

ne como suya, sea que se halla materialmente en su poder, o en poder de otro que le reconoce como dueño de ella. Pero como los derechos reales son varios, el que no es *poseedor del dominio* (subrayo), puede serlo de un derecho de usufructo, de uso, de habitación, de un derecho de herencia, de un derecho de prenda o de hipoteca, de un derecho de servidumbre.”

Concluyo diciendo con Tomás Carrasquilla, por si esto fuere un cabal disparatorio, que las bobadas ilustran algunas veces más que las sabidurías, pues un disparate enorme sugiere al espíritu la verdad opuesta. Quiero escuchar a quienes no acepten mi embeleco.

MIGUEL MORENO JARAMILLO

## La cláusula sobre costas

### NOTAS PREVIAS

Hay un principio general que domina todo nuestro derecho, así como el de todos los países llamados de civilización occidental o cristiana, principio de tan grande importancia que ha llegado a ser considerado por muchos autores como uno de los elementos integrantes de aquella noción tan incoercible e imprecisa, hasta ahora, de orden público; nos referimos al principio de la autonomía de la voluntad en los actos jurídicos.

Como cuestión previa es preciso señalar nítidamente las características y el alcance de tal principio, ya que dicho alcance ha sido exagerado por algunos, debido quizás a su misma inmensa importancia. El principio de autonomía de la voluntad significa que toda voluntad expresada con un fin jurídico, sin vicio alguno que la haga no sana y unida a otra voluntad, cuando para obtener el fin propuesto sea necesaria tal unión, debe ser respetada por la ley y el Estado ha de poner a su servicio toda la fuerza que él detenta, ya que esa fuerza no tiene precisamente otro objeto que el de servir para la realización de fines jurídicos.

Por más claro que aparezca el principio de que se viene tratando enunciado de la manera como queda, no es posible seguirlo, al pie de la letra en todas sus consecuencias,

y cada vez lo es menos, pues el legislador no puede abdicar su papel de supremo guardián de los intereses individuales y sociales, entendidos aquéllos no como los de éste o aquel individuo unilateralmente considerado, sino como los del mayor número, el cual está formado por aquellos que menos pueden defenderse por sí mismos, no puede abdicar, decimos, ese papel en favor de las “fantasías individuales” y menos aún de los abusos a que incitan, en la generalidad de los casos, las situaciones privilegiadas, ya sean ellas de orden económico, intelectual, cultural o de cualquiera otro. La libertad individual, la autonomía de la voluntad, aquí como en todas las actividades de la vida social e individual, debe adaptarse, debe amoldarse a las exigencias del interés general o de cualquiera otro de orden superior.

Ahora bien: estas ideas inconmovibles e inobjetables en la teoría las encontramos suficientemente comprobadas en la práctica y así se ve que el legislador ha reglamentado, limitándola, esa autonomía en dos aspectos: en cuanto a la forma como debe ser expresada y en cuanto al fondo mismo, a la esencia del acto jurídico en sí. Para el fin que nos proponemos se puede dejar de lado el primer aspecto; en relación con el segundo puede decirse que la *regla general* es que todo lo que no está prohibido es permitido a los particulares, y en concordancia con este principio el art. 15 del C. C. autoriza la renuncia de “los derechos conferidos por las leyes, con tal que sólo miren al interés individual del renunciante, y que *no esté prohibida la renuncia*”. Igualmente, desarrollo de esa misma idea es el art. 16 de la dicha obra en que se dispone que “no podrán derogarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden y las buenas costumbres”. De modo que en las dos disposiciones transcritas se consagra la limitación más trascendental a la autonomía de la voluntad.

### CUESTION.

¿Es válida la cláusula por la cual uno de los contratantes se obliga a pagar las costas del juicio a que dé lugar el contrato, sea que se señale o no una suma fija de dinero?

