

blico, aguas que conduce a su predio, después de pasarlas por el del señor Ramón Tascón.

La finca del demandado señor Leonidas García no es riberana de la quebrada La Honda.

El señor García usa de esas aguas conduciéndolas por un cauce artificial construido por él en el predio de la demandante y en el del señor Tascón, en época anterior a la demanda en más de ocho y en menos de diez años.

La actora demandó a los señores García y Tascón para que se declarara que el predio de La Argelia no carga con esa servidumbre de acueducto, y que las aguas de La Honda deberán "volverse a restituir a su cauce natural o antiguo."

El señor Juez del Circuito de Buga, en sentencia fechada el tres de febrero de mil novecientos treinta y tres, declaró que la hacienda de La Argelia no carga con la servidumbre voluntaria de acueducto a favor de los predios inferiores pertenecientes a los demandados, señores Leonidas García y Ramón Tascón.

Asimismo declaró el señor Juez que las aguas de la quebrada La Honda deben ser restituidas a su cauce natural.

El Tribunal Superior de Buga, en sentencia fechada el treinta de mayo de mil novecientos treinta y cuatro, confirmó la del señor Juez.

La Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, ha infirmado en sentencia de hoy el fallo del Tribunal Superior de Buga, fallo que yo encuentro ajustado a la ley.

Por eso salvo mi voto.

Me aparto, con todo respeto, de la interpretación que la Corte ha dado al artículo 893 del Código Civil y al artículo 9° de la Ley 95 de 1890.

Apenas habrá en la legislación colombiana asuntos tan complejos como los que atañen al régimen de aguas. He escrito este salvamento con temor de equivocarme. Los puntos sobre que versa son difíciles y discutibles. Si he argumentado con énfasis, natural en los debates, no por ello se crea que me parezca necio el punto de vista de mis colegas, ni que desconozca la magnitud del problema y las dudas que ofrece a los intérpretes de la ley civil.

Juntamente con mi voto, dejo a salvo la irreprochable probidad moral e intelectual de mis colegas y su experimentada pericia. Puedo ser yo, y no ellos, la víctima de error. En todo caso, como la Sala ha procedido con pureza de intención y esmero, quedan sin detrimento el honor mío y el de mis colegas.

Miguel Moreno J.

Bogotá, junio 11 de 1935.

CONDICIONES PARA QUE EXISTA FUERZA MAYOR O CASO FORTUITO LIBERATORIO—LA IMPOSIBILIDAD DE EJECUCION, REQUISITO INDISPENSABLE—TEORIA DE LOS RIESGOS, DERIVADA DE LA TEORIA DE LA CAUSA—SU DIFERENCIA CON LA TEORIA DE LA RESOLUCION. REPERCUSIONES EN EL CONTRATO SINALAGMATICO DE UNA INEJECUCION "PARCIAL" NO IMPUTABLE AL DEUDOR; SOLUCION DEL PROBLEMA POR APLICACION DE LA NOCION DE CAUSA

Se casa la sentencia del Tribunal de Medellín, confirmando la del Juez de ese Circuito.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA—SALA DE CASACION CIVIL—BOGOTA, CINCO DE JULIO DE MIL NOVECIENTOS TREINTA Y CINCO.

(Magistrado ponente, doctor Eduardo Zuleta Angel).

I

Hechos.

1º El Distrito de Envigado celebró con el de Medellín, por medio de la escritura número 1341 de 9 de mayo de 1928, otorgada ante el Notario 3º de Medellín, un contrato cuyas estipulaciones esenciales, en lo pertinente, son estas:

"Primero. Envigado permitirá la ocupación de sus vías públicas, carreteras, calles, plazas, etc., en la extensión en que Medellín lo desee, con una línea tranviaria que Medellín piensa extender por aquel Municipio y su población. Por este permiso Envigado cobrará solamente la participación de que habla el artículo 4º de este contrato..."

"Cuarto. Todos los gastos y productos de la explotación pertenecen a Medellín; pero este

Municipio dará al de Envigado el 10 por 100 del producto neto de la línea."

