GACETA JUDICIAL

"Saber las leyes non es tan solamente en aprender et decorar las letras dellas, mas en saber el su verdadero entendimiento".

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Licencia Nº 451, de 7 de marzo de 1936.

Registrado para curso libre de porte en el servicio postal.

TOMO LIII BOGOTA, MAYO DE 1942 NUMERO 1983

TALLERES "MUNDO AL DIA"—BOGOTA.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

DIGNATARIOS DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DESDE EL 1º DE MAYO DE 1942

Presidente: Doctor CAMPO ELIAS AGUIRRE.
Vicepresidente: Doctor LIBORIO ESCALLON.
Secretario: Doctor PEDRO LEON RINCON.

SALA DE CASACION EN LO CIVIL:

Presidente: Doctor JOSE MIGUEL ARANGO.
Vicepredidente: Doctor PEDRO LEON RINCON.

SALA DE CASACION EN LO PENAL:

Presidente: Doctor CAMPO ELIAS AGUIRRE.
Secretario: Doctor JULIO E. ARGUELLO R.

SALA DE NEGOCIOS GENERALES:

Presidente: Doctor ANIBAL CARDOSO GAITAN.
Secretario: Doctor MANUEL PINEDA GARRIDO.

SALA CIVIL DE UNICA INSTANCIA:

Presidente: Doctor JOSE M. BLANCO NUÑEZ.
Secretario: Doctor MANUEL PINEDA GARRIDO.

Relator: Doctor JULIAN MOTTA SALAS.

GACETA JUDICIAL

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

DIRECTOR: JULIAN MOTTA SALAS

"Saber las leyes non es tan solamente en aprender et decorar las letras dellas, mas en saber el su verdadero entendimiento".

SIETE PARTIDAS: PARTIDA 1a., TITULO 1o., LEY XIII).

"Summa itaque ope, et alacri studio has leges nostras accipite"
(Proemium Institutionum D. Justiniani).

TOMO LIII BOGOTA, MAYO DE 1942 NUMERO 1983

LA RESPONSABILIDAD MEDICA ANTE LA JUSTICIA EN MATERIA DE ANESTESIA

Por el Lic. JUAN RAFAEL PACHECO

Positivo jalón de progreso marcó la ciencia médico-quirúrgica el 16 de octubre del 1846, cuando el dentista Morton experimentó con éxito la anestesia por el éter, en el hospital general de Boston.

Desde entonces, la humanidad presa de dolor, agradecida, ha venido erigiendo íntimos monumentos a la memoria de aquel eminente soldado de la ciencia, generalmente ignorado, que posibilitó el sueño artificial perfecto, supresor temporal de la sensibilidad consciente.

Warren, citado por los distinguidos Profesores Osvaldo Loudet y Juan M. Márquez Miranda en un interesantísimo trabajo publicado en "Criminalia", la conocida revista mexicana de ciencias penales, al consagrar científicamente el descubrimiento de Morton se expresó así: "Una nueva éra se ha abierto en la cirugía operatoria. Se ha intervenido en las partes más delicadas — sin escuchar los gritos de angustia que estábamos habituados a oír — en un estado de perfecta insensibilidad y mostrando, algunas veces, el rostro del enfermo, una expresión de placer. ¿Quién podría pensar que la acción de los instrumentos sobre las partes más sensibles fuese acompañada de un sueño delicioso? Si Ambrosio Paré y Lowis, Desault y Cheseden, Cooper y Hunter, pudieran ver lo que nuestros ojos presencian ahora, desearían volver a este mundo para realizar nuevamente sus hazañas. Este es el descubrimiento más valioso, porque ha libertado del dolor a la humanidad".

Y no sólo el éter constituye un anestésico apreciable. También el cloroformo,

cuyas propiedades estudió Flourens un año más tarde, e introdujo Simpson, de Edinburgo, en la práctica quirúrgica y obstétrica, es objeto de preferencias por su acción más rápida y persistente, a pesar de los graves accidentes imprevisibles que puede provocar.

Pero aunque nadie discute ya la utilidad de tan importante conquista científica, que no se ha quedado al margen de la constante evolución, forzoso es reconocer que el uso de los anestésicos causa, a veces, la muerte del sujeto, soliviantando a sus parientes, cuyos agravios llegan ante la justicia, penal o civil, insinuando el estudio profundo de la cuestión general de la responsabilidad médica, delicada y sutil materia que ha preocupado, en todos los tiempos y países, a los más distinguidos juristas.

En teoría, las discusiones generales se han sucedido desde la tesis de la irresponsabilidad absoluta del médico, hoy abandonada por inicua y contraria al principio general del artículo 1382 del código civil, que no distingue a la hora de sancionar con la reparación "todo hecho del hombre que causa a otro un daño"; pasando por la opinión intermedia de la responsabilidad sujeta a la existencia de una falta grosera o inexcusable, casi dolosa, o en caso de probada mala fe o de una justificada intención de dañar; hasta llegar a la tesis de la responsabilidad que genera toda falta, bien sea grave o leve, aun cometida de buena fe por el médico, pero que resulta de la ignorancia de las reglas esenciales de su arte, o de hechos de torpeza, de errores evitables o de impericia, aunque restringiendo tal responsabilidad a sus límites naturales, para no hacer descender la ciencia médica a "una arena continua de procesos", como expresaba Trébuchet.

En Francia, donde el problema ha sido estudiado con entusiasmo, suscitando las más ardientes controversias, se ha consagrado ya jurisprudencialmente la última de las tesis expuestas, justificada por razones indiscutibles de protección social, en esta época moderna tan llena de peligros para la vida del individuo, época en la cual no es posible erigir clases privilegiadas de profesionales irresponsables.

Conforme lo hacen notar Mazeaud y Mazeaud, la responsabilidad de los médicos, cirujanos, etc., obedece a las reglas generales de derecho. Tan pronto como el juez puede comprobar con certidumbre una falta a cargo de un médico, deberá obligarle a reparar sus consecuencias, trátese de una falta grave o leve, profesional o no.

Desde luego, siguiendo el sabio consejo contenido en una sentencia de la corte de casación francesa, del 21 de julio de 1862, los jueces evitarán inmiscuírse en controversias médicas, ajenas a su profesión, así como decidirse por tales o cuales teorías, métodos o sistemas técnicos controvertidos.

Para el juez, el problema consiste en patentizar la existencia de una falta, hecho lo cual no pueden los médicos eludir su responsabilidad (fuera de los casos legales de excusa) porque si desde cierto punto de vista de ellos deben gozar de una gran libertad de acción, de tal modo que no se sientan bajo la constante amenaza de un "affaire" judicial, esa libertad debe tener un justo límite, porque conviene al interés social la salvaguardia de los pacientes, no dejándolos a merced de médicos torpes o imprudentes.

Tal es el conflicto que resuelven los artículos 1382 y 1383 del código civil, reprimiendo la simple imprudencia y negligencia, en vista de que no se han aducido consistentes razones de orden jurídico para decidirlo de otro modo.

Entre nosotros, no existen leyes especiales reguladoras de la responsabilidad médica, lo que no significa, como erróneamente creen algunos, que el legislador haya pretendido dejar el ejercicio de la medicina al abrigo de una peligrosa inmunidad. Al contrario, dentro del derecho común, nada impide la aplicación de los artículos 319 y 320 del código penal, en los casos de falta delictual, cuando pueden establecerse hechos de torpeza, imprudencia, inadvertencia, negligencia o inobservancia de los reglamentos, causantes de

golpes, heri
de un profes
Pero sin d
ral del prob
ra un estudi
tamente el c
bilidad médi
ria de anest
No pocas
tribunales f
haya podido
de decisione
cusadoras d
sional culpal
Citemos, a
cia dictada
por el discu
Thierry, el
(revocada p
brero del 19
la que se
cargo del ci
ministrado
sin haber ob
no conocimi
desenlace fa
dico había
una lesión q
la vida del
Igualment
rios, la decis
26 de junio
que el uso
una falta, a
una operaci
la conservac
En la Re
clase médica
do y merec
"anestesia i
que se haya
torio penal,
ra principal,
minuciosa y
que se hizo
concurrieron
tes médicos
chó de impr
premeditada
gunda anest
sujeto que

golpes, heridas o de la muerte del cliente de un profesional médico.

Pero sin detenernos en el examen general del problema, de suyo interesante para un estudio más extenso, veamos sucintamente el caso particular de la responsabilidad médica ante la justicia, en materia de anestesia.

No pocas veces se ha planteado ante los tribunales franceses tal cuestión, sin que haya podido salirse de la esfera vacilante de decisiones de especie, casi siempre excusadoras de una innegable falta profesional culpable.

Citemos, a guisa de ejemplo, la sentencia dictada en fecha 7 de junio del 1905 por el discutido Magistrado de Chateaux Thierry, el insigne Presidente Magnaud (revocada por decisión de fecha 14 de febrero del 1906 de la Corte de Amiens) en la que se consideró como falta grave a cargo del cirujano, el hecho de haber administrado el cloroformo a un alcohólico, sin haber obtenido su asentimiento en pleno conocimiento de causa, aun cuando un desenlace fatal se esperaba y que el médico había procedido al tratamiento de una lesión que no debía poner en peligro la vida del enfermo.

Igualmente recordemos, sin comentarios, la decisión de la Corte de Nancy, del 26 de junio de 1913, en la que se estimó que el uso de la anestesia no constituía una falta, aunque se tratara de efectuar una operación dental, no necesaria para la conservación de la vida.

En la República Dominicana, donde la clase médica goza todavía de un profundo y merecido respeto, la cuestión de "anestesia imprudente" sólo recordamos que se haya discutido una vez ante el pretorio penal, y esto, ni siquiera de manera principal, sino como consecuencia de la minuciosa y admirable instrucción oral que se hizo en un conocido proceso, al que concurrieron muchos de los más eminentes médicos dominicanos, en el que se tachó de imprudente, o cuando menos de impremedítada, la administración de una segunda anestesia en un corto período, a un sujeto que debió sufrir dos intervenciones quirúrgicas por heridas de bala en el vientre, y que sucumbió, evidentemente, por la desgraciada culminación de una incontenible peritonitis aguda generalizada.

En verdad, los accidentes debidos a los anestésicos no sólo son difíciles de prever, sobre todo cuando se emplea el cloroformo, sino que ocurren, la mayoría de las veces, a pesar de haber sido tomadas las precauciones aconsejadas por la técnica. Tristemente referidos son los casos de accidentes sincopales, inhibitorios o tóxicos, terminados por muerte dramática, ocurrida al comienzo o en el curso de la anestesia clorofórmica.

Tratándose de conservar la vida, el cirujano no puede ni debe vacilar a la hora de administrar la anestesia; pero él deberá arriesgarse lo menos posible en el terreno de la responsabilidad, usando el anestésico adecuado, con fiel sujeción a la técnica más aconsejada, luego de examinar y tratar en debida forma al paciente y de elegir un anestesista de competencia reconocida.

Es a propósito de la necesaria colaboración que debe existir entre el cirujano y el anestesista que se suscitan los más difíciles problemas de responsabilidad. En efecto, no siempre podrá determinarse con precisión que el responsable de un accidente mortal sea el anestesista y no el cirujano; o bien, que la anestesia sea la única causa determinante de la muerte del sujeto. Sobre todo porque no existiendo reglas técnicas invariables para la administración de los anestésicos, los cirujanos emplean aquel anestésico que su experiencia les aconseja como el mejor en cada caso, sin que, por lo general, en la elección intervenga el experto que debe administrarlo. Es lo que casi siempre ocurre en nuestros centros operatorios.

Entre cirujano y anestesista, la colaboración debe ser perfecta, pues cuando el anestesista es inexperto, ¿de qué valdría la pericia del cirujano, si el sujeto corre el enorme riesgo de sucumbir en la narcosis? ¿De qué serviría escoger el anestésido adecuado y dosificarlo convenientemente y hasta dar las instrucciones gene-

rales para su administración, si el anestesista inexperto no sabrá apreciar las alteraciones del pulso y del ritmo respiratorio, ni descubrirá nada importante en los ojos languidecientes del enfermo?

Los Profesores Loudet y Márquez Miranda, ya citados, distinguidos doctores de la Sociedad de Psiquiatría y Medicina Legal de La Plata, de la Argentina, consideran como reglas elementales a observar por el anestesista, en resguardo de su responsabilidad, las siguientes, que nos permitimos transcribir por estimarlas de verdadero interés:

"Primera: Jamás el riesgo de una anestesia debe ser mayor que el riesgo de una operación; es decir, que a operaciones mínimas no es conveniente aplicar anestesias máximas, y que siempre debe existir, en lo posible, una relación directa entre la anestesia y la importancia de la operación.

"Segunda: No debe practicarse la anestesia sin el previo consentimiento del sujeto. Este puede ser otorgado directamente por el enfermo, o en caso de impedimento legal (niños o insanos) por los padres, curadores o encargados.

"Tercera: Nunca debe anetesiarse sin testigos.

"Cuarta: El anestesista no debe practicar una anestesia sin previo examen de las funciones fisiopsíquicas del paciente, incluídos los exámenes de laboratorio, como asímismo el examen de las piezas dentarias.

"Quinta: No debe darse anestesia para operación ilícita o fraudulenta. (Entre estos casos puede citarse la provocación del aborto criminal, la esterilización contra los principios médicos y morales y, como espécimen de fraudulenta, la reconstrucción del himen).

"Sexta: el anestesista jamás debe usar las drogas fuera de las indicaciones imperativas y precisas exigidas para aliviar el dolor. Debe evitar ser sorprendido para satisfacer la apetencia patológica, despertada por una primera administración, y que lleva a la toxicomanía".

Las violaciones de tales reglas, aunque no consagradas por ninguna ley nacional, entrañan positivos hechos de torpeza, negligencia o imprudencia, comprometedores de la responsabilidad penal o civil que los códigos sancionan.

Ahora bien, en determinados casos, la urgencia y otras circunstancias atendibles, no permiten la observancia de algunas de las reglas consignadas, ni por el cirujano, ni por el anestesista en particular; pero, entonces, la irresponsabilidad de ambos la escuda la común aspiración, casi divina, de conservar la vida a toda costa.

