



TEMAS SOCIO - JURIDICOS



UNIVERSIDAD
AUTONOMA DE
BUCARAMANGA

FACULTAD
DE
DERECHO

CENTRO DE INVESTIGACIONES
SOCIO - JURIDICAS

TABLA DE CONTENIDO

DARWIN BUENOS MANUEL

GRACIELA MORENO URIBE
JORGE HUMBERTO GALLIS COTE

Centro de Investigaciones Socio-Juridicas
DARWIN BUENOS MANUEL

Facultad de Derecho
JUAN CARLOS ACUNA GUILLERMO

TEMAS SOCIO - JURIDICOS



UNIVERSIDAD
AUTONOMA DE
BUCARAMANGA

FACULTAD
DE
DERECHO

CENTRO DE INVESTIGACIONES
SOCIO - JURIDICAS

SISTEMA DE BIBLIOTECAS UNAB



HEMEROTECA

Handwritten notes and stamps in the bottom left corner, including a circular stamp with illegible text.

GABRIEL BURGOS MANTILLA
Rector

GRACIELA MORENO URIBE
JORGE HUMBERTO GALVIS COTE
Vice-rectores

Centro de Investigaciones Socio Jurídicas:
LAUREANO GOMEZ SERRANO
Director

Facultad de Derecho:
JUAN CARLOS ACUÑA GUTIERREZ
Decano

ROSALBA FLOREZ RUEDA
Secretaria Académica

Directores de Departamento:
María Antonia Toscano de Sánchez
Derecho Penal

Jorge Antonio Castillo rugeles
Derecho Privado

Jorge Enrique Pradilla Ardila
Derecho Público

Iván Santos Ballesteros
Derecho Procesal

Jorge Eduardo Lamo Gómez
Derecho Laboral

Carlos Andrés González León
Derecho Económico

Comité de Redacción:
Laureano Gómez Serrano
Jorge Antonio Castillo Rugeles
Iván Santos Ballesteros
Jorge Eduardo Lamo Gómez
Jorge Enrique Pradilla Ardila
Carlos Andrés González León
Rodolfo Mantilla Jácome
Fredy Alberto Sandoval Ferreira

Editada por: CENTRO DE INVESTIGACIONES SOCIO JURIDICAS
Portada: PROMETEO, 1949-1992, Bronce y Basalto policromado, altura 3 m., ubicación
UNAM, México D.F. RODRIGO ARENAS BETANCOURT. (1919-1995)

TABLA DE CONTENIDO



Pág.

PRESENTACION.....	4
ARTURO VALENCIA ZEA, IN MEMORIAM, UN MAESTRO DEL DERECHO - <i>Luis Villar Borda</i>	6
JURISPRUDENCIA DE LA SALA CIVIL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SOBRE HERMENEUTICA JURIDICA - <i>Arturo Valencia Zea</i>	9
DE LA GRUESA VENTURA A LOS JOINT VENTURE- CONTRATOS DE RIESGO COMPARTIDO - <i>Laureano Gómez Serrano</i>	45
EL PROCESO ABREVIADO DE RESTITUCION DE INMUEBLE ARRENDADO - <i>Jorge Enrique Pradilla Ardila</i>	54
ESTUDIO COMPARADO DE DERECHO ESPAÑOL Y DERECHO COLOMBIANO - <i>Miguel Angel García Alberti</i>	63
LA PARTICIPACION CIUDADANA EN EL CONTROL DE LA GESTION PUBLICA - <i>Orlando Pardo Martínez</i>	74
APUNTES SOBRE LA FUNCION PUBLICA EN COLOMBIA - <i>Rafael Gutiérrez Solano</i>	84
ETICA, ESTETICA Y PRESENCIA DEL JURISPERITO - <i>Avelino Calderón Rangel</i>	95
LA ORGANIZACION DE LOS ESTADOS AMERICANOS, LA DEMOCRACIA Y EL RETO DE LA CUMBRE HEMISFERICA DE MIAMI - <i>José Felix Palma</i>	105
INDUCCION AL SEMINARIO ALEMAN - <i>Manuel Antonio Borja Niño</i>	118
EXISTENCIA FORMAL Y VIGENCIA TECNICA DEL CONTRATO DE SEGURO - <i>Francisco Antonio León Pereira</i>	132
CABALLO - <i>Fredy Alberto Sandoval Ferreira</i>	145

Temas Socio Jurídicos FACULTAD DE DERECHO	Bucaramanga Colombia	Vol. 13	No. 29	Diciembre 1995	I.S.S.N. 0120.8578
--	-------------------------	---------	--------	-------------------	--------------------

PRESENTACION

En el mes de Julio de 1993, hace dos años, falleció en la ciudad de Santa Fe de Bogotá la más alta cumbre del Derecho Civil Colombiano, el maestro **ARTURO VALENCIA ZEA** cuando frisaba los ochenta años. Nacido en la municipalidad de Bojacá en el año de 1914, su obra se destaca no solo por su profundidad sino por su simplicidad pedagógica, maestro de maestros, esparció su semilla fecunda dentro y fuera del aula.

Como homenaje póstumo dedicamos al profesor VALENCIA ZEA, esta edición número 29 de la revista TEMAS SOCIO JURIDICOS, en la cual difundimos un ejercicio hermenéutico salido de su pluma en al sentencia proferida por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia del 23 de Junio de 1958.

El distinguido jurista LUIS VILLAR BORDA nos hace una breve reseña sobre la vida y obra del fallecido profesor.

Complementamos la edición con un esbozo sobre los CONTRATOS DE RIESGO COMPARTIDO (JOINT VENTURE), donde se analizan las vinculaciones de la modalidad, anglosajona con estipulaciones del primitivo derecho hispánico, contenidos en las Ordenanzas de Bilbao como contratos a la GRUESA VENTURA y al RIESGO DO NAO.

Del profesor JÓRGE PRADILLA ARDILA publicamos un estudio sobre la restitución de inmuebles dados en arrendamiento, donde se reflexiona sobre la necesidad de dar celeridad a tan indispensable procedimiento.

En desarrollo de un programa de intercambio docente visitó la facultad de derecho el licenciado español MIGUEL ANGEL GARCIA ALBERTI, quien durante su permanencia escribió un ensayo sobre Derecho Comparado en la legislación de familia española y colombiana.

Los profesores ORLANDO PARDO y RAFAEL GUTIERREZ SOLANO nos presentan sendos escritos sobre la GESTION PUBLICA en el marco de la Constitución Política de 1991, mientras que el profesor AVELINO CALDERON RANGEL continúa con su obra sobre ETICA PARA JURISTAS que la revista ha venido editando en sucesivas entregas.

Del director de la Oficina de la Secretaría de la OEA en Colombia, JOSE FELIX PALMA, publicamos su intervención sobre la Cumbre Hemisférica de MIAMI.

El profesor MANUEL BORJA NIÑO ha presentado un ensayo en torno a la metodología del SEMINARIO ALEMAN donde se plantean las variantes que ella debe asumir en nuestro medio docente.

FREDY ALBERTO SANDOVAL FERREIRA nos presenta su sueño metafórico sobre la actual situación de Cuba y de su dirigencia...derrumbándose día a día...desde hace treinta años, según las últimas noticias que nos llegan de MIAMI.

La portada se ha dedicado a la memoria del MAESTRO RODRIGO ARENAS BETANCOURT...su obra habla por si misma, desde el Pantano de Vargas, hasta la intimidad de su hacienda en Fredonia.

Bucaramanga, Septiembre de 1995
LAUREANO GOMEZ SERRANO

SISTEMA DE BIBLIOTECAS UNAB
unab
HEMEROTECA

**ARTURO VALENCIA ZEA
IN MEMORIAM
UN MAESTRO DEL
DERECHO
LUIS VILLAR BORDA**

**ARTURO VALENCIA ZEA
IN MEMORIAM
UN MAESTRO DEL DERECHO
LUIS VILLAR BORDA**

La muerte del profesor Arturo Valencia Zea ocurrida recientemente en Bogotá es un duro golpe para la ciencia jurídica colombiana y latinoamericana y en particular para la universidad, a la que dedicó por entero lo mejor de su vida. Por un espacio de casi cinco décadas Valencia Zea regentó cátedras en su especialidad, el derecho en varias facultades de la capital, en la Universidad del Cauca, la Universidad civil, en varias facultades de la capital, en la Universidad del Cauca, la Universidad de San Marcos en Lima y en otros centros de enseñanza superior del país y del exterior. Fui su alumno en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional, en la que más adelante ocuparía la Decanatura. Para sus discípulos sería inolvidable su figura de sabio distraído, de hombre llano y modesto, siempre dispuesto a absolver dudas y cooperar con la formación de sus alumnos. Años después lo encontraría como colega en la Universidad del Cauca, en una temporada que me permitió aquilatar aún más sus virtudes, su consagración y entrega sin reservas al estudio y a la investigación del derecho.

Por temperamento y por ser esta la condición del verdadero científico, Valencia Zea se mantuvo siempre en una discreta penumbra, ajeno a todo exhibicionismo intelectual y despojado de ambiciones distintas a la de llevar a término la rigurosa tarea que se impuso desde el inicio de su carrera; elaborar un completo tratado de Derecho Civil. Lo consiguió venciendo toda suerte de dificultades materiales y superando los obstáculos que en una sociedad de privilegios se oponen a quienes carecen de medios de fortuna o influencia. Nada de esto dejó resentimientos ni modificó en forma alguna su carácter, generoso y desprendido, pero lo llevó a ser comprensivo con los débiles y activó en él su preocupación por los problemas de los desheredados. Por eso buscó interpretar el derecho con criterio social y no exclusivamente al tenor de la letra de textos muchas veces obsoletos o injustos.

En un país habituado a la improvisación, la superficialidad y la inflación de falsos valores, sorprende una obra como la de Valencia Zea, en especial su Tratado de Derecho Civil en seis gruesos volúmenes, editado por Temis y que ya va por la décimo tercera impresión. En sus dimensiones sólo es comparable al que hace setenta años publicara Fernando Vélez, pero con la sustancial diferencia de que mientras éste tiene un carácter exclusivamente exegético, es decir se limita a comentar artículo por artículo, del Código, Valencia Zea incursiona en el terreno de la Filosofía Jurídica y busca dar una interpretación nueva a viejas normas. A Valencia Zea se debe en buena parte la introducción del derecho moderno, en especial el de origen alemán. Su predilección por el derecho germano y los autores alemanes es bien

conocida, sin que esto signifique ignorar o menospreciar las valiosas fuentes de nuestro derecho nacional.

Estos rasgos hicieron del Tratado de Derecho Civil un libro de consulta no sólo en nuestro suelo, sino también en los demás países latinoamericanos, en donde el nombre de Valencia Zea es familiar en las esferas jurídicas y los centros académicos.

Por esas características, no podrá nunca aplicarse a la obra de Valencia Zea la sentencia lapidaria de Julius Hermann Von Kirchmann, según la cual "tres palabras rectificatorias del legislador convierten enteras bibliotecas en papel de desecho". Precisamente porque sus escritos no se limitan a comentarios sobre la ley positiva, sino se adentran en la teoría y ciencia del derecho.

Con Valencia Zea desaparece un gran colombiano, un magistrado ejemplar y sobre todo un auténtico maestro. Su obra es el mejor testimonio de su vida.

Tomado de EL ESPECTADOR, Jueves 22 de Julio de 1993 P. 3- A.

ARTURO VALENCIA ZEA

EL ORDENAMIENTO JURIDICO NO ESTA CONSTITUIDO POR UNA SUMA MECANICA DE TEXTOS LEGALES. - EXISTEN PRINCIPIOS O REGLAS GENERALES DE FORZOSA APLICACION AUNQUE NO SE ENCUENTREN ENUNCIADOS POR EL CODIGO. - EL ALCANCE DEL ARTICULO 8° DE LA LEY 153 DE 1887. - LA REGLA "NEMO AUDITUR PROPRIAM TURPITUDINEM ALLEGANS POTEST", AUNQUE NO INSCRITA EXPRESAMENTE EN EL CODIGO, ES DE PERFECTA APLICABILIDAD EN DERECHO COLOMBIANO. - TAL REGLA INDICA QUE NADIE PUEDE ALEGAR A SU FAVOR, NI A FAVOR DE TERCEROS SU PROPIO DOLO O MALA FE. - LOS CULPABLES DE DOLO SON INDIGNOS DE SER ESCUCHADOS POR LA JUSTICIA. - LA REGLA GENERAL DE LA BUENA FE, CONCEPTO DE LA BUENA FE. - EFECTOS GENERALES DE LA BUENA FE SIMPLE. - LA BUENA FE CUALIFICADA (BUENA FE CREADORA DE DERECHOS O SITUACIONES; BUENA FE EXENTA DE CULPA). - LA BUENA FE SIMPLE Y LA BUENA FE CREADORA DE DERECHOS. - INTERPRETACION DE LAS LEYES. - METODOS ANTIGUOS Y METODOS NUEVOS. - EL DERECHO NO SE COMPONE DE CASOS EMPIRICOS, SINO DE INSTITUCIONES Y PRINCIPIOS GENERALES. - LA INTERPRETACION SISTEMATICA CONDUCE A APLICAR LA LEY A HIPOTESIS QUE EL LEGISLADOR NO PREVIO, O SEA, A DAR AL TEXTO LEGAL UN ALCANCE SUPERIOR AL QUE SE DESPRENDE DE SU TENOR LITERAL.

1.- El ordenamiento jurídico no está constituido por una suma mecánica de textos legales. No es como muchos pudieran creerlo, una masa amorfa de leyes. Todo orden jurídico está integrado por ciertos principios generales, muchos de ellos no enunciados concretamente por el Código Civil, pero de los cuales, sin duda, se han hecho aplicaciones concretas en casos singulares.

Ya el artículo 8° de la Ley 153 de 1887, prescribe que a falta de leyes aplicables a los casos controvertidos, deberán aplicarse las reglas generales del derecho. Entre los principios generales vigentes en el derecho positivo deben recordarse dos de importancia capital: el que prohíbe a una persona fundarse en su propia torpeza o inmoralidad para obtener beneficios a su favor, principio enunciado mediante la máxima de los latinos "Nemo auditur propriam turpitudinem allegans", y el principio de la buena fe exenta de culpa: "Error communis facit jus".

2- El principio que prohíbe a una persona fundarse en su propia torpeza o inmoralidad para obtener beneficios a su favor, enseña que a nadie se le permite aprovecharse de su propio dolo; y que, por tanto, nadie puede presentarse a la justicia para pedir protección si ella tiene como fundamento la mala fe o dolo en que ha incurrido.

Con razón se ha dicho que constituye inmoralidad (torpeza) pretender beneficiarse de la mala fe o dolo que alguien ha cometido; los culpables de dolo son indignos de ser escuchados por la justicia.

Los Tribunales deben negar toda súplica cuya fuente es el dolo o mala fe cometido por el demandante, de acuerdo con la máxima "**Nemo auditur suam turpitudinem allegans**", pues ello, según advierten los autores, "es contrario a la moral y a la dignidad de la magistratura".

Es contrario no sólo a las buenas costumbres sino también al orden público, que el culpable de dolo pretenda sacar ventajas del mismo.

Este principio se encuentra vigente en el derecho civil positivo. Algunos textos legales contienen aplicaciones particulares del mismo. En primer término, el Artículo 1.744 del Código Civil, advierte que si de parte del incapaz ha habido dolo para inducir al acto o contrato, ni él ni sus herederos o cesionarios podrán alegar nulidad. En segundo término, el artículo 1.525, precisa que no podrá pedirse o repetirse lo que se ha dado o pagado por un objeto o causa ilícita a sabiendas.

Estas aplicaciones no deben considerarse como casos aislados, sino como derivaciones de una regla más general vigente en nuestro derecho, cual es la de que a nadie se le permite beneficiarse de su propio dolo.

3.- Otro principio igualmente vigente en el derecho positivo es el de la buena fe. La expresión buena fe (*bona fides*) indica que las personas deben celebrar sus negocios, cumplir sus obligaciones, y, en general, emplear con los demás una conducta leal.

La lealtad en el derecho se desdobra en dos direcciones: primeramente, cada persona tiene el deber de emplear para con los demás una conducta leal, una conducta ajustada a las exigencias del derecho social; en segundo término, cada cual tiene el derecho de esperar de los demás, esa misma lealtad. Trátase de una lealtad (o buena fe) activa, si consideramos la manera de obrar para con los demás y de una lealtad pasiva, si consideramos el derecho que cada cual tiene de confiar en que los demás obran con nosotros decorosamente.

En el sistema jurídico de los romanos es posible indicar estas dos condiciones generales de la buena fe, las que se encuentran también en nuestro Código Civil, según se verá después. Pero en todo caso, una estructuración total de este principio se debe a los juristas germanos, quienes han reemplazado dichos términos por los de **Treu y Glauben**. **Treu**: nuestro deber de ser leales para con los demás; **Glauben**: nuestra creencia en la lealtad de los demás.

¿Cómo se determina la lealtad, o buena fe?

Si la buena fe hace relación a una conciencia honesta, es decir, a un sentimiento de honradez - tener la conciencia de que se obra decorosamente, la confianza

legítima de que los demás obran honestamente en sus negocios - , no obstante, es un sentimiento que tiene la virtud de objetivarse, de darse a conocer mediante ciertos módulos de conducta preestablecidos en una agrupación de hombres.

Obrar con lealtad, es decir, de buena fe, indica que la persona se conforma con la manera corriente de las acciones de quienes obran honestamente, vale decir, con un determinado standard de usos sociales y buenas costumbres.

Los usos sociales y las buenas costumbres que imperan en una sociedad, son las piedras de toque que sirven para apreciar en cada caso concreto la buena fe, su alcance y la ausencia de ella. La buena fe no hace referencia a la ignorancia o a la inexperiencia, sino a la ausencia de obras fraudulentas, de engaño, reserva mental, astucia o viveza, en fin, de una conducta lesiva de la buena costumbre que impera en una colectividad.

Así, pues la buena fe equivale a obrar con lealtad, con rectitud, con honestidad.

Este concepto de la buena fe será mejor comprendido si lo comparamos con el concepto opuesto, o sea, el de la mala fe. En general, obra de mala fe quien pretende obtener ventajas o beneficios sin una suficiente dosis de probidad o pulcritud; vale decir, si se pretende obtener algo no autorizado por la buena costumbre. Desde luego, toda persona trata de obtener ventajas en sus transacciones. Pero quien pretende obtener tales ventajas obrando en sentido contrario a la buena costumbre, actúa de mala fe. El hombre de buena fe trata de obtener ventajas, pero éstas se encuentran autorizadas por la buena costumbre.

El derecho, desde, los más antiguos tiempos, han protegido siempre al hombre de buena fe y condenado al de mala fe. El orden jurídico dicta sus normas teniendo siempre presente al hombre probo, al hombre recto, no a aquel que obrando con astucia, con rapacidad o viveza, trata de aprovecharse de la ingenuidad, de los pocos conocimientos o falta de experiencia de otras personas, para sacar ventajas para sí, que repugnan al pensar del hombre que obra con decoro social.

La más moderna doctrina advierte que la lealtad o buena fe de las personas debe equipararse o a la conducta de quien obra "con espíritu de justicia y equidad": al proceder razonable del "comerciante honesto y cumplidor".

4. - Mirando a los efectos de la buena fe, ésta es susceptible de dos grados: la buena fe simple y la buena fe cualificada (buena fe creadora o buena fe exenta de culpa).

La buena fe simple es la exigida normalmente en los negocios. Esta buena fe simple es definida por el artículo 768 del Código Civil, al referirse a la adquisición de la propiedad como "la conciencia de haberse adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos, exentos de fraude y de todos otro vicio".

Los efectos de esta buena fe consisten en cierta protección que se otorga a quien de tal manera obra. Si alguien de buena fe obtiene un derecho, no protegida su adquisición por la ley, en razón de no ser el transmitente titular de aquel derecho o no estar autorizado para transmitirlo, no obstante la falta de protección del derecho que se pretendió adquirir, la ley otorga a quien obró de buena fe ciertas garantías o beneficios. Sin duda tal persona será vencida en un debate judicial, pero el ordenamiento jurídico aminora los efectos de la pérdida del derecho.

Tal sucede cuando alguien de buena fe pretende adquirir la propiedad de una cosa y entra en posesión de la misma. Si posteriormente se descubre que el enajenante carecía de derecho para hacerle la mencionada transmisión de la propiedad, será condenado el poseedor de buena fe a entregar la cosa a su verdadero propietario. Pero la ley atempera aquí los efectos de la condena de la entrega de la cosa absolviendo al poseedor de buena fe, de pagar los frutos o provechos que le produjo la cosa durante el tiempo que la tuvo en su poder (artículo 964, párrafo 3°).

Aquí estima la ley prudente hacer una expropiación por motivos de utilidad privada, de los frutos que tenía derecho a reclamar el dueño de la cosa. También el poseedor de buena fe adquiere facultad para hacer suya la cosa poseída, junto con un título idóneo de transferencia, por el tiempo necesario para adquirir por prescripción ordinaria (artículos 2.528 y 2.529).

La buena fe simple es también un elemento fundamental de interpretación de los negocios jurídicos. Desde este punto de vista obliga la ley a cada contratante a celebrar y ejecutar su compromiso según enseñan las buenas costumbres, es decir, los usos vigentes en la sociedad.

5. - La buena fe cualificada o buena fe creadora de derechos o situaciones, tiene efectos superiores a los de la buena fe simple.

Como su nombre lo indica, tiene la virtud de crear de la nada una realidad jurídica, vale decir, de dar por existente ante el orden jurídico, un derecho o situación que realmente no existe.

La buena fe creadora o buena fe cualificada, interpreta adecuadamente una máxima legada por el antiguo derecho al moderno: "**Error communis facit jus**".

Tal máxima indica que si alguien en la adquisición de un derecho o de una situación comete un error o equivocación, y creyendo adquirir un derecho o colocarse en una situación jurídica protegida por la ley, resulta que tal derecho o situación no existen por ser meramente aparentes, normalmente y de acuerdo con lo que se dijo al exponer el concepto de la buena fe simple, tal derecho no resultará adquirido.

Pero si el error o equivocación es de tal naturaleza cualquier persona prudente y diligente también lo hubiera cometido, por tratarse de un derecho o situación aparentes, pero en donde es imposible descubrir la falsedad o no existencia, nos encontramos forzosamente, ante la llamada buena fe cualificada o buena fe exenta de toda culpa.

Se pregunta: ¿quién ha cometido un error semejante debe ser tratado en la misma forma en que es tratado quien obra con una buena fe simple o buena fe no cualificada, o si por el contrario, habrá necesidad de dotar de efectos jurídicos superiores la buena fe exenta de culpa?

El derecho antiguo al decir que un error común creaba derecho, pretendió gobernar con otro criterio la buena fe exenta de culpa. Para ello se llegó al extremo de expropiar el derecho al titular verdadero para adjudicarlo a quien había obrado con una fe exenta de culpa, vale decir, convirtió lo que resultó aparente, en realidad, o lo que es lo mismo, el propio orden jurídico creaba por sus propias energías el derecho o situación que realmente no existía.

6. - A fin de interpretar correctamente los principios que informan el Código Civil y los diversos textos legales del mismo, y evitar confusiones, es necesario dar unas aclaraciones complementarias para diferenciar los casos en que el Código se refiere a una buena fe simple que no crea derechos, sino que simplemente atempera los efectos de la buena fe cualificada y que es objeto de examen aquí.

La buena fe simple tan sólo exige una conciencia recta, honesta, pero no exige una especial conducta. Es decir, la buena fe simple puede implicar cierta negligencia, cierta culpabilidad en el contratante o adquirente de un derecho. Así, la definición del artículo 768 corresponde únicamente a la buena fe simple y sólo se hace consistir en la conciencia de adquirirse una cosa por medios legítimos. Una aplicación importante de esa buena fe es la ya examinada del artículo 964 del Código Civil. En general, quien compra una cosa mueble a otra persona, actúa con una buena fe simple y no adquiere el dominio si el tradente no era el verdadero dueño, según lo dispone el artículo 752 del Código Civil. Ello, porque tan sólo se tuvo la conciencia de que el tradente era el propietario, pero no se hicieron averiguaciones o exámenes especiales para comprobar que realmente era propietario.

En cambio, la buena fe creadora de derechos o buena fe exenta de culpa (la que es interpretada por la máxima romana "**Error communis facit jus**") exige dos elementos: un elemento subjetivo y que es el que se exige para la buena fe simple: tener la conciencia de que se obra con lealtad; y segundo, un elemento objetivo o social: la seguridad de que el tradente es realmente propietario lo cual exige averiguaciones que comprueben que aquella persona es realmente propietaria. La buena fe simple exige tan sólo conciencia, la buena fe o cualificada creadora de derechos, conciencia y certeza.

7. - Prescindiendo de las aplicaciones hechas en materia de matrimonio y sin pretender agotar todas las posibles aplicaciones hechas por el código de la buena fe creadora de derechos, los siguientes seis casos son aplicaciones concretas de la buena fe creadora de derechos o buena fe exenta de culpa. ("Error communis facit jus").

Primera aplicación. - Adquisición de bienes inmuebles en establecimientos comerciales. - Establece el artículo 947 del Código Civil: "Pueden reivindicarse las cosas corporales, raíces y muebles.

"Exceptúanse las cosas muebles, cuyo poseedor las haya comprado en una feria, tienda, almacén u otro establecimiento industrial en que se vendan cosas muebles de la misma clase.

"Justificada esta circunstancia, no estará el poseedor obligado a restituir la cosa si no se le reembolsa lo que haya dado por ella y lo que haya gastado en repararla y mejorarla".

El artículo 947 no se refiere a la buena fe simple, sino a un grado superior, a la que se ha denominado buena fe cualificada o creadora de derechos y situaciones. Si se refiriera a la buena fe simple, resultaría que el adquirente de cosa mueble comprada en establecimiento comercial, sería obligado a restituirla a su verdadero dueño con la única facultad de hacer suyos los frutos durante el tiempo que lo tuvo en su poder.

Pero no es así. El adquirente de la cosa no puede ser desposeído de ella, mientras no se le pague lo que le costó y lo que haya gastado en repararla y mejorarla. Por tanto, el 947 del Código Civil se refiere a otra clase de buena fe, a la que se ha denominado buena fe creadora de derechos. El comprador, desde luego, ha debido adquirir la cosa en un establecimiento comercial, o sea, en un establecimiento abierto al público en el que usualmente se venden cosas de la misma naturaleza.

La buena fe protegida por el artículo 947 reúne ampliamente las condiciones ya anotadas, o sea, conciencia de adquirir la cosa de quien es dueño, y certeza de que el tradente es el verdadero dueño. Porque, según la costumbre, el comprador que quiere estar seguro de comprar de quien es dueño, se dirige a uno de tales establecimientos autorizados por la ley y los usos sociales para vender cosas al público. Nadie concibe que un comerciante con autorización del propio orden jurídico y a la vista de todos, abra un establecimiento para vender cosas de que no es propietario o que no se encuentra debidamente autorizado para venderlas.

En resumen: quien compra una cosa mueble en sitio diverso a un establecimiento comercial, ha comprado apenas con una buena fe simple. Y si resulta adquiriendo de quien no es propietario, queda gobernado por los artículos 752 y 964 del Código Civil; pero quien compra en establecimientos comercial queda gobernado por el artículo 947 del Código Civil.

Esta es una razón muy clara, si es que se aspira a interpretar el Código Civil según sus principios esenciales, de que existen dos grados de buena fe: la buena fe simple y la buena fe creadora de derechos.

Segunda aplicación.- La resolución de los contratos.- Si alguien adquiere por título escriturario debidamente inscrito en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados, un inmueble bajo condición resolutoria, pero ésta no se expresa en el título y lo enajena a un tercero, el cumplimiento de la condición no afecta al tercero adquirente, según las voces del artículo 1.548 del Código Civil.

Si no contuviera ese texto legal una reglamentación de la buena fe creadora de derechos, justamente la condición resolutoria obraría también contra el tercer adquirente, pues desapareciendo el dominio en el tradente, lógicamente debiera desaparecer el dominio adquirido por el tercero. Y sin embargo, no es así; el tercero que encuentra el dominio radicado correctamente en cabeza del tradente; que no tiene maneras o formas de descubrir la condición resolutoria que lo afecta, ha obrado con una buena fe exenta de culpa y es por ese motivo que se hace definitivamente propietario.

Tercera aplicación. - Nulidades de contratos frente a terceros de buena fe.- Según el artículo 2.048 del Código Civil "la nulidad del contrato de sociedad no perjudica a las acciones que corresponden a terceros de buena fe, contra todos y cada uno de los asociados por las operaciones de la sociedad, si existiere de hecho".

Este texto legal no representa otra cosa sino una aplicación del principio de la buena fe cualificada o buena fe creadora de derechos. Justamente la nulidad del contrato lo extingue, extingue todos los efectos que haya producido. Pero frente a terceros de buena fe, la ley restringe los efectos de tal nulidad para considerar existente y válida la sociedad anulada y que degeneró en una de hecho.

En el mismo sentido prescribe el artículo 472 del Código de Comercio, que la omisión de la escritura social, y la de cualquiera de las solemnidades prescritas en los artículos 469 y 470, produce nulidad absoluta entre los socios. Estos, sin embargo, responderán solidariamente a los terceros con quienes hubieren contratado a nombre y en interés de la sociedad de hecho.

Esta mencionada responsabilidad solidaria, en verdad no tiene otro fundamento sino la aplicación del principio de la buena fe exenta de culpa.

Confirma la idea expuesta en el artículo 477 del mismo Código, según el cual los socios no podrán alegar la nulidad del contrato de sociedad, por vía de acción o excepción, contra los terceros interesados en la existencia de la sociedad. Además, estos terceros podrán acreditar la existencia de una sociedad por cualquiera de los medios probatorios reconocidos por el Código del Comercio.

Limitanse, pues, en nombre de la buena fe cualificada, o buena fe creadora de derechos, los efectos normales que corresponden a la declaración de nulidad de una sociedad.

Y con carácter más general, el artículo 1.748 del Código Civil advierte que "la nulidad judicialmente pronunciada da acción reivindicatoria contra terceros poseedores, sin perjuicio de las excepciones legales".

Es entendido dentro de los principios lógicos, que si un tercero ha adquirido un derecho y la fuente de adquisición de su antecesor es inválida, también se invalida la suya (**Resolutio jure dantis resolvitur accipientis**); ya este texto legal advierte que tales efectos tienen excepciones legales. Una de tales excepciones, unánimemente enseñada por la doctrina y la jurisprudencia, consiste en la necesidad de proteger la buena fe creadora, o sea la buena fe cualificada. Es por tal motivo que la declaración de nulidad no alcanza al tercero que ha obrado con una fe invencible, es decir, cuando el derecho que adquirió el tercero aparecía regularmente constituido por el tradente.

Tal sucede cuando en tratándose de la adquisición de un inmueble, no existe manera de examinar el vicio de nulidad de algunos de los títulos adquisitivos, por ser un vicio oculto.

Aquí lo mismo que en el caso reglamentado por el artículo 1.548 del Código Civil y los reglamentados por los artículos 472, 476 y 477 del Código de Comercio, la ley transforma la simple apariencia en realidad y crea a favor de terceros un derecho, pues a ello equivale el hacerlo inmune frente a la acción reivindicatoria ejercida por quien pidió la nulidad.

Cuarta aplicación. - Los efectos de los negocios simulados frente a terceros.- Dispone el artículo 1.766 que "las escrituras privadas hechas por los contratantes para alterar lo pactado en escritura pública, no producirán efectos contra terceros", y agrega que "tampoco lo producirán las contraescrituras públicas, cuando no se ha tomado razón de su contenido, al margen de su escritura matriz, cuyas disposiciones se alteran en la contraescritura y del traslado en cuya virtud ha obrado el tercero". De tal texto legal se deduce que la simulación en los contratos no produce efectos frente a los terceros de buena fe.

En efecto, a un tercero le es imposible estar al tanto de los pactos secretos de los contratantes que alteran lo declarado en un acto público. El adquirente que se atiene al acto público (escritura pública) y con base en tal escritura adquiere un derecho o una situación jurídica, ha obrado con una buena fe exenta de culpa, con una buena fe cualificada. El hecho de que más tarde se declare que el contrato público era simulado, tal declaración sólo produce efectos entre las partes, pero no alcanza al tercero de buena fe.

Aquí como en las situaciones anteriores, la ley ha estimado prudente convertir en realidad lo meramente aparente. Crear a favor del tercero una situación que aplicando un riguroso criterio lógico, no existía.

Quinta aplicación. - Pagos hechos a un falso acreedor.- Ordena el artículo 1.634 en su primer párrafo, que el pago para que sea válido debe hacerse al acreedor mismo o a quien lo represente. Por tanto, por regla general, el pago hecho a un falso acreedor es inválido. Pero también es cierto que el segundo párrafo de tal texto legal agrega que "el pago hecho de buena fe a la persona que estaba entonces en posesión del crédito, es válido, aunque después aparezca que el crédito no le pertenecía".

Indudablemente este segundo párrafo del 1.634 contiene una aplicación de la buena fe creadora de derechos. Quien paga a quien se encuentra en posesión del crédito, sin duda puede cometer un error, pero es un error que se justifica ampliamente, pues cualquier persona que quiere pagar al verdadero acreedor se cerciora previamente de que se encuentra en posesión del crédito y si aún así tal posesión resulta aparente, la ley convierte el pago inválido en un pago válido, para satisfacer la exigencia del comercio.

En resumen: el deudor que paga al acreedor que se encuentra en posesión del crédito, no ha cometido ninguna culpa y ha reunido las dos condiciones de la buena fe cualificada o la buena fe exenta de culpa: conciencia recta y certeza.

Tal sucede cuando el acreedor muere y la acreencia pasa a los herederos. El deudor para no incurrir en un error, espera que la justicia indique quiénes son tales herederos. Y una vez que sabe quiénes fueron declarados como tales, y que han entrado en posesión de los créditos del causante, cancela la deuda.

Pero resulta que si la justicia declaró como herederos a los padres cuando en realidad el muerto tenía hijos, vendrá una nueva sentencia judicial que dejará sin efectos la primera declaración de herederos y serán declarados como herederos definitivos los hijos.

Pero si entre tanto el deudor pagó indebidamente a los padres, no tendrá que pagar dos veces, pues el anterior pago se mira como válido.

Obsérvese de cómo el legislador sacrifica al legítimo acreedor (los hijos) para declarar válido el pago hecho al primer acreedor, es decir, al acreedor que resultó falso, simplemente aparente.

Obsérvense nuevamente los requisitos que exige la ley para que pueda valer la excepción que se estudia: 1°. Pago de buena fe, y 2°. Error invencible al tomar por verdadero un falso acreedor pues la ley exige que se trate de un acreedor que esté "en posesión del crédito", es decir, lo haya adquirido por medios legítimos. Aquí el legislador sin más, transforma la simple apariencia en realidad, crea de la nada un derecho.

Sexta aplicación. - Herederos o legatarios putativos reconocidos por decreto judicial.- El artículo 766 advierte que no son justos títulos de adquisición de derechos los falsificados, los conferidos por personas en calidad de mandatarios de otra sin serlo, el que adolece de un vicio de nulidad y los meramente putativos.

Pero el párrafo final de tal texto legal agrega que al heredero o legatario putativo a quien por decreto judicial se haya dado la posesión efectiva, servirá de justo título el decreto; como al legatario putativo el correspondiente acto testamentario que haya sido judicialmente reconocido.

Esta hipótesis se realiza cuando alguien se hace declarar heredero por la justicia y obtiene la posesión efectiva y más generalmente la adjudicación de determinados bienes de la herencia. Si enajena un tercero, éste adquiere definitivamente el derecho, aunque posteriormente resulten inválidos los decretos judiciales de reconocimientos de herederos y las sentencias judiciales que otorgaron ya la posesión efectiva o aprobaron la partición y adjudicación de la herencia. Aquí se protege una buena fe cualificada, una buena fe exenta de culpa.

¿Estas aplicaciones son de interpretación restrictiva, o por el contrario, son apenas aplicaciones de un principio superior no inscrito expresamente en el Código Civil, pero vigente dentro del ordenamiento jurídico que los jueces deben aplicar a todos los casos que guarden analogía, es decir, que obedezcan a la misma orientación de los que expresamente reglamenta el Código Civil?

La respuesta a esta pregunta la dió esta misma Corte en su sentencia de 20 de Mayo de 1936 (G.J., Tomo XLIII, página 44 y siguientes). Después de examinar la Corte varios artículos del Código Civil que contienen aplicaciones de la buena fe creadora o buena fe exenta de culpa, advirtió que aquellas disposiciones no podían "ser interpretadas y aplicadas con un criterio rígidamente restrictivo, sino que son consecuencias formuladas por el propio legislador -para hipótesis que él pudo y estimó necesario prever y resolver concretamente- del principio general y superior de derecho consignado en la máxima "**error communis facit jus**", de tan perfecta aplicabilidad dentro del orden jurídico positivo colombiano...., y que a su turno no es otra cosa que la explicación y reglamentación técnica de algunos de los más trascendentales efectos de la función creadora de la buena fe".

Y la solución que dió la Corte en aquel entonces sobre la pregunta planteada, armoniza perfectamente con claras disposiciones de la ley positiva. El artículo 8° de la Ley 153 de 1887, prescribe que cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes, que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto, las reglas generales del derecho.

Así, pues, que la analogía en sus dos variedades principales, analogía **legis** y analogía **juris**, son de perfecta aplicabilidad en derecho civil colombiano por mandato expreso de la ley.

8. - Los métodos antiguos de interpretación enseñaron que en el Código Civil se encontraba todo el derecho civil; que el intérprete debía aplicarlo sin poder extender los casos previstos por el legislador a otros casos y siéndole prohibido investigar la existencia de ciertas reglas o principios generales tradicionales reconocidos por las naciones civilizadas.

Pero esta identificación del derecho civil con el Código Civil, o más exactamente, entre el derecho y la ley escrita, ha sido rota definitivamente en nuestra época y reemplazada por una metódica distinción entre derecho y ley escrita. La ley escrita es apenas una de las fuentes formales del derecho, la más importante desde luego, pero no la única.

El derecho en general, es un sistema compuesto no de casos empíricos, sino integrado por verdaderas instituciones y principios generales. Esta concepción se encuentra vigente en nuestro derecho por mandato expreso del ya citado artículo 8° de la Ley 153 de 1887, que habla de las reglas generales del derecho; el mismo artículo 4° de tal ley que habla de los principios de derecho natural y las reglas de la jurisprudencia; el artículo 5° de la misma ley que se refiere a la equidad natural; el artículo 32 del Código Civil que ordena interpretar los pasajes oscuros o contradictorios de la ley, del modo que más conforme aparezca al espíritu general de la legislación y a la equidad natural. Todas estas expresiones, principios generales de derecho, reglas de la jurisprudencia, principios de la equidad, espíritu general de la legislación, son expresiones que no tienen cabida dentro de una concepción exegética del derecho civil, sino dentro de una concepción sistemática, es decir, dentro de aquella idea que enseña que el derecho civil no se compone de casos aislados o empíricos, sino que es una ciencia de principios generales.

El Juzgador debe, pues, en cada caso concreto, investigar los principios, los conceptos generales y con su ayuda extraer el sentido propio de los textos legales.

Toda ley, en última instancia, no representa otra cosa sino aplicación de algún principio general (interpretación sistemática).

La interpretación sistemática conduce a aplicar la ley a hipótesis que el legislador no previó, es decir, a dar el texto legal un alcance superior al que se desprende de su tenor literal; conduce también a extender las aplicaciones singularizadas que de un principio general se hizo a otros casos análogos.

La interpretación sistemática, según advierte un autor, debe trabajar con los datos de la Historia, del Derecho Comparado y de la Filosofía; pero sus conclusiones deben tener como fin la adaptación de las soluciones jurídicas a las actuales necesidades económicas y éticas (Enneccerus, tomo 1°, número 22).

Está acreditado que el Código ha hecho aplicaciones del principio general de la buena fe cualificada, buena fe exenta de culpa ("**Error communis facit jus**"). Este principio general deroga para ciertos casos aquella regla de orden lógico de que nadie puede transmitir o constituir a favor de otro más derechos que aquellos de que es legítimo titular ("**Nemo plus jus ad alium transferre potest quam ipse habet**"). Esta regla de orden lógico continúa vigente en el orden positivo; es una columna fundamental de cualquier ordenamiento jurídico; pero sufre limitaciones frente a aquella otra regla que predica la protección de la buena fe exenta de culpa, es decir, producto de un error invencible ("**Error communis facit jus**").

En otros términos: el derecho se funda en la realidad de las situaciones y no en simples apariencias; es más: su misión consiste en hacer predominar lo realmente adquirido por los contratantes, o sea la naturaleza objetiva de las situaciones jurídicas; debe desenmascarar lo simplemente aparente para hacer predominar lo legítimo o verdadero.

Pero la buena fe creadora de derechos constituye un límite a esa misión de la norma; se hace valer en determinado caso lo aparente ante lo real.

Para una mayor precisión y exactitud de la vigencia de las dos reglas enunciadas, o sea la que enseña que nadie puede transmitir a otro más derechos que aquellos que se encuentran radicados en su cabeza, y la de la buena fe cualificada o buena fe creadora de derechos, es necesario señalar los campos respectivos de aplicación de ambas. La regla clásica de que a nadie puede transmitir a otro más derechos que aquellos de que es legítimo titular, se encuentra vigente en el derecho y se aplica a los casos normales.

La regla de la buena fe cualificada o buena fe creadora de derechos, se aplica a casos excepcionales. Esta regla de la buena fe cualificada y que ha dado lugar a la conocida teoría de los derechos aparentes, tiene rasgos que le son característicos y se concretan a continuación:

I)- Ciertamente todo derecho es susceptible de ser ejercido ya personalmente, ya mediante un representante. En todo caso, a quien ejerce un derecho se le presume titular de él. Normalmente así suceden las cosas en el comercio; los poseedores de las cosas suelen coincidir con los dueños legítimos; pero en ocasiones se rompe esta simetría; se rompe cuando una persona aparece ante los demás como titular de un derecho sin serlo.

