubicado en esta parte del Código sin una razón muy explicable.

De las disposiciones más importantes contenidas en este último capítulo relativo a los juicios de tenencia, cabe destacar el artículo 1.115, al cual precisamente dedicaremos algunas breves consideraciones. Luego, para concluir el estudio de los juicios especiales, indicaremos algunas tramitaciones que, no obstante tener poca ocurrencia práctica y que algunas de ellas corresponden a funcionarios ajenos al orden judicial, si deben consignarse en un trabajo integral de la tenencia. Así, veremos en su orden el procedimiento a seguir en los lanzamientos de predios rústicos, en los casos de ocupación de hecho y huéspedes de hoteles.

38).—*Estudio del artículo 1.115 del C.J.* El artículo 1.115 del C. de P. C. preceptúa que "las disposiciones de este título se aplican, en lo pertinente, a la restitución de las cosas dadas en tenencia a título distinto del de arrendamiento, que estén en poder de alguno en ejercicio del derecho de retención, llegado que sea el tiempo de exigir que se restituyan".

En relación con el texto de esta norma, en primer lugar debe anotarse que le faltó precisión al omitir la conjunción "o" después de la palabra "arrendamiento", ya que sin ella pareciera condicionar la acción de restitución, por los trámites dichos, a que las respectivas cosas estén en manos de un tenedor que haya ejercido sobre ellas el derecho de retención; mas, es claro que el objeto del artículo es hacer extensivo el trámite de los juicios de tenencia a la restitución

de las cosas dadas a título precario y a aquéllos casos en que se encuentren en poder de alguna persona que ejerció sobre ellas un derecho de retención, una vez extinguido éste.

De la exactitud de la anterior observación no queda la menor duda, si nos atenemos a lo dicho por la Comisión Redactora del Código Judicial, cuando al referirse al artículo 1.113 del proyecto (1.115 del Código) expuso: "El artículo 1.113 del Código, congruente con la rúbrica del Título, y en armonía con el concepto jurídico de la tenencia, establece que las disposiciones del título en que estamos se apliquen a la restitución de objetos dados en comodato, depósito, prenda o anticresis o sobre los cuales se tenga un derecho de retención ya extinguido".

Hecha la anterior observación se tiene que quien tenga derecho a reclamar los bienes dados en tenencia, puede promover la respectiva acción de lanzamiento, la cual se tramitará como se indica en el Capítulo I del Título XXXVII del C. J. A su turno, quien desee desprenderse de la tenencia y lo asista causa legal para ello, puede solicitar que se compela a quien tenga derecho a recibirle la cosa y se haya manifestado renuente. En este caso, a su petición se le imprimirá el trámite del Capítulo II del mismo título, en lo pertinente.

Esta debe ser la interpretación lógica del campo de aplicación del artículo 1.115 del C. J. Restringir el procedimiento que aquí se consagra sólo a los casos en que se trate de obtener la restitución de las cosas dadas en tenencia y no reconocerlo al tenedor cuando la iniciativa de restituir sea suya, equivale a crear un vacío que, precisamente, trató de llenar el legislador. A qué procedimiento, nos preguntamos, se acogería el comodatario, etc., en el evento de que la cosa dada en tenencia adoleciera de vicios tales que no prestara servicio alguno o que llegado el tiempo de restitución, quien tuviera derecho a recibírsela se negara a ello?

El sentido del artículo 1.115 del C. J. es claro al decir que las disposiciones de este "título" se aplicarán a "la restitución de las cosas dadas en tenencia", sin hacer distinción alguna y sin más límites que la pertinencia. Por lo demás, donde el legislador no distingue, no le es dable hacerlo al intérprete, según el principio de interpretación muy conocido que se consagra en el artículo 28 del código civil.

Por todo lo anterior, no consideramos muy fundada la observación que hace el Dr. Hernando Morales cuando al referirse a este artículo, anota: "La segunda observación consiste en que las disposiciones del título en estudio pertinentes a este juicio, son solo las del ca-

pítulo 1º (juicio de lanzamiento), pues las del capítulo 2º regulan la cesación del arrendamiento por parte del inquilino, cuestión no sólo ajena sino opuesta a la restitución de la cosa a quién la ha entregado a título precario" (1).

La crítica que se hizo al estudiar los legitimados pasivos de la acción de tenencia, cabe reproducirla aquí, a fin de relacionarla con algunos ejemplos que el Dr. Morales trae a continuación de la cita que acaba de transcribirse. (2).

39).—*Procedimiento en caso de subarriendo.* A fin de que no quedara la menor duda acerca de la aplicación de estos trámites, en los casos de subarriendo, se consignó el mandato del artículo 1.116 del código judicial, según se lee en la exposición de motivos.

Al tenor del artículo 2.004 del Código Civil, "el arrendatario no tiene facultad de ceder el arriendo ni de subarrendar, a menos que se le haya expresamente concedido; pero en este caso no podrá el cesionario o subarrendatario usar y gozar de la cosa en otros términos que los estipulados con el arrendatario directo". Por manera que, si el arrendatario está facultado para subarrendar y pretende obtener la restitución de la cosa, debe acogerse al procedimiento indicado en el capítulo primero de este título y, a la inversa, si el subarrendatario pretende restituir la cosa arrendada por iniciativa suya, a su petición se le imprimirá el trámite del capítulo segundo.

En relación con el artículo 1.117 (3), resta agregar que en virtud de sus disposiciones, los tenedores, en la conservación de la tenencia, gozan de idénticas acciones que los poseedores (artículo 984 C.C.) y deben actuar en igual forma, con la diferencia de que la carga probatoria consistirá en demostrar, además de los hechos básicos de la acción, la situación de verdaderos tenedores que, de otra parte, el fallo que recaiga trata de proteger la tenencia y no la posesión, fenómenos jurídicos esencialmente distintos tanto por su naturaleza como por su origen y consecuencias.

Finalmente, al hablar de la competencia para conocer de las acciones de tenencia, se hizo alusión al artículo 1.118 del código judicial; de suerte que no debemos insistir ahora en sus ordenamientos. Sin embargo, es pertinente anotar que en estos juicios cabe el incidente de objeciones a la cuantía de la acción y que el artículo se dice

(1) Hernando Morales, ob. cit., Tomo II, pág. 131.

(2) Véase Nº 23.

(3) Este artículo contiene disposiciones equivalentes a las de los arts. 79 de la Ley 46 de 1903 y 42 y 43 de la Ley 100 de 1882, que reglamentaban la acción de "Tenencia Sumaria".

tó con el fin de evitar dudas acerca de la competencia, ya que por mandato del artículo 4º de la ley 57 de 1.905, la competencia para conocer de los juicios de "desahucio y lanzamiento" estaba atribuida expresamente al Juez Municipal del lugar donde estuviera situada la finca, al igual que ocurre en el derecho español.

## II).—LANZAMIENTO EN PREDIOS RUSTICOS

40).—*Ideas aclaratorias.* Como antes ya habíamos anotado cual era el procedimiento aplicable a estos juicios y quiénes los funcionarios competentes para conocer de las demandas de lanzamiento relativas a predios rústicos (4), no es necesario volver a insistir acerca de estos aspectos.

Visto lo anterior se tiene que, antes de instaurar una acción de tenencia con fundamento en un arrendamiento relativo a un predio rural, lo primero que debe tenerse en cuenta es si la convención está regida por la ley 100 de 1.944 o por las disposiciones especiales del Capítulo Sexto del Título XXVI del Libro Cuarto del Código Civil, ya que de las acciones que se originen en el primer caso conoce la justicia laboral por los trámites del decreto 0291 de 1.957, y de las segundas los jueces civiles, por el procedimiento del código judicial.

La diferencia entre una y otra relación, para efectos de determinar la competencia, no es cuestión fácil y ella más bien corresponde al derecho sustantivo. Sin embargo, en forma simplista, puede decirse que lo que distingue la una de la otra es la forma como se paga el precio de la renta o cánon, pues mientras en el primer caso el precio está constituido por una parte proporcional de los frutos o productos, en el segundo, siempre lo será una cantidad determinada en dinero.

41).—*Qué se entiende por predio rústico.* No dice el código civil qué se entiende por predio rústico y qué por predio urbano. En Roma se consideraban predios rurales aquellos sobre los cuales no había construcciones y por predios urbanos aquéllos sobre los cuales sí las había.

Comentando el artículo 1.831 del Código Civil chileno, equivalente al 1.887 del C. C. Colombiano, Alfredo Barros Errázuriz, anota lo siguiente:

"Las disposiciones del artículo 1.831 y siguientes se refieren solamente a los *predios rústicos*, que son las tierras destinadas al cultivo

(4) Véase Nros. 10, letras e) y f) y 20.

o beneficio; y no a los *predios urbanos*, que son los destinados a habitación o edificados para almacenes y otros fines urbanos. Lo que los distingue, no es el lugar en que estén situados, sino la calidad o fin a que se destinan. Esta misma distinción hace el código, al tratar del contrato de arrendamiento. Si un predio está destinado en parte a cultivo agrícola, y parte a casas o almacenes, debe atenderse a su objeto principal para clasificarlo" (5).

Si bien, el criterio finalista puede tener alguna utilidad desde el punto de vista teórico, en la práctica, especialmente en relación con la aplicación de las normas sobre arrendamiento urbano, resulta incompleto. Por ello, nos parece más seguro el de quienes sostienen que por predio o finca urbana se entiende aquel que tiene instalados o le alcanza la red de distribución de los servicios públicos tales como acueducto, alcantarillado, energía eléctrica, etc., y por rústicos o rurales los demás.

Otro criterio muy similar al anterior, pero este sí de obligatoria observancia por ser un criterio legal, es el adoptado por el artículo 3º del Decreto N° 59 de 1.938, reglamentario de la Ley 200 de 1.936, cuando dice: "Para los efectos de la ley 200 es fundo o predio rural el que se halle situado fuera de los límites legalmente determinados del área de la respectiva población.

"Si no existiere disposición legalmente expedida que fije el área de la población, agrega el mismo texto, se entenderá por fundo o predio rural el que se halle situado a una distancia mayor de cien (100) metros de las últimas edificaciones que formen el núcleo urbano de la respectiva población o caserío".

42).—*Tramitación de este juicio.* El trámite de estas acciones no difiere en nada al indicado en el título XXXVII del C. de P. C., en tratándose de los juicios asignados a los jueces civiles; pero si de lo que se trata es de las acciones cuyo conocimiento corresponde a los jueces del trabajo, su ritualidad sigue las normas procedimentales del Decreto N° 0291 de 1.957. (6).

De consiguiente, ningún comentario se requiere en relación con el trámite de los primeros, salvo en lo relativo al *litis consorcio* que se autoriza en ellos y el *desahucio*, el cual se aparta de las normas dadas en lo que toca a la oportunidad o antelación con que debe hacerse.

(5) A. Barros Errázuriz. CURSO DE DERECHO CIVIL, Vol. III, pág. 138. Editorial Nascimento, 1930-1932. D346-B277e.

(6) Véase art. 16 del Decreto N° 1.819 de 1964, sobre competencia de estos juicios.

43).—*Litis consorcio en estos juicios.* En derecho procesal, llámase *litis consorcio*, la presencia en un mismo proceso de varias personas en la posición de actores o de demandados. Es *activo* si son varios los demandantes y uno sólo el demandado; *pasivo* cuando son varios los demandados y uno el demandante, y *mixto* si son varios los demandantes y también los demandados.

El *litis consorcio* puede ser también propio o simple e impropio o necesario. Se presenta el primero cuando la relación jurídica sustancial deducida en juicio es común a varias personas en relación al derecho o a la obligación. O, en otras palabras, cuando existe conexidad jurídica en las acciones ejercitadas en la demanda o un factor o interés común de parte de los titulares del derecho. En el *litis consorcio* necesario, en cambio, no hay conexidad jurídica entre las acciones; cada una puede seguirse separadamente; pero la acción tiene que ejercitarse por varios o frente a varios, porque si no se llena esa formalidad, no podría ser acogida en la sentencia, por falta de legitimación en la causa.

El Código Judicial no consagra expresamente la institución del *litis consorcio*, pero en la práctica, ella tiene toda su operancia, ya que en el fondo no es más que una forma de acumulación de acciones, ésta sí autorizada por el artículo 209 del Código citado.

Precisamente, el inciso segundo del artículo 1.103 de la obra precitada, autoriza una especie de *litis consorcio* impropio al estatuir que en una misma demanda se puede ejercitar la acción de lanzamiento contra varios arrendatarios de un predio rústico. Tal ocurriría en el caso de que varios demandados tengan en arrendamiento una parcela diferente, de modo que no los ligara una misma relación jurídica con el arrendador común.

En la práctica, esta norma tiene muy poca aplicación, ya que sólo tiene operancia en tratándose de arrendamientos en predios rurales.

44).—*El desahucio.* La norma del Código Civil que dispone que el desahucio debe darse con una antelación igual al tiempo que se toma como medida para el pago de la renta, cuando él sea necesario, sufre una variación en tratándose del arrendamiento de predios rústicos.

En efecto: dispone el artículo 2.043 del citado código que, no habiendo tiempo fijo para la duración del arriendo, deberá darse el desahucio con anticipación de un año para hacerlo cesar, sin perjuicio de que las partes acuerden otra regla; y, luego, la misma norma indica como debe entenderse el año de que se habla.

Haciendo un paralelo entre los artículos 2.009 y 2.043 del Código Civil, el doctor Fernando Vélez se expresa así:

"La regla del artículo 2.043, en el fondo es la misma del 2.009, pues ambos disponen que cuando no hay tiempo fijo para la duración del arriendo, éste no puede cesar sin desahucio. Se diferencian los dos artículos en que el 2.043 establece que en todo caso el desahucio debe preceder un año a la terminación del arrendamiento, cualesquiera que sea la época en que se pague la renta, mientras que según el art. 2.009, de esa época depende la anticipación del desahucio en el arriendo de otras cosas (art. 2.034). El motivo de esa diferencia es el que el empleo de los predios rústicos exige bastante tiempo para sacar algún provecho de él.

"Otra diferencia entre los dos artículos citados, es la de que de acuerdo con el 2.043, el arriendo de predios rústicos no termina por el servicio especial de éstos, como en el de otras cosas. Así es que puede decirse que ese arriendo sólo termina: 1º Por la llegada del día estipulado para darle fin, 2º Por desahucio.

"Este, según el inc. 3º del artículo 2.043, se contará teniendo como punto de partida el día en que principió la entrega del fundo al colono y no en el día en que se haga el desahucio. Por ejemplo, termina diciendo el autor en cita, la entrega se comenzó el 1º de Enero de 1.908. El desahucio se hizo el 1º de Octubre de ese año. El contrato terminó el 1º de Enero de 1910, puesto que el año debe contarse desde el 1º de Enero de 1.909" (7).

45).—*Tramitación en el Decreto 0291 de 1957.* Contempla este estatuto, el procedimiento que deben adoptar los jueces del trabajo cuando ante ellos se intente una demanda de lanzamiento restitución de predios rústicos sobre los cuales se ejerza tenencia en pirtud de un contrato de los contemplados en el artículo 1º de la ley 100 de 1.944 (artículo 40 del Decreto), así:

Si se trata del lanzamiento del arrendatario, el trámite correspondiente se indica en los artículos 26 a 32 inclusive. Y, si la acción se dirige por el arrendatario o tenedor contra quien tenga derecho a exigirle la entrega, se observará el procedimiento señalado en los artículos 33 a 38.

El artículo 39 *ibídem*, contiene disposiciones comunes aplicables a los dos procedimientos indicados, en lo que dice relación a la apelación de los autos y sentencias en ellos proferidos y la forma como se tramitan en la segunda instancia.

(7) Fernando Vélez, ob. cit., Tomo VIII, pág. 443.

En principio, estos juicios siguen los lineamientos generales que se han indicado en los capítulos anteriores y que se regulan por el procedimiento contemplado por el código judicial, con las salvedades que a continuación se indican en forma somera:

a) Que conforme al inciso segundo del artículo 26 del Decreto, en estos juicios también tiene cabida la institución del litis consorcio, acerca del cual se hicieron algunas anotaciones;

b) Que en relación al desahucio, el decreto no indica cuál sea el término de antelación con que deba darse y cuál la forma de computarse, razón por la cual parece que lo más jurídico y equitativo sea aplicarle las disposiciones del artículo 2.043 del C.C., que también se refiere a arrendamiento de predios rústicos;

c) En caso de oposición del demandado, si éste "cree tener derecho a mejoras, deberá alegarlas" al formularla (art. 28 inc. final) y que, si la causa del lanzamiento es la falta de pago, para que el demandado pueda oponerse deberá consignar "el cánón correspondiente a una mensualidad" (art. 28 inc. 2º);

d) Que si el importe de la indemnización por concepto de mejoras o reparaciones no está determinado, él se fijará por el funcionario que practique la diligencia de lanzamiento, "teniendo en cuenta los avalúos de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, ... asesorándose, si lo estima necesario, de personas competentes que puedan dar su opinión dentro de la misma diligencia.

"Hecho el pago del importe así señalado, dice el artículo 32, se procederá al lanzamiento, sin perjuicio de que tanto el arrendador como el arrendatario conserven el derecho de hacer fijar de manera definitiva el avalúo de las mejoras o reparaciones mediante anticulación".

e) Que si el arrendatario tuviere derecho al reconocimiento al pago de mejoras y fuere él quien accionare contra el arrendador a fin de que le reciba la finca, se procederá en la misma forma, que si el demandante fuera el arrendador (art. 38); y

f) Que, como las normas de este decreto, lo mismo que las de la ley 100 de 1.944, son de orden público, los derechos y prerrogativas que en ellas se consagren son irrenunciables y, por tanto, ineficaces las cláusulas en contrario.