"Séptimo. Medellín garantiza a Envigado una entrada mínima de \$ 150 oro legal, mensualmente, por concepto de impuesto sobre vehículos y por participación en el tranvía, entendiéndose eso si que Envigado no bajará la tarifa actual sobre vehículos. En todo caso la cuantía del impuesto y la entrada que le corresponda por el tranvía pertenecen a Envigado aun cuando sumadas estas entradas pasen de \$ 150 oro legal, mensualmente."

2º La Asamblea Departamental de Antioquia, con posterioridad a la celebración del referido contrato, expidió una Ordenanza — la 37 de 1929—"por la cual se refunden los impuestos departamental y municipal de tránsito," y se dispuso, entre otras cosas, lo siguiente:

"En sustitución de los impuestos autorizados por el artículo 46 de la Ordenanza 58 de 1926 y por el numeral 4 del artículo 424 en armonía con el 425 del Código de Policía (Ordenanza 12 de 1927), créase el impuesto departamental de tránsito sobre todos los vehículos de ruedas que circulen en el Departamento... Del producto de este impuesto se dará una participación del 30 por 100 a los Municipios, en proporción de

los vehículos que cada uno tenga matriculados.... La participación que por esta Ordenanza se concede a los Municipios, no será, en ningún caso, inferior a la que hoy tienen calculada en sus presupuestos por los impuestos de aquella clase que hoy tienen establecidos....”

3º Expedida esa Ordenanza, el Municipio de Medellín—alegando que ella había venido a introducir un evento imprevisto en el contrato y que por consiguiente éste ya no tenía las mismas bases para aplicarlo—suspendió, en el mes de noviembre de 1929, los pagos a que se refiere el contrato mencionado en el hecho primero y le pidió al Municipio de Envigado que se procediera a un nuevo arreglo que consultara la justicia y la equidad para ambas partes “de acuerdo con las circunstancias imprevistas que la mencionada Ordenanza vino a introducir en el contrato.”

4º No habiendo aceptado el Municipio de Envigado esa exigencia de reforma del contrato y no habiéndose allanado por su parte el de Medellín a reanudar los pagos, aquél demandó a éste, ante el Juez del Circuito de Medellín, para que se obligara al demandado a cumplir estrictamente—no obstante la expedición de la Ordenanza citada—el contrato de 9 de mayo de 1927, especialmente la cláusula séptima de que antes se habló.

5º El Municipio de Medellín se opuso a la demanda y pidió que no se hicieran las declaraciones pedidas, alegando:

a) Que el Municipio de Envigado, para el año de 1928, calculó en su presupuesto la renta para impuesto sobre vehículos en \$ 1,200, y para el año de 1929 la calculó solamente en \$ 500, sin que esto se justificara, puesto que en el propio año de 1929 recaudó \$ 852-20;

b) Que como la Ordenanza sólo reconoció la participación del 30% en favor de los Municipios, hasta concurrencia de lo calculado en su presupuesto por cada uno de ellos para 1929, el Municipio de Envigado, por haber hecho ese bajísimo cálculo para el referido año, perjudicó al de Medellín en cuanto, como consecuencia de la Ordenanza, vino a recibir aquél una suma menor de la que hubiera podido recibir a no haber mediado la rebaja injustificada en el presupuesto de 1929;

c) Que la Ordenanza en cuestión, al refundir los impuestos departamental y municipal sobre vehículos, privó a los Municipios de una renta y creó una situación jurídica “expresiva de un evento imprevisto en tal contrato que los Municipios dichos no pudieron prever ni evitar por lo cual se hace preciso reformar el convenio primitivo sobre bases de equidad.”

II

Sentencia acusada.