Si en tales circunstancias quien aparece como titular de un derecho que tiene todos los elementos de existencia, lo enajena, el adquirente de buena fe se convierte en propietario definitivo. Lo cual indica que el verdadero titular que permanecía escondido a los ojos de los demás, pierde definitivamente su derecho.

II)- En los casos en que la ley convierte en real un derecho o situación jurídica aparentes, para satisfacer las exigencias de la buena fe, se está refiriendo a la concurrencia conjunta de estos elementos:

a)- Que el derecho o situación jurídica aparentes, tengan en su aspecto exterior todas las condiciones de existencia real, de manera que cualquier persona prudente o diligente no pueda descubrir la verdadera situación. La apariencia de los derechos no hace referencia a la creencia subjetiva de una persona, sino a la objetiva o colectiva de las gentes. De ahí que los romanos dijeran que la apariencia del derecho debía estar constituida de tal manera que todas las personas al examinarlo cometieran un error y creyeran que realmente existía, sin existir. Este es el **error communis**, error común a muchos.

b)- Que la adquisición del derecho se verifique normalmente dentro de las condiciones exigidas por la ley; y
c)- Finalmente, se exige la concurrencia de la buena fe en el adquirente, es decir, la creencia sincera y leal de adquirir el derecho de quien es legítimo dueño.

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Civil- Bogotá, veintitrés de Junio de mil novecientos cincuenta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Arturo Valencia Zea).

CAPITULO I

ANTECEDENTES

I- RELACION DE HECHOS

1º- Por escritura pública número 1.213 de 10 de Agosto de 1942, otorgada en la Notaría Segunda de Cali y debidamente registrada, el señor Félix Cardona compró al señor Martiniano Lenis un terreno o solar en el barrio "Jorge Isaacs", de la ciudad de Cali, en la calle 31 entre carreras 4a y 5a, de diez metros de frente por treinta metros de fondo.

2º- El inmueble de que trata el punto anterior fue adquirido por Félix Cardona cuando ya estaba legítimamente casado con Judith Llanos, pues éstos contrajeron matrimonio el 5 de Abril de 1940.

3º- De esta suerte el inmueble de que se viene hablando entró al patrimonio de la sociedad conyugal Cardona-Llanos. Durante la existencia de dicha sociedad, Cardona construyó en el terreno una casa de habitación de paredes de ladrillo y adobe con techos de teja de barro, fachada de cemento, constante de ocho piezas, con sus correspondientes servicios de agua, luz y sanitarios.

4º- La sociedad conyugal Llanos-Cardona se disolvió por la muerte de la señora Judith Llanos de Cardona el 24 de Marzo de 1949. Por consiguiente, el inmueble de que tratan los puntos anteriores, con sus edificaciones y mejoras entró al patrimonio de la sociedad conyugal disuelta y a la herencia líquida de Judith Llanos de Cardona.

5º- No obstante lo anterior, el cónyuge supérstite señor Félix Cardona, por escritura número 1.586 del 8 de Julio de 1949, otorgada ante el Notario Tercero de Cali, vendió el inmueble al señor Aquilino Mosquera por la cantidad de diez mil pesos, habiendo cancelado el vendedor por esta misma escritura el crédito hipotecario que gravaba el inmueble a favor de Alfonso Buritica por \$6.500.00.

En el mismo contrato el comprador Aquilino Mosquera gravó el inmueble con hipoteca en favor de la señora Leticia Vivas de Echeverry, para responder por un crédito de \$6.500.00.

6º- La venta llevada a cabo por Félix Cardona, de un cuerpo cierto, se efectuó sin intervención de los herederos de la causante Judith Llanos de Cardona, o sean los hijos legítimos de ese matrimonio de nombre Marleny, Yolanda, Edgar, María Libia y James Cardona Llanos, quienes representan la sucesión y a la cual pertenece el inmueble de que se ha hecho mérito.

7º- El inmueble de que tratan los puntos anteriores lo posee actualmente la señora Leticia Vivas de Echeverry, en virtud de haberlo comprado a Aquilino Mosquera, como consta por la escritura pública número 355 de 9 de Febrero de 1950 de la Notaría Tercera de Cali. En el mismo instrumento se canceló el gravamen hipotecario que se había constituido sobre el inmueble, en favor de la señora Leticia Vivas de Echeverry.

II- LAS SUPPLICAS DE LA DEMANDA

Con fundamento en la anterior relación de hecho el propio Félix Cardona demanda a la señora Leticia Vivas de Echeverry solicitando:

1º- Que pertenece en pleno dominio a la sucesión líquida de Judith Llanos, representada por sus hijos James, María Libia, Edgar, Yolanda y Marleny Cardona Llanos y a la sociedad conyugal disuelta e ilíquida de Judith Llanos de Cardona y Félix Cardona, representada por éste, el inmueble con casa de habitación de paredes de ladrillo y adobe, constante de ocho piezas, con sus servicios completos de agua, luz y sanitarios, más el terreno en que está construída, ubicada en la ciudad de Cali, prolongación del barrio "Jorge Isaacs", calle 31 entre carreras 4a y 5a.

2º- La demandada Leticia Vivas de Echeverry debe restituir a la herencia de Judith Llanos de Cardona, representada por los herederos mencionados y a la sociedad conyugal disuelta y aún ilíquida formada entre los esposos Félix Cardona y Judith Llanos de Cardona, representada por el cónyuge supérstite y que es el demandante.

3º- La demandada Leticia Vivas de Echeverry es poseedora de mala fe y debe pagar a los demandantes los frutos naturales y civiles del inmueble.

III- LA SENTENCIA DE PRIMER GRADO

El Juez Primero Civil del Circuito de Cali falló las súplicas de la demanda el 24 de septiembre de 1954. Estimó el juzgador que no puede prosperar la acción reivindicatoria a favor de la sociedad conyugal disuelta pero ilíquida, porque es necesario

que antes se haya efectuado la división de bienes de que trata el artículo 1.832 del Código Civil.

Agrega el Juzgado que "la venta efectuada por el señor Cardona de un bien perteneciente a la sociedad conyugal disuelta pero ilíquida, no puede considerarse en las actuales circunstancias como venta de cosa ajena, porque si al cónyuge Félix Cardona se le adjudica en virtud de la liquidación de la sociedad ese inmueble o una cuota de éste, deberá aplicarse lo dispuesto en el artículo 1.401 del Código Civil. Antes de la partición del haber social, se ignora si el cónyuge Félix Cardona va a ser adjudicatario del bien que es objeto de este litigio y en consecuencia, no se sabe si existe venta de cosa ajena. Si se declarara que la sociedad conyugal Cardona-Llanos es dueña del inmueble en referencia y si ordenara su restitución, entonces el inmueble volvería nuevamente a la sociedad, con grave lesión de los derechos de la última adquirente señora Leticia Vivas de Echeverry y con violación del artículo 1.401 del Código Civil. Sería injusto e ilegal la resolución favorable de las peticiones del actor, porque al señor Félix Cardona en la liquidación que se haga de la sociedad conyugal, le podría corresponder determinada cuota de ese inmueble. Y con respecto a esta cuota no existiría venta de cosa ajena, por disposición expresa del artículo 1.401 del Código Civil".

Fundado en las anteriores consideraciones encontró el juzgador probada la excepción perentoria de petición de modo indebido; y como consecuencia, se absolvió a la parte demandada de los cargos formulados en la demanda.

IV- SENTENCIA DE SEGUNDO GRADO

Apelada la sentencia anterior, correspondió conocer del negocio al Tribunal Superior de Cali. Este lo decidió mediante sentencia de Abril 30 de 1956. De tal manera son las siguientes consideraciones:

"Aunque evidentemente repugna reconocer la acción reivindicatoria instaurada por el señor Félix Cardona como representante de sus hijos menores, por haber intervenido él mismo como vendedor en el contrato que prácticamente trata de desconocerse y porque el nombrado Cardona vendría a beneficiarse de su propia culpa con el triunfo de las pretensiones de sus representados, y aun cuando la excepción de petición antes de tiempo a que se acoge el sentenciador de primer grado morigerar un tanto el rigor del precedente ya aceptado al dar oportunidad de que se definan y concreten previamente los derechos que como gananciales o como herencia pudo transmitir el cónyuge tradente con las consecuencias a que se contrae el artículo 752 del Código Civil, el hecho es que la jurisprudencia ha pasado siempre por alto estas consideraciones, como también las que pudieran desprenderse de la estricta aplicación del artículo 1.401 de la misma obra, en cuanto parece asignar exclusivamente al adjudicatario la correspondiente acción de dominio, cuando dice en su segundo inciso: "Por consiguiente, si alguno de los coasignatarios ha enajenado una

cosa que en la partición se adjudica a otro de ellos, se podrá proceder como en el caso de la venta de cosa ajena..." o como lo sugiere también el artículo 779 del Código expresado, al hablar de las enajenaciones o gravámenes que haya hecho por si sólo alguno de los partícipes de la cosa común - y el cónyuge como socio de la sociedad conyugal es partícipe de las cosas, o bienes sociales-, para declarar que no pueden extenderse a más de lo adjudicado, ni subsistir contra la voluntad de los respectivos adjudicatarios...No distinguiendo, pues, la doctrina entre las diversas situaciones que puedan presentarse, y otorgándose, en consecuencia, la acción reivindicatoria lo mismo a los adjudicatarios como a quienes todavía no tienen ese carácter..., la excepción temporal de petición antes de tiempo debe considerarse descartada desde su origen, por no ser ella operante en el estado actual de las cosas o estar en contradicción con lo que hoy constituye la jurisprudencia más probable en consonancia con el artículo 4° de la Ley 169 de 1869".

En mérito de estas observaciones el Tribunal revocó la sentencia de primer grado y en su lugar condenó a la señora Leticia Vivas de Echeverry a restituir el inmueble referido a la sucesión conyugal ilíquida. También condenó a la señora Leticia Vivas Echeverry a pagar a las dichas sucesiones y sociedad conyugal ilíquida los frutos naturales y civiles percibidos desde la fecha de la demanda.

V- RECURSO DE CASACION

La señora Leticia Vivas de Echeverry representada por apoderado interpuso recurso de casación contra la referida sentencia del Tribunal Superior de Cali. Le formula varios cargos.

Mediante el primer cargo, se afirma que la sentencia es violatoria de los artículos 1.524, 1.525, 769, 1.602 y 1.603 del Código Civil, por cuanto estos preceptos definen la buena fe y la eficacia del contrato entre las partes; definen la ilicitud de la causa y prohíben que sea alegada por el culpable en acción o en excepción.

Debe tenerse en cuenta, agrega el recurrente, que la venta del inmueble la hizo el propio demandante afirmando ser propietario del mismo; y que ahora se presenta a la justicia para decir que vendió lo ajeno y pide, por tanto en representación de sus menores hijos y de la sociedad conyugal disuelta e ilíquida, que se condene a un tercero de buena fe a restituir el inmueble que él mismo vendió.

Agrega, que el demandante al vender como propio lo que sabía que era ajeno cometió dolo. Sobre el particular, continúa diciendo: "Desde las más remotas fuentes de la organización social se consideró el dolo, lo mismo que la malicia y el engaño, como carente de dignidad y de interés legal para utilizar los instrumentos del Estado en actos punibles, impidiendo al delincuente confeso presentarse a reclamar el beneficio derivado de aquellos para sí, o en asocio de otro.

"En el caso de autos, el Tribunal cometió doble error, pues sanciona la buena fe con que adquirió la demandada Leticia Vivas de Echeverry y en cambio premia el dolo con que obró el demandante".

Los artículos 1.602 y 1.603 del Código Civil, continúa el recurrente, ordenan que los contratos deben celebrarse y ejecutarse de buena fe. El demandante sin duda obró de mala fe al vender lo ajeno "sin que esta circunstancia hubiera sido manifestada en el contrato mismo". "Un demandante de tal calidad no tiene acción para validar su dolo, ni puede utilizar el poder público para que le ayude a enriquecerse a base de su ilícito, cuando ya ha percibido el precio de la cosa reclamada".

Los artículos 1.602 y 1.603 del Código Civil al decir que el contrato debe celebrarse de buena fé, deben conjugarse con los preceptos del mismo estatuto contenido en los artículos 1.524 y 1.525 que hablan de causa ilícita el primero y denegante de la acción el segundo, cuando la ilicitud se patentiza.

"Los contratos tienen en lo privado la eficacia que la buena fe les brinda, siempre a favor de quien pueda exhibir esa buena fe".

En cuanto al segundo cargo, insiste el recurrente, en el dolo cometido por el vendedor al declarar que vendió como propio lo que sabía que era ajeno. Y señala como violados los mismos artículos 1.602 y 1.603, 1.525 y 946 del Código Civil.

Y en cuanto al tercer cargo, advierte el recurrente, que la sentencia es violadora de los artículos 752, 779 y 1.401 del Código Civil. Sostiene este cargo afirmando que "la demandada representa los derechos que en la herencia tendría el señor Félix Cardona, si se acepta en gracia de discusión que la señora Vivas de Echeverry no es dueña de todo el inmueble". Y bien podría suceder, como lo dijo el Juez de primera instancia, que el inmueble se adjudicase en su totalidad al demandante, en su condición de cónyuge Supérstite para pagarle la mitad de gananciales. En este caso, no habría venta de cosa ajena sino venta de cosa propia, al tenor del artículo 1.401 del Código Civil.

CAPITULO II

CONSIDERACIONES GENERALES DE LA CORTE

I- Las reglas generales del derecho.

El ordenamiento jurídico no está constituido por una suma mecánica de textos legales. No como muchos pudieran creerlo, una masa amorfa de leyes. Todo orden jurídico está integrado por ciertos principios generales, muchos de ellos no enunciados concretamente por el Código Civil, pero de los cuales, sin duda, se han hecho aplicaciones concretas en casos singulares.

Ya el artículo 8° de la Ley 153 de 1887, prescribe que a falta de leyes aplicables a los casos controvertidos, deberán aplicarse las reglas generales del derecho. Entre los principios generales vigentes en el derecho positivo deben recordarse dos de importancia capital para fallar el presente negocio: el que prohíbe a una persona fundarse en su propia torpeza o inmoralidad para obtener beneficios a su favor, principio enunciado mediante la máxima de los latinos "**Nemo auditur propriam turpitudinem allegans**", y el principio de la buena fe exenta de culpa "**Error communis facit jus**".

II- Nadie puede alegar a su favor, ni a favor de terceros su propio dolo o mala fe.

El primer principio citado enseña que a nadie se le permite aprovecharse de su propio dolo; y que, por tanto, nadie puede presentarse a la justicia para pedir protección si ella tiene como fundamento la mala fe o dolo en que ha incurrido.

Con razón se ha dicho que constituye inmoralidad (torpeza) pretender beneficiarse de la mala fe o dolo que alguien ha cometido; los culpables de dolo son **indignos de ser escuchados por la justicia**.

Los Tribunales deben negar toda súplica cuya fuente es el dolo o mala fe cometidos por el demandante, de acuerdo con la máxima: "**Nemo auditur suam turpitudinem allegans**", pues ello, según advierten los autores, "**es contrario a la moral y a la dignidad de la magistratura**".

Es contrario, no sólo a las buenas costumbres sino también al orden público, que el culpable de dolo pretenda sacar ventajas del mismo.

Este principio se encuentra vigente en el derecho civil positivo. Algunos textos legales contienen aplicaciones particulares del mismo. En primer término, el artículo 1.744 del Código Civil, advierte que si de parte del incapaz ha habido dolo para inducir al acto o contrato, ni él ni sus herederos o cesionarios podrán alegar nulidad.

En segundo término, el artículo 1.525, precisa que no podrá pedirse o repetirse lo que se ha dado o pagado por un objeto o causa ilícita a sabiendas.

Estas aplicaciones no deben considerarse como casos aislados, sino como derivaciones de una regla más general vigente en nuestro derecho, cual es la que a nadie se le permite beneficiarse de su propio dolo.

III- La regla general de la buena fe

a)- Concepto de la buena fe.

Otro principio igualmente vigente en el derecho positivo es el de la buena fe. La expresión "buena fe" (*bona fides*) indica que las personas deben celebrar sus

negocios, cumplir sus obligaciones y, en general, emplear con decoro y honestidad una conducta leal. La lealtad en el derecho se desdobra en dos direcciones: por un lado, y normalmente, cada persona tiene el deber de emplear para con los demás una conducta leal, una conducta ajustada a las exigencias del decoro social. Por el otro lado, y en todo término, cada cual tiene el derecho de esperar de los demás esa misma conducta. Trátase de una lealtad (o buena fe) activa, si consideramos la obligación que cada uno tiene para con los demás, y de una lealtad pasiva, si consideramos el derecho que cada uno tiene de confiar en que los demás obren con nosotros decorosamente.

En el sistema jurídico de los romanos es posible indicar estas dos condiciones generales de la buena fe, las que se encuentran también en nuestro Código Civil, según se verá después. Pero en todo caso, una estructuración total de este principio se debe a los juristas germanos, quienes han reemplazado dichos términos por los de **Treu y Glauben**. **Treu**: nuestro deber de ser leales para con los demás; **Glauben**: nuestra creencia en la lealtad de los demás.

¿Cómo se determina la lealtad o buena fe?

Si la buena fe hace relación a una conciencia honesta, es decir, a un sentimiento de honradez - tener la conciencia de que se obra decorosamente, la confianza legítima de que los demás obran honestamente en sus negocios-, no obstante, es un sentimiento que tienen la virtud de objetivarse, de darse a conocer mediante ciertos módulos de conducta preestablecidos en una agrupación de hombres.

Obrar con lealtad, es decir, de buena fe, indica que la persona se conforma con la manera corriente de las acciones de quien obran honestamente, vale decir, con un determinado standard de usos sociales y buenas costumbres.

Los usos sociales y las buenas costumbres que imperan en una sociedad, son las piedras de toque que sirven para apreciar en cada caso concreto la buena fe, su alcance y la ausencia de ella. La buena fe no hace referencia a la ignorancia o a la inexperiencia, sino a la ausencia de obras fraudulentas, de engaño, reserva mental, astucia o viveza, en fin, de una conducta lesiva de la buena costumbre que impera en una colectividad.

Así, pues, la buena fe equivale a obrar con lealtad, con rectitud, con honestidad. Este concepto de la buena fe será mejor comprendido si lo comparamos con el concepto opuesto, o sea, el de la mala fe. En general, obra de mala fe quien pretende obtener ventajas o beneficios sin una suficiente dosis de probidad o pulcritud; vale decir, si se pretende obtener algo no autorizado por la buena costumbre. Desde luego, toda persona trata de obtener ventajas en sus transacciones. Pero quien pretende obtener tales ventajas obrando en sentido contrario a la buena costumbre, actúa de mala fe. El hombre de buena fe trata de obtener ventajas, pero éstas se encuentran autorizadas por la buena costumbre.

El derecho, desde los más antiguos tiempos, ha protegido siempre al hombre de buena fe y condenado al de mala fe. El orden jurídico dicta sus normas teniendo

siempre presente al hombre probo, al hombre recto, no aquél que obrando con astucia, con rapacidad o viveza, trate de aprovecharse de la ingenuidad, de los pocos conocimientos o falta de experiencia de otras personas, para sacar ventajas para sí, repugnan al pensar del hombre que obra con decoro social.

La más moderna doctrina advierte que la lealtad o buena fe de las personas debe equipararse a la conducta de quien obra "con espíritu de justicia y de equidad"; al proceder razonable del "comerciante honesto y cumplidor".

b)- Efectos generales de la buena fe simple.

Mirando ahora a los efectos de la buena fe, ésta es susceptible de dos grados: la buena fe simple y la buena fe cualificada (buena fe creadora, o buena fe exenta de culpa).

La buena fe simple es la exigida normalmente en los negocios. Esta buena fe simple es definida por el artículo 768 del Código Civil, al referirse a la adquisición de la propiedad como "la conciencia de haberse adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos, exentos de fraude y de todo otro vicio".

Los efectos de esta buena fe consisten en cierta protección que se otorga a quien de tal manera obra. Si alguien de buena fe obtiene un derecho, protegida su adquisición por la ley, en razón de no ser el transmitente titular de aquel derecho o no estar autorizado para transmitirlo, no obstante la falta de protección del derecho que se pretendió adquirir, la ley otorga a quien obró de buena fe ciertas garantías o beneficios. Sin duda tal persona será vencida en un debate judicial, pero el ordenamiento jurídico aminora los efectos de la pérdida del derecho.

Tal sucede cuando alguien de buena fe pretende adquirir la propiedad de una cosa y entra en posesión de la misma. Si posteriormente se descubre que el enajenante carecía de derecho para hacerle la mencionada transmisión de la propiedad, será condenado el poseedor de buena fe a entregar la cosa a su verdadero propietario. Pero la ley atempera aquí los efectos de la condena de la entrega de la cosa absolviendo al poseedor de buena fe, de pagar los frutos o provechos que le produjo la cosa durante el tiempo que la tuvo en su poder (artículo 964, párrafo 3º).

Aquí estima la ley prudente hacer una expropiación por motivos de utilidad privada, de los frutos que tenía derecho a reclamar el dueño de la cosa. También el poseedor de buena fe adquiere facultad para hacer suya la cosa poseída, junto con un título idóneo de transferencia, por el tiempo necesario para adquirir por prescripción ordinaria (artículos 2.528 y 2.529).

La buena fe simple es también un elemento fundamental de interpretación de los negocios jurídicos. Desde este punto de vista obliga la ley a cada contratante a celebrar y ejecutar su compromiso según enseñan las buenas costumbres, es decir, los usos vigentes en la sociedad.

c) La buena fe cualifica (buena fe creadora de derechos o situaciones; buena fe exenta de culpa). Máxima: "Error communis facit jus".

La buena fe cualificada o buena fe creadora de derechos o situaciones, tiene efectos superiores a los de la buena fe simple acabada de examinar.

Como su nombre lo indica, tiene la virtud de crear de la nada una realidad jurídica, vale decir, de dar por existente ante el orden jurídico, una derecho o situación que realmente no existe.

La buena fe creadora o buena fe cualificada interpreta adecuadamente una máxima legada por el antiguo derecho al moderno: "Error communis facit jus".

Tal máxima indica que si alguien en la adquisición de un derecho o de una situación comete un error o equivocación, y creyendo adquirir un derecho o colocarse en una situación jurídica protegida por la ley, resulta que tal derecho o situación no existen por ser meramente aparentes, normalmente y de acuerdo con lo que se dijo al exponer el concepto de la buena fe simple, tal derecho no resultará adquirido. Pero si el error o equivocación es de tal naturaleza que cualquier persona prudente y diligente también lo hubiera cometido, por tratarse de un derecho o situación aparentes, pero en donde es imposible descubrir la falsedad o no existencia, nos encontramos forzosamente, ante la llamada buena fe cualificada o buena fe exenta de toda culpa.

Se pregunta: ¿quién ha cometido un error semejante debe ser tratado en la misma forma en que es tratado quien obra con una buena fe simple o buena fe no cualificada, o si por el contrario, habrá necesidad de dotar de efectos jurídicos superiores la buena fe exenta de culpa?

El derecho antiguo al decir que un error común creaba derecho, pretendió gobernar con otro criterio la buena fe exenta de culpa. Para ello se llegó al extremo de expropiar el derecho al titular verdadero para adjudicarlo a quien había obrado con una fe exenta de culpa, vale decir, convirtió lo que resultó aparente, en realidad, o que es lo mismo, el propio orden jurídico crea por sus propias energías el derecho o situación que realmente no existía.

d)- La buena fe simple y la buena fe cualificada.

A fin de interpretar correctamente los principios que informan el Código Civil y los diversos textos legales del mismo, y evitar confusiones, es necesario dar unas aclaraciones complementarias para diferenciar los casos en que el Código se refiere a una buena fe simple que no sea derechos, sino que simplemente atempera a efectos de la buena fe cualificada y, que es objeto de examen aquí.

La buena fe simple tan sólo exige una conciencia recta, honesta; pero exige una especial conducta. Es decir, la buena fe simple puede implicar cierta negligencia,

cierta culpabilidad en el contratante o adquirente de un derecho. Así, la definición del artículo 768 corresponde únicamente a la buena fe simple y sólo se hace consistir en la conciencia de adquirirse una cosa por medios legítimos. Una aplicación importante de esa buena fe es la ya examinada del artículo 964 del Código Civil. En general, quien compra una cosa mueble a otra persona, actúa con una buena fe simple y no adquiere el dominio si el tradente no era el verdadero dueño, según lo dispone el artículo 752 del Código Civil. Ello, porque tan sólo se tuvo la conciencia de que el tradente era el propietario, pero no se hicieron averiguaciones o exámenes especiales para comprobar que realmente era propietario.

En cambio, la buena fe creadora de derechos a buena fe exenta de culpa (la que es interpretada por la máxima romana "**Error communis facit jus**") exige dos elementos: un elemento subjetivo y que es el que se exige para la buena fe simple: tener la conciencia de que se obra con lealtad; y segundo, un elemento objetivo o social: la seguridad de que el tradente es realmente propietario lo cual exige averiguaciones que comprueben que aquella persona es realmente propietaria. La buena fe simple exige tan sólo conciencia, la buena fe cualificada o creadora de derechos, exige conciencia y certeza.

Débase investigar ahora: ¿Contiene el Código Civil aplicaciones concretas de la buena fe cualificada o buena fe creadora (o buena fe exenta de culpa)?

e)- Aplicaciones que el Código hace de la buena fe creadora de derechos.

Prescindiendo de las aplicaciones hechas en materia de matrimonio y sin pretender agotar todas las posibles aplicaciones hechas por el Código de la buena fe creadora de derechos, los siguientes seis casos son aplicaciones concretas de la buena fe creadora de derechos o buena fe exenta de culpa ("**Error communis facit jus**").

Primera aplicación.- Adquisición de bienes muebles en establecimientos comerciales.- Establece el artículo 947 del Código Civil: "Pueden reivindicarse las cosas corporales, raíces y muebles.

"Exceptúanse las cosas muebles, cuyo poseedor las haya comprado en una feria, tienda, almacén u otro establecimiento industrial en que se vendan cosas muebles de la misma clase.

"Justificada esta circunstancia, no estará el poseedor obligado a restituir la cosa si no se le reembolsa lo que haya dado por ella y lo que haya gastado en repararla o mejorarla".

El artículo 947 no se refiere a la buena fe simple, sino a un grado superior, a la que se ha denominado buena fe cualificada o creadora de derechos y situa-

ciones. Si se refiriera a la buena fe simple, resultaría que el adquirente de cosa mueble comprada en establecimiento comercial, sería o obligado a restituirla a su verdadero dueño con la única facultad de hacer suyos los frutos durante el tiempo que lo tuvo en su poder.

Pero no es así, El adquirente de la cosa no puede ser desposeído de ella, mientras no se le pague lo que le costó y lo que haya gastado en repararla y mejorarla. Por tanto, el 947 del Código Civil se refiere a otra clase de buena fe, a la que se ha denominado, buena fe creadora de derechos. El comprador, desde luego, ha debido adquirir la cosa en un establecimiento comercial, o sea, en un establecimiento abierto al público en el que usualmente se vendan cosas de la misma naturaleza.

La buena fe protegida por el artículo 947 reúne ampliamente las condiciones ya anotadas, o sea, conciencia de adquirir la cosa de quien es dueño, y certeza de que el tradente es el verdadero dueño. Porque, según la costumbre, el comprador que quiere estar seguro de comprar de quien es dueño, se dirige a uno de tales establecimientos autorizado por la ley y los usos sociales para vender cosas al público. Nadie concibe que un comerciante con autorización del propio orden jurídico y a la vista de todos, abra un establecimiento para vender cosas de que no es propietario o que no se encuentra debidamente autorizado para venderlas.

En resumen: quien compra una cosa mueble en sitio diverso a un establecimiento comercial, ha comprado apenas con una buena fe simple; y si resulta adquiriendo de quien no es propietario, queda gobernado por los artículos 752 y 964 del Código Civil; pero quien compra en establecimientos comerciales queda gobernado por el artículo 947 del Código Civil.

Esta es una razón muy clara, si es que se aspira a interpretar el Código Civil según sus principios esenciales, de que existen dos grados de buena fe, la buena fe simple y la buena fe creadora de derechos.

Segunda aplicación.- La resolución de los contratos. - Si alguien adquiere por título escriturario debidamente inscrito en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados, un inmueble bajo condición resolutoria, pero ésta no se expresa en el título y lo enajena a un tercero, el cumplimiento de la condición no afecta al tercero adquirente, según las voces del artículo 1.548 del Código Civil.

Si no contuviera ese texto legal una reglamentación de la buena fe creadora de derechos, justamente la condición resolutoria obraría también contra el tercer adquirente, pues desapareciendo el dominio en el tradente, lógicamente debiera desaparecer el dominio adquirido por el tercero.

Y sin embargo, no es así; el tercero que encuentra el dominio radicado correctamente en cabeza del tradente; que no tiene maneras o formas de descubrir la

condición resolutoria que lo afecta, ha obrado con una buena fe exenta de culpa y es por ese motivo que se hace definitivamente propietario.

Tercera aplicación.- Nulidades de contratos frente a terceros de buena fe.- Según el artículo 2.048 del Código Civil "la nulidad del contrato de sociedad no perjudica a las acciones que corresponden a terceros de buena fe, contra todos y cada uno de los asociados por las operaciones de la sociedad, si existiere de hecho".

Este texto legal no representa otra cosa sino una aplicación del principio de la buena fe cualificada o buena fe creadora de derechos. Justamente la nulidad del contrato lo extingue, extingue todos los efectos que haya producido. Pero frente a terceros de buena fe, le ley restringe los efectos de tal nulidad para considerar existente y válida la sociedad anulada y que degeneró en una de hecho.

En el mismo sentido prescribe el artículo 472 del Código de Comercio, que la omisión de la escritura social, y la de cualquiera de las solemnidades prescritas en los artículos 469 y 470, produce nulidad absoluta entre los socios. Estos, sin embargo, responderán solidariamente a los terceros con quienes hubieren contratado a nombre y en interés de la sociedad de hecho.

Esta mencionada responsabilidad solidaria, en verdad no tiene otro fundamento sino la aplicación del principio de la buena fe exenta de culpa.

Confirma la idea expuesta en el artículo 477 del mismo Código, según el cual los socios no podrán alegar la nulidad del contrato de sociedad, por vía de acción o excepción, contra los terceros interesados en la existencia de la sociedad. Además, estos terceros podrán acreditar la existencia de una sociedad por cualquiera de los medios probatorios reconocidos por el Código del Comercio.

Limítanse, pues, en nombre de la buena fe cualificada, o buena fe creadora de derechos, los efectos normales que corresponden a la declaración de nulidad de una sociedad.

Y con carácter más general, el artículo 1.748 del Código Civil, advierte que "la nulidad judicialmente pronunciada da acción reivindicatoria contra terceros poseedores, sin perjuicio de las excepciones legales".

Es entendido, dentro de los principios lógicos, que si un tercero ha adquirido un derecho y la fuente de adquisición de su antecesor es inválida, también se invalida la suya (**Resolutio jure dantis resolvitur accipientis**); ya este texto legal advierte que tales efectos tienen excepciones legales. Una de tales excepciones, unánimemente enseñada por la doctrina y la jurisprudencia, consiste en la necesidad de proteger la buena fe creadora, o sea la buena fe cualificada. Es por tal motivo que la declaración de nulidad no alcanza al tercero que ha obrado con una fe invencible, es decir, cuando el derecho que adquirió el tercero aparecía regularmente constituido en el tradente.

Tal sucede cuando en tratándose de la adquisición de un inmueble, no existe manera de examinar el vicio de nulidad de algunos de los títulos adquisitivos, por ser un vicio oculto.

Aquí lo mismo que en el caso reglamentado por el artículo 1.548 del Código Civil y los reglamentados por los artículos 472 y 476 y 477 del Código de Comercio, la ley transforma la simple apariencia en realidad y crea a favor de terceros un derecho, pues a ello equivale el hacerlo inmune frente a la acción reivindicatoria ejercida por quien pidió la nulidad.

Cuarta aplicación.- Los efectos de los negocios simulados frente a terceros. - Dispone el artículo 766 que "escrituras privadas, hechas por los contratantes para alterar lo pactado en escritura pública, no producirán efectos contra terceros", agrega que "tampoco lo producirán las contraescrituras públicas, cuando no se ha tomado razón de su contenido al margen de su escritura matriz, cuyas disposiciones se alteran en la contraescritura y del traslado en cuya virtud ha obrado el tercero". De tal texto legal se deduce que la simulación en los contratos no produce efectos frente a los terceros de buena fe.

En efecto, a un tercero le es imposible estar al tanto de los pactos secretos de los contratantes que alteran lo declarado en un acto público. El adquirente que se atiene al acto público (escritura pública) y con base en tal escritura adquiere un derecho o una situación jurídica, ha obrado con una buena fe exenta de culpa, con una buena fe cualificada. El hecho de que más tarde se declare que el contrato público era simulado, tal declaración sólo produce efectos entre las partes, pero no alcanza al tercero de buena fe. Aquí como en las situaciones anteriores, la ley ha estimado prudente convertir en realidad lo meramente aparente. Crear a favor del tercero una situación que aplicando un riguroso criterio lógico, no existía.

Quinta aplicación.- Pagos hechos a un falso acreedor.- Ordena el artículo 1.634 en su primer párrafo, que el pago para que sea válido debe hacerse al acreedor mismo o a quien lo represente. Por tanto, por regla general, el pago hecho a un falso acreedor es inválido. Pero también es cierto que el segundo párrafo de tal texto legal agrega que "el pago hecho de buena fe a la persona que estaba entonces en posesión del crédito, es válido, aunque después aparezca que el crédito no le pertenecía".

Indudablemente este segundo párrafo del 1.634 contiene una aplicación de la buena fe creadora de derechos. Quien paga a quien se encuentre en posesión del crédito, sin duda puede cometer un error, pero es un error que se justifica ampliamente, pues cualquier persona que quiere pagar al verdadero acreedor se cerciora previamente de que se encuentre en posesión del crédito y si aún así tal posesión resulta aparente, la ley convierte el pago inválido en un pago válido, para satisfacer la exigencia del comercio.

En resumen: el deudor que paga al acreedor que se encuentra en posesión del crédito, no ha cometido ninguna culpa y ha reunido las dos condiciones de la buena fe cualificada o la buena fe exenta de culpa: conciencia recta y certeza.

Tal sucede cuando el acreedor muere y la acreencia pasa a los herederos. El deudor para no incurrir en un error, espera a que la justicia indique quiénes son tales herederos. Y una vez que sabe quiénes fueron declarados como tales, y que han entrado en posesión de los créditos del causante, cancela la deuda.

Pero resulta que si la justicia declaró como herederos a los padres cuando en realidad el muerto tenía hijos, vendrá una nueva sentencia judicial que dejará sin efectos la primera declaración de herederos y serán declarados como herederos definitivos los hijos.

Pero si entre tanto el deudor pagó indebidamente a los padres, no tendrá que pagar dos veces, pues el anterior paso se mira como válido.

Obsérvese de cómo el legislador sacrifica al legítimo acreedor (los hijos) para declarar válido el pago hecho al primer acreedor, es decir, al acreedor que resultó falso, simplemente aparente.

Obsérvese nuevamente los requisitos que exige la ley para que pueda valer la excepción que se estudia: 1º Pago de buena fe, y segundo, error invencible al tomar por verdadero un falso acreedor, pues la ley exige que se trate de un acreedor que esté "en posesión del crédito", es decir, lo haya adquirido por medios legítimos. Aquí el legislador sin más, transforma la simple apariencia en realidad crea de la nada un derecho.

Sexta aplicación.- Herederos o legatarios putativos reconocidos por decreto judicial.- El artículo 766 advierte que no son justos títulos de adquisición de derechos los falsificados, los conferidos por personas en calidad de mandatarios de otra sin serlo, el que adolece de un vicio de nulidad y los meramente putativos.

Pero el párrafo final de tal texto legal agrega que al heredero o legatario putativo a quien por decreto judicial se haya dado la posesión efectiva, servirá de justo título el decreto; como al legatario putativo el correspondiente acto testamentario que haya sido judicialmente reconocido.

Esta hipótesis se realiza cuando alguien se hace declarar heredero por la justicia y obtiene la posesión efectiva y más generalmente la adjudicación de determinados bienes de la herencia. Si enajena a un tercero, éste adquiere definitivamente el derecho, aunque posteriormente resulten inválidos los decretos judiciales de reconocimiento de herederos y las sentencias judiciales que otorgaron ya la posesión efectiva o aprobaron la participación y adjudicación de la herencia. Aquí se protege una buena fe cualificada, una buena fe exenta de culpa.

f)- ¿Estas aplicaciones son de interpretación restrictiva, o por el contrario, son apenas aplicaciones de un principio superior no inscrito expresamente en el Código Civil, pero vigente dentro del ordenamiento jurídico que los

jueces deben aplicar a todos los casos que guarden analogía, es decir, que obedezcan a la misma orientación de los que expresamente reglamenta el Código Civil?.

La respuesta a esta pregunta la dió esta misma Corte en su sentencia de 20 de Mayo de 1936 (G.J., Tomo XLIII, página 44 y siguientes). Después de examinar la Corte varios artículos del Código Civil que contienen aplicaciones de la buena fe creadora o buena fe exenta de culpa, advirtió que aquellas disposiciones no podían "ser interpretadas y aplicadas con un criterio rígidamente restrictivo, sino que son consecuencias formuladas por el propio legislador -para hipótesis que él pudo y estimó necesario prever y resolver concretamente- del principio general y superior de derecho consignado en la máxima "**error communis facit jus**", de tan perfecta aplicabilidad dentro del orden jurídico positivo colombiano..., y que a su turno no es otra cosa que la explicación y reglamentación técnica de algunos de los más trascendentales efectos de la función creadora de la buena fe". Y la solución que dió la Corte en aquel entonces sobre la pregunta planteada, armoniza perfectamente con claras disposiciones de la ley positiva. El artículo 8º de la Ley 153 de 1887, prescribe que cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto, las reglas generales del derecho.

Así, pues, que la analogía en sus dos variedades principales, analogía **legis** y analogía **juris**, son de perfecta aplicabilidad en derecho civil colombiano por mandato expreso de la ley.

En el presente caso se trata de dar aplicación a la analogía **juris**, es decir, aplicaciones concretas que el Código hizo, pero que se derivan de un principio y teniendo en cuenta, desde luego, las aplicaciones hechas por el Código, su sentido y orientación, aplicar tal principio a otros casos análogos.

Pero además, es necesario tener en cuenta que el intérprete está facultado para aplicar las reglas generales del derecho aún en los casos en que de ellas no se hubiera hecho ninguna aplicación.

g)- La sentencia del 20 de Mayo de 1936 y la buena fe cualificada o creadora de derechos.

Por otra parte, la jurisprudencia nacional ha extendido por analogía el principio examinado de la buena fe cualificada, entre los cuales se encuentra el fallado por esta Corte el 20 de Mayo de 1936. Consistió en lo siguiente: Alonso Triviño y Adelaida Paz contrajeron matrimonio en 1865. Alonso Triviño por medio de la escritura número 16 de 1873 de la Notaría Segunda de Cali, compró un lote de terreno situado en esa misma ciudad. El 29 de Agosto de 1894 falleció la señora Adelaida Paz de Triviño. Por escritura de marzo de 1920, otorgada en Cali, Triviño vendió como de su propiedad a Francisco A. Palacios la mitad del lote de terreno que había comprado en 1873, y por escritura pública vendió la otra mitad

a Francisco Luis Velásquez.

En el juicio de sucesión de la señora Adelaida Paz de Triviño, que cursó en el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Palmira, se le adjudicó a la señora Aquilina Paz viuda de Potes, como descendiente legítima, el inmueble que en 1920 había vendido el señor Triviño a Palacios y a Velásquez.

Fundándose en esta adjudicación, la señora Aquilina Paz viuda de Potes y los doctores Ernesto González P. y Hernando Caicedo que le habían comprado a dicha señora la mitad del inmueble, demandaron en juicio ordinario de reivindicación al señor Apolinar Guzmán, poseedor actual, por compras hechas a Palacios y Velásquez.

El Juez de primera instancia, como el Tribunal Superior de Cali, condenaron a Apolinar Guzmán a restituir el inmueble a los demandantes.

La Corte en aquella sentencia casó la del Tribunal Superior de Cali, por cuanto encontró que tal sentencia había desconocido el principio de la buena fé creadora de derechos ("**error communis facit jus**"). La Corte encontró que el demandado Apolinar Guzmán había actuado con una fe invencible exenta de culpa, en razón de no haber tenido maneras de conocer la disolución de la sociedad conyugal que Triviño había formado con la señora Adelaida Paz. Textualmente advierte que la sentencia que "ni del matrimonio Triviño-Paz, ni de la muerte de la esposa quedó rastro alguno en las escrituras públicas ni en el certificado que pudo tener a la vista para negociar el señor Apolinar Guzmán".

Agregó la sentencia: "Mejor dicho: los medios de publicidad establecidos por nuestra ley, tampoco le brindaron, ni podrán brindarle, al demandado, datos que fueran bastantes para suscitar dudas sobre la legitimidad de la operación que iba a celebrar o para inducir a un hombre avisado, prudente y diligente, a hacer averiguaciones adicionales tendientes a completar la información de las escrituras públicas y del certificado".

Agrega aún la sentencia que "la noción de error común es una noción que está íntimamente relacionada con los usos establecidos en un determinado país. Tomando como base tales sistemas de publicidad, así como las demás circunstancias susceptibles de ser apreciadas desde el punto de vista de la exculpabilidad del error, se llega a constatar la inculpabilidad de éste, es decir, el hecho de que un hombre diligente y avisado, colocado en las mismas circunstancias externas, sin faltar a las obligaciones de prudencia, habría incurrido en el mismo error y de allí se infiere o se deduce el carácter de común o colectivo de éste".