### III).—LANZAMIENTO POR OCUPACION DE HECHO

46).—*Quienes conocen de estos juicios.* Lo primero que debe tenerse en cuenta, al instaurar un lanzamiento por ocupación de hecho,

es lo relativo a la calidad del predio ocupado, ya que según sea este rural o urbano, distinto será el funcionario competente (8).

Si se trata de la ocupación de un predio rústico —no baldío— conoce, privativamente y en primera instancia, el Juez del Circuito del lugar de ubicación de la finca. En este evento no se tiene en cuenta la cuantía para fijar la competencia, o en otras palabras, la competencia se determina por el factor objetivo (naturaleza del asunto). Así se desprende de lo que disponen los artículos 16 de la Ley 200 de 1.936, 61 del Decreto 59 de 1.938 y 31 de la ley 4ª de 1.943. Y cuando la ocupación diga relación a un predio urbano, conocerá el Jefe de Policía del lugar de ubicación del inmueble, en primera instancia (art. 15 de la ley 57 de 1.905 y 8º del Decreto 992 de 1.930).

47).—*Ocupación de predio rural.* Cuando se demanda en acción de lanzamiento la restitución de un predio rural, ocupado sin causa que lo justifique, en la tramitación del juicio se observarán las reglas siguientes:

*Demanda:* La demanda será presentada personalmente al Juzgado del Circuito que vaya a conocer de ella o ante el Alcalde del lugar, a fin de que haga constar la presentación. El libelo se ajustará a las normas generales contenidas en el artículo 205 del Código Judicial y deberá contener, además, una identificación completa de la finca e indicar la fecha desde la cual se privó al querellante de la tenencia material de ella.

El actor deberá legitimar la causa presentando con la demanda los siguientes elementos de convicción: 1º) Prueba sumaria de que ha venido poseyendo la finca ocupada, mediante la explotación con hechos positivos de dueño. La prueba sumaria puede estar constituida por una inspección ocular practicada por el Juez del Circuito o por Comisionado, con citación del Agente del Ministerio Público (art. 24 de la Ley 200 de 1.936 y 55 del Decreto 59 de 1.938); 2º) Prueba, también sumaria, de que la ocupación tuvo lugar dentro de los 120 días anteriores a la fecha en que se presente la demanda.

Admitida la demanda por el Juzgado, en el mismo auto que así lo resuelva, se indicarán el día y la hora en que tendrá lugar la inspección ocular de que habla el artículo 20 de la ley 200, precepto que así reza: "En el trámite de las controversias que suscite el ejercicio de cualesquiera de las acciones a que se refieren los artículos precedentes, el funcionario que de ellas conozca en primera instancia no podrá fallar sin haber practicado previamente una inspección ocu-

(8) Véase ord. 4º Nº 20.

que le permita adquirir conocimiento directo de la situación de hecho que debe resolver, y estará en la obligación de allegar a los autos los elementos que puedan contribuir a ilustrarlo".

El auto admisorio de la demanda se notificará por el Juez del Circuito o comisionado, en forma personal o por medio de *cartel* o aviso fijado en la puerta de entrada de la finca, cuando el demandado o demandados se ocultaren o no fueren encontrados. En este último caso, la notificación se reputará hecha cuando el aviso haya permanecido fijado un día hábil por lo menos.

Los avisos serán firmados por el Juez o Alcalde y su respectivo secretario, según el caso, y deberán indicar que la demanda fué admitida y el señalamiento del día y la hora en que tendrá lugar la diligencia de inspección ocular. Esta diligencia de inspección ocular se practicará personalmente por el Juez del conocimiento dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la admisión de la demanda.

Practicada la inspección ocular, si de ésta y las demás pruebas aducidas por las partes o allegadas de oficio al informativo, resultare que efectivamente se ha realizado la ocupación de hecho, esto es, que ella se efectuó sin causa justificativa, el Juez decretará y llevará a cabo personalmente el lanzamiento a la fuerza, si fuere necesario, a efecto de obtener que los ocupantes de hecho abandonen el terreno y el querellante lo reciba.

El artículo 21 de la ley 200, sabiamente, consagra, para estas acciones y las demás que en ella se establecen, el sistema de la "*persuasión racional*" de las pruebas y dispone, además, que los falladores "aplicarán el derecho teniendo en cuenta que el objeto de esta jurisdicción especial es que la ley sustantiva se interprete con el criterio de que no deben protegerse el *enriquecimiento sin causa*, el *abuso del derecho* y el *fraude a la ley*" (se subraya).

La diligencia de lanzamiento podrá practicarse entre las 6 de la mañana y las 6 de la tarde y tanto en esta como en la de inspección ocular, deberán intervenir dos testigos actuarios.

Preve la misma ley 200 que en el caso de que en la finca ocupada no se encuentre persona alguna, al momento de efectuarse el lanzamiento, se haga un inventario de las cosas que allí hubiere y que no pertenecieren al querellante y se dejen al cuidado de un depositario que designará el mismo Juez.

Dispone el artículo 22 de la misma ley, que en los fallos dictados en estos juicios, deberá decidirse concretamente, aun de oficio, si es o no el caso de pagar mejoras, teniendo en cuenta las siguientes reglas:

- a) Nadie puede enriquecerse sin justa causa;
- b) Es mejora de un predio rural, toda obra o labor producida por el esfuerzo humano que tenga un valor económico, considerada en sí misma y en relación con el terreno en donde se ha realizado; y
- c) El avalúo de las mejoras comprende los siguientes factores, los cuales deben sumarse: 1º). El valor comercial al tiempo del avalúo, de las edificaciones, cercos, acequias, caminos y demás obras y labores útiles existentes, incluyendo cuando los haya, el valor de los frutos pendientes; y 2º). El mayor valor efectivo que la tierra hubiere adquirido por el esfuerzo del poseedor.

“Para determinar el pago de mejoras, continúa el mismo artículo, en razón de la buena o mala fe del ocupante, se estará a lo dispuesto sobre prestaciones mutuas en el Código Civil, sin perjuicio de lo establecido en este artículo”.

Si en la sentencia se dispone el pago de mejoras y estas no están tasadas, antes de ejecutarla, pero una vez ejecutoriada, deberá fijarse el valor de aquéllas por el mismo juez que la dictó, con el concurso de peritos y mediante el trámite de una articulación, sin perjuicio de que las partes puedan acordar amigablemente su valor.

Cuando por cualquier circunstancia el juez omitiere la resolución sobre mejoras, dice la misma ley, cualquiera de las partes podrá solicitar que se decida el punto, suspendiéndose, entre tanto, la ejecución de la sentencia.

A diferencia de lo que ocurre en los otros juicios de tenencia, en éste no se admite caución como garantía de pago de mejoras. Así se desprende de la siguiente norma contenida en el artículo 22: “no podrá realizarse el lanzamiento sin que tal pago se haya efectuado previamente, y en consecuencia, sólo se extingue el derecho de retención que consagran las leyes anteriores a la presente, cuando se verifique el pago de aquéllas”.

El artículo 27 del Decreto 59 preve el caso en que la persona que tenga derecho a ser indemnizada por mejoras, se niegue a recibir el valor fijado judicial o amigablemente y autoriza, en tal evento, la consignación de dicho valor a órdenes del juzgado y la ejecución inmediata de la sentencia.

Practicado el lanzamiento, dispone la misma ley de tierras, el juez pasará al Alcalde de la ubicación del terreno, copias de las diligencias de inspección ocular y de la entrega, lo mismo que del fallo.

Si la finca fuere ocupada de nuevo, el poseedor o dueño de ella, podrá ocurrir ante el Alcalde respectivo, dentro de los treinta días

siguientes, a fin de que impida la alteración de la situación creada por la ejecución de la sentencia de lanzamiento. El Alcalde, en tal caso, suspenderá la perturbación dentro de las veinticuatro horas siguientes a la presentación del escrito en que así se pida y al cual debe acompañarse prueba sumaria de que el querellante es el poseedor o dueño y del hecho de la nueva ocupación no anterior a treinta días.

La persona que una vez lanzada ocupe de nuevo y sin causa justificada la misma finca, incurrirá por el sólo hecho de la reincidencia "en una pena de arresto inconvertible por el término de sesenta días", imponible por el mismo Juez. Así lo dispone el parágrafo único del art. 17 de la ley 200.

Si antes de practicarse el lanzamiento, el ocupante de la finca o heredad exhibiere un título o prueba que justifique legalmente la ocupación, el juez suspenderá la diligencia de lanzamiento. En este caso, los interesados quedan en libertad de iniciar cualquiera otra acción que estimen viable.

Finalmente, dispone la ley 200 de 1.936, que las sentencias proferidas en estos juicios serán apelables para ante el Tribunal Superior del Distrito y que el recurso se concederá en el efecto suspensivo. Y, que las demás apelaciones, si a ellas hubiere lugar, seguirán las reglas generales del C.J. Mientras se surte la apelación, las autoridades de policía estarán en la obligación de tomar las medidas necesarias tendientes a evitar nuevas vías de hecho y mantener el *statu-quo*.

48).—*Ocupación de predio urbano*. Esta "acción administrativa sumaria de lanzamiento", como la denominó el art. 15 del decreto 992 de 1.930, es una típica querrela policiva, cuyo conocimiento está atribuido al Jefe de Policía de ubicación del predio.

Está legitimado para impetrar esta medida de protección toda persona a quien se le hubiere privado de hecho de la tenencia material del predio, sin que haya mediado consentimiento expreso o tácito u orden de autoridad competente.

Quien se encuentre en las anteriores condiciones y pretenda accionar, deberá tener en cuenta las normas del decreto 992 de 1.930, normas que se pueden sintetizar así:

La demanda debe ceñirse a las normas generales del C. de P. C. y debe indicar la fecha precisa desde la cual el querellante fue privado de la tenencia material o de la fecha en que tuvo conocimiento del hecho y, además, contener una relación de los títulos que lo legitiman para incoar la acción de lanzamiento.

Al libelo se acompañará el título que acredite su derecho y la prueba sumaria en que se demuestre cual fue la fecha de la ocupación

o se tuvo conocimiento del hecho y de los demás hechos en que se basa el pedimento.

Si de las pruebas presentadas resultaren demostradas las circunstancias expresadas, el Jefe de Policía dictará inmediatamente la orden de lanzamiento de los ocupantes; orden que notificará personalmente o por medio de cartel o aviso, en caso de que no se encuentren u oculten, haciéndoles saber el día y la hora señalados para la diligencia.

La diligencia de lanzamiento se practicará dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la admisión del libelo, teniendo en cuenta que se puede practicar desde las seis de la mañana hasta las seis de la tarde.

A la entrega, fuera de los funcionarios y los testigos actuarios, pueden concurrir todos los que tengan interés en ella y todos suscribirán el acta respectiva. Si la casa estuviere cerrada y nadie contestare al llamado del funcionario, pasados diez minutos, se procederá a la apertura y lanzamiento y, consiguiente entrega de la casa al querellante. En este último evento, es decir, que en la casa no se encuentre alguna persona, se hará un inventario de las cosas que allí hubiere y se depositarán en la persona que designe el Jefe de Policía que practique la diligencia.

Si antes de practicarse la diligencia, el ocupante exhibiere un título o prueba que justifique legalmente la ocupación, el funcionario suspenderá la diligencia de lanzamiento, quedando en libertad los interesados para ocurrir ante el poder Judicial en ejercicio de la acción pertinente, de la misma manera que ocurre cuando la ocupación diga relación a un predio rústico.

Las providencias que dicte el funcionario de Policía en estos procesos, serán apelables en el efecto devolutivo, dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a su notificación, para ante el inmediato superior, si se trata de la persona contra quien se dirige la querella, y, en ambos efectos, si el que apela fuere la parte actora.

49).—*Prescripción de estas acciones.* La acción que tiene el poseedor o dueño de un predio rústico para recuperar la tenencia, cuando ha sido ocupado de hecho, prescribe en ciento veinte días, contados desde el primer acto de ocupación; prescripción que se interrumpe con la sola presentación de la demanda (art. 18 de la ley 200 de 1.936). En cambio, la querella que se autoriza contra el ocupante de una finca o predio urbano, prescribe en el término de treinta días, contados en la misma forma que para el caso anterior (art. 15 del Decreto N° 992 de 1.930).

#### IV).—LANZAMIENTO DE HUESPEDES DE HOTELES

50).—*Objeto de este procedimiento.* Con miras a la protección de la industria hotelera, el Poder Ejecutivo, por medio del decreto N° 151 de 1.957, estableció un procedimiento sumarísimo que facultó no sólo el lanzamiento de los clientes de establecimientos hoteleros sino que procuró también el aseguramiento del pago de acreencias que tuvieran como causa la utilización de tales establecimientos.

Conforme a los mandatos del citado decreto, tienen facultad para impetrar esta acción policiva los propietarios, empresarios, gerentes o administradores de Establecimientos Hoteleros y similares, contra aquellos clientes o huéspedes que resultaren *insolventes*, o que en cualquier forma atenten contra la *seguridad, tranquilidad, salubridad y moralidad* de tales establecimientos.

51).—*Competencia y Tramitación.* El conocimiento de estas demandas está atribuido por el mismo decreto a los Alcaldes, Corregidores o Inspectores de Policía del domicilio del respectivo establecimiento hotelero o similar.

Al escrito que contenga la demanda, deberá acompañarse prueba sumaria de los hechos en que se funda. Si estos resultaren plenamente comprobados, el funcionario de Policía dictará la orden de lanzamiento, a más tardar al día siguiente y la ejecutará él mismo en el término de las doce horas subsiguientes a la notificación del proveído que así lo disponga.

*Derecho de retención:* A fin de garantizar y hacer efectivo el pago de las obligaciones contraídas por cualquier cliente insolvente, se autoriza, dentro de este procedimiento breve, el ejercicio del derecho de retención sobre el equipaje y demás objetos introducidos por el huésped al respectivo establecimiento, hasta concurrencia de lo que deba por *alojamiento, expensas o daños*.

En este evento, con anuencia del funcionario del conocimiento y con la intervención de dos peritos que designará el mismo funcionario, se confeccionará un inventario y se procederá al avalúo de los objetos, pudiendo los expertos dictaminar también acerca de los daños que se denuncien.

Si pasados treinta días, contados a partir del momento en que se hubiere ejercido el derecho de retención, el cliente no se presentare a solucionar las obligaciones pendientes, el retenedor de los bienes de aquel, podrá solicitar al mismo funcionario de Policía el remate de ellos. La subasta se llevará a cabo dentro de los quince días siguientes y con su producto se pagará el valor de lo adeudado. El

saldo se depositará a órdenes del cliente en el Banco de la República o demás oficinas de las entidades que se indican en el Decreto N<sup>o</sup> 1798 de 1.963.

Cuando las personas de que se trata no portaren equipajes, los propietarios, empresarios, gerentes o administradores de hoteles, podrán exigir el pago anticipado de las mensualidades, quincenas, décadas o diarios según la costumbre del respectivo establecimiento. Y, cuando para burlar el derecho de retención aludido, los huéspedes o clientes portaren equipajes aparentes o ficticios o emplearen otros sistemas lesivos de los intereses económicos de dichos establecimientos, incurrirán en arresto inconvertible de dos a quince días; sanción que impondrá el "Jefe de Policía del lugar, conforme al procedimiento penal ordinario establecido por el respectivo Código de Policía Departamental".

Finalmente, las providencias proferidas por los funcionarios de Policía, en los asuntos de que se trata, serán apelables de palabra en el acto de la notificación o por escrito dentro de las veinticuatro horas siguientes para ante el inmediato superior en el efecto devolutivo. La alzada se concederá al día siguiente y se tramitará ordenando la fijación en lista del negocio por el término de dos días, a fin de que las partes presenten sus alegatos escritos. Vencido este término, el superior fallará dentro de los dos días siguientes.

## CAPITULO SEPTIMO

### *Cumplimiento de las sentencias dictadas en los Juicios de Tenencia*

52).—*Noción de ejecución.* En las sentencias dictadas en los juicios de tenencia, la función jurisdiccional no se agota con el mandato contenido en ellas, sino que para obtener la satisfacción completa del derecho del actor es preciso lograr la actuación práctica de ese mandato, por medio de la ejecución forzada. O, en otros términos, el proceso de tenencia se desenvuelve en dos etapas: Una, la de cognición, que culmina con la sentencia que ordena la desocupación y entrega o restitución del bien y, la otra, la de ejecución forzada, en la que se obtiene la realización práctica de la orden contenida en esa primera providencia. Es esta segunda fase a la que propiamente puede llamarse de lanzamiento. La primera culmina con un título ejecutivo y la segunda tiende a darle eficacia a éste.

Las anteriores consideraciones fueron justamente las que se tuvieron en cuenta para haber afirmado antes que la acción de tenencia, por participar de la naturaleza de las acciones declarativas y de ejecución, era una acción de condena (1), conclusión que visto lo anterior reafirma nuestra opinión.

53).—*A quién corresponde la ejecución.* Cuando tratamos de dar una idea acerca de la acción de tenencia, se dejó sentado que con ella se impetraba de los jueces una decisión que impusiera al demandado una prestación de hacer (restituir o recibir), susceptible de ejecución forzada por el mismo Juez (2).

En efecto: cuando la obligación que emana de la sentencia consiste en la entrega de una cosa raíz o mueble, el fallo se ejecuta en la forma prevenida por el artículo 551 del Código Judicial, por el Juez de primera o única instancia:

a). De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 1.106 del C. J., el fallo que decreta el lanzamiento del arrendatario o la restitución de los bienes dados en tenencia, debe cumplirse por el juez de primera o única instancia o por medio de la policía, dentro de los dos días siguientes;

b). La sentencia que autoriza al arrendatario u otro tenedor para restituir la cosa a quien deba recibirla, se ejecuta por el mismo

(1) Véase Nº 17.