En consonancia con los principios que se han sentado atrás, dos consideraciones hay que hacer para resolver la

cuestión propuesta: en primer lugar, se supone que el trato en que tal cláusula se encuentra tiene todos los requisitos indispensables para su validez; en segundo lugar, debe anotarse que la materia de esta estipulación es también materia de una reglamentación especial en el Código Judicial (Tít. XVI-Caps. I y II. Arts. 562 a 583); de manera que si logra probarse que esas disposiciones del C. J., aunque la ley no lo diga *expresamente*, tienen los caracteres de disposiciones de orden público, se impondrá una contestación absolutamente negativa a la cuestión planteada, pues se estará entonces en presencia de un acto de voluntad que tiene por fin "derogar" una ley en cuya observancia está interesado el orden público y de una limitación a la autonomía de la voluntad.

*I—La ley procesal tiene, de manera eminente, los caracteres de ley de orden público, en casi todas sus disposiciones.*

La jurisdicción, es decir, la facultad de decidir o desatar las controversias que se susciten entre personas acerca de la existencia, extensión o modalidades de un derecho, es una atribución de la soberanía del Estado, de tal naturaleza que sólo éste puede ejercitarla por medio de sus órganos y de la manera por él misma señalada. No siendo del caso examinar la evolución de este concepto y las razones que hacen que tal facultad jurisdiccional sea necesariamente propia y exclusiva del Estado, basta con hacer notar que ostenta el carácter de una sustitución de la actividad pública a la actividad privada, sustitución que es definitiva y obligatoria como actividad intelectual del juez que se impone a la de las partes y a la de todos los ciudadanos.

El legislador, al dictar la ley procesal, tiene en cuenta ya un interés general o colectivo, ya un interés particular. Las disposiciones procedimentales que dicta teniendo en mira el primero, y son las más, son de estricto cumplimiento, de manera que contra ellas nada pueden las convenciones de los particulares; las disposiciones que tienen vida por un fin de interés particular; ejemplo de estas últimas son las que se refieren a la jurisdicción prorrogable, a los impedimentos allanables, y quizás otras más. Y ¿qué criterio se deberá seguir para determinar cuándo una disposición procesal es absoluta y obligatoria y cuándo meramente supletiva? Los autores sostienen que la presencia

de un agente del Estado en todo proceso hace que sólo en casos contados tenga fuerza en contra de la ley procesal la voluntad individual, cuando pretende regular las modalidades y efectos de la relación procesal, por manera que en todo caso de duda la norma procesal debe interpretarse en el sentido de ser absoluta y no supletiva, y solo cuando la misma ley autorice implícita o explícitamente la intromisión de esa voluntad debe concedérsele fuerza a ella; en los demás casos no. De ahí que de todas las instituciones jurídicas la más delicada sea la procesal, pues por una mala interpretación de ella puede llegarse al desconocimiento de lo que pretendieron amparar las instituciones sustantivas.

De todo lo anterior se concluye que la ley procesal tiene el carácter de ley de orden público, entendido éste no en el sentido vulgar y material de normalidad visible, sino en el jurídico de normalidad de las actividades individuales.

*II—Las costas son una institución de derecho procesal.* Hay en nuestro Código Judicial dos capítulos consagrados exclusivamente a lo relativo a las costas del juicio. En el primer artículo del capítulo II del título XVI, encontramos que el legislador ordena al juez, de manera inequívoca que en todo auto interlocutorio que decida un incidente, y en toda sentencia debe resolver si condena o no en costas. Según esto, la ley da al juez la facultad de apreciar los casos en que haya lugar a tal condena; pero, ¿lo deja al puro arbitrio judicial? No, ya que en el art. siguiente (el 575) marca la pauta que ha de seguir el juez para determinar si debe condenar en costas o no. Bien meditada la disposición y comprada con el capítulo I del mismo título se concluye que la dicha condena tiene el carácter de indemnización al adversario por el daño que le ha causado el otro al obligarlo a hacer determinados gastos para sostener una justa demanda o para defenderse de una injusta reclamación.