No hemos de clamar, ya al final de este ensayo que hacemos por puro interés doctrinal, porque se dicte una legislación más amplia y previsora que la que ahora rige la materia, ya que esto, si jurídico y deseable, no constituiría la máxima aspiración de quienes deben recurrir al tratamiento médico avanzado o someterse al escalpelo del cirujano en busca de la salud perdida. Es preferible, nos parece, que se incite a la clase médica, como en otros países, a la preparación de anestesistas especializados que intervengan en el consultorio a la hora de los exámenes preoperatorios del sujeto, conjuntamente con el cirujano; que sean quienes elijan el anestésico más aconsejado en cada caso, y quienes se constituyan luego, a la hora de la operación, en algo así como la prolongación ideal del empeñado operador, cuya difícil tarea la hacen siempre presurosa las apremiantes manecillas del reloj.

¡Que así sea en beneficio de los que sufren y como generoso reconfortante para quienes no desean médicos o cirujanos dentro de las redes de los códigos, ni, mucho menos, culpables impunes o víctimas inocentes e inútiles!

Enero 31, 1942.

(De la **Revista Jurídica Dominicana**, de Ciudad Trujillo).

SALA PLENA

COMPETENCIA POSITIVA PROMOVIDA POR LA CORTE AL CONSEJO DE ESTADO PARA CONOCER EXCLUSIVAMENTE DE LA EXEQUIBILIDAD DEL DECRETO-LEY Nº 970 DE 15 DE ABRIL DE 1942

1. La guarda de la integridad de la Constitución está confiada, de modo exclusivo, a la Corte Suprema de Justicia, conforme al artículo 149 de ella (41 del Acto Legislativo número 3 de 1910). — 2. El artículo 62 de la ley 167 de 1941 no puede interpretarse aisladamente, sino íntimamente relacionado con los artículos 33 y 34 de la misma ley, según los cuales el Consejo de Estado no puede conocer de las demandas de inexequibilidad de leyes y decretos por estar atribuído su conocimiento a la exclusiva competencia de la Corte Suprema de Justicia. Para la Corte no es válido, ni tiene fundamento jurídico el argumento de que el Acto Legislativo número 3 de 1910 fue expedido cuando estaba suprimido el Consejo de Estado, y de que el Acto Legislativo de 1914, al restablecerlo, dispuso que el Consejo tendría, fuera de las atribuciones allí conferidas, "las demás que le señalen las leyes", porque esa frase, que emplea el constituyente a cada paso para indicar lo que el legislador está autorizado para hacer, no cabe interpretarla en el sentido de que la ley puede expedirse con violación de preceptos constitucionales expresos, sino, por el contrario, respetando el orden constitucional existente y ajustándose a él. Tampoco valdría decir que como el constituyente ordenó al legislador establecer la jurisdicción contencioso - administrativa (artículo 164 de la Constitución, 42 del Acto Legislativo número 3 de 1910), lo facultó para asignarle las funciones que a bien tuviera, porque es entendido que tal establecimiento no podía hacerse sino respetando asímismo el orden constitucional en vigencia. Aun en caso de que quedara alguna duda al respecto sobre la interpretación del artículo 62 de la ley 167 de 1941, se estaría entonces en presencia de un caso de incompatibilidad manifiesta entre la Constitución y la ley, y la Corte tendría que insistir en que ella debe conocer del asunto a que se refiere la competencia positiva propuesta por virtud de lo ordenado en el artículo 150 de aquélla. Al hablar así la Corte, nada ha prejuzgado sobre la exequibilidad del citado artículo legal.

Corte Suprema de Justicia — Sala Plena. Bogotá, trece de mayo de mil novecientos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Isaías Cepeda)

El señor Procurador General de la Nación, en memorial fechado el 21 del mes en curso, da cuenta a la Corte de que los señores Alfredo Vásquez Carrizosa, Francisco Urrutia Holguín y Gerardo Ospina

Melo "presentaron el día 17 de los corrientes sendas demandas ante el Consejo de Estado sobre nulidad y suspensión provisional del Decreto-Ley número 970, del 15 de este mismo mes".

Dice que tales demandas fueron repartidas a los señores Consejeros doctores Antonio Escobar Camargo, Guillermo Peñaranda y Gustavo Hernández Rodríguez, respectivamente, y que el primero de los nombrados, por auto del 18 de abril, admitió la demanda del señor Vásquez Carrizosa y resolvió favorablemente la solicitud sobre suspensión provisional del referido Decreto-Ley.

El señor Procurador agrega:

"Es, pues, el caso concreto que ante el Consejo de Estado se han presentado demandas para que aquella entidad, cabeza de la jurisdicción contencioso-administrativa, decida sobre la exequibilidad de un Decreto-Ley, y que el Consejero doctor Escobar Camargo, actuando desde luego a nombre de la corporación, no sólo declara competencia para decidir sobre el acto acusado, sino que lo suspende provisionalmente. Es decir, que el señor Consejero doctor Escobar Camargo le atribuye competencia al Consejo de Estado para decidir sobre la exequibilidad de los Decretos-Leyes, y no sólo para eso sino también para someterlos a la medida excepcional y delicada de la suspensión provisional. Con esta determinación se inviste al Consejo de Estado de la facultad conferida exclusivamente a esa Honorable Corte por el artículo 41 del Acto Legislativo número 3 de 1910 (149 de la Constitución vigente), y no sólo en los términos expresos y claros de tal mandato sino ampliándolo con una nueva facultad — que no tiene la Corte Suprema de Justicia ni podría tener — cual es la de que el Consejo de Estado puede suspender provisionalmente Decretos-Leyes o actos análogos de claro carácter y contenido legislativos, que expide el Presidente de la República no en función ejecutiva sino en función legislativa, conforme a la Constitución.

"El solo enunciado anterior destaca la gravedad del caso y permite afirmar, con todo respeto pero sin vacilación, que hace indispensable para la Honorable Corte Suprema de Justicia volver por la integridad de sus facultades, para lo cual coopero con toda decisión como jefe del Ministerio Público.

"Por lo expuesto, solicito respetuosamente de esa Honorable Corte que se sirva provocar la competencia positiva al Consejo de Estado respecto de la demanda propuesta por el señor Alfredo Vásquez Carrizosa sobre el Decreto-Ley 970 de 1942 y que ha sido admitida por el Consejero doctor Antonio Escobar Camargo en providencia del 18 de los corrientes, en la cual ha dispuesto también el sustanciador la suspensión provisional del Decreto-Ley acusado".

A su solicitud acompañó el señor Procurador algunos documentos, y por disposición de la Corte trajo copia auténtica de la citada demanda y del auto admisorio de ella, dictado por el señor Consejero doctor Escobar Camargo.

El Decreto 970 de 1942, que corre publicado en el número 24,934 del Diario Oficial, de fecha 16 de abril, dictado por el Presidente de la República, como en él se dice, "en uso de las facultades extraordinarias de que fue investido por la Ley 128 de 1941", es de los llamados Decretos-Leyes, o Decretos de carácter extraordinario, que tiene, por lo mismo, fuerza y contenido de verdadera ley.

Según las copias de la demanda y del acto admisorio de ella, que obran en autos, dicho Decreto-Ley ha sido acusado ante el Consejo de Estado por considerársele violatorio de los artículos 52, 53, 54, 69 — ordinales 1º y 9º—, 113 — ordinal 8º—, 115 — ordinales 3º y 7º—, 117 y 185 de la Constitución Nacional, y, además, de los artículos 5º de la Ley 189 de 1938 y 16 de la Ley 128 de 1941.

El Consejo, por medio del auto fechado el diez y ocho de abril, proferido por el señor Consejero sustanciador doctor Antonio Escobar Camargo, ha avocado el conocimiento del asunto, admitido la demanda y resuelto favorablemente la solicitud

sobre suspensión provisional del mencionado Decreto-Ley, fundándose en que conforme a lo dispuesto en el artículo 62 de la Ley 167 de 1941 tiene competencia para conocer de él.

Se dice en el indicado auto que durante la vigencia de la Ley 130 de 1913, el Consejo de Estado tenía limitada su competencia a "la revisión de los actos del Gobierno o de los Ministros que no fueran de los que expresamente atribuyó a la Corte Suprema de Justicia el artículo 41 del Acto Legislativo número 3 de 1910", pero que merced a la vigencia de la Ley 167 de 1941, el control jurisdiccional de los actos del Gobierno se amplió de modo expreso por el artículo 62, que facultó al Consejo para conocer, entre otros asuntos, de la acusación de los decretos del Gobierno por motivos de inconstitucionalidad o de ilegalidad; que podría creerse que en presencia del artículo 149 de la Constitución no podía la Ley 167 de 1941 atribuír al Consejo de Estado competencia sobre actos administrativos cuya jurisdicción estaba encomendada a la Corte, sin violar la citada norma constitucional, pero que si se atiende a la época en que fue expedido el Acto Legislativo número 3 de 1910, se llega a la conclusión de que la ley 167 de 1941, lejos de violar la Constitución, se apoyó en su letra y en su espíritu, porque para 1910 se había suprimido el Consejo de Estado por el Acto Legislativo número 10 de 1905, y que posteriormente se restableció por Acto Legislativo de 1914, cuyo artículo 6º confirió al Consejo, entre otras atribuciones, las siguientes:

"..... .....

4º Darse su propio reglamento, con la obligación de celebrar por lo menos tres sesiones en cada semana, **y las demás que le señalen las leyes**". (Subraya el Consejo); y se agrega:

"La ley 167 de 1941, con fundamento en esta norma fundamental, atribuyó al Consejo jurisdicción para conocer de las acusaciones formuladas contra decretos del Gobierno, por razones de inconstitucionalidad, sin que pueda tacharse esta disposición de violatoria del artículo 41 del Acto Legislativo número 3 de 1910, desde luego que un texto constitucional posterior (el Acto Legislativo de 1914), autorizó a las leyes para señalar nuevas atribuciones al Consejo de Estado".

Se sostiene también, en el expresado auto, que el Consejo encuentra, **prima facie**, que "es manifiesta la oposición que existe entre la ley de autorizaciones y el Decreto que se dice dictado en uso de tales facultades", porque en su concepto la Ley 128 de 1941 no autorizó al Presidente de la República para tomar una medida de esa naturaleza; que habiendo excedido el Decreto las normas dadas en las facultades extraordinarias, no puede considerársele "como un Decreto con fuerza material de ley, porque carece de la autorización constitucional que tal medida requiere", sino como un simple Decreto ejecutivo, y que habiendo sido acusado como violatorio del artículo 5º de la Ley 189 de 1938, es procedente la acción ante el Consejo conforme al artículo 66 de la Ley 167 de 1941.

Para resolver se considera:

El Consejo de Estado avocó el conocimiento del negocio de que se viene hablando, conforme al artículo 320 del Código Judicial, desde que el Consejero sustanciador dictó el auto admisorio de la demanda, sin que valga alegar que como tal auto fue suplicado y el recurso no ha sido decidido, no se conoce la resolución definitiva del Consejo, porque dicho auto produce los efectos indicados en el citado artículo 320, mientras no sea revocado.

La guarda de la integridad de la Constitución está confiada, de modo exclusivo, a la Corte Suprema de Justicia, conforme al artículo 149 de ella (41 del Acto Legislativo número 3 de 1910), el cual dispone que corresponde a la Corte, además de las facultades que le confieren ésta y las leyes, la siguiente:

"Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los actos legislativos que hayan sido objetados como inconstitucionales por el Gobierno, o sobre **todas las leyes o decretos** (subraya la Sala) acusados ante ella por cualquier ciudadano como

inconstitucionales, previa audiencia del Procurador General de la Nación".

El inciso 1º del artículo 62 de la Ley 167 de 1941 dice:

"Podrán ser acusados ante el Consejo de Estado o ante los Tribunales Administrativos, según las reglas señaladas en los dos anteriores Capítulos, los decretos, resoluciones y otros actos del Gobierno, los Ministros y demás funcionarios, empleados o personas administrativas, por motivos de inconstitucionalidad o ilegalidad".

Sin que ello implique un fallo de fondo sobre la exequibilidad del artículo 62, ni un prejuzgamiento de la cuestión, la Corte pasa a expresar su concepto relacionado con la interpretación que debe darse a dicho artículo, en cuanto es necesario para estudiar a quién corresponde la competencia para decidir sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de los Decretos — de cualquier clase — dictados por el Gobierno.

Contrayendo el punto a la acusación de los Decretos, el mencionado artículo 62, que no es propiamente atributivo de jurisdicción, no puede interpretarse aisladamente, sino íntimamente relacionado con los artículos 33 y 34 de la misma ley, que son los que fijan las atribuciones del Consejo de Estado en lo referente a la sujeta materia del estudio, y tales dos artículos dicen que corresponde al Consejo como Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, conocer privativamente de los siguientes negocios:

"....

10. De los recursos contenciosos administrativos contra los decretos, resoluciones y otros actos del Gobierno, de los Ministros o de cualquier autoridad, funcionario o persona administrativa del orden nacional, **que pongan fin a una actuación administrativa y que no estén expresamente atribuídos a una jurisdicción distinta**" (subraya la Sala).

De modo que los Decretos del Gobierno que de acuerdo con el artículo 62 podrían ser acusados ante el Consejo de Estado por motivos de inconstitucionalidad, "según las reglas de competencia señaladas en los dos anteriores Capítulos", serían los "que pongan fin a una actuación administrativa y que no estén expresamente atribuídos a una jurisdicción distinta"; pero como sucede que el artículo 149 de la Carta, antes copiado, confirió a la Corte la guarda de la integridad de la Constitución y le atribuyó la competencia para decidir sobre la exequibilidad de todas las leyes y decretos — sin distinción alguna— acusados como inconstitucionales, es decir, atribuyó a una jurisdicción distinta de la del Consejo de Estado el conocimiento de los negocios sobre inconstitucionalidad de todos los decretos dictados por el Gobierno, es de toda evidencia que el artículo 62 de la Ley 167 de 1941 no le dio esa atribución al Consejo.

Para la Corte no es válido, ni tiene fundamentos jurídicos el argumento de que el Acto Legislativo número 3 de 1910 fue expedido cuando estaba suprimido el Consejo de Estado, y de que el Acto Legislativo de 1914, al restablecerlo, dispuso que el Consejo tendría, fuera de las atribuciones allí conferidas, "las demás que le señalen las leyes", porque esa frase, que emplea el constituyente a cada paso para indicar lo que el legislador está autorizado para hacer, no cabe interpretarla en el sentido de que la ley puede expedirse con violación de preceptos constitucionales expresos, sino, por el contrario, respetando el orden constitucional existente y ajustándose a él. Tampoco valdría decir que como el constituyente ordenó al legislador establecer la jurisdicción contencioso-administrativa (artículo 164 de la Constitución, 42 del Acto Legislativo número 3 de 1910), lo facultó para asignarle las funciones que a bien tuviera, porque es entendido que tal establecimiento no podía hacerse sino respetando asímismo el orden constitucional en vigencia.