Finalmente, en el capítulo que sigue se examinará la situación jurídica de las partes en este pleito y especialmente si es o no el caso de dar aplicación a los principios generales que fueron expuestos en este capítulo o sea, aquel que prohíbe que los particulares se beneficien de su propio dolo y el principio de la buena fe creadora de derechos.

CAPITULO III

La situación de las partes en este pleito

I- La situación del demandante.

El demandante, señor Cardona, contrajo matrimonio el 5 de Abril de 1940. Por la escritura pública 1.213 de 10 de Agosto de 1942 compró el inmueble objeto de controversia, al señor Martiniano Lenis. Por haber sido una adquisición a título oneroso, tal inmueble entró a formar parte de la sociedad conyugal que en 1940 se formó entre Cardona y la señora Judith Llanos.

La sociedad conyugal que en 1940 se formó entre Cardona y la señora Llanos de Cardona se disolvió el 25 de Marzo de 1949, por haber muerto la esposa.

Posteriormente, el 8 de Julio de 1949, el conyuge sobreviviente Félix Cardona, vendió el inmueble que había adquirido en el año de 1942 al señor Aquilino Mosquera. En aquella escritura el vendedor expuso: que el inmueble objeto de venta era "de su exclusiva propiedad; que lo había adquirido por compra hecha en 1942 y por construcción realizada a sus expensas"; igualmente declaró que de acuerdo con la ley se obligaba al saneamiento de la propiedad transmitida. En la misma escritura el comprador constituyó hipoteca del inmueble comprado a favor de la señora Leticia Vivas de Echeverry, por la cantidad de \$6.500.00. Meses después, en Febrero de 1950, el comprador Aquilino Mosquera vendió el inmueble a la señora Leticia Vivas de Echeverry.

Así las cosas, debe tenerse en cuenta que la demanda ordinaria, causa de todo este pleito, está suscrita por el señor Félix Cardona y se funda en que la adquisición que hizo en 1942, fue adquisición hecha para la sociedad conyugal que tenía formada con la señora Judith Llanos; que al haberse disuelto esta sociedad en marzo de 1949, por muerte de la citada señora, el inmueble entró de plano a formar parte de la herencia de dicha señora y de la sociedad conyugal disuelta pero ilíquida, que representa el demandante.

Los anteriores hechos debidamente probados, demuestran muy a las claras que el demandante en la venta que hizo en Agosto de 1949, obró sabiendo que el inmueble pertenecía a una sociedad conyugal disuelta, no obstante afirmó en forma expresa, que el inmueble le pertenecía en plena propiedad. Vendió como propio lo que sabía que era ajeno.

Los contratos, como lo dice el artículo 1.603, deben ejecutarse de buena fe. Esta disposición legal aplicada al caso de autos, enseña que el señor Cardona al vender como propia una cosa ajena, estaba obligado a buscar por todos los medios posibles la adquisición de la propiedad, a fin de que adquiriéndola con posterioridad a la

venta, aquella se ratificará con retroactividad, según los términos del artículo 1.875 del Código Civil.

En consecuencia, el hecho de vender como propia una cosa ajena y el de recurrir posteriormente a la justicia para solicitar que el poseedor actual sea condenado a restituir el inmueble vendido a su verdadero dueño, implica claramente la intención de aprovecharse en su beneficio particular del dolo o mala fe cometidos en la venta hecha en Agosto de 1949.

Como ya se dijo, repugna que el autor de un dolo pretenda aprovecharse de él en su beneficio particular o en beneficio de terceros.

La vigencia del principio expuesto de que las acciones judiciales carecen de viabilidad cuando su objetivo esencial es el aprovechamiento del dolo que alguien haya cometido y la aplicabilidad de tal principio al negocio que se examina, lleva a la firme conclusión de que el demandante no debe ser oído.

Pero esta es apenas una de las razones que se tendrán en cuenta al fallar este negocio.

II- La situación jurídica de la demandada en el presente juicio

Como se ha visto, la poseedora actual del inmueble que se pretende reivindicar, lo es la señora Leticia Vivas de Echeverry, quien lo compró el señor Aquilino Mosquera, sucesor del demandante.

Se deja entrever que frente a la mala fe del demandante, se encuentra la buena fe con que ha obrado la citada señora Vivas de Echeverry.

En efecto: esta señora aparece prestando la suma de \$6.500.00 y obteniendo una garantía hipotecaria sobre el inmueble que en Agosto de 1949 el demandante vendió al señor Aquilino Mosquera. Tal señora tuvo en cuenta la afirmación que hacía el demandante de haber adquirido en 1942 para sí el inmueble y la de que tal inmueble le pertenecía actualmente; afirmaciones respaldadas por títulos correctamente inscritos en las Oficinas de Registro de Instrumentos Públicos y Privados. Dicha señora no estaba al tanto, ni podía estarlo, de la mala fe con que aquel entonces actuaba el demandante. Posteriormente compró el inmueble y lo compró con fundamento en la buena fe con que obró inicialmente.

En la contestación de la demanda la señora Leticia Vivas de Echeverry advierte que compró el inmueble a Aquilino Mosquera "previa revisión de todos los títulos y después de cerciorarse de que su vendedor era el propietario, actuando con la más completa buena fe, la cual aparece de manifiesto y ha de favorecerla, de conformidad con la ley y la jurisprudencia".

"Quien obró de mala fe, delictuosamente, como aparece de la demanda que contesto, y de las pruebas acompañadas a ella..., es precisamente el demandante señor Félix Cardona, quien en la correspondiente escritura de venta que hizo, no a mi mandante sino al señor Aquilino Mosquera, afirmó ser de su exclusiva propiedad el inmueble materia del contrato, lo cual ahora contradice con la mira de obtener inmorralmente un nuevo provecho, lo que no permitirá ni la justicia civil ni la justicia penal, a la cual acudiré a fin de que se investigue el hecho ilícito que el demandante manifiesta haber cometido y que encaja precisamente en el artículo 409 del C. de P.P."

Ciertamente, sólo con la demanda que presentó el señor Félix Cardona ante el Juez Civil de Cali, pudo saberse que la sociedad conyugal Cardona-Llanos se disolvió en virtud del certificado expedido por el Juez Segundo Civil del Circuito de Cali el 29 de Agosto de 1952.

Los contratantes en sus transacciones se atienen, y no de otra manera podría serlo, a la publicidad que se dá a las diversas situaciones jurídicas de las personas. En el año de 1949 lo único público y notorio era la escritura pública del año de 1942 por la que el demandante adquirió el inmueble y su respectivo registro; la escritura pública de venta que hizo el demandante en Agosto de 1949 al señor Aquilino Mosquera y su respectivo registro.

En la escritura pública por la cual adquirió la señora Vivas de Echeverry en 1950, no sabía aún esta señora nada en relación con la sociedad conyugal de uno de sus antecesores. De manera que tal señora adquirió de buena fe; y con una fe exenta de culpa, pues encontró el dominio regularmente constituido en cabeza de su tradente señor Mosquera. Dos hechos desconocía esa señora, hechos imposibles de conocer: en primer término, la mala fe con que el vendedor había actuado en 1949 al venderle el inmueble a Aquilino Mosquera y, en segundo término, la disolución de una sociedad conyugal realizada en Marzo de 1949, que no había obtenido aún ninguna clase de publicidad.

La buena fe de la poseedora actual es fuente de derechos a su favor. La aplicación concreta que es necesario dar a los principios enunciados conducen a la casación del fallo recurrido.

CAPITULO IV

Recapitulación y fallo

I- **La aplicabilidad y requisitos de la buena fe creadora de derechos.**- La parte motiva de esta sentencia y la resolutive, consecuencia necesaria de aquella, se inspiran en esta idea fundamental: **en los textos legales del C.C. o leyes que lo complementan y modifican, no se encuentra todo el derecho civil.**

Los métodos antiguos de interpretación enseñaron que en el Código Civil se encontraba todo el derecho civil; que el intérprete debía aplicarlo sin poder extender los casos previstos por el legislador a otros casos y siéndole prohibido intigar la existencia de ciertas reglas o principios generales tradicionalmente reconocidos por nacionales civilizadas.

Pero esta identificación del derecho civil con Código Civil, o más exactamente, entre el derecho y la ley escrita, ha sido rota definitivamente en nuestra época y reemplazada por una medica distinción entre derecho y ley escrita. La ley escrita es apenas una de las fuentes formales al derecho, la más importante desde luego, pero no la única.

El derecho en general, es un sistema compuesto de casos empíricos, sino integrado por verdaderas instituciones y principios generales. Esta concepción se encuentra vigente en nuestro derecho por mandato expreso del ya citado artículo 8° de la Ley 153 de 1887, que habla de las reglas generales del derecho; el mismo artículo de tal ley que habla de los principios de derecho natural y las reglas de la jurisprudencia; el artículo 5° de la misma ley que se refiere a la equidad natural; el artículo 32 del Código Civil que ordena interpretar los pasajes oscuros o contradictorios de la ley, del modo que más conforme aparezca al espíritu general de la legislación y a la equidad natural. Todas estas expresiones, principios generales de derecho, reglas de la jurisprudencia, principios de la equidad, espíritu general de la legislación, son expresiones que no tienen cabida dentro de una concepción exegética del derecho civil, sino dentro de una concepción sistemática, es decir, dentro de aquella idea que enseña que el derecho civil no se compone de casos aislados o empíricos, sino que es una ciencia de principios generales.

El juzgador debe, pues, en cada caso concreto, investigar los principios, los conceptos generales y con su ayuda extraer el sentido propio de los textos legales.

Toda ley, en última instancia, no representa otra cosa sino aplicación de algún principio general (interpretación sistemática).

La interpretación sistemática conduce a aplicar la ley a hipótesis que el legislador no previó es decir, a dar al texto legal un alcance superior al que se desprende de su tenor literal; conduce también a extender las aplicaciones singularizadas que de un principio general se hizo a otros casos análogos.

La interpretación sistemática, según advierte un autor, debe trabajar con los datos de la Historia, del Derecho Comparado y la Filosofía; pero sus conclusiones deben tener como fin la adaptación de las soluciones jurídicas a las actuales necesidades económicas y éticas (Enneccerus, Tomo I, número 22).

Está acreditado que el Código ha hecho aplicaciones del principio general de la buena fe cualificada, buena fe exenta de culpa ("**error communis facit jus**"). Este principio general deroga para ciertos casos aquella regla de orden lógica de que nadie puede transmitir o constituir a favor de otro más derechos que aquellos de que es legítimo titular ("**Nemo plus jus ad alium transferre potest quam ipse**

habet"). Esta regla de orden lógico continúa vigente en el orden positivo; es una columna fundamental de cualquier ordenamiento jurídico, pero sufre limitaciones frente a aquella otra regla que predica la protección de la buena fe exenta de culpa, es decir, producto de un error invencible ("**error communis facit jus**").

En otros términos: el derecho se funda en la realidad de las situaciones y no en simples apariencias; es más: su misión consiste en hacer predominar lo realmente adquirido por los contratantes; o sea la naturaleza objetiva de las situaciones jurídicas; debe desenmascarar lo simplemente aparente para hacer predominar lo legítimo o verdadero.

Pero la buena fe creadora de derechos constituye un límite a esa misión de la norma; se hace valer en determinado caso lo aparente ante lo real.

Para una mayor precisión y exactitud de la vigencia de las dos reglas enunciadas, o sea la que enseña que nadie puede transmitir a otro más derechos que aquellos que se encuentran radicados en su cabeza, y la de la buena fe cualificada o buena fe creadora de derechos, es necesario señalar los campos respectivos de aplicación de ambas. La regla clásica de que nadie puede transmitir a otro más derechos que aquellos de que es legítimo titular, se encuentra vigente en el derecho y se aplica a los casos normales.

La regla de la buena fe cualificada o buena fe creadora de derechos, se aplica a casos excepcionales. Esta regla de la buena fe cualificada y que ha dado lugar a la conocida teoría de los derechos aparentes, tiene rasgos que le son característicos y que se concretan a continuación:

1. Ciertamente todo derecho es susceptible de ser ejercido ya personalmente, ya mediante un representante. En todo caso, a quien ejerce un derecho se le presume titular de él. Normalmente así suceden las cosas en el comercio; los poseedores de las cosas suelen coincidir con los dueños legítimos; pero en ocasiones se rompe esta simetría; se rompe cuando una persona aparece ante los demás como titular de un derecho sin serlo.

Si en tales circunstancias quien aparece como titular de un derecho que tiene todos los elementos de existencia, lo enajena, el adquirente de buena fe se convierte en propietario definitivo. Lo cual indica que el verdadero titular que permanecía escondido a los ojos de los demás, pierde definitivamente su derecho.

2. En los casos en que la ley convierte en real un derecho o situación jurídica aparentes, para satisfacer las exigencias de la buena fe, se está refiriendo a la concurrencia conjunta de estos elementos:

a)- Que el derecho o situación jurídica aparentes, tengan en su aspecto exterior todas las condiciones de existencia real, de manera que cualquier persona prudente y diligente no pueda descubrir la verdadera situación. La apariencia de los derechos no hace referencia a la acreencia subjetiva de una persona,

sino a la objetiva o colectiva de las gentes. De ahí que los romanos dijera que la apariencia del derecho debía estar constituida de tal manera que todas las personas al examinarlo cometieran un error y creyeran que realmente existía, sin existir. Este es el error communis, error común a muchos.

b)- Que la adquisición del derecho se verifique normalmente dentro de las condiciones exigidas por la ley; y,

c)- Finalmente, se exige la concurrencia de la buena fe en el adquirente, es decir, la creencia sincera y leal de adquirir el derecho de quien es legítimo dueño.

II- El caso fallado por la Corte el 20 de Mayo de 1936 y el de autos.

La sentencia recurrida en uno de sus apartes advierte, después de estudiar la sentencia del 20 de Mayo de 1936 de esta Corte, que el caso fallado en aquel entonces no es equivalente al de autos.

Sobre el particular debe advertirse que jamás se presentan entre particulares dos conflictos que sean matemáticamente iguales. Pero la analogía entre un caso y otro se refiere, como es obvio, a una identidad esencial y no a una identidad de circunstancias secundarias o accidentales.

Las diferencias secundarias que existen entre el caso fallado por esta Corte el 20 de mayo de 1936 y el presente, permiten dar una aplicación con mayor certeza y mayor seguridad a los principios que han servido de soporte a la motivación de este fallo, que al que se refirió la Corte el 20 de Mayo de 1936.

1.- En 1936 se presentó a la justicia la hija del vendedor de un inmueble de la sociedad conyugal, a quien se había adjudicado tal inmueble, a reivindicarlo de terceros poseedores. En el presente caso, es el propio vendedor quien se presenta a la justicia a decir que lo que él vendió como de su propiedad exclusiva, no le pertenecía por hacer parte de una sociedad conyugal disuelta pero ilíquida.

Se deduce de esto que en el caso fallado en 1936, por lo menos, no existía mala fe en el reivindicante; en el caso de autos, existe esta mala fe, pues se trata de un vendedor que quiere aprovecharse de su propio dolo. Así, pues, en el caso de 1936, los terceros poseedores se defendieron con su buena fe invencible, únicamente.

En el caso presente se enfrentan por una parte, la buena fe invencible de la demandada frente al dolo o mala fe del vendedor.

2.- En el caso fallado por esta Corte el 20 de Mayo de 1936, se trataba de una sociedad conyugal disuelta y liquidada; en cambio, en el presente caso, se trata de una sociedad conyugal disuelta pero ilíquida.

3.- En lo demás coinciden las circunstancias esenciales que existieron para fallar el caso del 20 de Mayo de 1936, y el caso que se falla mediante esta sentencia.

Los compradores de 1936 lo hicieron con base en títulos escriturarios debidamente registrados en donde aparecía debidamente constituida una propiedad a favor del vendedor; exactamente lo mismo sucede en el presente caso, en que la señora Leticia Vivas de Echeverry, por título escriturario encuentra que la propiedad que compró se encontraba constituida en el tradente señor Aquilino Mosquera y a su vez, éste había comprado al señor Félix Cardona una propiedad constituida correctamente en su cabeza.

Ni los poseedores de 1936, ni la poseedora del caso de autos, tuvieron formas de conocer la existencia de una sociedad conyugal ya disuelta en razón de la ninguna publicidad que se dió a la existencia y disolución de tal sociedad.

Textualmente advierte la sentencia del 20 de Mayo que "ni del matrimonio Triviño-Paz, ni de la muerte de la esposa quedó rastro alguno en las escrituras públicas, ni en el certificado que pudo tener a la vista para negociar el señor Guzmán".

"Mejor dicho: los medios de publicidad establecidos por nuestra ley tampoco brindaron, ni podían brindarla, al demandado, datos que fueran bastantes para suscitar siquiera dudas sobre la legitimidad de la operación que iba a celebrar o para inducir a un hombre prudente y diligente a hacer averiguaciones adicionales tendientes a completar la información de la escritura pública y del certificado".

Estas mismas circunstancias se realizan en el caso de autos. Por la escritura pública 1.213 de 10 de Agosto de 1942, Félix Cardona compra a Martiniano Lenis un inmueble. En ninguna parte de esta escritura se advierte que el señor Félix Cardona tuviera formada una sociedad conyugal con la señora Judith Llanos. Por escritura 1.586 de 8 de Julio de 1949, Félix Cardona afirmando ser propietario de un inmueble y precisamente del mismo que compró en 1942, cuyo título se cita allí, lo vende al señor Aquilino Mosquera, advirtiendo que tal inmueble se encuentra libre de todo gravamen o limitación de dominio, a excepción de una hipoteca.

En ninguna parte de esta escritura se dice que el señor Félix Cardona haya sido casado, ni se hace referencia alguna a que la sociedad conyugal que tuvo formada con la señora Llanos se hubiera ya disuelto.

Los registros de todos estos títulos en la oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados de Cali, son correctos.

Finalmente, por la escritura 355 del mes de Febrero de 1950, Aquilino Mosquera vende la misma propiedad a Leticia Vivas de Echeverry.

De manera que a una correcta publicidad del dominio en cabeza de Félix Cardona, se opone un absoluto silencio de la existencia de una sociedad conyugal

disuelta a la que, según los principios generales, pertenecía el inmueble cuando lo compró la demandada.

Así que al comparar los dos casos se encuentra que entre ellos existe una identidad esencial; y que las diferencias entre los dos casos, una de ellas esencial, como el hecho de que sea el propio vendedor el que pretende aprovecharse de su propio dolo, conduce a la firme convicción de que merece más protección la buena fe exenta de culpa con que actuó la demandada Leticia Vivas de Echeverry, que la buena fe que la Corte encontró en los demandados en el año de 1936.

III- FALLO

La CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el ordinario de Félix Cardona contra Leticia Vivas de Echeverry, y en su lugar, ABSUELVE a la demandada de todos los cargos de la demanda.

Notifíquese, publíquese y cópiese.

Alfredo Cock Arango- Ignacio Escallón- José Hernández Arbeláez- Armando Latorre Rizo- Arturo C. Posada- Arturo Valencia Zea- Jorge Soto Soto, Secretario.

**DE LA GRUESA VENTURA
A LOS JOINT VENTURE
- CONTRATOS DE RIESGO
COMPARTIDO -**

LAUREANO GOMEZ SERRANO

DE LA GRUESA VENTURA A LOS JOINT VENTURE - CONTRATOS DE RIESGO COMPARTIDO -

LAUREANO GOMEZ SERRANO

"Y de lo más cierto y seguro que de dicho navío se salvaré de mar, en vientos, tormentas, fuegos, enemigos, corsarios y otras malas gentes y riesgos que sobrevengan desde que dicho navío se hiciera a la vela..."(1)

I. DE LA GRUESA VENTURA O EL RIESGO DO NAO

En las Nuevas Ordenanzas de la ilustre Universidad y Casa de Contratación de la Villa de Bilbao, expedidas el doce de Diciembre de mil setecientos treinta y seis (1736), se dedica el capítulo XXIII, a la regulación de los contratos del dinero o mercaderías que se dan a la GRUESA VENTURA O RIESGO DO NAO, forma usual en el comercio para vincular dinero o efectos (navíos, aparejos, armamentos, etc) a una aventura ligada a la navegación, de por sí azarosa.

La Ordenanza dispuso la obligación de reducir el contrato a escritura ante escribano público y ella misma señaló un modelo donde se hacía explícito el avatar de la negociación, con cláusula del siguiente tenor: "...siendo el dicho fulano igualmente participante y interesado en la asignación de ellas para correr los riesgos en dicho navío, los cuales serán y entenderán de mar, viento, tierra, fuego, amigos, enemigos y otros desgraciados sucesos, pensados o no pensados, que (lo que Dios no permita) puedan suceder a dicho navío, por donde se pierdan mercaderías y efectos; y siendo total la pérdida, yo y mis bienes hemos de quedar libres de la paga y satisfacción de la cantidad de esta escritura" (2)

En el contrato se otorgaban especiales garantías al dador del dinero, navíos o aparejos, se limitaba la cuantía del préstamo a las tres cuartas partes del valor del navío, se determinaban las prelaciones en casos de concurrir varias contrataciones sobre el mismo objeto y para el caso de pago de seguros; se precisaba igualmente la forma de prorratear la echazón, rescate y composiciones del navío y finalmente la forma de distribuir y pagar los principales y premios a los tiempos pactados, sorteando el riesgo al finalizar el viaje.

La ocurrencia del siniestro con pérdida entera de las mercaderías o el navío entregados a la gruesa, extinguía las obligaciones entre el dador y el tomador, sin que hubiera recurso alguno en contra de su persona o bienes, ya que ambos eran considerados partícipes o compañeros que han de compartir la pérdida o la ganancia, que se estimaba simplemente bajo juramento sin necesidad de otra prueba.

Pero la asunción de riesgo compartidos por parte de mercaderes, tiene antiquísimos antecedentes en el mismo CODIGO DE HAMMURABI, al disponer que cuando un mercader confía plata a un traficante para vender y traficar y lo despacha a una misión comercial, este estará obligado a apuntar todo beneficio obtenido, descontando los gastos resarcirá al mercader, pero "si estando en el camino un enemigo le despoja de todo lo que transportase, el traficante lo jurará así por la vida del dios y quedará libre" (3).

La LEX RODHIA DE IACTU, en la versión recogida por el DIGESTO O PANDECTA, una vez los jurisconsultos romanos superaron la aversión republicana por el comercio, considerada arte indigna de patricios, dispuso las acciones relativas al riesgo de la navegación, normatividad que según decisión del emperador Antonino Pío debía aplicarse como supletoria de las disposiciones romanas: "Yo soy señor del orbe, pero la Ley Rodia es señora del mar" (4)

Otorgaba la acción ejercitoria frente a todos aquellos que concurrían en la empresa de armar y proveer una nave quienes debían responder junto con el patrón de la misma según su participación; igualmente otorgaba a estos la acción de locación, para ejercer derecho de retención sobre las mercaderías, a efecto de recabar la contribución en las expensas de echazón, en razón a la necesaria proporcionalidad de la relación beneficio-daño que debía asumirse para el alijeramiento de la nave cuando esta se hallaba en peligro de naufragio.

En el código español expedido el 22 de Agosto de 1885, al artículo 719, el contrato a la gruesa o préstamo a riesgo marítimo será definido como "aquel en que, bajo cualquier condición, dependa el reembolso de la suma prestada y el premio por ella convenido, del feliz arribo a puerto de lo efecto sobre esté hecho, o del valor que obtenga en caso de siniestro" (5), pudiendo pactarse por documento privado, por escritura pública o mediante simple suscripción de póliza de seguro, y haciéndolo extensible no solo al casco del buque, sus aparejos, pertrechos, víveres y combustible, las mercaderías cargadas, sino también como innovación de origen tecnológico sobre la maquinaria, siendo el buque de vapor.

En esta codificación se restringen los riesgos asumidos por el prestador a los estrictamente derivados al accidente de mar en el tiempo y durante el viaje designados en el contrato, en cuyo caso se extinguen sus acciones; empero no sucede lo mismo si la pérdida proviene de vicio de la cosa, culpa o malicia del prestatario, baratería del capitán, hecho ilícito o cambio de buque excepto fuerza mayor, incumbiendo la carga de la prueba al que recibió el préstamo.

Al reducirse el riesgo de la navegación por la incorporación de notables avances en las estructuras de los buques, en los instrumentos de navegación y sus medios de comunicación, el contrato de riesgo marítimo desaparece de las legislaciones mercantiles positivas; ahora el buque ha dejado de ser elemento de comercio para convertirse en un simple medio de transporte, el capitán de la nave ha dejado de ser el jefe de una expedición mercantil altamente lucrativa para convertirse en asalariado de una empresa naviera.

En el sistema anglosajón, por el contrario la institución genera una mutación para incorporarse a campos afines, en los negocios especulativos de altos rendimientos donde el riesgo constituye el factor fundamental que concita a los partícipes, dispuestos a diluir sus aspectos negativos en la perspectiva de obtener ganancias extraordinarias.

Ahora, en el claroscuro de las novísimas corrientes del derecho mercantil que nos llegan del hemisferio norte, apostrofadas con denominación en idioma extranjero, despuntan viejas formas de colaboración empresarial, donde el riesgo se comparte por partícipes preñados del "animus lucrandi", que como la rosa de los vientos impulsa a los mercaderes de todas las épocas, recordando la máxima latina de NOVA ET VETERA.

II. - EL RIESGO COMPARTIDO

Dentro de las figuras de negociación jurídica que aparecen en ámbito del derecho mercantil, llegadas del sistema anglosajón, tendientes a ofrecer a los empresarios formas expeditas de asociación transitoria el JOINT VENTURE o contrato de riesgo compartido, permite la combinación de recursos económicos, intelectuales o físicos en la ejecución de un proyecto específico.

Etimológicamente la denominación inglesa puede indicarnos su naturaleza de unión, conexión, coyuntura o articulación, en una actividad de riesgo, ventura o albur, en una empresa arriesgada, muy ligada a la especulación.

Históricamente reaparecerán en el derecho norteamericano precisamente como asociaciones empresariales transitorias en actividades especulativas de gran riesgo, como la que origina la célebre sentencia del Tribunal de Nueva York de 1894 en el caso ROSS-VILLET, donde se determinaron sus características de asociación limitada en la duración y su objeto, pero ilimitada en cuanto a la responsabilidad frente a terceros.

En el mismo sentido se expresan SOLOMON y PALMITER, al señalar que "El JOINT VENTURE es básicamente una sociedad con un objetivo definido muy cerrado" (6), como por ejemplo la asociación de dos profesores en la producción de un texto de estudio, o la unión de dos corporaciones para la explotación de un proceso químico.

No obstante la precisión del objeto del JOINT VENTURE, la responsabilidad por la ejecución del mismo liga de manera absoluta a los partícipes, como por ejemplo, lo señala el riguroso trámite de su liquidación, inusual en la legislación norteamericana, expresado en la sección 273 de la DELAWARE CORPORATIONS LAWS (7).

En el derecho francés, se manifiesta como una forma particular de expresión de los grupos de interés económico (GIE), cuadros intermedios entre la sociedad y la asociación que permiten una gran libertad a las disposiciones convencionales inter-

partes, los "JOINT ENTERPRISE" asocian individuos con el objetivo de desarrollar un negocio particular en procura de un beneficio.

Como lo anota el profesor JEAN PIERRE GUYENOT, el interés común en la persecución de un determinado fin, la comunidad de propiedad, el control mutuo, el reparto del beneficio y la obligación de compartir las pérdidas, configuran los elementos esenciales del JOINT VENTURE, indiferentemente de si asume o no una forma contractual escrita o verbal, aglutinados estos por la consustancial buena fe, "lo cual implica honestidad, integridad y lealtad entre los miembros co-contratantes." (8)

La progresiva incorporación de nuestro país al mercado mundial nos plantea la necesidad de asimilar formas jurídicas que aún cuando transmutadas del derecho continental europeo de estirpe romántica al derecho anglosajón, como hemos visto, asumen estructuras atípicas, como expresiones de colaboración económica entre empresarios, entre ellas el consorcio, la unión temporal o transitoria de empresas, el Holding y los contratos de riesgo compartido, ahora denominados JOINT VENTURE.

El contrato de riesgo compartido, como creemos debe denominarse en castellano, da cuenta de una forma asociativa con ánimo de lucro que vincula dos o más empresarios en la ejecución de un determinado y específico proyecto común, combinando sus recursos económicos, intelectuales o físicos, pero sin conformar una personalidad jurídica independiente de los asociados.

La denominación de riesgo compartido, pretende expresar en español, el elemento específicamente fortuito, de aventura, de duda o recelo obre el resultado de la empresa, que denotan las expresiones inglesas "joint venture" y la francesa "entreprise aventurée", que va mucho más allá del riesgo generado en toda actividad empresarial, implícito en el contrato societario, de todas maneras signado por el "animus lucrandi".

La referenciación específica del objeto liga el contrato a actividades pioneras en el ámbito empresarial y jurídico, como lo son actualmente las relativas a la implementación tecnológica, o en su inicio a actividades meramente especulativas, donde los partícipes no pueden de antemano prever resultados exitosos de la gestión y por consiguiente asumen el riesgo ínsito en la operación.

La unión o asociación de los empresarios en esta forma contractual es coyuntural, carece de la permanencia demandada por la "affectio societatis", se despliega mientras permanezca la combinación de factores y circunstancias favorables para la obtención de utilidades extraordinarias; por tal razón los partícipes no se plantean la necesidad de conformar un ente jurídico autónomo e independiente, todo lo contrario lo desechan "a priori" por considerarlo lesivo al desarrollo de sus nexos económicos.

No obstante, a pesar de la razón coyuntural de la unión, esta les liga de tal manera a la realización del objeto, que no pueden desligarse de su cumplimiento, so pena de asumir la responsabilidad inter partes por abortar su ejecución, elemento que deslinda fronteras con la simple sociedad de hecho, de existencia precaria por la facultad de cualesquiera de los socios de pedir en cualquier momento su liquidación. (Artículo 505 del Código de Comercio).

De contera, para precisar la diferencia de contrato de riesgo compartido con las cuentas en participación tipificadas en los artículos 507 a 514 del Código de Comercio, obsérvese que mientras en el primero los partícipes actúan abiertamente frente a terceros, asumiendo directa, plena y explícitamente las responsabilidades derivadas del objeto de la relación contractual, en el segundo el gestor asume la ejecución externa de las operaciones mercantiles, bajo su entera responsabilidad con cargo de rendir cuentas y dividir con los partícipes las ganancias o pérdidas de la gestión en la proporción convenida.

Se distingue claramente, por la responsabilidad solidaria frente a terceros y entre sí, el "CONTRATO DE RIESGO COMPARTIDO" de la UNION TEMPORAL y del CONSORCIO, novedosamente tipificados en el artículo 7° de la Ley 80 de 1993, normativizando la unión establecida para la ejecución de un contrato administrativo, en el cual se asume por los partícipes responsabilidad solidaria por el cumplimiento de la propuesta, pero se limita al quantum de la participación en la asunción de sanciones por incumplimiento, en el primer caso y de responsabilidad solidaria para el evento del consorcio; en ambas la seguridad del resultado se halla institucionalizado como el principio de "ecuación contractual".

III. LA AUTONOMIA ATIPICA DEL JOINT VENTURE

Anota el tratadista ARRUBLA PAUCAR, quejándose de las confusiones generadas por formalismo romanístico de nuestra legislación respecto al instituto, sobre la necesidad de diferenciar las distintas formas de los JOINT VENTURES, y no tratarlo como un concepto único, distinguiendo las siguientes formas: 1) Incorporated Joint Venture, caracterizado por la formación de una sociedad ad-hoc, generalmente subsidiaria de las partes, 2) los Non Incorporated Joint Venture, donde se limita a una forma contractual sin constitución de sociedad, que puede asumir dos modalidades, los Joint Venture Strictu Sensu y los Joint Venture Contractuales, y 3) Joint Venture Internacionales, donde aparecen participantes de distintas nacionalidades, pudiendo revestir la forma de Joint Venture de Capitales o de Joint Venture Contractuales. Sobre su naturaleza jurídica afirma que: "se trata de un contrato atípico, de naturaleza jurídica propia (...) y que la relación que se establece entre las partes en estos contratos no constituye una sociedad ni una asociación, precisamente porque no hay búsqueda de una utilidad sino un esfuerzo conjunto para obtener producción" (9)

Determina que se trata de un contrato de colaboración, donde los partícipes hacen una contribución al esfuerzo común; por su forma de naturaleza consensual, atípico donde la libertad contractual puede desplegarse abiertamente, de duración ya que la aventura a que se encamina tiene un lapso de ejecución y con carácter oneroso, por cuanto de antemano las partes acuerdan dividirse las utilidades, advirtiéndose que respecto a las pérdidas puede pactarse su asunción por una sola de las partes, aún cuando este último acuerdo no es oponible a terceros. (10)

Las partes se ligan a través de un conjunto de derechos y obligaciones, tales como el derecho recíproco de representarse y obligarse, la de contribución al fondo común, de control a la empresa o proyecto aún cuando se haya deferido la administración a uno de los partícipes, el deber de obrar con buena fe y lealtad entre partícipes y el deber de no concurrencia en el negocio específico a que se refiere el vínculo contractual; frente a terceros cada partícipe se expresa como si fuese mandatario de los demás obligándolos de manera solidaria. (11)

El profesor NARVAEZ GARCIA, puntualiza que en el Joint Venture, en procura del beneficio empresarios independientes combinan bienes, tecnología, trabajo, etcétera, para adelantar un negocio determinado; en caso de pérdida todos las soportarán en la proporción convenida, pero las obligaciones de cada uno se circunscriben al lapso de duración del contrato, que es esencialmente regulado por la buena fe y donde "cada miembro actúa como personero de los demás y de ahí que el compromiso contraído por uno de ellos es como si se pactara con todos" (12)

Como concreción del Joint Venture en nuestro medio, alude a los contratos para exploración y explotación de hidrocarburos contemplado en los estatutos de ECOPETROL y en el decreto legislativo 2.310 de 1974, en desarrollo de los cuales se puede adelantar un proyecto determinado de exploración y explotación de hidrocarburos por una de las partes asociadas, bajo su responsabilidad y riesgo, consagrando el derecho de la otra de incorporarse a la empresa, teniéndola como de cuenta conjunta, cuando el proyecto llegue a un determinado grado de ejecución, como si desde el principio lo hubiesen realizado mancomunadamente, reservándose ECOPETROL la representación de las partes ante las autoridades nacionales. (13)

De la anterior reseña sobre las características asumidas por el contrato de riesgo compartido como figura típica, disciplinable por la voluntad de las partes contratantes, y el ejemplo aducido de los contratos de riesgo en la exploración de yacimientos de hidrocarburos, surge el problema jurídico de la posible realización y ejecución del mismo por las demás empresas industriales y comerciales del estado no amparadas por norma especial de la misma estirpe del aludido decreto con fuerza legal 2.310 de 1974.

Como lo expresamos anteriormente, el contrato de riesgo compartido (Joint Venture), es una forma asociativa empresarial, de naturaleza precaria, de responsabilidad solidaria e ilimitada, con objeto específico y determinado, calificado por la contingencia (el peligro de pérdida del aporte) en el cual el empresario se involucra

por su alta rentabilidad o por la imposibilidad de obtener los resultados bajo otra modalidad contractual.

La participación en la constitución del fondo social, determinada como aporte en el derecho societario, en tratándose de los contratos de riesgo compartido (Joint Venture), constituye la expresión económica del ánimo de colaboración de las partes involucradas en la actividad objeto del contrato.

En tratándose de entes estatales que manejan fondos del erario, que vinculan a sus administradores hasta por culpa leve en la responsabilidad administrativa, fiscal y penal, como puede verse, el efectuar aportes para la celebración de contratos de riesgo compartido colocaría a los representantes legales en una condición precaria en el evento de verificarse el riesgo implícito en las operaciones convenidas.

IV. COLOFON

El proyecto de reforma al Código de Comercio, sobre el Régimen General de Sociedades y Procedimientos Concursales, actualmente en curso en el Congreso, al Título IX, bajo el acápite de OTRAS FORMAS ASOCIATIVAS, presenta la normatización de las CUENTAS EN PARTICIPACION, que mantiene sus actuales características y los CONTRATOS DE COLABORACION EMPRESARIAL, entre ellos el CONTRATO DE AGRUPACION, la UNION TRANSITORIA.

Mientras el primero se refiere a la unión para el desarrollo de fases específicas de la actividad económica de los empresarios, en el segundo lo hacen para la ejecución de una obra, servicio o suministros concretos, debiendo asumir la voluntad contractual la forma escrita y ser inscrito en el registro mercantil.

Así entonces, el contrato de riesgo compartido permanecerá como relación atípica de nuestra actividad mercantil, sujeta simplemente al convenio entre los contratantes, como forma asociativa mercantil, desarrollándose a través del despliegue de la autonomía de la voluntad, pero sujeta a los parámetros de su finalidad económica y social, donde puede potenciar los recursos empresariales existentes dentro del territorio nacional y permitir la incorporación de los foráneos; como lo decía la Ordenanza Bilbaína "procurando acierto y evitar pleytos y diferencias que suele haber entre los que dan y toman semejante dinero o géneros a la gruesa ventura o riesgo do nao" (14)

CITAS

- (1) ORDENANZAS DE BILBAO, Capítulo XXIII, artículo XVI.
- (2) *Ibidem*
- (3) CODIGO DE HAMMURABI, XXVIII, SS 100 A 103; MADRID, EDITORIAL TECNOS, 1992.
- (4) EL DIGESTO DE JUSTINIANO, PAMPLONA, 1968, páginas 539 a 541 (ANTONINO PIO - 138- 161), EDITORIAL ARANZADI.

- (5) CODIGO DE COMERCIO ESPAÑOL, BOE, MADRID 1983.
- (6) SOLOMON, Lewis D - PALMITER, Alan R; CORPORATIONS; LITTLE, BROWN AND COMPANY, Boston, New York, 1994, página 20.
- (7) DELAWARE CORPORATIONS LAWS (VIRGINIA, 1974).
- (8) GUYENOT, Jean Pierre; Los Grupos de Interés Económico Ediciones Jurídicas Europa- América, Buenos Aires, 1973, Página 28.
- (9) ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto. Contratos Mercantiles, tomo II, DIKE, 1992, página 258.
- (10) *IBIDEM*, página 262.
- (11) *Ibidem*, página 266.
- (12) NARVAEZ GARCIA, José Ignacio, Obligaciones y Contratos Mercantiles, Temis, 1990, página 60.
- (13) *Ibidem*, página 62 y 64.
- (14) ORDENANZAS DE BILBAO, Capítulo XXIII, artículo XVI.

BIBLIOGRAFIA

- ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto. Contratos Mercantiles, tomo II, DIKE, 1992.
- CODIGO DE COMERCIO ESPAÑOL, Madrid, D.O.E., 1983.
- CODIGO DE HAMMURABI, XXVIII, SS 100 A 102; EDITORIAL TECNOS, MADRID, 1992.
- DELAWARE CORPORATIONS LAWS (VIRGINIA, 1974).
- EL DIGESTO DE JUSTINIANO; EDITORIAL ARANZADI, PAMPLONA, 1968, páginas 539 a 541 (ANTONINO PIO - 138- 161)
- GUYENOT, Jean Pierre; Los Grupos de Interés Económico, Ediciones Jurídicas Europa- América, Buenos Aires, 1973.
- NARVAEZ GARCIA, José Ignacio, Obligaciones y Contratos Mercantiles, Bogotá, Temis, 1990, página 60.
- ORDENANZAS DE BILBAO, Capítulo XXIII, artículo XVI.
- SOLOMON, Lewis D - PALMITER, Alan R; CORPORATIONS; LITTLE, BROWN AND COMPANY, Boston, New York, 1994.

SISTEMA DE BIBLIOTECAS UNAB

 unab **HEMEROTECA**

I. EL PROCESO ABREVIADO DE RESTITUCION DE INMUEBLE ARRENDADO

JORGE ENRIQUE PRADILLA ARDILA

I. EL PROCESO ABREVIADO DE RESTITUCION DE INMUEBLE ARRENDADO

JORGE ENRIQUE PRADILLA ARDILA

I. GENERALIDADES

Uno de los procesos declarativos que tuvo importantes reformas lo fue el de la referencia con ocasión de la expedición y puesta en vigencia del Decreto 2.282 de 1989.

En términos generales esta clase de proceso (el abreviado), al decir, del profesor Ramio Bejarano Guzmán inicialmente estuvo en vía de desaparecer según el pensamiento de la subcomisión creada por el Gobierno Nacional con el propósito de descongestionar la Administración de Justicia también en el ramo civil, (Ley 30 de Octubre de 1987), para que fuese verbal.

No fue posible debido a los eventuales visos de inconstitucionalidad por desbordamiento de las facultades extraordinarias.

En esta especie de proceso de hicieron sustanciales reformas como se analizará a continuación.

II. ANEXOS DE LA DEMANDA

De manera similar como lo exigía el anterior estatuto procesal civil (Decretos 1.400 y 2.019 de 1970, artículo 434, numerales 1 y 2), el actual dispuso que a la demanda con que se promueva esta especie de proceso se debe aportar la prueba documental del contrato de arrendamiento suscrito por el arrendatario, o la confesión de éste prevista en el artículo 294, o bien la prueba testimonial siquiera sumaria.

Estos tres medios probatorios son los idóneos para recoger el elemento sustancial del contrato de arrendamiento. No olvidemos que, acorde con lo preceptuado por el art. 1.973 del Código Civil en consonancia con los artículos 2 y 3 de la ley 56 de 1985, este contrato está clasificado dentro de los denominados consensuales (artículo 1.500 C.C.) es decir se perfecciona por el sólo acuerdo de la voluntad de las partes o sujetos negociables.