(2) Véase Nº 18.

juez, entregándola a aquél o al secuestre que designe, en el caso de que el demandado rehusé recibirla (art. 1.114 C.J.); y

c). En tratándose del lanzamiento de predios rústicos, se observarán las mismas reglas indicadas para los casos a) y b). Y cuando de entregar predios o fundos ocupados de hecho o de huéspedes de hoteles se trate, se tendrá en cuenta lo que sobre el particular anotamos al estudiar cada caso.

54).—*Cómo y cuándo debe hacerse la entrega.* No es clara la ley en decir cuándo deba ejecutarse la sentencia que decreta el lanzamiento o restitución de la cosa, pues el artículo 1.106 del C.J. simplemente dispone que ella "se hará" dentro de los dos días siguientes "y el 1.114 *ibídem* habla de los "tres siguientes"; de lo cual resulta que no sabe si este término se cuenta a partir de la fecha de la providencia, o de la publicación o de la ejecutoria, etc.

Esta falta de precisión en los textos citados ha dado lugar a interpretaciones disímiles, por parte de los comentaristas nacionales. Así: el doctor Hernando Morales considera que los dos días de que habla el artículo 1.106 se deben contar desde el momento en que el fallo quede en firme, si la sentencia la va a cumplir el mismo juez, y que si hay comisión, tendrá el comisionado que fijar día y hora para la práctica de la diligencia, por medio de auto que se notifica por estados, pues que los dos días de que se habla, seguramente se habían vencido (3).

En cambio, el doctor Julio González Velásquez estima que el término de los dos días debe contarse a partir de la publicación que de la sentencia debe hacerse conforme a lo previsto por el artículo 479 del C. J., pero no agrega a su afirmación argumento alguno. (4).

Sin desconocer que esta última interpretación pudiera compadecerse más con la naturaleza del juicio de lanzamiento y que está conforme con lo dicho por la Comisión Redactora del Código cuando anota que el artículo 1106 "señala un corto lapso para que el lanzamiento se efectúe", parece más acorde a la lógica del código la interpretación que del prementado artículo hace el primero de los autores citados, ya que en esta forma se guarda armonía con el precepto del artículo 549 *ibídem*, el cual dispone que puede exigirse la ejecución de las resoluciones judiciales desde que, éstas queden ejecutoriadas, si en ellas mismas no se fija plazo para el cumplimiento de las obligaciones que declaren.

(3) Hernando Morales, *ob. cit.*, Tomo II, pág. 127.

(4) Julio González Velásquez, *ob. cit.*, comentarios al art. 1.106 del C. J.

Ahora, como tesis intermedia podría sostenerse que lo más razonable y acorde a la celeridad con que deben tramitarse y resolverse estos procesos, sería que el término se contara a partir de la notificación, pues en esta forma se evitarían dilaciones y ningún derecho resultaría lesionado, máxime cuando la apelación que contra el fallo se interpusiera por el demandado procedería en el efecto devolutivo.

La entrega de la cosa arrendada o dada a título precario se llevará a cabo de acuerdo con lo que dispone el artículo 2.006 del código civil, el cual ordena que "la restitución de la cosa raíz se verificará desocupándola enteramente, poniéndola a disposición del arrendador y entregándole las llaves, si las tuviere".

De otro lado, debe tenerse en cuenta el mandato del artículo 2.005 de la misma obra cuando preve que la cosa deberá "restituirse" en el estado en que le fue entregada —al tenedor—, tomándose en consideración el deterioro ocasionado por el uso y goce legítimos "y que, si no constare el estado en que le fué entregada, se entenderá haberla recibido en regular estado de servicio, a menos que pruebe lo contrario".

Finalmente, en tratándose de la entrega de la cosa a petición del arrendatario u otro tenedor, ésta se llevará a efecto en la misma forma; pero cuando el demandado rehusare recibirla, el depósito que de ella se haga se ajustará a las normas generales sobre secuestro (arts. 2273 y ss. C. C. y 273 y ss. del C. J.)

De esta manera, llegado que sea el día de practicar la diligencia de entrega de la cosa, el funcionario que cumpla la sentencia, debe extender el acta respectiva; acta que deberá firmarse por el funcionario, las partes que concurren, sus apoderados o voceros y el secretario, previa constancia dejada en ella de que el actor quedó en posesión real y material del bien, sea este mueble o raíz.

55).—*Incidente de oposición a la entrega.* El anterior es el procedimiento a seguir en la ejecución de las sentencias proferidas en estos juicios. Pero como en la práctica ocurre, con relativa frecuencia, que al momento de efectuarse la entrega se presenten situaciones que en muchos casos entrañan verdadera oposición y que sólo es dable resolver en el momento en que se formulen, no obstante que se hayan planteado a lo largo del debate judicial; y como, de otra parte, las situaciones que suelen presentarse son variadas y la solución diferente, en los apartes subsiguientes indicaremos la manera como se procede en los casos en que la habitación se encuentre ocupada por una persona enferma, o un tercero que se oponga a la ejecución alegando algún derecho sobre la cosa y en los eventos en que el demandado o

el demandante aleguen el derecho de retención sobre los objetos materia de la entrega.

56).—*Oposición por enfermedad de un ocupante.* Si se trata de entregar una habitación y en ella se encontrare una persona enferma cuya vida peligre si se le saca de allí, dispone el artículo 1.110 del Código Judicial que el funcionario que practica la diligencia, cerciorado del hecho por el dictamen de facultativos o peritos comunes nombrados por él, debe suspender la diligencia mientras subsista la indicada situación.

Los expertos deben ser preferentemente facultativos o peritos comunes donde aquéllos no existan, en número de dos o tres, según las reglas generales sobre dictamen pericial (art. 705 y ss. C. J.). El dictamen debe rendirse en el acto mismo de la diligencia.

De la facultad que se confiere en este artículo sólo puede hacerse uso una sola vez, "pues la ley no autoriza más y porque de lo contrario se podría abusar e impedir la consumación del lanzamiento", como lo anota el Dr. Hernando Morales (5).

57).—*Oposición de terceros.* Puede ocurrir también que al efectuarse la entrega de los bienes, éstos se hallen en poder de un tercero que justifique algún derecho a retenerlos. En tal caso, por mandato del artículo 1.119 del Código Judicial, se procede conforme a las reglas consignadas en los artículos 882 a 884 de la misma obra.

De acuerdo con la doctrina de los procesalistas nacionales, en la oposición que se presente al cumplimiento del fallo que ordena el lanzamiento del arrendatario se necesita, para que ella sea admitida, la concurrencia de los siguientes requisitos: 1º) Que el opositor sea un tercero en sentido jurídico; 2º) Que efectivamente retenga la cosa; y 3º) Que en el momento de la reclamación, justifique, es decir, compruebe plenamente su derecho a retenerla.

En consecuencia, no es suficiente que el opositor presunto afirme su calidad de tercero y que lo asiste algún derecho, se requiere perentoriamente que respalde sus afirmaciones con la prueba respectiva. Precisamente, cuando la Cámara de Representantes discutía el proyecto del Código Judicial vigente, aquella Corporación cambió la expresión "...un tercero que alegue un derecho" que traía el proyecto por la de "...un tercero que justifique un derecho".

Del anterior antecedente se colige que la intención del legislador fue la de tratar de impedir que se formularan oposiciones temerarias o aparentes, con el objeto de dilatar, en muchos casos, la ejecución

(5) Hernando Morales, ob. cit., Tomo II, pág. 129.

de la sentencia; intención esta que también se pone de manifiesto por los redactores del Código cuando, en la exposición de motivos, se anotó sobre el particular lo siguiente: "Para resguardar a una los derechos del demandante, del demandado y el tercer poseedor o tenedor se establece que si la cosa se encuentra en poder de persona que alegue (hoy justifique) alguno de esos caracteres para retenerla se siga la tramitación ya explicada en el título relativo a juicios posesorios".

La mayor dificultad que se presenta para resolver si la oposición debe aceptarse o no, radica en determinar quiénes son verdaderos terceros en sentido jurídico. Al resolver tal problema debe consultarse el artículo 474 del Código Judicial, de cuyo tenor se ha concluido por algunos que "los perjudicados con el fallo desfavorable al demandado se identifican con él jurídicamente, y por tanto, no son terceros; por el contrario, las personas a quienes no afecta la sentencia que ordena la entrega de la cosa raíz o mueble, se consideran como verdaderos terceros, con pleno y perfecto derecho para formular oposición al cumplimiento del fallo" (6).

Para una mejor inteligencia del problema que se plantea con la oposición provocada por personas distintas al demandado, puede consultarse la obra del doctor Antonio J. Pardo, TRATADO DE DERECHO PROCESAL CIVIL, Tomo II.

*Naturaleza del derecho del arrendatario.* Como lo anunciamos al estudiar la causal de terminación del contrato de arriendo, consistente en la extinción del derecho del arrendador, por hecho independiente de su voluntad (7), es pertinente ahora hacer algunas observaciones acerca de la naturaleza del derecho del arrendatario, ya que tal cuestión importa para los efectos de la oponibilidad del fallo y consiguiente oposición de los terceros.

Ahora bien: el arrendatario tiene por el arrendamiento, como enseñan Planiol y Ripert (8), un derecho de crédito contra el arrendador a fin de obtener el disfrute del inmueble arrendado; el arrendador está obligado, por la misma naturaleza del contrato, a hacer disfrutar pacíficamente de la cosa arrendada al arrendatario mientras dure el arrendamiento.

No obstante la afirmación de que el derecho del arrendatario sea puramente personal, no siempre ha sido unánime, sobre todo cuando

(6) Antonio J. Pardo, ob. cit., Tomo II, pág. 313.

(7) Véase causal 6ª, Nº 26.

(8) Planiol y Ripert, TRATADO PRACTICO DE DERECHO CIVIL FRANCÉS. Primera Parte, Tomo X, Nº 564 y ss. Traduc. Mario Díez Cruz. Ed. 1.940 D., 346-944-P712.

el contrato se ha solemnizado por escritura pública registrada. Troplong, fué el primero en sostener que el derecho del arrendatario es de naturaleza real, tesis seguida, entre otros, por Borrachina (Derecho Feral), Mucius Scaevola (C.C. Concordado, Tomo XXIV), De Buen, (Derecho Civil Común) (9).

Refiriéndose a la tesis de Troplong, dicen Planiol y Ripert: "Pero, en el estado actual de nuestro derecho, la doctrina de Troplong no es concilliable con el tenor literal ni con el espíritu de la ley. Los tratadistas y la jurisprudencia actualmente, convienen firmemente en atribuir al derecho del arrendatario la condición de "derecho puramente personal" —Guilourd, Baudry Lacantinerie, Wahl, Aubry y Rau, Duvergier, Proudhon, Colin y Capitant" (10).

Otros autores como Manresa, Sánchez Román, De Diego, Valverde y entre nosotros, Valencia Zea (11), sostienen que la naturaleza real del derecho del arrendatario está subordinada a un acto determinado o a una duración prefijada del contrato. Para estos autores, la expiración del derecho del arrendador no implica terminación del arriendo cuando éste constare por escritura pública debidamente registrada, ya que en tal caso el arrendatario es titular de "un verdadero derecho real" por poder oponerlo a todo el mundo.

Sin que esta sea la oportunidad ni tampoco un tema propio del trabajo propuesto, bástenos con anotar que la tesis de la naturaleza real del derecho del arrendatario, no ha logrado imponerse ni por vía jurisprudencial ni doctrinaria.

Para concluir esta nota, consideramos de interés transcribir algunos de los apartes que contienen poderosos argumentos en contra de la tesis de Troplong, y de los cuales es autor el italiano Fubini.

"...Pero reconocida la importancia económica del arrendamiento de larga duración, ¿se quiere decir con ello que cambie la naturaleza del negocio?. Nada más inexacto; la posición de las partes con referencia a la cosa permanece idéntica, y los elementos del negocio son los mismos, salvo que, naturalmente, deben relacionarse con la duración del arrendamiento.

"Ahora bien, puesto que la determinación del tiempo es uno de los elementos esenciales del contrato que puede influir sobre los demás, claro está que de tal elemento debe darse noticia a los terceros

(9) Cita de Castán Tobeñas, en la obra ARRENDAMIENTOS DE COSAS, del Italiano R. Fubini, pág. 68, Trad. de Roberto Sánchez J., Madrid, 1930.

(10) Planiol y Ripert, ob. cit., N° 546.

(11) Valencia Zea, ob. cit., Tomo IV, N° 269.

que el único sistema de publicidad que poseemos. (12). Es ridículo afirmar que el derecho del arrendatario sea real sólo porque en algunos casos se adopte un sistema de publicidad que sólo funciona para los derechos reales. La publicidad no puede cambiar la naturaleza del derecho, que tiene vida independiente a cualquier formalidad; lo que ocurre es que por las convenciones por las que se constituyen o transmiten los derechos reales, convenciones a las que la inscripción no añade nada, tal formalidad les otorga eficacia en cuanto a las relaciones con terceros.

“Pero hay más: el arrendamiento de inmuebles, inferior a una duración de nueve años no debe ser inscrito y, sin embargo, el derecho del arrendatario frente al adquirente permanece íntegro; por esto hay que observar, de un lado, que no es la duración o la formalidad especial de la inscripción los que confieren el carácter real al arrendamiento, y por otro, que no es cierto que la obligación del comprador del arrendamiento baste a dar un carácter especial al derecho del arrendatario.

Y, más adelante agrega: “...Además, la inexactitud de las opiniones de cuantos hacen depender la naturaleza real del derecho del arrendatario de la obligación del adquirente de respetar el arrendamiento, se podría demostrar también si discurremos acerca de lo que podría ocurrir cuando el arrendatario hubiere pactado con el arrendador la renuncia a lo dispuesto en el artículo 1597? (12<sup>a</sup>). Solo por esto se debería entonces afirmar, siguiendo el parecer de los que se basan en la citada disposición para sostener el carácter real, que el derecho de goce del arrendatario, en virtud de la indicada renuncia, adquiere el carácter de un derecho de obligación? Claro está que, si es lógica la contestación afirmativa, resulta entonces muy poco técnico establecer una línea tan tenue de división entre derecho personal y derecho real; sería posible, en este caso, a las partes, con una simple cláusula, determinar la naturaleza de la relación constituida. Si el contrato de arrendamiento da vida a un derecho real, éste no podrá resultar del contenido del artículo 1597 y existiría aunque tal artículo no se hubiere escrito o aunque las partes hubiesen renunciado a ejercerlo” (13).

Volviendo sobre el tema de la oposición del tercero, tenemos que si se resuelve la oposición en sentido positivo, el funcionario que practica

(12) En Italia es obligatoria la inscripción en el Registro de los contratos de arrendamiento sobre inmuebles, cuya duración sea mayor de 9 años.  
(13) El art. 1597 del C. C. Italiano tiene su equivalente en el 2020 del C. C. Col.  
(14) R. Fubino, ob. cit., pág. 50 y ss.

tica la diligencia deja la cosa materia de la entrega en poder del opositor, en calidad de secuestro, el cual se levanta si dentro de los cinco días siguientes el demandante no promueve contra dicho tercero el correspondiente juicio posesorio u ordinario (art. 882 C.J.).

Si el demandante niega al opositor el derecho de oponerse, se decide el punto mediante una articulación (art. 395 C.J.), durante la cual subsiste el secuestro y el opositor debe probar su derecho a retener la cosa en su poder.

Si la articulación se falla en favor del demandante, en el mismo auto se ordena la entrega de la cosa en la forma establecida en el artículo 880 sin que pueda entonces oponerse nadie. Si se falla en pro del opositor, los cinco días de que habla el artículo 882 se contarán desde el siguiente al en que quede ejecutoriado el auto que falla la articulación, si no es apelado, o si lo es, desde el siguiente al en que se reciba el expediente del superior en el juzgado *a-quo*. Así lo dispone el artículo 883 del Código Judicial.

Si el opositor no justifica su oposición, dispone el artículo 884 *ibídem*, incurre en una multa de cincuenta a quinientos pesos, sanción que impone el juez en el mismo auto en que falla la articulación, sin perjuicio de la responsabilidad civil y penal correspondiente.

58).—*Oposición del demandado. Derecho de Retención.* El derecho de retención es “la facultad que tiene un deudor para conservar en su poder el bien que está obligado a entregar, con el fin de garantizar el cumplimiento de prestaciones que se le deben por el acreedor y que tiene su fuente en el mismo contrato del cual surge la obligación de entregar” (14).

El derecho de retención, acerca de cuya naturaleza discrepa la doctrina, está reglamentado en el Código Civil, el cual proclama el principio de la no retención, al contrario de lo que ocurre en otros códigos. Efectivamente, el artículo 2.417 establece que no se podrá tomar del deudor cosa alguna contra su voluntad para que sirva de prenda, sino por el ministerio de la justicia; y, agrega el mismo texto, que no se podrá retener una cosa del deudor en seguridad de la deuda, sin su consentimiento, excepto en los casos que las leyes expresamente designen.

Para el fin que se persigue, se pueden citar como casos en que, por excepción, la ley reconoce el derecho de retención a favor del acreedor, los siguientes:

(14) Guillermo Ochoa G., Notas cit.