El Tribunal Superior de Medellín, por sentencia de 2 de febrero de 1934—fundándose para ello en que por virtud de la Ordenanza referida “la situación jurídica vino a ser otra distinta de

la que tuvieron en mira los contratantes en el momento de efectuar la negociación, y que, por razón de la misma Ordenanza,” surgió para Medellín un evento que las partes no pudieron prever y que constituye un verdadero caso fortuito o fuerza mayor en el concepto del artículo 64 del Código Civil—confirmó la dictada por el Juez de la primera instancia, en cuanto por ella se declaró que el Municipio de Medellín estaba en la obligación de pagar al de Envigado el 10 por 100 del producto neto de la línea, pero la revocó en cuanto dicha sentencia de la primera instancia resolvía que se le diera cumplimiento estricto a la cláusula séptima del contrato, y como consecuencia de esta revocación declaró el Tribunal “probada la excepción perentoria de fuerza mayor o caso fortuito respecto de la petición del Municipio de Envigado, tendiente a que se obligara al de Medellín a cumplir la cláusula séptima del contrato tantas veces mencionado.

III

Fundamentos del recurso.

Contra la expresada sentencia recurrió, por medio de apoderado, el Municipio de Envigado, alegó, entre otros motivos, los dos que van a exponerse y que son los únicos que la Corte considera, porque, sobre todo, si se les aprecia en conjunto, como puede y debe hacerse, dada la íntima relación que entre ellos hay, son bastantes para determinar la casación del fallo:

Primero. Violación del artículo 1º de la Ley 95 de 1890, por cuanto que el Tribunal dejó de aplicar ese texto, que subrogó el 64 del Código Civil. El Tribunal citó, en apoyo de su decisión este último, según el cual, para que hubiera fuerza mayor o caso fortuito bastaba que el hecho, o hubiera sido imprevisible, o hubiera sido irresistible, siendo así que tal artículo 64 fue reemplazado por el 1º de la Ley 95 de 1890, que el Tribunal no aplicó y que exige para que exista fuerza mayor o caso fortuito, que el acontecimiento, además de ser imprevisto sea irresistible.

Segundo. Violación del mismo artículo 1º de la Ley 95 de 1890 y de los artículos 1625, 1729, 1731 y 1604 del Código Civil, en cuanto que el Tribunal consideró que la Ordenanza número 37 de 1929 había extinguido la obligación impuesta al Municipio de Medellín por la cláusula 7ª del contrato, cuando tal Ordenanza, aun en el supuesto de constituir fuerza mayor o caso fortuito no podría haber extinguido la referida obligación, por ser esta una obligación de género que no puede extinguirse por fuerza mayor o caso fortuito.

IV

Examen de las causales aducidas.

Con respecto a los fundamentos que, por lo antes dicho, se estudian conjuntamente, la Corte considera:

1º Ningún acontecimiento en sí mismo constituye fuerza mayor o caso fortuito liberato-

rio con respecto a una determinada obligación contractual. La cuestión de la fuerza mayor no es una cuestión de clasificación mecánica de acontecimientos. Cuando de tal fenómeno jurídico se trata, no sólo hay que examinar la naturaleza misma del hecho, sino indagar también si éste reúne, con respecto a la obligación inejecutada, los siguientes caracteres:

- a) No ser imputable al deudor;
- b) No haber concurrido con una culpa de éste, sin la cual no se habría producido el perjuicio inherente al incumplimiento contractual;
- c) Ser irresistible, en el sentido de que no haya podido ser impedido y que haya colocado al deudor—dominado por el acontecimiento—en la imposibilidad absoluta (no simplemente en la dificultad ni en la imposibilidad *relativa*) de ejecutar la obligación;
- d) Haber sido imprevisible, es decir, que no haya sido lo suficientemente probable para que el deudor haya debido razonablemente precaverse contra él, aunque por lo demás haya habido con respecto al acontecimiento de que se trate, como lo hay con respecto a toda clase de acontecimientos, una posibilidad vaga de realización.

2º Esos cuatro caracteres de la fuerza mayor liberatoria (o caso fortuito liberatorio, pues ya tiene establecida la doctrina, que las dos expresiones son sinónimas), pueden reducirse, bien analizadas las cosas, a la noción de *imposibilidad de ejecución* que se subdivide en varios elementos: en el espacio, imposibilidad de ejecución propiamente dicha, y, en el tiempo, imposibilidad de prever y evitar el acontecimiento (1). En efecto: la no imputabilidad (en sus dos manifestaciones: ausencia de culpa anterior y ausencia de culpa concomitante), constituye un requisito que en realidad queda absorbido por el de la irresistibilidad, que es la imposibilidad para el deudor de obrar de un modo distinto a como ha obrado; y, por su parte, la imprevisibilidad queda comprendida en la *imposibilidad absoluta de ejecutar*, que implica imposibilidad de prever y de evitar.