Sin embargo, la exigencia de esta prueba tiene su razón de ser en el sentido de que el proceso debe versar sobre si existió o no un incumplimiento injustificado o

culposo por parte del arrendatario de una o de varias de sus obligaciones emanadas del contrato, por eso el inciso 1o. del art. 424 del C. de P.C. denomina este proceso "Restitución del inmueble arrendado".

Pero, también, se acude a esta vía procesal cuando se está en presencia de otras causales completamente diferentes a las del incumplimiento del contrato de arrendamiento.

Me refiero a las eventualidades previstas por el art. 2.008 del Código Civil para inmuebles arrendados no para vivienda urbana o establecimientos comerciales, sino para el ejercicio de otras actividades diferentes a las enunciadas; o a la terminación del contrato por mutuo acuerdo de que trata el artículo 15 de la ley 56 de 1985; también cuando se está en presencia de la denominada restitución especial del inmueble arrendado para vivienda urbana, conforme lo preceptúa el artículo 18 de la cita ley.

Hoy en día, debido a que la actividad de prestación de servicios de arrendamiento se ha vuelto lucrativa, las entidades dedicadas a la explotación de esta actividad se han organizado en lonjas. Ello ha permitido que el clausulado que integra un contrato de arrendamiento vaya escrito en un documento proforma porque es lo más seguro frente al adagio "*scriptum, escriptum est*" (lo escrito, escrito está). En especial para evitar el día de mañana problemas de tipo probatorio, en la demostración del contrato.

La excepción entonces está dada por las pruebas confesional y testimonial que desde luego también son idóneas para demostrar la existencia del contrato de arrendamiento.

De otro lado, en materia de los denominados requerimientos privados o judiciales de que trata el artículo 2.035 del C.C., fácilmente se puede observar que debido a la función social que cumple este instrumento negocial, el legislador civil lo exigió para efectos de constituir en mora al arrendatario según lo preceptuado por el numeral 1o. del artículo 1.608 del C.C., a efecto de darle la posibilidad también de garantizarle el pago de la renta al arrendador.

Sin embargo, nada extraño resulta en los ya citados contratos escritos "proforma" hallar una cláusula accidental, constitutiva del mismo, por medio de la cual el arrendatario renuncia a los dos requerimientos que exige la disposición sustancial (artículo 2.035 C.C.). Este desprendimiento del derecho es válido a voces de lo preceptuado por el artículo 15 *ibídem* cuyo tenor literal es el siguiente:

"Podrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes, con tal que sólo miren el interés individual del renunciante, y que no esté prohibida la renuncia".

Luego, al renunciar de manera anticipada el arrendatario, a dicho derecho (a ser requerido) pues *ipso iure* queda constituido en mora al no cumplir con su obligación de pagar oportunamente la renta según lo pactado en el contrato, o lo previsto por la

ley (artículos 2.000 y 2.002 del C.C.).

Puede entonces presentarse la situación de que el arrendatario no se hubiese desprendido de manera clara e inequívoca de ese derecho a ser constituido en mora, y precisamente la demanda se funde en la causal del no pago de la renta convenida. Se hace entonces necesario proceder, previa admisión de la demanda dando cabal cumplimiento a lo preceptuado por el artículo 2.035 del C.C. Si el arrendatario paga o da garantía suficiente de ello al arrendador según la citada disposición, entonces no queda otro camino que el rechazo de la demanda por sustracción de materia.

Nada de ello dice el legislador, pero a un buen entendedor pocas palabras bastan y más aún conociendo la razón de ser u origen de este proceso.

Me parece que se hizo especial claridad en ese numeral 2o. del artículo 424 del C. de P.C. sobre la necesidad de indicar en la demanda "los cánones adeudados" por el arrendatario porque este al fin y al cabo se constituye en la parte débil del proceso; y concretamente se relaciona de manera directa con lo preceptuado por el numeral 2o. del parágrafo 2o. del citado artículo respecto de la carga de la prueba por parte del demandado, y al inicio del proceso, del valor de los cánones adeudados "según la prueba allegada con la demanda". Esto significa que la demanda debe ser clara y estar fundamentada sobre los cánones, su monto, y a qué períodos corresponden porque no se puede sorprender al demandado con cánones imaginarios o de cuantías exorbitantes, porque le imposibilitaría el ejercicio de su derecho a la defensa (artículo 29 de la Constitución Nacional), y qué no decir de aquellas demandas que no cumplen con la carga de la claridad y que se suelen caracterizar por la vaguedad de la cuantía de la renta adeudada.

No olvidemos que el arrendatario si no aporta la prueba escrita del pago de la renta, o no presenta los recibos de pago hechos al arrendador según lo determina el Decreto 2.813 de Diciembre 22 de 1978, artículos 4o. y s.s.; o no consigna a órdenes del Juzgado en la cuenta de depósitos judiciales del Banco Popular, o Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero en aquellas poblaciones donde aquel no existe, u otros bancos en defecto también de ésta, no puede ser oído, es decir es sujeto a una sanción procesal quizás de las más gravosas que prevé la ley, porque se traduce en una ausencia de oposición válida, dando pie al Juez para que dicte sentencia en pro de los intereses o pretensiones del actor, si no se decretan pruebas de oficio, y si la demanda viene en forma y además acompañada de los anexos de que tratan los numerales 1o. y 2o. del artículo 424 del C. de P.C., esto último cuando de la causal de no pagado de la renta se trate.

III. LA VINCULACION DEL DEMANDADO AL PROCESO

Admitida la demanda se inicia una etapa procesal muy importante, esto es la conformación de la relación jurídica procesal con la notificación al demandado la cual se logra en la forma prevista por el numeral 4o. del artículo 424 del C. de P.C. esto es

mediante el sistema de fijación de un aviso en la puerta o lugar de acceso al inmueble cuya restitución se pretende.

So pena de nulidad, desde luego saneable por el demandado, el aviso debe cumplir con todos y cada uno de los requisitos que precisa el inciso 2o. del numeral que se analiza, esto es, la clase de proceso (abreviado de restitución de inmueble arrendado), el nombre de los sujetos procesales o partes del proceso, la nomenclatura del inmueble (dirección, ubicación, etc.), copia del aviso, si fuera posible, se entregará a cualquier persona que trabaje o habite allí, "y se aplicará lo dispuesto en el numeral 2o. del artículo 320".

"El aviso se fijará en la puerta de acceso a dicho lugar, salvo que se impida al notificador fijarlo, **la notificación se considerará efectuada al finalizar el día siguiente al de la fijación del aviso, o aquel en que debía hacerse.**

Copia del aviso se remitirá a la misma dirección por correo, de lo cual se dejará constancia por el secretario.

En la misma fecha en que se practique la diligencia para la notificación personal, el notificador rendirá informe escrito de los motivos que le hayan impedido efectuarla o dar cumplimiento a los numerales anteriores. Este informe se considerará rendido bajo juramento" (se subraya).

Una pregunta que surge a propósito de esta sui generis forma de notificación, es la siguiente: ¿Qué sucede si el demandado ya no habita o trabaja en el inmueble, o se encuentra ausente y se ignora su paradero? ¿Debe aplicarse el artículo 318 del C. de P.C.?

A propósito de una respuesta doctrinaria, el Doctor Hernán Fabio López es del siguiente parecer:

"Notificación de la demanda. De ordinario, un auto admisorio de la demanda debe notificarse personalmente al demandado o demandados, y si no es posible hacerlo en forma directa procede la notificación personal indirecta por medio de curador, que se designará conforme a las circunstancias y según se trate del art. 318 o del 320 del C. de P.C.

La notificación de la demanda en el proceso de restitución de tenencia por arrendamiento es excepcional pues en estos procesos no tiene aplicación el art. 318 del C. de P.C. y el 320 solo en su numeral 2o. Ciertamente, dada la necesidad de disposiciones especiales para el contrato de arrendamiento, desde hace varios años se creó (art. 1.103 de la Ley 105 de 1931, Código Judicial) el sistema de notificación por aviso, perfeccionado en el art. 424, parágrafo 1o., numeral 4o., del C. de P.C., en virtud del cual se fijará un aviso en la entrada del inmueble objeto del proceso, que contendrá el nombre de las partes, la nomenclatura del inmueble o cualquier otra especificación que sirva para identificarlo y el objeto de la notificación, una copia se entregará a cualquier persona que se halle en el lugar, si se llegare a

encontrar alguna, y se aplicará lo dispuesto en el numeral 2o. del art. 320, es decir, que además deberá remitir copia por correo a más tardar un día después de fijado el aviso a la dirección del inmueble.

Se debe observar que el inciso segundo del numeral 4o. del parágrafo primero del art. 424, incurre en una ostensible omisión por cuanto en el aviso no se menciona la obligación de indicar el objeto de la notificación, vacío que tiene que ser llenado en el sentido de indicar que con el aviso se notifica la demanda, de ahí que señalemos el anterior como un requisito adicional que debe reunir el aviso a más de los tres que la ley menciona.

La notificación se entiende surtida un día después de fijado el aviso, el que por ser el término de días es hábil, o sea que, si por ejemplo, el aviso se fija un sábado como perfectamente puede ocurrir, queda surtida el lunes siguiente y el traslado de la demanda será a partir del día martes que empieza a correr.

Muy importante es destacar que el aviso permite surtir la notificación de los demandados sin que importe para nada si todos habitan o trabajan en el inmueble donde se fijó, porque a diferencia de las notificaciones por aviso de que trata el art. 320 donde se procurará primero la notificación personal y, de no poderse realizar aquella, procede la de aviso; en este proceso únicamente se surte la notificación del auto admisorio mediante la fijación del aviso, tal como diáfananamente lo destaca el numeral 4 del parágrafo 1 del art. 424, cuando señala que: "El auto admisorio se notificará a todos los demandados mediante la fijación de un aviso en la puerta o lugar de acceso del inmueble objeto de la demanda", o sea que en este proceso el notificador no debe inicialmente procurar la notificación personal sino que de plano procede a fijar el aviso y entregar copia a quien se encuentre".

Esta posición la comparto porque precisamente el propósito del legislador excepcional (Gobierno Nacional) fue el de "simplificar el trámite de los procesos judiciales y ajustarlo a la informática y las técnicas modernas" (literal e del artículo 1o. de la ley 30 de Octubre 9 de 1987).

Sin embargo, surge la gran polémica en torno de la inconstitucionalidad de la norma, si con ella se pretende suprimir otra forma de notificación. Piénsese en un demandado que no se encuentre habitando o trabajando en el inmueble y allí viva únicamente su familia, ajena al proceso, o que se encuentre ausente y se ignore su paradero. ¿Se estarían entonces desconociendo los principios de igualdad ante la ley y del debido proceso (artículos 13 y 29 de la Constitución Nacional)?

Considero que la solución surge de la interpretación que acabamos de darle.

No puede llegarse a pensar que el proceso devenga en nulo por ausencia de notificación en debida forma, porque los inmuebles se arriendan es para que las personas las habiten o usen.

Si está ausente entonces debe asignar **motu proprio** un apoderado especial o general; o en su caso designársele un curador de bienes; al fin y al cabo cada persona debe precaver las circunstancias que pueden presentársele el día de mañana.

De otro lado, similar de notificación se utiliza en tratándose de la restitución de la tenencia de predios agrarios según se desprende del contenido de los artículos 90, 49 y s.s. del Decreto Ley 2.303 de Octubre 7 de 1989 por medio del cual se creó y organizó la jurisdicción agraria.

Pero, en esta especial jurisdicción debe intentarse primero la notificación personal del arrendatario dentro de los dos días siguientes a la fecha de admisión de la demanda.

Como se trata de sitios bastante lejanos, el aviso se fija también en la puerta de acceso al predio donde habita o trabaja la persona del demandado. Otra copia se entregará a la persona que manifieste que trabaja o habita en el lugar.

"Simultáneamente, se fijará el aviso en el sitio que el Juez considere de mayor concurrencia pública y se leerá por medio de una radiodifusora del lugar o de la región, si la hubiere.

"De la fijación y radiodifusión del aviso se dejará constancia en el expediente.

Salvo disposición especial en contrario, la notificación se entenderá surtida dos (2) días después de la fijación del aviso en uno de los sitios indicados en el inciso primero de este artículo", (49 del citado Decreto), esto es, en la puerta de acceso al predio o en un sitio visible de éste.

IV. LA SANCION PROCESAL PREVISTA POR LOS NUMERALES 2 Y 3 DEL PARAGRAFO 2 DEL ARTICULO 424 DEL C. DE P.C.

Ninguno de los demás preceptos del estatuto procesal civil consagra una especie de sanción procesal de tanta repercusión, cuando el demandado deja de cumplir con la carga que le compete, esto es, si la demanda se funda en la falta de pago, de presentar los recibos expedidos por el arrendador correspondientes a los meses o períodos que aduce la demanda, o los de los últimos tres períodos, o los de las consignaciones a órdenes del juzgado en la correspondiente cuenta de depósitos judiciales que lleva el Banco Popular, o la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero en defecto de aquél.

No ser oído significa que se desatienda cualquier actuación que realice el demandado, esto es que no se tenga en cuenta. Así, si por ejemplo el arrendatario adeuda cánones y por ese causal es demandado en restitución de la tenencia, y no da cumplimiento a la carga procesal en mención, el Juez debe proceder a dictar

inmediatamente sentencia acorde con las súplicas de la demanda, porque para poder oponerse válidamente y estar presente en el proceso en forma, ha debido de dar satisfacción oportuna esto es, dentro del término que tenía para responder legalmente la demanda.

De igual efecto es la sanción cuando existe ya el proceso, cualquiera que fuera la causal invocada por el demandante para deprecar la restitución de la tenencia del inmueble.

Vale la pena recalcar que si el demandado no consigna a órdenes del juzgado entonces la sanción consistirá en no oírlo en ese estadio procesal, pero, el proceso debe seguir su senda normal y no como algunos jueces lo han interpretado, de que la sanción de no ser oído, el demandado, consiste en dictar, de plano la sentencia accediendo a las pretensiones del demandante. No, simplemente el proceso continúa su cauce legal; y si el demandado apela de la sentencia, porque aquel llegó a esa fase procesal, entonces se le deniega el recurso.

Y, cuando el demandado consigna los cánones que generaron la aplicación de la sanción, o presenta el recibo de pago hecho directamente al arrendador o el de la consignación efectuada en el proceso ejecutivo, si hubo necesidad además de ser demandado para el pago; entonces el arrendatario demandado en el proceso abreviado de restitución de la tenencia del inmueble, toma el proceso en el estado en que se encuentre, ésto es, que los términos no se pueden restituir porque ello sería atentatorio del principio de la preclusión de que trata el artículo 118 del C. de P.C., es decir el proceso no tiene porqué alterar su curso a causa de la culpa o incuria del arrendatario demandado.

Oportuna y justiciera es la retención de los cánones consignados por el demandado para poder contestar la demanda (si la causal en que se apoya es la de la falta de pago del canon), al igual que los causados durante el curso del proceso cuando el demandado alega no deberlos o le desconoce el carácter de arrendador al demandante; porque si se le entregaran, a éste, a pesar de ello, se estaría patrocinando un eventual enriquecimiento sin justa causa a consecuencia del abuso de un derecho que no tendría el demandante.

Pero cuando no prospera la excepción de pago o la del desconocimiento del carácter de arrendador (falta de legitimación en la causa por vía activa) debe condenarse al demandado a pagarle al demandante una cantidad de dinero equivalente al treinta por ciento (30%) de la cantidad depositada o debida, lo consagra el numeral 6o. del párrafo 2o. del artículo 424 del C. de P.C.

V. CELERIDAD DEL PROCESO

Precisamente el párrafo 5o. del citado precepto trata del cumplimiento de la sentencia y permite la aplicación de las normas atinentes a estos asuntos. Así, por ejemplo cuando se le reconoce al arrendatario el derecho a retener el inmueble, se debe tomar en cuenta lo preceptuado por el artículo 339 del C. de P.C. Para ese

efecto el demandante que triunfó en el proceso debe: o, bien presentar el recibo o comprobante de que le pagó al arrendatario el crédito que generó el reconocimiento del derecho de retención, o consignar a órdenes del Juzgado competente, que es el mismo que conoció del proceso, el monto de dinero del caso, y procederse a la entrega del inmueble que puede ser voluntaria o forzada y luego si entraría a dársele al arrendatario demandado la cantidad de dinero consignada.

Puede suceder que se hubiese reconocido el derecho de retención pero en abstracto, en este evento el valor de las mejoras se liquidará por vía incidental la cual se debe promover dentro de los veinte (20) días siguientes a la ejecutoria de la sentencia, o de la notificación del auto de obediencia a lo dispuesto por el superior jerárquico si la sentencia hubiese sido apelada.

Vencido este término legal sin que se hubiese promovido el incidente precluye la oportunidad, y debe procederse a efectuar la entrega del inmueble sin atenderse oposición alguna por dicho concepto.(1)

El párrafo 6o. del mencionado artículo consagra de manera expresa la prohibición de admitir la demanda de reconvencción, intervenciones excluyentes o coadyuvantes y acumulación de procesos, al igual que la audiencia de que trata el artículo 101 del C. de P.C. mediante auto que no admite recurso alguno.

No obstante, debe tenerse en cuenta lo preceptuado por el artículo 6o. del Decreto 2.651 del 25 de Noviembre de 1991 que entró a regir el 10 de Enero de 1992 sobre descongestión judicial por 42 meses que expiran el 10 de Julio de 1995; luego, en este proceso puede existir la audiencia de conciliación de que trata el artículo 101 del C. de P.C., en ese plazo, la cual tiene ocurrencia "a más tardar, al concluir la etapa probatoria del respectivo proceso".(2)

Es factible entonces la conciliación siempre y cuando el demandado haya respondido legal y oportunamente la demanda, porque si no se opuso o no consignó la renta alegada a órdenes del Juzgado, o no se presentó recibos de pago o de consignación hechas al demandante conforme a la ley, entonces la respuesta judicial es la sentencia en los términos de que trata el numeral 1o. del párrafo 3o. del artículo 424 del C. de P.C.

(1) Para el reconocimiento de las mejoras queda como alternativa recurrir al proceso ordinario previsto por el art. 396 C de P.C., según se desprende de la Sentencia del 02 de Agosto de proferida por la Sala de Casación Civil de la C.S. de J. en proceso de CARLOMACK LTDA V\$ Banco Popular.

(2) Mediante la Ley de 192 de 1995 se prorrogó por un año más la vigencia del Decreto 2.651 de 1991 año que se inició a computar a partir del 10 de Julio de 1995.

**ESTUDIO COMPARADO DE
DERECHO ESPAÑOL Y
DERECHO COLOMBIANO**

MIGUEL ANGEL GARCIA ALBERTI

ESTUDIO COMPARADO DE DERECHO ESPAÑOL Y DERECHO COLOMBIANO

MIGUEL ANGEL GARCIA ALBERTI

I. BREVE INTRODUCCION SOBRE LA UTILIDAD DEL DERECHO COMPARADO

Si abrimos los ojos y observamos con atención el mundo que nos rodea, no sería extraño llegar a una conclusión unánime en este sentido: Las barreras geográficas están desapareciendo, cada día somos - un poco más- ciudadanos del mundo; las relaciones internacionales crecen progresivamente a un ritmo imparable, y con ello se tornan más complejas; los ordenamientos jurídicos de diferentes países entran en conflicto constantemente;...se está llegando a una situación de interdependencia mundial.

Y es por ello por lo que se hace imprescindible un estudio del Derecho Comparado, un análisis de las diversas soluciones que a un mismo problema socio-jurídico se le da en los distintos foros internacionales, una mejor comprensión de las leyes extranjeras con miras a un futuro - tal vez no tan "futuro"- "Orden Jurídico Internacional".

En definitiva, se pretende abrir un camino ordenado y sistemático para abordar el estudio del sistema jurídico internacional, porque, y así lo dijo Labouleye, presidente de la "Société Française de Legislation Comparée", creada en 1869, el Derecho Comparado <<permite ver más lejos que las aplicaciones inmediatas de las reglas del derecho, remontar los principios de la legislación propia y buscar las profundas fuentes del derecho>>.

II. FAMILIA Y FILIACION

A) NOTAS SOBRE "FAMILIA"

El concepto de "familia" ha sufrido una transformación de tal calibre y tal magnitud que actualmente su configuración es diametralmente opuesta a la existente en la época del antiguo Derecho Romano. En pocas palabras, en la idea romanista de "familia" el elemento predominante no lo constituía la existencia de vínculos de sangre o de afecto, sino el poder que el "pater familias" ejercía sobre las personas a él sometidas. La familia romana era eminentemente patriarcal o agnaticia, o sea que al parentesco se continuaba por la línea masculina únicamente.

La influencia de la doctrina cristiana en esta institución se deja notar a partir del medioevo y con ello se produce el paso a la "familia consanguínea", expresión comprometida con una moral asentada en la indisolubilidad del matrimonio y en la exclusividad de la descendencia legítima en el marco de la protección jurídica a los hijos, y en la que se mantiene la potestad del marido sobre su esposa adquiriendo aquí un contenido eminentemente tutelar.

El proceso de cambio de este tipo de familia al actual se puede analizar a través del estudio de los siguientes aspectos, que se constituirán en marco de referencia para posteriores capítulos:

- De una familia patriarcal y estática se ha pasado a una familia dual y dinámica.
- Se acaba con la incapacidad civil de la mujer.
- Desarrollo de una labor mutua de ambos cónyuges en pro de la corrección y educación de los hijos.
- Eliminación del deber estricto de fidelidad.
- Eliminación de la absoluta indivisibilidad del matrimonio.
- Establecimiento y obligación de cumplimiento de la denominada "responsabilidad familiar".
- Contemplación de la filiación extramatrimonial o natural, acompañada de un proceso encaminado a la equiparación de efectos legales del conjunto de clases de filiación.
- Decidida intervención del Estado en pro de una real protección del menor.

Todo ello ha desembocado en una nueva concepción del término "familia", la cual ha sido institucionalizada mediante la **Declaración Universal de Derechos del Hombre**, redactada en el seno de las Naciones Unidas en 1948, y según la misma la familia está compuesta por el padre, la madres y los hijos que vienen en comunidad doméstica.

De la simpleza de esta definición se desprende implícitamente el reconocimiento de la igualdad entre los cónyuges y la equiparación de las tres clases posibles de filiación legítima o matrimonial, natural o extramatrimonial y civil o adoptiva.

B) CONCEPTO DE FILIACION

Se entiende por "filiación" la condición que a una persona atribuye el hecho de tener a otra y otras por progenitores suyos. Es la relación o vínculo que une a una persona con sus dos progenitores o con uno sólo. No es necesariamente - como dice el tratadista español el doctor Díez- Picazo- una situación derivada de un hecho biológico; una cosa es ser "padre" y otra ser "progenitor": "padre" contiene una carga de sentido socio- cultural y jurídico de la que carece el término "progenitor". Así, si decimos que A es "padre"/"madre" de B, significaría que A debe cumplir el conjunto de funciones que el Ordenamiento Jurídico espera y define con esa denominación.

En términos similares se pronunció el Tribunal Supremo en la conocida S.T.S. de 7 de Diciembre de 1988 al establecer que <<La filiación, fundada en principio en el vínculo de la generación, origina un estado, que es la posición que el individuo ocupa en la familia como hijo y de la cual derivan derechos y deberes>>.

Si ésta es la visión hispánica sobre la "filiación", es menester compararla con las voces que sobre el tema se han pronunciado con mayor énfasis en el marco de la doctrina y la jurisprudencia colombiana.

Así, el doctor Suárez Franco considera que <<la filiación es un estado jurídico que la ley le asigna a determinada persona, deducido de la relación natural de procreación que la liga con la otra. Es un estado social en cuanto se tiene con respecto a otra u otras personas ; es un estado civil, por cuanto implica la situación jurídica del hijo frente a la familia y a la sociedad, lo cual determina su capacidad para el ejercicio de ciertos derechos y el cumplimiento de determinadas obligaciones>>.

Parecida es la idea que se esboza en la **Sentencia de 12 de Enero de 1976 de la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia** (en adelante, S.C.,C.S.J.), definiendo la filiación como <<el vínculo jurídico que une a un hijo con su madre o con su padre y que consiste en la relación de parentesco establecida por la ley entre un ascendiente y un descendiente>>.

En definitiva, y sin ánimo de extendernos demasiado en estas cuestiones preliminares, podemos concluir diciendo que el concepto de filiación es parejo si analizamos los dos puntos de vista comparados, bien entendido que hacemos alusión a las bases fundamentales en que se apoya dicho concepto, a saber: la innecesaria coincidencia entre filiación jurídica y realidad biológica para poder hablar de "relación de filiación", el marco social en que se enmarca dicha relación, el cual la determina y define; la autoridad de la ley como fundamento para dirimir toda posible controversia, y como fuente de establecimiento y control de los derechos y obligaciones aparejados a la filiación.

C) EVOLUCION LEGISLATIVA EN MATERIA DE FILIACION

C.1) LEGISLACION ESPAÑOLA

Desde el Código Civil de 1889 hasta nuestros días la normativa en materia de filiación ha sufrido una lenta pero inexorable evolución, la cual ha desembocado en una legislación asentada en los principios que informan el concepto de "familia actual", una familia, antes estática, ahora dinámica, en la que impera la igualdad de los hijos, independientemente de su nacimiento, y la igualdad de los cónyuges en sus relaciones personales y patrimoniales, y como titulares conjuntos de la patria potestad.

Entrando en materia podríamos hacer alusión a las distintas leyes y demás disposiciones que han determinado la evolución antedicha, pero fieles al objetivo

establecido de sintetizar al máximo lo obtenido con nuestra labor de investigación, consideramos conveniente centrarnos en un momento histórico concreto: la entrada en vigor de la actual Constitución Española en Diciembre de 1978, texto que supuso un cambio radical en la historia sociopolítica de nuestro país y correlativamente una adaptación paulatina de la legislación en todas las ramas del Ordenamiento Jurídico.

Desde la perspectiva que nos ocupa los preceptos constitucionales que hemos de examinar son los siguientes:

- Art. 10.2 C.E.: Determina que <<las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España>>. Al hilo de este artículo deben, cuanto menos, mencionarse los siguientes Convenios ratificados por el Gobierno español: La Declaración de Derechos del Niño (1959), los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos (Nueva York, 1966), el Convenio Europeo de Derechos Humanos (Roma, 1950), y la Convención Europea sobre el estatuto jurídico de los hijos nacidos fuera del matrimonio (1975), entre otros, que, publicados oficialmente, se han convertido en parte de nuestro Derecho interno y conforme a ello deberemos tenerlos en cuenta al interpretar la normativa sobre filiación.

- Art. 14 C.E.: Este artículo formula el principio básico de igualdad en los siguientes términos: <<Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, (...)>>. Así planteado supone, entre otras cuestiones, la igualdad plena de los "hijos" ante la ley, abarcando con dicho término todas las clases posibles de filiación.

- Art. 39.2 C.E.: <<Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación (...)>>. Este artículo manifiesta ya expresamente la igualdad tantas veces mencionada y dándole el carácter de principio constitucional, y ello porque se encuentra ubicado en sede de "Principios sociales y económicos". No obstante se ha de tener en cuenta que estos principios deben ser desarrollados por la ley ordinaria para que tengan efectividad práctica y puedan ser alegados ante los tribunales en caso de su vulneración.

En suma, el constituyente configuró un concepto de filiación muy amplio, caracterizado principalmente por la igualdad plena a efectos legales desde la perspectiva de toda posible expresión de dicho concepto.

Como desarrollo de estos postulados fundamentales el legislador ordinario dictó la **Ley 11/1981 de 13 de Mayo de reforma del Código Civil en materia de filiación** que modifica por completo el Título V del Libro I del C.C., el cual lleva por rúbrica "**De la paternidad y filiación**" (arts. 108 a 141 C.C.). Esta reforma representa un cambio radical en relación con el régimen anterior, a saber:

- Plena igualdad de los hijos, independientemente de su filiación (ex art. 108.2 C.C.: <<La filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva plena, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código>>).

- Concepción más realista de la filiación (ex art. 127 C.C.: <<En los juicios sobre filiación será admisible la investigación de la paternidad y de la maternidad mediante toda clase de pruebas incluidas las biológicas>>).

- Predominio del interés del menor (ex art. 110 C.C.: <<El padre y la madre, aunque no ostenten la patria potestad, están obligados a velar por los hijos menores y a prestarles alimentos>>).

Con este breve análisis queda delimitada la evolución legislativa en materia de filiación desde la perspectiva del Ordenamiento Jurídico Español, a salvo de advertir que conforme a la dinámica que caracteriza todas las materias de Derecho de Familia debemos estar predispuestos para acoger nuevas situaciones generadas por los cambios sociales (a saber, la regulación de la adopción por parte de homosexuales), por el progreso de la ciencia (a saber, una legislación más específica sobre aplicación de las técnicas de reproducción asistida, fecundación "in vitro", transmisión intratubárica de gametos,...).

C.2) LEGISLACION COLOMBIANA

Para hablar de la evolución del derecho colombiano en materia de filiación es necesario partir de la **Ley 57/1887 sobre adopción de códigos y unificación de la legislación nacional** que declara la aplicación en Colombia del Código de Bello de 1873, aunque con las adiciones y reformas a las que alude esta ley. Tomando este cuerpo legal como punto de partida haremos alusión seguidamente a las leyes y decretos más importantes que se han redactado y aprobado sobre la materia que nos ocupa, y en consecuencia, han modificado la normativa de 1887:

- **Ley 45/1936 sobre reformas civiles (filiación natural):** Esta ley prepara la igualdad entre los hijos legítimos ("matrimoniales") y los naturales ("extramatrimoniales"). Concretamente el art.1º de esta ley empieza definiendo el concepto de "hijo natural" como <<El hijo nacido de padres que al tiempo de la concepción no estaban casados entre sí, [...], cuando ha sido reconocido o declarado tal con arreglo a lo dispuesto en la presente Ley. También se tendrá esta calidad respecto de la madre soltera o viuda por el solo hecho del nacimiento>>. Y del resto del articulado merecen destacarse los arts. 19 a 24 que aluden a la cuestión de los derechos sucesoriales de los hijos naturales en comparación con los previstos en favor de los hijos legítimos.

- **Ley 75/1968 por la cual se dictan normas sobre Filiación y se crea el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar:** Con esta ley se da un paso más en el camino hacia la igualdad de derechos de los hijos, pero no se circunscribe a este menester, sino que debe tenerse presente la misma por otro conjunto de

cuestiones, a saber: modifica la normativa atinente a los procedimientos de impugnación y reclamación de la paternidad y/o maternidad; establece la posibilidad de utilizar la prueba heredobiológica* en los supuestos de investigación de la paternidad; modifica la Ley 45/1936 en lo tocante al reconocimiento de hijo, a las presunciones de paternidad natural, a la patria potestad en favor de los hijos naturales,...; y, por encima de todo crea el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar**

- **Ley 29/1982 por la cual se otorga igualdad de derechos hereditarios a los hijos legítimos, extramatrimoniales y adoptivos y se hacen los correspondientes ajustes a los diversos órdenes hereditarios:** Esta ley consagra ya explícitamente la igualdad de derechos de los hijos (ex art. 1º: <<Los hijos son legítimos, extramatrimoniales y adoptivos y tendrán iguales derechos y obligaciones>>), y en base a ello modifica la normativa atinente a los derechos sucesoriales de los hijos.

- Llegados a este reconocimiento explícito del principio buscado no sería descabellado el pensar que hemos culminado felizmente nuestra labor, más este análisis quedaría incompleto si no se alude a la consagración de la igualdad legal de los hijos en la actual Constitución Nacional de 1991. Específicamente queda expresada en el art. 42 4º párrafo en los siguientes términos: <<Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes>>.

Con esta explicación metódica y concisa de las principales leyes colombianas en materia de filiación podemos dar por concluido este análisis evolutivo, no sin antes reiterar lo ya mencionado al referirnos a la legislación española atinente a los posibles cambios que nos depara el futuro.

D) REFERENCIA ESPECIFICA A LA FILIACION EXTRAMATRIMONIAL

D.1) EN EL MARCO JURIDICO ESPAÑOL

Ante todo intentaremos definir la expresión "filiación extramatrimonial" tomando como referencia la mencionada sobre la "filiación". El primer problema que se nos plantea es la carencia de una definición legal, a lo sumo el Código Civil apunta en su art. 108.1 que <<La filiación por naturaleza puede ser matrimonial o no matrimonial. Es matrimonial cuando el padre y la madre están casados entre sí>>. No

(* La práctica de esta prueba tiene actualmente un porcentaje de certeza del 99.99% en el caso de resultado negativo, y del 99.7% cuando resulta positivo. Estos datos están actualizados a diciembre de 1994).

(** El I.C.B.F. fue creado con el fin de proveer a la protección del menor y, en general al mejoramiento de la estabilidad y del bienestar de las familias colombianas. Para llevar a cabo el cumplimiento de tales fines se han ideado una serie de programas entre los que podemos destacar: los Hogares Comunitarios, el programa FAMI ("Familia, Mujer e Infancia"), los Hogares Infantiles, la atención al menor abandonado y al "menor de la calle" (específicamente se realiza esta labor en colaboración con la Organización Internacional Paz y Cooperación,...).

obstante la ambigüedad de este precepto, es del mismo del que la doctrina ha extraído una definición de "filiación extramatrimonial", concretamente el doctor Díez-Picazo se refiere a ella del siguiente modo: <<La filiación extramatrimonial es la filiación natural en que los padres no están casados entre sí en el momento de la concepción, ni en el del nacimiento, ni contraen matrimonio con posterioridad>>

Una vez definido este tipo de filiación es menester mencionar, sea brevemente, las normas principales que aparecen en el Código Civil en alusión a la misma, a saber:

- Art.108.2: <<La filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código>>.

- Art.120: <<La filiación no matrimonial quedará determinada legalmente:

1. Por el reconocimiento ante el encargado del Registro Civil, en testamento o en otro documento público.

2. Por resolución recaída en expediente tramitado con arreglo a la legislación del RC.

3. Por sentencia firme.

4. Respecto de la madre, cuando se haga constar la filiación materna en la inscripción del nacimiento practicada dentro del plazo de acuerdo con lo dispuesto en la Ley del RC>>.

- Art. 133: <<La acción de reclamación de filiación no matrimonial, cuando falte la respectiva posesión de estado, corresponde al hijo durante toda la vida>>.

- Art. 140: <<Cuando falte en las relaciones familiares la posesión de estado, la filiación paterna o materna no matrimonial podrá ser impugnada por aquellos a quienes perjudique.

Cuando exista posesión de estado, la acción de impugnación corresponderá a quien aparece como hijo o progenitor y a quienes por la filiación puedan resultar afectados en su calidad de herederos forzosos>>.

Observamos que la normativa referente a la filiación extramatrimonial no es suficiente para abarcar todos los posibles supuestos prácticos, de ahí que la jurisprudencia del T.S. en esta materia sea una interpretación extensiva de los preceptos del Código Civil mencionados, tarea que no concuerda con el espíritu del Derecho Continental (predominio del derecho positivo: "el imperio de la ley").

D.2) EN EL MARCO JURIDICO COLOMBIANO

Siguiendo el mismo orden utilizado al hablar del derecho español, empezamos primero por definir este tipo de filiación, labor que se puede circunscribir a la cita del art. 1º Ley 45/1936, que dice textualmente: <<El hijo nacido de padres que al tiempo de la concepción no estaban casados entre sí, es hijo natural ["Hijo extramatrimonial" ,si utilizamos la terminología de la Ley 29/1982], cuando ha sido reconocido tal con arreglo a lo dispuesto en la presente ley>>.

Respeto a la normativa aplicable a la filiación extramatrimonial en Colombia basta con decir que por disposición derogatoria expresa contenida en la Ley 45/1936 desaparecieron del Código Civil los artículos que aludían expresamente a este tipo de filiación, en concreto los artículos 318 a 332 que abarcaban todo el Título XVI. A raíz de ello debe entenderse que viene en aplicación la normativa referente a los "hijos legítimos" (hijos matrimoniales), salvo aquella que sea incompatible con los presupuestos objetivos de ambas filiaciones.

Apartándonos del esquema seguido en la explicación anterior, creo conveniente aludir los presupuestos contemplados por la legislación colombiana para poder acreditar una filiación extramatrimonial, presupuestos que estudiaremos separadamente según hagamos referencia a la filiación materna o paterna:

- Presupuestos para acreditar la filiación extramatrimonial materna:

* Confesión ficta o presunta, o expresa.

* Acta de nacimiento.

* En caso de falsificación del acta de nacimiento, la prueba de la suplantación de madre o el falso parto.

* La posesión notoria de estado.

- Presupuestos para acreditar la filiación extramatrimonial paterna:

* Reconocimiento de hijo.

* Presunciones del art. 6º Ley 75/1.968, a saber:

1º Caso de "raptó" (ahora se habla de "secuestro simple") o violación, cuando el tiempo del hecho coincide con el de la concepción.

2º Caso de "seducción".

3º Supuesto de confesión inequívoca en documento privado.

4º Caso de relaciones sexuales en la época a que alude el art. 92 C.C.

5° Trato personal y social dado por el presunto padre a la madre durante el embarazo y parto.

6° Acreditación de la posesión notoria del estado de hijo.

Acabadas estas explicaciones podemos dar por concluido el análisis técnico-jurídico de la legislación en España y Colombia en materia de filiación, salvas las breves conclusiones que haremos a continuación.

III. CONCLUSIONES

Si retomamos las notas de las páginas anteriores observaremos que se desprende un claro paralelismo entre las dos legislaciones comparadas en la materia que nos ocupa.

No obstante ello no es obice para apuntar que la legislación española se nos muestra más avanzada en estas cuestiones, dicho lo presente desde la perspectiva que nos aporta el comprobar que las reformas operadas en el ordenamiento colombiano en pro de la ansiada igualdad de derechos y obligaciones para los hijos independientemente de su afiliación acontecido en momentos temporales posteriores a las acontecidas en España.

Sentada esta apreciación de base es necesario a cuestionarse el problema fundamental en todo este campo tan importante del Derecho de Familia: ¿Qué se entenderá por "filiación" en el siglo XXI?

Si dispusiéramos los investigadores de este aspecto del Derecho de una bolsa mágica que nos revelara nítidamente el futuro, no precisaríamos estudiar esta sociedad cambiante en la que vivimos para poder dar una respuesta definitiva a la pregunta formulada. Más como ello no es así (¡desgraciadamente!), se hace imprescindible realizar ese estudio que comentábamos y en relación con el mismo se puede pensar que el concepto de "hijo" está evolucionando en los últimos años a un ritmo frenético, ritmo impuesto por la manifestación "in crescendo" de una más amplia libertad de las personas en la organización de sus vidas y por el desarrollo imparable de la ciencia (...hasta límites insospechados).

Pero no es suficiente con decir que se está alterando el concepto de "filiación", sino que debemos ilustrar esta idea con algunos ejemplos, a saber:

- Aplicación de las técnicas de reproducción asistida y, "a posteriori", equiparación de efectos de los hijos nacidos de esta aplicación en comparación con el concepto actual de "hijo".
- Admisión de la adopción por parte de parejas homosexuales, derivándose de ello la consagración legal de la "familia homosexual".

- Consagración definitiva de la igualdad entre la "familia de hecho" (manifiestamente arraigada hoy en día en Colombia) y la "familia matrimonial", superprotegida anteriormente por el Ordenamiento Jurídico.

- ...Y otras formas de mostrarse el nuevo concepto de "FAMILIA".

Dicho lo que acontece no queda más que plasmar el deseo del que suscribe que toda esta evolución respete, por encima de todo, al MENOR, sus derechos fundamentales consagrados positivamente en sinfín de legislaciones y, en concreto, su desarrollo como persona, porque así podremos empezar a escribir con palabras de esperanza el futuro de la humanidad.

**“LA PARTICIPACION
CIUDADANA EN EL
CONTROL DE LA
GESTION PUBLICA”
(Estatuto Anticorrupción,
Ley 190 de 1995)**

ORLANDO PARDO MARTINEZ

**“LA PARTICIPACION CIUDADANA EN EL
CONTROL DE LA GESTION PUBLICA”
(Estatuto Anticorrupción, Ley 190 de 1995)⁽¹⁾**

ORLANDO PARDO MARTINEZ

A partir de la década del 80 se producen importantes cambios a nivel mundial que persiguen y llevan a globalizar la economía y la política, mostrando la necesidad que la producción capitalista se fortaleciera o, al menos, ese era su requerimiento al tener una nueva lógica de mercado, por ello el papel del estado - como forma de organización societal- se debía reconfigurar intentando adaptarse a estas realidades.

Colombia al igual que el resto de países latinoamericanos vivía - como ha sido siempre una constante histórica- en una gran crisis en la dimensión política se evidenció al final del gobierno de Virgilio Barco como crisis de gobernabilidad, producida por la agudización de la crisis de legitimidad del régimen Político Colombiano, esto es, la falta de reconocimiento por parte de la sociedad civil hacia las instituciones estatales, esto unido a una crisis más estructural todavía, de corte Socio-Económico, promovida por el imperativo internacional de realizar cambios a todo nivel, para de esta forma pretender que el país entrara de plano en la nueva lógica del mercado mundial, por ello, desde el interior del estado se hizo referencia a la necesidad del cambio de configuración del mismo, esto es, adecuar sus instituciones y normatividad para que cumpliera y resistiera el condicionamiento y la innegable realidad socio- económica mundial que se avecinaba, al tiempo que pretendía recuperar su cuestionada legitimidad ante la sociedad civil.

El período sobreviniente salpicado de intentos parciales del gobierno de turno de dar respuestas a aparentes crisis coyunturales, mediante ajustes en sus políticas macroeconómicas, como en lo referente también a la Reforma Estatal, principalmente a través de la descentralización. Pero el inicio de la transición política no provino de la intensión estatal, sino del protagonismo de la sociedad civil que logró permear la pétrea institucionalidad y que conllevó a la elección de la Asamblea Nacional Constituyente y a la posterior expedición de una nueva carta política para nuestro país, que marcaría al menos en teoría la posibilidad de dar solución a las crisis, sobre todo a la ya señalada de gobernabilidad.