Ahora bien: si quedare alguna duda al respecto, o si se insistiere en que el artículo 62 de la Ley 167 de 1941 sí le atribuyó jurisdicción al Consejo de Estado para conocer de la acusación de los Decretos del Gobierno, por motivos de inconstitucionalidad, contra lo que dispone expresamente

el artículo 149 de la Carta, se estaría entonces en presencia de un caso de incompatibilidad manifiesta entre la Constitución y la ley, y la Corte tendría que insistir en que ella debe conocer del asunto en referencia, por virtud de lo ordenado en el artículo 150 de aquélla.

Podría decirse también que conforme al artículo 149 del C. J., "cuando haya dos o más Jueces competentes para conocer de un asunto, el primero que aprehende el conocimiento previene e impide a los demás conocer del mismo; pero la Corte entiende que dicho artículo no tiene cabida aquí, porque él se refiere a casos en que hay varios jueces igualmente competentes para conocer de un negocio judicial en virtud de disposiciones de la ley, y no al que, como el presente, tiene un Juez de competencia privativa por mandato constitucional. Además, ese artículo tampoco podría primar sobre el 149 del estatuto fundamental.

Lo expresado hasta aquí comprende toda clase de Decretos dictados por el Gobierno y acusados como inconstitucionales.

Concretando ahora el estudio al Decreto 970 de 1942, se tiene que fue dictado en uso de las facultades extraordinarias conferidas al Presidente de la República por la Ley 128 de 1941, lo que le da carácter extraordinario.

Analizando las diversas clases de Decretos que el Gobierno puede dictar, ha dicho la Corte:

"Decretos con fuerza de leyes, llamados por los comentadores Decretos-Leyes, o Decretos de carácter extraordinario, que son los que dicta el Gobierno en uso de precisas facultades extraordinarias, cuando de ellas lo reviste el Congreso, **pro-tempore**, porque la necesidad lo exija o las conveniencias públicas lo aconsejen (ordinal 9º del artículo 69 de la Carta). Estos Decretos deben dictarse dentro del límite de las facultades concedidas, pero se acepta que tienen el carácter, la fuerza y la virtualidad de las leyes; por ellos pueden reformarse, suspenderse y aún derogarse las leyes existentes que se opongan a los fines para los cuales concedieron las facultades extraordinarias; no necesitan llevar las firmas de todos los Ministros, sino la del Presidente y la del Ministro o los Ministros que representen el ramo correspondiente, y rigen hasta cuando el Congreso, o el Gobierno en uso de nuevas facultades extraordinarias, los modifiquen, suspendan o deroguen. Consideran los tratadistas que en este caso, más que una delegación de funciones, el Congreso, mediante expresa autorización constitucional, amplía las funciones del Organo Ejecutivo, o le atribuye una competencia que sin las facultades extraordinarias no tendría". (Sentencia de 13 de marzo de 1941. Gaceta Judicial números 1966, 1967 y 1968, página 694).

De acuerdo con esto, pueden hacerse dos consideraciones fundamentales:

a) Que si pudiera existir alguna duda —que para la Sala no existe, pues conviene advertir que la opinión en el seno de ella ha sido siempre unánime al respecto— sobre que la Corte tiene competencia privativa para decidir sobre la exequibilidad de los Decretos, en general, dictados por el Gobierno, ya sean de carácter simplemente ordinario o ejecutivo, ya de carácter reglamentario, no hay, ni puede haberla, tratándose como se trata, de un Decreto-Ley, al cual es aplicable la jurisprudencia transcrita, porque sostener que el Consejo de Estado tiene jurisdicción para conocer de la acusación de él por motivos de inconstitucionalidad, sería tanto como afirmar que la tiene para conocer de la acusación de las leyes, por los mismos motivos; y

b) Que un Decreto-Ley, que tiene, como se ha visto, el carácter, la fuerza y la virtualidad de las leyes, y que puede suspender, reformar y derogar las que se opongan a los fines para los cuales se concedieron las facultades extraordinarias, no puede ser acusado como violatorio de la ley.

Esta ha sido, por otra parte, la jurisprudencia del Consejo de Estado. En efecto, en sentencia de fecha 9 de octubre de 1941 dijo:

'Este análisis de los autos lleva al Consejo a la conclusión de **que carece de competencia** para conocer de este negocio. Es sabido que, conforme a una invariable ju-

risprudencia de esta Corporación y de la Corte Suprema de Justicia, no corresponde al Consejo de Estado decidir sobre la inexequibilidad de los decretos dictados por el presidente de la república, por violación de la Constitución, aunque se trate de decretos reglamentarios o ejecutivos, y mucho más cuando, como sucede en el presente caso, se trata de un decreto expedido en uso de facultades extraordinarias.

"Los Decretos-Leyes son leyes, sin otra diferencia que la del órgano que los dicta, lo que quiere decir que corresponde a la Corte Suprema de Justicia fallar sobre la exequibilidad de ellos cuando hayan sido objetados como inconstitucionales, y que **no pueden ser acusados como ilegales, por lo mismo que, como es obvio, no puede haber leyes ilegales**".

Con fundamento en las consideraciones que anteceden y teniendo en cuenta lo dispuesto en los artículos 416 y 417 del Código Judicial, se resuelve:

PRIMERO: Promuévese al Consejo de Estado la competencia positiva para conocer de la exequibilidad del Decreto-Ley número 970 de que se ha hablado.

SEGUNDO: Líbrese despacho al Consejo de Estado, a fin de que esa alta entidad se inhiba de conocer del asunto mencionado y se sirva remitir el expediente respectivo a la Corte. Al despacho se acompañará copia de la solicitud del señor Procurador General de la Nación, del oficio número 116 de fecha 20 de los corrientes, dirigido por el señor fiscal del Consejo de Estado al señor procurador, y del presente auto.

Cópiese y notifíquese.

Aníbal Cardoso Gaitán. — Campos Elías Aguirre. — José Miguel Arango. — José M. Blanco Núñez. — Isaías Cepeda. — Liborio Escallón. — Absalón Fernández de Soto. — Ricardo Hinestrosa Daza. — Fulgencio Lequerica Vélez. — José Antonio Montalvo. — Hernán Salamanca. — Arturo Tapias Pilonieta. — Pedro León Rincón, Srio. en ppd.

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DOCTOR LIBORIO ESCALLON.

El Decreto-ley 970 de 1942 fue acusado, en sendas demandas por los señores Alfredo Vázquez Carrizosa, Francisco Urrutia Holguín y Gerardo Ospina Meló, por considerarlo inconstitucional e ilegal.

El consejero de Estado doctor Escobar Camargo, a quien correspondió conocer de la demanda incoada por el doctor Vázquez Carrizosa, la admitió y suspendió provisionalmente el referido decreto.

En vista de esto el señor Procurador General de la Nación, suscitó la competencia afirmativa ante la Corte, pues sostiene que es a ésta, en conformidad con lo dispuesto por el artículo 41 del Acto Legislativo número 3 de 1910, 149 de la recopilación, a quien compete el conocimiento del negocio, y no al Consejo de Estado no obstante lo dispuesto por el artículo 62 de la Ley 167 de 1941.

La Corte aceptó la competencia positiva propuesta y ordenó librar despacho al Consejo de Estado a fin de que esa entidad se inhiba de conocer del asunto y remita el expediente a la Corte.

El suscrito se aparta, con pena, de lo resuelto por la Corte, y salva su voto, por lo que en seguida expone:

El auto del consejero Dr. Escobar Camargo que admitió la demanda y dictó la orden de suspensión, ha sido suplicado ante el mismo Consejo, y no aparece que éste haya decidido el punto.

Mientras esto no suceda, el auto suplicado no está en firme, y como no se sabe en este momento, si el Consejo de Estado, lo reponga o no, resulta que es prematura la resolución que se dicte al respecto. Supóngase que el Consejo revoque lo decidido por el consejero a **quo**, sería entonces inocua la decisión de la Corte; supóngase que lo confirme, eso demostraría que hasta la fecha de la confirmación, no habría auto en firme, sobre el que pudiera recaer una resolución de competencia.

Es cierto que el artículo 320 del Código Judicial enseña que por la notificación del auto en que se dispone el traslado de una demanda se entiende que el juez asume el conocimiento preventivo del negocio, pero también lo es que cuando ese auto ha sido apelado o suplicado, no está en firme, sino pendiente de la resolución del superior, que puede confirmarlo, revocarlo o reformarlo. La admisión de una demanda, fija en el primer momento la jurisdicción en el juez que la admita, pero esto no significa, que tal jurisdicción quede en firme, cuando el auto ha sido reclamado.

Por regla general, ninguna decisión judicial se cumple, cuando la providencia ha sido reclamada y la Corte ha decidido, que aún en el caso de apelaciones concedidas en el mero efecto devolutivo, el auto apelado no puede cumplirse, cuando su cumplimiento pueda causar gravamen irreparable a alguna de las partes.

Aún más: cuando se admite un recurso de hecho, por el solo hecho de la admisión, no se cumple la resolución judicial, que ha dado origen al recurso, por lo mismo que el superior puede llegar a una decisión contraria a la del inferior.

Vale la pena observar que en guarda de los anteriores principios, el mismo legislador, en el títulos de las **competencias**, en los artículos 418 y 423, parte de la base de la ejecutoria de la decisión, lo cual tiene que ser así, porque un auto apelado o suplicado no puede producir los efectos definitivos, del auto que ya está en firme o ejecutoriado.

Lo pertinente, desde mi punto de vista, hubiera sido esperar la resolución del Consejo de Estado, sobre la súplica propuesta.

Liborio Escallón.

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DOCTOR FULGENCIO LEQUERICA VELEZ.

Con verdadera contrariedad disiento de la decisión adoptada en este incidente por mis ilustrados colegas, por las razones más que todo de naturaleza procesal que paso a exponer someramente.

El artículo 149 de la nueva Codificación Constitucional (41 del Acto Legislativo número 3 de 1910) confía a la Corte Suprema la guarda de la Carta Fundamental, a efecto de conservar el respeto y la permanente operancia de todos sus textos contra extrañas incursiones de los órganos del poder público. Es una función especial y de excelencia constitucional en nuestro derecho político que le otorga esa competencia constitucional privativa e irremediable.

Al dictarse el nuevo código regulador de la jurisdicción contencioso-administrativa (Ley 167 de 1941), el artículo 62 de ese reciente estatuto determina que pueden ser acusados ante los organismos que integran esta rama de la justicia administrativa los decretos, resoluciones y otros actos del gobierno por motivos de incostitucionalidad o ilegalidad.

Parece a primera vista que existe una posible contradicción o incompatibilidad entre los textos constitucional y legal a que antes se ha aludido, que puede conducir quizá a una manifiesta confusión en cuanto a la interpretación y alcance de sus respectivas proposiciones jurídicas, ya que el uno, dotado de más excelente imperio y de interpretación restrictiva, otorga a la Corte la decisión por motivos de inconstitucionalidad contra todas las leyes o decretos acusados ante ella como inconstitucionales; y el otro, como expresión de la voluntad meramente legislativa pero con carácter específico para regular la competencia de los tribunales contencioso-administrativos, consagra la competencia de estos últimos organismos jurisdiccionales para conocer y decidir respecto de la exequibilidad de esos mismos actos.

Planteada esa situación conflictiva la Corte parecía inclinada, antes de acusarse el Decreto Nº 970, a esperar a que algún ciudadano acusara ante ella el mencionado Decreto o directamente el artículo 62 de la Ley 167, para entonces, con toda oportunidad y sin establecer una situación inaceptable de prejuzgamiento, estudiar a fondo y por todos sus aspectos tal conflicto de las dos jurisdicciones y definirlo de una vez por todas con plena competencia, pero dentro del negocio que se la otorgaba y sometía a su decisión irrevocable la probable incompatibilidad jurisdiccional a que viene aludiéndose.

Hace ya varios días que un ciudadano presentó demanda de inexequibilidad del Decreto extraordinario Nº 970, que aplaza para el 11 de este mes la reunión de las Asambleas departamentales y este negocio está en traslado al señor Procurador General de la Nación. Lo prudente y lo que consulta en verdad la naturaleza y los fundamentos de esta clase de procesos de casación constitucional sería esperar a que tal acusación de inexequibilidad del mismo Decreto 970 pasara al estudio de la Sala Plena de la Corte Suprema, para entonces sí estudiar a fondo y por todos sus aspectos el problema y decidir con plena competencia y oportunidad si la decisión sobre inexequibilidad de tal Decreto correspondiente al Consejo de Estado o a esta Corporación.

De esa manera, a la vez que se definía tal cuestión de jurisdicción por su aspecto teórico y doctrinario, se decidía también si el Consejo de Estado debía abstenerse

de seguir conociendo de las demandas que contra el referido Decreto le fueron presentadas por los doctores Francisco Urrutia Holguín, Alfredo Vásquez Carrizosa y Gerardo Ospina Melo. Bien sabido es que la misma Ley 167 de 1941, orgánica de la jurisdicción contencioso-administrativa, consagra que la sola instancia de la Corte es suficiente para decidir ese conflicto de competencia.

Pero hay algo más: otro ciudadano acaba de acusar ante esta Corte la inexequibilidad del artículo 62 de la Ley 167, origen de esta situación conflictiva y ese negocio está en curso. También lo pertinente y lo que consulta un trámite normal desde el punto de vista procesal sería esperar a que el señor Magistrado ponente sometiera a la Sala Plena de la Corte el proyecto de fallo respectivo, para entonces, también con plena oportunidad dictar el pronunciamiento de rigor sobre el tema controvertido.

Pero es que no ha querido esperarse ninguna de esas dos ocasiones para decidir este incidente de competencia, sin preconceptuar sobre la materia.

Con fundamento en las anteriores consideraciones, soy de opinión que ha debido insistirse en esperar ese momento oportuno para proveer en esta petición del señor Procurador y provocar entonces, si tal es el caso, la competencia afirmativa. Hacerlo desde ahora, presentando de una vez y prematuramente las razones y fundamentos que inclinan a la Corte a considerarse con jurisdicción privativa en los negocios de inconstitucionalidad de Decretos ejecutivos de cualquier clase y naturaleza, equivale según mi modesto sentir, a prejuzgar la cuestión que le está sometida en la demanda de inexequibilidad del artículo 62 de la Ley 167. Y como estimo que no debe prejuzgarse nunca sobre ningún negocio que esté ya **sub-judice** ante la Corte, me abstengo de aprobar esa determinación, que por ahora me limito a rechazar respetuosamente en cuanto al procedimiento o modus operandi adoptado, ya que mi opinión sobre el fondo del problema debo aplazarla para cuando se discuta en Sala Plena el proyecto de fallo que nos someterá el señor Magistrado ponente en aquella demanda, doctor Cardoso Gaitán.

