

Y

2490

1909

FAES

*Biblioteca*

# ALEGATO

DE

## FRANCISCO MONTAÑA

En la primera instancia del juicio que

**ROBERTO TOBON**

SIGUE CONTRA

**FRANCISCO J. FERNANDEZ**

Sobre rendición de cuentas  
de unos contratos  
de Telégrafos

Sala de Patrimonio Documental

**BOGOTA**

Imprenta de "La Luz"

1909

UNIVERSIDAD

EAFFIT®

Sala de Patrimonio Documental

F/2490  
1909

f

F A E S

Biblioteca

Señor Juez 4.º del Circuito de Bogotá.

Yo, Francisco Montaña, en mi carácter de apoderado del señor Francisco J. Fernández, en el juicio civil ordinario que el señor Roberto Tobón le ha promovido para que se le condene á rendir cuenta comprobada del manejo, administración y producido de unos contratos celebrados con el Gobierno Nacional, sobre construcción, reconstrucción, remonta y conservación de varias líneas telegráficas nacionales, paso á formular el alegato de bien probado que corresponde á mi parte en la primera instancia del juicio.

Nuestra ley de procedimiento establece una concatenación íntima entre la demanda, la contestación y la sentencia del juicio; por esta razón dispone el artículo 932 del Código Judicial que el escrito de demanda debe contener, entre otras cosas, lo que se demanda, el derecho, causa ó razón por que se intenta la demanda, y los hechos en que ella se apoya; y por esta razón, también, el artículo 835 del mismo Código dispone que la sentencia definitiva debe recaer sobre la cosa, la cantidad ó el hecho demandado, y *nada más* que sobre esto.

En este pleito ha habido dos escritos de demanda, á saber: el presentado por el señor Roberto Tobón el veintidós de Julio de mil novecientos ocho, que forma los folios 41, 42 y 43 del cuaderno principal, y el presentado por el señor doctor Emiliano Restrepo, en su carácter de apoderado del señor Tobón, que forma los folios 54 á 58 del mismo cuaderno. Este último libelo es sustitutivo del

presentado por el señor Tobón, de modo que este último es la base del pleito y á él referiré todas mis alegaciones.

Qué es lo que se demanda en este pleito? El expresado libelo dice en lo conducente:

“Yo, Emiliano Restrepo E..... demando en mi expresado carácter de apoderado del señor Tobón, en vía ordinaria, ante usted, al señor Francisco J. Fernández..... para que con su citación y audiencia se declare por sentencia definitiva que cause ejecutoria, que dicho señor Fernández está obligado:

“Primero. A rendir al señor Roberto Tobón cuenta comprobada del manejo, administración y producto..... de la explotación de los contratos de construcción, remonta, reconstrucción y conservación de las líneas telegráficas nacionales que paso á expresar; los cuales contratos fueron adquiridos por la dicha asociación ó compañía y de cuya administración y explotación ha estado encargado el señor Francisco J. Fernández en su expresado carácter de gestor ó administrador, á saber:

“1.º El contrato de diez de Febrero de mil novecientos tres, sobre reconstrucción, remonta y conservación de las líneas telegráficas A y F, adjudicado al señor Francisco J. Fernández en licitación pública verificada en dicha fecha, y que aparece publicado en el número 11,807 del *Diario Oficial*, correspondiente al 5 de Marzo de 1903; contrato que fue definitivamente aprobado por el Poder Ejecutivo Nacional, con fecha 12 de Febrero de 1903, como consta del mismo número del *Diario Oficial* citado;

“2.º El contrato celebrado por el Director General de Correos y Telégrafos, con el señor Ignacio Muñoz C., sobre construcción, reconstrucción, remonta y conservación de las líneas telegráficas B é I, de 20 de Febrero de 1903, aprobado en la misma fecha por el Poder Ejecutivo Nacional, publicado en el número 11,815 del *Diario Oficial*,

correspondiente al 26 de Marzo de 1903, y traspasado, con aprobación del Gobierno, por el señor Ignacio Muñoz C., en favor del señor Francisco J. Fernández, según aparece en el *Diario Oficial* número 11,823, correspondiente al 15 de Abril de 1903;

“3.º El contrato de 12 de Marzo de 1903, sobre construcción, reconstrucción y conservación de las líneas telegráficas *D, H y LL*, adjudicado en licitación pública al señor Segismundo Escobar, según aparece en el número 11,819 del *Diario Oficial*, correspondiente al 4 de Abril de 1903, traspasado, con aprobación del Gobierno, al señor Francisco J. Fernández, según aparece del *Diario Oficial* número 11,835, correspondiente al 1.º de Mayo de 1903; contrato definitivamente aprobado por el Poder Ejecutivo Nacional con fecha 15 de Abril de 1903, según aparece del *Diario Oficial* número 11,841, correspondiente al 11 de Mayo de 1903;

“4.º Contrato sobre construcción, remonta y conservación de las líneas telegráficas *E, K y L*, celebrado el 6 de Marzo de 1903, entre el Director General de Correos y Telégrafos nacionales y el señor Alberto González, aprobado por el Poder Ejecutivo Nacional el 14 de Mayo de 1903, según todo aparece en el *Diario Oficial* número 11,864, correspondiente al 26 de Junio de 1903, y traspasado por el señor Alberto González al señor Francisco J. Fernández, con aprobación del Gobierno, según aparece en el *Diario Oficial* número 11,861, correspondiente al 22 de Junio de 1903; y

“5.º El contrato para la construcción, remonta y conservación de la línea telegráfica *G*, de Bogotá á Ricaurte, por Fusagasugá, adjudicado provisionalmente, en licitación pública de 26 de Noviembre de 1903, al señor Francisco J. Fernández, según aparece del *Diario Oficial* número 11,961, correspondiente al 16 de Diciembre de 1903, aprobado definitivamente por el Gobierno Nacional con

fecha 28 de Noviembre de 1903, según aparece del *Diario Oficial* número 12,004, correspondiente al 13 de Febrero de 1904.

“Segundo. Que dicho señor Francisco J. Fernández está obligado á pagar al señor Roberto Tobón las costas que cause este juicio.”

\*  
\* \*

Se trata, pues, de un juicio ordinario de cuentas.

El juicio de cuentas puede tener por objeto que un individuo rinda cuentas á otro, ó que se declare que está obligado á rendirlas: en el primer caso se demanda la ejecución de un hecho, en el segundo la declaración de un derecho.

El artículo 148 de la Ley 40 de 1907, dice: “Cuando la demanda no sea para que se rindan cuentas, sino para que se declare que alguno está obligado á rendirlas, se seguirá un juicio ordinario sin ninguna especialidad.”

Según el libelo de demanda, lo que ha demandado el apoderado del señor Tobón no es la rendición de las cuentas, sino la declaratoria de que Tobón tiene derecho á que se le rindan. Esto indica que Tobón no tenía aparejada la prueba del referido derecho, pues si la hubiera tenido, no habría promovido este juicio ordinario, sino el juicio ejecutivo sobre rendición de cuentas.

La doctrina legal, á este respecto, se encuentra condensada en el siguiente concepto del Tribunal de Antioquia. Dice así: “No hay que confundir las dos acciones que otorga la ley para pedir la rendición de cuentas, la ordinaria y la ejecutiva; una cosa es demandar para que se declare que alguien está obligado á rendir cuentas en virtud de un contrato á que la ley señala como consecuencia esa obligación, y otra, demandar para que ejecutivamente se ordene la rendición de cuentas. En el primer caso se prueba el derecho probando la existencia del contrato; en

el segundo es absolutamente indispensable presentar un documento del cual resulte la obligación, clara, expresa y de plazo cumplido. Por consiguiente cuando ese documento es una confesión judicial, debe resultar confesada clara y expresamente la obligación directa de rendir las cuentas, y no basta que se haya confesado la existencia de un contrato que pueda tener ó tenga por necesaria consecuencia tal obligación. (Medellín, auto 15 Abril 1902. Artículos 1367, 1368, 1378, Código Judicial. Artículos 146 á 148, Ley 40 de 1907. Véase el número 1,321 de la obra *Jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Colombia*, por Fernando Garavito).

Es, pues, base incontestable de este pleito que lo demandado es la declaratoria de que Roberto Tobón tiene derecho á que Francisco J. Fernández le rinda unas cuentas.

¿Sobre qué cosa debe recaer el derecho de rendición de cuentas que demanda Tobón? El libelo de demanda lo dice claramente: "de la explotación de los cinco contratos de construcción, remonta, reconstrucción y conservación de las líneas telegráficas nacionales individualizados en la demanda."

¿Por qué está obligado Fernández á rendir cuentas de la explotación de los cinco contratos citados? Porque Roberto Tobón asegura que Francisco J. Fernández ha estado encargado de la explotación de estos contratos, en su carácter de gestor ó administrador de la compañía ó asociación celebrada entre dicho señor Fernández, el señor doctor Enrique Forero y el señor Roberto Tobón.

Resulta, pues, esta otra base del pleito: que el derecho que se demanda es el de rendir las cuentas de cinco contratos de reconstrucción, remonta y conservación de varias líneas telegráficas nacionales, porque Tobón asegura que Fernández celebró estos contratos para Forero, Tobón y Fernández.

Y surge también esta otra base: que Fernández tiene la obligación de rendir esas cuentas, porque ha estado encargado de la explotación de dichos contratos como administrador de una compañía formada por Tobón, Fernández y Forero para la explotación de ellos, contratos adquiridos por Fernández como administrador de la expresada compañía y para ella.

Sentadas las bases del pleito, ya puede formularse la conclusión de que si Fernández no adquirió para Tobón y Forero los contratos de telégrafos, si no ha existido ninguna compañía entre Tobón, Fernández y Forero, y si Fernández no ha sido administrador de tal compañía, el Juzgado de usted no puede declarar que Tobón tiene el derecho que demanda, porque no ha existido ninguno de los hechos fundamentales de los cuales se hace derivar el derecho demandado.

En el expediente figuran los cinco contratos sobre construcción, reconstrucción y conservación de líneas telegráficas, y la lectura de ellos demuestra que fueron celebrados por el señor Fernández en su propio nombre, y no en nombre de ninguna comunidad, asociación ó compañía; los contratos marcados con los ordinales 1.º y 5.º fueron celebrados directamente por Fernández con el Gobierno, los marcados con los ordinales 2.º, 3.º y 4.º fueron celebrados, respectivamente, por los señores Ignacio Muñoz C., Segismundo Escobar y Alberto González con el Gobierno y traspasados por estos señores á Fernández. No hay en el expediente la más ligera prueba de que los dichos contratos fueran cedidos en parte alguna á Forero, ó á Tobón ó á compañía ninguna; por consiguiente, de los cinco contratos de telégrafos expresados no resulta que Fernández tenga obligación de rendir cuenta de ellos á Tobón.

Ni el señor Tobón, ni su abogado pueden alterar hoy, en lo más mínimo, el *cuasi-contrato de litis contestación* de este pleito, que consiste, como hemos visto, en que la

justicia declare que Fernández está obligado á rendir á Tobón cuenta de los precitados contratos de telégrafos. Es así que de tales contratos no resulta para Fernández la obligación de rendir cuenta de ellos á nadie; luego por fuerza tendrá usted que absolver al demandado, porque el demandante no ha dado la prueba de los hechos en que funda su demanda.