Es por lo anterior que el estado cambia su rol, en materia económica, deja de ser intervencionista y benefactor, pasando a preconfigurar un rol de tipo neorregulador, que permite ser determinado y permeado por el mercado, un Estado que asume y retoma las estrategias de seguimiento en cuanto a la eficacia y eficiencia utilizadas

(1) Ponencia presentada en el Seminario sobre el Estatuto anticorrupción, celebrado en la Universidad Industrial de Santander, UIS. F. de Humanidades, Escuela de Ciencias Socio-Políticas. Julio 14,15, 28 y 29 de 1995

por el sector privado para medir y guiar su desarrollo. Por ello se promueve todo un proceso denominado de modernización, en donde las funciones estatales no serán guiadas por la institución misma, sino por el espacio o ámbito donde opera o impera, esto es, por el mercado mismo, es así como el protagonismo de la sociedad adquiere suma importancia, pero a través de sus actores privados en un escenario de mercado.

Se puede pensar que frente a este esquema invertido de protagonismo pareciese que el mismo ocurriera también en el ámbito socio-político, a través de la participación de la sociedad civil en la ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas sociales y desde luego, en la gestión pública.

LA PARTICIPACION COMO FUENTE DE LEGITIMACION DEL NUEVO REGIMEN POLITICO JURIDICO COLOMBIANO

La Constitución Política de Colombia de 1991, tiene en la participación su mayor fuente de legitimación, y se puede decir utilizando una terminología eclesiástica que la consagra como un valor absoluto, como una categoría política que redefine la relación estado- sociedad civil, promoviendo y estatuyendo que el protagonismo de esta - La sociedad civil- ha de ser el elemento que connote realmente un estado que se identifique como democrático y social de derecho. Aunque se podría pensar que la participación ciudadana es por esencia connatural con la democracia, pero la historia ha demostrado lo contrario. Ahora bien, lo que nos interesa es evaluar el desarrollo de este innovador principio guía y esperanza política de la Sociedad Colombiana.

El futuro y desarrollo de la participación estuvo determinada, valga decir, delimitado su alcance político y jurídico desde la misma norma constitucional de 1991.

Comúnmente oímos que uno de los cambios fundamentales en el orden político superior, en el marco constitucional, fue el cambio de radicación de la soberanía y se afirma que la soberanía radica ahora en el pueblo, al tenor del Artículo 3 de nuestra actual carta política, pero al leer y analizar con cierto detenimiento este artículo, encontramos que la norma misma es contradictoria, pues no habría ninguna discusión sobre este postulado político de soberanía popular, si ella contuviera sólo su primera proposición: "Art. 3. La soberanía reside exclusivamente en el pueblo del cual emana el poder público." (punto) Hasta aquí no habría ninguna discusión, ella deviene luego, ya que estipula seguidamente "El pueblo la ejerce en forma directa o por medio de sus representantes...." Inmediatamente pervierte o desvirtúa el principio político presentado que correspondería al ejercicio pleno de una democracia popular o directa, al permitir la posibilidad que siga siendo la

democracia representativa - Propia de la soberanía en la Nación- , la que regente y medie la participación política de la ciudadanía. La citada norma constitucional en su última proposición reafirma el cuestionado principio de la soberanía en la nación, al terminar prescribiendo que la forma de participar se hará "en los términos que la constitución establece".

Lo anterior nos remite a estudiar el desarrollo constitucional y legal de este imperativo político.

El Art. 3 ya citado, señala genéricamente dos formas de participación por parte del pueblo, directa e indirectamente, lo que se podría denominar como lo hizo el Magistrado de la Corte Constitucional, Alejandro Martínez Caballero, como la existencia de una democracia integral⁽²⁾, - Al permitir las dos formas de participación- , pero el problema no es de denominación, ya que política y jurídicamente la Carta Suprema permite dos posibilidades de ejercicio democrático, - Aunque publicitariamente e institucionalmente se predique uno, el de la soberanía en el pueblo- , y aquí entra a jugar el efecto simbólico de las formas jurídicas en la sociedad- ; la cuestión es entonces ¿Qué práctica política en últimas se reafirma?. Y veremos que privilegia la segunda, la tradicional, esto es, la ejercitación de una democracia representativa, correspondiente con la radicación de la soberanía en la nación, como ya se sabe y como se ha señalado anteriormente.

TIPOLOGIA DE LA PARTICIPACION

Antes de abordar el desarrollo constitucional y legal de la participación y particularmente en el control de la gestión pública, a la luz de la ley 190 de 1.995, detengámonos un poco en la conceptualización de lo que entendemos por participación.

La participación la podremos concebir ante todo como una actitud individual, volitiva, de tomar posición en un espacio donde se interactúa, en el que quien participa busca incorporar sus intereses o visiones, para determinar cierto tipo de relación con los demás. Por ello la participación es una posibilidad real de incidir en un espacio societal, que puede producirse también como un acto colectivo. El tratadista en la materia - Alejo Vargas Velásquez- , quien lo describe como "La acción colectiva de interacción social a través de la cual un actor social busca incidir en el proceso vivido por una actividad pública - Es decir su gestación, discusión, formulación de respuestas, ejecución de la misma, control del proceso- intentando transformarlo para que ésta responda a sus intereses colectivos"⁽³⁾.

(2) Corte Constitucional. Sentencia C-011, de Enero 21 de 1994, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

(3) VARGAS VELASQUEZ. Alejo. Participación Social y Democracia. El Papel de la Personería. Santafé de Bogotá: Procuraduría General de la Nación, 1994. p. 28.

Para materializar la participación se requiere de un ámbito político- jurídico concreto que la torne realidad, su espacio natural es la democracia- Y en esto no hay discusión en ningún sistema político- , pero este principio ha empezado a desdibujarse al perder su esencia política, la de ser "La participación un límite sin límite" parodiando al tratadista BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS⁽⁴⁾, pues es el tipo de democracia - Directa, representativa o integral- la que determina el alcance de la participación, ya que sus posibilidades de operacionalización son muchas, lo que ha dado como resultado en la práctica, que surja toda una tipología de formas de participación como nos la presenta el profesor Leopoldo Múnera Ruíz.⁽⁵⁾

Múnera concibe a la participación más que un valor como una situación en conflicto, que concreta un ámbito inter-relacional donde confluyen diferentes valores, un espacio donde circulan los ciudadanos entre la sociedad civil y el estado, un espacio de articulación de los individuos o grupos sociales a la esfera política, por ello la participación la presenta como un teatro abierto a múltiples posibilidades de actuación, y señala como formas de participación las siguientes: La subordinada, la delegatoria, la consensual, la sustitutiva y la emancipatoria. Veámos sintéticamente como concibe cada una:

La participación subordinada la define como aquella en la cual la articulación de la sociedad civil en la esfera de lo público es controlada y tutelada por las instituciones estatales, entonces se le invita a participar, debatiendo y aprobando políticas que de antemano ya han sido decididas, pero que requieren legitimarse mediante prácticas y procedimientos que suscitan una apariencia de libertad al convocarse la participación social. Esta forma conlleva a estatizar la sociedad civil.

La participación delegatoria la concibe como aquella mediante la cual el Estado delega sus responsabilidades en la sociedad civil, presentándose en consecuencia una delegación y privatización de las funciones públicas - responsabilidades-, pero no necesariamente de los recursos. Este tipo de participación conlleva a desestatizar las relaciones sociales pero en función del mercado, y ha resultado en la realidad actual, que la sociedad civil administre directamente sus crisis socio-económicas presentes.

La participación consensual la presenta como aquella que surge del reconocimiento que hace el Estado de las diferentes fuerzas políticas y sociales con capacidad de presión sobre sus decisiones, entonces ve en la concertación el camino para la resolución de los conflictos. Busca esta participación la elaboración de consensos entre los diferentes actores políticos, entre la sociedad civil y el Estado.

(4) VARGAS V.A. Participación social, Planeación y Desarrollo Regional. Santafe de Bogotá: U. Nacional, 1994. p. 26.

(5) MUNERA RUIZ. Leopoldo. Conferencias. Especialización en Instituciones Jurídico-Políticas y Derecho Público. Convenio UIS- UN. 1993- 1994.

La participación sustitutiva la concibe como aquella que pretende desestatizar a la sociedad, pero por el camino del antiestatismo radical, es decir parte de un presupuesto fáctico como es el de una confrontación directa de unos actores políticos contra el estado. Este tipo de participación busca sustituir el Estado por otro, al considerar al existente como un aparato represivo al servicio de una clase dominante.

Y la participación emancipadora la conceptualiza como aquella en la cual la sociedad civil asume los instrumentos y recursos incluido el Estado con el fin de satisfacer las necesidades colectivas, entonces en ella es la sociedad la que llega al Estado - la que lo filtra, asumiendo el control de los espacios societales institucionales y no institucionales, lo cual implica un complejo proceso de resocialización de la misma Sociedad Civil y del propio Estado. Este tipo de participación busca hacer de lo político una real práctica ciudadana.

LA PARTICIPACION EN LA CONSTITUCION POLITICA DE 1991

Ya se ha indicado que la participación es la mayor fuente de legitimación del Estado Colombiano, que la permite y la señala como el fundamento de su poder, pues ella establece el vínculo entre los ciudadanos y el Estado. Incluida en el preámbulo como una categoría política que es señalada y desarrollada desde el primer artículo de la constitución en adelante.

Pero volvamos al Art. 3 de nuestra Carta Política ya que nos interesa. Este, pese a que no la nombra, hace de la participación directa o indirecta del pueblo -Ciudadanía en general-, el elemento fundamental de la soberanía. Veámos cómo esta norma se desarrolla en el Art. 103 de la C.P., para seguir cuestionando el postulado de la soberanía popular, este último artículo establece los mecanismos de participación del pueblo en ejercicio de su soberanía -Y los señala: El voto, el plebiscito... -, en su segundo inciso prescribe "La Ley los reglamentará". Entonces el constituyente le dejó en manos de una institución de estirpe netamente representativa - El Legislativo- , la facultad de regular la participación ciudadana, al tenor de lo que disponga el Congreso mediante leyes estatutarias que son de su competencia exclusiva, de acuerdo con lo prescrito en el Art. 152 de la Norma Fundamental.

Así las cosas, la llamada y publicitada soberanía popular supeditó constitucionalmente a la inveterada y deslegitimada práctica política representativa, y en efecto, los resultados se están viendo, la clase política institucionalizada así lo está desarrollando. Por ello, y de acuerdo a la tipología de la participación ya presentada, ésta en nuestro sistema político oscila entre la aprobación de consensos, la aprobación de decisiones y la asunción de funciones del Estado por parte de la sociedad civil, lo que nos da formas de participación consensual, delegatoria y subordinada, dejando muy poco espacio para el inicio de una práctica de participación emancipatoria, como lo afirmó ya el citado profesor Múnera.

EL ESTATUTO ANTICORRUPCION Y LA PARTICIPACION

Nos corresponde ahora examinar la participación ciudadana a la luz de la Ley 190 de 1995, norma que persigue combatir un flagelo por todos conocido y catalogado como uno de los factores generadores de violencia en nuestro territorio cual es la corrupción en la gestión administrativa.

En su presentación de la Ley, el Ministerio de Justicia y del Derecho doctor Néstor Humberto Martínez⁽⁶⁾, justifica muy bien la norma haciendo un diagnóstico sobre la crisis ética que nos ronda y que en muchos casos permea y campea en quienes ejercen la función pública, por ello exhorta a la sociedad civil hacer uso de los instrumentos del nuevo estatuto para el control social sobre la moral pública.

LAS COMISIONES

Costumbre inveterada de nuestros gobernantes es la de nombrar comisiones, aquí se crean y nombran comisiones de todo y para todo, lo que pone en evidencia que las instituciones existentes como formas estructuradas y legalizadas de resolver necesidades y problemas sociales están en crisis o se encuentran deslegitimadas o desgastadas. Hay que observar con detenimiento que las funciones o competencias de las mismas no desaparecen o se trasladan al surgir otras instituciones, pues estas se crean para asumir iguales o similares funciones ya en cabeza de otros entes estatales, lo que nos parece que conlleva a diluir la responsabilidad de cada una de las instituciones existentes, dado que los asuntos les compete a todos -Hablando en materia de control y vigilancia de la función estatal-, les corresponde a muchas instituciones pero al final no responde ninguna.

El estatuto anticorrupción crea dos grandes comisiones, una extraída - es decir sus miembros- del Estado y la otra de la sociedad civil, la primera establecida por el Art. 67 del Estatuto es de carácter interinstitucional y se denomina **COMISION NACIONAL PARA LA MORALIZACION**; la segunda estipulada en el Art. 71 de la misma ley, llamada **COMISION NACIONAL CIUDADANA PARA LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCION**, y pretende ser esta última el referente civil de participación social que se articula el Estado para lograr el objetivo pretendido por la Ley, el de erradicar la corrupción administrativa.

La primera comisión para la moralización está conformada por los representantes de las principales instituciones del Estado: El Presidente y los Ministros de Gobierno y de Justicia, El Procurador, El Contralor, los Presidentes de las dos Cámaras, el Fiscal, El Presidente de la Corte Suprema de Justicia y el Defensor del Pueblo, siendo percibida por el primer mandatario del Estado, y sus funciones están determi-

(6) MARTINEZ NEIRA. Néstor Humberto. Presentación del Estatuto Anticorrupción. Ley 190 de 1995. Santafe de Bogotá: Imprenta Nacional, 1995. p.5- 6.

nadas en el Art. 70, labores ya señaladas y radicadas dentro de las competencias de cada ente que pertenece a la comisión creada, o radicadas en otras Instituciones ya existentes.

Por ejemplo, la primera función de la nueva Comisión Interinstitucional es la de "colaborar con los organismos de control para la vigilancia de la gestión pública nacional", nos preguntamos ¿Cuál institución no está obligada a colaborar con los organismos de control?, lo mismo sucede con las demás funciones que se quedan en un enunciado de buenas intenciones; y si pensamos en sus sesiones, todos sabemos la complejidad de asuntos que cada miembro del ente colectivo debe atender, lo que pone entre dicho la viabilidad real en cuanto a la coordinación de sus plenarios y convocatorias.

LA PARTICIPACION CIUDADANA EN LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCION

Ahora tratándose de la Comisión Nacional Ciudadana para la lucha contra la corrupción, éste será conformada por siete Comisionados -Extraídos de la sociedad civil-, esto es, personas que no estén articuladas contractualmente con el Estado que serán nombradas por el Presidente para un periodo de cuatro años.

El Art. 72 establece los requisitos que deben poseer los candidatos y en un párrafo de la misma norma señala que para los nombramientos "el Presidente de la República deberá tener en cuenta una adecuada y equitativa distribución de carácter regional". Podemos decir que frente a su conformación y convocación se tipifica la forma de participación subordinada, desvirtuándose una vez más el postulado político de la participación popular, por que de seguro no será la sociedad civil la que designa sus comisionados, si no serán "cuotas" regionales del ejecutivo, que las incorpora al aparato estatal, ya que una vez dentro, adquieren automáticamente la categoría de servidores públicos. En este orden de ideas podemos pensar que lo lógico sería - Al menos- que la postulación y designación no salieran del dominio de la esfera de la sociedad civil; asimismo, habrá que determinarse también cómo será la filtración de los partidos políticos en la distribución de esa representación nacional en la mencionada comisión.

Con respecto a sus funciones el Art. 73 las estipula, así como sus facultades, las que detentarán para llevar a cabo su misión. Quince funciones en total, las cuales son tan complejas y variadas que requerirá de una completa infraestructura técnica y logística para llevar a cabo la tarea emprendida, pues asume desde asesorías, pedagogías, estudios, publicaciones, inicios de investigaciones, vigilancia y fiscalización de la gestión pública entre otras. Labores que al ser examinadas una a una ya están radicadas en las instituciones estatales existentes, principalmente en la Contraloría, Procuraduría, Personería y la Defensoría del Pueblo.

Lo cual nos hace pensar que al crearse otras instituciones que también asumen tales funciones se está reconociendo la ineficacia e ineficiencia de aquellas que existen, o se están buscando otros entes a quienes imputarles o descargarles tales responsabilidades.

Frente al tema de la participación ciudadana en materia de control, que más que un propósito estatal es un imperativo nacional, ya estaba contemplada -y es un avance democrático- a través de las llamadas veedurías ciudadanas y las asociaciones de usuarios, de acuerdo a lo dispuesto en los Art. 270 y 369 de la C.P., que es lo más cercano a la participación de la sociedad civil, para controlar y fiscalizar la actividad estatal, pues son organizaciones civiles que se establecen en juntas de vigilancia a todo nivel territorial con el fin de evaluar la gestión administrativa.

Otras formas de participación ciudadana que contiene la Ley 190 de 1995 y que tienen visos de participación directa, las constituyen en primer lugar -Art. 49- las llamadas "Hot Line" o líneas calientes, en las que a través de líneas telefónicas gratuitas la sociedad en general pueda hacer denuncias, críticas o recomendaciones, mecanismo ya existente y ampliamente difundido entre toda la ciudadanía.

Otro instrumento es la posibilidad de realizar estudios de opinión, de acuerdo al Art. 50 del Estatuto, sobre la prestación de los servicios o funcionamiento de determinada entidad, mecanismo también ya existente dentro de las funciones administrativas de las instituciones del Estado, y que fue tomada de las estrategias mercantiles y conocida como los estudios de mercadeo. Bien sabemos que los entes oficiales deben mostrar niveles de rendimiento, eficiencia y eficacia en sus funciones para que sus administraciones se mantengan.

CONCLUSIONES

Al analizar la presente ley en materia de participación ciudadana, podemos concluir que realmente no es novedosa, pues lo que hace es reafirmar instrumentos o mecanismos ya existentes en nuestra normatividad. Al crear unas comisiones, que a nuestra manera de ver, se tiende a la burocratización del control mismo del estado, -más instituciones-, cuando en verdad, las instituciones y mecanismos jurídicos ya existen, lo que se requiere que ocurra es que operen y hagan cumplir la ley.

Mantiene este Estatuto una línea de participación subordinada, porque determina e incorpora la participación ciudadana para que avale las decisiones gubernamentales, estatizando en consecuencia la sociedad civil, tratando con ello de ganar legitimidad, pues hace que se genere en la ley su efecto simbólico, ya que esta produce mejores resultados, por aquello que hace creer que se hace, y no por lo que hace o permita hacer.

En consecuencia nos toca preguntarnos de acuerdo a lo anterior y tal como están las cosas ¿Cuál será el papel a jugar por la sociedad civil en este propósito nacional, y de acuerdo con el nuevo Estatuto anticorrupción?. Consideramos que el

protagonismo de la sociedad civil en materia de participación, se jugará de acuerdo con la sancionada Ley 190 de 1995, en la medida que la ciudadanía se articule permeando la iniciativa gubernamental para ser efectivo ese deseo nacional de simplificar y racionalizar el trámite burocrático, -una de las fuentes primarias de la corrupción-, pues el Estatuto le da al ejecutivo -De acuerdo al Art. 83- plenas facultades por espacio de seis meses para que expida normas, suprimiendo o reformando procedimientos o trámites innecesarios existentes en la administración pública. Ya que los demás instrumentos que contiene, como se ha reiterado estaban contemplados por la legislación preexistente, y lo que se requiere es que se cumplan.

Asímismo, cabe señalar que no desarrolló o permitió, como debió hacerlo, la legalización de las ONG's como actores coadyuvantes en los procesos de fiscalización y control de la gestión pública, lo cual hubiera sido una muestra de la voluntad de nuestros representantes gubernamentales de permitir la participación de la denominada pero no convocada, sociedad civil.

BIBLIOGRAFIA SUPLEMENTARIA

CARDENAS RIVERA, Miguel Eduardo et al. Modernidad y Sociedad Política en Colombia. Santafé de Bogotá: FESCOL, 1993. 316 p.

DELGADO, Oscar et al. Modernidad, Democracia y Partidos Políticos. Santafé de Bogotá: FESCOL- FIDEC, 1993, 327 p.

MONCAYO, Víctor Manuel et al. Constitución Política y Reorganización del Estado. Santafé de Bogotá: U. Nacional, 1994. 316 p.

APUNTES SOBRE LA FUNCION PUBLICA EN COLOMBIA

RAFAEL GUTIERREZ SOLANO

APUNTES SOBRE LA FUNCION PUBLICA EN COLOMBIA

RAFAEL GUTIERREZ SOLANO

LA FUNCION PUBLICA

I. ¿Qué se entiende por Función Pública?

La organización de la función pública tanto en nuestro país como en otros Estados obedece básicamente a la noción de sistema, es decir, un conjunto de variables que se interrelacionan entre sí y que persiguen una finalidad determinada. Al analizar en nuestro sistema estatal encontramos que éstas se refieren a los diferentes órganos o entidades que de una u otra forma por mandato constitucional o legal, tienen a su cargo algunas de las diversas competencias frente al manejo de los recursos humanos al servicio de Estado. Tal labor suele denominarse función pública y a veces con un criterio más especializado servicio civil.

Al estudiar la constitución nacional que hoy nos gobierna, promulgada en la gaceta constitucional del 7 de Julio de 1991, encontramos que los constituyentes se preocuparon por consagrar en un mismo título, el V, la parte estática y dinámica del Estado, respetando la relación de derecho público que existe entre sus organismos y las personas vinculadas a ellos como ejecutoras. Podemos observar en el texto la referencia discriminada al andamiaje estatal, señalándole entre los entes primordiales al Congreso de la República, art. 114; al Presidente de la República, art. 115; a la Administración de Justicia, art. 116; los Organismos de Vigilancia y Control tales como el Ministerio Público y la Contraloría General de la Nación, art. 117, 118 y 119 y el Consejo Nacional Electoral y la Registraduría Nacional del Estado Civil, art. 120.

La misión a ellos encomendada es la administrar la cosa pública, a través de las personas que los dirigen y a quienes colaboran en el desarrollo de sus actividades en la prestación de servicios generales a cargo del Estado; éste es otro concepto sobre lo que se conoce como función pública.

A la luz de la carta anterior los presupuestos que acabamos de comentar se mantienen en lo fundamental, pues la parte estructural del Estado se conservó en lo básico, sin desconocer la labor reformadora de la Asamblea constituyente, al producirse cambios trascendentales frente a la rama judicial, los organismos de Vigilancia y Control, el funcionamiento del Congreso y las precisiones novedosas sobre las funciones del ejecutivo.

El manejo del principio de la función pública se ha convertido en uno de los problemas más complejos de la administración del Estado, en razón a que el legislador

ordinario en virtud de su facultad constitucional ha expedido en diferentes oportunidades, diversidad de normas para regular aspectos tales como la clasificación de las diferentes categorías de empleos, su ingreso, permanencia, ascenso, retiro, régimen salarial y prestacional, es decir, un cúmulo de situaciones que se relacionan tanto con aquellas personas, como con la finalidad que cumplen con el Estado en la prestación de los servicios públicos. La integración entre los distintos entes estatales que desarrollan competencias específicas con las personas que están a sus servicios, ha sido y será una tarea dispendiosa, por ello considero que a partir de la instalación y funcionamiento del nuevo Congreso, los legisladores deberán ocuparse y preocuparse por adecuar y expedir leyes que consulten el espíritu de la nueva Constitución en esta materia; no será extraño por lo tanto que se produzcan reglamentaciones nuevas que modifiquen las modalidades de vinculación con la administración pública, la noción de empleo, los criterios para determinar el salario en el sector oficial, la jornada de trabajo, el régimen de ingreso al Estado y lo que corresponde con la carrera administrativa que hoy dispone dentro de la nueva carta de precisas normas constitucionales propias. Las situaciones administrativas y el régimen legal de los procesos disciplinarios, seguramente serán examinadas por los congresistas para hacerlas más dinámicas y adecuarlas a las innovaciones constitucionales, así como también el desarrollo de la función pública en las entidades descentralizadas y a nivel de los departamentos y Municipios.

II. El Servidor Público

Con la denominación de servidor público se califica desde hace bastante tiempo tanto en el derecho laboral como en el administrativo, a los individuos que en diferentes formas, rangos y jerarquías y en disímiles tareas, prestan sus servicios al Estado en las ramas del poder público. Este calificativo ha tenido un desarrollo amplio y complejo en el ámbito de la administración pública, pudiendo afirmarse que sus antecedentes se remontan a la controversia surgida para definir los campos de acción del contrato de trabajo y la situación legal y reglamentaria estableciendo para cada uno de ellos ordenamientos legales diferentes y especiales.

Recordemos cómo el artículo 12 de la ley 10 de 1934 al definir por primera vez el contrato de trabajo, excluyó de él perentoriamente a las personas que prestaran sus servicios al Estado. Veámos:

"Se entiende por empleado particular, para los efectos de esta ley, toda persona que no siendo obrero, realice un trabajo por cuenta de otra persona o entidad, fuera del servicio oficial, en virtud de sueldo o remuneración periódica o fija, participación de beneficios o cualquiera otra forma de retribución".

Posteriormente el artículo 4o. del Decreto 652 de 1935, reglamentario de esta ley, amplió estos criterios recabando sobre este punto con el fin de señalar que el legislador era consciente de que todo lo referido con el contrato de trabajo y su protección no cobijaba a los empleados asignados al servicio oficial. El precepto dice:

"Se entiende por empleado del servicio oficial a aquel que trabaja por cuenta de las entidades públicas y a su servicio y obra a nombre de ellas y cuya remuneración es pagada directamente por el Tesoro Nacional, los tesoreros departamentales o

municipales, o por organismos creados por Leyes, Decretos, Ordenanzas, Acuerdos o reglamentos legales".

"También se consideran como del servicio oficial los empleados de contratistas de obras que se ejecutan por cuenta de las entidades públicas, cuando los contratistas, en la realización de los trabajos, son meros agentes de las obras y los sueldos son pagados con fondos oficiales".

Todo lo anterior significaba que su relación con el Estado seguía entendiéndose gobernada por las normas del Código Político y Municipal como típica del derecho público y sometida a una situación legal y reglamentaria.

La situación del servidor público ha venido tomando una importancia tal para la Nación, que sus logros se ven reflejados en el acrecentamiento y mejoramiento de su situación laboral, con la conquista de nuevos derechos sociales, que han exigido de los gobiernos tratamientos especiales en el manejo de su relación patrono-empleado; en este proceso han influido factores tales como el auge del sindicalismo oficial a nivel de la administración central y descentralizada, el surgimiento de nuevas modalidades de contratación que guardan relativa semejanza con el sector privado, la realización de obras y trabajos cuyos mecanismos fácticos y legales son similares a los aplicados en las actividades privadas, las aspiraciones legítimas de los servidores del Estado de obtener la cobertura de seguridad social que cobija en legal forma a los trabajadores de los conflictos laborales a través de fórmulas similares al régimen privado, etc.

Hoy con la inserción en la nueva Constitución Nacional del capítulo denominado De la Función Pública, se pretende quizás señalar un contexto normativo que permita al ciudadano, al estudioso de estos temas o al profesional del derecho, ubicar con más facilidad los criterios que identifican este fenómeno, inseparable de la noción de servidor público, como que a partir del artículo 123 se señalan quienes están incluidos dentro de este concepto, delegando en el legislador el desarrollo y tratamiento de las materias que corresponden a ese nivel.

Al hacerse estas precisiones en el texto constitucional se consagra con bastante claridad el criterio de que la relación de derecho público es la que se genera entre una persona natural y el Estado en cualquiera de las ramas del poder o de sus niveles territoriales que implica para la persona prestar el servicio en forma permanente, cumpliendo los requisitos exigidos en las normas legales y aceptando que para cada desempeño oficial será la Constitución, la Ley o el reglamento quienes regulen el servicio público.

El H. Consejo de Estado en diferentes oportunidades se ha pronunciado sobre este tema, verificando determinadas precisiones en lo que a este respecta; en concepto rendido el 28 de Abril de 1983, por su Sala de Consulta y Servicio Civil, anotaba, "lo que constituye la esencia del cargo público en cuanto se personificaba en un sujeto humano, es la función pública. Funcionario público en consecuencia es el que ejerce una función pública de modo permanente o con mayor precisión, la persona nombrada o elegida para ejercer un cargo público...."

El profesor Guillermo González Charry al verificar un estudio comparativo entre esta posición del máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo y los criterios desarrollados en Francia para aclarar la controversia que allí existía entre la denominada "situación contractual de función pública" y "situación legal y reglamentaria" para caracterizar al funcionario, arriba a las siguientes conclusiones que se pueden aplicar a nuestro derecho:

1. El contenido y alcance de la relación de derecho público o de una situación legal o reglamentaria se encuentra prefijada por la constitución o por la ley y por reglamentos complementarios.
2. Lo concerniente a la situación del funcionario público, por ejemplo, sus derechos, obligaciones, régimen disciplinario etc., pueden ser modificados unilateralmente por el legislador en cualquier momento, sin que por ello el funcionario pueda aducir violación de derechos adquiridos ni reclamar indemnizaciones de ningún género.
3. Existe primacía del interés general sobre el particular del funcionario, pues el servicio público, que es la meta primordial, exige del Estado una atención preferente, esto sin que se desconozca el reconocimiento y respeto de los derechos y prerrogativas individuales del funcionario.
4. El funcionario puede intentar todos los recursos establecidos por las leyes, contra las decisiones administrativas que violen sus derechos, las cuales son desatadas por la jurisdicción contencioso administrativa.
5. La permanencia es elemento fundamental de la relación y responde al principio de continuidad del servicio público.

III. Normas constitucionales que identifican la Función Pública

Aún cuando existe un capítulo en la Carta denominado de la Función Pública, no podemos desconocer la presencia de otros preceptos que identifican esta circunstancia referidos en general a todas las ramas del poder público. Estudiaremos los siguientes comparativamente porque plantean los principios básicos que atañen con el tema de la función pública:

1. Artículos 6,90 y 121 de la actual constitución; el primera era el 20 de la carta anterior. Dicen así: Artículo 6. "Los particulares solo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las Leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones".

Artículo 90. " El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste.

Artículo 121. "Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley".

Podemos observar que a diferencia de lo que ocurre con los particulares, man-

teniéndose el mismo criterio de la carta derogada, los servidores públicos son responsables además por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones. Es un principio democrático y moralizador, por cuanto protege los intereses de los administrados. La distribución de funciones que tanto la constitución, las leyes y los reglamentos realizan en los organismos, asignándoselas a los funcionarios, es una proyección del sistema de división de los poderes que de no existir originaría un desorden en el que cada funcionario pudiera inmiscuirse en las funciones de otros o el de que una entidad asumiera o ejerciera por su cuenta funciones que no le corresponden. El servidor público que ejerce funciones fuera de su competencia, se expone a incurrir en responsabilidad por violación de los preceptos legales, lo mismo acontece cuando omite alguna de sus tareas o se extralimita en ellas, por ello es de particular importancia que se haya consagrado que en el evento que el Estado tenga que responder patrimonialmente por los daños causados en estas circunstancias, en razón a la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, el funcionario público deba responder con su patrimonio ante la responsabilidad que tiene el Estado de repetir contra éste.

Vale la pena anotar que con antelación a esta disposición, el Decreto 01 de 1984, Código Contencioso Administrativo, en su Título VII habla de la responsabilidad de los funcionarios, discriminando en el artículo 76 las causales de mala conducta en que pueden incurrir, así como las sanciones que se les pueden aplicar, alcanzando multas hasta de 2'110.000.00 o la destitución del responsable. El art. 78 de este Código consagra una defensa para el Estado y lo novedoso e importante es que hoy se encuentra consagrado en la carta.

El H. Consejo de Estado y los Tribunales Administrativos Departamentales que por competencia legal conocemos de las acciones de reparación directa que se promueven contra la nación, con ocasión de las actuaciones irresponsables de los agentes de su servicio, observamos con preocupación como en la mayoría de las oportunidades las personas que comprometen el erario no son sancionadas ni siquiera disciplinariamente, mucho menos afectando su patrimonio; creemos que hacia el futuro quienes laboran al servicio del Estado tendrán más cuidado en sus actuaciones.

- 2.- Artículo 122 de la actual Constitución, era el 63 de la Carta Anterior, dice así:

"No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en la ley o reglamento".

A cada cargo deben corresponder unas funciones concretas y específicas para circunscribir de esta forma el ámbito de competencia o de acción de cada servidor público. Hasta la reforma de 1968 correspondía al Congreso señalar las funciones de cada empleo que no estuvieran desde luego ya previstas en la Constitución y fijar su asignación específica.

Pues bien, si bien es cierto el criterio de la norma actual mantiene el principio a que nos hemos referido, no debemos olvidar que los antiguos artículos 76.9 y 120.21 preceptuaron que esta tarea quedaba distribuida por medio de las lla-

madras leyes cuadro entre la rama legislativa y ejecutiva del poder público. La actual carta cambió esas normas y en lo referente al Congreso estipuló lo previsto en el artículo 150 numeral 7.19 literal e. y el numeral 23; en lo que corresponde con el Presidente de la República, el artículo 189, numerales 14, 15 y 16. Se mantiene la distribución de funciones, pues así lo concibieron los que participaron en la redacción de la nueva Carta, manteniéndose el principio de que fuera el legislador quien señalara el marco general de la Administración pública, otorgándole al ejecutivo la posibilidad de su desarrollo.

El artículo transitorio No. 20, establece que el gobierno nacional tiene un término de 18 meses, contados a partir de la entrada en vigencia de la Constitución y teniendo en cuenta la evaluación y recomendaciones de la comisión allí prevista, para efectuar dentro del aparato estatal los cambios y modificaciones necesarios, con el fin de ponerlo a tono con los mandatos de la reforma y en especial con la redistribución de competencias que ella establece.

3. - Artículo 128 de la actual Constitución, que era el 64 de la Carta anterior; dice así:

"Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni recibir más de un asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente determinados por la Ley. Entiéndese por tesoro público el de la nación, el de las entidades territoriales y el de las descentralizadas".

El principio consagrado en esta norma además de señalar un factor de incompatibilidad, permite a la vez insistir sobre la moralidad administrativa que debe identificar permanentemente el ejercicio de la función pública por parte de quienes se encuentran vinculados con el Estado. Es una posición que por lo evidente aparentemente el ejercicio de la función pública por parte de quienes se encuentran vinculados con el Estado. Es una posición que por lo evidente aparentemente no requiere de mayores análisis si se tratara de otras sociedades diferentes a la nuestra, en donde el grado de corrupción no tiene la magnitud palpable que presentan nuestros organismos estatales. La precisión sobre la imposibilidad de recibir más de un emolumento del Tesoro público es un argumento excluyente para los funcionarios públicos, pues resulta contrario a las reglas de la ética que individuo labore simultáneamente en dos o más empleos con el Estado en un tiempo en que normalmente solo puede desempeñar uno y por lo mismo devengar lo que corresponde a uno, privando de la oportunidad de acceder a la administración pública a otras personas que en un momento determinado pueden desarrollar en mejor forma esas labores.

Existen en el ordenamiento jurídico algunas excepciones que permiten a ciertos grupos de personas recibir más de una asignación, tal es el caso del personal docente que goza de la posibilidad de percibir pensión de jubilación y sueldo simultáneamente; o de los militares en retiro que además de su sueldo pueden recibir otro por el desempeño de un cargo oficial. También de profesionales o personas que sirven un cargo de tiempo incompleto y otros por el estilo, que en

todo caso están comprendidos dentro de un criterio de restricción o de rigurosa excepción como lo dice el precepto.

4. - Artículos 126, 127 y 129 de la actual Constitución. Estos preceptos constitucionales plantean el régimen de incompatibilidades e inhabilidades, en forma general, frente a los servidores públicos.

Consultando los criterios del profesor González Charry, por incompatibilidad debemos entender la situación excluyente creada por el ejercicio simultáneo de funciones públicas o privadas, con lo cual se lesionan los principios de moralidad, y de economía, o los del orden democrático y muy particularmente el de la división de las ramas del poder público.

Por inhabilidad se puede entender aquella situación en que por razones de defensa de moralidad y de economía, no se permite entrar al servicio oficial o regresar a él, o cuando ciertas actuaciones privadas no puedan adelantarse ante uno o varios sectores del Estado, por haber servido en ellos y esto para evitar el tráfico de influencias o el aprovechamiento privado de posiciones oficiales que se desempeñaron en el pasado inmediato.

Teniendo como fundamento las definiciones que acabamos de consagrar, ubicándolas dentro de los textos constitucionales citados, debemos afirmar que en ellos se hacen precisiones en el sentido de que no pueden nombrarse en el sector oficial como empleados a personas con las cuales se tenga determinado grado de parentesco, o a personas vinculadas por los mismos lazos y que hayan intervenido en su designación, aclarándose que en esta situación no quedan incluidos los nombramientos que se hagan en aplicación de las normas vigentes sobre ingreso o ascenso por méritos. Se pretende desterrar de la administración pública, el nepotismo que tanto daño y corrupción han generado en el Estado, particularmente por la clase dirigente que ha venido entronizando estos vicios con la complacencia de los grupos políticos que los respaldan.

A los servidores del Estado tampoco se les permitirá celebrar por sí o por interpuesta persona o en representación de otro, contrato alguno con entidades públicas o con personas privadas que manejen o administren recursos públicos, todo ello encaminado a lograr el saneamiento del régimen de contratación administrativa, que venía padeciendo de estas influencias dañinas, permitiendo a los empleados oficiales ser jueces y parte en estos procesos, procurando favorecer sus intereses o los de personas cercanas a sus afectos.

Se mantiene el principio de la legislación constitucional anterior que impedía a los servidores públicos aceptar cargos, honores o recompensas de gobiernos extranjeros u organismos internacionales, o celebrar contratos con ellos sin previa autorización del gobierno.

A manera de complemento sobre el tratamiento ético que se ha impuesto en la nueva carta al desarrollo de la actividad pública podemos aludir tangencialmente a normas tales como los artículos 179 y 180 que consagran el régimen corres-

pondiente a los congresistas, a quienes si bien no podemos calificar como funcionarios públicos, si son servidores del Estado, debiendo observar y respetar el marco constitucional de estos preceptos. La pretensión de estas normas mira a la profesionalización de la tarea del parlamentario, reorganizar sus tareas y funciones, rescatar el prestigio perdido para un mayor y mejor desempeño de sus labores.

Otras normas de la carta como el artículo 245 plantea una clara incompatibilidad en lo que corresponde a la jurisdicción constitucional, cuando establece que el gobierno no puede conferir empleo a los Magistrados que integran esa Corte durante el período de ejercicio de sus funciones, creando una inhabilidad igualmente para ellos cuando estatuye que tampoco lo podrá hacer dentro del año siguiente a su retiro.

El artículo 253 plantea algo referente a la Fiscalía General de la Nación, cuando preceptúa que la ley determinará lo relativo a las inhabilidades e incompatibilidades para los funcionarios y empleados de esa dependencia; igualmente en el artículo 279, correspondiente al Ministerio Público, se señala que a la ley le corresponde la posibilidad de determinar el marco a que nos venimos refiriendo.

Este esbozo somero de algunas de las normas de la carta en las cuales encontré alusiones a este régimen, es naturalmente sin perjuicio de que estudios más profundos ubiquen en otras normas referencias a este tema. Además no debemos olvidar que la comisión especial que creó el artículo transitorio No. 6 denominada Congreso, podía preparar proyectos de ley que considerara convenientes para desarrollar la constitución en estas áreas, además de examinar los que el gobierno nacional le hubiera podido entregar para su estudio.

5. - Artículos 125 y 130; artículo 150 num. 7 y 19 literal e), numeral 23 y el artículo 189 de la actual carta. En buena parte corresponden a los artículos 76 y 120 de la Constitución Nacional anterior.

En los artículos 76 numerales 9 y 10 y el 120 numeral 21 de la antigua Constitución, se indicaban las pautas legales que debía consultar el Estado para entender de qué manera debía estructurarse la administración pública, regularse los aspectos del servicio civil, la expedición de los estatutos básicos de los entes descentralizados y dictar las normas correspondientes a las carreras administrativa, judicial y militar. El Presidente de la República como suprema autoridad administrativa, desarrollaba estas tareas con sujeción a las leyes a que se refería el ordinal 9o. del art. 76.

Las nuevas disposiciones constitucionales asumen todo lo atinente a la administración del Estado y por ejemplo en lo referente al manejo de la carrera administrativa en los artículos 125 y 130, los inserta como principios fundamentales para el desarrollo de la función pública.

La carrera administrativa se gestó durante el gobierno del Presidente Eduardo Santos con la Ley 165 de 1938, sentándose las primeras bases; su aplicación y

cumplimiento a nivel nacional ha sido bastante deficiente y en el orden seccional no existe como tal. En ella son identificables cuatro etapas históricas:

a) De 1938 a 1957, se dió su nacimiento y se consolidó institucionalmente, pues el plebiscito de 1957 le dió rango Constitucional a las normas que le servían de base.

b) De 1957 a 1976 hay una reafirmación normativa y se comienza su desarrollo a través de diferentes leyes y decretos con fuerza de ley, entre ellos los decretos 2.400 de 1968 y 1.950 de 1973.

c) De 1976 a 1982 mediante los decretos de estado de sitio 528 y 2.132 de 1976 se suspendió la carrera por 6 años, con lo cual se produjo un traumatismo en su aplicación.

d) De 1983 hasta la fecha ha tenido altibajos de diferentes características, pues distintos gobiernos han intentado hacerla funcional en todos los organismos de carácter nacional y a todos los niveles de la administración pública, pero sin contar con suerte las iniciativas de los diversos mandatarios, ya que a manera de ejemplo se puede señalar cómo el gobierno Betancur presentó al Congreso el proyecto de Ley No. 27 de 1983 que contemplaba los aspectos atrás indicados, pero su iniciativa no despertó mayor interés en el parlamento. Solo se obtuvo la expedición de la ley 13 de 1984 que regula lo atinente al régimen disciplinario de los empleados públicos, frustrándose todo el paquete sugerido al legislativo. En el gobierno Barco se insistió sobre ese proyecto incluyendo la carrera administrativa para todas las entidades territoriales que tampoco tuvo buen resultado.

