

Para comprender cuánto pierden los productores de oro en Colombia al vender el oro al precio fijado por la ley, debemos saber que en Extremo Oriente se paga en mercado negro a razón de \$ 140.00 dólares la onza. Pero podemos entregarnos a la especulación monetaria sin aceptar los graves inconvenientes de una desenfrenada inflación? ¿Puede aceptarse la tesis de que la importación en especie más bien tiende a bajar los precios cuando la moneda queda sujeta al sortilegio del mercado negro y la especulación?

Ahora bien, el Banco de la República mantiene actualmente un stock de oro que representa una reserva de 80% respecto de los billetes emitidos cuando la ley tan solo exige conservar una reserva del 30%. Se han presentado dos tesis para impedir la probable depresión e incrementar las importaciones: 1) Aumentar, a base de dicho encaje, los billetes en circulación, haciendo una nueva emisión hasta por \$ 150.000.000 de pesos, o 2) Exportar el excedente de oro que existe en el Banco de la República.

En el primer caso, corremos el peligro de una inflación de precios en el mercado interior y en el segundo, venderíamos por un plato de lentejas nuestra actual riqueza aurífera cuando hemos permitido por la ley, según la resolución N^o 173 mencionada, que los dólares en divisa se vendan a un tipo de cambio al doble de lo que es permitido legalmente.

En el Perú, donde se ha puesto en práctica la idea de importar mercancías sin reembolso, se ha duplicado el valor de los dólares, es decir, que de 6.25 que valía un dólar, se cotiza actualmente a 13 soles. Con la circunstancia de que el Perú ha eliminado el requisito de la licencia para la importación de mercancías cuyo pago es reembolsable por razón de no ser un país tan industrializado como Colombia.

Así han suprimido también en el Perú el riesgo de una especulación en licencias de importación sin reembolso; pero podemos nosotros hacer lo mismo sin perjudicar la ocupación general del país y el desarrollo de nuestras industrias?

En nuestro sentir, el único camino que el país puede escoger para equilibrar la balanza de pagos es respaldar el propósito de estabilización monetaria concebido en Bretton Woods, y conseguir un empréstito en dólares a base de nuestras reservas de oro mencionadas por conducto del Banco Internacional de Pagos.

RAMON EMILIANI VELEZ

EL CONTRATO APARENTE. — (TEORIA DE LA INEXISTENCIA)

Por RICARDO URIBE HOLGUIN

1.—Condiciones de los contratos. 2.—El contrato y su prueba. 3.—Contratos solemnes inexistentes por falta de la solemnidad. 4.—Contratos solemnes, reales o consensuales inexistentes por falsedad o por simulación. 5.—Opinión de la Corte sobre el contrato inexistente. Crítica. 6.—Conclusiones.

1. Los contratos requieren ciertas condiciones para existir, ciertas otras para ser válidos y algunas más para subsistir. Aquellas dos primeras especies de condiciones atañen a la formación de los contratos; la tercera, a su ejecución.

En nuestro régimen civil, son condiciones de existencia de los contratos el consentimiento, el objeto u objetos sobre que éste versa y la causa que lo impulsa. Son condiciones de validez, la capacidad de las partes contratantes, la licitud del objeto u objetos, la licitud de la causa, la ausencia de vicios en el consentimiento y el cumplimiento de ciertos requisitos o formalidades que las leyes prescriben para que se formen válidamente determinados contratos, sea en atención a la naturaleza misma de éstos o a la calidad o estado de las personas que los celebran. Y son condiciones de subsistencia, la buena fe y la diligencia y cuidado de las partes en la ejecución del contrato, esto es, el no incurrir ellas ni en dolo ni en culpa al ejecutarlo.

El contrato inexistente es una mera apariencia de contrato. Al existente pero inválido, se lo puede anular. Y al que exista y sea válido, pero carezca de condiciones de subsistencia, se lo puede resolver o hacer cesar, terminar, etc., según las circunstancias.

2. Sea solemne o no, el contrato nunca se confunde con su prueba. La compraventa de bien inmueble, pongo por ejemplo, es cosa distinta de la escritura pública que la contiene. La existencia de la prueba no supone necesariamente la existencia del contrato de que da fe.

Este hecho hace posible construir una teoría del contrato aparente.