1º) Al usufructuario contra el nudo propietario (art. 859); 2º) Al poseedor o tenedor vencido en juicio de dominio (970 y 971); 3º) Al arrendatario contra el arrendador (1.993, 1.994 y 1.995); 4º) Al arrendador contra el arrendatario (art. 2.000); 5º) Al mandatario contra el mandante (2.188 C.C.); 6º) Al comodatario contra el comodante (arts. 2.216, 2.217 y 2.218); 7º) Al depositario contra el depositante (art. 2.258); 8º) Al secuestre judicial contra el dueño (arts. 2.274 y 2.279); 9º) Al acreedor prendario contra el deudor (art. 2.421). Fuera de los anteriores casos también se pueden citar los de los artículos 739 inc. 2º, 947, 1.882, 2.463 y 2.497, todos del Código Civil.

Como principio general, el demandado sólo puede oponerse al cumplimiento del fallo, si hace valer el derecho de retención y sólo con el fin de que se suspenda la entrega de la cosa raíz o mueble, hasta tanto el deudor le solucione el crédito o le asegure satisfactoriamente su importe.

*Oportunidad para alegar el derecho de retención.* Al tenor de lo que dispone el artículo 1.109 del Código Judicial, en armonía con los artículos 1.993 a 1.995 del Código Civil, si el arrendatario tiene derecho a ser indemnizado por el arrendador del costo de mejoras o reparaciones y alega ese derecho dando la prueba del caso *antes de la entrega, o al momento de hacerse ésta*, se le deja la cosa en su poder mientras el arrendador no le pague o le asegure su importe. Si este no está determinado, se fija por el mismo juez mediante una articulación.

No dice la ley que clase de caución deba otorgarse en este caso; pero teniendo en cuenta que el derecho de retención se extingue por la pérdida de la tenencia material de la cosa sobre la cual se ejerce y que, si así ocurre, al beneficiado se le hará muy difícil la satisfacción de su derecho, consideramos que ella debe ser de naturaleza real.

Lo que en los últimos textos citados se dispone en relación con el arrendatario, se extiende a los demás tenedores a quienes la ley sustantiva reconoce el derecho de retención, como se deduce claramente del contenido del artículo 1.115 del Código Judicial.

Refiriéndose a la oportunidad en que deba suscitarse dentro del juicio de tenencia, lo relativo al derecho de los detentadores a ser indemnizados por concepto de mejoras o reparaciones, el Dr. Hernando Morales considera que tal pretensión no puede presentarse durante el juicio, ya que en éste sólo se debate lo relativo a la terminación

de la tenencia. Así argumenta el distinguido tratadista: "Por eso, cuando la ley habla de que la cuestión sobre mejoras se puede plantear antes de la entrega, debe entenderse que tal cosa puede ocurrir con anterioridad a ella, pero después del fallo. La misma colocación del artículo 1.119 comentado, en el capítulo respectivo, permite inferir que el evento previsto en él sólo puede tener lugar una vez pronunciada la sentencia, entre otras cosas porque el derecho de retención nace cuando se va a entregar la cosa" (15).

Con todo el respeto que nos merece la opinión del profesor Morales, los argumentos que aduce para sustentar la afirmación anterior, no se compadecen con la lógica jurídica ni con los intereses de la parte que con el artículo 1.109 trata de garantizar la ley. No es exacto afirmar que durante el juicio sólo pueda discutirse lo relativo a la terminación de la relación contractual o de hecho, por cuanto el derecho de mejoras no da base a la oposición al lanzamiento.

Entre los varios motivos que legitiman al arrendatario o tenedor para formular oposición al desalojo, se encuentra, precisamente, el derecho a ser indemnizado por concepto de mejoras, expensas, etc. Ahora, si la misma ley lo autoriza para formular la oposición desde el momento mismo en que se constituye la relación jurídico-procesal, no se alcanza el fundamento para que tenga que aplazar el ejercicio de dicha facultad para después del fallo, cuando contingencias futuras e imprevistas puedan dar al traste con su derecho. Por lo demás, es práctica corriente que desde el momento mismo de trabarse la litis, cada parte aduzca frente a la otra todas las pretensiones que estime conducentes, entre ellas las relativas a mejoras sin que por ello los jueces y magistrados hayan rechazado lo atinente a ellas.

Que el derecho de retención sólo nazca al momento de la entrega, es una apreciación insostenible. El derecho se origina en el momento mismo en que a la cosa se incorporen las mejoras, expensas, reparaciones, etc., y se actualiza en el momento en que al acreedor trate de despojarse de la tenencia material de la cosa que lo está garantizando. De otro lado el artículo 1.108 del C. J., que en armonía con el 2.000 del C.C., reconoce el mismo derecho al demandante, dispone que de él debe hacerse uso por el actor conjuntamente con el libelo de demanda, pieza ésta que tiene su equivalente para el demandado en el libelo de contestación.

Finalmente, el argumento en orden a la colocación del artículo no autoriza para hacerle decir a éste que la expresión "antes de la

(15) Hernando Morales, ob. cit., Tomo II, pág. 128.

entrega" se refiera a una oportunidad posterior al fallo, ya que antes de la entrega se presenta también la oportunidad de formular la correspondiente oposición. Y, si de cuestión de tiempo o dilación del juicio se trata, resulta de economía procesal aprovechar el período probatorio del juicio para demostrar el derecho que asiste al demandado.

El doctor Ramón Gómez Cuéllar, después de referirse al incidente de regulación de mejoras que puede tener lugar en estos juicios, se expresa así: "Todo ello viene a hacer interminable el juicio que debiera ventilarse en el curso de días y no de meses. Existiendo, como existe en él un término de prueba (art. 1.105), lo indicado es que durante él se acredite el punto de mejoras" (16).

En conclusión, puede decirse que reconocido el derecho de retención en favor del demandado, si ello ocurrió en la sentencia o en providencia anterior a la entrega, no se hace el señalamiento para la práctica de ésta hasta tanto el demandante compruebe haber solucionado o caucionado el crédito en favor del inquilino o tenedor. Si el derecho de que se trata se reconoció al momento de verificarse la entrega del bien al actor, bien que allí se hubiere determinado el importe o haya sido necesario el trámite de la articulación, lo conducente y más práctico es *suspender* la diligencia hasta tanto se demuestre por el obligado que el derecho del beneficiado fue satisfecho o garantizado.

Procediendo en la forma que se acaba de indicar, se consulta mejor la economía procesal y se evita el seguimiento de un nuevo juicio de tenencia, tal como parece que eventualmente pudiera ocurrir, según lo dispone el artículo 1.115 del C. J., en su última parte.

Para terminar, como lo anota Hernando Morales, con fundamento en una jurisprudencia del H. Tribunal de Bogotá, debe tenerse en cuenta que la regulación del valor de la indemnización por concepto de mejoras, expensas, etc., no puede servir de título ejecutivo al beneficiado con el derecho de retención reconocido. La regulación no tiene por objeto la condenación a un pago en favor de determinada persona y en contra de otra, sino el de estimar su precio, para poder ejercitar el derecho de retención sobre la cosa dada en tenencia, pero en manera alguna puede alegarse que dicho valor pueda exigirse mediante la acción ejecutiva.

59).—*El Good Will como mejora*. La misma expresión "good will como mejora", despierta cierto interés para quienes se ocupan

(16) Ramón Gómez Cuéllar, ob. cit., pág. 269.

de la investigación científica de los temas jurídicos, mucho más cuando hoy se habla con insistencia de la comercialización del derecho civil.

Aunque este inquietante tópico del derecho corresponde al ámbito del derecho comercial, no está por demás consignar aquí algunas inquietudes acerca del "good will", máxime cuando los conflictos que de él puedan surgir corresponden en su conocimiento a los Jueces Civiles, por cuanto aún no se ha reglamentado lo relativo al funcionamiento de los "Tribunales de Comercio", autorizados por la Reforma Constitucional de 1.945. (17).

Como se sabe, ni el Código Civil ni el de Comercio contienen una disposición que haga alusión directa al good will como mejora, expresión que tiene su equivalente en el "aviamiento" italiano, "achalandage" del derecho francés y "llave" en las legislaciones Argentina y Chilena, vocablos todos dirigidos a significar el buen crédito o plusvalía del establecimiento comercial.

El problema del good will como mejora, en varias ocasiones ha sido planteado ante los estrados judiciales como fundamento de oposición al cumplimiento de las sentencias de lanzamiento, sin que aún el criterio sobre este punto sea uniforme. Jueces ha habido que lo han reconocido como fundamento de la oposición, mientras que otros han proveído, no desconociendo o rechazando el derecho alegado sino remitiendo al reclamante a la acción subsidiaria del enriquecimiento indebido. O mejor, han desechado la oposición alegada con fundamento en el derecho a tal indemnización, no por desestimación del derecho sino por la improcedencia de la vía procedimental adoptada.

El good will o aviamiento, como lo llama el proyecto de Código de Comercio, interesaba anteriormente como materia de especulación doctrinaria, pues el legislador sólo por aspectos fiscales y contables se había referido a él. Mas hoy, su estudio requiere una mayor atención ya que el excelente proyecto de código de comercio, en su artículo 31, lo considera y regula como uno de los elementos integrantes del establecimiento de comercio. Si a lo anterior se agrega que como un gran número de locales destinados al comercio no son de propiedad del comerciante o empresario, los conflictos entre arrendador y arrendatario, en relación con este intangible, pueden crecer de número como de hecho aumentan, y que acerca de ellos tendrá que proveer la justicia, la cuestión del good will no deja de tener un gran interés.

(17) Art. 69 del Acto Legislativo N° 1 de 1945, correspondiente al 169 de la actual codificación constitucional.

Gabino Pinzón, uno de los distinguidos juristas que tomaron parte en la redacción del Proyecto aludido, se expresa así refiriéndose al good will:

"El aviamiento, sea que se le considere objetiva o subjetivamente, representa la mayor o menor aptitud de la hacienda (establecimiento de comercio) para alcanzar su finalidad de lucro y actúa como una verdadera "fuerza de inercia que lleva implícita la hacienda". Es según expresión de ESCARRA, una calidad virtual o potencial del establecimiento de comercio, que permite el acrecentamiento del volumen de sus negocios y que, más que en el factor personal que representa el propietario del mismo, se funda especialmente en la situación del establecimiento y en sus factores objetivos". Para la Corte de Casación Italiana, "consiste el aviamiento en la expectativa de beneficios futuros fundada sobre el conjunto de los elementos materiales o inmateriales que integran la hacienda" (18).

No sin antes observar lo ajeno que resulta al trabajo la insistencia en torno a tan interesante tema, es bueno concluir esta nota al margen sobre el good will con un aparte de la exposición de motivos del ya citado proyecto de Código de Comercio, ya que él puede servir para la formación de un criterio más definido acerca de la viabilidad de la alegación de este intangible como mejora en los juicios de lanzamiento, relativos a locales destinados a establecimientos de comercio.

Así se lee en la exposición de motivos: "La Comisión siguiendo muy de cerca el decreto francés de 1.953 ha propuesto, como parte integrante de su proyecto sobre esta materia, una serie de preceptos destinados a regular las relaciones entre los propietarios y arrendatarios de los locales ocupados con establecimientos de comercio. Porque es indudable que quien ha acreditado un establecimiento de comercio y creado en torno a él una clientela que se orienta más por el local ocupado que por cualquiera otra circunstancia, ha creado uno de los elementos inmateriales que incrementan el rendimiento o la productividad de toda empresa. Y ese elemento, que es a veces tan valioso que sirve de motivo para el cobro de primas cuantiosas por la cesión de un local, no es fruto de la actividad del propietario sino de la del arrendatario; por eso es digno de protección en quien lo ha creado, y no es justo que sea el mismo propietario el que se beneficie con él, recaudando primas por privar de ese derecho al in-

(18) José Gabino Pinzón, DERECHO COMERCIAL, Vol. I, pág. 149. Editorial Temis, 1957.

quilino, por convertirse, casi siempre, en instrumento o aliado de la competencia desleal, que generalmente utiliza estos medios para aprovechar la labor y la paciente espera de otros. Lo cual quiere decir que no es que se pretenda limitar o desconocer el derecho de propiedad del arrendador sino proteger simplemente un elemento creador de beneficios económicos que no es obra del propietario sino del inquilino, para que cada uno ejerza su derecho en la medida de lo que es suyo. La primera idea fundamental que inspira el proyecto es, pues, la de que ese elemento inmaterial de que se habla tiene toda la entidad de un verdadero objeto de propiedad privada, distinto del objeto de la propiedad del arrendador, que debe protegerse en su propietario contra cualquier *abuso del derecho* del arrendador y que para evitar que éste se *enriquezca sin causa*, aprovechando la labor de un inquilino a quien se priva de un derecho creado por él" (19).

60).—*Derecho de retención del arrendador.* El artículo 2.000 del Código Civil dispone que entre las obligaciones que incumben al arrendatario está la de pagar la renta o canon en la forma convenida y que el arrendador podrá "para seguridad de este y de las indemnizaciones a que tenga derecho, retener todos los frutos existentes de la cosa arrendada y todos los objetos con que el arrendatario la haya amueblado, guarnecido o provisto y que le pertenecen. Y, concluye el mismo artículo estableciendo una especie de presunción de propiedad de los frutos y objetos al decir que "se entenderá que le pertenecen, a menos de prueba contraria".

Para asegurar la efectividad del derecho de retención del arrendador se consignó en el Código Judicial el artículo 1.108, siendo entendido que tal disposición no autoriza retener aquellos bienes que, por ministerio de la misma ley, tienen la calidad de inembargables (art. 1.004 del C. J.).

De este derecho únicamente puede hacer uso el arrendador en el libelo de demanda, a diferencia de lo que ocurre con el arrendatario, quien, como se dijo, puede ejercitarlo o alegarlo desde la notificación del libelo hasta el momento mismo de la entrega. Si en la sentencia se reconociere al arrendador el derecho de retención, al momento del desalojo o restitución de la cosa, se dejan los objetos afectados a la retención en poder del arrendador, en calidad de secuestro; con cargo de promover dentro de los tres días siguientes la acción conducente para el logro de la efectividad del crédito. Si no la promoviere dentro

(19) Exposición de motivos del Proyecto del Código de Comercio, Tomo II, págs. 36 a 40. Publicado por el Ministerio de Justicia. 1958.

del expresado término, el secuestro se levantará, si así lo solicitare el dueño o poseedor de ellos.

A fin de no hacer ilusorio el derecho que por el artículo 2.000 se reconoce al arrendador y nugatoria la medida regulada por el artículo 1.108, algunos comentaristas propugnan porque el secuestro se autorice como medida preventiva, en la misma forma que para otra clase de juicios (20).

Gómez Cuéllar, en sus Comentarios al Código Judicial, se pronuncia así sobre el particular: "Este secuestro tiene por objeto asegurar no solamente los arrendamientos sino el valor de los deterioros causados. Como el lanzamiento no sigue inmediatamente a la notificación del libelo, el derecho de que se trata viene a ser generalmente ilusorio.

"Para subsanar la deficiencia, la Academia de Jurisprudencia en su proyecto de reformas dispone reemplazar este artículo por el siguiente: "Antes de intentarse la demanda de lanzamiento, podrá el arrendador a quien se deban sumas por cuenta del arrendamiento, promover ante las autoridades de Policía, con observancia del artículo 1.007 del Código Judicial, embargo y depósito de los muebles y objetos que se encuentren en la finca arrendada.

"El patrono u hotelero que tenga en su poder objetos que el inquilino hubiere introducido en la habitación arrendada, podrá retenerlos sin necesidad de orden expresa mientras dicho inquilino o huésped no hubiere pagado su cuenta. De cualquier reclamación sobre el particular conocerán las autoridades de Policía".

Para llegar a estas conclusiones —continúa el autor citado—, se tuvo en consideración: por una parte, que el derecho de retención de que trata el artículo 2.000 del Código Civil, no puede ejercitarse por el arrendador sino cuando efectivamente tiene en su poder los objetos sobre que pretende constituir la garantía del arrendamiento debido, como sucede en el caso del hotelero o patrono, y que, efectuándose el depósito de acuerdo con el artículo 1007 del Código Judicial, los muebles de la habitación del inquilino no son retirados de ella, sino que se dejan en su poder, bajo las sanciones impuestas a los secuestros" (21).

61).—*La cosa juzgada en los juicios de tenencia.* La institución de la cosa juzgada, materia de estudio de la teoría general del proce-

(20) Entre otros Restrepo Barrientos, González Velásquez y Ramón Gómez Cuéllar.

(21) Ramón Gómez Cuéllar, ob. cit., pág. 268.

dimiento, se ha definido en forma simple como "la autoridad y la fuerza que la ley atribuye a la sentencia ejecutoriada" (22).

Nuestro estatuto procedimental, regula lo relativo a la cosa juzgada en los artículos 17 del Código Civil y 473 y 474 del Código Judicial, preceptos de acuerdo con los cuales, la sentencia en firme dada en materia contenciosa tiene la fuerza de cosa juzgada y hace absolutamente nula cualquier decisión que le sea contraria, pronunciada en el mismo asunto y entre las mismas partes.

Para que la cosa juzgada surta efectos en otro juicio, se requiere que la nueva demanda tenga el mismo *objeto* y se funde en las mismas *causas* que la primera, y que haya identidad jurídica entre las personas de los litigantes.

Se entiende que hay identidad jurídica de personas, siempre que las partes en el segundo pleito sean causahabientes a título universal de las que figuran en el primero, o a título singular por legado o enajenación efectuada con posterioridad al registro de la demanda, si se trata de inmuebles, o a la notificación de ésta si de muebles. Hay también identidad de personas en los casos de obligaciones solidarias o indivisibles (v. artículo 233 C.J.).

La doctrina anterior que es la norma general, no puede aplicarse en toda su extensión a las sentencias dictadas en los juicios de tenencia, pues, como se verá la regla sufre una excepción en tratándose de juicios de lanzamiento, ya que si se desestima la acción instaurada con fundamento en hechos susceptibles de repetición posterior al pronunciamiento del fallo, se puede instaurar de nuevo la misma acción y por idénticos motivos, sin que el demandado pueda excepcionar con fundamento en el artículo 473 del Código Judicial.