La conclusión de lo anterior es la de que hasta tanto no se formalice la carrera dentro de la administración pública, las entidades estatales seguirán siendo feriadas como cotos de caza por parte de los grupos políticos interesados en la manipulación de la cosa pública.

De otra parte, numerales tales como el 1, 2 y 13 del artículo 189 permiten afirmar que el régimen presidencialista del Estado se mantiene como tal, pues los nombramientos de los altos funcionarios en los órganos superiores de la administración pública así como en las entidades descentralizadas adscritas o vinculadas a éstos se conservan en cabeza del Presidente de la República.

Estas designaciones desde un punto de vista Técnico-jurídico son actos administrativos, pero la nominación de estos servidores públicos tiene un carácter también político que pretenden conservar en el seno del gobierno un espíritu de concordia nacional.

Igualmente en lo que corresponde con la dirección de las relaciones internacionales y que realiza en su condición de Jefe de Estado puede nombrar a los agentes diplomáticos y consulares, recibirá los de otros países, celebrando con otros Estados y entidades de derecho internacional tratados o convenios que se

someten a la aprobación del congreso. Deberá respetarse, la carrera diplomática, si alguno de los empleados está dentro de ella, si no existe tal fuero se seguirán las reglas generales de libertad de nombramiento y remoción.

A manera de complemento debemos decir que es preciso distinguir entre la administración central y la descentralizada a nivel nacional, pues en la primera la facultad de nominación que tiene el Presidente se ajusta a las normas de la Carta, tarea que no es susceptible de delegar en ningún otro funcionario público, salvo lo previsto en el artículo 211 que establece que el Presidente puede delegar en sus inmediatos subalternos las funciones que la ley le señale; los jefes superiores de la administración también tienen capacidad nominadora hasta cierta categoría y pueden poner en práctica el fenómeno de la delegación.

La administración descentralizada a partir de la reforma de 1968, tiene unas reglas propias que desarrollan su actividad y las entidades que hacen parte de ésta tienen unas pautas legales que miran en algunas circunstancias al derecho privado para la nominación, salvo cuando se trate de agentes del Presidente, cuyo nombramiento está reservado a él o de los establecimientos públicos, los demás se proveen según las leyes orgánicas de la materia o de acuerdo con los estatutos pertinentes de cada institución.

Los puntos de vista hasta acá planteados, no pretenden en ningún momento agotar el tema, sino mostrar unos aspectos que considero importantes para relieves y que sirven de marco jurídico al estudio de la función pública en Colombia. Los enfoques presentados han tenido como fundamento las orientaciones doctrinarias de los textos que sobre esta materia han escrito los H. Consejeros de Estado Diego Younes Moreno, Libardo Rodríguez Rodríguez y Miguel González Rodríguez. También se ha consultado a los profesores Jaime Vidal Perdomo y Guillermo González Charry, el primero de los cuales fue mi maestro de Derecho Administrativo en la Universidad de Los Andes.

BIBLIOGRAFIA

1. YOUNES MORENO, Diego. Derecho Administrativo Laboral, 4a. Edición, Editorial Temis S.A., 1988.
2. RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Libardo. Derecho Administrativo General y Colombiano, 4a. Edición, Editorial Temis S.A., 1987.
3. GONZALEZ RODRIGUEZ, Miguel. La Función Pública en Colombia, 2a. Edición, Librería Jurídicas Wilches, 1987.
4. VIDAL PERDOMO, Jaime. Derecho Administrativo, 8a. Edición, Editorial Temis, 1985.
5. GONZALEZ CHARRY, Guillermo. Situación Legal del Servidor Público en Colombia, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, Colección Monográfica Ricardo Medina Moyano, Imprenta Nacional de Colombia, 1991.

ETICA, ESTETICA Y PRESENCIA DEL JURISPERITO

AVELINO CALDERON RANGEL

ETICA, ESTETICA Y PRESENCIA DEL JURISPERITO

AVELINO CALDERON RANGEL

CAPITULO IV

LA ELOCUENCIA Y LA REDACCION: dos necesidades que se deben optimizar en cabeza de quienes pretendan ser, o ya oficien en la profesión del foro.

En una recopilación de consejos y sanas prácticas para futuros colegas, casi que debiera parecer innecesario -dada su obviedad- tener que aludir a la natural propiedad para que se radique en los novicios, con toda naturalidad, un poder; esencialmente mecánico - si ello fuera posible- , para redactar con máxima pulcritud e imagen impecable, cada uno de sus escritos..., de saber confeccionarlos breves, castizos y atinados; o; de adquirir destreza con la finalidad de que posteriormente; en sus intervenciones como abogados, se distingan e impresionen cada vez... por su belleza literaria, por su viva voz; o, por su riqueza idiomática y de ideas en cualesquiera oportunidad, sea ante las gentes del común o ante los funcionarios y los estrados.

Es que en los últimos tiempos se viene observando con preocupación que éstas especiales capacidades o técnicas, han venido a menos o se han descuidado, ante el auge de los medios masivos de comunicación: o; en razón a la contratación de eficientísimos subalternos, que no todas las personas dedicadas a estas lides, están en capacidad de sufragar.

Debe señalarse en principio que se trata de verdaderos dones o talentos, que si no se poseen innatos (cuestión imposible), sí pueden ir formándose, pues son cualidades elevadas a formas de ser más que indispensables para el desarrollo de lo que se conoce con el nombre de la capacidad de postulación, principalmente si se tiende hacia la celeridad verbal en los nuevos procedimientos de todos los campos del derecho moderno, en pro de una mejor y más eficiente administración de justicia.

Para nadie es un secreto; y se piensa que tal conclusión constituye apenas una evidencia que simplemente se palpa en el ambiente de los estrados nacionales, que la importancia e incidencia de la oratoria, se halla relegada o confinada; en las tareas del derecho y por las épocas que se atraviesan, a segundos planos, en favor de la elegante exposición escrita y de la profundidad razonada de quienes bajo esa égida podrían con propiedad ser llamados letrados; especialmente si se toma como anclaje para tal análisis; la resultante de recientes disposiciones procedimentales del Estado, que han suprimido -al parecer definitivamente- a la institución del jurado de conciencia, la que tenía...como su hábitat natural, al ejercicio de la mencionada

"facultad".

Se acabó -nos atrevemos de paso a aseverarlo- con un "campo de marte" vocinglero y de espectáculo circense, en el que el abogado..., dejando lastimosamente de lado sus circunstanciales afanes de colaborador de la justicia, se dedicaba a hacer gala teatral, acompañado, la mar de ocasiones, de aprendidas y repetitivas marrullas o "dotes" de prestidigitación "oral", con la finalidad de hacer surgir o de que se viera - en no pocas causas- , lo que no era, o lo que nunca había sido, al estilo únicamente comparable con el de ciertos antiguos y plueblerinos vendedores de específicos y pomadas, quienes..., especialmente los días de mercado y para atraer al gentío..., osaban mantener sobre su humanidad a perezoso ofidio; (¡léase fundamental y contundente argumento!), con el innegable objeto de integrar a su alrededor un expectante círculo de oyentes y mirones, al que finalmente convencían respecto a las supuestas propiedades y el efectivo poder de sus productos. ¡Ah épocas!

¡Pues bien! **Mutatis mutandi** y con enorme respeto, creemos que tal **modus operandi** era el que en esencia se ponía antaño en juego ante los jueces populares, lográndose de esa embozada manera que tres ciudadanos...ajenos por completo a las esquisiteces del derecho penal, llegaran a tomar "certeza" de que un culpable fuera inocente! Aquí; la verdad sea dicha, las personas que por hados de un sorteo resultaban siendo jueces de conciencia, casi siempre acudían con fastidio a cumplir con ese "deber", percibiéndose más bien en ellos su predisposición personal, o una extraña motivación hacia terrenos de sentimiento y caridad, con ansias que ni siquiera ocultaban para salir cuanto antes del "problema" de tener que servir gratuitamente a la justicia..., si es que no mediaban extraprocesales amenazas; o, una serie de circunstancias e intereses que no eran precisamente los de la legalidad. Fue así como con pesadumbre e impotencia las comunidades tuvieron que asistir al advenimiento de rápidos e inconcebibles veredictos de opinión que, fueron obstensiblemente ajenos con la realidad que de veras había ocurrido y que en el fondo, si era sabida por la sociedad. Tales fallos por supuesto no constituyeron el deber ser del propósito del legislador, ni lo que más le convenía al Estado de Derecho del cual ellos; ¡esos jueces!, en tales momentos, no parecían "hacer parte". Es que los jurados tenían que aceptar ese accidental "cargo" para "cumplir" impelidos con una inesperada obligación ciudadana..., afuera de sentirse molestos y acaso personalmente perjudicados en sus propios aspectos económicos y familiares, cuando "la suerte"; se insiste, les deparaba ese compromiso.

Luego de varios años de la rememorada supresión; se puede predicar tangencialmente; sin rubor y sin temor a equívocos, que la mencionada participación del "pueblo" en esos juicios, jamás fué vista con buenos ojos entre entendidos..., ni llegó a sentirse y evaluarse; con envejecimiento a ultranza, como la intermediación de una institución seria y necesaria para el estamento encargado constitucionalmente de prestar el servicio público de la administración de la justicia tanto entre particulares como entre éstos y el poder social. Más bien se alcanzó a vislumbrar en toda es parafernalia, la consideración egoísta de jurados y de jueces de derecho, en

el sentido de que se estaba perdiendo el tiempo; y, de que la credibilidad de la justicia había venido decreciendo en los procesos en que tales formas debían actuar, pues a la hora de la verdad, al juez popular se lo entrometía en un discurrir de cosas que su entendimiento y educación las situaba como ajenas y apenas dignas de los doctos.

Pero, lejos del tema a la ligera acabado de entrometer...que no parece tener trazas de retornar ni siquiera como materia de discusión académica, se columbra con claridad que reina con firmeza ahora, la importancia del "saber escribir" bien, o del poder expresarse con lucidez, con brillo pero sin altisonancias, ante verdaderos e instruidos jueces: de colega a colega, cada uno en el campo de su actividad, según que se trate de litigantes; o, de inferiores ante su superior respectivo.

Al punto, y debiéndose reconocer **ad- portas** que desafortunadamente en algunos centros de educación superior en que se "fabrican" abogados, se carece -- casi que voluntariamente-- de cátedras del idioma, o de redacción, de ortografía, de semántica, de construcción; y lo que es más grave, de imaginación, no se puede menos que poner de relieve ese padecimiento, en miras a que se logre su solución. ¿Dónde hallar la autoridad moral para que se reclamen los mejores y más acabados profesionales, si no se les brinda esa capacitación?

De allí, al registro cotidiano de las fallas puestas de manifiesto...como hechos indicadores que enseñan - y denigran como los que más- del nivel intelectual de litigantes y jueces, no hay mayor distancia. Se alude tanto al permanente acarreo de memoriales y de peticiones ante el aparato judicial, como al texto de las providencias de quienes encarnan al Estado en esa rama, conjunto en el que no dejan de observarse vetas de falta de galanura, cuando no es que brota la pésima construcción, el "uso" de unos cuantos "horrores" de ortografía y de sintaxis, o, la intermediación de las más burdas y groseras expresiones.

Cualesquiera podría redargüir que se trata de yerros leves; y, que lo que de veras importa, es el fondo de lo que se deprecia o se resuelve. Con todo hay que señalar que en éstas materias de estética en los escritos que surgen de los ministros del Derecho y de sus fieles, aparece un mundo por desear cuando tales anormalidades se descubren. Si se aspira a la calidad total, a no dudarle que no se compadece con la altura intelectual de la carrera, ni con la preparación que debe traer el aspirante, la anómala o la ininteligible escrituración, la lectura entrecortada, o la torpe expresión oral de ideas, para cualquier momento dado. Debe tenerse por cierto que en la esfera **sub-exámene**, nadie vacilaría en imputar y explicar que esos defectos provienen del contemporáneo abandono de la lectura; especialmente generada por el facilismo que ofrecen las pantallas de televisión, dónde se anula por así decirlo, la capacidad receptiva visual que contiene la péfiola de los buenos escritores. Como un axioma cabe predicar entonces que los males que aquí se vienen enfocando, no se podrán erradicar más que retornando al saboreo y la degustación de las obras de tantos maestros del idioma y de la jurisprudencia...antes que a las enseñanzas de la cátedra, de tal suerte que si no se lee; y, si no se forman reales programas diarios para esta actividad, indefectiblemente tendremos que reconocer que no se

adquirirán tales cualidades, aunque los yerros lo sean del grado menor. ¡No se pueden concebir los abogados que no anhelan la excelencia en sus labores!

Y qué no puntualizar; superlativamente, cuándo irrumpe un discurrir mental en lo que se escribe y dice, pesado, incoherente, repetitivo y latoso.

Hace algún tiempo; en un escrito de no poca importancia en algún pleito, algún jurisperito llamaba la atención del Juez señalando que, "subrallaba" (con "ll"); y, que hacía énfasis - sic- , cosas ambas que de veras que sí lo lograba, con arraigo en los "crassos errores" cometidos en el texto y acentuación acabados de mostrar. Ni siquiera deben darse las ocasiones que justifiquen errores mecanográficos cometidos, pues es de imaginarse el destino de la demanda que al filo de vencerse un término prescriptivo se presenta contra Lácides y no contra Alcides.

En fin, parece que lo abordado es nada más que simple cuestión de buen gusto, sin que sea pasable (ni siquiera por razón a que se pertenezca a estratos culturales "planos") padecer el estigma...y sacrificar los buenos modales, cuanto respecta a la materia prima con la que a los abogados todos los días nos toca trabajar, es decir, con la palabra hablada y escrita, en favor o con la disculpa de que lo que importa es la esencia del Derecho. En ningún lado ni hora se deben cometer desafueros en el moldeo de las ideas; ni se debe dar pie para que la señalización de algún acento quizá nos traicione, y por este sendero, nos varíen precisas y genuinas locuciones. La seriedad del vocero y del Juez, en nuestro sentir, empieza con estas apariencias.

En síntesis, dos presupuestos deben acompañar óptimamente al experto en leyes..., más que adornarlo; cuando fuere menester de utilizar su inteligencia y sus conocimientos para convencer **incontinenti**, y ellas son, la de tener la mejor redacción en sus memoriales y súplicas...; como cuestión de distinción y, la de ser elocuente y tolerante tanto en sus manifestaciones de opinión, como para dialogar y alegar.

A nadie se le escapa que la elegancia en la presentación y en la escritura de los trabajos que corrientemente se acarrearán ante los jueces y funcionarios; es decir, ese virtuosismo perfecto de la palabra que se vierte materialmente en el texto de los documentos, es toda una obra de arte que puede fascinar; y, que hace, peremnentemente más atendible y entendible, la procuración ante los estrados. Es que quien mejor se expresa, quien acarrea los más acabados escritos, lleva -así lo creemos- buen trecho ganado ante el público y ante los despachos en los que litigue, sin que por ello se signifique que se satisface la forma con desprecio del fondo.

Como anécdota valedera viene ahora a la memoria, la historia o leyenda de Demóstenes, con el fin de que se aprecie y valore la angustia de aquel hombre...por lograr y brufir la escasa materia con la que los Dioses lo habían "favorecido", la que en esos y éstos estadios, permanentemente debe servir de poderosa herramienta de los abogados. En estas latitudes, como en los deportes, hay que "entrenarse" al mejor estilo de los campeones y de los artesanos, ya que nadie -como la señala el vulgo- "nació aprendido".

No empece a lo puntualizado que se incurra en yerros y percances al hablar... que es dónde menos se notan; o, que se cometa tal cual disparate al escribir, o que medie algún lapsus en tal o cual lectura de viva voz que se tenga que hacer ¡Al fin y al cabo, caminando se aprende a caminar! Pero..., por encima de todo hay que "bregar"... para quien tenga fallas, alcance los medios para que las enmiende y busque su propia y más perfecta superación. Aún más; si las deficiencias son muy grandes, podría llegarse incluso (como en el caso de la enseñanza) personales sobre corrección en lo por escribirse..., sin sonrojos por la ignorancia que se llegue a tener. Se trata en últimas de subsanar cuanto fuere menester, pues hay que derrotar la ordinariéz, ramplonería y las malformaciones físicas y mentales que se puedan tener; y, de las que acaso el usuario, no se haya percatado.

Por los caminos en los que actualmente avanza el procedimiento nacional, se avizora para los abogados del siglo XXI, que con seguridad van a llegar más pronto de lo que esperaba, los tiempos que deban propender y realizar; cada vez más, intervenciones orales sustanciales y convincentes: durante cortas y pausadas audiencias; o presentar escritos breves y dicentes, pues se tiende hacia esos ágiles sistemas, con la finalidad de conseguir una pronta justicia; lejos, muy lejos, de la inapropiada y extinta audiencia pública de años pasados..., dada especialmente en los procesos penales; o, de los kilométricos escritos de los apoderados de la generación del centenario.

¡Algo más! En los estrados, son fundamentales y definitivos los ademanes expresivos y mesurados.

Bajo esa premisa y quizá por simple práctica de aprendizaje crítico, invitamos a nuestros amables lectores para que alguna vez se detengan y observen en todos sus detalles, al colega que acaso se encuentre "dirigiéndose" ante los jueces o, hablándole al público.

Analicemos... para auto- aprender y sacar el mejor provecho... (de él), sus gestos, su modulación, la dirección de sus manos, su vocalización, sus posiciones corporales, su tono y sus actitudes, pues de todo ese conjunto, bien que podemos obtener enormes conclusiones y enseñanzas. La vehemencia y la diafanidad en las propuestas, amén de la idónea enumeración y programación de sus ideas, también convencen cuando la fuerza del argumento apenas que logra permear con dudas la convicción del Juez o del colega al que se tenga necesidad de convencer.

Desde la barrera se observa por éstos flancos como "non sancto" al togado que se dedica; como cualquier profano... a sobreactuarse y a mostrar con ridiculez a personas y sucesos, mediante el raro arte de los gestos y de las señas. Indiscutiblemente que se terminará notando por el auditorio, como detrás de ese "teatro", y, de tales "muzarañas", se desliza... para cualquier contertulio... y hacia otros lares, la atención y el cuidado que se debiera tener por aquel que se está pregonando y tratando de "vender" ideas, pues que las "monerías" y tal cual mímica inusual o manifestación corporal inadecuada, sí que disipan la fijación que merecería el impetuoso proponente.

Aquí, se cumple el adagio muy conocido por las gentes de que "ni tanto que queme al santo, ni tan poco que no lo alumbre", como quiera que la displicencia y la estulticia, en manera alguna pueden llegar a ser consejeros amables hacia el buen entendimiento y la aceptación del orador de turno.

En compendio, resulta ser de la estructura de los abogados que se consiga por cada uno el mejor manejo y estilo propio del idioma y de sus giros; y, que desde el punto de vista intelectual, se tengan llamativos avances en orden a la más diafanina manifestación verbal de las concepciones. Debe constantemente militar en el letrado un innato afán de resumen, donde brille la claridad y la sabia precisión de sus items; y, ha de contarse **in-prontu**, con la sapiencia y la experiencia que no permitan un fácil avallasamiento de sus posiciones, para poder así, sentar en todas partes, categóricos y contundentes raciocinios..., ojalá - y se repite para enfatizar-, en las más concisas y cortas palabras. Modernamente los jueces ya no tienen tiempo... ni se hallan prestos para leer y digerir parrafadas de numerosas y prolijas páginas, con citas repetidas y elucubraciones de nunca acabar, pues ni siquiera, y ello... podemos asegurarlo, tienen rato para dedicarse a escritos que pasen de 5 o 6 hojas. Al particular, alguien acaso mire la conclusión final, pero... si en el alegato se advierte que milita algún un resumen de conceptos, con seguridad que el resto de la pieza pasará inadvertido; no porque se quiera o se admita **motu proprio** ese desprecio, sino por el ingente trajín que asfixia a los servidores de la justicia (con desesperante recargo; principalmente en las grandes ciudades), en las áreas de lo civil, de familia y de lo laboral.

Y, cuando se trata de hablar; relievamos, hay que hacerlo con propiedad y sin miedo. Al fin y al cabo los abogados defienden tan sólo intereses "ajenos"..., pero con mucho amor propio. Siempre será aconsejable la preparación ponderada de la disertación; y que se tenga a la mano por lo menos un pequeño esquema que permita hilvanar todo cuanto se piensa decir (en sus ideas centrales), con lo cual se deja en el auditorio una inconfundible sensación de fortaleza de argumentos, de armonía, de concatenación, y de certeza en las construcciones mentales que se alegan. Por su puesto que en ese terreno abonado, más fácilmente hallarán los demás la razón de todo cuanto se afirma!

¡Algo más! mada obsta para que se anuncie: a guiza de prefacio, tal orden de la exposición. Creemos incluso que ese mero aviso, unido a la pulcritud y la luminosidad que son de esperarse, volverán inmejorable al lapso en que en más de una ocasión "se tiene" la obligación de escuchar al expositor, especialmente si en ello coadyuva -se vuelve a recalcar- el menor lapso posible de extensión. Lo bueno, si breve, dos veces bueno, apuntaba Gracián.

En fin; valga la pena remarcar que la elocuencia, la sapiencia, la transparencia y las buenas maneras, son cuestiones fundamentales en todos los frentes de trabajo de los abogados. Bajo este proceder individual se llega a coger, hasta cierta merecida fama.

Quien no encumbra en ese sentido, al fino jurista socorrano aquel que alguna vez se llamó así mismo "jornalero del derecho" (en auto-catalogación que lo enaltece, ya que nadie osaría señalarlo de manera distinta a que es y será, el mejor de todos...allende el Chicamocha), comoquiera que entre sus contemporáneos y colegas se tiene por cierto que su sitio se localiza a la vanguardia de los dignos ejemplos de lo inmejorable; de tal suerte que bajo tal perfil, ¿Cuántos clientes no hubiesen querido poder tener a su servicio a uno siquiera parecido de tales "obreros" del derecho? Eran tiempos en que para los profesionales, los estudiantes de jurisprudencia de provincia y los interesados en la dialéctica pura, el ir a las audiencias con jurado en las que aquel jurisconsulto participaba, era tanto como asistir a la interpretación de una sinfonía de palabras con armoniosos divertimentos de razones y de ideas; o, ser espectadores de la más hermosa y abundante cascada de anécdotas traídas como anillo al dedo, extraídas de la cultura de todos los libros y de todos los pueblos imaginables, aunque el veredicto..., no saliera acorde con las realidades del proceso.

Sea lo que fuere, ha de verse por encima de esos boatos que cuando el jurista transpira seriedad, profundidad y seguridad en sus intervenciones orales y escritas; es decir, cuando de veras deleita a circunstantes y burócratas con sus alegatos pletóricos de parábolas, tropos, léxico impresionante y técnico, ideas de alcurnia e impecable presentación, no habrá quien no lo quiera "oír" contar y escribir sus razones (sin caer en excesos), en medio de un sano derroche de inteligencia y de cuidado que ya poco se consigue. En tales eventos, las gentes irían por sí solas a las audiencias con el fin de participar en esas transfiguraciones, sin que el acto se pudiera asimilar a la presentación -como antes se apuntara-, del rol del titiretero.

Con fortuna, en nuestra ciudad y en los últimos años, vienen siendo ya muy escasos los espectáculos grotescos de alaridos y berridos a que a diario se nos tenía acostumbrados en los antiguos salones de audiencias públicas del Palacio de Justicia, donde el resto de funcionarios y público tenían por fuerza de cercanía, la "obligación" de escuchar tales "labores". ¡Vive Dios!, que se creía entonces que en aquellos lares se estaba sacrificando a algún chivo expiatorio; o, que se trataba del eco que todavía retumba en los viejos caserones, relativo al lamento de los espíritus de los condenados en las mazmorras y "capillas" del medioevo en trance de ordalías y de hogueras ¡No! Así no se hace el Derecho ni se dispensa la justicia, ni se confeccionan las audiencias. Podría tratarse acaso de la logística de un espectáculo teatral, pero no del ejercicio de una carrera que requiere de decencia y de ponderación. ¡Ah!, falta que hizo, en el campo del derecho penal, la existencia de normas que le hubieran permitido a los jueces fijar de antemano, para cada juicio, las reglas del tiempo y de la altura que habrían de regir en los juzgamientos que otrora se sucedieron en esa rama. Quizá así, la audiencia pública con jurados de conciencia, no se habría desprestigiado.

Ahora bien. Para completar los conceptos de dignidad que *in-fine* se han venido tratando de realzar en este opúsculo, seános permitido recordar con Horario Gómez Aristizábal, las palabras del escritor y miembro numerario Néstor Madrid Malo, cuando en sesión solemne de la Academia del Foro celebrada en Barranquilla alguna vez dijo:

"El derecho tiene su particular estética, y sus maneras artísticas de ser expresado -escrito u oralmente- que, al tiempo con su sabio contenido, deben ser respetados y salvaguardados. Decir y escribir correctamente las ideas y conceptos a ello atinentes, mediante razonamientos lógicos y argumentaciones comprensivas, es deber esencial del hombre de toga..."

"En la redacción de decretos y leyes se observan con frecuencia garrafales errores de sintaxis y, en general, faltas contra el apropiado y buen decir castellano".

"Un litigante, necesitar dominar el derecho en su esencia misma, en sus posibles proyecciones. Esto sin que se pretenda para el abogado una cultura de colección, una ilustración de diccionario enciclopédico. El togado, sin ser "sabelotodo", está obligado a poseer una noción muy completa de todas las ramas del derecho y conocimientos básicos de cultura general. Dominando una cultura central, unos principios generales de derecho y por sobre todo una especialidad, reforzando lo dicho por lo hondo de sus bases y por la relativa amplitud de sus coordinaciones y vuelos, se está al otro lado de la monotonía profesional".

EPILOGO

Quando se tenía listo el precedente texto para ser entregado a las prensas del Centro Docente que patrocina su publicidad, se ha tenido noticia relativa a que el Consejo Seccional de la Judicatura de nuestro Departamento; en reciente decisión, resolvió caso de patético irrespeto y de innegable agravio "escrito" a la magestad de la justicia...para precluírlo, por ante la circunstancia de que, comoquiera que el memorial respectivo le había sido ya "devuelto" por el estrado a su impertinente firmante; en aplicación del art. 39 ordinal 3o. del Código de Procedimiento Civil, ello constituía; se dijo por la Jerarquía en alusión, suficiente sanción para el desacierto.

Se trató de un discutible trasplante de añeja jurisprudencia del extinguido Tribunal Disciplinario en que se juzgó caso de suma agresión extraliteral contra un funcionario, de muy distintas connotaciones a la hipótesis del escritor ofensor y maloliente que por lo general se devuelve al firmante, con consecuencias para la parte representada y no para el agraviante.

Como el tema se relaciona íntimamente con los arquetipos que se han venido trazando, sea de rigor que se transcriban a continuación los razonamientos en que se afincó la justicia disciplinaria local para definir la penosa situación en ciernes.

Veámos:

"Se dijo en su oportunidad: Sin embargo, a pesar de que las sanciones disciplinarias que impone el Juez en ejercicio del poder disciplinario que le asigna la Ley Procesal son diferentes a las sanciones que se condena el abogado como consecuencia de un proceso disciplinario, no es posible sancionar a un abogado, por el procedimiento previsto en el Decreto 196 de 1971 cuando ya fue sancionado por el

Juez en ejercicio de los poderes disciplinarios que la ley le confiere. Esto porque siendo los hechos idénticos se quebrantaría el principio universal "**non bis in idem**", especialmente consagrado en el artículo 115 del C. de P.P., (hoy art. 1o.) y también tácitamente para los procesos disciplinarios en el artículo 71 del citado decreto 196.

"O sea, que sobre los mismos hechos pueden existir dos procesos: uno de índole disciplinario y otro de carácter penal, pero no dos sanciones disciplinarias por el mismo hecho, ya que esto, puede conllevar doble juzgamiento y doble sanción" (Sentencia de Julio 5 de 1982, Tribunal Disciplinario, Magistrado Ponente Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra, citado en la Revista del Tribunal Disciplinario, Año 1, volumen 1, número 1, Bogotá, Mayo a Diciembre de 1982, pag. 83-) Auto de Febrero 9 de 1994, Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Santander, Rad. 198.

Ante tal pensamiento, con el respeto que nos merece ese terreno de la justicia; y, a sabiendas de que el sillar de lo así finiquitado radica en un indiscutido principio "universal" que nadie se atrevería modernamente a discutir, estimamos que a la hora de las decisiones se ha confundido la aplicación de una simple sanción "proce-sal"...para una parte en una lid (ante la mera falta de forma idónea en un memorial por no guardarse el respeto al administrador del servicio), con la comisión de una innegable falta disciplinaria que, con el mismo hecho se cometió por otro autor: el abogado.

Una cosa es una cosa, u otra cosa es otra cosa, dicen las gentes, ya que la primera sanción debería ser entendida en el sentido de que se impuso un correctivo disciplinario a una "parte", mientras que en lo segundo, es inmovible a la apertura de un amplio campo de posibilidades para que se analice la real comisión de una independiente infracción rayana con el área de la ética del procurador del cliente, es decir, por un sujeto activo especial: el apoderado del interesado, quien cometería un acto muy suyo y de ajenidad total con los de su poderdante. De no ser así, piénsese en que esas mismas posibilidades se hubiesen dado con respecto a quien no era experto en leyes; y, se verá que los resultados serían del mismo talante, en una inconcebible dualidad en la que se favorece la impunidad.

Con tal asidero, se llegaría a la eventualidad de que jamás se podría iniciar una acción penal; por ejemplo, contra el tesorero de un Municipio...por alzamiento de bienes, cuando ya acaso la Procuraduría lo hubiese previamente sancionado por sus actividades de funcionario. Parécenos que por la vía del ordinal 3 del artículo 39 del C. de P.C. se sanciona más a la parte que ha designado tan impotable representante (al no ser recibidos sus escritos y perder entonces recursos y otras posibilidades que acaso hubiese tenido en causa), a tiempo que en el decreto 196 de 1971 se disciplina al letrado en leyes, siendo cada una de éstas ubicaciones una cara distinta de la misma acción. Obviamente deberán ambas cosas ser vistas, desde zonas y normatividades diametralmente opuestas.

Bucaramanga, Marzo de 1994.

**LA ORGANIZACION DE LOS
ESTADOS AMERICANOS,
LA DEMOCRACIA Y EL
RETO DE LA CUMBRE
HEMISFERICA DE MIAMI**

JOSE FELIX PALMA

LA ORGANIZACION DE LOS ESTADOS AMERICANOS, LA DEMOCRACIA Y EL RETO DE LA CUMBRE HEMISFERICA DE MIAMI

JOSE FELIX PALMA

Ante todo, mucho lamento no haber estado con ustedes en la fecha inicialmente prevista, pero inconvenientes del tiempo que produjeron el hecho que el avión no pudo aterrizar en Bucaramanga, hicieron que debiera postergar mi propósito.

Al inicio de mi intervención, en primer término, permítaseme transmitir un afectuoso saludo del Secretario General de la Organización de los Estados Americanos, doctor César Gaviria Trujillo; al que también adiciono el de la actual Coordinadora Ejecutiva de la Unidad para la Promoción de la Democracia de la OEA, doctora Elizabeth Spehar.

Al hacerlo expreso mi complacencia de encontrarme hoy entre ustedes -participantes en el Diplomado, el que por su trascendencia viene siendo apoyado por la Organización que mucho me honro en representar en este hermano y querido país, apoyo que se da a través de la Unidad para la Promoción de la Democracia-, en esta ocasión singular para compartir algunos puntos de vista y dialogar acerca del tema propuesto: LA ORGANIZACION DE LOS ESTADOS AMERICANOS, LA DEMOCRACIA Y EL RETO DE LA CUMBRE HEMISFERICA DE MIAMI.

Agradezco especialmente al doctor Alfonso Gómez Gómez, distinguido jurista, ensayista, político e internacionalista colombiano, quien con su empuje ha logrado avanzar adelante en Bucaramanga y en esta Universidad, la oportunidad de formación y recursos humanos especializados en el quehacer internacional, comprometidos en particular con la causa de la democracia, como la mejor forma de vida ciudadana de Gobierno.

Agrego asimismo mi reconocimiento a la doctora Aída Fernández de los Campos, educadora profesional a cargo de la Secretaría Académica del Centro de Estudios Internacionales de esta noble y prestigiada casa de estudios, que hoy nos acoge.

En la línea de lo apuntado al inicio, quisiera concentrar mi participación en algunos minutos de exposición sobre el tema, para después dar pie a un intercambio de ideas con ustedes, lo que puede resultar aún más provechoso y enriquecedor.

No quisiera extenderme en explicaciones, que las doy por conocidas, acerca de sus orígenes de la OEA y sobre su trayectoria en la región, la cual, para decirlo en alguna forma, ha sido objeto de no pocas críticas a lo largo de su historia, de

severos cuestionamientos que sin duda hacen a su eficacia, y de continuas expresiones sobre falta de independiencia en sus determinaciones y, en algunos casos, acerca de la ausencia precisamente de ellas, en su marco.

Empezaré diciéndoles que soy un ferviente convencido en el sistema de la Organización en la cual presto servicios desde hace ya varios años, aún aceptando esas debilidades y carencias -algunas de ellas más publicitadas que reales-, por cuanto la OEA tiene también reconocidas fortalezas e incuestionables ventajas comparativas.

Y para muestra, basta un botón: tener sentado a los Estados Unidos y a Canadá en un foro igualitario con respecto a los países de América Latina y el Caribe.

En ese aspecto, tiene aplicación también a esta fecha la afirmación que hiciera el ilustre patricio colombiano, prohombre de la democracia de su país y de América e Internacionalista de fuste, don Alberto Lleras Camargo - quien también fuera el primer Secretario General de la Organización-, cuando refiriéndose a la OEA aludió a que si ella no hubiese sido creada, sería necesario hacerlo.

Es la OEA una organización de derecho internacional público, de profunda orientación y raigambre política - en el sentido precisamente más amplio de su acepción, de abarcar al conjunto de la vida en sociedad-, de sólidos principios y fundamentos jurídicos, y de una vertiente activa de cooperación y de servicios a los países, no obstante reconocer el hecho de sus limitaciones en materia de recursos humanos, materiales y financieros.

En mucho la Organización ha corrido en paralelo con el proceso de la democracia y de los derechos humanos en el Hemisferio.

Aún cuando en su esencia es una entidad internacional que se debe a sus miembros y que, curiosamente, recoge en forma pionera el sustratum de la democracia - con base al principio de la igualdad jurídica de los Estados-, en su accionar no siempre ha podido lograr el difícil equilibrio de la igualdad en el plano del derecho versus la innegable desigualdad frente a una realidad económica, financiera, comercial, industrial, tecnológica, institucional y, porque no decirlo, militar, drásticamente dispar entre los Estados que conforman la OEA o, más específicamente, entre los países en vías de desarrollo y los países industrializados que se sientan en su entorno.

Pero, todavía así, habrá que aceptar que en la formulación teórica y práctica de su devenir, la OEA ha logrado impulsar situaciones en las que de manera encomiable -como expresión inequívoca de la creciente madurez de los países de la región-, se registra la vitalidad de su enunciado fundamental y, en los hechos, se hace realidad el sentido democrático de sus determinaciones.

Que más podría decirse, o simplemente sería suficiente recordar que la OEA no

tiene en su seno mecanismo de discriminación o de capacidad formal de observación o de bloqueo de las decisiones, que apoyen o propugnen la mayoría de sus miembros.

No hay en ella la capacidad de veto -tan cuestionada en la organización mundial-, en tanto que para efectos reales vale por igual el voto del país más poderoso de la tierra, frente al voto de cualesquiera de los estados insulares -en particular los caribeños de habla inglesa-, con territorios, poblaciones y potencialidades que no superan a los de prácticamente cualquier departamento o provincia de los países continentales, en especial de Norte y Sur América.

Y cuando apuntaba que la OEA ha ido de la mano del proceso de la democracia de la región, he querido en forma por demás global, traer a colación el hecho de que, frente a procesos internos de debilidad o fragilidad de gobiernos elegidos con base al escrutinio popular -que ha sido la constante de las últimas décadas en una buena parte de los países latinoamericanos-, y a la poca eficacia de su actuación, por responder más a los aspectos adjetivos de la democracia, no se ha logrado dar vuelta a la dramática realidad del entorno social, lo que general naturales expectativas insatisfechas y creciente ansiedad colectiva.

Gobiernos -o desgobiernos-, que por no actuar con realismo frente a los problemas, han producido que se mantengan los elementos que hacen en mucho que nuestras sociedades estén plagadas de síntomas de marginación de sus grandes poblaciones, de no pocas veces de inimaginables situaciones de crueles enfrentamientos faccionales, de violencia inusitada a su interior, de lacras tan complejas como el fenómeno del narcotráfico, de irrespeto estructurado y sistemático por lo que son los derechos inalienables de las personas como seres humanos, y de ofrecer finalmente y a la larga, sólo pocos o muy limitados estímulos u opciones para la realización y el desarrollo humanos -expresión esta última que ha tomado un nuevo vigor y sentido-.

Y qué ha pasado paralelamente en la Organización. La falta de conciencia y del sentido auténtico de la democracia, generó posturas y situaciones en las que, sin duda, la direccionalidad que tomaba en sus determinaciones no respondía al sentir o parecer real del conjunto de los países, o que éstos, por un lado, obsecuentemente asumían roles y papeles que respondían más a una visión de servilismo y de decadente postración o, por el otro, se rasgaban las vestiduras en una innecesaria e improductiva confrontación, frente a lo que realmente correspondía: actuar con la independencia, la objetividad y la autenticidad que demandaba el momento.

Hubo pues un juego en alguna medida acorde o paralelo entre lo que pasaba al interior del conjunto o de la mayoría de los países y lo que sucedía en el marco de la Organización, especialmente en los períodos en los que, por ejemplo, la excepción eran los gobiernos democráticos ó auténticamente democráticos en la región -lo que ocurrió en particular en la década de los setenta-, vis a vis una mayoría de gobiernos de origen no constitucional.

No será preciso recordar que la OEA se debe a la voluntad política de los países -concepto resumido en la expresión "la OEA es y será lo que sus Estados desean que sea"- , voluntad sin la cual su labor y su capacidad de acción se ve mediatizada y limitada.

Yendo más al tema, en los últimos años, sin duda como expresión de la realidad del resurgimiento de la democracia en el Continente, en el ámbito de la OEA se inician procesos que la convierten en el organismo internacional que a nivel mundial en la forma más categórica, clara y firme con respecto a otras entidades y por mandato de su propia Carta constitutiva, se impone la responsabilidad de trabajar y de actuar para defender, promocionar y consolidar la democracia como forma de gobierno que los países de la región asumen como propia.

Aunque es verdad que ya en la Carta de la OEA, de Bogotá, del año de 1948 -que marca el nacimiento de la actual estructura y que, coincidentemente, se registra con el período que da inicio a la violencia en Colombia, tal vez como presagio de las dificultades que la Organización atravesaría en el curso de las siguientes décadas-, se aludía a la democracia, sus referencias eran más bien a una aspiración colectiva.

Es a partir de la Asamblea General de Santiago de Chile, de sólo hace unos pocos años (de 1991), en que los países resuelven atribuir a la Organización un rol más dinámico y concreto en la materia. Fue así que dispusieron que frente a situaciones que pusiesen en riesgo o que interrumpiesen gobiernos de elección popular, se convocaría al régimen de la Reunión **Ad-hoc** de Cancilleres, de manera de que se adoptaran las medidas que permitiesen cautelar a dichos gobiernos o que dieran lugar al más pronto restablecimiento del orden constitucional.

Este mecanismo es formalmente distinto del previsto en materia de seguridad -que es el que más casos de aplicación ha tenido en la región-, en el ámbito de sin duda ya obsoleto Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca (TIAR) y fue enunciado también como diferente del que originalmente contemplaba la Carta de la OEA, para cualquier situación que inclusive pudiese afectar no sólo la seguridad sino también el desarrollo de los países que es el mecanismo de la Reunión de Consulta de los Ministros de Relaciones Exteriores.

Posteriormente y a través de las enmiendas a la Carta, de los Protocolos de Washintong y de Miami, suscritos en 1992 y 1993, y cuya vigencia se espera que se de antes de la próxima Asamblea General, a efectuarse en Junio entrante en Puerto Príncipe, Haití - en mucho como homenaje al retorno a la constitucionalidad de ese país, tan afanosamente buscado-, la Organización toma partido aún más estricto y firme en este campo, al disponer inclusive la posibilidad de la suspensión del Estado miembro en el que se registre un golpe de estado que acabe con el gobierno elegido democráticamente. Asimismo y a través de los citados Protocolos, la OEA recoge el compromiso que los países adoptan en su ámbito, para desarrollar los mayores esfuerzos a fin de lograr condiciones que permitan reducir la pobreza en la región, al tiempo que se determinan cambios y adecuaciones en su estructura institucional.

Y esta secuela evolutiva, no se da en forma aislada a otros procesos que empiezan a tomar consistencia y a ser adoptados como pautas para el Hemisferio.

Me refiero a las corrientes, generalizadas en su momento y ya por algunos años, que coincidieron en alguna medida con la terminación de la bipolaridad a nivel mundial y que ahora, en forma inmediata -en particular, por las dificultades que registran en el caso de México-, están siendo nuevamente y, en alguna medida, cuestionadas o que, por lo menos, surgen respecto de ellas serios interrogantes y dudas.