Aquí debería terminar este alegato, porque no pudiendo recaer la sentencia de usted sino sobre lo demandado, y nada más que sobre eso, todas las otras alegaciones que hace el abogado del señor Tobón en su alegato de conclusión son exóticas y no deben por consiguiente tenerse en cuenta en el debate. Pero como es posible que usted aprecie de otro modo la cuestión materia de la sentencia, es deber mío tratar todas las faces que el señor doctor Restrepo ha dado á la cuestión jurídica objeto del pleito, en el alegato á que estoy dando respuesta.

---

El señor doctor Restrepo, dice: "Mi poderdante Tobón ha demandado la declaratoria del derecho á que se le rindan cuentas de los cinco contratos de telégrafos, porque Tobón, Fernández y Forero celebraron una asociación en participación para adquirir y explotar estos contratos por cuenta de la asociación, porque el Gestor de esa compañía fue Fernández, y porque el Gestor está obligado á rendir cuenta á sus consocios."

Aun dando por existente la pretendida asociación en participación, siempre está mal iniciada la demanda, porque en este supuesto ha debido demandarse la obligación de rendir la cuenta de la asociación en participación, y no la cuenta de los contratos que fueron objeto de ella. Pero coloquémonos en el mismo terreno en que se ha colocado el demandante, prescindamos de la incorrección de la demanda, supongamos que se demanda la declaratoria de que Fernández está obligado á rendir la cuenta de

la asociación en participación y procedamos á examinar si ha existido ó podido existir legalmente tal asociación.

La sociedad accidental ó cuentas en participación puede ser un contrato de naturaleza común, ó un contrato esencialmente comercial. Cuando es civil su celebración está sometida á las reglas ordinarias de la formación de las compañías, á saber: escritura pública, registro, etc. Cuando es comercial su formación y prueba se reglan por los artículos 630 y 631 del Código de Comercio, que dicen:

“Art. 630. La participación no está sujeta, en su formación, á las solemnidades prescritas para la constitución de las sociedades mercantiles.

El convenio de los asociados determina el objeto, la forma, el interés y las demás condiciones de la partición.”

“Art. 631. La participación es esencialmente secreta, no constituye una persona jurídica, y carece de razón social, patrimonio colectivo y domicilio.

Su formación, modificación, disolución y liquidación, pueden ser establecidas con los libros, correspondencia, testigos, y cualquiera otra prueba legal.”

El carácter distintivo de la asociación en participación es que es una sociedad esencialmente secreta, no existe para terceros, no se revela al público en la forma ordenada para las compañías de comercio, no constituye, por tanto, á los ojos de la ley, una persona moral, un ente colectivo, capaz de derechos y obligaciones, no tiene nombre ó razón social, no crea la copropiedad entre los socios, el derecho de los participantes en ella es puramente personal. Las partes determinan sus derechos y obligaciones en esta clase de sociedades con mayor amplitud que en las otras, porque estas asociaciones no existen verdaderamente sino entre los contratantes y para los contratantes.

Pero puesto que estas sociedades son de excepción, no á todos los individuos permite la ley formarlas, ni para toda clase de actos jurídicos. La ley no permite celebrar estas asociaciones de excepción, sino á los comerciantes y para actos de comercio únicamente; por esta razón el artículo 629 del Código de Comercio la define así: "La participación es un contrato, por el cual *dos ó más comerciantes* toman interés en una ó muchas *operaciones mercantiles* instantáneas ó sucesivas, que debe ejecutar uno de ellos en su solo nombre y bajo su crédito personal, á cargo de rendir cuenta, y dividir con sus asociados las ganancias ó pérdidas, en la proporción convenida."

Si el demandante, señor Tobón, diera el carácter de civil á la asociación en que ha pretendido basar este pleito, ella no existiría porque no existe escritura pública ni documento registrado de ninguna clase que compruebe su existencia; y por esta razón, sin duda, el demandante sostiene que es comercial la sociedad que organizó con Fernández y Forero, con el objeto de comprobar la formación de ella por medio de indicios, pues de otra prueba no dispone.

Pero es el caso que no ha existido ni podido existir la sociedad comercial en participación que se ha inventado para dar visos de justicia y legalidad á este pleito, y no ha existido ni podido existir, porque no concurre ninguno de los dos elementos indispensables para la formación de esta sociedad de excepción, á saber: porque ninguno de los participantes es comerciante y porque los actos objeto de la participación no tienen el carácter de operaciones mercantiles; por esta razón el señor doctor Restrepo encabeza su alegato con el siguiente aparte:

"6.º *Supongamos* que los señores Tobón, Fernández y Forero hubieran sido comerciantes en el mes de Febrero de mil novecientos tres, al tiempo en que damos por cierto que se ajustó la mencionada convención. En tal su-

puesto esa convención estaría regida por el artículo 629 del Código de Comercio, ya citado, siempre y cuando quiera que la operación ú operaciones referentes á esa convención *constituyeran acto ó actos de comercio* conforme al Código de la materia."

Este aparte concreta los dos puntos á que debe encaminarse nuestro estudio respecto de la pretendida asociación en participación.

Respecto del primer punto hay perfecto acuerdo entre las partes, á saber: Que ni Tobón, ni Fernández ni Forero eran comerciantes al tiempo en que se dice celebrado el contrato, no lo eran antes, ni lo han sido después.

Respecto del segundo punto, no hay acuerdo entre las partes, pues el señor doctor Restrepo sostiene que la construcción, reconstrucción, remonta y conservación de líneas telegráficas es acto de comercio, y yo sostengo lo contrario.

Procedamos á demostrar que los actos que se enuncian como objeto de la asociación no tienen el carácter de operaciones ó actos mercantiles.

El demandante afirma que las operaciones objeto de la asociación son actos mercantiles, y se basa para ello en el ordinal 9.º del artículo 20 del Código de Comercio que dice así:

"Art. 20. Son actos de comercio, ya de parte de ambos contratantes, ya de parte de uno de ellos; ..... 9.º Las *empresas* de obras y construcciones, por un *precio alzado ó á destajo*."

Esta afirmación del demandante no es exacta, porque las operaciones objeto de la supuesta asociación en participación, en caso de que ella exista ó hubiera existido, no son de las comprendidas en el ordinal 9.º del artículo 20, y porque las operaciones ejecutadas por el señor

Francisco J. Fernández, y respecto de las cuales se le pide cuenta, no son actos mercantiles.

El Código de Comercio no ha definido expresamente el sentido de la palabra EMPRESA. Conforme al Diccionario de la Academia española es empresa: "La sociedad mercantil ó industrial para emprender obras materiales, negocios ó proyectos de importancia; ú obra ó designio llevado á efecto, en especial cuando en él intervienen varias personas."

Si EMPRESA es sociedad mercantil ó industrial, por fuerza tiene que ser pública, y, por consiguiente, no se aviene con el carácter secreto de la sociedad accidental que Tobón asigna á la que dice haber formado con Fernández. EMPRESA implica la intervención de varias personas y la *Participación* exige precisamente la intervención de una sola. EMPRESA, significa claramente continuidad de operaciones, y la sociedad accidental, por su naturaleza misma, está limitada á una ó algunas operaciones únicamente. Una prestación aislada, independiente, no puede constituir nunca Empresa ni ofrecer aspecto mercantil, á no ser que el acto en sí mismo lo presente con sus requisitos esenciales.

El comercio consiste en los diversos actos y negociaciones que tienen por objeto realizar beneficios, sea efectuando en las materias primas preparaciones y transformaciones que aumenten su valor, sea operando y facilitando los cambios de productos de la naturaleza ó de la industria.

Según nuestro Código mercantil, el comercio debe, por su naturaleza, limitarse á las cosas muebles, porque éstas son más susceptibles de tráfico mercantil que las inmuebles, por su mayor facilidad de pasar de mano en mano rápidamente, de ser transformadas y trasportadas, y de encontrarse, en fin, por decirlo así, allí donde la oferta y la demanda se disputen el campo con distintas vicisitu-

des, celeridad de movimiento de que no son capaces las inmuebles, y porque la contratación respecto de éstos está sujeta por la ley civil á formalidades tan severas é indispensables que dificultan su fácil trasmisión; pero el Legislador tuvo en cuenta que acontecía y que aún acontece el caso de que sociedades é individuos reunidos procedían á la compra de grandes extensiones de terreno, no para conservarlas y cultivarlas por su cuenta, sino con el único fin de hacer construcciones en ellas y revenderlas, subdivididas en pequeñas fracciones, aprovechando el momento oportuno para obtener considerable ganancia. El ordinal 9.º del artículo 20 se refiere, pues, á las Empresas de construcción con propósito mercantil.

Conviene no perder de vista que la jurisdicción mercantil es siempre determinada por el acto. Así el verdadero comerciante, el que ha hecho del comercio su profesión habitual, no será regido por el Código de Comercio en los actos y contratos civiles que ejecute ó celebre, por ejemplo, en la compra de mercaderías destinadas á su consumo, ó en el arrendamiento del almacén ó escritorio en que vaya á efectuar sus operaciones, porque el arrendamiento de un inmueble no es un contrato comercial; á la inversa, el agricultor, el abogado, el minero, que llevan á cabo accidentalmente un acto de comercio, quedarán sometidos á la ley mercantil en cuanto á las resultas del acto.

Los contratos de telégrafos que, según el demandante, constituyen el objeto de la asociación, no son operaciones mercantiles. Si analizamos cualquiera de estos contratos veremos que ellos fueron celebrados por el Gobierno con un contratista; que éste se obligó á construir cierto número de kilómetros de línea telegráfica, que reúna ciertas condiciones técnicas; que el Gobierno se obligó á pagarle cierta cantidad de dinero por cada kilómetro de línea telegráfica que entregara construída y dada

al servicio público; que el contratista se obligó á reconstruir ciertas líneas que se encontraban en mal estado y á entregarlas perfectamente corrientes; que el Gobierno se obligó á pagar al contratista cierta cantidad de pesos por este servicio; y por último, que el contratista se obligó á mantener corriente el servicio telegráfico durante cierto tiempo, mediante el pago de una determinada cantidad de dinero, debiendo el contratista pagar otra cantidad, en caso de interrupción en el servicio.

Como se ve, el contrato es complejo, pues la construcción y reconstrucción encarnan un contrato de compraventa de una obra material. Esta obra radica en el suelo, pues los postes telegráficos que deben sostener la línea, así como las oficinas de sus estaciones radican en el suelo; todos los materiales necesarios para la construcción y reconstrucción son suministrados por el contratista. Es, pues, aplicable el artículo 2053 del Código Civil que dice: "Si el artífice suministra la materia para la confección de una obra material, el contrato es de venta, pero no se perfecciona sino por la aprobación del que ordenó la obra...."

Por lo que hace á la construcción y reconstrucción de las líneas el contrato es de compraventa de un inmueble, porque las líneas adhieren al suelo y vienen á formar una anexidad de él y por consiguiente no puede ser contrato comercial, porque el Legislador ha sujetado al derecho común todo lo relacionado con los bienes inmuebles.