En forma clara y precisa se expresa así el Profesor Antonio J. Pardo, al tratar este tema:

"Creemos que cuando la causa jurídica de la acción no tiene el carácter de inmutable o fija, como sucede con la demanda de dominio o reivindicación, en que el fundamento viene a ser el derecho de propiedad, sino que consiste en hechos que pueden repetirse, subordinados a condiciones de tiempo, modo y lugar, desechada una demanda con base en determinado motivo jurídico, posteriormente se puede ejercitar la misma acción, alegándose el mismo fundamento, si este consiste en sucesos posteriores a la primera sentencia, sin que se pueda alegar la excepción de cosa juzgada.

(22) Eduardo Pallares, DICCIONARIO DE DERECHO PROCESAL CIVIL, Editorial Porrúa, México, 1960.

"Esta situación se presenta, por ejemplo, en la acción de divorcio de matrimonio civil, o de separación de bienes, o de tenencia o lanzamiento del arrendatario".

Luego cita el autor el caso del inquilino que nuevamente incurre en mora, después de haber sido absuelto por cuanto acreditó el pago de todos los cánones, y considera que en tal evento no existiría óbstatulo alguno para que, con base en la misma causal, se le demande en acción de lanzamiento. Y agrega, que en este ejemplo "aunque existe identidad de causa desde el punto de vista legal, o sea, en cuanto a su denominación en concreto, los fundamentos son distintos porque se basan en hechos ocurridos en diferentes épocas. No es lo mismo, concluye, el no pago del arrendamiento en 1.946 que el desconocimiento de la misma obligación por el inquilino en 1.947, y de allí que falte la identidad en las causas jurídicas de las dos acciones, elemento indispensable para que exista la cosa juzgada" (23).

62).—*Acción para el cobro de cánones adeudados.* En nuestro ordenamiento positivo procesal, al contrario de lo que ocurre en el Uruguay y en otros países, no aparece cual sea el procedimiento que ha de seguirse para el cobro de las rentas adeudadas, por concepto de arrendamientos.

El artículo 21 de la ley 8.153 de 1.927 del Uruguay, autoriza la deducción conjunta en una misma demanda de las acciones de desalojo y la de cobro ejecutivo de alquileres. Conforme a dicho precepto, en el auto que admita las demandas acumuladas se decretará el embargo de bienes embargables del deudor, con preferencia de aquéllos sobre los cuales pueda ejercitarse el derecho de retención.

Se admite también, en aquel ordenamiento, el embargo preventivo de bienes, en caso de que se acredite sumariamente que el arrendatario o inquilino trata de distraer los bienes que sirven de prenda al acreedor-arrendador.

Perfeccionado el embargo e intimada (notificada) la orden de lanzamiento, se seguirán por cuerdas separadas los procesos de ejecución y desalojo, adoptando cada cual sus trámites propios.

Como se anotó, ni el código judicial ni leyes especiales han previsto un procedimiento distinto del ordinario para el cobro de alquileres adeudados. Algunos jueces, con fundamento en doctrinas de la H. Corte Suprema de Justicia, le han reconocido mérito de título ejecutivo al contrato de arrendamiento, debidamente reconocido y adi-

(23) Antonio J. Pardo, ob. cit., Tomo I, pág. 454.

cionado con un juramento estimatorio de la deuda y las copias de las sentencias de lanzamiento y acta de entrega.

Aunque nos quedan algunas dudas acerca de que los documentos anunciados constituyan por sí solos la unidad jurídica del título ejecutivo, exigida por el artículo 982 del C. de P. C. y que la ley en parte alguna autorice el juramento estimatorio, como sí lo hace para el caso de que la causa jurídica de la obligación consista en perjuicios (arts. 625, 987, 988 y 995 del C. J.), amén de la generalización de esta tesis, es lo cierto que el procedimiento seguido está respaldado con la doctrina de la entidad rectora de la jurisprudencia nacional que, si bien no es de obligatoria observancia, nuestra tradición jurídica la ha acatado siempre.

Así se expresa sobre el particular la H. Corte:

“Demostrada la existencia de la obligación, le corresponde al demandado probar que ella se ha extinguido por solución o pago efectivo, o por cualquier otra causa legal, conforme al principio establecido por el artículo 1.757 del C. C. A este respecto la Corte, analizando la naturaleza del contrato de arrendamiento, ha sostenido: “Aunque el contrato de arrendamiento es bilateral, cumplida por el arrendador la obligación inicial de entregar la cosa arrendada, el da acción ejecutiva para el cobro de los cánones que adeuda el arrendatario, según afirmación del arrendador, siempre, se entiende, que el documento haya sido reconocido por el deudor, y este no pruebe que el arrendador dejó de cumplir las demás obligaciones de su incumbencia. Cuando se demanda el pago de los cánones que adeuda el arrendatario, conviene anotar que, para acreditar la existencia de la deuda, no incumbe al arrendador probar que el arrendatario no pagó los cánones a que se contrae la demanda o cobro, una vez que los hechos negativos de negación absoluta, no son susceptibles de prueba (prueba directa). Bástale al arrendador afirmar que no se le han cubierto los arrendamientos correspondientes a determinado lapso para que haya de presumirse verdadero tal hecho, en tanto que el arrendatario no presente prueba del hecho afirmativo del pago” (24).

NOTA: El anterior estudio hace parte de la tesis de grado titulada: Juicios de Tenencia y Control de Arrendamientos, presentada por el autor para obtener el título de Abogado en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia.

(24) Gaceta Judicial, Tomo XXXVI, 139 y LXXXII, 414.

## LA PERSONA INDIVIDUAL EN LAS COYUNTURAS HISTORICAS

B. MANTILLA PINEDA.

Este ensayo pretende indagar breve y sucintamente, como conviene a la naturaleza del ensayo literario, el *status* jurídico de la persona individual en las coyunturas históricas de la cultura occidental. En los últimos quinientos años, la persona individual ha atravesado por varios momentos críticos decisivos para su propia vigencia o para su situación misma en el orden jurídico y social. Las coyunturas históricas a las cuales hacemos alusión son demasiado conocidas y llevan por nombre: Renacimiento, Reforma, Ilustración o Iluminismo, Revolución francesa y Estatismo. El derecho y, en consecuencia, las instituciones jurídicas fundamentales, no podían pasar ilesas en medio de tantos cambios que han afectado a la raíz de la vida social y cultural y del hombre occidental.

Siendo la persona individual el sujeto genuino de la historia y el punto de convergencia de cualquier tipo de ordenamiento jurídico, es apenas lógico que la escojamos como el paradigma de las instituciones jurídicas más afectadas por los cambios operados en las coyunturas históricas.

## I—EL RENACIMIENTO O EL ENCUENTRO DEL HOMBRE CONSIGO MISMO.

A la creencia ingenua y alegre del Renacimiento como "el auge del individualismo, el despertar del afán de belleza, la cruzada triunfal de los placeres mundanos y de la dicha de vivir, la conquista de la realidad terrenal por el espíritu, la vuelta al goce de vida de los paganos, el triunfo de la conciencia de la personalidad en sus relaciones naturales con el mundo",<sup>1</sup> siguió la actitud escéptica y crítica que lo disolvió en infinidad de interrogantes acerca del tiempo y lugar, del contenido y extensión. No es raro que todavía nos preguntemos qué es el Renacimiento.

Pierre Bayle definía el Renacimiento como una renovación de las artes y las ciencias en Italia, gracias a la inmigración de los griegos a la caída de Constantinopla. Voltaire, en *El siglo de Luis XIV*, miraba el Renacimiento como una de las cuatro edades felices de la historia, inferior por supuesto a la del Rey Sol, que glorificara sobremanera. En el *Ensayo sobre las costumbres y el espíritu de las naciones*, prototipo de la moderna historia de la cultura, entrevé Voltaire la significación del Renacimiento, pero aún envuelta en la superficialidad. Jules Michelet atribuía al Renacimiento dos grandes hazañas: *la découverte du monde, la découverte de l'homme*. Es aquí en Michelet y no en Voltaire, donde hay que buscar el germen de la gran obra de Jacob Burckhardt sobre la cultura del Renacimiento en Italia.

En *Desarrollo del Individuo*, segunda parte de la obra de Burckhardt, leemos: "En la contextura de estos Estados, tanto Repúblicas como tiranías, reside, no sólo la única, sino la más poderosa razón de este temprano desarrollo que hace del italiano hombre moderno. De esto depende el que tuviera, necesariamente, que ser el primogénito entre los hijos de la Europa contemporánea. Durante los tiempos medievales, ambas caras de la conciencia —la que se enfrenta al mundo y la que se enfrenta a la intimidad del hombre mismo— permanecían, soñando o semidespiertas, como cubiertas por un velo común. Este velo estaba tejido de fe, cortedad infantil e ilusión; el mundo y la historia aparecían a través de él maravillosamente coloreados y el hombre se reconocía a sí mismo sólo como raza, pueblo, partido, corporación, familia u otra forma cualquiera de lo general. Es en Italia donde por vez primera se desvanece en el aire este velo. Despierta una consideración objetiva del Estado y con ella un manejo objetivo

de las cosas del Estado y de todas las cosas del mundo en general. Y al lado de esto, se yergue, con pleno poder, lo *subjetivo*; el hombre se convierte en *individuo* espiritual y como tal se reconoce".<sup>2</sup>

No hemos de ver en la concepción de Burckhardt una exaltación unilateral de la individualidad. La Baja Edad Media conoció y practicó en el campo político la individualidad, la igualdad y la libertad, pero no manifestó aquella aptitud y riqueza de individualidades en las más diversas empresas del hombre: las artes, las ciencias, los descubrimientos, los negocios, la política y el Estado. "La libertad política en la Edad Media significaba, según A. J. Carlyle, en primer lugar, la supremacía del derecho, derecho que era expresión de los hábitos de vida de la comunidad y también de la voluntad de la misma; pero no era sólo esto. Porque en la Edad Media se había ido desarrollando una forma o método para expresar la voluntad de la comunidad, a saber, el sistema de representación, adaptado no sólo a las ciudades pequeñas, sino también a los Estados nacionales que estaban tomando forma lentamente".<sup>3</sup> En verdad, el hombre sólo se reconocía a sí mismo como comunidad.

Visto el Renacimiento de manera amplia, incluye, junto a la renovación de las artes y las ciencias, transformaciones políticas, sociales y jurídicas de vasto alcance histórico; en lo político aparece la necesidad de centralización y la exaltación del espíritu nacional; en lo social, la separación de clases; y en lo político, la extensión del derecho escrito. El orden estamental, basado en la tradición y la costumbre, se disolvió en Italia antes que en otro país de Europa, dejando en libertad al individuo para señalarse su propio destino y su puesto en la nueva sociedad. Primero el pujante urbanismo y luego el Renacimiento, crearon un orden social nuevo. "Bajo la influencia del capital, dice Henri Pirenne, el límite entre las clases jurídicas, que en otros sitios permanece tan acusado, en Italia se acentúa hasta el punto de casi desaparecer en el transcurso del siglo XIII. Se crea una aristocracia para la cual la condición social tiene mayor importancia que la sangre y en la que el valor individual triunfa sobre el prejuicio del nacimiento. La vida social está más matizada, la vida política es más individual, la ambición de cada uno tiene más perspectivas ilimitadas; hay menos convencionalismos, menos prejuicios de casta, más humanidad y también más pasiones".<sup>4</sup> El status de la persona individual ha cambiado fundamentalmente. Esto es lo esencial.

## II—LA REFORMA O LA INVIOLABILIDAD DE LA PERSONA INDIVIDUAL.

Pierre Bayle, Jules Michelet, Jacob Burckhardt, Funck Brentano y muchos otros historiadores y filósofos, han considerado al Renacimiento y la Reforma como movimientos íntimamente entrelazados, fraternos, paralelos y afines. Por el contrario, Ernst Troeltsch, sin desconocer ni negar las conexiones históricas entre Renacimiento y Reforma, subraya la diferencia radical entre ambos movimientos. El uno y la otra apuntaban a objetivos distintos y si se quiere, antitéticos.

Es necesario recordar aquí a E. Troeltsch, porque él nos ofrece un concepto general empírico-histórico del protestantismo, que supera las controversias entre apologistas y enemigos acérrimos de la Reforma. Unos ven en el protestantismo la renovación y cimentación del verdadero orden de vida y otros la pura disolución. Para Troeltsch *las cosas no son tan sencillas*. "El viejo y genuino protestantismo del luteranismo y del calvinismo representa, como manifestación total, y a pesar de su doctrina de salvación anticatólica, una *cultura eclesial* en el sentido de la Edad Media y trata de ordenar el Estado y la sociedad, la educación y la ciencia, la economía y el derecho según los criterios sobrenaturales de la revelación. Pero, desde fines del siglo XVII, el protestantismo moderno ha entrado en el terreno del Estado, que admite una paridad religiosa o que es religiosamente indiferente, y ha transferido en principio la organización religiosa y la formación de la comunidad religiosa a la espontaneidad y a la convicción personal, reconociendo fundamentalmente la diversidad de convicciones y comunidades religiosas que conviven unas junto a otras... El viejo protestantismo se distinguiría también, claramente, de aquellas formaciones históricas que aparecen junto a él y que sólo el protestantismo nuevo ha acogido en mayor o menor grado, pero que se distinguían íntimamente del viejo protestantismo y tuvieron su propia acción histórica, a saber, la teología *humanista*, histórico-filológico-filosófica, el *baptismo* sectante y libre de iglesia y el *espiritualismo* plenamente individualista y subjetivo... Todos estos grupos ofrecen una conexión en su raíz, la personalización de la religión y la estimación de toda fe por el rasero de la Biblia".<sup>5</sup>

En lo que a nuestro tema atañe, Troeltsch ofrece interesantes conclusiones. En el campo del derecho penal, el protestantismo ha mantenido la vieja justicia bárbara y hasta la ha sancionado por su parte con la idea del pecado original y la de la autoridad del Dios de

justicia. En el derecho civil no ha hecho innovaciones de principio. Sus innovaciones se manifiestan mejor en el derecho estatal. Al protestantismo se deben el principio del derecho a la resistencia, la forma y constitución del Estado, la democracia representativa, los derechos del hombre y la libertad de conciencia.

Dos juristas italianos de primer orden, ajenos por completo a las controversias religiosas y a los intereses confesionales, han destacado de manera elocuente la significación jurídica de la libertad de conciencia para el mundo moderno. Son ellos Gioele Solari y Guido de Ruggiero. "El movimiento protestante, al sostener la interioridad y la espontaneidad del sentimiento religioso poniendo al hombre en relación directa con Dios, dice Solari, favorecía la emancipación del individuo y de sus derechos de conciencia de toda ingerencia de autoridad religiosa o civil, y no dejó de tener una influencia directa y decisiva en sentido individualista, sobre el desarrollo de las doctrinas jurídicas y políticas".<sup>6</sup>

Y Guido de Ruggiero anota: "El alzamiento contra una tradición religiosa, no surge entonces —en la Reforma protestante— de necesidades y de impulsos separados en cierto modo de la personalidad humana, sino de esta misma personalidad. No empuja a los reformados, en su lucha contra la Iglesia y contra el brazo secular, una esperanza hacia beneficios externos, sino el amor hacia aquello que es bueno por sí mismo. Son otras las fuerzas espirituales que sostiene y estimula: la fe y el libre examen. La fe es confianza ilimitada en Dios, pero es al mismo tiempo confianza en sí mismos, como ministros del Dios verdadero. El libre examen, significa libre interpretación de las Sagradas Escrituras, pero significa, a la vez, libre interpretación de las propias facultades y aptitudes... La libertad más ilimitada de la religión es a mis ojos un derecho sagrado... Vista en su fuente original, la libertad de conciencia es una reivindicación esencialmente protestante, que implica la negación de una autoridad eclesiástica superior a la conciencia del individuo".<sup>7</sup>

La creencia en el libre examen, en la salvación por la fe, en el sacerdocio universal, pero sobre todo en la libertad religiosa y el derecho de resistencia, porque es necesario obedecer a Dios antes que a los hombres, doctrinas comunes a las diversas confesiones protestantes, han contribuído poderosamente a la formación del derecho de la inviolabilidad de la persona individual.

### III—LA ILUSTRACION O LA EMANCIPACION PLENA DE LA PERSONA INDIVIDUAL.

Iluminismo inglés, ilustración francesa y *Aufklärung* alemana, son nombres distintos de un mismo fenómeno cultural: la *madurez de la razón*. A pesar de las guerras religiosas y demás calamidades públicas, las ciencias y las artes crecían y progresaban como nunca antes. Un optimismo inusitado excitaba las mentes y corazones de los hombres en las naciones más civilizadas de Europa. Era la época de Newton y Descartes, de Hobbes y Locke, de Pascal y Bayle. Era el siglo del genio. La fe en la razón inicia su existencia en Inglaterra y se difunde por Francia y Alemania. Consciente del cambio que se operaba entonces, D'Alambert escribe en la *Enciclopedias* "Nuestra época gusta de llamarse la *época de la filosofía*". Es el conocimiento racional que descubre verdades nuevas, descubre el velo de misterio que oculta la naturaleza y alumbró el camino de la vida, lo que embriaga de entusiasmo al filósofo y al hombre de la calle del siglo de las luces.