En los contratos solemnes, en que la solemnidad es a la vez *ad existentiam* y *ad probationem* (el contrato no se forma ni se prueba sino mediante la solemnidad misma), la falta de ésta, en mi opinión, determina lógicamente la inexistencia del contrato, por falta de consentimiento.

De lo dicho se deduce que la existencia de un contrato es fenómeno que tiene lugar en dos hipótesis distintas: 1ª—Si el contrato es solemne, cuando consta o se establece por medio distinto de la solemnidad que la ley prescribe para su formación; 2ª—Sea el contrato solemne, sea real o sea consensual, cuando la prueba en que consta o con que se establece no se ajusta a la verdad, esto es, da razón de la existencia de un contrato que realmente no existe, porque nunca se celebró o se celebró de otra manera.

En ambas hipótesis, hay una apariencia de contrato, resultante de la prueba. Pero en la primera hipótesis, la inexistencia del contrato aparece de suyo y no requiere ser declarada judicialmente, en tanto que en la segunda, es necesario poner de manifiesto la inexistencia, mediante el ejercicio de una acción.

No incluyo en la primera hipótesis el contrato real, a pesar de que en éste se entiende no haber consentimiento sin la entrega de la cosa: el contrato no se prueba sino demostrando la entrega; luego la inexistencia sólo puede resultar de que la prueba no se ajuste a la verdad, que es la segunda hipótesis.

3. Lógicamente, todo contrato solemne a que falte la solemnidad debe tenerse por inexistente, como quiera que sin ésta no hay consentimiento. Mas no lo entiende así nuestro código civil. En él se distingue el contrato solemne por instrumento público de los demás contratos solemnes, para establecer que, en el primero, la falta de solemnidad determina su inexistencia, mientras que, en los últimos, determina su invalidez, o sea, su nulidad.

El artículo 1.760 de dicho código, en efecto, manda tener por “no celebrado”, esto es, por inexistente, el contrato que, siendo solemne por instrumento público, se celebre de otro modo; mientras que el artículo 1.741 de la misma obra califica de absolutamente nulo el contrato a que falte requisito o formalidad que la ley prescriba en consideración a la naturaleza misma de éste.

De consiguiente, una compraventa de bien inmueble celebrada por documento privado es inexistente en nuestro régimen civil, al paso que

un contrato de promesa celebrado verbalmente y probado con testimonios está viciado de nulidad absoluta. En lo cual no veo lógica ni armonía, porque desde el derecho romano el consentimiento en los contratos solemnes se confunde con la solemnidad misma, y porque, además, no hay razón que justifique la diversidad de regímenes que el código contiene.

4. La prueba de un contrato puede no ajustarse a la verdad de dos maneras distintas: o porque no sea cierto que los aparentes contratantes manifestaran celebrar ese contrato, o porque, habiendo manifestado celebrarlo, no sea cierto que lo celebraran realmente. En el primer caso, la prueba es *falsa*; en el segundo, la prueba no es falsa, pero el contrato de que da cuenta es *simulado*. En ambas hipótesis, el contrato es aparente: no existe.

Una escritura pública en que consta la compraventa de un bien inmueble, v. gr., será falsa si los aparentes vendedor y comprador no concurren a otorgarla, o si, habiendo concurrido, hicieron ante el Notario manifestaciones distintas de las que en ella aparecen. Y la compraventa será simulada cuando, habiendo los contratantes otorgado la escritura tal como aparece, no sea cierto que ellos celebraran realmente ese contrato, bien porque celebraron otro, bien porque no celebraron ninguno.

Tanto en el primer caso como en el segundo, la inexistencia del contrato de que da fe la prueba no aparece de manifiesto. Es preciso pedir al Juez la declaración de falsedad de dicha prueba o la de simulación del contrato, respectivamente.