En cuanto á la conservación de las líneas telegráficas, el contrato es de arrendamiento de servicios, pues las obligaciones principales del contratista son vigilar y mantener las líneas en buen estado, haciendo las reparaciones oportunas, mediante el pago de cierta cantidad mensual por parte del Gobierno. Ahora bien, el arrendamiento de servicios no está clasificado entre los actos de comercio,

luego, considerados por este aspecto, no son contratos mercantiles aquellos á que se refiere la demanda de cuentas.

---

Pero supongamos que no tengan fuerza ninguna las alegaciones formuladas; hay una razón incontestable para no considerar como operaciones mercantiles los contratos de que nos ocupamos. Existe el artículo 22 del Código de Comercio que dice: "No son actos de comercio.... 3.º Las compras que hacen los funcionarios ó empleados para objetos del servicio público."

El Ministerio de Gobierno compró al señor Fernández las líneas telegráficas cuya construcción contrató, para destinarlas al servicio del público; luego este contrato no puede ser considerado bajo ningún aspecto, acto de comercio, ni por consiguiente tiene el carácter de contrato mercantil y no puede, por lo mismo, ser objeto de la asociación en participación de que trata el artículo 629 del Código Mercantil, porque dicha asociación no puede versar sino sobre operaciones mercantiles.

Las personas de derecho público, como el Estado, el Departamento, el Municipio, tienen un fin distinto del de consagrarse al tráfico, en ninguna de sus formas, su objetivo es el interés general y el bien común que abarcan esferas más amplias que la de la actividad particular, por esa razón tales personas no pueden adquirir la calidad de comerciantes, y por esta razón el ordinal 3.º del artículo 22 no considera actos de comercio las operaciones que se hacen para adquirir objetos destinados al servicio público.

El contrato para construir una línea telegráfica no es un contrato para una especulación mercantil, sino un contrato para satisfacer una necesidad pública. El telegrafista que presta sus servicios al público por cierta remuneración no celebra un contrato mercantil, y análogo es el contrato que celebra un operario para mantener co-

rriente la línea y hacer las reparaciones oportunas á fin de que la trasmisión telegráfica no sufra interrupción.

No dice el señor doctor Restrepo por qué es aplicable á este pleito el artículo 10 del Código de Comercio que dice: "Los que ejecuten accidentalmente alguna operación de comercio, no serán considerados comerciantes para todos los efectos legales; pero quedan sujetos, en cuanto á las controversias que ocurran sobre estas operaciones, á las leyes y á la jurisdicción del comercio."

El objeto de este pleito es saber si Fernández está obligado á rendir á Tobón cuenta de unos contratos sobre construcción y conservación de unas líneas telegráficas. No se ve motivo por qué la autoridad competente para conocer de esta controversia sea la comercial, y por qué esa autoridad debe sujetar la controversia y las pruebas de la obligación á la ley comercial. No se pierda de vista que lo único que está en tela de juicio es la obligación de rendir cuentas, que esta obligación es civil, que aquí se hace derivar la obligación de un contrato de sociedad civil colectiva, ó de un contrato de asociación en participación, que, por consiguiente, debe presentarse la prueba del contrato para deducir de ella la obligación de la rendición de cuentas; que la controversia no tiene por objeto probar el contrato, sino probar la obligación de rendir cuentas, que la prueba del contrato debe existir ya fuera de toda controversia, pues ella debe ser la base de la obligación que se demanda; que la controversia no versa sobre la existencia del contrato de asociación, sino sobre la existencia de la obligación de rendir cuentas; que el juzgador no puede alterar ó modificar los términos del cuasi-contrato de litis contestación ni interpretar los términos de la demanda; que no se ha demandado aquí la rendición de las cuentas de la asociación, sino la rendición de las cuentas de cinco contratos de telégrafos.

El comerciante que vende mercancías á otro comer-

ciente, en caso de que surja alguna disputa sobre la venta de las mercancías, quedará sujeto, en cuanto á estas controversias, á los Juzgados de comercio y á las leyes comerciales, pero el comerciante que ha tomado en arrendamiento un local para su almacén, si surge alguna disputa sobre el contrato de arrendamiento, esa controversia debe ser juzgada por las autoridades civiles, y las pruebas del contrato deben ajustarse al derecho común, porque el contrato de arrendamiento de inmuebles es puramente civil.

Fijese, señor Juez, en que el demandante en este pleito ha demandado la obligación de rendir cuentas, la cual puede tener su origen en un contrato civil ó en un contrato comercial, y dice: Es cierto que los que celebraron el contrato no son comerciantes, pero deben aplicarse al contrato las leyes comerciales. ¿De dónde saca el demandante que un contrato que no fue celebrado por comerciantes, ni versa sobre objetos mercantiles es contrato que debe regirse por las leyes comerciales? El demandante da por probado lo mismo que necesita demostrar, es decir, que el contrato tiene que regirse por las leyes comerciales aun cuando no son comerciantes quienes lo celebraron, ni versa sobre objetos de comercio.

---

Quedan establecidas como incuestionables estas premisas: 1.º Que ni el señor Roberto Tobón, ni el doctor Enrique Forero, ni mi poderdante, señor Francisco J. Fernández, han sido ni son comerciantes, pues no se han ocupado en operaciones de comercio ordinaria y profesionalmente, ni tienen, ni han tenido establecimiento abierto, con el objeto de ejecutar las operaciones de comercio, ni se han inscrito en el libro de matrículas de comerciantes; 2.º Que no son actos de comercio las operaciones de construcción, reconstrucción y remonta de ciertas líneas telegráficas, operaciones que han constituido el objeto de la

compañía, según lo afirma el demandante; 3.º Que las causas porque no son actos de comercio los contratos de telégrafos expresados son la de que ellos son contratos de compraventa de inmuebles y contrato de arrendamiento de servicios, contratos que la ley comercial no considera como actos mercantiles, y además, porque los contratos dichos son de aquellos que el ordinal 3.º del artículo 22 del Código de Comercio declara expresamente que no son actos de comercio.

Son también premisas indiscutibles las siguientes: Que el contrato de asociación en participación es esencialmente mercantil, que no puede existir sino en caso de que sean comerciantes los que lo celebran, y que debe recaer necesariamente sobre operaciones de comercio.

Ahora bien, en este pleito las personas que se dicen haber celebrado la asociación no son comerciantes, las operaciones objeto de la asociación no son comerciales; luego no ha podido formarse legalmente la asociación expresada y si no ha existido tal asociación, falta la base de la cual se hace derivar la obligación de rendir cuentas, que es la obligación cuya declaratoria se ha demandado en este pleito.

La doctrina jurídica en que he venido apoyando mis alegaciones es la establecida por todos los Tribunales del país en numerosas decisiones, y por la Corte Suprema de Justicia.

El señor doctor Restrepo está de acuerdo conmigo en este punto, y en prueba de ello me basta copiar el aparte marcado en su alegato con el número 10 que dice: "10. Pero otra ha sido la opinión de la Corte Suprema de Justicia y del Tribunal Superior de Bogotá, los cuales, en tres distintos fallos, han declarado que el contrato de *cuentas en participación* no puede celebrarse sino entre comerciantes; y si bien es verdad que tales fallos no constituyen ley

de carácter obligatorio y general, ellos siempre merecen respeto y acatamiento, no obstante que yo, en mi humilde opinión, los considero injurídicos, fundándome en la clara exposición que dejo hecha.”

Para que se vea que la Corte ha fundado su doctrina en razonamientos incontestables, estimo oportuno transcribir lo pertinente de algunos de sus fallos.

En sentencia de 30 de Junio de 1892, publicada en el número 346 de la *Gaceta Judicial*, la Corte se expresa así: “Negados los hechos en que la demanda se apoya, por el demandado Carlos C. Amador, es el caso de averiguar si en realidad la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior de Antioquia ha violado, como lo afirma el recurrente, leyes sustantivas é interpretado erróneamente leyes que ha aplicado.”

“La demanda se funda en el hecho principal de haberse celebrado entre el demandante y el demandado un contrato de sociedad en participación para comprar y negociar una cantidad de rieles y otros metales; sociedad cuya formación no está autorizada por el derecho civil común, aunque sí la reconoce el derecho comercial.

“El carácter propio de una asociación en participación es que se refiera á *una ó varias operaciones de comercio*, cuyo objeto nazca al momento en que las partes hacen su convención, y que no se dilate más allá del tiempo necesario para terminarlas.

“Por esta razón el Legislador al establecer las tres clases principales de sociedades de comercio, á saber: colectiva, en comandita y anónima, las cuales han de hacerse constar por escritura pública, otorgada con las solemnidades de derecho, previó que, á veces unos comerciantes pueden interesarse en las operaciones de otros, sin tener tiempo de reducir el contrato de sociedad á escritura pública y de registrarlo, por la urgencia de las circunstancias que lo originan; ó porque lo accidental ó precario de las

operaciones no exige en rigor, la observancia de varias ritualidades, quiso, por otra parte, dar facilidades en obsequio de los intereses mercantiles, estatuyendo, como excepción, en el mismo Título que trata de las compañías de comercio una sección en que se reconozca la sociedad accidental, de manera que, según ella, no obstante el principio establecido de que el contrato social en general se reduzca á escritura solemne, puedan los comerciantes, sin entablar compañía formal bajo las reglas prescritas por las demás compañías, interesarse los unos en las operaciones de los otros, contribuyendo para ellas con la parte de capital que convengan, y haciéndose partícipes de sus resultados prósperos ó adversos en la proporción que determinen.”

“ Preciso se hace examinar si la sociedad en participación que tuvieron el propósito de formar Paulo E. Morales y Carlos C. Amador, reviste el carácter de comercial, porque si corresponde á esta especie no fue necesario reducir el contrato á escrito, cualquiera que fuese la cuantía del capital social; mientras que si ese proyecto de sociedad se considera con otro carácter, en esta hipótesis debió hacerse constar por escrito.

“ Para la Corte no queda duda de que la sociedad ó el contrato que ha dado origen á esta controversia judicial, podrá considerarse como se quiera, menos como una compañía en participación, sólo reconocida en el Código de Comercio arriba citado, así como en el que rige actualmente en la Nación, pues no resulta comprobado en el expediente que el actor Morales y el demandante Amador ejerciesen en el tiempo en que se compraron los rieles y otros metales al Conde Fernando de Nadal la industria comercial, ocupándose ordinaria y profesionalmente en alguna ó algunas de las operaciones que corresponden á esa industria. Y como sólo es permitido á los comercian-

tes (de profesión, según nuestro Código, en armonía con el de muchas naciones, el formar sociedades accidentales, es lógico deducir que las partes que han sostenido este debate jurídico, no pudieron celebrar la compañía en participación que ha servido de base de la demanda, y que los Tribunales no pueden referirse en sus fallos á un contrato de distinta naturaleza del que se trata en ella.