*Was ist Aufklärung?* pregunta Kant y se contesta: "La ilustración es la liberación del hombre de su culpable incapacidad. La incapacidad significa la imposibilidad de servirse de su inteligencia sin la guía de otro. Esta incapacidad es culpable porque su causa no reside en la falta de inteligencia sino de decisión y valor para servirse por sí mismo de ella sin la tutela de otro. *Sapere aude!* Ten el valor de servirte de tu propia razón! He aquí el lema de la ilustración".<sup>8</sup>

El hombre del siglo de las Luces no ahogó sus sentimientos religiosos, morales y jurídicos en el escepticismo provocado por las contradicciones de las religiones, las morales y los derechos positivos, sino que buscó mediante la razón la *religión natural*, la *moral natural* y el *derecho natural*. Natural significaba racional, porque la naturaleza era racional y la razón era natural. La expresión naturaleza en el siglo de las Luces, anota Cassirer, no hace referencia a un ser de las cosas sino al origen y fundamento de verdades. Pertenecen a la *naturaleza* sin perjuicio de su contenido todas las verdades capaces de fundarse de manera puramente inmanente; que no necesitan de ninguna revelación trascendente sino que son ciertas y luminosas por sí mismas. Semejantes verdades se reclaman, no sólo para el mundo físico, sino también para el mundo ético-espiritual, pues son ellas las que los hacen verdaderos mundos, *cosmos* que descansan sobre sí mismos y tienen dentro de sí su centro de gravedad".<sup>10</sup>

En cuanto al problema del derecho, la ilustración no se detuvo en la consideración del derecho histórico, positivo, sino que volvió

insistentemente al *derecho que ha nacido con nosotros*. Paradigma de esta tendencia es sin duda Hugo Grocio, adelantándose una centuria. El derecho natural es la recta razón humana, que valdría aun en la hipótesis de que Dios no existiera. Por un lado, afirma la autonomía del derecho frente a la teología, y por otro demarca claramente la esfera del derecho frente al poder estatal.

Con Grocio tuvo origen la escuela del derecho natural que habría de prolongarse con variantes accidentales o sustanciales en Francia con Montesquieu, Diderot, D'Alambert, Voltaire y Rousseau, y en Alemania con Pufendorf, Christian Tomasio, Wolf y Kant. El derecho natural arraigó también como doctrina propia en los grupos religiosos no conformistas de Inglaterra y las colonias inglesas de Norte América. En ambos lados del Atlántico llevó a cabo una misión crítica e innovadora. Fustigó los errores y vicios de la administración pública y de la administración de justicia por una parte, y preparó el advenimiento de la independencia y la revolución, del derecho constitucional y de las repúblicas modernas, por otra.

En un párrafo admirable, ha compendiado Gustavo Radbruch la obra imperecedera del derecho natural. "Abrió a la humanidad los ojos acerca de sus cadenas, enseñándola así a sacudírselas. Combatió, en nombre del inalienable derecho humano de libertad, la servidumbre a la gleba y el vasallaje de los campesinos, la sumisión de la mujer casada al egoísmo del marido, el cautiverio del hombre de la ciudad en la jaula de oro de los gremios; minó el absolutismo de los gobiernos y los señoríos patrimoniales heredados del feudalismo, y combatió con las armas de la seriedad y de la burla el esclavizamiento de la libertad de los espíritus por las iglesias. Salvaguardó a la personalidad contra la arbitrariedad de los abusos policíacos y proclamó la idea del Estado de Derecho; corrigió fundamentalmente el derecho penal, al combatir la justicia basada en la arbitrariedad y establecer determinados tipos de delito; eliminó, como incompatibles con la dignidad humana, las penas corporales de mutilación, acabó en el procedimiento criminal con el tormento y persiguió a los perseguidores de brujas".<sup>11</sup>

#### IV—LA REVOLUCION FRANCESA O LA DECLARACION DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE Y DEL CIUDADANO.

La independencia de Estados Unidos, la revolución francesa y la independencia de las colonias españolas de América, pertenecen a un mismo proceso de transformación social estimulado en gran parte

ideológicamente por el derecho natural. Las causas y los ideales de estos movimientos coinciden en líneas generales, pero las circunstancias en que se producen y los resultados son completamente distintos. Se puede hablar de un mismo impulso de libertad y renovación bajo el símbolo del derecho y la justicia en ambientes sociales y culturales muy diferentes. Por su trayectoria histórica y por su importancia en la política mundial, la revolución francesa se convirtió naturalmente en el prototipo revolucionario.

“Las Revoluciones, las verdaderas revoluciones, que no se limitan a cambiar las formas políticas y el personal burocrático, pero que transforman las instituciones y remueven la propiedad, caminan largo tiempo invisibles antes de manifestarse en el gran día bajo el efecto de cualesquiera circunstancias fortuitas”.<sup>12</sup> Así empieza Albert Mathiez su historia de la Revolución francesa y pasa luego a describir la crisis del antiguo régimen basado en la propiedad feudal, en el mayorazgo, en los privilegios, en la nobleza palaciega y militar y en la organización administrativa y judicial arcaica. El huracán revolucionario venía de lo alto. Francia era una de las naciones más cultas de la tierra y su economía registraba todos los signos de la prosperidad. “No fue en un país empobrecido, antes por el contrario en un país floreciente, en pleno ascenso, que estalló la Revolución”.<sup>13</sup>

La revolución transformó el Estado francés; de monarquía absoluta a monarquía constitucional, primero, y de ésta a república, después. Transformó la administración pública y la administración de justicia. Abolió los privilegios. Instituyó la libertad y los derechos del hombre y el ciudadano. Creó “el ciudadano igual en derechos, el *citoyen* y no el burgués”, como ha dicho Alfred Weber.

Jorge Jellinek, en un estudio de historia constitucional moderna muy conocido ahora, ha trazado la genealogía puritana y jusnaturalista de la declaración de los derechos del hombre y el ciudadano, subrayando la prelación histórica de las declaraciones norteamericanas. El proceso revolucionario era el mismo. Acá, en la América española, el prócer colombiano don Antonio Nariño tradujo, imprimió y propagó la declaración francesa. El mundo occidental estaba sacudido entonces por la profunda emoción que produjeron las ideas de libertad, igualdad y fraternidad. La persona individual ganaba una nueva batalla en su devenir histórico para extender los beneficios del derecho y la justicia a todo el universo.

La orientación individualista del derecho constitucional revolucionario tuvo su repercusión en la esfera del derecho civil. “La afirmación

de los derechos del hombre proclamados por la nueva conciencia jurídica, dice G. Solari, implicaba la renovación de los fundamentos del derecho privado. Todas las reformas civiles que se sucedieron en el período revolucionario, quisieron ser, en la intención del legislador, la realización de los tres grandes principios de la libertad, de la propiedad y de la igualdad en las relaciones domésticas y civiles, aunque en la práctica representaban su violación".<sup>14</sup> Correspondería al *Code civil* realizar la idea individual en las relaciones civiles de acuerdo con los principios de la escuela liberal, consagrados en la Declaración de 1789.

## V—LIBERALISMO Y SOCIALISMO O LA GRANDEZA Y DECADENCIA DE LA PERSONA INDIVIDUAL.

El liberalismo es biforme si no multiforme. Generalmente se ve en él "un concepto difuso basado en la confianza que se deposita en el libre juego de la libertad y que escapa a todo intento de definición".<sup>15</sup> Por su misma esencia no puede consistir en una doctrina dogmática, ni en una confesión de fe fácil de compendiarse en preguntas y respuestas de catecismo. Tampoco hay que exagerar su espontaneidad y ductilidad. Como cualquiera otra convicción política o forma de pensamiento, adquiere expresiones propias de una época o de una nacionalidad, sin claudicar de su espíritu y de sus principios fundamentales. Así la historia del liberalismo registra las modalidades del liberalismo inglés, o del liberalismo francés, o del liberalismo español, si se trata de modalidades nacionales, y del liberalismo del siglo XIX o del liberalismo del siglo XX o mejor neoliberalismo, si se refiere a su devenir histórico.

El liberalismo es bifronte en mi concepto, porque ha tomado actitudes concretas y ha expresado ideas específicas respecto del poder político y de la actividad económica. De ahí que sean perfectamente distinguibles los aspectos del liberalismo político y del liberalismo económico. La confusión no reside en el objeto liberalismo, sino en el sujeto que lo conoce y lo valora. Hay una diferencia respetable entre el lenguaje de los genuinos liberales como José Ortega y Gasset, Benedetto Croce o Guido de Ruggiero, y los seudoliberales. Es posible también que los historiadores de las ideas se inclinen más hacia el liberalismo económico que hacia el político. Es lo que le ocurre, por ejemplo, a Harold J. Laski en su libro *El liberalismo europeo*, libro muy meritorio por otros aspectos.

Como ideología política, el liberalismo es la respuesta a la pregunta cómo se debe gobernar. El poder no debe ejercerse de cualquier manera ni en forma despótica. El liberalismo quiere contrarrestar la tendencia del gobernante a abusar del poder. Una eterna experiencia, según Montesquieu nos enseña que el que tiene el poder tiende a abusar de él. El liberalismo quiere por un lado limitar el poder del Estado y afirmar el valor del individuo por otro. Ortega y Gasset ha expresado este principio liberal de modo elocuente. "El liberalismo, dice, es el principio de derecho político según el cual el poder público, no obstante ser omnipotente, se limita a sí mismo y procura, aun a su costa, dejar hueco en el Estado que él impera para que puedan vivir los que ni piensan ni sienten como él, es decir, como los más fuertes, como la mayoría".<sup>16</sup>

Como doctrina económica, el liberalismo procede del círculo de pensadores ingleses que se llamaron Adam Smith y David Ricardo. Su tesis central se contiene en la frase tan citada: *laissez faire, laissez passer*. El significado exacto de esta frase escapa tanto a los partidarios como a los opositores. Ambos contrincantes se han enfrascado en la idea de la no intervención del Estado en materia económica, olvidando a menudo el significado histórico concreto que le dió origen y justificación. El liberalismo es en su más íntima entraña la condenación de la opresión política de un lado y de la exclusividad económica de otro. Como todo movimiento que brota de necesidades vitales sean en el orden del instinto o de la inteligencia, exageró sin duda su fuerza libertaria y dió margen en lo político a debilidades rayanas en la anarquía y en lo económico a la ley de bronce o en el peor de los casos a la ley del más fuerte, según la cual el pez grande se come al pequeño. En ambos casos el liberalismo caía en los errores y los vicios que justamente habían motivado su existencia, es decir, la degeneración de la persona individual que se produce o por el despotismo o por su contrario el anarquismo, y la expoliación de unos hombres por otros, que es la negación de la igualdad.

Al liberalismo se le acusa desde Marx y Engels de ser la causa de la desigualdad creciente y de la polarización de la sociedad en dos sectores antagónicos. Se le acusa también de ser esencialmente una doctrina del egoísmo humano en grado máximo. El ataque al liberalismo es frontal y global, es decir, sin distinguir matices políticos, económicos y filosóficos. Para los apologistas del socialismo ha sido muy fácil acumular sobre el liberalismo todas las disarmonías y conflictos sociales. El socialismo se creyó sin pecado y pudo lanzar sobre

el liberalismo la primera piedra. Empero el liberalismo es un fenómeno muy complejo y mucho más compleja la época que se cree forjada por él. Así lo reconoce un socialista como Harold J. Laski. Su análisis es imposible bajo la exaltación sentimental y la ceguera del fanatismo ideológico.

El siglo XIX fue el siglo del triunfo del liberalismo. Ofreció al mundo y la historia un espectáculo de paz durante cuarenta años más o menos. Su declinación comenzó con el siglo XX y la primera guerra mundial señaló el punto límite de su avance y caída. En 1917 se produce la primera gran revolución socialista y el nacimiento de un Estado socialista. A partir de entonces se difunde en el mundo una marcada tendencia socializante. En las mentes juveniles sobre todo se ha vuelto una moda la ideología socialista, que ya no es ni tan nueva ni tan salvadora. Con el advenimiento de las revoluciones se produce el fenómeno paradójico observado y estudiado por K. Mannheim del paso de una utopía a una topía que engendra una nueva utopía.

La primera mitad del siglo XX ha sido catastrófica para la persona individual. En la Italia facista, en la Alemania nazi y en los países que proclaman la revolución marxista-leninista, la persona individual fue sometida en absoluto a los fines políticos de las agrupaciones dominantes. En nombre de la nación, de la raza o del proletariado, se llevaron a cabo delitos de lesa humanidad. Al terminar la segunda guerra mundial y organizarse la ONU, hubo necesidad de volver por los fueros de la persona humana. Para alcanzar tal fin las Naciones Unidas procedieron, en diciembre de 1948 en París, a proclamar solemnemente la *Declaración Universal de los Derechos del Hombre*. La declaración formal sin duda no basta. Corresponde a cada Estado signatario convertir en realidad viviente ese bello ideal que se resume en el respeto del hombre por su mera dignidad de hombre.

#### BIBLIOGRAFIA

- 1—Huizinga, J.: El concepto de la historia y otros ensayos, p. 101, F. C. E., México 1942.
- 2—Burkhardt, Jacob: La cultura del Renacimiento en Italia, p. 111, Editorial Losada, Bs. Aires, 1944.
- 3—Carlyle, A. J.: La libertad política, ps. 32-3, F. C. E., México, 1942.
- 4—Pirenne, Henri: Historia de Europa, p. 228, F. C. E., México, 1942.

- 5—Troeltsch, E.: El protestantismo y el mundo moderno, p. 39 y 41, F. C. E., México, 1951.
- 6—Solari, Gioele: Filosofía del derecho privado, vol. I, p. 3, Editorial Depalma, Bs. Aires, 1946.
- 7—De Ruggiero, Guido: Historia del liberalismo europeo, ps. XVII y XVIII, Ediciones Pegaso, Madrid, 1944.
- 8—Kant, M.: Filosofía de la historia, p. 25, El Colegio de México, 1941.
- 9—Kant, M.: Op. cit., p. 35.
- 10—Cassirer, E.: La filosofía de la ilustración, p. 232, F. C. E., México, 1943.
- 11—Radbruch, G.: Introducción a la filosofía del derecho, p. 112, F. C. E., México, 1951.
- 12—Mathiez, Albert: La Revolution Francaise, vol. I, p. 1, Collection Armand Colin, Paris, 1946.
- 13—Mathiez, Albert: Op. cit., p. 13.
- 14—Solari, G.: Op. cit., p. 183.
- 15—Xifra Heras, Jorge: Introducción al estudio de las modernas tendencias políticas, p. 83, Bosch, Barcelona, 1954.
- 16—Ortega y Gasset, J.: Obras completas, vol. IV, p. 191, Revista de Occidente, Madrid, 1951.

THEODORE VIEHWEE

**LA "LOGIQUE MODERNE" DU DROIT**

**LA LOGICA MODERNA DEL DIRITTO**

# LA "LOGIQUE MODERNE" DU DROIT

par Theodor VIEHWEG  
*Professeur à la Faculté de droit de Mayence.*  
(Trad. N. Paulantzas).

ENQUETE DES ARCHIVES DE PHILOSOPHIE DU DROIT  
Tome XI — La Logique du Droit 1966 Sirey, Paris p. 205

1) Quel profit les juristes peuvent-ils espérer de l'étude de la "logique moderne"? En quelle mesure, dans quelles limites trouve-t-elle application dans le droit?

2) Existe-t-il une autre "logique" qui puiserait son inspiration, notamment dans les anciennes théories de la controverse dialectique ou dans les traités de l'argumentation de la rhétorique? Dans les raisonnements des juristes, quelle part tient la déduction stricte, et quelle autre la discussion entre des opinions diverses?

Et d'autre part de quel usage peut être en logique juridique la "dialectique" au sens moderne hegelien et marxiste du mot?

Ad 1) On entend aujourd'hui par le terme de "logique moderne" la logique formelle sous la structure mathématique. On pourrait la désigner ici, d'une façon brève et dans un sens approximatif, comme "logique mathématique". Son évolution est loin d'être accomplie, et les formes particulières qu'elle revêt doivent être captées comme distinctes les unes des autres. On pourrait cependant y délimiter au moins le caractère commun suivant: la "logique mathématique" opère, suivant le modèle mathématique, par un *calcul*, à savoir par une mé-

thode formaliste; celle-ci consiste principalement dans le fait que les règles opérationnelles se rapportent exclusivement aux qualités formelles des signes employés, et non pas à leur sens (voir J. M. Bochenski, *Sormale Logik*, 1956, p. 311).

Le problème est donc le suivant: cette "logique mathématique" représente-t-elle un acquis pour les juristes? Ou, autrement dit, ce qu'on appelle "logique juridique", la logique qu'emploient les juristes, dans leur pratique, peut-elle être fixée d'une façon exhaustive et satisfaisante, par la "logique mathématique"?

Première réponse: Non, — lorsqu'on entend par "logique juridique" ce qui dépasse le cadre de la logique *formelle*. Car, ainsi qu'on l'a signalé, la "logique mathématique" rien d'autre que la logique formelle n'est traitée d'une façon particulièrement rigoureuse. Il est vrai que l'histoire de la philosophie apprend qu'il existe d'autres conceptions de la logique, et que ces conceptions présentent un vaste rayon d'extension, mais la "logique mathématique" n'a rien à voir avec celles-ci.