A pensar llego, sin que aspire a definir mi criterio sobre el particular, que en difícil situación se colocaría esta Corte si se iniciara un incidente de recusación, caso que ya ha ocurrido en ocasiones recientes, respecto de motivos similares de pre-conceptos.

Son éstas las únicas razones que en la situación en que me hallo colocado me es permitido exponer para disentir de mis apreciados colegas.

(Fdo.)

Fulgencio Lequerica Vélez

SALVAMENTO DE VOTO

He salvado mi voto al suscribir el auto por medio del cual resuelve la Corte promover competencia afirmativa al Consejo de Estado para conocer de unas demandas presentadas ante esta última entidad contra el Decreto del Gobierno que dispuso aplazar la reunión de las Asambleas departamentales. Para ello me fundo en las siguientes razones:

La providencia de la Corte es, por lo menos, prematura, como lo demuestra con meridiana claridad mi ilustrado colega doctor Liborio Escallón en su salvamento de voto, puesto que no hay auto en firme del Consejo de Estado y, antes bien, contra el que dictó uno de los señores Consejeros sobre admisión de la demanda se interpuso recurso de súplica que debe ser fallado por la Sala de Decisión y así, todavía no sabemos si el Consejo de Estado resolverá aprehender en firme el conocimiento del asunto o nó.

Dicho sea de paso que en el trámite de las demandas de inexequibilidad no pueden suscitarse hoy incidentes distintos de los que versen sobre impedimentos y recusaciones. Así lo manda categóricamente el artículo 3º de la Ley 96 de 1936, disposición que tuvo por objeto acabar con los incidentes de acumulación o reunión de demandas que en tiempo anterior demoraban o enredaban el procedimiento de inexequibilidad. Si en virtud de dicha ley ya no es posible reunir dos demandas pendientes en la Corte contra un Decreto, parece anómalo reunir o acumular la que cursa ahora en la Corte con otras que se van a traer del Consejo de Estado y que son heterogéneas como adelante se verá.

Prescindiendo de considerar, por el momento, si el artículo 62 del nuevo Código sobre jurisdicción contencioso-administrativa (Ley 167 de 1940) pugna o nó con lo dispuesto por el artículo 149 de la Constitución, es lo cierto que nadie ha puesto en duda la competencia del Consejo de Estado para conocer de acusaciones que por motivos de ilegalidad se promuevan contra decretos del gobierno.

El doctor Alfredo Vásquez Carrizosa acusó ante el Consejo de Estado el Decreto número 970 de este año como violatorio de las Leyes 189 de 1938 (artículo 5º) y 128 de 1941 (artículo 16); aun cuando también lo impugna por motivos de incostitucionalidad, no puede remitirse a duda que el decreto está acusado por ser ilegal en concepto del demandante.

Ante la Corte se halla pendiente una demanda de inconstitucionalidad contra el mismo Decreto número 970; y ante el Consejo de Estado está pendiente la demanda del mismo decreto por ilegalidad y también por motivos de inconstitucionalidad. Si por este último aspecto no corresponde el conocimiento al Consejo de Estado, como lo dice la Corte en el auto que precede, la acusación de ilegalidad sí es de la exclusiva competencia del Consejo.

Por cierto que mi honorable colega doctor Lequerica Vélez observa con toda la razón en su salvamento de voto que estando acusados ante la Corte como inconstitucionales tanto el artículo 62 de la Ley 167 de 1940 como el Decreto 970, sería más lógico y también más prudente fallar en el fondo, sobre una de esas dos demandas, esta trascendental cuestión, en vez de apresurarse a decidirla en un breve incidente de competencia con peligro de obrar tal vez con ligereza.

Dice la mayoría de la Corte: "un decreto-ley que tiene, como se ha visto, el carácter, la fuerza y la virtualidad de las leyes, y que puede suspender, reformar y derogar las que se opongan a los fines para los cuales se concedieron las facultades

extraordinarias, no puede ser acusado como violatorio de la ley".

A propósito que esta tesis valdría la pena de hacer algunos reparos y aclaraciones; pero como no se trata ahora de una sentencia de fondo, tampoco es la oportunidad de intentar un estudio acerca de este punto concreto ni sobre el origen, la naturaleza, la denominación y el alcance de los actos del gobierno que hemos venido llamando decretos-leyes. Por el momento la cuestión se concreta a saber si es legal y jurídico que la Corte promueva competencia al Consejo de Estado con el fin de asumir simultáneamente el conocimiento de la demanda de inconstitucionalidad y de las demandas de ilegalidad promovidas contra el Decreto número 970.

Me parece innegable que acusado un decreto ante el Consejo de Estado como ilegal, es a esta entidad y no a la Corte a quien corresponde decidir si el decreto acusado es ilegal, si es legal o si la acusación por ilegalidad resulta improcedente dada la índole del decreto.

Laudable que la Corte defiende sus prerrogativas constitucionales y reclame la jurisdicción que le es propia y aun privativa; pero sería más discreto por parte de ella que eso se hiciera a propósito de un fallo de fondo y no en el afán de un auto de sustanciación fundado en tres supuestos no demostrados todavía:

a) Que el auto de admisión de la demanda por el Consejo de Estado está en firme, siendo así que no lo está;

b) Que el artículo 62 de la Ley 167 de 1941 es inexequible, postulado del cual no puede partir la Corte, según el parecer del mayor número de sus magistrados, mientras no se pronuncie sobre la inexequibilidad de tal disposición, acusada como está por inconstitucional, ante la misma Corte; y

c) Que el Decreto Nº 970 es un decreto-ley dictado en virtud de facultades extraordinarias, postulado éste con el cual también se prejuzga en cierto modo acerca de uno de los puntos que la Corte deberá considerar a propósito de la demanda de inconstitucionalidad promovida ante ella contra dicho decreto. Sería mucho mejor no tener que basar en esas tres suposiciones el auto que ordena pedirle al Consejo de Estado la remisión de unas demandas de las cuales le toca conocer por tratarse de acusación, fundada en motivos de ilegalidad, contra un decreto.

El hecho de que la Corte Suprema sea la más alta corporación de justicia en Colombia, no implica un orden de jerarquía o subordinación que haga del Consejo de Estado una entidad inferior a ella: las dos ejercen con autonomía y en distintas órbitas sus funciones de manera que la jurisdicción privativa de la Corte para fallar sobre las demandas de inconstitucionalidad contra decretos del gobierno no la autorizan para sustraer del conocimiento del Consejo de Estado las demandas que ante dicha corporación se propongan, por motivos de ilegalidad, contra aquellos decretos.

No se justifica que la Corte se apresure a quitarle al Consejo de Estado el conocimiento de un asunto por el temor de que éste pueda equivocarse al dictar su fallo. Estoy seguro de que el Consejo de Estado, ante una posible colisión entre la Carta Fundamental y una ley ordinaria sabrá tomar la determinación más elevada y jurídica, a fin de no invadir la órbita de la Corte. Pero conceptúo que ésta, a su vez, debe observar los más nimios miramientos respecto de la jurisdicción privativa que tiene el Consejo de Estado para conocer de las demandas de ilegalidad propuestas contra decretos del Gobierno.

Dejo así expuestos los motivos por los cuales me he visto, en este incidente u ocasión, en la penosa necesidad de salvar mi voto.

José Antonio Montalvo

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO TAPIAS PILONIETA

Los motivos legales que me llevaron a votar negativamente la resolución de la Corte en que le provoca competencia positiva al Consejo de Estado para conocer de la exequibilidad del decreto número 970 del 15 de abril pasado, están ya amplia y sólidamente expuestos en los salvamentos de voto que preceden, por lo cual sería redundante que yo los repitiese.

Solo agrego:

La Corte dice que sin que ello implique un fallo de fondo sobre la exequibilidad del artículo 62 de la Ley 167 de 1941, ni un prejuzgamiento de la misma cuestión, expresa sus ideas sobre la competencia del Consejo de Estado, según lo estatuído en el mismo precepto. Pero resulta que la exposición que viene en seguida de esta advertencia no es otra cosa que un prejuzgamiento respecto de la materia que la Corte quiso eludir.

Y en tamaña contradicción tenía que incidir la Corte, aceptando el incidente de competencia. Precisamente, a fin de evitar el hecho de que la corporación tuviera que pronunciarse prematuramente y en indebida oportunidad, acerca del tema de la constitucionalidad del artículo 62, fue lo que nos movió a pedir que se rechazara el incidente de competencia, ya que en pro de la tesis militaban razones legales. No lo conseguimos. En cuyo propósito el grupo de magistrados disidentes fue consecuente y lógico con el ánimo que antes de la acusación del decreto 970 se estaba formando y tomando fuerza en la mayoría de los señores magistrados, de posponer toda consideración acerca de la constitucionalidad y significado del artículo 62 del nuevo código contencioso, hasta el momento más oportuno y que ya se veía próximo, de que la Corte, con motivo de la demanda directa de dicho artículo, que precisamente en esos días se presentó por algún ciudadano, tuviera la ocasión de decidir en su integridad los problemas suscitados por la aplicación de la nueva disposición. Inclinábase la Corte, o por lo menos la mayoría de sus miembros, a pensar, —y esto con ocasión de la discusión de un proyecto que había presentado uno de los señores magistrados respecto de la demanda de un decreto, en que como cuestión previa se suscitó la cuestión de competencia de la Corte, originada en lo que ahora prescribe el artículo 62, —que cuestión tan trascendental y compleja no debía prejuzgarse, pues si en asuntos civiles ordinarios es cuerdo no emitir fallos anticipados, lanzando preconceptos que luégo comprometan la libertad del juzgador, en tratándose de la función de control constitucional que a la sala plena le compete, ésta debe ser todavía más cauta, dada la naturaleza de su misión para cuyo ejercicio solo tiene competencia excepcional y debe cumplirla por una sola vez en cada materia mediante fallos de carácter especial y definitivos.

Empero, el justo y natural reato de prejuzgar, que abrigaba la sala, al que también se refiere el magistrado doctor Lequerica en su salvamento, y que no había permitido avanzar demasiado en el estudio del otro proyecto a que me referí, repentinamente lo abandona la Corte con ocasión del decreto 970. Se acepta entonces rápidamente el incidente promovido por el señor procurador, con el natural resultado de que cuestión tan delicada como es el aspecto constitucional del artículo 62 del nuevo código contencioso, queda decidida por la Corte en un simple auto interlocutorio, lo cual me parece irregular, cuando menos.

Arturo Tapias Pilonieta

RECUSACION DE MAGISTRADOS EN ASUNTOS REFERENTES A DEMANDAS SOBRE INEXEQUIBILIDAD DE LEYES O DECRETOS

Corte Suprema de Justicia — Sala Plena— Bogotá, mayo quince de mil novecientos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Campo Elías Aguirre).

A causa de que la Sala Plena no admitió el proyecto que presentara el señor Magistrado sustanciador para fallar esta controversia accidental, al Magistrado que en turno sigue por orden alfabético le toca hacer hoy las veces de ponente.

Recusó el señor Procurador General de la Nación al Conjuez doctor Jorge Arturo Andrade por creer que lo afecta la causal que en primer término señala el art. 4º de la Ley 96 de 1936: "...haber conceptuado el Magistrado sobre la constitucionalidad de la disposición acusada..."

El escrito de recusación se halla concebido así:

"Tengo el honor de comparecer ante esa Honorable Sala Plena para referirme a la demanda de inexequibilidad propuesta por el señor doctor Carlos Bravo sobre las leyes que regulan la situación jurídica del Colegio Nacional de San Bartolomé, y para someter a vuestra ilustrada decisión lo que a continuación formulo.

Procedente de la Secretaría General de la Presidencia de la República presento a vosotros la copia adjunta del memorial que con fecha 10 de febrero de 1941 dirigió conjuntamente con el doctor Francisco de P. Pérez el señor doctor José Arturo Andrade al señor Presidente de la República.

"En concepto de altas entidades de prestigio moral irrecusable y en la muy modesta pero sincera opinión mía, el memorial en referencia dirigido por el doctor José Arturo Andrade al señor Presidente de la República contiene claros y expresos conceptos de aquel respetable jurista acerca de la condición jurídica del Colegio de San Bartolomé, en grado no inferior a las opiniones que hubieran podido emitir los honorables señores Magistrados titulares que para ponerse en paz con su conciencia de ciudadanos eminentes y de Jueces imparciales, se han manifestado impedidos y se han separado del conocimiento en el mencionado asunto.

"La igualdad de circunstancias legales y morales que en el presente caso se confronta entre la situación del señor doctor Andrade y la de los señores Magistrados inhibidos, me coloca en el penoso pero ineludible caso de proponer concreta y formal objeción a la intervención de tan distinguido Conjuez.

"Así, pues, con base en el documento que presento y con apoyo en la aplicación que esa Honorable Sala Plena le ha dado al artículo 4º de la Ley 96 de 1936 —no sólo en el mismo caso del Colegio de San Bartolomé sino en otro anterior— solicito respetuosamente que se abra y adelante esta recusación conforme a los trámites correspondientes del parágrafo 2º del capítulo 6º, título XII del libro 2º del Código Judicial".

Sorteado Conjuez el doctor Andrade el día 18 de octubre de 1941 y posesionado de su cargo el 24 de esos mes y año, ya desde el 10 de febrero de 1941, es decir, cuando no era Conjuez en ejercicio, había suscrito, junto con el doctor Francisco de P .Pérez, un memorial que ambos enviaron al señor Presidente de la República en orden a las Leyes 44 de 1928 y 110 de 1937, memorial cuya síntesis es la del penúltimo párrafo en donde los doctores Pérez y Andrade rotundamente afirman:

"La Compañía de Jesús tiene derecho a mantener el nombre del Colegio de San Bartolomé, sin solución de continuidad,

como denominación de la entidad histórica que no ha desaparecido y cuya existencia confirmó el legislador colombiano en los dos años arriba citados".