.....  
“De consiguiente, es exacto que el Tribunal Superior de Antioquia ha violado el artículo 315 del Código de Comercio de 1853, porque ha declarado á Pablo E. Morales, socio ó compañero de Carlos C. Amador, en la negociación de los rieles y metales, y que el segundo debe rendir cuenta comprobada á Morales de las operaciones ejecutadas á fin de liquidar la compañía y distribuir entre los socios las utilidades; no constando en el expediente que los dos supuestos socios ejercieran ordinaria y profesionalmente la industria comercial. Y además ha aplicado en la sentencia las disposiciones de la cuenta en participación, habiéndose tratado de celebrar entre Morales y Amador un contrato distinto.

.....  
“Y para cumplir con lo dispuesto en el artículo 382 de la Ley 105 de 1890, la Corte declara:

“Que las disposiciones contenidas en la Sección 4.<sup>a</sup> del Título 20, Libro 2.<sup>o</sup> del Código de Comercio, sancionado el 1.<sup>o</sup> de Junio de 1853, que trata de la sociedad accidental ó cuentas en participación, ó en el Capítulo 4.<sup>o</sup>, Título 7.<sup>o</sup>, Libro 2.<sup>o</sup> del Código de Comercio Nacional adoptado, permiten sólo á los comerciantes de profesión celebrar verbalmente sociedad en participación. . . . .

LUCIO A. POMBO—LUIS M. ISAZA—JESÚS CASAS ROJAS—MANUEL EZEQUIEL CORRALES—MARIANO DE JESÚS MEDINA—EMILIO RUIZ BARRETO—JUAN EVANGELISTA TRUJILLO—*Gabriel Rosas, Secretario.*”

La misma Corte, aunque compuesta de personal distinto, dijo en sentencia de 28 de Abril de 1896 (*Gaceta Judicial*, tomo XI, 384, 1.º y 2.º): “Las compañías accidentales ó cuentas en participación sólo pueden verificarse entre comerciantes de profesión, y *es imposible* que existan entre cualesquiera otra clase de individuos. . . . .

LUIS M. ISAZA—ABRAHAM FERNÁNDEZ DE SOTO—  
CARMELO ARANGO M.—BALTASAR BOTERO URIBE—  
MANUEL E. CORRALES—LUCIO A. POMBO—*Anselmo Soto Arana*, Secretario interino.”

Si transcribiera aquí las decisiones del Tribunal de Cundinamarca y de los Tribunales de los Departamentos que han establecido la misma doctrina de la Corte, haría interminable este alegato. Lo transcrito basta para demostrar, de modo incuestionable, que no ha existido entre los señores Tobón y Fernández el contrato comercial de Asociación en participación en el cual funda el derecho que demanda, y si falta el contrato, falta la obligación demandada, y surge, como consecuencia necesaria, la absolución del demandado.

---

Supongamos que haya existido entre Tobón y Fernández la sociedad accidental de cuentas en participación para la explotación del negocio de telégrafos. Aun en este supuesto, Tobón no podría ejercitar el derecho demandado en este pleito.

Según el demandante, la asociación en participación se formó para la explotación del negocio de telégrafos, el Gestor está obligado á dar cuenta de ese negocio, pero cuando haya terminado la gestión, es así que ella subsiste, luego el demandante ha ejercitado antes de tiempo el derecho de rendición de cuentas.

---

El muy competente abogado del señor Tobón comprendió desde el principio lo falso de la situación jurídica de su poderdante si daba al supuesto contrato, base de su pleito, el carácter de sociedad mercantil, y, seguramente, por este motivo, apeló al remedio de afirmar que si tal contrato no tenía el carácter de sociedad mercantil era entonces una sociedad colectiva civil. Corrigió, al efecto, la demanda y dijo: "Como lo dejo expuesto, el derecho en que fundo la presente demanda tiene su apoyo, según sea el punto de vista desde el cual se considere la controversia en lo sustantivo, ya sea en lo dispuesto en el artículo 629 del Código de Comercio, según el cual va anexa á las funciones del Gestor ó Administrador de una *Asociación de cuentas en participación*, la obligación de rendir cuenta de su manejo á los asociados, dividiendo con éstos las utilidades del negocio; ya sea lo dispuesto en el artículo 2106 del Código Civil, que impone al Administrador de una *sociedad civil colectiva* la misma administración; siendo indiferente para el caso materia de la presente controversia, que para la aplicación de la ley sustantiva se elija una cualquiera de las dos legislaciones, la comercial, ó la puramente civil, ó sea de derecho común, pues ambas conducen al mismo idéntico resultado."

En su alegato de bien probado dice: "Pero como bien podría suceder que el inteligente y respetable Juez á quien tengo el honor de dirigirme, se adhiera á la doctrina de aquellos fallos (los de la Corte y Tribunal), apartándose de la que yo profeso, no por eso se presentaría dificultad para determinar el valor jurídico de la convención en referencia; y para ello formulo la siguiente alternativa: ó esa convención constituye la celebración del contrato comercial denominado "*cuentas en participación*," ó esa convención, que nada tiene de ilícito, CONSTITUYE UNA SOCIEDAD CIVIL COLECTIVA REGIDA POR LA DOCTRINA DEL TÍTULO 27, LIBRO 4.º DEL CÓDIGO CIVIL."

Paso á estudiar esta nueva faz de la cuestión jurídica materia de esta controversia, aun cuando la alternativa elegida por el doctor Restrepo no es legal, conforme á la Ley de Procedimiento.

El artículo 2079 del Código Civil dice: "La sociedad ó compañía es un contrato por el que dos ó más personas estipulan poner un capital ú otros efectos en común, con el objeto de repartirse entre sí las ganancias ó pérdidas que resulten de la especulación. La sociedad forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados."

No ha existido jamás entre los señores Tobón, Forero y Fernández ningún contrato de sociedad civil colectiva.

No puede haber sociedad civil colectiva sin ninguno de los elementos que deben formarla y que faltan todos en el presente caso, á saber: falta de consentimiento, falta de capital determinado, falta de aporte común, falta de razón social, falta de determinación de los miembros de la sociedad, falta de la persona jurídica compañía, y por último, falta de responsabilidad indefinida de los socios respecto de las obligaciones sociales. La ausencia de uno solo de estos elementos produce la inexistencia de la compañía, cuánto más la falta de todos ellos, como vamos á verlo.

Si el demandante y demandado estuvieran de acuerdo en cuanto á que celebraron el contrato, ó si Tobón hubiera presentado prueba directa y plena de su celebración, bien podría entrar, á considerarse esta faz de la demanda, pero es el caso que Fernández niega haber celebrado contrato de compañía, y Tobón afirma lo contrario. Veamos cuál de los dos tiene razón.

CONSENTIMIENTO es el acuerdo de las voluntades de los contratantes, sobre todas las estipulaciones del contra-

to. El consentimiento es elemento esencial del contrato, si él falta, falta el contrato. En este caso Fernández no consintió, luego no ha habido tal contrato. La prueba de que Fernández no consintió ó su voluntad no se acordó con las voluntades de Tobón y Forero la da el libelo mismo de demanda. Dice así lo conducente: “La convención ajustada entre el señor Enrique Forero, el señor Francisco J. Fernández y yo, de la cual he venido hablando, no se hizo constar por escrito, en documento privado. . . . Es verdad que se trató de reducir aquella convención á documento escrito; y verdad es también que sobre ello se tuvieron varias conferencias con el señor Francisco J. Fernández; pero desgraciadamente opuso á ello el señor Fernández evasivas y dilaciones, seguramente con el propósito de desconocer más tarde, como en efecto ha venido á desconocer, la celebración de aquella convención, no obstante haber pedido y recibido del señor Enrique Forero y de mí fuertes cantidades en dinero, con el carácter de instalamentos ó contingentes pasivos, para el desarrollo y marcha de la empresa, y no obstante haber dado á mí sumas de consideración como utilidades ó dividendos activos correspondientes á mis participaciones en el negocio.”

En la respuesta cuarta que el señor Roberto Tobón dio á las posiciones que le pidió el señor Fernández, dijo: “El contrato no se extendió por escrito, pues el señor Fernández prometió que apenas se hicieran los remates firmarían aquel contrato; luégo contestó que al ser aprobados éstos, y por último, después de *discutir un borrador de contrato*, y no fue posible que firmara ningún documento, cuando ya tenía asegurados á su favor los remates con el Gobierno, así como tampoco quiso firmar el señor Fernández ningún comprobante al señor Enrique Forero.”

Al contestar á la pregunta undécima dijo: “Es probable que más tarde, si el señor Fernández se hubiera prestado á firmar el contrato como se convino desde el prin-

cipio, se habría quizá elegido alguna razón social aunque innecesaria para la compañía, lo cual no se verificó por haberse NEGADO OBSTINADAMENTE el señor Fernández al otorgamiento del documento escrito del contrato.”

Al contestar á la pregunta 17 dijo: “Si el señor Fernández se hubiera prestado como se obligó, á firmar el contrato, en éste se hubiera hecho constar lo relativo á dichos puntos.”

El doctor Enrique Forero dijo en la respuesta novena al contrainterrogatorio que absolvió el día veintiséis de Marzo último, lo siguiente: “Si es cierto que entre el señor Tobón, el señor Fernández y el exponente se celebró un contrato de compañía para la explotación del negocio de telégrafos en la cual se distribuyeron acciones como ya se expresó. Las demás estipulaciones de este negocio estaban consignadas en la póliza de documento de la compañía, que debía haberse firmado, que no se firmó, porque el señor Fernández tomó dicha póliza y luégo eludió por distintos modos que se llenara esta forma legal.”

No es verdad que las bases del contrato de compañía se hubieran hecho constar en un borrador ó póliza, que este borrador hubiera sido discutido y entregado á Fernández y que Fernández no hubiera querido firmar el contrato ni devolver el borrador. Todas estas aseveraciones no tienen justificación de ninguna clase y por ello el demandante no ha podido mostrar la más ligera prueba de que así hubieran pasado los hechos. Si se hizo póliza, algún vestigio ha debido quedar de ella; si se discutió, en algún lugar y en algún día tuvo que realizarse este hecho; pero en los autos hay ausencia absoluta de prueba sobre el particular.

Pero aun en el supuesto de que fuesen verdaderas las afirmaciones de Tobón y Forero, siempre sería cierto que Fernández no quiso devolver el borrador ó póliza, según lo afirma Tobón, y que, por esta razón, el contrato no se

otorgó por escrito, ni se firmó, es decir, que Fernández no prestó su asentimiento á las bases contenidas en la póliza, la cual no figura en los autos, ni siquiera se ha ensayado decir cuáles eran las estipulaciones que contenía; en una palabra, los contratantes no se acordaron en bases para la formación de contrato de compañía, ni formalizaron ninguna, es decir, no hubo *consentimiento* de los contratantes acerca de las bases del contrato.

---

Pero supongamos que las partes hubieran consentido. Aun en este supuesto, no habría existido la pretendida compañía civil colectiva, porque no se habrían reunido los elementos esenciales constitutivos de tal compañía.

El carácter distintivo de la sociedad civil colectiva es que los socios están obligados indefinidamente á las resultas de las obligaciones sociales contraídas legalmente en nombre de la sociedad; pero en el presente caso no concurre tal elemento, *porque la sociedad habría sido secreta*, porque no habría habido firma social y porque ella no formó una persona jurídica con derechos y obligaciones independientes, y, por consiguiente, los terceros no tienen entidad jurídica á quien demandar el cumplimiento de las obligaciones de la compañía.