5. Varias son las sentencias en que la Corte ha examinado el problema del contrato inexistente. Sus conclusiones pueden resumirse así:

1ª—El Código Civil colombiano no prevé ni regula, como fenómeno específico, la inexistencia de los contratos. Esta y la nulidad absoluta se confunden legalmente en un mismo fenómeno;

2ª—Si el contrato está probado en forma legal, existe y, por lo tanto, puede ser anulado, pero no declarado inexistente. En cambio, si el contrato no está probado en legal forma, no existe y no se lo puede anular, porque, no habiendo contrato, no habría qué anular; de aquí que en el contrato solemne por instrumento público, la falta de éste determine la inexistencia de aquél, no su nulidad absoluta;

3ª—El contrato simulado no es un contrato inexistente ni tampoco necesariamente un contrato nulo. En la simulación hay dos actos o contratos: el público u ostensible y el privado u oculto. Ambos existen y

puede ocurrir que ambos sean válidos, esto es, que no tengan vicio de nulidad. Pero el contrato oculto prevalece sobre el ostensible, en atención a ciertas consideraciones y para determinados efectos.

Intentaré una crítica de estas conclusiones, que no considero fundadas.

1ª—Según nuestro Código Civil, para que un contrato se forme válidamente se requieren estas condiciones: el consentimiento (ordinal 2º del artículo 1.502), el objeto u objetos (artículo 1.517), la causa (artículo 1.524), la capacidad de las partes contratantes (ordinal 1º del artículo 1.502), la licitud del objeto u objetos (ordinal 3º *ibidem*), la licitud de la causa (ordinal 4º *ibidem*), la ausencia de vicios en el consentimiento (ordinal 2º *ibidem*) y el cumplimiento de ciertos requisitos o formalidades impuestas por la naturaleza misma de determinados contratos o por la calidad o estado de las partes que lo celebran (artículo 1.500).

El artículo 1.741 del citado código enumera taxativamente las causas de nulidad absoluta, que son: la incapacidad absoluta de las partes contratantes, la ilicitud del objeto u objetos, la ilicitud de la causa y la omisión de requisito o formalidad impuesta por la naturaleza misma del contrato.

Por lo tanto, se puede concluir, sin lugar a error, que la falta de consentimiento, la falta de objeto u objetos y la falta de causa no producen nulidad absoluta.

Nadie negaría que el consentimiento, el objeto u objetos y la causa son condiciones sin las cuales no puede existir un contrato. Luego nuestro Código Civil no confunde en un solo fenómeno la inexistencia y la nulidad absoluta.

El inciso final del artículo 1.741 expresa que "Cualquiera otra especie de vicio (distinto de los cuatro que generan nulidad absoluta) produce nulidad relativa y da derecho a la rescisión del acto o contrato". Acaso se piense, en vista de esta disposición, que la falta de consentimiento, de objeto u objetos o de causa vicia de nulidad relativa el acto o contrato. Mas tampoco es así. El texto alude a cualquiera otra especie de *vicio*, y no se concibe que esté viciado algo que no existe. Solamente un contrato en que haya consentimiento, objeto u objetos y causa, puede estar viciado; luego la falta de cualquiera de estas tres condiciones no puede dar lugar a la nulidad relativa. Además, conforme al artículo 1.740, no hay nulidad absoluta o relativa sino cuando el contrato carece de condiciones de *validez*, y sería enteramente inaceptable afir-

mar que un contrato sin consentimiento, sin objeto u objetos o sin causa no vale, pero sí existe.

2ª—En mi opinión, la Corte confunde el contrato con su prueba.

Que en una escritura pública conste que dos personas han celebrado una compraventa de bien inmueble, no significa que la compraventa exista. Si la escritura es falsa, ¿puede afirmarse que hay contrato? Si los aparentes contratantes simularon la compraventa, ¿hay compraventa?

Y cuando se haya declarado judicialmente la falsedad de la escritura o la simulación de la compraventa, ¿será necesario, según la Corte, anular este contrato? ¿Cómo anular lo que no existe?

Por lo demás, es cierto, como la Corte considera, que mientras el contrato no esté probado en legal forma, no existe a los ojos del Juez y, por lo mismo, éste no puede anularlo. Es el caso de la compraventa de bien inmueble que se establece por documento privado. Pero de aquí se deduce, en mi concepto, conclusión contraria a la de la Corte: si sólo puede anularse lo que existe, es porque la nulidad es fenómeno distinto de la inexistencia.

3ª—La Corte encuentra en la simulación *dos actos o contratos*: el ostensible y el oculto; y resuelve la pugna entre éstos diciendo que el segundo prevalece sobre el primero.