Sea cual fuere la índole o naturaleza del Colegio de San Bartolomé, en derecho y a través de la historia, lo cierto es que con el carácter de punto esencial ha figurado en casi todos los debates de la Sala el importante tema de si aquel instituto puede o no ser susceptible de una desintegración de sus tres componentes primordiales que son **nombre, colegio** o **finalidad** y **edificio**, tema inseparablemente unido al estudio de la constitucionalidad o de la inexequibilidad de las Leyes 44 de 1928 y 110 de 1937, materia de la demanda que instauró el doctor Carlos Bravo.

Y porque tal aseveración rompe la posible unidad jurídica de los tres elementos integrantes del instituto, considera la Sala que ella constituye un prejuicio del doctor Andrade, anticipadamente vinculado a una fundamental cuestión que la Corte ha venido discutiendo en estrecha conexión con el problema constitucional de la demanda del doctor Bravo.

Y más aun. En su solicitud al señor Presidente de la República escribieron los doctores Andrade y Pérez:

"La Corte Suprema dictará su fallo de fondo para saber si son o no exequibles las disposiciones legales que ante élla fueron acusadas: **Nuestras ideas al respecto son bien conocidas**". (Subrayos de la Sala).

Como se ve, el doctor Andrade, con anterioridad al ejercicio de su cargo de Conjuez en este negocio, había hecho conocer o comunicado a otros su dictamen o concepto tocante al problema de la inconstitucionalidad de las Leyes 44 de 1928 y 110 de 1937, según él mismo lo asevera.

Y en atención a la categoría mental del doctor Andrade y a su intensa y extensa versación de jurisconsulto, no es dable conjeturar que su concepto fue ligero y sin apoyo en un estudio propio de sus grandes méritos de abogado, y mucho menos se puede suponer, precisamente por esos mismos grandes méritos, que él se limitase a suscribir, no compartiéndolas, las ideas del doctor Pérez en la frase copiada.

Pero ocurre que el doctor Andrade de modo enfático niega haber emitido opinión de ninguna especie sobre lo principal del litigio, y añade que no se ha "formado concepto alguno en relación con el problema jurídico".

Puesto que el doctor Andrade acepta la paternidad conjunta con el doctor Pérez del memorial al señor Presidente de la República, no sería legal, y no lo es, que las explícitas manifestaciones del doctor Andrade quedaran desvirtuadas por medio de una posterior negativa que en derecho nada vale aun cuando el criterio puramente moral sí la haga digna de crédito.

Alega el señor Procurador:

"La tacha opuesta por mí a la intervención del doctor Andrade no se basa en frases o conceptos aislados del memorial que él y el doctor Francisco de P. Pérez dirigieron al señor Presidente de la República y que obra como prueba de este incidente. Mi recusación se funda en la totalidad de dicho escrito, por la naturaleza esencial de la tesis sustentada por el mismo y que está íntimamente ligada a la integridad del problema planteado en la demanda. No veo la razón para que el punto tratado por el doctor Andrade en el referido memorial pueda considerarse independientemente del problema global que entraña la demanda sobre la situación jurídica del Colegio Nacional de San Bartolomé, siendo como es evidente que ese punto está encarnado en la situación jurídica y compleja que está sometida a la decisión de la Honorable Corte. Salvo que el doctor Andrade tenga formada la certidumbre de que el tema sustentado por él en el prenombrado memorial está descartado de lo que es materia de estudio y resolución del Supremo Cuerpo de Justicia. Y esto sería por sí solo un prejuzgamiento no sólo en la actitud mental y moral del señor Conjuez, sino también en lo que está reservado —y debe permanecer reservado— sobre la manera como la Corte desate el problema.

"Y por el reverso de la cuestión, es también indudable que si el doctor Andrade ha considerado y considera que la Ley 110 de 1937 creó una situación jurídica irrevocable en cuanto a la propiedad del edifi-

cio, independientemente del nombre original del colegio, es también indudable que el doctor Andrade ha prejuzgado sobre el punto fundamental de la demanda, que reclama para la Compañía de Jesús la propiedad sobre el edificio. Y conste que esto lo observo en garantía de la imparcialidad con que el juzgador debe examinar las pretensiones de la demanda, al igual que los fundamentos que contra ella se opongan, como lo ha hecho esta Procuraduría en defensa de los intereses de la Nación.

"Omite el doctor Andrade hablar de la carta que el reverendo Padre Francisco Javier Mejía L., dirigió al señor Presidente de la República con fecha 25 de marzo de 1941, así como también del memorial que el mismo respetado sacerdote elevó al Ministerio de Educación Nacional. Esos documentos se apoyan en el concepto emitido por el doctor Andrade ante el señor Presidente de la República y reafirman la subsistencia de una cuestión que —aunque literalmente se exprese lo contrario— es parte esencial del problema sujeto a fallo de la Honorable Corte".

A reforzar la certidumbre que tiene la Sala sobre el hecho de que el doctor Andrade ha emitido preconcepto en cuestiones que están **sub judice** ante la Corte, contribuyen los siguientes datos que ofrece el expediente acerca de opiniones y actividades del señor Conjuez doctor Andrade en torno del asunto debatido.

El doctor Andrade y el doctor Pérez empiezan por decirle al señor Presidente de la República:

"En varias ocasiones nos ha correspondido el honor de intervenir, ante su Excelencia, en el estudio de diversos puntos vinculados a la Ley 110 de 1937..."

Y el señor Presidente entre otras cosas les contesta:

"Es de todos sabido que en el litigio que se adelanta ante la Corte Suprema de Justicia se ventila una cuestión muy compleja, que el Gobierno no quiere prejuzgar en sentido ninguno, ni impidiendo a los Padres Jesuítas el uso de un nombre al que se consideran con derecho, ni prescindiendo por su parte de un nombre tan íntimamente vinculado a la historia nacional..."

Y, finalmente, el H. P. Francisco Javier Mejía L. S. J., "Rector del Colegio de San Bartolomé", envía al señor Presidente de la República copia de un memorial elevado al señor Ministro de Educación Nacional, cita la nota de los doctores Andrade y Pérez al señor Presidente, y en el oficio al Ministro **expone:**

"Mi condición de Rector me obliga, en todo tiempo, a velar por la integridad del instituto que me ha sido encomendado y por eso hube de solicitar **nuevo estudio** de los doctores Pérez y Andrade, quienes reafirman plenamente su concepto de que la Compañía de Jesús tiene derecho, prescindiendo de lo que se ha sostenido y se sostiene respecto al edificio mismo, como propiedad de la **Fundación**, a usar el nombre de COLEGIO DE SAN BARTOLOME no como establecimiento nuevo sino como es en realidad la misma entidad histórica reconocida por las Leyes". (Subrayó la Corte).

Por tanto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala Plena R E S U E L V E:

1º—Está probada la causal de recusación que propuso el señor Procurador General de la Nación contra el Conjuez doctor José Arturo Andrade;

2º—En consecuencia, se declara al doctor Andrade separado del conocimiento de la acción pública de inexequibilidad de las Leyes 44 de 1928 y 110 de 1937; y

3º—Procédase al sorteo del Conjuez que ha de reemplazar al doctor José Arturo Andrade.

Notifíquese.

Aníbal Cardoso Gaitán. — Campo Elías Aguirre.—Liborio Escallón.—Fabio Hernández.—Ricardo Hinestrosa Daza.—Hernán Salamanca. — Fulgencio Lequerica Vélez. — José Antonio Montalvo. —Arturo Tapias Pilonieta. — Eduardo Zuleta Angel. Francisco Samper Madrid. — Pedro León Rincón, Srio. en pdd.

SALVAMENTO DE VOTO

De los señores Magistrados Escallón, Lequerica, Montalvo y Tapias Pilonieta y del señor conjuez Zuleta Angel.

No oímos en el curso de las sesiones durante las cuales se discutió sobre la recusación del doctor José Arturo Andrade, ni hemos podido encontrar en la parte motiva del auto aprobado por un voto de mayoría, un solo argumento que desvirtúe las sólidas razones que, desde el primer momento, presentó a la consideración de la Corte, en el primitivo proyecto de fallo, el señor magistrado sustanciador, doctor Tapias Pilonieta, para demostrar que legalmente no podía prosperar la recusación propuesta por el señor procurador contra el doctor José Arturo Andrade. Más aún: como puede verse confrontando el auto aprobado por la mayoría de la sala con el presente salvamento de voto, cuyo contenido es, en sustancia, el del proyecto de aquel magistrado, dicha mayoría no se dignó estudiar y considerar las razones insistentemente expuestas para sostener que no se debía admitir la recusación.

Por ello nos vemos obligados a salvar el voto y a explicar, con el respeto debido a la mayoría de la sala, las razones de todo orden en que nos apoyamos para afirmar que no ha debido prosperar la recusación y que la doctrina sentada en el fallo implica una interpretación de la Ley 96 de 1936 incompatible con la letra, con la finalidad, con los orígenes, con el objeto y con el espíritu de las disposiciones en ella contenidas.

Rindiéndole un merecido homenaje a la tradición secular de pulcritud y probidad de los miembros de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, el legislador de 1936, en la Ley 96, estableció de modo clarísimo que en lo sucesivo no constituirían causales de impedimento y recusación, en los asuntos sobre inexequibilidad de leyes y decretos, todas las enumeradas por el artículo 435 del Código Judicial, y que sólo podrían los magistrados y conjueces declararse impedidos o ser recusados por alguna de las cuatro taxativamente enumeradas en el artículo 4º de la ley precitada, las cuales no pueden, por ende, aplicarse por analogía, ni con criterio extensivo, sino que, por el contrario, tienen que ser interpretadas con el criterio esencialmente restrictivo que imponen los antecedentes de la ley, su letra, su objeto, su finalidad, y la base de que se partió al dictarla que fué la de que se podía tener una justificada confianza en la honorabilidad de los miembros de la más alta corporación judicial de la república.

Acontecía, antes de la Ley 96, que con frecuencia llegaba a ser poco menos que imposible integrar la sala plena que debía ejercer la alta función constitucional a que la Carta se refiere en el artículo 149 (41 del Acto Legislativo Nº 3 de 1910), porque, por la índole misma de los asuntos sobre los cuales debía proferir decisiones esa sala, resultaba que no sólo muchos de los magistrados sino gran parte de los conjueces se consideraban comprendidos en algunos de los casos previstos por el citado artículo 435, ya por tener algún remoto o indirecto interés en el asunto debatido, ya por relaciones de familia con quien aparecía como demandante, ya por antiguas o actuales relaciones de carácter profesional con éste, ya por sentimientos de amistad o enemistad con el acusador de la ley o del decreto. De esta suerte las cuestiones sobre inexequibilidad sufrían largas dilaciones e interminables demoras, de todo punto de vista inconvenientes,

pues no se podía tener al país por años y años en completa incertidumbre sobre la validez o invalidez de disposiciones que muchas veces afectaban en general a todos los ciudadanos.

Así, con el fin de que no se entorpeciera la marcha de los juicios de inexequibilidad con incidentes constantes de impedimentos y recusaciones; con el objeto de que no se aplicara en esos casos un sistema concebido para los litigios comunes y corrientes, en que hay dos partes enfrentadas, pero que resultaba inadecuado en la lucha impersonal contra la ilegalidad que presupone una acusación de inconstitucionalidad, y sobre la base de que no podía establecerse una especie de presunción de prevaricato contra los magistrados y conjueces de la Corte, el texto citado restringió y limitó la causales de impedimento y recusación, en todos los casos en que se ejercitara la función constitucional establecida por el artículo 41 del Acto Legislativo Nº 3 de 1910, a estas cuatro:

a). Haber conceptuado el magistrado sobre la constitucionalidad de la disposición acusada;

b). Haber dictado el magistrado dicha disposición;

c). Haber sido el magistrado miembro del congreso que la dictó;

d). Estar el magistrado dentro del cuarto grado de parentesco de consaguinidad o segundo de afinidad con el demandante o con su apoderado.

En el presente caso solo es pertinente el estudio de la primera de las causales enunciadas.

De la intención misma del precepto y de los fines con que fue dictado se infiere que la causal en referencia existe cuando el concepto emitido es el producto o la conclusión de un previo estudio del aspecto constitucional de la disposición acusada. Es decir, cuando la conciencia ha adquirido ya la respectiva convicción jurídica en torno a aquel aspecto, convicción a la que se ha llegado mediante el necesario proceso crítico de la mente que ha considerado los aspectos de pro y de contra de la tesis adoptada. En este caso es natural que el magistrado se encuentre impedido: habiendo dictaminado a fondo, antes de llegar a la Corte, sobre la cuestión jurídica qe deba resolver como juez, y teniendo ya definido su criterio en determinado sentido, se le colocaría en posición intelectual incómoda y peligrosa, obligándolo a sentenciar una controversia, en la que, de palabra o por escrito, tomó parte activa, propugnando determinada tesis en relación con el problema constitucional de la respectiva ley.

El aserto anterior se reafirma considerando las otras dos causales análogas a la que se estudia, por inspirarse en idéntico criterio, autorizadas en la misma ley: haber dictado la disposición acusada y haber sido miembro del congreso que la dictó. En el primer caso es el propio autor de la norma el impedido; desde que la concibió y le dio desarrollo, tuvo necesariamente que haber examinado la conformidad de ella con la constitución, y de ahí que le sea vedado conocer luégo como conjuez de la respectiva acusación de inexequibilidad; y en el segundo caso se trata de que el juez, antes miembro del congreso que discutió y dictó la ley, cuando la votó afirmativa o negativamente, fue porque, respecto de ella, tuvo que haberse formado un criterio orientado en determinado sentido, de conveniencia o inconveniencia, de constitucionalidad o inconstitucionalidad.

En cambio no se ve razón para basar un impedimento en el hecho de que incidentalmente, y sin el previo y especial estudio de la cuestión, se haya expresado una simple opinión favorable o desfavorable a la constitucionalidad del acto acusado. Porque entonces evidentemente no hay todavía verdadero juicio formado de manera definitiva que le impida al magistrado acometer el estudio del problema planteado por sentirse ligado a la tesis jurídica que con anterioridad encontrara ser la única cierta. En tal caso no se trataría de haber conceptuado como jurista acerca del problema de derecho en discusión; se trataría de impresiones más o menos vagas que cualquiera, aún sin ser jurista, puede manifestar, por lo mismo que no han sido

el resultado en que culmina el estudio crítico completo del abogado que ha querido colaborar en la investigación de la verdad científica, esforzándose por defender, ya la tesis de la armonía o ya la del desacuerdo de la ley sub judice con la constitución.