---

Si realmente Tobón y Fernández hubieran celebrado contrato de compañía civil colectiva, nada más fácil que saber quiénes la formaron. En esta clase de compañías en que cada socio debe responder de los hechos de todos y de cada uno de sus consocios, nadie se asocia sin saber quiénes son sus compañeros de asociación y cuál es la garantía que ellos presentan. En el caso que contemplamos ocurre la circunstancia curiosa de que hay total incertidumbre en el número y nombre de los socios de la compañía.

El libelo de demanda dice respecto de este punto:

“ En el expresado contrato de compañía se convino en *dividir* la Empresa en cien acciones ó unidades distribuidas así: veinte acciones ó unidades para el señor Roberto Tobón, ocho acciones ó unidades para el señor Enrique Forero, las cuales fueron adquiridas más tarde para el señor Francisco J. Fernández y para el señor Roberto Tobón, por partes iguales. . . . y setenta y dos acciones ó unidades para el señor Francisco J. Fernández, quien dijo llevaba en ellas á otras personas que no figuraban en la asociación.”

El doctor Enrique Forero en su declaración de veintiséis de Marzo último dice: “ 3.<sup>a</sup> Que sabe por lo que le consta que después de largas discusiones se convino en que al señor Tobón le corresponderían veinte acciones de cien en que se convino dividir la compañía, ocho acciones al declarante y las setenta y dos restantes se dejaron al señor Fernández, quien manifestó que necesitaba hacer una distribución de ellas entre varios individuos cuya lista nos presentó. . . .”

El señor Tobón en la declaración que rindió el veintisiete de Marzo pasado dice: “ 3.<sup>a</sup> Los socios de la compañía ó sean los que celebrámos directamente el contrato, fuimos el señor Francisco J. Fernández, el doctor Enrique Forero y yo, correspondiendo setenta y dos centésimas partes al señor Fernández para él, y otros socios cuya lista nos mostró, ocho centésimas al doctor Enrique Forero y veinte centésimas partes para el declarante.”

De lo transcrito resulta claro que ni Tobón ni Forero han podido decir ni cuántos eran los socios de la compañía, ni quiénes eran, y del contenido de sus exposiciones aparece que la compañía no era colectiva sino anónima.

---

La compañía no tuvo razón social. El señor Tobón dice á este respecto en su declaración de veintisiete de Marzo último lo siguiente: “ Preguntado : Diga cuál fue la razón social fijada á la compañía.” Contestó: “ No alcanzó á

fijarse razón social á la compañía porque á mi juicio la naturaleza del negocio de que se trata, no requería razón social conforme á la ley, y por esto nada se habló sobre esto al celebrarse dicho contrato. Es probable que más tarde si el señor Fernández se hubiera prestado á firmar el contrato como se convino desde el principio, se habría quizá elegido alguna razón social, aunque innecesaria para la compañía, lo cual no se verificó por haberse negado obstinadamente, el señor Fernández, al otorgamiento definitivo del documento escrito del contrato."

Preguntado el doctor Forero acerca del mismo punto contestó: "II. La razón social se debió indicar en la póliza indicada..."

Como se ve ninguno de los pretendidos socios ha podido decir si la supuesta compañía tuvo, ó nó, razón social y cuál fue ella.

En mi concepto la razón social no puede faltar en la sociedad civil colectiva, porque este es uno de los elementos pertenecientes á su naturaleza. La razón social permite á terceros apreciar el grado de garantía de la sociedad, puesto que les indica sobre quiénes gravita la responsabilidad de la compañía; sin razón ó nombre social no se puede concebir la existencia de la persona jurídica que constituye la sociedad y que es distinta de los socios individualmente considerados; la razón social es la firma de la sociedad; por medio de ella el Gerente, ó los socios, imponen obligaciones á la sociedad ó adquieren derechos para ella; por medio de la razón social, la sociedad ejerce sus acciones ante la justicia y puede ser demandada ante ella.

---

No hubo capital social fijado en el contrato. En efecto, preguntado el señor Roberto Tobón por la cuantía del capital de la compañía contestó: "*El monto del capital era el que el señor Fernández exigiera como Gestor para el desarro-*

llo de la Empresa." (Véase la respuesta décima de la declaración que Tobón rindió el 27 de Marzo último). Según esta respuesta el capital de la compañía no se fijó limitativamente, sino que la fijación de la cuantía de él quedó á voluntad del socio Fernández, lo cual pugna con la naturaleza de la sociedad civil colectiva, y especialmente con el artículo 2113 del Código Civil, que dice: "A ningún socio podrá exigírsele que aporte al fondo social un contingente más considerable *que aquel á que se haya OBLIGADO*. Pero si por una mutación de circunstancias no pudiere obtenerse el objeto de la sociedad, sin aumentar los contingentes, el socio que no consienta en ello podrá retirarse, y deberá hacerlo si sus consocios lo exigen."

Faltó en la pretendida compañía civil colectiva el aporte de cada uno de los socios para formar el fondo común y, por consiguiente, la compañía no llegó á formarse, pues el artículo 2081 del Código Civil dice: "No hay sociedad si cada uno de los socios no pone alguna cosa en común; ya consista en dinero ó efectos, ya en una industria, servicio ó trabajo apreciado en dinero."

El demandante no ha dado prueba ninguna de que hubiera aporte de capital en la compañía inventada por él; pero mi poderdante sí ha demostrado que no ha existido tal aporte.

Poner alguna cosa en común es desprenderse su dueño del derecho de propiedad ó de usufructo para trasferirlo á la persona jurídica llamada compañía. El demandante Tobón afirma que su aporte consistió en dinero, es decir, que las cantidades suministradas por él pasaban á ser propiedad de la compañía. En la declaración que rindió el veintisiete de Marzo último, se le hizo esta pregunta: "7.<sup>a</sup> Diga cuánto valía la puesta social de cada socio." Tobón contestó: "La puesta social de cada socio era los fondos necesarios para su desarrollo en la parte que le corres-

ponde y á medida que sean necesarios, según palabras textuales del Gestor, señor Francisco J. Fernández, en la carta que me dirigió el veintisiete de Febrero de mil novecientos tres; exigiéndome el primer contingente de quinientos mil pesos, papel moneda, por veinte centésimos que entonces tenía yo en aquel negocio, carta que consta en el expediente y que fue reconocida por el señor Francisco J. Fernández, y á la cual contesté yo consignando dicha suma como lo exigió el Gestor. Como se ve por las fechas el primer contingente lo exigió el Gestor quince días después de haber aprobado el Gobierno el primer remate, para empezar la organización del negocio, cuyas primeras líneas debieron comenzar á recibirse en el mes siguiente; llamo la atención sobre la mencionada carta de veintisiete de Febrero de mil novecientos tres."

Como se ve, el demandante Tobón pretende comprobar que aportó capital á la compañía, y que la prueba de este aporte es la carta que el veintisiete de Febrero de mil novecientos tres, dirigió Fernández á Tobón quince días después de la fecha que Tobón asigna al contrato de compañía. El tenor de dicha carta es el siguiente:

" Bogotá, Febrero 27 de 1903

Señor don Roberto Tobón—Presente.

Estimado amigo:

En virtud de nuestro *arreglo* sobre negocio de telégrafos, según el cual le corresponden veinte centésimas de las utilidades líquidas, debiendo usted por su parte suministrar á la empresa *en calidad de préstamo* los fondos necesarios para su desarrollo en la parte que le corresponda y á medida que sean necesarios, suplico á usted se sirva depositar en mi cuenta corriente del Crédito Antioqueño, la cual será reservada expresamente á este negocio, la suma de \$ 500,000, ó sea la de \$ 25,000 por cada unidad, ojalá hoy mismo. Desde el día 1.º próximo quedo he-

cho cargo de las líneas á que se refiere el contrato ya firmado, y el cual está ya oficialmente avisado á las autoridades respectivas.

Soy de usted atento, seguro servidor y amigo,

FRANCISCO J. FERNÁNDEZ."

Si el demandante aduce esta carta como prueba de su parte, tiene que aceptarla en su conjunto, porque esta carta, reconocida, tiene la fuerza de confesión, según el artículo 693 del Código Judicial, y conforme al artículo 568 del Código Judicial no puede ser admitida en una parte y desechada en otra por el adversario.

Ahora bien, en la citada carta dice el señor Fernández terminantemente que debe suministrar á la empresa, *en calidad de préstamo*, los fondos necesarios para su desarrollo, en la parte que le corresponda, y á medida que sea necesario.

Si esta carta es la única prueba del aporte y si en ella consta terminantemente que las cantidades que suministró Tobón á Fernández no fueron EN CALIDAD DE APORTE, SINO EN CALIDAD DE PRÉSTAMO, es patente que la prueba del aporte aducida por Tobón, lejos de serle favorable, le es perjudicial.

En carta de veinte de Abril de 1906 que Fernández escribió á Tobón, que este señor ha aducido como prueba de su parte, y se ha publicado en el folleto que contiene la contestación á la demanda, Fernández dice á Tobón lo que copio:

"Bogotá, Abril 20 de 1906

Señor don Roberto Tobón—S. C.

Estimado amigo:

*Satisfago sus deseos sobre la exposición que me pide respecto del arreglo que hicimos para evitar que usted me hiciera una competencia prematura en el remate de algunas lí-*

*neas telegráficas*, remate en el cual tenía yo interés especial por tratarse de un negocio en el cual me he ocupado toda mi vida, y el que temí, naturalmente, que me pudiera dañar.

En efecto, yo convine, en lo que á mí respecta, en cederle una parte de los productos liquidados que yo derivase de mi negocio de telégrafos, en las líneas cuya competencia deseaba evitar. En tal virtud he pasado á usted las siguientes sumas:

En 1904, \$ 240,000; en 1905, \$ 527,000; en 1906, \$ 310,561-80.

Además en la misma proporción le tengo señalados en lo que tengo en deuda por cobrar \$ 342,438-20.

*Usted á su turno se obligó á dar en préstamo inmediato la suma de \$ 400,000 para principiar el desarrollo del negocio objeto de los remates, los cuales recibí. Esta suma la devolví á usted junto con la primera suma arriba indicada....*

FRANCISCO J. FERNÁNDEZ."

Obsérvese que esta carta escrita hace cuatro años fue motivada por el deseo que en aquel tiempo manifestó Tobón á Fernández de que éste le hiciera una exposición escrita de la convención que ha motivado este pleito, que Fernández dejó constancia en ella de los hechos tales como acontecieron, que en ella consta que la suma que Tobón suministró á Fernández lo fue en calidad de préstamo, que Tobón recibió la carta y no hizo objeción alguna á su contenido, y que al iniciar el pleito la exhibió como prueba concluyente de sus derechos.

Si los quinientos mil pesos que Tobón suministró á Fernández no hubieran tenido el carácter de dinero á préstamo, sino de aporte social, Tobón habría carecido de derecho para exigir su reembolso antes de la liquidación de la compañía; es así que tal suma fue reembolsada á

Tobón, luego ella no tuvo el carácter de aporte, ó si lo tuvo, la sociedad quedó liquidada con el reintegro del capital de Tobón y el pago de sus utilidades.