Por otra parte, si la condena en costas fuera una simple sanción, la ley dejaría al juez un ancho campo de apreciación; en cambio, tratándose de costas la misma ley, en el art. 578, señala lo que se debe tener en cuenta para liquidarlas, y el juez no puede tomar en cuenta otras cosas ni dejar de tomar todas las señaladas en esa disposición. Pero hay más: el art. 579 le dice al juez que sólo debe tasar

las costas útiles eliminando las “innecesarias o no autorizadas por la ley”; esto con el objeto de dar tributo a la equidad y no permitir que la parte gananciosa abuse de su derecho en detrimento de la otra haciendo gastos innecesarios. Estas ideas están corroboradas en el art. 580 donde claramente la ley supone que las costas sólo pueden ser reguladas por el juez o por la ley. Y no se diga que dentro de esta última expresión se considera incluida la convención sobre costas, conforme al art. 1602 del C. C., pues precisamente este texto legal impone como condición para que el contrato sea ley entre las partes que haya sido legalmente celebrado, y no solo en conjunto sino en cada una de sus cláusulas. Interpretando la palabra ley en el sentido de contrato celebrado no quedaría nada del C. C. pues donde éste emplea, póngase por caso, la expresión “a menos que la ley disponga otra cosa”, u otra semejante, habría que entender a menos que “las partes” en un contrato dispongan otra cosa y es obvio que tal interpretación no es correcta.

III—*Caracteres de la condena en costas.* La condena en costas tiene lugar bien en el auto interlocutorio en que se decide un incidente, bien en la sentencia definitiva. Para el fin que se persigue en este escrito basta considerar el último caso.

La sentencia es la expresión de la voluntad soberana como culminación del proceso, que viene a resolver el problema planteado. Por regla general, toda sentencia tiene un doble carácter: es *declarativa* en cuanto no hace más que manifestar la existencia o extensión de un derecho que se considera que siempre existió de la manera como aparece en la sentencia, es decir, que el proceso no ha venido a hacer otra cosa que a esclarecer lo que por mil motivos se había hecho oscuro o dudoso; es *constitutiva* en cuanto la declaración de voluntad soberana que la constituye es fuente de ciertos efectos jurídicos de los cuales aquélla aparece como título o causa; tales son la excepción de cosa juzgada, la hipoteca judicial, donde está reglamentada por la ley y el *derecho derivado de la condena en costas*, “puesto que el derecho a las costas no preexiste a la sentencia, sino que tiene su título en ella”. De manera que para estar obligada a pagar costas no basta que la parte pierda el pleito, es preciso que sea condenada a ellas.

Por regla general puede decirse que la parte que pier-

de es la única que puede ser condenada en costas. Sin embargo, pueden darse casos en que esa regla no sea aplicable: a) cuando el que pierde obraba en interés general o público, y a esos casos parece ser a los que se refiere el artículo 575 del C. J. con la expresión “salvo las excepciones legales”; b) cuando las circunstancias de la causa permiten al juez cargar las costas a la parte que gana, como se desprende del examen de los numerales del artículo citado; en cuanto al primero de los casos excepcionales hay que observar que en él se encuentra una de las razones por las cuales el Estado, el Departamento y el Municipio no pueden ser condenados en costas (art. 576 C. J.); se considera que toda pretensión sostenida por alguna de esas entidades es de interés público, en lo cual no deja de haber un tanto de arbitrariedad y de falta de equidad. En cuanto al segundo, parece que el juez podrá condenar al que gana cuando para sostener una pretensión legítima le causa a la parte contraria gastos inútiles o vejatorios (art. 579 C. J.) o cuando el litigante ganancioso ha hecho necesario el pleito o más costoso por su culpa.

La liquidación de costas es objetable por las partes (art. 581 C. J.), pero el juez puede confirmarla o modificarla de acuerdo con lo pedido o con lo que él *crea justo* (art. 582 C. J.). Finalmente, la sentencia de costas presta mérito ejecutivo, según las voces del artículo 583 del C. J., y, es superfluo anotarlo, sólo por el monto señalado en ella.