Vuelve aquí la confusión entre el acto y la prueba. En la simulación, entiendo yo, hay *un solo acto o contrato* y *dos pruebas*. Si la simulación es absoluta, el acto único consiste en el acuerdo de crear una prueba que engañe públicamente; si es relativa, en este mismo acuerdo, como complemento de un verdadero contrato distinto del que aparenta la prueba destinada a engañar. Cuando a esta prueba, que podría denominarse pública u ostensible, se opone otra prueba, que podría denominarse oculta y que demuestra el acto realmente celebrado, la inexistencia del contrato aparente queda establecida. Concebida así, la acción de simulación promueve una contienda de pruebas, cuyo resultado es la destrucción de una de ellas (la pública u ostensible) y de la apariencia de contrato que contiene o de que da razón.

Si se piensa que en la simulación hay *dos actos o contratos*, no se explica cómo puede uno de ellos prevalecer sobre el otro. De coexistir esos dos actos, serían simultáneos o serían sucesivos. Si fueran simultáneos, se destruirían recíprocamente, puesto que no puede haber dos acuerdos de voluntades opuestos sobre un mismo negocio jurídico y entre unas mismas partes. Y si fueran sucesivos, el fenómeno se resolvería en una novación o en un *mutuus disensus*.

El problema desaparece por completo si se considera que en la simulación hay un solo acto o contrato: el que consta o se establece por medio de la prueba oculta. El que aparenta la prueba pública u ostensible es un contrato inexistente.

Mientras considere que la simulación implica dos actos, la Corte se expone a regresar insensiblemente a la vieja y recogida teoría de la simulación-nulidad; porque si para la Corte la inexistencia se confunde con la nulidad absoluta, tarde o temprano acabará por sostener que el acto ostensible, carente de consentimiento, objeto y causa, es absolutamente nulo.

Y volverá el problema de armonizar el artículo 1.766 del Código Civil con el 1.748 de la misma obra.

6. Creo haber llegado a estas conclusiones:

1ª—La inexistencia del contrato aparente es fenómeno previsto en nuestro Código Civil. Proviene de falta de consentimiento, de objeto u objetos o de causa, condiciones de existencia de todo contrato. Y no se confunde con la nulidad absoluta, ni con la relativa.

2ª—La apariencia de contrato no corresponde a la realidad en tres casos distintos: cuando un contrato solemne por instrumento público se celebra y prueba por medio distinto de la solemnidad misma; cuando es falsa la prueba con que se pretende establecer la existencia de un contrato cualquiera; y cuando el contrato de que da fe una prueba es simulado.

RICARDO URIBE HOLGUIN

LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL

(Comentario al Art. 105 del C. P.)

Por JESUS MEDARDO RIVAS SACCONI

La prescripción de la acción penal es una institución jurídica que tiene su fundamento en el hecho de que, si transcurrido cierto tiempo, la sociedad, que es la directamente ofendida con la comisión de un delito, no ha sido capaz de lograr su sanción, pierde entonces el derecho a hacerla efectiva, y el responsable de la infracción queda libre de los rigores de la justicia, porque no sería justo o equitativo en caso alguno que el que cometió un delito o cualquiera otra infracción de la ley penal quedara indefinidamente expuesto a que en un momento cualquiera se le hiciera efectiva la sanción que le correspondía por ese hecho.

El Código Penal Colombiano reglamenta lo relativo a la prescripción de la acción y de la condena penales en sus Arts. 104 a 112 inclusive, y es en el Art. 105 donde se señalan los términos en los cuales se consuma la prescripción de la acción penal.

Dice el mencionado Artículo: “La acción penal prescribirá: en treinta años, para las infracciones que tengan señalada una pena privativa de la libertad de veinte años o más.

En un tiempo igual al máximo de la sanción fijada en la respectiva disposición penal, para las infracciones que tengan señalada una pena privativa de la libertad mayor de cinco años y menor de veinte.

En cinco años para los demás delitos.”

A primera vista la redacción de este artículo parece suficientemente clara, pero su aplicación ha dado lugar a muchas discusiones y a diversas interpretaciones.

La principal duda ha surgido en relación con lo que deba entenderse por la “respectiva disposición penal” de que habla el artículo legal transcrito, es decir, si por tal debe entenderse aquella disposición en que el código define el delito, y trata de él de una manera general, por