A estas horas el demandante no ha podido precisar todavía el carácter de la sociedad que pretende haber formado con Fernández y Forero: ora dice que es mercantil y de la clase de la cuenta en participación, ora alega que es civil colectiva, y por último acaba por refugiarse en la civil ó comercial ANÓNIMA.

El derecho del asociado á una parte de los beneficios sociales, mientras dura la sociedad, y á una parte del capital, después de su disolución, constituyen su derecho en la sociedad, derecho que lleva el nombre de interés ó de acción. En las sociedades civiles colectivas se llama *interés*, en las sociedades anónimas se llama *acción*. Hay diferencia entre interés y acción: el interés implica responsabilidad indefinida y á veces solidaria, la acción nó. El interés no puede cederse, sino con el consentimiento de todos los socios; la acción puede cederse en cualquier momento.

Según el demandante, y su distinguido abogado, el derecho de los socios Tobón y Forero en la supuesta compañía tiene el carácter de acción, porque los socios no están obligados indefinidamente y porque pueden cederlo en cualquier momento, como lo hizo el doctor Forero.

En efecto, en el libelo de demanda dice el señor doctor Restrepo: "En el expresado contrato de compañía se convino en dividir la empresa en cien acciones ó unidades distribuídas así: veinte acciones ó unidades para el señor Roberto Tobón; ocho acciones ó unidades para el señor Enrique Forero, y setenta y dos acciones ó unidades para el señor Francisco J. Fernández, quien dijo llevaba en ellas á otras personas que no figuraban en la asociación, y siendo obligación de los tres socios contribuir, en proporción de

sus respectivas acciones ó unidades, con los respectivos contingentes pasivos para el desarrollo y marcha de la empresa; y correlativamente con derecho á participar de la empresa en proporción de sus respectivas acciones ó unidades.”

En el curso del juicio, Fernández pidió posiciones á Tobón y en ellas le hizo esta pregunta: “Diga cómo es cierto que yo he pagado á usted un millón quinientos sesenta mil pesos, por cuenta del millón seiscientos mil pesos que convine en darle como prima ó zerda para que no me hiciera competencia en el remate”; Tobón dio la siguiente respuesta: “Es cierto, menos que la cantidad recibida por el absolvente fuera á cuenta de primas ó zerdas, pues todo lo que entregó el peticionario al absolvente, fue por cuenta de las acciones, como dividendos que á éste correspondían, las cuales eran entonces en número de veinticuatro centésimas, entrando las cuatro que el absolvente había comprado al doctor Enrique Forero...”

Interrogado sobre este punto el doctor Forero contestó: “Que sabe por lo que le consta, que después de largas discusiones se convino en que al señor Tobón le corresponderían *veinte acciones de cien en que se convino dividir la compañía y las setenta y dos restantes* se dejaron al señor Fernández, quien manifestó que necesitaba hacer una distribución de ellas entre varios individuos cuya lista nos presentó...” (Véase respuesta al punto 3.º del contra-interrogatorio absuelto el 26 de Marzo último).

Como se ve por estas pruebas, el demandante y su abogado asignan á la sociedad en disputa el carácter de la anónima. Entre las disposiciones que reglan las sociedades anónimas se encuentran las siguientes:

El artículo 571 del Código de Comercio que dice: “El fondo social se dividirá en acciones, cada una de éstas podrá subdividirse en cupones de un valor igual.”

El artículo 588 del mismo Código que dice: “Se prohi-

be la repartición de dividendos antes de completado el fondo de reserva. . . . Los dividendos se deducirán exclusivamente de los beneficios líquidos.”

Tobón y Forero afirman además que la compañía no tuvo razón social.

En las posiciones que Fernández pidió al doctor Forero le hizo esta pregunta: 12. “Diga cómo es cierto que usted no estaba obligado á soportar ninguna pérdida en caso de que el negocio de telégrafos diera pérdida.” Contestó: “Soportaba pérdida en proporción de mis acciones como los demás socios.”

Si paramos la atención en que la compañía no tuvo razón social, en que el capital se dividió en acciones de valor igual, en que á las utilidades de estas acciones se les dio el nombre de dividendos, en que el número de los socios y los nombres de ellos quedaron inciertos, y por último, en que la responsabilidad de los socios guardaba proporción con sus acciones, no podremos menos de convenir en que todos estos caracteres corresponden á la sociedad anónima. No siendo comerciantes los que la organizaron y no siendo el objeto de ella operaciones mercantiles, tal sociedad necesariamente tiene que tener el carácter de sociedad civil anónima.

Ahora bien, el artículo 2090 del Código Civil dice: “Las sociedades civiles anónimas están sujetas á las mismas reglas que las sociedades comerciales anónimas.”

Conforme al Código de Comercio (artículo 567) no puede existir legalmente sociedad comercial anónima si no se ha formado por escritura pública, y se ha publicado el extracto del contrato en el periódico oficial; es así que, si nos atenemos al testimonio de Tobón y Forero, el carácter de la sociedad en litigio es el de civil anónima, y que no se cumplieron respecto de su organización las formalidades que la ley exige para la validez de esta clase de sociedades; luego tal sociedad no tiene ni ha tenido existencia legal.

El contrato de compañía civil colectiva no se prueba sino por medio de escritura pública, debidamente registrada, es así que tal prueba no existe en los autos, porque el contrato no se otorgó ni por escrito ni de ninguna manera, luego tal contrato no existe.

---

Sostiene el señor doctor Restrepo en su alegato, que el contrato de compañía civil colectiva es un contrato consensual, que se perfecciona por el solo consentimiento de los contratantes, que es un contrato que puede celebrarse verbalmente, y que, por consiguiente, no hay necesidad de prueba escrita de él.

Todo contrato es consensual, pues no se puede concebir contrato sin consentimiento, pero el modo como debe manifestarse el consentimiento es distinto en cada contrato. En el contrato de compañía civil colectiva el consentimiento tiene que haberse manifestado por escrito otorgado ante un Notario público. El contrato de compañía civil colectiva no puede ser verbal, porque tal contrato envuelve la creación de una persona jurídica, ó sea una entidad de derecho, capaz de contraer obligaciones y adquirir propiedad, y las personas jurídicas no se pueden crear con el solo *fiat lux* del Supremo Creador. Es curiosa la teoría de que se pueden crear personas jurídicas con sólo contratos verbales. Nada se prestaría más á la inseguridad en las relaciones sociales que semejante doctrina. Los deudores perseguidos para el pago de sus deudas, no dejarían de alegar que habían creado verbalmente personas jurídicas, á quienes habían traspasado todos sus bienes. Salta á la vista lo absurdo de semejante teoría, con la sola enunciación de ella.

Las personas jurídicas no pueden crearse sino por acto escrito, y ese acto, para que perjudique á terceros, debe haberse otorgado ante Notario, por medio de escri-

tura pública. La creación de las personas jurídicas no puede establecerse por confesión, por prueba testimonial, ni menos por indicios.

Pero si no fuera fundada esta alegación, por lo menos tendrá que convenirse en que es de estricta aplicación en este caso el artículo 91 de la Ley 153 de 1887 que dice: "Deberán constar por escrito los actos ó contratos que contienen la entrega ó promesa de una cosa que valga más de quinientos pesos. No será admisible la prueba de testigos en cuanto adiciones ó altere de modo alguno lo que se expresa en el acto ó contrato, ni sobre lo que se alegue haberse dicho antes, ó al tiempo ó después de su otorgamiento, aun cuando en alguna de estas adiciones ó modificaciones se trate de una cosa cuyo valor no alcance á la suma de quinientos pesos. Para el cómputo de la referida suma de quinientos pesos no se incluirá el valor de los frutos, intereses ú otros accesorios de la especie ó cantidad debida."

Según esta disposición, el contrato de que nos ocupamos ha debido extenderse por escrito, porque él contenía entrega y promesa de entrega de más de quinientos pesos.

El señor doctor Restrepo dice en su alegato que "la cita de esta disposición legal es inconducente é improcedente, porque la celebración de un contrato de compañía no implica ni la entrega ni la promesa de cosa alguna, siendo su naturaleza de muy distinto carácter.

Verdaderamente causa sorpresa encontrar afirmaciones de esta clase en escritos de tan notable abogado, pues en ella su autor olvida, ó finge olvidar, que no puede haber compañía sin que los socios lleven algo al fondo común y que en todo contrato de compañía hay que dejar constancia de la entrega de los aportes, ó de la obligación ó

promesa de entregarlos, y que aquí el valor de los aportes, según lo afirma el mismo señor Tobón, era de veinticinco mil pesos por acción y ascendía á ciento el número de éstas; luego es indiscutible la aplicación al caso del artículo 91 de la Ley 153, ya citada; luego la cita de este artículo no es inconducente ni improcedente.

No es exacto que del contrato de compañía en disputa exista un *principio de prueba por escrito*, pues ni siquiera se ha hecho venir á los autos el borrador de la póliza que se afirma haberse redactado para que sirviera de base de discusión en la celebración del contrato. La correspondencia del señor Fernández no es principio de prueba del contrato, porque es posterior á la fecha en que aquél se dice celebrado y porque ella, lejos de comprobar la celebración de un contrato de compañía, lo que comprueba es la celebración de un ignominioso contrato de cerdas.

Sociedad en que no hubo consentimiento, no hubo capital, no hubo aporte común, no hubo razón social, no hubo contrato escrito, no hubo persona jurídica distinta de los socios, sociedad que no tuvo derechos ni obligaciones especiales ningunos, no puede ser sociedad civil colectiva.

Sintetizando tenemos: El demandante hace derivar la obligación de rendir cuentas, de un contrato de sociedad colectiva; para probar la obligación, hay que probar el contrato; la prueba del contrato de compañía civil colectiva no puede ser otra que escritura pública debidamente registrada, es así que tal prueba no existe en los autos; luego la obligación demandada no tiene base en qué apoyarse, y el Juzgado tiene por fuerza que absolver de ella al demandado.

---

Pero supongamos probada la existencia de la sociedad civil colectiva inventada por el demandante. Mayor concesión no puede hacerse á éste. Aun en este supuesto, no po-

dría el Juzgado imponer á mi poderdante la obligación de rendir las cuentas de los contratos de telégrafos que se le ha demandado, por estas razones:

En la sociedad colectiva todos los socios administran por sí, según lo dispone el artículo 2087 del Código Civil que dice: "..... Es sociedad colectiva aquella en que todos los socios administran por sí ó por un mandatario elegido de común acuerdo....." Si todos los socios administran, ninguno de ellos puede exigir cuentas á otro socio de las operaciones sociales, sin haberlas rendido á su turno; es así que Tobón no ha rendido cuentas á Fernández, luego no tiene derecho para exigir las de éste.