Deuxième réponse: Oui, — lorsqu'on entend par "logique juridique" exclusivement la logique *formelle* dans son application juridique. Les positions des problèmes, dans le cadre d'une "logique juridique" ainsi conçue, peuvent être différentes, comme l'a montré plus particulièrement N. Bobbio; par exemple, ces positions sont différentes chez Garcia Máynez, U. Klug et G. Kalinowski. Néanmoins la "logique mathématique" peut, prise de toutes ces positions des problèmes, rendre de bons services à la logique *formelle* dans son application au droit. Elle peut déjà se réclamer des succès pratiques. Elle peut déjà programmer des cas juridiques (encore relativement faciles) concernant le droit fiscal et le droit des assurances, de telle façon qu'ils soient susceptibles d'une solution par des machines spéciales. On peut supposer ainsi, qu'avec l'aide de la "logique mathématique" le domaine de *l'application des machines au droit* pourra être largement étendu. Dans la mesure où, dans ces cas, il ne s'agit de rien d'autre que de l'application de la logique formelle dans le droit, les limites de cette méthode coïncident celles du calcul formel. Cependant la détermination de ce que signifie substantiellement le calcul, à savoir, dans la terminologie allemande, la "Deutung des Kalküls" exige de toute façon une méthode distincte. Ce n'est plus une opération formelle-logique mais son "accomplissement" matériel (Komplettierung). Et il n'est pas encore clair si cet "accomplissement" matériel peut être, ainsi

que l'espèrent certains cybernéticiens, au moins dans une certaine mesure (qui doit naturellement être déterminée avant!) délivré par l'opération de la machine. La théorie cybernétique de l'information doit apporter la solution à ce problème essentiellement combinatoire. Cette théorie est différente de la "logique mathématique" qui est orientée d'une façon essentiellement axiomatique.

Ad 2) Donc, ceux qui soutiennent que la logique formelle ne suffit pas, seule, à expliquer la pensée juridique, ont sûrement raison: ce fut dernièrement la position de Recaséns Siches dans son article: "The material logic of the Law", *Lateinamerikanische Studien zur Rechtsphilosophie*, ARSP-Beiheft Nr. 41 (1965), p. 269 et ss. Dans ce sens, García Máynez a brièvement montré que les arguments tellement importants pour les juristes, *a simili ad simile, a maiore ad minus et a minore ad maius*, ne reposent pas, en dernière analyse, sur la logique formelle mais sur des compléments de caractère évaluant (voir ARSP-Beiheft Nr. 41 (1965), p. 115 et ss.). Pour cette raison, on pourrait dire que le domaine du rationnel est plus étendu que celui de la logique formelle. Cependant il paraît au moins problématique de conseiller l'emploi, à propos de la logique formelle en rapport avec un complément matériel, du terme de "logique matérielle": ce terme pourrait en effet, faire naître l'illusion qu'il s'agirait ici d'une "autre logique". Ceci n'est pourtant pas le cas. Il s'agit, ainsi que nous l'avons signalé, de la logique formelle et d'une combinaison matérielle spéciale, et il faudrait ainsi conseiller d'employer le terme de logique uniquement dans le cas de la logique *formelle*. A cette logique appartiennent, naturellement, de multivalentes logiques, dans le sens où les entend Łukasiewicz, mais que nous pouvons mettre ici à part, vu que leur signification n'est pas encore éclaircie.

Or, cela a été une conséquence du développement intellectuel moderne que de porter de plus en plus l'attention sur le côté formel, et de moins en moins sur le côté matériel de la pensée juridique. La déduction, le système déductif ou axiomatique, et finalement le calcul, bref la logique formelle, paraissaient être les choses primordiales. L'évaluation précédente, l'amplification ou, finalement, "l'interprétation" du calcul, c'est-à-dire l'accomplissement matériel, étaient souvent considérés comme secondaires. Ils ont paru peu susceptibles d'un traitement scientifique et sont ainsi restés étonnamment incontrôlés. Dans le pire des cas, ils ont été soumis à l'arbitraire, la suggestion ou la force. L'auteur de ces lignes a rappelé, face à ces problèmes, qu'Aristote

décrit, dans sa *Topique*, une technique conceptuelle contenant des indications importantes sur les moyens suivant lesquels se constitue l'aspect matériel de notre pensée. A la suite d'Aristote, on pouvait en simplifiant, distinguer, à partir de Cicéron, deux modes de pensée: *d'une part l'invention, d'autre part la déduction*. C'est précisément leur rapport qui constitue la pensée matérielle — à contenu — et, ainsi, la pensée juridique: mais ceci a été oublié peu à peu. Dans le cours des temps, un rétrécissement progressif a eu lieu au profit de la déduction (voir *Viehweg, Topik und Jurisprudenz*, 3<sup>e</sup> édit. 1965, en italien 1962, en espagnol 1964). Environ à partir de 1950, *Ch. Perelman* s'est préoccupé profondément de ces mêmes questions et dans ce rapport il a fondé en 1956, "*La nouvelle rhétorique*". Dans son *Traité de l'argumentation*, en 1958, il a établi avec L. Olbrechts-Tyteca toute la problématique sous un projet systématique (voir des indications bibliographiques supplémentaires dans *La théorie de l'argumentation*, 1963, p. 604 et ss.) *Perelman a raison de constater que tout raisonnement, et ainsi le raisonnement des juristes, consiste en argumentation et en démonstration*. Il a raison d'accentuer le fait que l'argumentation est prépondérante toujours: c'est en elle que se trouve apparemment le lieu de la force créatrice et de la prudence; c'est d'elle que dépend la réussite de la justification de nos décisions. C'est pourquoi il est très dangereux de négliger l'argumentation. On ne doit pas la laisser à l'irrationnel, mais essayer de l'éclairer rationnellement par tous les moyens aujourd'hui à notre disposition. *On y pourra constater que l'argumentation juridique s'est servi, depuis très long-temps, de la dialectique classique (Topique), et que la démonstration juridique s'est servi de la déduction*. Il serait, bien sûr, erroné de dire: là il s'agit de Topique, qui n'a rien à voir avec la logique, ici de logique! Naturellement les choses ne vont pas comme cela. Car c'est une trivialité de dire que la logique formelle est indispensable pour toute pensée, et ainsi également pour la Topique. La différence est ailleurs, et on pourrait, à première vue, l'indiquer de la façon suivante: tandis que la structure (déductive ou axiomatique) de la logique formelle détermine la structure de la démonstration, elle ne détermine pas la structure de l'argumentation. Qu'il soit permis de dire que l'on est, dans l'un de ces cas, face à un système topique, l'autre face à un système déductif. On ne pourrait donc plus, aujourd'hui, douter que *l'argumentation*, dans le sens ci-dessus, constitue la partie la plus importante de la pensée juridique: elle ne manque même pas dans l'emploi du machinisme dans le droit. Elle doit avoir déjà eu lieu avant que les machines se mettent en marche, et ceci

même dans le cas où l'appareil prend en charge une partie de l'argumentation (par exemple dans le cas de la combinatoire mécanique). A part cela, il est clair que la théorie de l'argumentation, qui a été négligée depuis trois siècles, devra encore rejeter plusieurs problèmes : problèmes qui doivent être résolus par une philosophie empirique.

Quant à la question concernant la dialectique hégélienne ou marxiste, elle n'est, selon moi, utilisable du point de vue juridique que lorsqu'on accepte la conception du monde qu'elle présuppose ; c'est elle qui justifie, en dernière analyse, les décisions. Elle indique cependant, au moins en "thèse", le point important, savoir où l'on doit s'arrêter dans l'argumentation dialectique, afin d'établir, par la déduction, une décision juridique.

# LA LOGICA MODERNA DEL DERECHO

Dr. THEODOR VIEHWEG

Profesor de la Facultad de Derecho de  
la Universidad Johannes Gutenberg,  
Mainz.

Encuesta de ARCHIVOS DE FILOSOFIA DEL DERECHO tomo XI, p. 205 Sirey, 1966, París.

- 1) Qué beneficio pueden esperar los juristas del estudio de la *lógica moderna*? En qué medida y dentro de cuáles límites se la puede aplicar al derecho?
- 2) Existe una lógica que se inspira en las antiguas teorías de la controversia dialéctica o en los tratados de la argumentación de la retórica? En los razonamientos de los juristas, qué papel juega la deducción estricta y qué oficio desempeña la discusión entre las diversas opiniones?  
Y de otra parte, qué aplicación puede tener en la lógica jurídica la *dialéctica* en el sentido hegeliano y marxista de la palabra?

1) Se entiende hoy en día por el término *lógica moderna* la lógica formal bajo la estructura matemática. Se la podría designar de una manera breve y en un sentido aproximativo como *lógica matemática*. Su evolución está lejos de haberse realizado y las formas particulares que reviste deben ser captadas como distintivos de las unas y de las otras. Se podría sin embargo delimitar al menos el carácter común siguiente: la *lógica matemática* opera, según el modelo mate-

mático, por un cálculo, es decir, por un método formalista, que consiste principalmente en el hecho de que las reglas operacionales se relacionan exclusivamente a cualidades formales de los signos empleados y no a sus sentidos (véase J. M. Boschenski: *Formale logik*, 1956, p. 311).

El problema es pues el siguiente: Representa la *lógica matemática* una adquisición para los juristas? O dicho de otra manera: lo que se llama *lógica jurídica*, la lógica que emplean los juristas en su práctica, puede ser fijada de una manera exhaustiva y satisfactoria por la *lógica matemática*?

PRIMERA RESPUESTA: No, cuando se entiende por *lógica jurídica* la que rebasa el marco de la *lógica formal*. Pues, así se la ha señalado, la *lógica matemática* no es más que la *lógica formal* tratada de una manera rigurosa. Es verdad que la historia de la filosofía enseña que existen otras concepciones de la lógica y que éstas representan un vasto radio de extensión, pero la *lógica matemática* nada tiene que ver con ellas.

SEGUNDA RESPUESTA: Sí, cuando se entiende por *lógica jurídica* exclusivamente la *lógica formal* en su aplicación al derecho. Los planteamientos de problemas, en el marco de una *lógica jurídica* así concebida, pueden ser diferentes, como lo ha demostrado más particularmente N. Bobbio; por ejemplo, estos planteamientos son diferentes en García Máynez, U. Klug y G. Kalinowski. Sin embargo, la *lógica matemática* puede, tomados todos los planteamientos de los problemas, prestar buenos servicios a la *lógica formal* en su aplicación al derecho. Ella puede ya reclamar éxitos prácticos. Ella puede también programar casos jurídicos (todavía relativamente fáciles) que se refieren al derecho fiscal y al de seguros, de manera que ellos son susceptibles de solución por medio de máquinas especiales. Se puede suponer así que con la ayuda de la *lógica matemática* el dominio de la aplicación de las máquinas al derecho puede ser extendido ampliamente. En la medida en que en este caso no se trata sino de la aplicación de la *lógica formal* al derecho, los límites de este método coinciden con los del cálculo formal. No obstante, la determinación de lo que significa sustancialmente el cálculo, a saber, en la terminología alemana, la *Deutung des Kalküls*, exige de todas maneras un método distinto. Esto no es más que una operación formal-lógica pero su cumplimiento es material (*Komplettierung*). Y no es todavía claro si este cumplimiento

material puede ser, como lo esperan ciertos partidarios de la cibernética, al menos en cierta medida (que debe naturalmente ser determinada de antemano) realizada por la operación de la máquina. La teoría cibernética de la operación debe aportar la solución a este problema esencialmente combinatorio. Esta teoría es diferente de la *lógica matemática* que está orientada de una manera esencialmente axiomática.

2) Bien, los que sostienen que la lógica formal sola no es suficiente para explicar el pensamiento jurídico, tienen seguramente razón: esta fue recientemente la posición de Recaséns Siches en su artículo: El material lógico de la ley — *Lateinamerikanische Studien zur Rechtsphilosophie, ARSP, Beiheft N° 41 (1965), p.269 y siguientes*. En este sentido, Gracia Máynez ha mostrado brevemente que los argumentos de tal manera importantes para los juristas: *a simili ad simile, a maiore ad minus et a minore ad maius*, no descansan en último análisis sobre la lógica formal sino sobre complementos de carácter valorativo (véase ARSP-Beiheft N° 41, 1965, P. 115 y siguientes). Por esta razón se puede decir que el dominio de lo racional es más extenso que el de la lógica formal. Sin embargo, parece al menos problemático aconsejar el empleo, a propósito de la lógica formal en relación con un complemento material, del término *lógica material*: término que en efecto podría hacer nacer la ilusión que se agitaría aquí de una lógica distinta. Por tanto, este no es el caso. Se trata, como nosotros lo hemos señalado, de la lógica formal y de una combinación material especial, y sería necesario aconsejar el empleo del término *lógica únicamente* en el caso de la lógica formal. A esta lógica pertenecen naturalmente las lógicas multivalentes, en el sentido en que las entiende Lukasiewicz, pero que podemos aquí poner aparte, en vista de que su significación aún no es clara.

Bien, esto ha sido una consecuencia del desenvolvimiento intelectual moderno de poner la atención cada vez con mayor intensidad sobre el aspecto formal y cada vez menos sobre el aspecto material del pensamiento jurídico. La deducción, el sistema deductivo o axiomático y finalmente el cálculo, en síntesis, la lógica formal, parecen ser las cosas primordiales. La evaluación precedente, la amplificación o finalmente la interpretación del cálculo, es decir, el cumplimiento material, fueron considerados como secundarios. Estos han parecido poco susceptibles de un tratamiento científico y así han quedado sorprendentemente fuera del control. En el peor de los casos, han sido sometidos a la arbitrariedad, la sugestión o la fuerza. El autor de

estas líneas ha recordado, frente a estos problemas, que Aristóteles describe, en sus *Tópicos*, una técnica conceptual que contiene indicaciones importantes sobre los medios según los cuales se constituye el aspecto material de nuestro pensamiento. Después de Aristóteles, se puede, simplificando, distinguir, a partir de Cicerón, dos modos de pensamiento: de una parte la invención y de otra la deducción. Esto es precisamente la relación que constituye el pensamiento material —el contenido— y así el pensamiento jurídico: pero esto ha sido olvidado poco a poco. En el curso del tiempo ha tenido lugar un estrechamiento progresivo de la invención en beneficio de la deducción (véase Viehweg, *Topik und Jurisprudenz*, 3ª ed. 1965, en italiano 1962 y en castellano 1964). Alrededor de 1950, Ch. Perelman se ha preocupado profundamente de estas mismas cuestiones y en este sentido ha fundado en 1956 "*La nueva retórica*". En su *Tratado de la argumentación*, en 1958, Perelman ha establecido con L. Olbrechts-Tyteca toda la problemática en un proyecto o plan sistemático (véase las indicaciones bibliográficas suplementarias en la *Teoría de la argumentación*, 1963, p. 604 y siguientes). Perelman ha comprobado que todo razonamiento y en consecuencia el razonamiento de los juristas, consiste en argumentación y en demostración. El ha subrayado el hecho de que la argumentación es preponderante siempre: en ella se encuentra aparentemente el lugar de la fuerza creadora y de la prudencia; de ella depende el éxito de la justificación de nuestras decisiones. Por esto es muy peligroso descuidar la argumentación. No se puede abandonar a lo irracional, sino tratar de aclarar racionalmente por todos los medios hoy a nuestra disposición. Así se puede comprobar que la argumentación jurídica se sirve, después de largo tiempo, de la dialéctica clásica (*Tópicos*), y que la demostración jurídica se sirve de la deducción. Seguramente sería erróneo decir: allá se trata de *Tópicos*, que nada tienen que ver con la lógica, y acá se trata de la lógica! Naturalmente las cosas no marchan así. Sería una trivialidad decir que la lógica formal es indispensable para todo pensamiento, y en consecuencia igualmente para la *Tópica*. La diferencia es otra y se puede a primera vista indicar de la manera siguiente: En tanto que la estructura (deductiva o axiomática) de la lógica formal determina la estructura de la demostración, ella no determina la estructura de la argumentación. Se puede decir que se está en un caso frente a un sistema tópico, y en el otro frente a un sistema deductivo. No se puede hoy en día dudar de que la *argumentación*, en el sentido arriba anotado, constituye la parte más importante del

pensamiento jurídico: pues ella no está ausente en el empleo del mecanismo jurídico. Ella debe tener lugar antes que las máquinas se pongan en marcha, y esto mismo en el caso donde el aparato toma a cargo una parte de la argumentación (por ejemplo en el caso de la mecánica combinatoria). Además, es claro que la teoría de la argumentación, que ha sido descuidada después de tres siglos, debería rechazar muchos problemas: problemas que deben ser resueltos por una filosofía empírica.

En cuanto al asunto de la dialéctica hegeliana o marxista, no es, según mi opinión, utilizable desde el punto de vista jurídico, sino cuando se acepta la concepción del mundo que ella presupone; es ella en último análisis quien justifica las decisiones. Ella indica sin embargo, al menos en principio, el punto importante: saber dónde se debe detener en la argumentación dialéctica, a fin de establecer para la deducción una decisión jurídica.

*Traducción de B. MANTILLA PINEDA*

## ONTOLOGIA DE LA CONDUCTA JURIDICA

Madrid 1.964

B. MANTILLA PINEDA.

El autor en el primer capítulo, sostiene que en filosofía no puede prescindirse ahora de la ciencia del ser u Ontología. Puede hablarse de la vieja ontología, de carácter deductivo y con afán de construcción de sistemas y de la nueva ontología de espíritu analítico. En esta última están, la teoría de los objetos de Alexius von Meinong; la ontología formal y las ontologías regionales (fenomenología) de Edmundo Husserl y Nicolás Hartmann, quienes buscan la nueva ontología, no tanto por el objeto, cuanto por el método.

La investigación ontológica muestra que el mundo real es un mundo estratificado. Además cada estrato revela grados de estratificación. El estrato del espíritu es el más alto y rico y se manifiesta en tres grados: personal, objetivo y objetivado. El estrato ontológico del espíritu es el piso donde se produce la conducta jurídica.

Los autores de habla hispana y lusitana son los que trabajan por una ontología jurídica cada vez más sólida y clara.