En el caso del doctor José Arturo Andrade ni siquiera se ha comprobado que él hubiera emitido una de estas opiniones de carácter preliminar, expuestas a reserva de un estudio detenido de la cuestión.

El memorial suscrito por los doctores Francicso de Paula Pérez y José Arturo Andrade, invocado por el señor procurador como fundamento esencial para recusar a este último, no contiene concepto alguno sobre la constitucionalidad de las leyes 44 de 1928 y 110 de 1937.

Los autores del memorial se limitan a una labor de interpretación de esas leyes en orden a obtener el cumplimiento completo de ellas, sin exponer concepto alguno sobre la constitucionalidad de esos textos y sin ensayar siquiera una labor de confrontación entre el contenido de las leyes en referencia y los artículos constitucionales que han sido señalados por el demandante como violados por ellas.

Más aún: los autores del memorial advierten de manera expresa que el punto a que él se contrae no es objeto de la controversia judicial en curso. Al efecto ellos dicen: "El punto a que este memorial se contrae no es objeto de la controversia judicial en curso. El legislador lo definió de modo inequívoco".

No hay por tanto ni el más remoto fundamento para que prospere la recusación formulada por el señor procurador contra el doctor Andrade. Para que ella prosperara habría sido necesario que el procurador demostrara y no demostró que el doctor Andrade había conceptuado sobre la constitucionalidad de las leyes 44 de 1928 y 110 de 1937. El documento con el cual pretendió el señor procurador hacer esta demostración y acoge el fallo es un documento con el cual lo único que se prueba es que el doctor Andrade expuso su concepto sobre la interpretación de tales leyes, cosa perfectamente distinta del concepto que el doctor Andrade pueda tener acerca de la constitucionalidad de ellas.

Todo jurista, para pedir la aplicación de una ley o para aplicarla, la interpreta, es decir indaga su sentido y alcance y fija su contenido exacto. Pero generalmente se detiene ahí, porque la labor de interpretación no conlleva necesariamente, ni siquiera habitualmente, la labor distinta y subsiguiente de confrontación de la ley con los textos constitucionales pertinentes para decidir si está o no de acuerdo con éstos.

Se ha dicho por el señor procurador y por la mayoría de la sala: a) que hay tan íntima relación entre la labor de la interpretación de la ley y el concepto que se tenga sobre la constitucionalidad de ella, que el memorial del doctor Andrade, por cuanto contiene las ideas de éste sobre el modo como deben interpretarse las leyes 44 y 110, puede ser tenido como un concepto, al menos indirecto, sobre la constitucionalidad de tales leyes; b) que una de las cuestiones a las cuales se refiere el doctor Andrade en su memorial es la del nombre del Colegio y que ésta ha sido una de las cuestiones fundamentales sobre que han versado las discusiones de la Corte; c) que hay en el precitado memorial del doctor Andrade una frase que puede tomarse como una confesión de éste en el sentido de que en otras ocasiones conceptuó sobre la constitucionalidad de las leyes citadas, y d) que el señor doctor Andrade, en el segundo párrafo del memorial dirigido al Presidente de la República, afirma que le ha correspondido el honor de intervenir, ante el primer mandatario de la república, en el estudio de diversos puntos vinculados a la Ley 110 de 1937 y que, por su parte, el R. P. Francisco Javier Mejía, Rector del Colegio de San Bartolomé, en nota dirigida al señor Ministro de Educación Nacional asevera que hubo "de solicitar nuevo estudio de los doctores Pérez y Andrade, quienes reafirman nuevamente su concepto de que la Compañía de Jesús tiene derecho, prescindiendo de lo que se ha sostenido y se sostiene respecto al edificio mismo, como propiedad de la fundación, a

usar el nombre del Colegio de San Bartolomé".

1.—Respecto del primero de estos razonamientos, ya está explicado que una cosa es interpretar la ley y otra conceptuar sobre su constitucionalidad. Si bien es verdad que para conceptuar sobre la constitucionalidad de una ley ha debido ésta previamente ser interpretada, no es menos cierto que el jurista puede limitarse y se limita en la mayor parte de los casos a la labor de interpretación, sin pasar a la labor subsiguiente del estudio de la constitucionalidad de la ley. Esta segunda labor es completamente diferente de la primera. Interpretada la ley, en orden a la aplicación de ella, el jurista puede abstenerse y se abstiene generalmente de entrar a confrontar el contenido de la ley con los textos constitucionales.

2.—Por lo que respecta al segundo razonamiento, bien claro está que las consideraciones que hace el doctor Andrade sobre el nombre del Colegio de San Bartolomé son consideraciones que pertenecen todas a la misma labor de interpretación de las leyes citadas y no consideraciones que se relacionen con el fondo mismo del problema concerniente a ese nombre. En otras palabras: el doctor Andrade no está en ese memorial discurriendo sobre el nombre desde el punto de vista de los orígenes del instituto, de su fundación, de su historia, de su desarrollo, de las diversas situaciones jurídicas por las cuales haya podido atravesar, etc. El doctor Andrade no se refiere al nombre del Colegio de San Bartolomé, en su memorial, sino desde el punto de vista de la interpretación y del contenido de las leyes 44 y 110, sin anticipar concepto sobre la cuestión de si ese contenido, por lo que respecta al nombre del Colegio, es o no constitucional y está o nó de acuerdo con los derechos que se hayan podido adquirir o con las situaciones jurídicas que se hayan podido crear antes de las leyes mencionadas.

Reproduce la mayoría de la sala, en el auto aprobado por ella, el penúltimo párrafo del memorial dirigido por los doctores Pérez y Andrade al señor Presidente, para sacar de él la conclusión de que el doctor Andrade conceptuó sobre el derecho de la Compañía de Jesús en relación con el nombre del Colegio de San Bartolomé y que en consecuencia está impedido para intervenir como magistrado en la cuestión relativa a la inconstitucionalidad de las leyes 44 de 1928 y 110 de 1937, por la posibilidad de que en el fallo que se dicte en relación con éstas, tenga que ocuparse la Corte de la cuestión referente al nombre del Colegio de San Bartolomé.

Pero basta ver los párrafos anteriores del mismo memorial y especialmente el que reza que "el punto a que este memorial se contrae no es objeto de la controversia judicial en curso" porque "el legislador lo definió de manera inequívoca" y "reconocerlo y declararlo así es función propia del supremo encargado de cumplir y de hacer cumplir las leyes", para poder constatar, con toda certidumbre que las opiniones emitidas por el doctor Andrade sobre el asunto del nombre del Colegio de San Bartolomé, nada tiene que ver con la constitucionalidad misma de las leyes sino que son simplemente el resultado de una labor de interpretación de ellas, en orden a su cumplimiento. El doctor Andrade se limita a constatar que esas leyes le atribuyeron a la Compañía de Jesús el derecho de mantener el nombre del Colegio de San Bartolomé, y pide que en esa parte se cumplan las leyes, como se cumplieron en los demás, pero no anticipa concepto sobre el punto, que es el que puede ser materia del fallo, de si el legislador tuvo razón y obró conforme al derecho objetivo y conforme a las situaciones jurídicas existentes antes de las leyes, al disponer que la Compañía de Jesús tenía el derecho de usar ese nombre.

3.—En lo que atañe al tercero de los razonamientos aludidos basta reproducir, para que se vea que ella no puede tomarse como una confesión sobre el hecho de que el doctor Andrade hubiese conceptuado sobre la constitucionalidad de las leyes, lo que éste dijo para explicar la frase en que se hace una equívoca alusión a ideas cono-

cidas sobre el punto de la constitucionalidad:

"El ilustre publicista doctor Pérez, quien redactó el memorial, ha expresado muchas veces sus ideas sobre el particular; pero sucede lo mismo conmigo que, puedo declarar con toda verdad, que no he leído siquiera las piezas del expediente de este juicio, ni he emitido opinión de ninguna especie sobre el problema, ni tengo formado concepto alguno en relación con el problema jurídico. Y como las ideas no son contagiosas no veo cómo pudiera yo ser tachado por lo que el doctor Francisco de P. Pérez haya opinado o escrito sobre la cuestión que se debate.

"En ninguna ocasión, repito, he emitido concepto ni expresado ideas sobre el problema suscitado con la demanda de las leyes referentes al Colegio de San Bartolomé; y respetuosamente reto al señor procurador para que pruebe lo contrario".

Resulta claro, en vista de la anterior transcripción que la frase tan llevada y tan traída: "nuestras ideas al respecto son bien conocidas", no prueba que el doctor Andrade haya conceptuado sobre la constitucionalidad de las leyes acusadas.

El doctor Pérez, que redactó el memorial en primera persona del plural, sí había expuesto en varias ocasiones su concepto sobre la inconstitucionalidad de las leyes 44 y 110. Por eso escribió esa frase. El doctor Andrade, sin darle ninguna importancia a una cuestión de pura redacción, firmó el memorial seguramente en el entendimiento de que, no existiendo como no existían conceptos de él sobre la constitucionalidad de las dos leyes citadas, no se iba a tomar esa frase como una absurda aseveración de que él había dado dictámenes que en realidad no había dado y que nadie ha podido probar que diera, sino, lisa y llanamente, como una alusión a los conceptos conocidos del doctor Pérez.

No obstante que se abrió a prueba el incidente de recusación, ninguna prueba diferente de los documentos acompañados desde un principio por el señor procurador, y que menciona el fallo, vino al proceso. Ello está indicando que ningún otro concepto, distinto del concepto sobre interpretación de las leyes contenido en el memorial examinado, ha emitido el doctor Andrade. Los memoriales del Padre Mejía al gobierno nada añaden. Indudablemente en ellos hácese alusión al mismo memorial tántas veces citado suscrito por el doctor Andrade y a los mismos conceptos por él emitidos.

Podrá la frase subrayada por el señor procurador ("nuestras ideas al respecto son bien conocidas") impedir que el doctor Andrade conozca como juez de este negocio? De ninguna manera. Porque desde que se ignoran cuáles son en realidad las ideas del doctor Andrade sobre el problema constitucional débese sin duda a que él no lo ha estudiado. Con lo cual se confirma la declaración que hace ante la Corte en igual sentido y que a la Corte debiera merecerle plena fé, en atención a la honorabilidad, a la pulcritud y a la corrección que caracterizan al doctor Andrade y en virtud de las cuales fue espontáneamente llamado a servir el cargo de conjuez.

La declaración suscrita por el doctor Andrade de que "nuestras ideas al respecto son bien conocidas", no puede tener sino uno de estos dos sentidos: a) O que el doctor Andrade ha rendido concepto formal sobre la cuestión, previo el estudio del caso; b) O que con esa frase sólo se hizo una alusión a las ideas conocidas del doctor Pérez, pero no a ideas que el doctor Andrade no había expuesto.

La primera hipótesis hay que descartarla completamente, ya por lo que el doctor Andrade asevera enfáticamente, ya porque no se ha traído prueba alguna sobre la existencia de ese supuesto concepto, ya porque ni siquiera se ha podido decir cuándo, en dónde y en qué sentido pudo ser emitido.

4.—Por lo que toca al cuarto de los argumentos expuestos, basta anotar, de un lado, que si el doctor Andrade afirma haber intervenido en el estudio de diversos puntos vinculados a la Ley 110 de 1937, ello no significa que el doctor Andrade necesariamente haya intervenido en el punto mismo de la constitucionalidad, puesto que

son muchos los puntos, distintos de ese, suscitados por la expedición de la Ley 110, y puesto que el doctor Andrade no ha vacilado en afirmar del modo más terminante ante la Corte que ni siquiera tiene formado concepto alguno en relación con el punto jurídico de la inconstitucionalidad, y, de otro lado que, al referirse el R. P. Mejía, en su nota al ministro de educación, a un "nuevo estudio" de los doctores Pérez y Andrade en que éstos "reafirman nuevamente su concepto de que la Compañía de Jesús tiene derecho" al nombre del Colegio de San Bartolomé, no está afirmando el R. P. Mejía que los doctores Pérez y Andrade, en ese nuevo estudio, hayan conceptuado sobre la constitucionalidad de la ley, pues por el contrario, lo que el R. P. Mejía dice es que los doctores Pérez y Andrade REAFIRMARON su concepto sobre el nombre del Colegio de San Bartolomé, es decir, el concepto a que atrás se aludió, que es un concepto que se refiere a la interpretación y aplicación pero no a la constitucionalidad de las leyes acusadas.

Finalmente, el señor procurador manifiesta que la tacha por él propuesta no se basa en frases o conceptos aislados del memorial del doctor Andrade. Se funda, según dice, en la totalidad de dicho escrito por la naturaleza esencial de la tesis sustentada en el mismo, la cual no puede desligarse de la integridad del problema planteado en la demanda de inexequibilidad; no se ve la razón para que el punto tratado por el doctor Andrade en el memorial pueda considerarse independientemente del problema global que entraña la demanda sobre la situación jurídica del Colegio de San Bartolomé, que comprende la propiedad del edificio, el nombre, etc.

Este criterio, que es el que el fallo acoge, y que hace viable la recusación, no a causa de la prueba directa de la existencia de un concepto expreso sobre la materia constitucional, sino por la circunstancia de que determinadas opiniones dadas fuera y sin consideración de esa materia, puedan tener importancia y relación con ella y ser decisivas en la resolución que ha de tomar la Corte, tampoco es admisible, por que tiende a desvirtuar el alcance de la causal examinada, extendiendo su dominio a donde no pudo extenderlo el legislador.

Con este criterio, el campo de las recusaciones carece de limitaciones. Basta para estar impedido, que el magistrado en una o muchas ocasiones de su anterior actividad profesional o judicial exprese, sin miras ni intención de dictaminar sobre la materia constitucional de una ley, conceptos que en alguna forma se vinculen o quieran vincularse posteriormente a la misma materia. Con lo cual no habrá en adelante jurista de categoría que pueda ser juez de inexequibilidad; porque entre la nutrida variedad de sus estudios constitucionales o legales será fácil tarea la de sorprenderle conceptos o expresiones jurídicas que con mayor o menor precisión puedan tener importancia y relación con el tema concreto pero de múltiples y complejos contornos jurídicos de la inexequibilidad de determinada ley. Y así, sin saberlo, el jurista resultaría dando involuntariamente, y por repercusión indirecta, conceptos jurídicos aun sobre las cuestiones más disímiles, que en su mente ni en su ánimo tuvo la idea de esclarecer; conceptos que servirían con el criterio de la Corte para basar, idéntica recusación a la que en este negocio se le formula al doctor Andrade.