La apertura económica, el reconocimiento de un papel renovado para el Estado -en donde no pierda capacidad de gobierno, pero que sí logre desprenderse de actividades económicas en las que haya acabadamente demostrado ser incompetente, que se reduzca en tamaño y que adquiera crecientes niveles de eficiencia y de transparencia-, y el sinceramiento de la economía -dejando que los precios se manejen por el juego y las tendencias del mercado-, son expresiones que adoptan las corrientes que mayoritariamente se imponen ahora en la región y en el mundo.

En cuanto al sistema de los derechos humanos en América, como es bien conocido, la OEA ha sido la entidad que ha logrado su desarrollo e impulso. La creación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos -cuya Secretaría Ejecutiva está y es parte de la Sede de la OEA, en Washintong, D.C.- y, años después, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos -con sede en San José, Costa Rica-, constituyen hitos en tal devenir.

El Protocolo de San Salvador, complementario de la Convención Americana de los Derechos Humanos ó Pacto de San José, es un avance más en el reconocimiento de los derechos económicos, sociales y culturales que en mucho, integran el llamado derecho al o del desarrollo.

Y en el proceso de afirmación democrática y en los espacios que él gana al interior de la OEA, juegan efectivamente un papel determinante la presencia y los aportes de los países del Caribe inglés, de sólidas tradiciones de respeto al derecho y de tránsito por la democracia -aún con los pocos años que registran de independencia-, aunado a la existencia de un nuevo interlocutor desarrollado en el seno de la Organización: el Canadá.

Ahora bien, en el momento actual que se atraviesa, delineado o tipificado por la necesidad de afrontar los diversos y drásticos cambios que se han registrado en el mundo y en el Hemisferio -partiendo del hecho que ha quedado atrás la etapa confrontacional para dar pie a una etapa de madura concertación y de colaboración, basada en el realismo y en el diálogo continuo-, la OEA recibe desde hace unos pocos meses la conducción de su Secretaría General por un muy distinguido ex-Presidente de este querido y respetado país - en el que tengo el honor de estar acreditado para su servicio-, que se caracterizó precisamente durante su Gobierno por su decidida y sostenida determinación y vocación hacia el cambio y la modernidad.

Se da así un nuevo y significativo aporte de Colombia en favor de la Organización, que es parte de una tradición e historia de ricas contribuciones efectuadas por el Estado miembro que nos da cálida acogida, y que en las últimas décadas se manifiesta, entre otros hechos, en que la OEA adopta precisamente su forma actual en Bogotá, con la carta de 1948; tiene a un prominente colombiano como su primer Secretario General; y es objeto de importantes reformas -en un proceso evolutivo que nunca ha dejado de manifestarse y que sin duda expresa la capacidad de la Organización de adecuarse a los cambios-, con el Protocolo de Cartagena de Indias.

Siendo consecuente con su trayectoria de estadista y hombre público, en su discurso inaugural como Secretario General de la Organización, en Septiembre pasado, al referirse a su elección como Presidente de Colombia, el doctor César Gaviria Trujillo destacó que: "No fuí entonces elegido para administrar la rutina. Se bien que he sido llamado ahora (a la OEA), tampoco, para administrar rutina alguna".

La Cumbre Hemisférica de Miami, convocada por el Presidente Clinton de los Estados Unidos de América, adoptó determinación de no someterse en su organización, preparativos y desarrollo, a entidad internacional alguna, y más bien prefirió mantener su independencia, para ver de asignar responsabilidades y atribuciones en la implementación y en el seguimiento de sus acuerdo, a los diferentes organismos internacionales de carácter regional, teniendo en cuenta sus ventajas comparativas y potencialidades.

Fue así que la Cumbre de Miami, de Diciembre último, según es conocido, entregó de manera preferencial a la OEA muy importantes y variadas responsabilidades, en el marco de las cuatro alianzas que adoptara, a saber:

- "La Preservación y el Fortalecimiento de la Comunidad de Democracias en las Américas"
- "La Promoción de la Prosperidad mediante la Integración Económica y el Libre Comercio";
- "La Erradicación de la Pobreza y la Discriminación en nuestro Hemisferio"; y,
- "La Garantía del Desarrollo Sostenible y la Conservación de nuestro Medio Ambiente para las Generaciones Futuras".

En cuanto a la primera, la Alianza para "la Preservación y el Fortalecimiento de la Comunidad de Democracias en las Américas", ésta abarca temas que van de la defensa, protección y promoción de los regímenes auténticamente democráticos; de la promoción y protección de los derechos humanos; del fortalecimiento de la sociedad y de la participación comunitaria; de la promoción de los valores culturales -en el necesario propósito de conservar identidades propias-; del combate contra la corrupción la lucha contra las drogas ilícitas y delitos conexos; y de la eliminación de la amenaza del terrorismo nacional e internacional; al fomento de la confianza mutua - tan necesaria en estos momentos, después de la sin duda lamentable reciente confrontación entre el Perú y el Ecuador, en etapa de superarse, ojalá que en forma definitiva y con estricto apego al Derecho Internacional.

En esta alianza o campo, destacan los aspectos relativos al apoyo para que la OEA, a través del fortalecimiento de su Unidad para la Promoción de la Democracia, amplíe sus labores o incursione en áreas tales como intercambios de tecnologías electorales y la asistencia técnica en la materia, la asistencia en cuanto a procedimientos legislativos y judiciales -justicia-, la simplificación de los reglamentos y el fomento de la participación de las organizaciones comunitarias de base (democracia local).

También, se apunta al entendimiento, al diálogo y a la reconciliación políticas, campos en los cuales se respalda la gestión de la OEA, siempre a petición del Estado afectado, para fomentar esquemas de pacificación interior y de entendimiento nacionales.

Además de propender a una acción más significativa en cuanto al establecimiento de una efectiva cultura de los derechos humanos, la Cumbre propone que se amplíen las actividades de las instancias de la OEA dedicadas al tratamiento del tema y se dote de mayores recursos a la Comisión y a la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Igualmente, se demanda una acción de mayor cobertura de los programas culturales de la OEA y el BID, como entidades que a su vez fomentan el entendimiento entre los pueblos de la región.

Y probablemente lo más novedoso en esta esfera -sin pretender disminuir la importancia de los otros temas-, es el esfuerzo que se compromete en cuanto a la lucha contra la corrupción y la inminente necesidad de todos los gobiernos e instituciones públicas de la región de recuperar la credibilidad de la gente, en cuya línea el Gobierno de Colombia ha establecido el denominado "Plan Transparencia: Para Volver a Creer".

A tal efecto y entre otros encargos, se solicita a la OEA establecer vínculos específicos con la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE), con relación al soborno en las transacciones comerciales internacionales, y propiciar un enfoque hemisférico sobre los actos de corrupción, tanto en los sectores públicos como privados, que incluya la extradición y el enjuiciamiento de los responsables de tales actos, a través de un nuevo instrumento a adoptarse y de renovadas formas de cooperación internacional.

Con respecto al problema del narcotráfico, se pone de relieve el rol desempeñado por la OEA, a través de la Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas (CICAD), recomendándose la adopción por los países de los reglamentos modelos elaborados por la CICAD - en materia de uso de productos químicos y precursores, y de lavado de dinero y activos (para inclusive llegar a una Convención Hemisférica en dicho campo, con base a la muy importante iniciativa sobre el tema del Gobierno de Colombia).

Por último, se encomienda que la OEA lleve a cabo una conferencia especial

sobre la prevención del terrorismo, y brinde apoyo para la realización de una conferencia regional para promover el fortalecimiento de la confianza mutua.

Por lo que corresponde a la Alianza para "La Promoción de la Prosperidad mediante la Integración Económica y el Libre Comercio", ésta comprende las áreas de libre comercio en las Américas, de desarrollo y liberalización de los mercados de capital, de infraestructura hemisférica, de cooperación energética, de desarrollo de las telecomunicaciones y de la infraestructura de la información, de cooperación en ciencia y tecnología, y de turismo.

Esta alianza, sin duda, es la que ofrece nuevos y mayores retos y responsabilidades a la OEA, según lo ha venido afirmando y reconociendo el propio Secretario General.

De etapas de décadas anteriores, en donde se había logrado contar con una relativa consistente masa crítica de recursos humanos especializados en comercio internacional y en exportaciones -coincidente con el establecimiento y la Operación en Colombia del Centro Interamericano de Promoción de las Exportaciones (CIPE), que años después fue eliminado, y la creación del Centro Interamericano de Comercialización (CICOM), que aún hoy funciona en Río de Janeiro-, en la OEA se pasó en los últimos años a trabajos de menor alcance en el ámbito del desarrollo del comercio, conducidos fundamentalmente a través de la Comisión Especial de Consulta y Negociación (CECON), del establecimiento de una sofisticada -pero lamentablemente poco usada-, base de datos computarizada, denominada Sistema de Información al Comercio Exterior (SICE), y del desarrollo de programas de asistencia y capacitación en el campo aduanero.

Al reestructurarse la CECON y buscársele nuevas y renovadas energías, inclusive mediante la elevación del nivel de los representantes de los países, se pasó a la constitución de la actual Comisión Especial de Comercio (CEC).

Los encargos, en su conjunto, apuntan a que la OEA acompañe activamente y sea el ámbito político determinante en la sensibilización y la concertación requeridas, para llegar a la adopción en el año 2005 del "Área de Libre Comercio de las Américas" (ALCA).

El tema no sólo es de gran actualidad para los sectores empresariales y productivos sino también para los sectores públicos de todos nuestros países, por el proceso de globalización de la economía y de aperturas comerciales, y también intenta ser una respuesta regional, con respecto a lo que sucede a nivel mundial, en cuanto a la conformación de sólidos y poderosos bloques económicos (Europa, Japón, China, y el Sureste asiático, y las Américas, en su conjunto).

Al tiempo de pronunciarse a favor de la implementación de la Ronda Uruguay- que tanto esfuerzo demandó su aprobación-, y de la recientemente creada Organización Mundial del Comercio (OMC), reconoce los esfuerzos en el campo de la liberalización comercial y de la integración desarrollados en la región.

Desde una óptica más bien pragmática- y menos declarativa que la ocurrida o manejada en las décadas de los sesenta a ochenta, especialmente a raíz de la formación de la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC), que pasó a ser la actual Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI), y del Acuerdo de Cartagena-, propone renovados impulsos en el área de la integración, estructurados con base al manejo simultáneo del libre comercio y de las políticas ambientales, que deberán apoyarse mutuamente.

Al efecto y como estrategia para el ALCA, dispone que se aprovechen las experiencias de los esquemas adoptados de liberalización comercial, globalmente impulsados por los procesos que conducen instancias tales como la ALADI, el Mercado Común del Cono Sur (MERCOSUR), el Acuerdo de Cartagena (AC), el Mercado Común Centroamericano (MCC), la Asociación de Libre Comercio de los Estados del Caribe (CARICOM), el Tratado de Libre Comercio de Norteamérica (TLC), el TLC- Chile, el Grupo de los Tres, y las establecidas entre México y Chile, entre Argentina, Brasil y Uruguay, entre Colombia y Venezuela, y entre Colombia y Ecuador, todo ello como parte de los más de 30 acuerdos existentes y actualmente vigentes entre los países del Hemisferio.

El trabajo se propone que se oriente a lograr la armonización de los acuerdos, de manera que se establezca un marco global propicio para el desarrollo del comercio, el incremento del flujo de las inversiones y la integración, en su conjunto.

Tareas específicas se reconocen para la CEC de la OEA, en cuanto a la preparación de estudios y la sistematización de datos, con descripciones comparativas de las obligaciones asumidas por los países en cada uno de los acuerdos comerciales existentes en el Hemisferio.

Y de manera de avanzar gradualmente hacia el ALCA, se dispone un esquema de reuniones periódicas de los Ministerios de Comercio de la región, la primera de las cuales tendrá lugar en Junio próximo, y a desarrollarse por etapas sucesivas, conforme sea necesario y de acuerdo con lo que los propios países consideren apropiado.

Con respecto a las inversiones, se prevé la creación de la Comisión de Asuntos Financieros Hemisféricos, para que analice y considere el tema, incluyendo los problemas de deuda externa en la región.

Roles igualmente significativos se asignan en el campo de las telecomunicaciones y de la infraestructura de la información, a la Red Hemisférica Interuniversitaria de Información Científica y Tecnológica impulsada por la OEA y a la Comisión Interamericana de Telecomunicaciones (CITEL) de la Organización - - instancia que ha sido también objeto de reciente renovación de su **status**, al dársele carácter permanente.

En cuanto a la cooperación en ciencia y tecnología, y sin perjuicio de otras medidas, se dispuso la celebración de una reunión de Ministros de Ciencia y Tecnología,

en 1995, a fin de evaluar el Programa del Mercado Común del Conocimiento Científico y Tecnológico (MERCOCYT) de la OEA - cuya adopción correspondiera a propuesta formulada y liderada por el ex- Presidente del Uruguay, doctor Luis Alberto Lacalle-, así como el Programa Bolívar.

En el marco de la tercera alianza, la Alianza para "La Erradicación de la Pobreza y la Discriminación en nuestro Hemisferio", se definen actividades y programas para lograr el acceso universal a la educación, el acceso equitativo a los servicios básicos de salud, el fortalecimiento del papel de la mujer en la sociedad, el fomento de las microempresas y las pequeñas empresas, y el establecimiento de los cascos blancos (para apoyar situaciones de emergencia y de desarrollo).

Se parte del reconocimiento de la necesidad de que grandes segmentos de la sociedad, especialmente las mujeres, las minorías, los discapacitados, las poblaciones indígenas, los refugiados y los desplazados, se incorporen activamente en la vida económica de nuestros países. Acento especial se pone al caso de la pobreza, que abate a casi la mitad de la población del Hemisferio.

En este campo, sea pertinente anotar que la OEA ha venido apoyando y colaborando activamente en la formación y en las actividades de la Red Social Hemisférica, integrada por los programas e instituciones que los países cuentan para reducir la incidencia de la pobreza, en enfoque de trabajo que acentúa las acciones de intercambio de experiencia y de cooperación horizontal.

Las ambiciosas metas en materia de educación, son atribuidas a la responsabilidad y a los esfuerzos de cada país, involucrando no sólo la acción gubernamental sino también considerando la participación del sector privado, con el apoyo de las instituciones multilaterales.

Es así que la Secretaría General de la OEA está en proceso de determinar, dependiendo de lo que finalmente dispongan los países, que el campo de la educación se mantenga activo a su interior y que cuente con instancias específicas para el diseño y la aprobación de modalidades innovadoras de cooperación.

Con relación al fortalecimiento del papel de la mujer en la sociedad, entre otras medidas, la Cumbre determinó alentar la ratificación y el cumplimiento de la Convención Interamericana para la Prevención y Sanción de la Violencia contra la Mujer; y el fortalecimiento de la Comisión Interamericana de Mujeres (CIM), que es el organismo especializado de la OEA en materia de género.

Por último, se solicita la cooperación del Banco Interamericana de Desarrollo (BID), de la Organización Panamericana de la Salud (OPS)- organismo especializado que de manera específica recibe la responsabilidad de darle cuerpo e implementación a sus recomendaciones para generar condiciones sustantivamente mejores en materia de salud en la región-, y de la OEA, en cuanto a la formación de los "cascos blancos"- iniciativa del Presidente Menem, de Argentina-, que darían

apoyo nacional e internacional a situaciones de emergencia y a necesidades de humanitarias, sociales y de desarrollo.

La última de las alianzas, acerca de "La Garantía del Desarrollo Sostenible y la Conservación de nuestro Medio Ambiente para las Generaciones Futuras", abarca el uso sostenible de la energía, la conservación y el uso sostenible de la biodiversidad, y la prevención de la contaminación, área esta última en donde se solicita la participación de la OEA, el BID, el Fondo de Inversión Multilateral, el Banco Mundial, y la OPS, para la elaboración, financiamiento y ejecución de los proyectos prioritarios que los países determinen.

En cuanto a la biodiversidad, por ejemplo, corresponderá mencionar que, conforme a proyecto presentado por el Gobierno Nacional, el Programa Regional de Desarrollo Científico y Tecnológico de la OEA, tiene previsto brindar importante apoyo en los próximos meses al Ministerio del Medio Ambiente en sus esfuerzos con respecto al diseño y al desarrollo de las estrategias colombianas sobre la materia.

El conjunto de mandatos y responsabilidades encomendadas por la Cumbre y la necesidad de responder desde ya al proceso de cambio estructural de la Organización dispuesto por el Protocolo de Managua, que aprobara el establecimiento del Consejo Interamericano para el Desarrollo Integral (CIDI) y la consecuente desaparición del Consejo Interamericano Económico y Social (CIES) y del Consejo Interamericano para la Educación, la Ciencia y la Cultura (CIECC) - - en enfoque globalizador y no seccionado del proceso de desarrollo y que, en definitiva, es la visión regional del concepto del desarrollo humano sustentable adoptado en el ámbito de las Naciones Unidas-, ha determinado al Secretario General a presentar su propuesta de modernización y adaptación institucional, contenida en el documento "Una Nueva Visión de la OEA", sometido recientemente al Consejo Permanente de la Organización.

El documento propone acciones y transformaciones en torno a 12 temas fundamentales, entre ellos; el fortalecimiento de la democracia en el Hemisferio; la defensa y protección de los derechos humanos; la seguridad hemisférica y el combate contra el narcotráfico; la lucha contra la corrupción y por la modernización del estado; la integración económica de la región; la defensa y protección del medio ambiente y la promoción del desarrollo sustentable; y la modernización de la cooperación técnica y de la organización interna de la Secretaría General de la OEA.

Hay la convicción que la propuesta será la base para que los Estados miembros aprueben, en el curso de la Asamblea General de Haití, un renovado marco para la Secretaría General, en donde haya lugar para generar el apoyo que demanda la implementación de los acuerdos de la Cumbre de Miami, que enfatice en el desarrollo de las áreas prioritarias al definir de manera más selectiva sus acciones- para que la OEA no tenga que hacer un poco de todo-, que recoja novedosos esquemas para la cooperación interamericana- con un uso cada día más amplio y diversificado

de mecanismos de cooperación horizontal-, y que disponga un proceso de aún mayor racionalidad administrativa y funcional.

Los próximos meses serán pues cruciales en importantes decisiones que apoyen esa "Nueva Visión de la OEA" que propugna el Secretario General como respuesta a las demandas de los países.

Al terminar, reitero mi confianza y mi fe en el futuro de Colombia y en el de cada una de las naciones hermanas que integran la región y en la posibilidad de que generen condiciones para brindar a sus pueblos crecientes y mejores medios de satisfacción de sus necesidades, de realización humana, de paz y solidaridad.

Bucaramanga, 27 de Abril de 1995

INDUCCION AL SEMINARIO ALEMAN

MANUEL ANTONIO BORJA NIÑO

INDUCCION AL SEMINARIO ALEMAN

MANUEL ANTONIO BORJA NIÑO

1. ASUNTOS PRELIMINARES E HISTORIA

1.1 SU METODO Y SU TECNICA TIENEN RAZON DE SER EN UN PAIS COMO ALEMANIA CON UN ALTO DESARROLLO CULTURAL Y TECNOLÓGICO.

Cualquier extrapolación hacia otro medio cultural, debe considerar las situaciones que implican las variedades de lo que hay que cambiar.

En este medio no sellega a la educación superior tras la misma selección y estrategias educativas; se sigue una manera diversa para avanzar en la escala de una enseñanza que aborda niveles más adelantados. Distinta de quella seguida en Alemania.

La educación debe afrontarse desde diversos aspectos; uno de ellos implica una convención tácita, que, conforme a una normativa de solencias, exige comportamientos y actitudes de transacción en los componentes del estamento. En otros aspectos es institución cuya finalidad es moldear y capacitar al ser humano para ser aportante de actuaciones de beneficio común. Por otro lado la educación se desarrolla en un medio comunicativo que se afecta de todos los problemas e interferencias en que se gesta, se transmite y se capta el mensaje. En último aspecto el aprendizaje, con el nexa que lo puede unir a la enseñanza, es un proceso en que actos, cosas y estados de cosas, hacen una secuencia de acción hacia este fin de información y adiestramiento.

1.2 CONOCIMIENTO Y ENSEÑANZA

Una visión del mundo y del conocimiento, conciente o inconciente, guía de la labor del aprendizaje, en armonía con la intuición del saber y la tarea de vincular al conocimiento a pequeños o grandes grupos; de quienes han recibido iniciación para nuevas adquisiciones conceptuales o técnicas, teóricas o prácticas, en su formación personal, o en su adiestramiento práctico, como habilidades.

Se influyó demasiado la cultura de occidente de las raíces orientales, de un saber que se nutría de quietud contemplativa; donde los logros de la sabiduría, se intelectualizaron en el acceso a una verdad eterna, inmodificable, constituida de una luminosidad depurada de contaminaciones limitantes, y que propendía de formas perfectas hacia ideas también perfectas. El camino del saber se constituía de una iluminación, cada vez más plena que, bajo la conducción de maestros, se iba haciendo asequible a quienes se ejercitaban de la Música, la Gimnasia y la Matemática; allí

donde el sentido y la intuición de una verdad, llevaban a logros de mayor rango y jerarquía en la sabiduría adquirida.

Un conocimiento así concebido, implicaba adquirirlo como logro del aprendizaje o por lo menos una aproximación a él. En el todo estaba la parte. Una realidad precisaba captarse en ajuste a ella misma, estaba en el universo (uno-verso) y asomaba en la visión de un absoluto; lo relativo se tomaba limitado y dependiente; solo permitía especificaciones pasajeras.

Quien buscaba sabiduría tenía ante sí el ejemplar eterno de la verdad, había dicho "Platón".

Una capacidad mental requería apoderarse cognoscitivamente de los fenómenos, adecuarse a lo existente. La verdad sólo se concedía a través de una participación, el intelecto lo permitía, la mediación requería de un alma con genio, que hiciese la intercalación comunicativa entre los dioses y los humanos.

Por el mito de los dioses se manifestaban y expresaban su existencia, por el rito los humanos se comunicaban con los dioses; el ser intermedio, como un puente, hacía partícipes a los dioses de cosas humanas, y a los humanos de las cosas divinas.

Históricamente el maestro, tenía adquiridos los mayores en el campo del saber, había que acatarlo con el sentido de la autoridad, ésta tenía la fuerza del argumento, y hacia ella aflúa el curso retórico del pensamiento que se expresaba en consonancia con la enseñanza de los maestros.

La enseñanza, de cierto modo, era el traspaso del acero cognoscitivo al discípulo, que hacía y tenía méritos para ser el depositario.

Esta concepción fue y ha sido desechada en gran parte, pero la tradición y la práctica se nutren más de solencias que de razones, y, de cierto modo, sigue imperando en las labores docentes.

La idea real y precisa de que una exposición sólo recoja la posición del maestro, es por desusual inexacta. El maestro son todos los maestros, a ello lleva el concurrir a las fuentes; quien expone, en variadas ocasiones, ni siquiera se sitúa ante los problemas y las encrucijadas a que conduce el conocimiento. Las vías de su discutir en la secuencia histórica, son las que corresponden con las raíces de la cátedra magistral.

1.3 NUEVA VISION DEL CONOCIMIENTO

Se abre camino una nueva visión, que busca hacer la ruptura, desde una mira no sólo teórica sino práctica, de la concepción de una cátedra magistral. Aunque todo el saber pudiera concurrir hacia un universo, la cuestión no está en saber de todo,

sino en saber algo. La variedad del saber se extiende, en el decir de Heidegger, en sectores descriptivos del conocimiento. El mundo cognoscitivo de cada quien se torna poblado de conceptos, que surgen de la cultura social, que le sirve de nicho ecológico a estos saberes. La población conceptual tiene que aceptar el concurso y la concurrencia de otros conceptos, en algunos casos antagónicos; aquellos que pretendan subsistir tienen que hacer logros de arraigo y adaptabilidad que les permitan la persistencia. En algún momento se expresó la idea de resistir los embates de una falsación, pero lo cierto llevaría a que también la falsación pueda ser falsada.

Al campo del conocimiento se unifican las creencias, un mundo pre-lógico de magia y mito explica las intuiciones vagas de aquellos que se presupuesta en los fenómenos. Un saber de cotidianidad permite acceder lo inmediato, cuando la necesidad a satisfacer es primaria; y los conceptos elaborados por la reflexión sistemática de la ciencia cubren un campo de conocimiento, que está en función de pugna y complementación con las creencias y con los saberes de la cotidianidad; mientras la minuciosidad del saber, cada vez más, le abre camino a nuevas ciencias. La profesionalización, por razones de rango gremial, cierra parcelas del conocimiento, cuando, epistemológicamente, no hay bases suficientes para escindir los nuevos campos del conocimiento; sin embargo esa realidad la afronta quien busca incrementar su aprendizaje.

1.4 REEXAMEN DE LAS LABORES COGNOSCITIVAS

La Geometría, al intelectualizar la concepción de sus figuras, al igual que la Aritmética dieron pie para exageraciones en la busca de un saber ya dado y perfeccionado, en el cual se centraba la tarea educativa, es decir, conducir el cúmulo de los saberes hacia ideales de perfección, el de las verdades matemáticas; por entonces, sin cuestionamiento de su base axiomática.

Las exploraciones posteriores del conocimiento replantearon los alcances de las matemáticas en un plano lógico de coherencia conceptual en el manejo de símbolos, que propende por un lenguaje preciso de aproximación a la realidad; que se da al conocimiento con una relatividad estadística, es decir como una probalística donde los aciertos científicos son los resultados de quien atina en la cábala, concurriendo a las regularidades iterativas de los sucesos.

El saber se reduce a los aciertos de un jugador, tomado alegóricamente implicando, en la misma forma, para quien lo consigue una especie de puntaje, lejos del campo que implicaría la universalidad; siendo mínimos los logros individuales frente al mundo que hace la cultura en su transcurso histórico social.

Esa reconsideración del conocimiento, en su visión, que se acomoda a los variados paradigmas, con los cuales se intenta un aprendizaje, hará que la misión del maestro se desdibuje cuando se han superado ciertos estadios de la cultura media, y que la búsqueda sea, ante todo, labor de orientadores que van en pos de un mismo horizonte.

1.5 FORMAS DE LA COMUNICACION DE LA ENSEÑANZA

Las anteriores observaciones hacen que la comunicación del conocimiento varíe sus formas, con cierto sentido radical. La forma clásica de la exposición era la lección de una cátedra magistral. El expositor reordena sistemáticamente su pensamiento, nutrido de todos los componentes que incidieron en la conformación de los conceptos que expresa, para la captación de sus discípulos y oyentes. El relieve lo tiene la emisión de un mensaje, que lleva en su contenido el bagaje del saber más amplio.

Será de cuidado especial que la emisión no se distorsione, y que implique los menores riesgos de error, buscando la fidelidad máxima que debe ser captada por el alumno, que solo desarrolla su capacidad receptora y comprensiva, en el campo activo; exclusivamente en las formas de la comunicación no verbal retroalimenta el saber del maestro, pero no incide en el mensaje dictado y emitido. En ese sentido se ha calificado el papel del aprendiz de pasivo; exagerando el sentido del término, se califica este tipo de enseñanza de teórica, para hacer denotar sus rasgos reflexivos y conformados de manera abstracta, en oposición a lo pragmático y práctico.

En un diseño más amplio de la labor didáctica la clase requirió de formas accesorias de complementación que propendieron por el máximo de beneficio del alumno que intervenía o tenía mayores vinculaciones al mensaje del saber, con maneras de enseñanza, como el repetitivo, labor de docentes auxiliares. El sistema de preguntas dispuestas al estilo socrático para indagar por las cuestiones básicas conceptuales, conductoras hacia la recepción de las nuevas adquisiciones del conocimiento. Y en últimas al alumno se le brindó la oportunidad de participar más activamente en su formación a través del ejercitativo.

Las formas de la clase permitían un acceso al aprendizaje de carácter individual y colectivo, que debía traducirse en un resultado de certeza en las adquisiciones del conocimiento. La clase mantiene su vigencia en las labores docentes como se observó con un cambio de sus razones de ser en busca de lograr una posición del maestro, con alguna modalidad que no es estrictamente, la *lectio*; pero que se corresponde con exposiciones que mantienen cierta rigidez, en emisión de mensajes.

1.6 RIGIDEZ Y LIBERTAD EN DOCENCIA

En la enseñanza se dieron cambios radicales, cuando se abrió paso a formas libres de la docencia privada, que, por otro lado, se estilaba en un ámbito aristocrático, al permitir la tutoría; que a nivel universitario no señala ninguna modalidad exacta, a más de un contacto entre el alumno y su maestro, pero culmina en una labor exitosa en las transmisiones informativas del conocimiento.

Se da relieve a la idea de que la enseñanza comporta, ante todo, formas de comunicación, que en el caso de asesorías y tutorías se acelera, y además se

retroalimenta de los diálogos permanentes que provoca individualmente, aunque carece del beneficio de su extensión colectiva, limitando la cobertura de la acción de divulgación.

1.7 EQUILIBRIO ENTRE LOS EXTREMOS

Frente a las posibilidades de la cátedra magistral y la tutoría el seminario propone, de algún modo, fórmulas intermedias, no excluyentes; la técnica del seminario tiene mejor alcance en la formación del docente, y esto no se lograría a cabalidad, sino se le capacitara para la exposición y permitiera la captación colectiva.

La comunicación del saber que se requiere para el seminario se mueve en otros campos; en gran parte, ya está dada, documentada y por consecuencia se necesita indagarla y buscarla en las fuentes; las que aisladamente son insuficientes, pero, en conjunto, nutren el saber de la novedad de lo antiguo, le aportan visiones diferentes de lo ya explorado.

Así el seminario, además de adaptar para la exposición, implica una vía a la consulta. La exageración llevaría a una posibilidad de comunicación con los muertos, es decir los maestros fallecidos, que en los libros han expuesto su pensamiento y multifacéticos, en el aspecto investigativo, conducen a un saber común, según el problema del conocimiento, que unifica las exploraciones de la investigación.

El ámbito de la comunicación en la modalidad de cátedra magistral, corresponde a la información que realiza un padre autoritario, comparación extremada; las formas de tutoría implicarían la comunicación de un padre protector; y las formas de comunicación del seminario comportarían un diálogo racional entre adultos.

Si las maneras de la comunicación llevan a la apertura entre la emisión de un mensaje y su recepción, habrá dos procesos en las relaciones didácticas, y quizás más; pero si hay fusión del orden comunicativo, cuando se retroalimenta con doble flujo el proceso de emisión y recepción, se unifica todo el proceso; el seminario propende por esa unificación, al buscar que se aprenda enseñando y se enseñe aprendiendo, si entre quienes discuten, corroboran e investigan, se da la continua permuta de experiencias adquisiciones y vivencias enriquecedoras del campo, que, pueblan los conceptos; que vienen en número infinito del acervo cultural, que es y será cada vez más amplio, tiene y tendrá mayores posibilidades de acceso, para concurrir a él.

1.8 LA COMUNICACION COMO PROCESO DIDACTICO

El mensaje para el seminario surge después de una memoria, parte de lo que se inicia y se continúa, quizá se suspenda, pero no será una culminación, porque el camino está abierto. No es la educación el influjo de una generación sobre otra,

como expresaba Durkeim, sino una compuerta para que el cosmos penetre en nosotros. Los maestros no están formados, están y estarán en proceso, son compañeros de tareas, se supone, más entrenados; tras ellos hay algo de magnitud insospechada, tal vez disperso y un tanto escondido, el acervo del saber; que se mezcla con el rodar de la mentira y el error, pero tiene el germen de verdades que requieren un semillero, y éste de circunstancias y condiciones para que la semilla del conocimiento fructifique.

La realidad sólo la conforman un mínimo de certezas inmediatas, que tienen la provisionalidad de lo minúsculo; pero, en ello, también hay principios y derivaciones de aquello que se irriga en los fenómenos, como lo que se vasculariza y texturiza en el sentido de la capilaridad.

Lo ya sabido, en la ciencia, es realmente saber, si puede utilizarse y confrontarse y resiste los embates de la prueba. Es preciso convenir que se mantenga, con recelos acerca de su alcance y generalidad, cada postulado del saber, adaptándose para supervivir, si mantiene fundamentación y coherencia.

1.9 BREVES ANTECEDENTES HISTORICOS

En la Universidad medieval, tuvo la cátedra magistral el campo de su desarrollo y cumplió su labor, que aún perdura, sirviendo de puente de comunicación al saber de lo ya elaborado; principalmente, recogiendo el pensamiento del maestro de manera que, solo requiriera de formas didácticas de comprensión, complementación en torno a cuestiones de claridad, y en aquellos aspectos propuestos como "asuntos disputados", a través de medios diferentes a la cátedra. La exposición debía discernir lo incuestionado, de aquello que no implicara concordancias en el planteamiento; dejando en ese plano las fisuras dentro de las cuales, era dable que se realizaran controversias; éstas no se suscitaban por la formulación del alumno rebelde sino por las vacilaciones del expositor que no planteaba nítidamente su posición. Las inquietudes del alumno eran ante todo asuntos de coloquio.

Estos aspectos vendrán a constituir, según observa Jaime Pujol, el punto de partida del seminario cuya generalización se debe a Augustus Herman Franke (1663-1727) en la Universidad de Halle, cuya finalidad inicial fue la formación de maestros. La continuidad del seminario se debió a esa misma universidad a Cristian Wolff (1677 a 1754) y de ella se fue extendiendo a otras Universidades; pero resulta por demás interesante, en la Universidad de Göttinga donde se adopta como forma del aprendizaje a instancias del estudiantado mismo. Wilhem Von Humbolt en su programa para la Universidad de Berlín también lo adopta.

De Alemania pasa a Suiza, a Austria y a Norteamérica en Yale y Harvard. Así se ha ido extendiendo a muchísimas Universidades de diversos países del mundo.

2. EL SEMINARIO EN SI MISMO

2.1 El seminario conlleva un proceder sistemático y ordenado teleológicamente, en coherencia con todas las reflexiones expuestas brevemente, en los planteamientos preliminares. Cada etapa, cada actividad solo adquiere significatividad en razón de los fines inmediatos y mediatos del aprendizaje formativo. En ese sentido es procedimiento, encadenamiento de conductas, guiadas con lineamientos técnicos, precedido de vías metódicas, incrustado en estrategias educativas.

Las anteriores observaciones hacen relación en oposición, al sentido de institución académica; no se trata de concurrir a un derrotero impuesto dentro de desenvolvimientos autoritarios, que secuencialmente, desarrolla la idea de institución, que impone las tareas sin que nadie las haga parte de su reflexión conciente y racionalizada. La institución crea las diferentes vinculaciones entre los miembros de la comunidad con independencia de una racionalización suscitada por ellos mismos; y tiene, por tanto rasgos de jerarquización más definida. El seminario, aunque propende por la formación de élites, tiene un sentido democrático entre sus partícipes, conforme se expresó comporta un diálogo racional entre adultos, que excluye, en comienzo, las líneas clásicas del actuar institucionalizado. En él se da solo la prevalencia del primero entre los iguales, "primus inter pares".

En esa dimensión de pensamiento se desenvuelven sus roles, etapas y actividades.

2.2 SEMINARIO COMO METODO

Como procedimiento racional el seminario es un método, es algo que adhiere a todo un proceso de enseñanza, pero no de una manera tangencial sino para exploraciones profundas; se hunde con acuciosidad en el mundo de los "porqué" y de los "para qué", de los cuales se ocupa el pensamiento filosófico.

Tiene anhelos epistemológicos de fundamentación, hacer científico el pensamiento filosófico y al revés, hacer filosófico el pensamiento científico. La exploración ordenada de los elementos en el camino investigativo le da sentido a su quehacer.

Si se cumplen las tareas previas, que impone, abrirán el proceso comunicativo, ya que todos los miembros deben poseer un saber inicial, y además concurrir a las fuentes de antemano. Requiere de un lugar abierto, con biblioteca propia, y muebles que den posibilidades a un estudio sin interferencias, ni obstáculos, en ningún momento.

La necesidad de puntos de apoyo, para un saber huidizo, en la busca de postulados y enunciados de la ciencia, llevó a buscar la certidumbre en algo más próximo, en el método, y este se centró en una cosa común y realizable "trabajo investigati-

vo"; con un logro inmediato, contacto con las fuentes. Así se eliminan algunos riesgos de la comunicación mediada; que separa, como en el matrimonio, lo que debe estar unido; en el caso, basta llegar a la elaboración del saber, adquiriéndolo en los libros y documentos que lo mantienen.

2.3 DISTINCIONES METODICAS

La escogencia adecuada del método lleva a buscar los nexos de coherencia y concordancia con las bases epistémicas de la realidad abordada, para no producir deformaciones conceptuales, en aquellos asuntos que tienen ampliamente delimitados sus linderos objetuales, en sus campos de conocimiento; y, a la inversa, reordenar las perspectivas que plantean algunos enfoques inapropiados en la determinación de las áreas del saber.

Se deben discernir, con tino, las cuestiones que no implican una vía metódica, sino que conducen a planteamientos problemáticos; en estos últimos casos se adoptan posiciones, pero no se llega al enunciado por el cual propende la investigación. Las precisiones metódicas integran la guía de los procedimientos; si se han hecho con rigos los seguimientos, los resultados y las conclusiones, cualesquiera que sean, serán siempre útiles porque se pueden prevenir errores, o, aún más, corregir aquellos en que se pueda incurrir. La cuestión está en la revisión de los procedimientos, que señalan el porqué del acierto o del desacierto y permiten excluir los falsos caminos y también, los falsos problemas.

Estas consideraciones conducen a la búsqueda, como mínimo, de una certidumbre en el método.

Las preguntas, bien formuladas, señalarán los espacios vacíos y lagunarios de toda área del saber en la formación de científicos.

3. FUNCIONES DEL SEMINARIO

3.1 Las funciones del seminario, en su aspecto global, implican una complejidad y un complemento en el contexto educacional-didáctico como forma de hundirse con profundidad en las labores investigativas, y en ese caso ayudan a hacer un docente, un profesor, un científico, en fin, a formar hombres de élite en la valía social.

Pero cada seminario se adhiere a un campo específico donde refleja efectos particularizados en cualquier gestión de la docencia, esta posibilidad clasifica los seminarios, adherida cada clase a una labor propia, en un contexto señalado.

A modo de ejemplo puede abordar aspectos temáticos como estos:

- Esclarecer el pensamiento de un texto
- Establecer el pensamiento conciente o inconciente de su autor
- Comparar el pensamiento de autores
- Comparar los métodos de los autores e investigadores, precisando variables e invarianzas
- Darle fundamentación a la posición adoptada, en planteamientos problemáticos
- Crear la sustentación de opiniones y puntos de vista o perspectivas de análisis
- Desarrollar problemas, y analizar sus elementos y las vías de posible solución. Si hay que adoptar posiciones
- Estudiar en cualquier ciencia, un asunto del saber
- Encontrar derroteros y desarrollos para proyectos de investigación.

Estas tareas son apenas algunas de las múltiples posibilidades que pueden afrontarse a través del seminario.

4. DESARROLLO DE LA TECNICA, SEGUN FUNCIONES

4.1 PARTES PREVIAS

4.1.1 Se concibe la posibilidad de hacer del Seminario, un examen mirando hacia su interior, y se distinguen como nitidez las partes que discriminan lo previo, que, en el medio colombiano comportaría una técnica operacional desescolarizada; y la gestión cumplida en sesión, que haría, en este medio, camino a la labor educacional presencial, cumpliendo un nexo de unión, entre lo externo y lo interno, en la formación del alumno.

A parte de otras labores que puedan cumplir de manera complementaria y accesoria, son necesarias aquellas que buscan un mínimo de saber común entre los integrantes, por tanto, con imperio, deben ser previas.

La lectura de autores, la interpretación de textos, y si es el caso la traducción de los mismos.

Esa primera gestión, previa, comporta el acceso a las fuentes. Estas deben examinarse siempre y con continuidad, pero, en el evento, se procura que las básicas del diseño instruccional sean del dominio común, como elemento del saber previo, que crea la igualdad inicial con que debe abordarse un plano en la adquisición de los nuevos saberes o en la fundamentación de los antiguos.

La segunda cuestión, conlleva a una labor de reelaboración, que se plasma en la asunción de las fuentes y bibliografía, en el trabajo escrito; que integra coherentemente las adquisiciones del conocimiento, que realiza la ordenación de lo investigado y propone una posición, o necesidades de más investigación o exploración de lo ya existente.

4.1.2 LAS PARTES EN SESION

Las partes previas tienen derroteros de libertad para su desarrollo, no ocurre lo mismo con las cuestiones que deben cumplirse en sesión ésta requiere de orden, necesario y riguroso, para satisfacer los propósitos del aprendizaje dentro de una metodología educativa.

No son únicamente, las cuestiones metódicas las que implican el rigor formal de la sesión sino la formulación de propuestas y contrapropuestas, que llevan a la discusión, la que requiere disponerse con orden; el afán porque todo preste un servicio en el aprendizaje encadena los siguientes actos:

- Instalación a cargo del director
- Constatación de asistencia, para evaluar el trabajo
- Designación de quienes han de cumplir los roles, relator, correlator, protocolante, se puede designar cuando el grupo es más amplio (no demasiado), coordinador.

En segunda sesión, se da lectura al acta protocolaria, y se le formulan observaciones, aclaraciones, omisiones, explicaciones, inexactitudes, o cualquier cosa que permita extraer beneficios de la discusión y corrección.

Se presenta la relatoría, un trabajo corto, que puede leerse, o constituir una síntesis de la lectura; donde se propone la posición del relator, una persona que por sus dotes especiales se prepara para ser expositor; en ella se busca persuadir e informar al grupo acerca de los planteamientos de quien avoca la fundamentación de sus tesis y la sustenta con apoyo en las fuentes.

Seguidamente se presenta la correlatoría que puede avocar los planteamientos del relator en forma crítica, acogiendo tesis opuestas o presentando complementaciones. Luego se realiza la discusión suscitada prioritariamente por las confrontaciones entre el relator y el correlator o por preguntas y sugerencias del director, que de todas maneras debe preveer confrontaciones.