Por excepción puede, en la sociedad civil colectiva, conferirse la administración á uno solo de los socios, pero en este caso es necesario que la voluntad de los socios, para esta administración única, conste en un acto escrito. Así lo manda el artículo 2097 del Código Civil que dice: "La administración de la sociedad civil colectiva puede conferirse á uno ó más de los socios, sea por el *contrato* de sociedad, sea por *acto posterior* unánimemente acordado"; y el artículo 2106 que dice: "El socio administrador es obligado á dar cuenta de su administración en los períodos *destinados* al efecto, por el *acto* que le ha conferido la administración, y á falta de esta designación, anualmente."

Según el Diccionario de Legislación de Escriche "ACTO" significa, en este caso, diligencia escrita, documento; es así que en este pleito no se ha presentado acto escrito ni prueba alguna de que á Fernández y sólo á Fernández se hubiera conferido la administración de la compañía, luego la acción de rendición de cuentas no tiene, en el supuesto dicho, base legal de apoyo, que no puede ser otra que el *acto* escrito en que á Fernández se confiriera la administración de la compañía.

De otro lado, no debe perderse de vista que lo que se ha demandado *no es la obligación de rendir cuentas de la*

*compañía*, sino de la de rendir cuentas de cinco contratos de telégrafos. Para que Tobón tuviera derecho de exigir la cuenta de los contratos de telégrafos sería preciso que estuviera probada la compañía y que estos contratos pertenecieran á ella, y precisamente lo contrario es lo que aparece de tales contratos.

Ahora bien, el artículo 2120 del Código Civil dice: . . . “No se entenderá que el socio contrata á nombre de la sociedad, sino cuando lo exprese en el contrato, ó las circunstancias lo manifiesten de un modo inequívoco. En caso de duda se entenderá que contrata en su nombre privado. Las disposiciones de este artículo comprenden aun al socio exclusivamente encargado de la administración.” Según estas disposiciones legales, aun en el supuesto no comprobado, de que á Fernández se hubiera encargado exclusivamente la administración de la compañía, como los contratos de telégrafos los celebró en nombre propio y no en nombre de la sociedad colectiva Tobón-Fernández, es claro que los contratos no pertenecen á la compañía, y si no pertenecen á ésta, el socio Tobón carece de acción para exigir al administrador Fernández rendición de cuentas de dichos contratos.

Pero se argüirá que Fernández se obligó á celebrar los dichos contratos para la compañía y que, por tanto, debió obrar de acuerdo con su compromiso. Respondo que aun dando por cierto tal aseveración, como es patente que Fernández no celebró los contratos para la compañía, la justicia no puede considerarlos como contratos de la compañía. La omisión ó falta de cumplimiento de Fernández á su compromiso lo hará responsable para con la compañía por los perjuicios que le haya ocasionado en razón de no haber contratado para ella, pero esta acción es distinta de la de rendición de cuentas, que es la que se ha ejercitado en la demanda.

Debemos considerar también la demanda bajo esta otra faz:

Supongamos que se hubiera demandado la declaratoria de la obligación de rendir las cuentas de la compañía: Una cosa es demandar la rendición de cuentas durante el período de existencia de la sociedad, y otra muy distinta es demandar la rendición de las cuentas por causa de disolución ó terminación de la sociedad. En el primer caso hay que comprobar que existe el contrato de sociedad, que la persona á quien se demandan las cuentas es el administrador, y que están vencidos los períodos dentro de los cuales deben rendirse las cuentas según la ley, ó según los estatutos sociales. En el segundo caso hay que comprobar que se efectuó la disolución ó terminación de la sociedad.

En el caso de que nos ocupamos puede suceder una de estas dos cosas: ó que la sociedad haya terminado, ó que dure todavía. Preguntado Tobón sobre cuál era la duración de la sociedad, contestó: "La compañía debía durar tanto como los negocios, es decir, mientras los contratos de telégrafos estuviesen en manos del Gestor, señor Francisco J. Fernández."

Ahora bien: los contratos de telégrafos no han terminado, están aún en poder de Fernández, luego la sociedad formada para explotarlos no ha concluido; luego las cuentas que se demandan no pueden ser las provenientes de la liquidación de la compañía, sino las cuentas de administración únicamente.

La Corte Suprema de Justicia ha expresado en varias sentencias los requisitos que en este caso debe llenar el demandante para que prospere su acción. El número 429 de la obra de *Jurisprudencia de la Corte*, dice así: "La acción para exigir que el socio administrador de una compañía rinda las cuentas de su administración no puede fundarse únicamente en el mero hecho de la existencia

del contrato de sociedad; porque tal acción, según el artículo 2106 del Código Civil, sólo tiene cabida en el caso de la sociedad cuando concurren las circunstancias de que allí se trata, es decir, que en el contrato se hayan señalado períodos para que el socio administrador dé cuenta de su administración, ó que, á falta de esta designación, haya trascurrido un año. De modo que para que una demanda en que se pidan cuentas á un socio administrador sea executable, es necesario que se funde en hechos diferentes del de la sola existencia del contrato social.”

En este pleito, el señor Tobón no ha hecho venir á los autos los estatutos sociales, de los cuales pueda derivarse la obligación de rendir las cuentas que exige á Fernández: se ha fundado únicamente en la existencia de un contrato de compañía, pero como, ni siquiera se ha comprobado la existencia de este contrato, surge la conclusión de que la acción de cuentas ejercitada no puede prosperar, porque no tiene ninguna base legal de apoyo.

---

Supongamos que las cuentas cuya rendición se demanda fuesen las cuentas finales de la compañía. La Corte Suprema de Justicia ha sentado á este respecto la doctrina siguiente: “En la demanda en que se pide que un administrador de una compañía rinda las cuentas finales por razón de haber terminado la sociedad antes del plazo estipulado, no sólo han de indicarse los hechos ó motivos por los cuales la sociedad se disolvió, sino que también se ha de pedir la declaración de haber terminado la sociedad. (IX, 246, 1.<sup>a</sup>)

En este juicio el demandante no ha pedido la declaración de haber terminado la sociedad, ni ha comprobado la disolución de ésta, ni ha comprobado que hubiera existido, ni ha pedido la declaración de que deben ren-

dirse las cuentas de la sociedad, sino las cuentas de unos contratos que se dice son de la sociedad; luego mirada por este aspecto la acción de cuentas del demandante, se ve que es notoriamente descabellada y aun tiene los caracteres de temeraria.

En resumen:

a) El señor Roberto Tobón demandó al señor Francisco J. Fernández para que la justicia declare que Fernández está obligado á rendir cuenta á Tobón de cinco contratos sobre construcción, reconstrucción y remonta de varias líneas telegráficas.

b) Se hace derivar el derecho á la rendición de cuentas de tres hechos, á saber: 1.º que Fernández celebró contrato de compañía con Tobón; 2.º que los contratos de telégrafos fueron adquiridos para la compañía; 3.º que Fernández fue nombrado administrador de la compañía.

c) No se ha probado que Fernández hubiera celebrado con Tobón contrato de compañía accidental ó cuentas en participación.

d) Tampoco se ha probado que Fernández hubiera celebrado con Tobón contrato de compañía civil colectiva.

e) Menos se ha probado que Fernández hubiera celebrado con Tobón contrato de compañía anónima.

f) No se ha probado que Fernández haya adquirido para compañía ninguna los contratos de telégrafos.

g) No está probado que Fernández sea administrador de sociedad ninguna existente entre Fernández y Tobón.

h) No se ha demandado la rendición de cuentas de compañía ninguna.

i) Tobón no ha comprobado de modo alguno que Fernández tenga la obligación de rendirle cuenta de los contratos de telégrafos enumerados en la demanda.

j) Luego Fernández tiene que ser absuelto de la demanda en obediencia á lo dispuesto en el artículo 542 del Código Judicial que dice: "El demandante es el que debe dar la prueba sobre el hecho ó la cosa que negare el demandado, el cual habrá de ser absuelto no probando aquél lo negado."

---

... Abrigo la seguridad de que en los capítulos precedentes queda hecha la demostración jurídica, clara y concluyente de que el señor Tobón no tiene la acción civil que ha promovido contra el señor Fernández en este pleito.

No juzgo necesario, por tanto, hacer ver al señor Juez que también están comprobados los hechos en que se basan las excepciones perentorias que mi poderdante opuso en la contestación de la demanda contra las pretensiones del demandante. En esa contestación el señor Fernández opuso la excepción perentoria de *simulación*, y dijo:

"Apoyo mi contestación en los hechos siguientes, que comprobaré en el curso del juicio.

A) El señor Tobón me propuso un convenio mediante el cual yo debía darle una suma de dinero en cambio de la obligación que él contrajo de no hacerme competencia en el remate de los contratos de telégrafos que debía verificarse el día 10 de Febrero de 1903;

B) El señor Roberto Tobón se presentó como licitador en el remate, pero se abstuvo de hacerme competencia en él;

C) Yo no he consentido en celebrar ningún contrato de compañía en participación, ni de otra clase, con el señor Roberto Tobón."

... El señor Fernández afirma que el convenio que celebró con Tobón, en Febrero de 1903, fue el conocido con el

nombre vulgar de CONTRATO DE CERDAS, que consiste en que un licitador, mediante el pago de una remuneración, se retire de la licitación, para no hacer competencia á la persona que paga ésta. Tales contratos han sido condenados en todo tiempo por la moral y por la ley, y nuestra legislación los reprueba expresamente en el artículo 54 de la Ley 40 de 1907, que dice: "Hay causa ilícita en los convenios que tengan por objeto obtener el retiro de licitadores, ó evitar pujas, en cambio de concesiones de dinero ó de otra especie, en cualquiera clase de subasta pública."

Paso á hacer una enumeración somera de las pruebas indirectas y directas que comprueban la afirmación del demandado y justifican la excepción perentoria de simulación propuesta.

a) La imposibilidad moral, dado el carácter activo, ordenado, inteligente y desconfiado del señor Roberto Tobón, de que éste hubiera celebrado un contrato de sociedad con Fernández, en que la puesta social de Tobón podía ascender á millones de pesos, lo mismo que las pérdidas ó utilidades del negocio, y que á pesar de ello Tobón no se hubiera preocupado de dejar la menor constancia escrita del contrato. Tobón así lo confiesa á la justicia, en el libelo de demanda, en el cual manifiesta que no tiene ninguna prueba del contrato. Lo demuestra también el hecho de que Tobón no ha podido precisar en el debate los caracteres de la sociedad que dice haber celebrado con Fernández.

b) En 1906 el señor Tobón pide á Fernández que le haga una exposición acerca del convenio que tenían celebrado. Fernández accede á ello, y en carta que figura en los autos, que Tobón aceptó y publicó como prueba concluyente en su folleto de demanda, Fernández le dice:

“Bogotá, Abril 20 de 1906

Señor don Roberto Tobón—S. C.

Estimado amigo:

SATISFAGO SUS DESEOS SOBRE LA EXPOSICIÓN QUE ME PIDE RESPECTO DEL ARREGLO *que hicimos para evitar que usted me hiciera una competencia prematura en el remate de algunas líneas telegráficas*, remate en el cual tenía yo interés especial por tratarse de un negocio en el cual me he ocupado toda mi vida, y el que temí, naturalmente, que me pudiera dañar.

En efecto, yo convine, en lo que á mí respecta, en cederle una parte de los productos líquidos que yo derivase en mi negocio de telégrafos, en las líneas cuya competencia deseaba evitar.....