Liborio Escallón. — Fulgencio Lequerica Vélez.—Arturo Tapias Pilonieta.—José Antonio Montalvo. — Eduardo Zuleta Angel. — Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

SALA DE CASACION EN LO CIVIL

ACCION SOBRE MEJOR DERECHO A UNA MINA

1.—El artículo 4º de la ley 59 de 1909 contiene dos partes que es preciso deslindar debidamente: la obligación para el denunciante de hacer practicar las diligencias conducentes a darle curso al denuncio, y la fijación del término dentro del cual debe hacerlo. Por "diligencias conducentes a darle curso al denuncio" se entiende notificar éste al público, mediante la fijación del cartel y la ejecución de los pregones de que hablan los artículos 46, 48 y 49 del Código de Minas. En concepto de la Corte la otra parte del artículo es suficientemente clara, en lo relativo a que el amplio término de un año que tiene el denunciante para hacer practicar aquellas diligencias se cuenta a partir de la presentación del denuncio, y no desde que se admite. 2.—Si se presentan incidentes que no permiten fijar el cartel dentro del año, en tal evento el denunciante ha estado cumpliendo con su deber, pues no ha dejado el asunto paralizado o en suspenso, y es indudable que si el negocio ha estado moviéndose y no es posible fijar el cartel por causas ajenas a la voluntad del interesado, no sería aplicable el artículo que se analiza, o existirá justa causa para pedir la restitución de los términos, conforme al artículo 47 del C. de Minas. 3.—Se interpreta bien el artículo 47 del C. de Minas al considerar que los interesados deben pedir a la Gobernación la restitución de términos.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, treinta de noviembre de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente: Dr. Isaías Cepeda)

Son antecedentes de este negocio:

El 1º de diciembre de 1934 el señor Luis Eduardo Molina Villa avisó, ante el alcalde municipal de Ituango, departamento de Antioquia, una mina de oro, de veta, de nuevo descubrimiento, situada en el punto denominado Palmichal, en el corregimiento de Builópolis, del indicado municipio, en terrenos de propiedad de Miguel Martínez, de Luis Martínez y de otros, y manifestó que daba el aviso para sí y para los señores Lázaro Villegas, Roberto Gómez Sierra y Antonio Rojas, y que la mina se llamaría "El Encanto".

Por escrito presentado el 17 de enero de 1935 los señores Luis E. Molina V. y Roberto Gómez S. denunciaron la referida mina ante el gobernador del departamento de Antioquia. Manifestaron que en adelante se llamaría "Ofir", en vez de "El Encanto", y que el denuncio lo hacían para ellos y para los señores Lázaro Villegas, Antonio Rojas, Balvanera Sierra y Paulina Gómez Sierra, advirtiendo que las veinticuatro acciones de la mina quedaban distribuídas así: para Antonio Rojas, seis; para Lázaro Villegas, seis; para Luis E. Molina Villa, cinco; para Roberto Gómez Sierra, cuatro; para Paulina Gómez Sierra, dos, y para Balvanera Sierra, una.

La gobernación, por providencia de 21 de enero de 1935, ordenó devolver el de-

nuncio a los interesados para que aclararan y precisaran algunos puntos, y una vez cumplidas dichas exigencias, lo admitió por auto de fecha catorce de febrero de aquel año, en el cual dispuso comisionar al alcalde de Ituango para dar posesión de la mina, y ordenó expedir oportunamente el despacho y el cartel correspondientes.

Estos se entregaron el 3 de enero de 1936 al señor Heliodoro Gómez, quien los remitió a su destino, por correo recomendado, el día 7 de enero, bajo planilla número 3. Está probado que el pliego recomendado fue entregado al secretario de la alcaldía de Ituango el día 11 de enero, a la una de la tarde.

Parece que en la secretaría se traspapeló por algunos días, porque el cartel no se fijó al público sino el 23 de enero.

A petición del señor Roberto Gómez S., interesado en el asunto, el alcalde de Ituango subcomisionó al corregidor de Builópolis para llevar a efecto la diligencia de posesión de la mina, la que se realizó el día 9 de abril de 1936.

Debe advertirse que el 5 de agosto de 1935 los interesados primitivamente en la mina constituyeron una sociedad ordinaria, para el laboreo de ella, sociedad que debía regirse por las disposiciones del Capítulo 16 del Código de Minas.

Entre otros cambios de accionistas, hay constancia de que Antonio Rojas avisó a la gobernación, el 1º de febrero de 1936, que había traspasado una acción de las suyas a Roberto Gómez S., y otra, por iguales partes, a Ricardo de J. Ríos y Efraín Araque, y, en resumidas cuentas, conforme al acta número S, del 5 de marzo de 1936, en virtud de varios traspasos de acciones aceptados por la sociedad y por los accionistas, las veinticuatro acciones en que se consideraba dividida la mina quedaron distribuídas así: para Roberto Gómez S., once acciones; para Paulina Gómez S., cuatro; para Balvanera Sierra, tres y media; para Luis E. Molina V., dos; para Antonio Rojas, una; para Manuel Gómez, una; para Ricardo de J. Ríos, media; para Ramón Sierra O., media; y para Efraín Araque, media.

Dada la posesión de la mina y devuelto el despacho comisorio a la gobernación de Antioquia, se dictó allí la resolución número 38, del 25 de mayo de 1936, por medio de la cual se dispuso:

"La mina Ofir a que se refieren las diligencias que preceden ha caído bajo la sanción prevista en el artículo 4º de la Ley 59 de 1909, y, por consiguiente, está abandonada; devuélvanse las estampillas y el papel sellado que se habían suministrado para el título. Cópiese y hágase saber".

Así las cosas, el 26 de mayo de 1936, a las siete de la mañana, se presentó en la alcaldía de Ituango, el señor Aurelio Builes G. y avisó la referida mina "Ofir" como recomendado de las Sñtas. Balvanera Sierra O. y Mercedes Rosa Gómez Sierra, a fin de obtenerla para ellas. El 3 de junio siguiente el mismo Aurelio Builes G. aclaró y adicionó el indicado aviso, manifestando, entre otras cosas, que la mina había sido denunciada antes con el nombre de "Ofir" y que era de antiguo descubrimiento.

Por escrito presentado el 6 de julio de 1936 en la gobernación de Antioquia, las señoritas Balvanera Sierra O. y Paulina Gómez S., diciendo la última obrar en representación de la señorita Mercedes Gómez S., según el mandato adjunto, denunciaron la mencionada mina, manifestando que era de antiguo descubrimiento, que se había conocido con los nombres de "El Encanto" y "Ofir", que conservaría este último nombre y que el denuncio lo hacían para las personas y con la distribución de acciones que en seguida se expresan: para Balvanera Sierra O., nueve acciones; para Mercedes Rosa Gómez, nueve; para Germán Molina Callejas, tres; y para Pedro Claver Gómez, tres.

La gobernación aceptó el denuncio por auto del 13 de julio, y comisionó al alcalde de Ituango para dar la posesión de la mina.

Posteriormente, el 15 del mismo mes, según consta en el acta número 1, regis-

trada ese mismo día en la Cámara de Comercio de Medellín bajo el número 105, se constituyó la sociedad ordinaria de minas "El Ofir", conforme al artículo 283 del Código de Minas, con el objeto de explotar dicha mina y otras colindantes. Se nombró presidenta o directora de la sociedad a la señorita Balvanera Sierra O. y vicepresidente, con la representación jurídica de la sociedad, al doctor Pedro Claver Gómez.

El cartel correspondiente se fijó el 12 de septiembre de 1936 en la alcaldía de Ituango, y el 15 presentó el señor Efraín Araque, por medio de apoderado, un memorial ante el juez del circuito de Ituango, en el cual manifestó que se oponía al denuncio y a la posesión de la mencionada mina.

Por último, el 7 de octubre de 1936 el doctor Justiniano Araque, como apoderado de Efraín Araque, formalizó la oposición ante el señor juez del circuito de Ituango.

La parte pertinente de la demanda dice:

"Con fundamento en todo lo anterior y obrando a nombre del señor Efraín Araque, de las condiciones civiles expresadas, formalizo ante usted, mi oposición de fecha 15 de septiembre último, para lo cual demando a los señores Balvanera Sierra O., en su propio nombre y como presidenta de la sociedad de la mina "Ofir", formada el 15 de julio de 1936, cuya acta constitutiva está registrada en la Cámara de Comercio de Medellín bajo el número 105, del Libro 3º de este año; a Paulina Sierra, en su propio nombre y como apoderada general de Mercedes Gómez Sierra; a Pedro Claver Gómez, como denunciante y como socio de la sociedad explotadora de la cual es vicepresidente con facultad para representar a esta sociedad; a Germán Molina Callejas, como denunciante y como socia de la sociedad explotadora; a Mercedes Rosas Gómez, como denunciante y como socia de la sociedad explotadora; a Ricardo Molina Callejas, como cesionario de una de las acciones de Pedro Claver Gómez, según aparece en memorial dirigido al señor gobernador del departamento, todos mayores de edad y vecinos de Medellín, para que con su citación y audiencia y con el fin de que aproveche a los consocios y comuneros de mi mandante señor Araque y que son los señores Balvanera Sierra O., Paulina Gómez Sierra, Roberto Gómez S., Ricardo de J. Ríos, Luis Molina Villa, Antonio Rojas, Ramón Sierra y Manuel Gómez, o a quienes representen sus derechos de dueños y explotadores de la mina "El Encanto" u "Ofir", inclusive mi mandante, todos en la proporción que indica el acta número 8 de 5 de marzo de 1936, registrada en el Libro Nº 3, folios 4 a 7, bajo el Nº 138 de la Cámara de Comercio, se declare lo siguiente:

"a) Que mi poderdante señor Efraín Araque, y con él sus consocios o comuneros, tienen mejor derecho que los demandados y por razón de un descubrimiento anterior, a la adjudicación y título de la mina EL ENCANTO u OFIR a que se refieren estas diligencias.

"b) Que en consecuencia la Gobernación del Departamento expedirá el título a favor del expresado señor Araque y de quienes derivan con él sus derechos sobre la expresada mina del aviso dado por el señor Luis Molina Villa el 1º de diciembre de mil novecientos treinta y cuatro (1934) ante el Alcalde de este Municipio, bajo el número 25, y del denuncio presentado el 18 de enero de 1935 y admitido el 14 de febrero del mismo año, diligencias que culminaron con la posesión recibida por el señor Roberto Gómez Sierra de manos del inspector de Builópolis, subcomisionado del Alcalde de Ituango, el 9 de abril de 1936.

"c) Que los demandados indemnizaran al demandante y a sus consocios todos los perjuicios que les hayan causado.

"d) Que los demandados pagarán las costas de este juicio, si lo afrontaren temerariamente.

"Subsidiariamente pido que se declare:

"PRIMERO: Que la mina denominada OFIR o EL ENCANTO, situada en el Corregimiento de Builópolis, de este Municipio, no estaba abandonada el día 25 de mayo de 1936, fecha en la cual la declaró

así la Gobernación del Departamento y por consiguiente esta entidad debe proceder a expedir el título correspondiente a los primeros denunciantes, con base en las diligencias iniciadas con el aviso Nº 25 de 1º de diciembre de 1934;

"Subsidiariamente solicito que se declare:

"1º Que se restituye el término para dar curso al denuncio presentado el 18 de enero de 1935 ante el señor Gobernador del Departamento, relativo a la mina EL ENCANTO u OFIR, situada en el Distrito de Ituango, denuncio que tuvo por base el aviso Nº 25 de 1º de diciembre de 1934 dado en la Alcaldía de este Municipio por Luis Molina Villa.

"2º Que en consecuencia el Gobernador del Departamento expedirá nuevamente el Cartel y el despacho comisionando al Alcalde de Ituango para que dé nuevamente la posesión.

"3º Que no tienen ningún valor las diligencias que han motivado esta oposición, practicadas por los demandados, por tener otras personas, entre ellas el señor Efraín Araque, mejor derecho a la adjudicación por razón de un descubrimiento anterior.

"Subsidiariamente pido que usted sentencie:

"Unico: Que estas diligencias a que me opongo según las cuales habrá de darse la posesión de la mina OFIR o EL ENCANTO a la Sociedad que preside la señorita Balvanera Sierra, carecen de valor legal por no tenerlo el aviso en que se basan ni el denuncio.

"Solicito, finalmente, que al hacer cualquiera de estas declaraciones se condene en costas y por perjuicios a la Sociedad demandada".

Los demandados contestaron negando el derecho del demandante y oponiéndose a todas las peticiones de la demanda y propusieron "las excepciones de ilegitimidad en la personería sustantiva del demandante señor Efraín Araque; de abandono de la mina de que trata la resolución Gubernativa de 25 de mayo de 1936, y todo hecho en virtud del cual las leyes desconocen los derechos que alega el demandante y los declaran extinguidos, si fue que algún día ellos tuvieron existencia jurídica".

El Juez del conocimiento puso fin al juicio con la sentencia del dos de mayo de mil novecientos treinta y ocho, en la cual resolvió:

"1º No es el caso de hacer las declaraciones principales y subsidiarias de la parte petitoria de la demanda ordinaria que el señor apoderado especial del señor Efraín Araque solicitó en el juicio ordinario que le propuso a los señores Pedro Claver Gómez Mercedes Rosa Gómez y Paulina del mismo apellido, Balvanera Sierra, Germán y Ricardo Molina Callejas, como denunciantes o restauradores de la mina OFIR o ENCANTO, ubicada en el Municipio de Ituango, Corregimiento de Builópolis.

"2º Decláranse probadas las excepciones perentorias de ilegitimidad de personería sustantiva o carencia de acción del demandante.

"3º No se condena en costas a la parte actora".

Apelado el fallo por el actor y surtida la tramitación de segundo grado, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín lo confirmó por sentencia del catorce de noviembre del año próximo pasado, sin condenar en costas.

El Juez de primera instancia fundó principalmente su decisión en que la cesión de media acción que Antonio Rojas hizo a Efraín Araque no se formalizó por escritura pública, y en que cuando se hizo tal cesión ya estaba abandonada la mina, al tenor de lo dispuesto en el artículo 4º de la Ley 59 de 1909, por lo cual considera que Araque no adquirió derecho alguno, y, por lo mismo, carece de interés jurídico en este negocio.