En últimas el director realiza la síntesis recapitulatoria y formula las conclusiones.

La sesión se recoge en el acta que será leída en la próxima sesión; como también discutida, si es el caso.

4.2 ROLES

Se distinguen en el seminario los siguientes roles:

4.2.1 EL DIRECTOR

Es el primero entre los iguales, su gestión se encamina hacia la orientación y guía.

Si tiene conocimiento de los miembros de su grupo (pequeño) es quien asigna las tareas que corresponden a los otros roles, de acuerdo a las habilidades de cada quien.

Propende por los propósitos del seminario, es decir la cobertura de sus metas, a las que coherentemente conduce. Hace la instalación, mantiene los controles administrativos y coordina las cuestiones académicas en nexos a determinaciones de horarios, salones, bibliografía, apoyos de aparatos de documentación, papelería, reconstrucción de memorias y otras bases.

Crea posibilidad para muchos vínculos que se deben dar en la comunicación grupal y en sesión, lo hace a través de un coordinador, que se requiere cuando los grupos son integrados por más miembros de los usuales (16 a 20).

Propicia la discusión al proponer problemas, y al confrontar en sesión posiciones antagónicas.

Realiza síntesis y formula las conclusiones de la sesión. Realiza las evaluaciones individuales y colectivas.

Debe tener una formación académica amplia, y a la vez experiencia en manejo grupal como habilidades individuales.

4.2.2 EL COORDINADOR

Es un órgano de la comunicación, en la sesión; da el uso de la palabra; formula preguntas, en torno a la precisión de las posiciones antagónicas, y al porqué de los antagonismos: reformula las preguntas de los integrantes, para encaminar con más tino las cuestiones del debate, que de esta manera, reordena y da curso al avance de la sesión.

Cuando el director requiere formular preguntas a los intervinientes, es conveniente que lo haga en la mediación del coordinador.

Requiere habilidad mental y manejo de grupo como habilidades personales.

4.2.3 EL RELATOR

Es un expositor con dotes para la persuasión, con capacidades literarias, poder de dicción, organizado y con facultades para la síntesis. Frente al problema propone posiciones, y les da fundamentación en razones lógicas y prácticas. Asume las fuentes, críticamente, para constataciones o confrontaciones. Sus tareas se desarrollan previas en la preparación de la ponencia (se pueden realizar por todos los miembros del grupo trabajos para la exposición y sortear la persona del expositor). En sesión da la clave para la temática de discusión, sin cerrar las posibilidades de otras cuestiones que puedan debatirse y quedan abiertas a la agudeza y perspicacia de los miembros (dura la exposición de 15 a 20 minutos).

4.2.4 EL CORRELATOR

Asume los planteamientos del relator y los complementa o contradice. Para el desarrollo de la discusión es más conveniente la oposición al relator. Se puede propiciar esta situación proponiendo trabajos previos de correlatoría, sobre ideas, opuestas, en una planeación previa de la sesión que conduzca a la sustentación de puntos opuestos al trabajo de relatoría.

Sea en contradicción o en complementación debe iniciar una labor crítica.

Para uniformidad de criterios, se entiende por crítica aquella labor que involucra las adquisiciones del conocimiento en las bases de un saber de fundamento. Puede decirse que la crítica se conduce a negar la realidad de los fundamentos o negar la validez y la coherencia de las conclusiones o asimilaciones realizadas en la construcción de las inferencias.

4.2.5 EL PROTOCOLANTE

Cumple funciones de mantenimiento y ordenación de las cuestiones debatidas para los propósitos específicos de documentación de lo expuesto y debatido. De manera exacta, sintética y precisa, con su propia reelaboración, va plasmando y recopilando, una a una, las incidencias del debate con las tesis y antítesis de la discusión realizada en la sesión para dejarlas consignadas en el acta o protocolo que las recoge.

El acta contiene la fecha, los intervinientes, (principalmente las intervenciones y participaciones de quienes cumplieron los roles de coordinación, relatoría y correlatoría) también las participaciones de quienes intervienen en el debate.

El protocolante debe tener habilidades para la síntesis, poder atento, agudeza para no pretermitir planteamientos implícitos, con gran poder de redacción.

Con las actas, se conforman las memorias del seminario y ellas pueden ser las bases de libros y publicaciones.

5. CONCLUSIONES

5.1 El seminario es conveniente en la enseñanza de pequeños grupos, en sus alcances colectivos, en su alcance individual el beneficio se produce, con inmediatez para quien participa activamente en las sesiones y la preparación previa de éstas.

Las evaluaciones del director deben sopesar los progresos de la tarea del aprendizaje abordada; la manera como cada quien cumple sus tareas; el dinamismo grupal imprimido en función de las intervenciones; los yerros metódi-

cos y técnicos en que se pueda haber incurrido; la viabilidad de enmiendas y correcciones, y en fin todo lo que redunde en mayores beneficios investigativos y didácticos.

BIBLIOGRAFIA

FOULMIN, Stephen. La Comprensión Humana. Madrid, Alianza Universal, versión española de Néstor Miquez. 1977.

NAVARRO B., Néstor. Simposio permanente sobre la Universidad. Cuarto Seminario General. El Seminario Investigativo.

PIYOK, Jaime - JONS, José Luis. Método en la Enseñanza Universitaria. Pamplona, Universidad de Navarra. 1978.

EXISTENCIA FORMAL Y VIGENCIA TECNICA DEL CONTRATO DE SEGURO

FRANCISCO ANTONIO LEON PEREIRA

EXISTENCIA FORMAL Y VIGENCIA TECNICA DEL CONTRATO DE SEGURO

FRANCISCO ANTONIO LEON PEREIRA

Determinar el momento en que se entiende celebrado el contrato de seguro y establecer el instante en que comienza su vigencia técnica, valga decir, aquel a partir del cual los riesgos empiezan a correr por cuenta del asegurador, resulta de interés no sólo dentro de un plano eminentemente académico sino también para efectos prácticos.

Por consiguiente, en el presente estudio procuraremos analizar estos temas, con el ánimo de contribuir a su esclarecimiento, no obstante la existencia de trabajos tan importantes como el publicado en el Boletín número 19 de la Asociación Colombiana de Derecho de Seguros (Capítulo de Bogotá), citado por el doctor J. Efrén Ossa G.⁽¹⁾, en su obra Teoría General del Seguro, El Contrato, con el cual podría pensarse que el punto ha sido tratado con la debida suficiencia.

1. NOCION DE SEGURO

El contrato de seguro no fue definido por el legislador colombiano al expedir el Código de Comercio actual, habiéndose limitado a señalar algunos de sus atributos o caracteres generales, quizá los más destacables; por ello ha correspondido a la doctrina, fundamentalmente, dar un concepto de la institución, procurando que resulte aplicable a las diferentes clases o modalidades que pueden darse en el seguro.

Intentando dar una noción más descriptiva que técnica, decimos que el seguro es un contrato por el cual una parte, el asegurador, asume uno o más riesgos que se proyectan sobre una persona o conjunto de personas o sobre el patrimonio de una persona o conjunto de personas, asegurados, y se obliga al pago de una determinada suma de dinero o a reparar el detrimento patrimonial que sufra el asegurado, hasta la cuantía máxima convenida, en caso de que el riesgo se realice, a cambio de un precio o prima.

2. CARACTER SOLEMNE DEL SEGURO

Por expresa disposición del licurgo nacional, que se apárta en este punto de otras legislaciones que podría llegar a considerarse que consultan mejor lo que ocurre en la práctica en el entorno dentro del cual se desarrolla la actividad aseguradora, en

(1) OSSA G., J. Efrén. Teoría General del Seguro, El Contrato. Bogotá, Temis, 1991, 2a. ed. págs. 116 y ss.

Colombia el seguro es un contrato solemne, que requiere para su perfeccionamiento la expedición de un documento denominado póliza, que debe ser suscrito por el asegurador.

Dos normas determinan ese carácter ineludible del seguro, el artículo 1.036 de acuerdo con el cual el contrato de seguro es solemne y se perfecciona desde el momento en que el asegurador suscribe la póliza, y el 1.046 en el que se estableció que el documento por medio del cual se perfecciona y prueba el contrato de seguro se denomina póliza, deberá redactarse en castellano, ser suscrita por el asegurador y ser entregada, en su original, al tomador dentro de los quince días siguientes a su expedición.

Aunque la normativa en comento pareciera ser suficientemente clara, por cuanto se trata de unos textos diáfanos, en cuya redacción se emplearon vocablos de muy fácil entendimiento, no ha dejado de presentarse discusión acerca de si efectivamente es necesario que el asegurador suscriba el documento que conocemos como póliza, que normalmente viene presentando en papel de seguridad, preimpreso, con un elegante diseño, para que el contrato surja a la vida jurídica o si, por el contrato, el perfeccionamiento del contrato se da antes de que el asegurador expida el aludido documento.

La razón para que se haya presentado esa controversia doctrinaria, no ajena a la jurisprudencia, la hallamos en la práctica cotidiana de la actividad aseguradora, en la que constantemente se ofrece cobertura inmediata de los riesgos a sabiendas de que la póliza no ha sido expedida ni suscrita por el asegurador y que éste podrá demorar uno o varios días en hacerlo, de manera que la protección parece estarse dando con anterioridad al momento señalado por los artículos 1.036 y 1.046.

Forzoso es mencionar a quienes han sido actores centrales en esta discusión, los profesores J. Efrén Ossa Gómez, lamentablemente desaparecido, y Hernán Fabio López Blanco.

Dentro de una argumentación diáfana y eminentemente intelectual, el doctor Ossa, luego de exponer que el contrato es solemne por disposición legal y de señalar cuáles son los requisitos de fondo o de forma exigidos por la ley, anota que la póliza no es lo que el sector empresarial entiende por tal y, que, legalmente hablando, una carta o un telegrama sirven como póliza si llenan los requisitos legales y sus originales están firmados por el asegurador. Agrega que si la proposición de seguro consigna iguales datos y el asegurador le imprime con su firma el sello de aceptada, puede considerarse que el contrato ha sido formalmente celebrado, así la iniciación de la vigencia técnica sea posterior.⁽²⁾

Por su parte y en una argumentación de similares calidades, al doctor López expresa que por suscripción de la póliza debe entender no la elaboración, ni mucho

(2) OSSA G., J. Efrén. Op. Cit. Pág. 27 y ss.

menos la entrega del documento, sino la aceptación dada por la aseguradora a la propuesta escrita del solicitante del seguro, con lo cual el asegurador queda obligado a elaborar la póliza y entregarla al tomador. Distingue el autor entre suscribir, "firmar al pie o al final de un escrito", y expedir, "despachar, extender por escrito con las formalidades acostumbradas", según el diccionario académico.⁽³⁾

Consideramos que en el fondo el problema no existe; las dudas se dilucidan si se advierte que la ley ha señalado los requisitos que debe reunir la póliza de seguro, sin establecer una forma externa especial para este documento. Por consiguiente, los modelos de las pólizas que las compañías aseguradoras ofrecen en el mercado obedecen más al interés de las compañías de presentarles a los posibles clientes un producto elegante, de caracteres decorosos, llamativo, si se quiere, que a exigencias de orden legal. Desde luego, no desconocemos la influencia que la Superintendencia bancaria haya tenido al dar instrucciones sobre la presentación que deberían tener las pólizas de seguro, sujetas a su aprobación.

Aclarado que no existe una forma externa legal específica para las pólizas de seguro es dable afirmar que puede considerarse como tal todo documento que contenga las condiciones legales indispensables, que permita por tanto la identificación de las partes, de los elementos esenciales del contrato y que contenga las demás menciones ineludibles previstas por el artículo 1.047. Dentro de este orden de ideas, un documento como la solicitud de seguro, aceptada por el asegurador y suscrita por él llena las exigencias de los artículos 1.036 y 1.046 del Código de Comercio, en cuanto sea de la entidad que hemos indicado. De ahí, también, que se admita la posibilidad de que las aseguradoras expidan amparos provisionales, que no son cosa diferente de una póliza provisional para darle vigencia inmediata al contrato, mientras se expide la póliza definitiva.

3. VIGENCIA DEL CONTRATO DE SEGURO

El legislador comercial tiene establecido en el ordinal 6° del artículo 1.047 que la póliza de seguro debe expresar la vigencia del contrato, con indicación de las fechas y horas de iniciación y vencimiento, o el modo de determinar unas y otras, aspecto éste de singular importancia por cuanto permite delimitar el riesgo desde el punto de vista temporal; así, el asegurador sabrá desde qué momento los riesgos empiezan a correr por su cuenta y cuándo termina esa cobertura y el asegurado, a su turno, conocerá el término durante el cual el interés asegurado estará protegido por el asegurador y le será reparado el daño que llegue a sufrir en caso de realización del riesgo asegurado. Veámos cómo está regulado el tema en el código.

Fuera de lo estatuido en el ordinal 6°, del artículo 1.047, en el artículo 1.049, luego de prever que los anexos deberán indicar la identidad de la póliza a que acce-

(3) LOPEZ B., Hernán Fabio. Comentarios al Contrato de Seguro. Santafe de Bogotá, Dupré Editores, Temis. 1993, pags 26 y ss.

den, el legislador exige que los anexos de renovación contengan, además, el término de ampliación de vigencia del contrato, y, a manera de norma supletiva, preceptiva que en caso contrario, se considerará que la ampliación ha sido hecha por un término igual al del contrato original.

Por su parte, en la normativa contenida en el artículo 1.057 se dispone que a falta de estipulación o de norma legal, los riesgos principiarán a correr por cuenta del asegurador a la hora de veinticuatro del día en que se perfeccione el contrato.

Las normas antes mencionadas deben concordarse con lo dispuesto en el artículo 1.073, de conformidad con el cual el siniestro iniciado antes y continuado después de vencido el término del seguro consume la pérdida o deterioro de la cosa asegurada, el asegurador estará obligado a la indemnización, y, en cambio, no será responsable del siniestro si inicia antes y continúa después de que los riesgos hayan empezado a correr por su cuenta.

Necesario resulta también hacer referencia, en este aparte, el artículo 1.070 que regula la forma como el asegurador devenga la prima e indica que sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 1.119, el asegurador devengará definitivamente la parte de la prima proporcional al tiempo corrido del riesgo y que en caso de siniestro la devengará total o parcialmente, según el siniestro, sin consideración al tiempo corrido del seguro. Esta norma implica que el asegurador sólo comienza a devengar la prima a partir del momento en que los riesgos empiezan a correr por su cuenta, en otras palabras, desde el momento de la iniciación de la vigencia técnica del contrato.

En el artículo 1.119, a que alude el 1.070, se norma lo relativo al contrato de seguro de transporte, en el que el asegurador devenga definitivamente la prima desde el momento en que los riesgos comiencen a correr por su cuenta, disposición legal que se entiende en cuanto se trata de un seguro de trayecto y que, de otra parte, el transportador está obligado, en el transporte de cosas, a recibirlas, conducir las y entregarlas en el estado en que las reciba, presumiéndose su buen estado, salvo constancia en contrario, art. 982.

De conformidad con la preceptiva del artículo 1.118, en el contrato de seguro de transporte la responsabilidad del asegurador principia desde el momento en que el transportador recibe o ha debido hacerse cargo de las mercancías objeto del seguro y concluye con su entrega al destinatario, siendo lícito que las partes convengan que la cobertura del contrato se extienda a la permanencia de los bienes asegurados en los lugares iniciales y finales del trayecto asegurado.

Hecho este esbozo normativo, podemos afirmar que si el contrato se perfecciona cuando el asegurador suscribe la póliza, por así estar previsto en los artículos 1.036 y 1.046, y si es necesario indicar en la póliza la vigencia del contrato, con indicación de las fechas y horas de iniciación y de vencimiento, ordinal 6° del artículo 1.047 y artículo 1.049, es válido concluir, sin temor a equivocarnos, que la iniciación de la vigencia del contrato no necesariamente tiene que coincidir con el momento de su perfeccionamiento.

Lo anterior permite afirmar que perfeccionado el contrato puede haber un lapso en el que el seguro existe formal o jurídicamente pero no surte efecto en la medida que los riesgos no han empezado a correr por cuenta del asegurador y si el riesgo asegurado se realiza, vale decir, si el siniestro tiene comienzo en ese lapso, el asegurador o será responsable de la pérdida que sufra el asegurado, conforme lo prevé el artículo 1.073, precepto que se ha de concordar con el artículo 1.057.

3.1 Existencia Formal del Seguro.

Entendemos por existencia formal del seguro la que se da cuando el asegurador suscribe la póliza y se perfecciona del contrato. Para ello será necesario que la póliza reúna las exigencias del artículo 1.047, así algunos aspectos, como la norma lo permite, queden para que sean determinados posteriormente, como ocurre con la prima, respecto de la cual basta que se indique la forma de calcularla; o el valor asegurado o suma asegurada, que puede aparecer en la póliza o es suficiente establecer el modo de precisarlo, conforme ocurre en el caso de las pólizas automáticas.

Dados los elementos de la esencia del contrato, previstos en el artículo 1.045, el interés asegurable, el riesgo asegurable, la prima o precio del seguro y la obligación condicional del asegurador, cumplida la formalidad de la póliza y suscrita ésta por el asegurador el seguro nace a la vida jurídica, existe el contrato, así la iniciación del amparo esté prevista para una fecha posterior.

En el mencionado trabajo de Acoldece, Capítulo de Bogotá, transcrito, en parte, por el doctor Ossa Gómez en su obra, se dice:

"a) El seguro es un contrato solemne que se perfecciona desde el momento en que el asegurador suscribe la póliza (C. de Co, art. 1.036). En este momento nace el seguro, por ministerio de la ley, como fuente de derechos y obligaciones para las partes a él vinculadas. La formación del contrato supone, como es obvio, un acuerdo previo de voluntades respecto de sus elementos esenciales. Solemnizado este acuerdo, con la suscripción de la póliza por parte del asegurador (formalidad **ad substantiam actus**), el contrato tiene una vigencia formal. De él deriva para el tomador la obligación condicional de pagar la prestación asegurada en caso de siniestro. Las dos obligaciones nacen simultáneamente, la una es causa de la otra, porque el seguro es un contrato bilateral (**idem**). Pero cabe preguntarse desde qué momento pueden hacerse efectivas. No necesariamente desde el momento en que el contrato tiene existencia jurídica por haberse celebrado conforme a las normas legales. Porque una cosa es su vigencia formal y otra su vigencia técnica, real o afectiva. Esta última se inicia en el instante en que el riesgo empieza a correr por cuenta del asegurador"⁽⁴⁾.

En este lapso de mera existencia formal o vigencia formal del seguro las únicas obligaciones que se podrán exigir al asegurador son la de entregar el original de la

(4) OSSA G., J. Efrén. Op.Cit. pág.117.

póliza al tomador y la de expedir copias debidamente autorizadas de la solicitud y de sus anexos y de los documentos que den fe de la inspección del riesgo; ya se indicó que si el siniestro se inicia en este período el asegurador no será responsable y no estará obligado a reparar los daños, art. 1.073.

3.2 Vigencia Técnica del Seguro

La vigencia técnica del seguro hace referencia al término durante el cual los riesgos corren por cuenta del asegurador y en caso de que se realicen dan origen a la obligación de éste, conforme se prevé en el artículo 1.054, en concordancia con el artículo 1.072. Es, entonces, el lapso en el cual el asegurado goza de la suma asegurada, sin exceder de la cuantía del daño efectivamente sufrido por el asegurado, sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 1.074.

Es ésta la vigencia a la que se refieren los artículos 1.047, ordinal 6°, 1.057, 1.070, 1.073, 1.118, 1.119 a los cuales hicimos alusión anteriormente y, en principio, las partes son libres para determinarla. Es, en consecuencia, un punto sujeto al acuerdo del tomador y del asegurador, quienes libremente podrán estipular la fecha y la hora de iniciación y la fecha y la hora del vencimiento o terminación; la norma contenida en el artículo 1.057 es de carácter supletivo. Con todo, puede haber casos en los cuales la ley haya señalado la vigencia del contrato, como ocurre en materia de seguro de transporte, artículo 1.118, norma que, sin embargo, permite que las partes amplíen la cobertura para extenderla a la permanencia de las mercancías o bienes asegurados en los lugares iniciales y finales del trayecto contratado.

4. LA PRIMA DEL SEGURO Y SU PAGO

La prima o precio del seguro aparece mencionada en el artículo 1.045 como el tercer elemento del contrato y se puede decir que es la contraprestación económica a cargo del tomador y a favor del asegurador por el hecho de asumir los riesgos asegurados, obligándose a pagar una indemnización hasta una determinada cuantía en caso de que se realicen y afecten el interés asegurado.

Si bien la prima está consagrada como un elemento de la esencia del contrato, de manera que si falta el contrato no producirá efecto alguno, conforme lo establece el inciso segundo del citado artículo 1.045, se sabe que el pago de la prima no es de la esencia del seguro, como quiera que el ordinal 7° del artículo 1.047 sólo exige que en la póliza se haga constar la prima o el modo de calcularla y la forma de su pago. Y el artículo 1.066 da base para reafirmar lo que se acaba de exponer por cuanto según dicho precepto y salvo disposición legal o contractual en contrario, el tomador deberá cancelar la prima dentro del mes siguiente a la fecha en que el asegurador le entregue la póliza, para lo cual el artículo 1.046 señala un término de quince días contados a partir de la fecha de su expedición.

Existe también, como norma general, libertad para que las partes convengan la forma de pago, para que el asegurador conceda plazo al efecto y, en fin, para que, como lo autoriza el artículo 1.069, el pago se haga fraccionado, vale decir, en contados periódicos, a condición de que el plazo no exceda el de la vigencia del seguro.

Si hay libertad contractual para pactar la forma de pago de la prima bien podría suceder que las partes convinieran que el pago sea hecho al momento de la entrega de la póliza o aún más, que se sujete la vigencia técnica del seguro al pago de la prima, sin que ello implique una trasgresión de la norma del artículo 1.066, que tiene un carácter supletivo y que sólo se aplica en defecto de acuerdo de las partes en esta materia. Sobre este particular puede consultarse el trabajo del Acoldece a que ya se ha hecho referencia.

Un pacto de esa naturaleza tampoco vulneraría la norma imperativa contenida en el artículo 1.068, modificado por el artículo 82 de la Ley 45 de 1990, simplemente conllevaría que la obligación del asegurador, derivada del contrato, de asumir el riesgo asegurado sólo surgiría a partir del momento en que el tomador cumpla su obligación de pagar el precio, no porque el pago del precio del seguro, que formalmente ya existe, sea de la esencia del contrato, sino porque así lo han convenido las partes en ejercicio de la libertad que la ley les concede en este aspecto particular.

Retomando lo dispuesto por el legislador colombiano en el artículo 1.047, ordinal 7°, y 1.066 en los seguros en general, exceptuando el de vida, el pago de la prima no es de la esencia del contrato ni condiciona su vigencia técnica, salvo pacto expreso de las partes en tal sentido, y debe ser pagada en el término estipulado en el contrato o en el señalado excepcionalmente por el legislador o, en defecto de uno y otro, dentro del mes siguiente a la fecha en que el asegurador entregue la póliza al tomador.

5. VIGENCIA DEL SEGURO DE VIDA

En principio, el perfeccionamiento del contrato en materia de seguro de vida está sujeto a las mismas exigencias y formalidades de los seguros en general, de modo que requiere que se reúnan los elementos esenciales y la suscripción de la póliza por el asegurador, póliza que debe llenar las exigencias legales en materia de contenido, con ello el contrato nace a la vida jurídica. Así las cosas, no existe diferencia alguna en cuanto a la vigencia formal del seguro de vida y la de los seguros en general; empero, al analizar el tema de la vigencia técnica de los seguros de vida se encuentra una situación peculiar que lleva a sostener que ésta sólo comienza cuando se paga la primera prima o al menos la primera cuota de ésta.

Esta controversia, cuya solución es de una gran importancia tanto para el asegurador como para el asegurado, y en último término para el beneficiario, conlleva la

interpretación de la norma contenida en el artículo 1.151, de acuerdo con cuyo tenor cuando el asegurado no pague la primera prima o la primera cuota de ésta, no podrá el asegurador exigir judicialmente su pago; pero tendrá derecho a que se le reembolsen los gastos efectuados con miras a la celebración del contrato.

La disposición legal en comento, junto con las de los artículos 1.152 y 1.153 regulan las consecuencias del no pago de la prima inicial y de las primas de renovación del seguro de vida y excluyen, por tanto, la aplicación del artículo 1.068.

De acuerdo con la preceptiva de los artículos 1.036, 1.046, 1.066 y 1.068 aplicables a los seguros en general, perfeccionado el contrato y llegado el día y la hora señalados para la iniciación de la vigencia técnica del seguro el asegurador está obligado a asumir el riesgo y quedará obligado a pagar la prestación asegurada en caso de siniestro, aún cuando la prima no se haya pagado por haberse pactado un plazo al efecto. Obviamente, si el riesgo asegurado se realiza el asegurador devengará definitivamente la prima, total o parcialmente, según el caso y tendrá derecho al pago correspondiente. Y en los eventos en que el plazo fijado contractual o legalmente para el pago de la prima venza sin que el tomador haya cumplido esta obligación el seguro termina automáticamente y el asegurador tendrá derecho a exigir el pago de la prima proporcional al tiempo transcurrido de vigencia del contrato.

Sintetizando lo anterior tenemos:

- a. Perfeccionando el contrato, suscrita la póliza por el asegurador, puede comenzar la vigencia técnica aún cuando la prima esté pendiente de pago.
- b. Si ocurre el siniestro durante el plazo de que el tomador dispone para el pago de la prima el asegurador responde y está obligado a pagar la indemnización, con derecho al pago de la prima.
- c. La mora en el pago de la prima conlleva la terminación automática del seguro, con el derecho del asegurador al pago de la prima proporcional.

Lo anterior, plenamente aplicable a los seguros en general, no es de recibo en materia de seguros de vida, en virtud de lo dispuesto por el legislador comercial en el artículo 1.151, que transcribimos antes. Esta situación merece un comentario aparte.

La citada norma establece que si no se paga la primera prima o la primera cuota de ésta el asegurador no podrá exigir judicialmente su pago. Si la ley no le reconoce el asegurador el derecho a exigir el pago de la prima es porque no la ha devengado y por tanto no hay una razón que justifique su cobro. Nótese que la disposición no permite el cobro de la parte alguna proporcional de la prima.

Ahora bien, de acuerdo con el artículo 1.070, que ya hemos citado, el asegurador devenga definitivamente la parte de la prima proporcional el tiempo corrido del riesgo. De modo que cada día de transcurso de la vigencia del contrato el asegurador

devengará una parte proporcional de la prima pactada, la cual ingresa de manera definitiva a su patrimonio, con independencia de que la aseguradora haya recibido ya su valor o que exista plazo para el pago.

Si el artículo 1.151 prevé que el asegurador no podrá exigir el pago de la prima es porque los riesgos no han empezado a correr por su cuenta, no se ha iniciado la vigencia técnica del seguro y por tanto al asegurador no ha comenzado a devengar la prima. Empero, como el asegurador ha incurrido en unos gastos administrativos con miras a la celebración del contrato cuya vigencia ha sido meramente formal por cuanto la vigencia técnica se frustra ante el no pago de la prima, la ley, con un criterio de justicia, autoriza al asegurador para exigir que se le reembolsen tales gastos, y es lógico que así sea pues la inoperancia del contrato se debe a la actitud asumida por quien formuló la solicitud de seguro. Sin embargo de esa permisión legal, no parece probable que las aseguradoras decidan demandar judicialmente el pago de dichos gastos por cuanto los resultados de una gestión de esa naturaleza no compensarían los costos de la misma.

El doctor Jaime Bustamante Ferrer⁽⁵⁾ al referirse al punto cuyo análisis nos ocupa dice:

"Se deduce del texto de este artículo, que el amparo no se inicia sino desde el momento en que el asegurador recibe el pago de la primera prima o de su primera cuota, porque si se iniciara su vigencia sin haberlo recibido, y corriera un tiempo sin ella, no sería lógico que sobre este lapso el asegurador no tuviera derecho a una consideración de prima, porque el contrato, aún por pocos días, carecería de uno de sus elementos esenciales".

"Reafirma lo anterior, es decir que no se inicia el contrato sin el pago, la última frase del artículo que le dá (sic) derecho al asegurador a exigir el reembolso de los gastos efectuados para hacerlo, derecho que no puede nacer sino del fracaso de la celebración del contrato".

En la investigación adelantada sobre la Protección Jurídica de Tomadores y Asegurados, los doctores Santiago Eduardo Calvo Quintero y Gladys Leonor Gaitán Serrano, exponen sobre este particular:⁽⁶⁾

"Como en los seguros de vida la Ley 45 no alteró lo dispuesto por los Artículos 1.151 y 152 del Código de Comercio, debemos concluir que el régimen vigente es el mismo que regía antes."^(6 bis.)

(5) BUSTAMANTE F, Jaime y URIBE A., Ana Inés. Principios Jurídicos del Seguro. Santafe de Bogotá, Colombo Editores, 2a, ed. 1994.

(6) ALVAREZ., Fabio y Otros. La Modernización de la Actividad Aseguradora en Colombia en el Ambito Técnico, Jurídico y Financiero. Santafe de Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana Javegraf. 1994

(6bis) Nota del autor. Hace referencia a la Ley 45 de 1990.

Así, el pago de las primas de estos seguros no es obligatorio. Según vimos en el punto A, de la sección II, es condición suspensiva de la obligación del asegurador respecto de la primera prima; y ausencia, tratándose de las demás, conduce a la terminación automática del contrato.

"Por lo demás, se encuentra que la actitud legal defiende el interés de los asegurados, porque les facilita la desvinculación de un contrato en principio de larga duración".

Podría pensarse que a pesar de la falta de pago de la prima el seguro tendrá vigencia técnica y que los riesgos empiecen a correr por cuenta del asegurador, quien en caso de siniestro estaría obligado al pago de la suma asegurada previo el pago de la prima pactada, posición ésta que no compartimos por carecer de respaldo jurídico y, en cambio, prestarse a situaciones absurdas, en detrimento de las compañías aseguradoras y por tanto del universo de los asegurados, si tenemos en cuenta que las reservas que garantizan el pago de los siniestros se forman con las primas pagadas por los tomadores.

En efecto, si se aceptara la vigencia técnica del seguro de vida sin el pago de la prima podría presentarse el caso de que el tomador -asegurado se abstuviera de pagar a sabiendas de que está amparado por el seguro y que si el siniestro no se produce no pague la prima, lo cual iría en desmedro de los derechos del asegurador, que habiendo asumido los riesgos no habría devengado la prima y no tendría derecho a exigir su pago, por expresa prohibición legal. Al contrario, podría suceder que el tomador no cancelara la prima y que en caso de realización del riesgo el beneficiario se presentara a pagar la prima para de esa manera poder exigirle al asegurador el pago de la prestación asegurada. Lo anterior resulta totalmente contrario a las normas que informan el contrato de seguro y no creemos que ese haya sido el querer del legislador. Si en el artículo 1.151 se dispone el asegurador no puede exigir judicialmente el pago de la misma es porque los riesgos no corrieron por su cuenta en modo alguno y, entonces, el asegurador no devengó ni siquiera una mínima parte de la prima.

No faltará quien afirme que para evitar una situación como la que acabamos de plantear el asegurador puede hacer uso del derecho de revocación unilateral del contrato consagrado en el artículo 1.070; sin embargo, la aplicación de dicho precepto, viable a los contratos de seguro en general, escapa al seguro de vida, que no puede ser revocado por el asegurador, conforme se encuentra establecido en el artículo 1.159.

Compartimos, en cambio, la tesis del doctor Efrén Ossa, quien considera que el pago de la prima es condición de la vigencia técnica del seguro y luego de observar que el seguro es un contrato oneroso, en el que cada una de las partes se grava en beneficio de la otra, expone que si el pago de la prima no puede ser exigido judicialmente y por consiguiente el asegurador no tiene garantía alguna de su efectividad, repugna al derecho y a la institución misma del seguro que en caso de muerte del asegurado la compañía aseguradora se vea compelida a pagar una prestación que

no tiene una causa efectiva. Y agrega el doctor Ossa⁷⁾:

"Si está legalmente prevista (art. 1.152) la terminación automática del seguro en el momento en que, transcurrido el plazo de gracia, no haya sido pagada la prima (o su fracción) subsiguiente a la prima (o su fracción), resulta jurídicamente ininteligible que el seguro pueda ostentar una vigencia efectiva cuando aquella aún no ha sido cubierta".

"Si la ley es inflexible al sancionar drásticamente el no pago de la segunda prima (que bien puede ser una prima anual o una cuota trimestral), ¿qué fundamento jurídico podría invocarse para justificar tamaña elasticidad respecto del pago de la primera prima o cuota?".

Hechas las anteriores precisiones, el doctor Ossa se ocupa de analizar hasta qué momento se mantendría la vigencia formal del seguro de vida, con la posibilidad para el tomador asegurado de pagar la prima y por tanto obtener la cobertura que le ofrece el seguro, y expresa que ello ocurrirá mientras las condiciones del riesgo se mantenga estables, sin modificación. Ocurrida cualquier causal de modificación, la edad, por ejemplo el contrato deberá entenderse terminado o resuelto, aspecto que también compartimos plenamente.

Evidentemente, modificadas las condiciones del estado del riesgo el contrato debe entenderse terminado puesto que el asegurador ya no estará obligado a asumir el riesgo o si lo hace podrá pactar condiciones diferentes a las convenidas inicialmente y, fundamentalmente, estipulará una prima más onerosa, si es que el riesgo se ha agravado.

6. AD SUMMAM.

Con fundamento en lo expuesto se concluye lo siguiente:

- a. El momento del perfeccionamiento del contrato determina la existencia formal del seguro y puede coincidir o no con el instante de la iniciación de la vigencia técnica del mismo.
- b. Aunque la prima es un elemento de la esencia del seguro, el asegurador sólo comienza a devengarla cuando los riesgos empiezan a correr por su cuenta, vale decir, a partir de cuando se inicia la vigencia técnica del seguro, y la devenga proporcionalmente al tiempo corrido del riesgo, salvo los casos de excepción previstos en los artículos 1.070 y 1.119.
- c. En los seguros en general la vigencia técnica comienza una vez llegados el día y la hora convenidos, con independencia de que el asegurador haya recibido la

7 OSSA G., J. Efrén, Op.cit. pág.405.

prima o que esté pendiente su pago por existir un plazo legal o contractual al efecto.

- d. En los seguros de vida, en virtud de lo dispuesto por el artículo 1.151, la vigencia técnica del seguro sólo empieza cuando el asegurado paga la primera prima o la primera cuota de ésta. Mientras tanto el contrato existe formalmente pero el asegurador no está obligado a asumir los riesgos.
- e. En los seguros en general la mora en el pago de la prima genera la terminación automática del contrato, con derecho del asegurador a cobrar la prima proporcional al tiempo transcurrido de vigencia del seguro.
- f. En los seguros de vida si el asegurado no paga la primera prima o la primera parte de ésta el asegurador no tiene derecho a exigir judicialmente su pago y la ley sólo le permite exigir el reembolso de los gastos en que haya incurrido con miras a la celebración del contrato.
- g. En los seguros en general si ocurre el siniestro el asegurador deberá pagar la prestación asegurada siempre que el riesgo asegurado se realice después de que haya empezado a correr por su cuenta y aunque la prima no haya sido cancelada, a condición de que el tomador no esté en mora de pagarla, ya que de estarlo el contrato habría terminado automáticamente. Obviamente, el asegurador devengará definitivamente la prima en forma total o parcial, según el siniestro, y obviamente tendrá derecho al pago correspondiente.
- h. En los seguros de vida si el riesgo se realiza antes de que el asegurado pague la primera prima o la primera cuota de ésta el asegurador no es responsable del siniestro, habida consideración de que los riesgos no han empezado a correr por su cuenta, vale decir, no se ha iniciado la vigencia técnica del seguro.

El presente documento es una copia de un documento original que se encuentra en el archivo de la Oficina de Registro de Valores de la Secretaría de Economía. El original se encuentra en el expediente número 1234567890. Este documento es válido para fines de información y no tiene validez jurídica. Fecha de emisión: 15 de mayo de 2024.

CABALLO
FREDY ALBERTO SANDOVAL FERREIRA

CABALLO
FREDY ALBERTO SANDOVAL FERREIRA

Este documento es una copia de un documento original que se encuentra en el archivo de la Oficina de Registro de Valores de la Secretaría de Economía. El original se encuentra en el expediente número 1234567890. Este documento es válido para fines de información y no tiene validez jurídica. Fecha de emisión: 15 de mayo de 2024.



Mi homenaje al hombre que afirmó:

"Hay muchos que desde Roma y París construyen mundos hipotéticos, imaginarios, y muchos de ellos viviendo muy bien -no digo que todos- porque algunos son agentes netos de la CIA y otros son idiotas".

Teatro Chaplin, 22 de Abril de 1970

CABALLO

FREDY ALBERTO SANDOVAL FERREIRA

"Presta el oído a todos, y a pocos la voz. Oye las censuras de los demás; pero reserva tu propia opinión" Shakespeare.

"Era un viejo que pescaba solo en un bote en el Gulf Stream y hacía ochenta y cuatro días que no cogía un pez. En los primeros cuarenta días había tenido consigo un muchacho. Pero después de cuarenta días sin haber pescado, los padres del muchacho le habían dicho que el viejo estaba definitiva y rematadamente salao..."⁽¹⁾

CABALLO ha empezado a envejecer, ya no es el potro de la Sierra, la lozanía de su crín ha desaparecido, sus sienes canas horadadas por el sudor son la señal del paso ineluctable del tiempo. Su galopar ha mudado en suave marcha que aún conserva el donaire de los años mozos. Todavía mantiene aquello que los años no han logrado doblegar: su bravura; es el ejemplar indomable de ayer, con su cerviz erguida va devorando los años que deja atrás.

Este ejemplar seguramente no es el mejor de los brutos, no proviene de prosapia divina como Pegaso, Bavioca o Bucéfalo; tan mortal como éstos en la inmortalidad de Rocinante, tan salvaje animal como Usted o como yo.

Desde hace siete lustros marcha al frente de la estampida, siempre honesto y leal con su creer, el vaho de sus ollares anuncia la fatiga de sus cascos contra el rutillante suelo. Por siempre "Los Domadores" han anhelado domeñarle. "Los Domadores" son cosa admirable, al igual que CABALLO han errado, olvidaron la Muerte de Monroe en el Treinta y uno de la centuria pasada; sucumbiendo en Playa Girón pensaron revivirle, pero cuan equivocados estuvieron, la "F" de CABALLO no era la "F" del BUEY. Monroe ha domado tantos bonitos, los de Playa Girón son de otro semental.

El mundo de CABALLO se vió entonces reducido de el Cabo de San Antonio a Punta Caleta, curioso, diminuto pero lo suficientemente inmenso para recorrer el Fuego de los Cien. CABALLO sí que ha cometido errores, son propios de nuestra animalidad.

Los equinos paridos desde los treinta grados del paralelo latitud norte límite del Abrego, son simples brutos que galopan y relinchan ora por la pampa, ora por la montaña y el valle:

"Atropellados por la pampa suelta
los raudos potros, en febril disputa
hacen silbar sobre la sorda ruta
los huracanes en su crín revuelta..."⁽²⁾

No son Pura Sangre o Percherón, su sangre es todo ébano y oro en la tierra, simplemente "Jabaos".

CABALLO ha cometido muchos errores, pero más son sus aciertos, en las puertas de la senilidad creen que jamás volverá a pescar, le sucederá lo mismo de Santiago, solos contra La Mar.

Le entiendo y no le comprenden, ¿Quién le puede justificar?. Es como pocos, sin par, su pureza de "Jabao" nadie pero nadie se la puede negar.

Hoy sus potros que ven en él la vejez, hacen a su guía hermano del sol; son temerarios potros marinos escupidos en La Mar remando con sus muñones hasta la caballeriza del amo tras el azúcar en cubos y no vívida de la caña.

¡Oh de mis potros viajeros! pobres en la riqueza y a pesar de todo son Ustedes los únicos "Jabaos" letrados y saludables que en el "derby" van "Tête à Tête" con los Pura Sangre de los "Domadores". ¿Es CABALLO el responsable de nuestra desgracia? o ¿Son los corrales que nos han tendido los caza-potros?.

CABALLO es ejemplo de dignidad, si entre tanto rocín domado de las tierras del Sur hubiese UNO, UNO tan sólo como CABALLO, de seguro hablaríamos de nuestro Edén Equino; quimera solo quimera, los de la cabeza se dejan domar.

"Es una falta gravísima, que no tiene disculpa. Y esta falta, tenemos que decirlo con muchísima pena, esta falta era el efecto de la debilidad de carácter, con que por desgracia se tropieza a cada paso; defecto capital y funestísimo, que ha causado o favorecido la mayor parte de los males que la República ha sufrido y está sufriendo"⁽³⁾

CABALLO no es Clavileño, pero lleva en sus ancas Quijotes, quizá los únicos que le han logrado montar; ¿Se podrá domar un viejo potro salvaje?, hoy solo está, ojalá nunca le logren domar. Con todo y su yerro aún es grande CABALLO, por los que fueron y serán no te dejes jamás atrapar. "...Allá arriba, junto al camino, en su cabaña, el viejo dormía nuevamente. Todavía dormía de bruces y el muchacho estaba sentado a su lado contemplándolo. El viejo soñaba con los leones marinos".⁽⁴⁾

CITAS

- (1) HEMINGWAY, Ernest. El Viejo y el Mar. Bogotá, Editora Mundo al Día, 1987.
- (2) RIVERA, José Eustasio. Atropellados. Santafe de Bogotá, El Ancora Editores, 1993.
- (3) CARO IBAÑEZ, Jose Eusebio. Escritos Histórico- Políticos. Bogotá, Ediciones Fondo Cultural Cafetero, 1981.
- (4) HEMINGWAY, Ernest. Operate Citate.