De todo lo cual resulta que ningún acontecimiento, sea cual fuere la naturaleza de éste, puede constituir con respecto a una determinada obligación en dinero, como la contenida en la cláusula 7ª del contrato que se estudia, fuerza mayor o caso fortuito liberatorio, porque—según se ha visto—la fuerza mayor liberatoria supone imposibilidad absoluta de ejecución (es decir, una imposibilidad, que por ser absoluta, se aprecia, no con respecto a las condiciones peculiares del deudor, sino con relación a un tipo abstracto de deudor), y es claro que no se concibe tal imposibilidad para la entrega de una suma de dinero, así como no se concibe, en general, para las obligaciones de género: *genera no pereunt*. Mientras que la

fuerza mayor puede tener muy vasta aplicación si se ha prometido un cuerpo cierto, y una aplicación ya menor si el objeto hace parte de un *genus limitatum*, si el deudor debe una cosa de género, que no no pertenezca a un *genus limitatum*, no puede invocar la fuerza mayor para no entregarla.

4º Como la obligación a cargo de Medellín, contenida en la cláusula 7ª citada, es una obligación de dinero, la Ordenanza número 37 de 1929 no constituye con respecto a ella una fuerza mayor liberatoria, según se desprende de todo lo dicho, pues no colocó ni pudo colocar al Municipio de Medellín en la imposibilidad de ejecutarla.

5º De todo lo expuesto se deduce que el Tribunal, al considerar la mencionada Ordenanza como fuerza mayor o caso fortuito, que extinguió la obligación impuesta a Medellín por la citada cláusula 7ª, violó los textos legales citados por el recurrente que definen la fuerza mayor y reglamentan, en parte, lo concerniente a la extinción de obligaciones.

Es necesario, en consecuencia, *casar* la sentencia del Tribunal y proceder a dictar la que ha de reemplazarla, para lo cual se considera:

1º Si la Ordenanza número 37 no fue, en cuanto a las obligaciones contraídas por Medellín, una fuerza mayor liberatoria, si constituyó en cambio, con respecto a una—pero a una sola—de las varias obligaciones de Envigado (la concerniente a la conservación de las tarifas del impuesto de vehículos) un verdadero caso fortuito que, al hacer absolutamente imposible el cumplimiento de la obligación, sin culpa anterior o concomitante del deudor, la extinguió, aunque transitoriamente, es decir, durante el tiempo en que estuvo en vigencia la Ordenanza.

2º Si se tratara, en el caso que se estudia, de una extinción *total*, por razón de fuerza mayor, de las obligaciones de Envigado; si lo extinguido por el caso fortuito hubiera sido el haz de obligaciones a cargo de ese Municipio, no habría duda alguna de que las obligaciones correlativas de Medellín se habrían extinguido por contragolpe, no ciertamente por virtud de la condición resolutoria sobrentendida en los contratos sinalagmáticos—la cual supone una inejecución imputable al deudor—sino por razón de una regla de simetría contractual, que técnicamente se cumple y explica por la noción de causa de las obligaciones, noción que desempeña un papel preponderante en los contratos bilaterales, en los cuales cada una de las partes juega el doble papel de deudor y acreedor. En tales contratos, por virtud de la interdependencia de las obligaciones que de ellos se derivan, al quedar extinguida por fuerza mayor, la que contrajo una de las partes, desaparece la otra porque queda sin el soporte de la causa, indispensable para su existencia. Los

(1) Demogue: Tomo VI, número 536.

artículos 1870, inciso 2, 1888, 1889, 1909, 1916, 1921, 1986, 1988, 1990, 2057 y 2128 del Código Civil, no son otra cosa que aplicaciones del principio que debe razonablemente extenderse, de acuerdo con los artículos sobre la causa, a todos los contratos bilaterales, con las tres restricciones de que se hablará más adelante.