Es hora ya de examinar a la luz de los principios sentados, la cuestión motivo de este escrito. La cláusula sobre costas puede presentarse bajo varios aspectos:

A) Una de las partes, que siempre será el deudor, se obliga a pagar las costas sin señalar cuantía; concediendo, en gracia de discusión que sea válida, será inútil, pues si se realiza alguna de las hipótesis contenidas en la ley (art. 757 C. J.) el juez la condenará teniendo en cuenta el mandato de la ley y no la cláusula respectiva; pero, ¿si se da alguna de las situaciones en que según la misma ley no debe condenar? Dados los caracteres de la ley procesal y los principios sobre su interpretación cuando se trata de saber si contra una determinada disposición tienen fuerza las convenciones particulares, hay que contestar que el juez no puede desatender los mandatos claros de la ley pa-

ra darle vida a una estipulación que va contra lo que ella ha dispuesto.

B) Una de las partes, y será siempre la más débil, se obliga a pagar las costas señalando una suma fija; los argumentos expuestos en el primer caso conservan aquí su fuerza; pero distingamos:

Si la suma fija resulta inferior a lo que en realidad el adversario ha gastado, ¿el juez habrá de condenar en esa suma haciendo a un lado todo lo dispuesto en los capítulos I y II del título XVI del Código Judicial vigente y falseando al mismo tiempo el fin que el legislador se ha propuesto con la institución de costas que es el de compensar unos gastos en la forma más equitativa? No es ésta la tesis aceptable. Pero se dirá: la parte perjudicada puede objetar esa condena y el juez reformarla equitativamente. Entonces, ¿qué finalidad práctica tuvo la tal cláusula? Ninguna, porque lo que en definitiva vino a señalar las costas fue la sentencia del juez y no la estipulación particular. ¿Será conforme con lo que tan bellamente llamaron los romanos "elegantia iuris", permitir que se exprese una voluntad que no ha de tener efectos jurídicos? Porque evidentemente será muy difícil que esa suma estipulada concuerde exactamente con lo que en realidad se gastó en el juicio.

Ahora, ¿si la suma pactada resulta superior a lo gastado? Las mismas razones anteriores militan en este caso contra la validez de tal pacto, agravadas con la consideración de que en este caso pueden llegar a ser tales cláusulas medios muy prácticos para violar todas las prohibiciones relativas a intereses usurarios. Y es un principio aceptado que la ley quiere y debe siempre proteger a la parte más débil, que en general es el deudor, lo cual no se realizaría en el caso contemplado. Pero no faltarán quienes digan que esa cláusula puede considerarse como una especie de contrato aleatorio y éstos están permitidos por la ley: de aquí a considerar el derecho de las obligaciones contractuales como un juego de suerte y azar, de manera que puedan tenerse ciertas estipulaciones como medio muy cómodos de ganar dinero, no hay sino un paso. Y... francamente, no es esa una tesis subyugadora.

Sería demasiado largo entrar ahora a considerar la tesis de que la cláusula sobre costas vale como cláusula penal. Al respecto sólo se anota por el momento, que parece una grave falta de técnica jurídica autorizar la esti-

pulación de una cosa que con toda seguridad no ha de tener efecto sino como otra distinta, cuando lo lógico sería estipular esta segunda que sí es plenamente legal.

### CONCLUSION.

Esta es la que de todo lo anterior se deduce: la cláusula sobre costas no es válida por ser contraria a claras disposiciones de la ley procesal vigente hoy en Colombia, disposiciones que tienen el carácter de disposiciones de orden público y porque con ella se contraría el espíritu con que el legislador ha consagrado la institución de costas judiciales.

Bogotá, mayo 18 de 1937.

ALFONSO M. BARRAGAN

Estudiante de Jurisprudencia de este  
Colegio Mayor.