FRANCISCO J. FERNÁNDEZ.”

El asentimiento tácito que Tobón dio á esta carta demuestra la exactitud de los hechos aseverados en ella, pues de lo contrario Tobón la habría rechazado, habría protestado contra su contenido y no la habría presentado á usted como prueba de sus derechos.

c) Tobón hizo un viaje á Europa y dejó como su apoderado general en esta ciudad al señor Bernardo Escobar. Lo natural era que, antes de su partida, Tobón hubiera indicado á Escobar la clase de contrato que había celebrado con Fernández. Escobar ha rendido testimonio en este juicio, á petición de Tobón, y en su exposición dice que sabía que debía recibir de Fernández beneficios ó utilidades por cuenta de Tobón, pero nó en virtud de qué pacto. Escobar se expresa así: “CREÍ que las sumas recibidas por mí de Fernández eran beneficios que correspondían al señor Tobón en el negocio que tenía en compañía con el señor Fernández.” La expresión CREÍ empleada por Escobar demuestra que el negocio de To-

bón y Fernández no constaba en los libros de contabilidad de Tobón, ni en las instrucciones que éste tuvo necesariamente que dejar á su apoderado. Huelgan los comentarios sobre la ignorancia del apoderado general del señor Tobón, respecto de un negocio de tanta entidad para su cliente.

d) Antonio Páez, contabilista de Tobón, y comisionado por éste para recibir dinero de Fernández, por cuenta del negocio, ha rendido también declaración en este juicio, á petición de Tobón. De su testimonio resulta que no sabía qué clase de negocio era el que habían celebrado Tobón y Fernández, porque en la contabilidad de Tobón no aparecen sino partidas relativas á dicho negocio, sin expresar la clase de él. Ya se ve que si en los libros de contabilidad del señor Tobón hubiera constado el supuesto negocio de compañía, el señor Páez no habría dejado de tener conocimiento de la clase de este negocio, porque como contabilista debía saber la causa por qué Fernández le pagaba á Tobón.

e) En todas las cartas que escribió Fernández á Tobón sobre el asunto, aquél se sirve de las expresiones *nuestro arreglo y mi negocio de telégrafos*, expresiones que no habría podido usar, ni Tobón aceptar, si el contrato hubiera sido de compañía, y los contratos de telégrafos hubieran pertenecido á ésta.

f) La cuenta del negocio que Tobón presentó con la demanda es prueba concluyente de que no hubo sociedad. Tómese por ejemplo la partida relativa á la orden de pago que Tobón recibió de Fernández y por la cual Tobón cobra comisión, cobra intereses y cobra estampillas. Si Tobón hubiera sido socio de Fernández, no tendría explicación el cobro de comisiones, intereses y estampillas por los dividendos que Tobón recibía por su cuota social.

g) Los empleados de la oficina de telégrafos de Fernández han declarado todos que Tobón no concurrió

nunca á la oficina de Fernández, ni tomó dato ninguno sobre el negocio. Si Tobón hubiera sido realmente socio, no habría dejado de concurrir diariamente á las oficinas de telégrafos de Fernández para indagar el curso de los negocios de la Compañía.

h) El señor Adolfo Concha, testigo veraz,—si los hay— en la declaración que rindió el 16 de Marzo último dice: “4.<sup>a</sup> Presenció la conferencia que tuvieron Tobón y Fernández, y dicha conferencia tuvo lugar en la casa que habitaba el señor Tobón, en la esquina situada entre la calle 13 y la carrera 7.<sup>a</sup>, en la pieza que queda encima del almacén que existe hoy de los señores Jaramillo Estrada & C.<sup>a</sup>

7.<sup>a</sup> Es verdad que en la referida conferencia le dijo Tobón á Fernández que lo había llamado para decirle que él y el doctor Enrique Forero le harían la competencia en los remates que se verificarían próximamente, y que sería conveniente que hicieran alguna evolución para no hacerse daño en dichos remates, que Fernández pensaba hacer también en los telégrafos.

8.<sup>a</sup> Es verdad que Tobón dijo á Fernández que esa competencia se podría evitar si le pagaba una prima ó cerda, pues en este caso él no tomaría parte en la licitación haciendo puja.

9.<sup>a</sup> Es verdad que después de discutir largo rato sobre el asunto, Fernández ofreció dar á Tobón la cantidad de un millón seiscientos mil pesos, papel moneda, con tal que no le hiciera competencia en los remates.

10. Es cierto que Fernández ofreció pagar á Tobón el millón seiscientos mil pesos, papel moneda, por valor de la cerda ó prima, destinando para este pago el veinte por ciento de las utilidades que dejara el negocio de los telégrafos, y hasta completar la cantidad dicha.

24. Es verdad que teniendo conocimiento de todos los trabajos que se habían hecho para la licitación, como era el acopio de materiales, personal, etc., manifesté al se-

ñor Francisco Fernández, al salir de la casa en donde se había efectuado la conferencia, que me parecía que se había excedido en la prima que le había ofrecido al señor Tobón para que no le hiciera competencia en el remate, y que creía que aquél no podría hacerle daño ninguno, supuesto que no tenía conocimientos ningunos en los telégrafos, personal ni materiales.

25. Es verdad que Fernández me contestó que si no daba esa cerda á Tobón para que no interviniera en el remate, podía hacerlo aquél á cualquier precio, aun cuando no le diera cumplimiento; que el solo hecho de figurar Tobón como rematador en los telégrafos, ocasionaría perjuicios, tanto más que yo sabía todos los preparativos y gastos hechos, para darle cumplimiento al remate que se proyectaba."

El señor Tobón se halla actualmente bajo la sanción de la Ley penal, puesto que está reunido el jurado que debe juzgar su causa; de modo que el momento no es oportuno para hacer el análisis de todas las pruebas circunstanciales que figuran en los autos cuya fuerza probatoria depende de su número, peso, independencia y consistencia, que tomadas aislada é individualmente cada una son tan livianas ó ligeras como finísima pluma, pero que combinadas entre sí y con la prueba directa que se desprende del testimonio irrecusable de Concha adquieren la pesadumbre de una piedra de molino y no dejan la menor duda de que el arreglo que Tobón celebró con Fernández, la víspera de efectuarse los remates de los contratos de telégrafos, en su casa de habitación, fue un convenio de cerdas, pues á las cerdas puede darse también la forma de acciones en una compañía ó asociación de la naturaleza de la que Tobón pretende haber celebrado con Fernández.

Por otra parte, no es necesario para la defensa de mi cliente, en esta primera instancia del juicio, proceder á

este examen de hechos; pero ya tendré ocasión de hacerlo cuando haya quedado cerrado por completo el debate en la segunda instancia. Jamás contribuiré con una sola gota de amargura á hacer más dolorosa la situación de infortunio y desolación en que el malhadado convenio de *cerdas* sumió á dos familias cuyos hogares eran antes asiento de alegría y bienestar. Pero creo conveniente, para poner fin á este alegato, llamar la atención de usted, señor Juez, á los esfuerzos que oportunamente hizo el señor Fernández para terminar este litigio por medio de un arbitramento.

Hombre pacífico y de trabajo el señor Fernández, le aterró la idea de verse envuelto en un largo y reñido pleito que le demandaría grandes gastos y le privaría de tiempo precioso para sus ocupaciones; por esta razón se esforzó en que la diferencia terminara de un modo amigable, y con tal objeto propuso al señor Tobón que le exigiera una suma de dinero á cambio de dejarlo libre de pleitos. El señor Tobón contestó en carta de 10 de Agosto de 1908, que figura entre las pruebas: " Pido la suma de sesenta mil pesos oro, suma por la cual estoy dispuesto á declararlo á usted libre para conmigo de toda acción y de todo reclamo de mi parte, por razón del negocio sobre el cual versa la demanda que contra usted tengo presentada en el Juzgado 4.º de este Circuito. . . ." Como se ve, la cantidad que pidió el señor Tobón fue tan exorbitante, que hizo imposible el arreglo por este camino.

Propuso luego Fernández la constitución de un Tribunal de Arbitramento para que jueces probos é imparciales decidieran la diferencia; prescindió de los candidatos que para árbitros había presentado á Tobón y aceptó los propuestos por éste, señores José Ignacio Escobar, Juan B. Pombo y Francisco Mendoza Pérez, caballeros de lo

**BIBLIOTECA**  
**Universidad EAFIT**



100058483

**FAES**

**SALA DE PATRIMONIO**  
**DOCUMENTAL**  
Centro Cultural Biblioteca  
Luis Echavarría Villegas

más honorable de esta ciudad; formuló la póliza para el documento de arbitramento y el proyecto de carta que debía pasarse á cada uno de ellos, pero sus esfuerzos quedaron sin resultado. Las cartas de 14, 17, 19 y 20 de Agosto de 1908, dirigidas por Tobón á Fernández, y que se encuentran publicadas en el folleto de contestación á la demanda, hacen ver que Tobón, con diversos pretextos, eludió la constitución del arbitramento, el cual se hizo luégo imposible por la tragedia sangrienta del 19 de Octubre de 1908, que no habría ocurrido si el arbitramento se lleva á cabo.

En esta ocasión, más que en ninguna otra, resalta la verdad y la justicia de los siguientes consejos que el más notable abogado del foro antioqueño, Dr. Fernando Vélez, consignó en un magistral artículo sobre arbitramento, y del cual copio, como pertinentes, los siguientes apartes:

“ Por esto hemos creído que los abogados deben procurar que se resuelvan por arbitramento los asuntos que se les confíen, haciendo cuanto les sea posible por zanjar dificultades que se opongan á ese fácil modo de resolver una controversia. Para el abogado debe ser más satisfactorio el dinero que gana en esta vía amigable, que no pueda llegar hasta convertir en enemigos capitales á las partes y á sus familias, que el que se le pague en un procedimiento ordinario que no es difícil que lleve la desgracia á una familia antes feliz y tranquila.

“ Pero para que un arbitramento pueda efectuarse, es necesario que las partes no lo hagan imposible, sobre todo con publicaciones prematuras de carácter ofensivo que conviertan en asunto de honra lo que únicamente era de intereses, porque entonces no sólo habrá pleito largo y costoso, sino que puede ocurrir una desgracia irremediable que aun al autor de ella le impida para siempre su tranquilidad de conciencia.

“ Es necesario trabajar porque á nuestras muchas di-

ficultades no se agreguen, agravadas hasta con lágrimas, las de litigios inacabables que suelen ser la ruina de las familias.”

La serie de acontecimientos desgraciados que ensangrentaron este pleito, en los cuales no me cabe la más pequeña responsabilidad, pues hasta entonces no se me había encargado del asunto, y el cambio reciente de personal del Juzgado, han puesto en manos de usted la decisión de este juicio. La acción ejercitada es tan sencilla y las disposiciones legales aplicables al caso son tan claras que mi representado, señor Fernández, espera tranquilo el fallo, porque la moral, la ley, la justicia y la equidad le dan la plena seguridad de que en ningún caso puede serle desfavorable.

Señor Juez.

FRANCISCO MONTAÑA

Sala de Patrimonio Documental