El segundo capítulo se refiere a la ontología jurídica durante los últimos cinco lustros. Cita en primer lugar a Recaséns Siches para quien el ser del derecho, es una forma objetivada de vida humana; sigue Carlos Cossio, con la teoría egológica del derecho, que viene a ser como vida humana viviente; continúa con Miguel Reale, con la afirmación de que el derecho está constituido por hecho, valor y norma; y concluye mencionando a García Máynez, quien en la *Introducción a la lógica jurídica* esboza una ontología formal del derecho,

concebida como un sistema de principios apriorísticos sobre las distintas formas de la conducta regulada por el derecho.

El último capítulo se ocupa de la ontología de la conducta jurídica, en el que después de definir la conducta en general como la función de relación propia de todos los seres vivos, alcanzando en sentido estricto una concepción especial de la esencia del hombre, menciona las clases o especies de conducta; distinguiendo con base en la conciencia intencional y sus funciones, las conductas humanas cognitivas, afectivas y volitivas.

En el acto de conocimiento se da una relación de sujeto y objeto. En el acto de sentimiento se da una relación o de sujeto a objeto o de sujeto a sujeto, como la veneración, el amor, etc.

En los actos volitivos se da también o una relación de sujeto a objeto o de sujeto a sujeto, como en la economía, la política, el derecho y la moral. Estudia luego la conducta jurídica y sus determinaciones ontológicas. Precisa que la conducta jurídica linda con la conducta política y con la conducta moral. El derecho forma el poder y el poder crea el derecho; la conducta jurídica y la conducta moral tienen una misma raíz ética, diferenciándose sólo cualitativamente.

Mientras los elementos de la conducta moral siguen este orden: Valor - Deber ser ideal o axiológico - Acto; por el contrario, la conducta jurídica sigue: Deber ser formal - Acto jurídico.

Los elementos más visibles de la conducta jurídica son las normas y el acto. El núcleo de esta conducta no es evidentemente la norma sino el acto. Sin el acto la norma carecería de sentido. El derecho es la coordinación de conductas posibles, sin duda alguna, pero también lo es de las conductas posibles, sin duda alguna, pero también lo es de las conductas actuales. La validez del derecho se extiende a todos los momentos del tiempo pasado, presente y futuro.

Precisa el campo de la ontología jurídica, como parte de la filosofía del derecho que investiga las determinaciones generales de la conducta jurídica en su integridad; y recuerda como sus fundadores a los autores que se menciona al comienzo de esta recensión.

Manifiesta que ahora se puede enunciar con carácter axiomático que la conducta jurídica ofrece tres determinaciones generales: 1) La interferencia intersubjetiva, el derecho como tal vincula dos o más sujetos; 2) La estructura bipolar, característica de la conducta humana, adquiere el carácter de típica, en la conducta jurídica, la cual se manifiesta en acción u omisión; y 3) La bilateralidad, porque enfrenta la acción de un sujeto a la acción —u omisión— de otro u otros sujetos, o viceversa.

Estudia luego las formas de la conducta jurídica, distinguiendo:  
a) Las permitidas; b) Las potestativas; c) Las ordenadas; y d) Las prohibidas.

Termina analizando la posibilidad y efectividad jurídicas, subrayando que la relación entre el derecho posible y el derecho efectivo no sólo tiene gran relieve teórico, sino práctico.

Es evidente que, como afirma el autor, el presente ensayo recoge de modo abreviado, el copioso y valioso material que existe sobre la ontología jurídica, tema verdaderamente axial de la filosofía del derecho.

*Hugo D. Acosta Najarro.*

(Tomado de Revista Jurídica del Perú, ps. 224-5, año XVI, N° III, Lima, Julio-Septiembre, 1965).

## SER Y DEBER DE SER EN HANS KELSEN

CONFERENCIA DEL PROFESOR MANTILLA PINEDA

El pasado día 27 de abril, en la sede de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, pronunció una conferencia sobre el tema indicado el doctor Benigno Mantilla Pineda, Profesor de Filosofía del Derecho en la Universidad de Antioquia y director de la prestigiosa revista jurídica colombiana *ESTUDIOS DE DERECHO*. El secretario general de la Corporación, marqués de Vivel, presidió el acto e hizo la presentación del conferenciante.

Comenzó el doctor Mantilla señalando cómo, no obstante ser ya un lugar común el afirmar que la teoría pura del derecho se basa en la distinción entre *ser* y *deber ser*, todavía no se ha penetrado en el sentido y alcance de esa distinción. El mismo Kelsen —observó— no se dio cuenta cabal de la misma. Pero hoy cualquiera revisión de aquella teoría —añadió— debe estudiar su punto de partida.

Afrontando esa tarea revisora, el doctor Mantilla recordó que se afirma que la distinción entre *ser* y *deber ser* tiene su origen en Kant, siendo la teoría pura del derecho un ensayo de aplicación al derecho del método kantiano; Legaz y Lacambra asigna a Kelsen en la historia de la filosofía jurídica una posición igual a la de Kant en la filosofía pura. Pero la teoría pura del derecho, aunque radique en la concepción kantiana, no se siente ligada a ella e, incluso en lo que concierne a la distinción entre *ser* y *deber ser*, agrega matices. Hay, sí, nexos doctrinarios entre Kant y Kelsen, pero éste se

desvía considerablemente de aquél en puntos decisivos, haciendo de la distinción referida un antagonismo de grandes consecuencias. El Profesor Mantilla expuso aquí a este respecto las diferencias entre mundo sensible y mundo inteligible y entre ciencias causales y ciencias normativas, a la luz de la teoría kelseniana.

Estudiando luego la expresión *deber ser* en Kelsen, el Profesor Mantilla puso de relieve que aquella está desprovista de sentido moral y sólo lo tiene lógico. El *deber ser* en oposición al *ser* es expresión de la oposición existente entre derecho positivo y derecho natural. El *deber ser* (categoría con la que se pretende rescatar a la ciencia jurídica del campo de la moral) tiene un sentido formal que excluye cualquier sentido ético. La justicia será rechazada como valor jurídico supremo. Ello conducirá a una ciencia jurídica sin ideal.

El derecho será el acto de quien detente el poder. Las consecuencias de este positivismo son bien conocidas y han llevado a algunos discípulos de Kelsen a orientarse hacia el jusnaturalismo. El doctor Mantilla, por su parte, apoyado especialmente en la filosofía de los valores (que en otros trabajos suyos ha estudiado con amplitud) señaló la vulnerabilidad del positivismo y neopositivismo jurídicos; Kelsen —concluyó— ha edificado sobre el vacío, pues el punto de partida de la teoría pura es engañoso e ilusorio. El derecho es hacer y quehacer humanos, parte especial de la cultura, que hunde en ella sus raíces. La ciencia del derecho es ciencia cultural.

J. Ma. C. V.

(Tomado de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia, págs. 748-9, año CXIV, mayo 1966, Número 5. - Madrid)

## FILOSOFIA DEL DERECHO

Henri Batiffol. - EUDEBA,

Buenos Aires, 1964.

Francia representa en el pensamiento jurídico el hogar de Los Derechos del Hombre y el Ciudadano y del constitucionalismo, del Code Civil y de la escuela de la exégesis, de la escuela científica del derecho (F. Geny) y del positivismo y sociologismo jurídicos. Pero Francia no es el hogar de la filosofía del derecho en sentido estricto.

En América Latina estamos acostumbrados a esperar doctrinas, sistemas y literatura jusfilosóficas de Alemania y de Italia, es decir, de los dos países donde se inició y prosiguió desde finales del siglo XIX la reacción contra la miopía del positivismo primero y luego la elaboración de teorías jurídicas de estricto estilo filosófico, como son las que propusieron Rodolfo Stammler y Giorgio del Vecchio. Gustavo Radbruch y Giovanni Gentile, Max Ernst Mayer y Benedetto Croce, Emil Lask y Felice Battaglia. De Francia estamos acostumbrados a esperar tratados sobre derecho político y administrativo, sobre derecho civil y sobre derecho laboral.

Aunque el pensamiento jusfilosófico no sea una nota predominante en la cultura jurídica francesa, nunca sin duda faltó en ella la consideración del derecho desde puntos de vista no experimentales. En el ambiente cultural francés saturado de filosofías en la actualidad, co-

mo en sus mejores épocas, no podría estar ausente la meditación filosófica sobre la esencia y justificación del derecho. Como para muestra basta un botón, las prensas universitarias de Francia lanzaron hace pocos años (1962) el libro de Henri Batiffol titulado: *La philosophie du droit*, que ha sido traducido al castellano por Lilia Gaffuri y editado en Buenos Aires por Eudeba.

Bajo la expresión *filosofía del derecho* ha agrupado su autor los problemas y las respuestas sobre el fundamento y valor del derecho positivo. Varias tendencias en sucesión temporal se han enfrentado a la solución de los graves problemas metodológicos y axiológicos que plantea el derecho. Batiffol las ha estudiado con los epítetos de: a) Positivismos; b) Sociologismos; c) Jusnaturalismos; y d) Axiologismos.

El positivismo jurídico se impuso en Francia por la acción convergente de varios factores, siendo sin duda el más manifiesto el positivismo filosófico. Aplicado al derecho, el positivismo rechaza toda búsqueda de un derecho natural y exalta las legislaciones positivas como la quintaesencia del fenómeno jurídico. Son manifestaciones y formas del positivismo jurídico la escuela de la exégesis y la escuela histórica de Savigny, el voluntarismo y el formalismo. El voluntarismo jurídico tiene una larga y respetable tradición. Sus cifras modernas son los nombres de Hobbes y Maquiavelo, Bodino y Rousseau, John Austin y R. Ihering. El formalismo o neopositivismo jurídico se expresa de manera excelsa en la teoría pura del derecho de Hans Kelsen.

El sociologismo jurídico deriva en Francia de Emilio Durkheim. La acción de la sociología se hizo sentir en dos de los juristas que ejercieron mayor influencia sobre los espíritus a comienzos del siglo XX, a saber: León Duguit y Maurice Hauriou. Este último "creyó" que la sociología podía dar mucho a los juristas: las relaciones sociales constituyen la materia de la trama social; no se puede ordenarlas sin conocer esta trama. De su vasta obra se desprende una teoría general que sintetiza sus tendencias esenciales; es la teoría de la institución" (p. 33). También G. Gurvitch ha desarrollado la tesis central de la escuela sociológica para la cual el derecho es un producto espontáneo de la vida social.

En el capítulo tercero titulado: *La naturaleza de las cosas*, ofrece Batiffol un breve pero sustancioso estudio del jusnaturalismo. No

ve en el derecho natural una doctrina rígida y arbitraria, como afirman los positivistas de todo matiz, sino una creencia de gran vitalidad. El jusnaturalismo se refugia, como en una fortaleza, en la naturaleza del hombre y de las cosas. Kant lo ha liberado de todo fundamento empírico, es cierto; pero a la vez ha señalado sin quererlo la dirección del formalismo kelseniano. Me llama la atención que en este capítulo tan interesante como sugestivo, Batiffol no hubiese aprovechado el valioso material jusnaturalista de G. del Vecchio. El jusnaturalismo mejor elaborado en nuestros días es el que nos ofrece el insigne maestro italiano a través de su vasta y perdurable obra.

Actualmente la filosofía del derecho está orientada definitivamente en la búsqueda de los valores. ¿Cuáles son los valores que iluminan la actividad jurídica y determinan el derecho mismo? ¿Es la seguridad? ¿Es el bien común? ¿Es la justicia? Batiffol estudia estos problemas, pero ignora o deja de lado conscientemente la contribución de la filosofía de los valores y sobre todo las investigaciones concretas de axiología jurídica llevadas a cabo en el ámbito cultural de habla española. Por ejemplo, los estudios de Recaséns Siches y de Carlos Cossio, principalmente.

*B. Mantilla Pineda.*

## REVISTA DE REVISTAS

### ARGENTINA

REVISTA DEL INSTITUTO DE DERECHO COMERCIAL Y DE LA NAVEGACION,  
Nº 5, La Plata, Nov. 1965.

Alconada Aramburú, Carlos R. S.: La sociedad anónima como instrumento de la democracia. Arteaga, José Marcelo: Sobre la nulidad y el incumplimiento de los concordatos preventivo y resolutorio. Dworkin, Alberto: Sociedad de ahorro y préstamo para la vivienda familiar. Etchebarne, Conrado: Reflexiones sobre la sociedad anónima en los Estados Unidos de Norteamérica. Odriozola, Carlos S.: Algunas consideraciones sobre el autofinanciamiento de las empresas. Orione, Francisco: El proyecto del Dr. Mauricio L. Yadarola sobre letra de cambio y títulos a la orden de 1938.

### BELGICA

REVUE DE DROIT CONTEMPORAIN,  
13e année, 1/1966, Bruxelles.

Sur la coexistence pacifique. Aspects juridiques de la planification.  
Problemes de responsabilité.

## ECUADOR

REVISTA DE DERECHO,  
Nos. 7-8, Quito, abril-septiembre, 1966.

Riofrio Villagómez, Eduardo: Evolución del contencioso tributario en los cuatro grandes países latinos: Italia, España, México y Argentina. Y la proyectada reforma en el Ecuador. Llore Mosquera, Víctor: La "Reformatio in Pejus" en la legislación ecuatoriana. Larrea Holguín, Juan: Desde que fecha se cuenta el tiempo de posesión para la prescripción adquisitiva extraordinaria, ateniéndose a lo dispuesto en la Ley de 4 de noviembre de 1956. Bustamante Muñoz, Antonio: La ley de elecciones y el futuro político. Geiger, Carol: El carácter jurídico del embargo de bienes muebles en la legislación ecuatoriana. Valladao, Haroldo: Efectos de las sentencias extranjeras de divorcio.

## ESPAÑA

REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO CANONICO,  
vol. XX, N° 6, septiembre-diciembre 1965.

Miguelé, Lorenzo: El fuero canónico por razón del contrato en las causas matrimoniales. García Martínez, Gumersindo: Indisolubilidad del matrimonio rato y consumado entre dos partes bautizadas.

INFORMACION JURIDICA,  
Nos. 274-5, Madrid, marzo-abril 1966.

Código Civil de Guatemala.

REVISTA GENERAL DE LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA,  
año CXIV, N° 2, Madrid, febrero 1966.

Castán Tobeñas, José: La política social y sus orientaciones actuales. Bonet Correa, José: La legislación de arrendamientos urbanos y las cláusulas de estabilización de la renta. Paz Ares, José C.: Pequeñas instituciones agrarias del derecho foral de Galicia. Tapia Arqueros, Hugo: Don Andrés Bello y el Código Civil de Chile. García Valdecasas: Sobre Andrés Bello.

REVISTA GENERAL DE LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA,  
año CXIV, N° 3, Madrid, marzo 1966.

Quintano Ripollés, Antonio: El derecho, valor de cultura. Rodríguez-Arias Bustamante, Lino: La democracia comunitaria. Rull, Baltazar: El movimiento mundial en favor de la paz mediante el derecho.

TEMIS,  
N° 19, Zaragoza, 1966.

Blanco, José Martín: Principios y perspectivas de la legislación urbanística. De Cuéllar, Benito Vicente: Los conflictos individuales de trabajo y la conciliación sindical. Marín, López, Antonio: La aproximación de legislaciones en la Comunidad económica europea.

#### MEXICO

LA JUSTICIA,  
tomo XXVI, N° 434, México D. F.

Arellano García, Carlos: La denominación del derecho internacional privado. Cobb Cooper, John: Derecho aeroespacial: Progresos en las Naciones Unidas. Lizcano, Manuel: La estructura social de Iberoamérica y España. Baz Izquierdo, Fernando: Aspectos jurídicos de la solicitud de concentración parcelaria. García San Miguel, Luis: Teoría del derecho y jurisprudencia.

#### PERU

REVISTA JURIDICA DEL PERU,  
año XVI, N° IV, Lima, octubre-diciembre 1965.

Bustamante Alsina, Jorge: Modernos aspectos de la actividad profesional del abogado. Torres Malpica, Octavio: Demasiadas leyes? Tamayo Vargas, Manuel: La solución de los problemas del menor de conducta antisocial en su aspecto jurídico.

PUERTO RICO

REVISTA DE DERECHO PUERTORRIQUEÑO,  
año V, N° 19, Ponce, enero-marzo 1966.

Cintrón García, Arturo: El delito de mutilación en el código penal puertorriqueño. Mascareñas, C. E.: El domicilio en el derecho puertorriqueño.

REVISTA JURIDICA DE LA UNIVERSIDAD DE PUERTO RICO,  
vol. XXXV, N° 1, 1966.

Fernández, Demetrio: El arbitraje obrero-patronal en Puerto Rico.

REVISTA JURIDICA DE LA UNIVERSIDAD DE PUERTO RICO,  
vol. XXXV, N° 2, 1966.

Velásquez, Guaroa: El fideicomiso en Puerto Rico. Guzmán Santiago, Angel Luis: Aspectos legales del proceso presupuestario del gobierno del Estado Libre Asociado de Puerto Rico.

REVISTA DEL COLEGIO DE ABOGADOS DE PUERTO RICO,  
vol. XXXV, N° 2, 1966.

García Martínez, Alfonso L.: Forma de las leyes.

## INDICE

Necesidad de la Reforma de Facultades de Derecho.— Abel Naranjo Villegas .....	123—134
Influencia del régimen jurídico de las Empresas Públicas de Medellín en su desarrollo.— Diego Tobón Arbeláez	135—146
Hacienda Pública.— Luis Arcila Ramírez.....	147—203
Juicios de tenencia.— Horacio Montoya Gil .....	205—286
La persona individual en las coyunturas históricas.— B. Mantilla Pineda .....	287—298
La lógica moderna del derecho.— Theodor Viehweg .....	299—309
Comentarios de libros .....	311—319
Revista de revistas .....	321—324