3º Pero, como en el caso presente no se trata de una inexecución *total* de las obligaciones contraídas por Envigado sino de una inexecución parcial—porque la obligación de conservar las tarifas apenas es una parte del haz obligatorio a cargo de Envigado—el problema reviste características distintas, pues el principio general que se deja enunciado sobre los efectos de la noción de causa en los contratos bilaterales, tiene tres restricciones de las cuales las dos últimas se relacionan directamente con el caso que se estudia:

a) Por una anomalía en nuestra legislación: por haber tomado el señor Bello inconsultamente del Código francés el principio—que allí era lógico dado el sistema francés de contratos traslativos de propiedad, pero que en nuestra ley es anómalo—de que el riesgo del cuerpo cierto cuya entrega se debe es siempre a cargo del acreedor, la obligación del cocontratante no desaparece, en un contrato sinalagmático, si la obligación inexecutada por el contratante, en virtud de fuerza mayor o caso fortuito, es una obligación de entrega de cuerpo cierto.

b) Cuando la inexecución no imputable al deudor no es sino parcial, el contrato no se resuelve ni termina sino cuando por virtud de tal inexecución parcial se ha destruido verdaderamente la causa de la obligación del acreedor (1), es decir, cuando se establece o resulta del análisis del contrato que dicho acreedor no habría contratado si hubiera previsto que no recibiría sino esa prestación parcial (2). En los demás casos sólo habrá lugar a una disminución de la contraprestación. Todo ello resulta de la noción de causa y de los textos arriba citados que, como ya se dijo, constituyen aplicaciones especiales de dicha noción a determinadas situaciones jurídicas y que, por consiguiente, son de aplicación extensiva (3), y deben y pueden generalizarse.

c) En los casos de inexecución parcial, la resolución o la terminación del contrato no se pro-

duce ni puede producirse automáticamente o de pleno derecho. Tienen que ser demandadas. El Juez tiene que estudiar en cada caso las circunstancias para decidir de acuerdo con la noción de causa, si la prestación parcial de uno de los contratantes ha realizado o no en lo sustancial el fin que se propuso alcanzar el cocontratante. Según lo que resulte decretará la resolución o la terminación, o la rescisión del contrato, o, simplemente una rebaja de la contraprestación. Lo primero sólo se hará cuando se vea que el demandante no habría contratado si hubiera previsto el incumplimiento parcial.

3ª En el caso que se estudia ocurre que Medellín no sólo no ha demandado la resolución o la terminación del contrato ni una rebaja de la contraprestación, sino que los dos Municipios habían previsto que disminuirían los ingresos de Envigado por concepto del impuesto de vehículos, debido a la competencia del tranvía, y que fue cabalmente en virtud de esa previsión, por razón de ella, y como consecuencia de ella por lo que se estipuló, en el contrato, la obligación contenida en la cláusula 7ª. Esta no tiene otra explicación que esa previsión sobre la base de la cual Medellín resolvió tomar a su cargo el álea respectiva. Y no tiene otra explicación porque se englobó en esa cláusula todo lo concerniente al impuesto de vehículos y todo lo concerniente al 10 por 100 del producto neto del tranvía para acordar que Medellín respondería por la diferencia entre los ingresos por esos dos conceptos, y la suma de \$ 150.

4º En tales circunstancias no es procedente ni la declaración de resolución, ni la de terminación del contrato, ni siquiera la rebaja de la contraprestación, siendo de repetir que, por lo demás Medellín no ha demandado ni una ni otra cosa.

Por todo lo cual, la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *in-firma* la sentencia dictada en este juicio por el Tribunal Superior de Medellín con fecha 2 de febrero de 1934 y confirma la de la instancia dictada por el señor Juez del Circuito de Medellín con fecha 17 de febrero de 1933.

Sin costas, cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase oportunamente.

EDUARDO ZULETA ANGEL—Liborio Escallón.
Ricardo Hinestrosa Daza—Miguel Moreno J.—Juan Francisco Mújica—Antonio Rocha—Pedro León Rincón, Secretario.

(1) Capitant: número 144.

(2) Capitant: número 140.

(3) Capitant: número 138.