El Tribunal, en la sentencia acusada, sostiene que como la mina no estaba aún titulada, bien podía hacerse la cesión en la forma en que se hizo, que es la acostumbrada y que la Gobernación ha aceptado siempre, o sea por medio de un memorial en que el cedente manifieste que ha cedido tantas acciones a Fulano, para que se tenga en cuenta dicha cesión al expedir el título de la mina. Dice el Tribunal, que,

además, en el Acta número 8, de fecha 5 de marzo de 1936, de que atrás se habló, se hace constar que Efraín Araque es dueño de media acción, hecho éste aceptado por la sociedad y por todos los accionistas, según el acta expresada.

Concluye el Tribunal que el demandante Araque sí tiene personería sustantiva, o interés jurídico para ejercitar la acción que ha incoado, y que su gestión aprovecha a todos los otros comuneros o condueños de la mina de acuerdo con el artículo 285 del Código respectivo.

Respecto del abandono de la mina, el Tribunal consideró que se había consumado, al tenor de lo dispuesto en el artículo 4º de la Ley 59 de 1909, porque el cartel no se fijó dentro del término de un año, contado a partir de la fecha de presentación del denuncio, y aunque opinó que hubo fuerza mayor o caso fortuito por la pérdida o extravío del cartel, estimó que esa circunstancia daba derecho a los interesados para pedir la restitución de los términos, de acuerdo con los artículos 47 y 455 del Código de Minas, derecho que aquellos no ejercitaron en la oportunidad legal, por lo cual concluyó que debía confirmarse el fallo de primer grado.

El recurso

En una demanda bastante confusa y ajena a la técnica de casación, el recurrente pide la nulidad (sic) de la sentencia de segundo grado, por considerar que es violatoria de los artículos 785, 1518, 1527, 1602 y 2577 del Código de Minas; 307, 468 y 473 del Código Judicial; 8 y 16 de la Ley 292 de 1975; 2º de la Ley 53 de 1909; 4º de la Ley 59 de 1909, y 12 de la Ley 72 de 1925, ya sea por infracción directa, ya por aplicación indebida.

Los cargos

El recurrente divide su demanda en cuatro capítulos, al través de los cuales formula tres cargos contra la sentencia del Tribunal, relativos a la personería sustantiva del demandante, al abandono de la mina y a la restitución de términos.

Se pasa a analizarlos.

Personería sustantiva del demandante:

El Juez **a quo** estimó que el demandante carecía de interés jurídico en el juicio, por las razones consignadas atrás, y declaró probada la excepción perentoria de ilegitimidad en la personería sustantiva del actor, o carencia de acción. El Tribunal rebatió los argumentos del Juez y consideró, en la parte motiva de la sentencia acusada, que el señor Efraín Araque sí tiene interés jurídico en el pleito y que, por lo mismo, no debía prosperar la referida excepción pero no modificó la sentencia del Juez en esa parte.

El recurrente diserta largamente sobre el particular, y hace el cargo en forma condicional, es decir, "salvo que la Corte interprete ese fallo en el sentido de que no negó la personería sustantiva del demandante, no obstante que la parte resolutiva es suficientemente explícita en la confirmación incondicional del fallo de primera instancia".

Para la Corte son fundadas las razones que expuso el Tribunal para considerar que el demandante Araque sí tiene interés jurídico en el pleito, por lo cual no era procedente declarar probada la excepción perentoria de carencia de acción, y desde luego ha debido revocar en esa parte la sentencia de primer grado. Sin duda no lo hizo así por estimarlo innecesario, toda vez que había de confirmar en todo lo demás la sentencia absolutoria.

Por tanto, el cargo condicional formulado por el recurrente sólo es operante por vía de corrección de doctrina, y así lo toma la Corte, sin que sea necesario casar la sentencia por este aspecto, porque es muy claro que el Tribunal sí aceptó que el actor tenía derecho para iniciar el pleito, y sobre esa base entró a estudiar los demás aspectos del problema

Abandono de la Mina:

Alega el recurrente que la mina sobre que versa el pleito no puede considerarse

abandonada, al tenor del artículo 4º de la Ley 59 de 1909, no obstante haberla declarado así la Gobernación, porque sostiene que el término de un año, de que trata el mencionado artículo, no se cuenta desde la presentación del denuncio de la mina sino desde que tal denuncio se admite.

Para demostrar esta tesis entra el recurrente en largas argumentaciones, de las cuales se deduce que el fin principal que se propone es afirmar que el citado artículo 4º no puede interpretarse aisladamente, sino que es indispensable tomarlo en relación con lo dispuesto en los artículos 364 y 366 del Código Judicial, aplicables al caso por virtud de lo ordenado en el 12 de la Ley 72 de 1925.

Arguye, además, que los interesados en el primer denuncio de la mina cumplieron con su obligación de adelantar las gestiones necesarias para obtener la titulación de ella, porque entregaron oportunamente al Secretario del Alcalde de Ituango, por conducto del correo, el cartel que debía fijarse allí antes de darles posesión de la mina, y que si dicho cartel no se fijó al público dentro del término de un año de que habla el artículo 4º de la Ley 59 de 1909, fue por culpa del Secretario de la Alcaldía y no de los interesados.

Se considera:

Dice el referido artículo 4º:

"Si el denunciante de una mina no hiciere practicar dentro del término de un año después de presentado el denuncio las diligencias conducentes a darle curso a éste, la mina se tendrá por abandonada. Esta disposición comprende las minas que estén denunciadas actualmente".

Este artículo contiene dos partes, que es preciso deslindar debidamente, antes de seguir adelante: la obligación para el denunciante de hacer practicar las diligencias conducentes a darle curso al denuncio, y la fijación del término dentro del cual debe hacerlo.

El mismo recurrente admite que conforme a las disposiciones pertinentes del Código de Minas, especialmente en atención a lo preceptuado en el ordinal 2º del artículo 118 de dicho Código, está uniformemente aceptado que por "diligencias conducentes a darle curso al denuncio" se entiende notificar éste al público, mediante la fijación del cartel y la ejecución de los pregones de que hablan los artículos 46, 48 y 49 del mismo Código.

En concepto de la Corte la otra parte del artículo transcrito es suficientemente clara, en lo relativo a que el amplio término de un año que tiene el denunciante para hacer practicar aquellas diligencias se cuenta a partir de la presentación del denuncio, y no desde que se admite. No es el caso de interpretarlo en relación con otros artículos, que no son aplicables al problema en estudio, ni puede desatenderse su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu, porque lo prohibe el artículo 27 del Código Civil. Además, no se está en presencia de un término corto o angustioso, insuficiente de por sí para obtener el adelantamiento de las diligencias conducentes a adquirir la titulación de la mina. El artículo concede uno de los términos más largos que pueden existir en la tramitación de los asuntos administrativos, para que sea necesario buscar la manera de prolongarlo.

Se alega que puede haber oposición al denuncio de la mina y que pueden presentarse incidentes que no permitan fijar el cartel dentro del año referido. Se contesta que en tal evento el denunciante ha estado cumpliendo con su deber, pues no ha dejado el asunto paralizado o en suspenso, y es indudable que si el negocio ha estado moviéndose y no es posible fijar el cartel por causas ajenas a la voluntad del interesado, no sería aplicable el artículo que se analiza, o existiría justa causa para pedir la restitución de los términos, conforme al artículo 47 del Código de Minas.

En el caso de autos no hubo oposición ni dificultad alguna que impidieran adelantar rápidamente el denuncio. Este se presentó el 18 de enero de 1935, y los interesados sólo ocurrieron el 3 de enero de 1936 a reclamar y recibir el despacho comisorio para el Alcalde de Ituango y el cartel que había de fijarse al público, diligencia que habían podido practicar des-

de el 14 de febrero de 1935, en que se admitió el denuncio y se ordenó expedir y remitir aquéllos.

Es verdad que el despacho y el cartel fueron entregados al Secretario de la Alcaldía de Ituango antes de vencer el término de un año a partir de la presentación del denuncio, y que el cartel no se fijó oportunamente, como había podido hacerse, porque el Secretario lo dejó traspapelar, sin culpa alguna de los interesados. Este hecho constituye el fundamento de otro cargo, que se analizará en seguida.

Tercer cargo: Restitución de términos.— Resolución del Gobernador

Sostiene el recurrente que el fallo acusado viola, por infracción directa, los artículos 47, 71, 86 y 455 del Código de Minas; 2º de la Ley 53 de 1909, en relación con los artículos 12 de la Ley 72 de 1925, 307, 468 y 473 del Código Judicial.

Alega que la resolución de la Gobernación, sobre abandono de la mina, es a todas luces ilegal, porque está demostrado en autos que los interesados entregaron oportunamente en la Alcaldía de Ituango el despacho comisorio y el cartel que debía fijarse al público, dentro del término de un año de presentado el denuncio, y que si dicho cartel no se fijó en tiempo fue por culpa del Secretario del Alcalde y no de los interesados.

Dice que el Tribunal estimó que en vista del descuido de la Alcaldía en fijar oportunamente el cartel, los interesados han debido pedir a la Gobernación la restitución de términos, y que como negó la petición subsidiaria que se formuló en la demanda para que se decretara esa restitución, el fallo violó los indicados artículos del Código de Minas, porque en el presente caso es el Organo Judicial, y no la Gobernación, quien debe conceder la restitución pedida. Agrega que mal podían los interesados dirigir esa solicitud a la Gobernación, porque ellos entendieron que les bastaba entregar en tiempo oportuno el despacho y los carteles, para cumplir lo dispuesto en el artículo 4º de la Ley 59 de 1909, en armonía con lo establecido en el artículo 8º de la Ley 292 de 1875 y 118 del Código de Minas.

Sostiene también el recurrente que la resolución de la Gobernación tiene el carácter de auto interlocutorio con fuerza de sentencia definitiva; que, como tal, debía notificarse por edicto, de acuerdo con el artículo 309 del Código Judicial, aplicable por virtud de 12 de la Ley 72 de 1925, o en la forma ordenada por el artículo 2º de la Ley 53 de 1909, y que como se notificó simplemente por estado, no lo fue en forma legal y por lo mismo no se halla en firme ejecutoriada.

Dice que la restitución de términos sólo puede decretarla el Organo Ejecutivo cuando no hay oposición o controversia, pero que cuando se alegan intereses encontrados, como en el caso de autos, corresponde al Organo Judicial decidir si se concede o no, y de ahí que el Tribunal interpretó mal los artículos 47, 71, 86 y 455 del Código de Minas, al negar la restitución pedida subsidiariamente.

Se considera:

Efectivamente resulta probado en autos que los interesados hicieron entregar en tiempo oportuno el despacho comisorio y el cartel en la Alcaldía de Ituango, y que si no se fijó el cartel dentro del término señalado en el artículo 4º de la Ley 59 de 1909, fue por culpa del Secretario de la Alcaldía y no de aquéllos, pero estima la Corte que el Tribunal interpretó bien el artículo 47 del Código de Minas al considerar que los interesados han debido pedir a la Gobernación la restitución de términos, al darse cuenta de que el cartel había sido fijado extemporáneamente, o al dictarse por aquella oficina la resolución sobre abandono de la mina, y no en el presente juicio, como lo hicieron.

Dice la parte pertinente del artículo 47:

"...Dicha prueba se presentará al Poder Ejecutivo y se calificará por él; si hubiere contradicción por parte de un tercero, el asunto se ventilará ante el Poder Judicial, aunque ya haya dictado su resolución el Poder Ejecutivo".

Hecha la solicitud de restitución de términos ante la Gobernación con arreglo a lo

que acaba de copiarse, y presentadas allí las pruebas respectivas, la Gobernación habría resuelto el asunto. Es claro que si los interesados en el nuevo aviso y denuncio de la mina se imponían a la restitución en términos, el negocio habría pasado al Juez respectivo, como lo indica el propio artículo. No habiéndose formulado la petición correspondiente en tiempo hábil a la Gobernación, no puede el Organo Judicial conocer de ella, porque se pretermitirían las formalidades claramente establecidas en la ley.

Los artículos 71 y 86 del Código de Minas se refieren a términos y casos muy distintos de los contemplados en autos, y por ello no son pertinentes. El 455 establece que en todos los juicios sobre minas son rescindibles los términos, siempre que se comprueben las circunstancias determinadas en el artículo 47, pero es obvio que la solicitud debe hacerse en la forma ordenada en dicho artículo 47 y ya se vio que no se hizo así.

Acepta la Corte que la resolución de la Gobernación tiene el carácter de auto interlocutorio, con fuerza de sentencia definitiva, pero no que sea necesario notificarla por edicto, de acuerdo con lo ordenado en el artículo 309 del Código Judicial. Como auto interlocutorio que es, aunque tenga fuerza de sentencia definitiva, lo procedente es notificarla por estado, como dispone el artículo 310 del mencionado Código, que no establece distinción alguna entre las diversas clases de autos interlocutorios. De consiguiente, la aludida resolución, que se notificó por estado, quedó notificada en forma legal.

Tampoco es aplicable a la citada resolución lo dispuesto en el artículo 2º de la Ley 53 de 1909, porque ese artículo se refiere única y especialmente a las resoluciones que dicten los Ministros del Despacho Ejecutivo, como lo dice claramente el artículo 1º de la misma Ley.

Analizados como han quedado todos los cargos formulados contra la sentencia acusada, se concluye que no pueden prosperar.

En tal virtud, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, no infirma la sentencia dictada en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, con fecha catorce de noviembre de mil novecientos treinta y nueve.

Las costas del recurso son de cargo del recurrente.

Cópiese, publíquese, notifíquese y devuelváse el expediente.

Liborio Escallón. — Daniel Anzola.— Isaías Cepeda—Ricardo Hinestrosa Daza. Fulgencio Lequerica Vélez. — Hernán Salamanca. — Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DR. HERNAN SALAMANCA

Muy breve y respetuosamente formulo voto personal en este fallo, no en relación con su parte resolutiva, que acepto, sino en torno de algunas consideraciones de la parte motiva.

La sentencia acusada se apoya en dos razones: en que el demandante Araque sí tiene personería sustantiva o interés de actor para ejercitar la acción; y en que el Tribunal consideró que el abandono de la mina se había consumado según resolución de la Gobernación, no desvirtuada en ninguna forma.

Los cargos que estudia la Sala contra la sentencia son tres: El relativo a la personería sustantiva del demandante, el referente al abandono de la mina y el relacionado con restitución de términos administrativos ante la Gobernación.

Réspecto del primer punto considero que el recurrente Araque no puede atacar la sentencia por razones vinculadas a su personería porque habiendo el tribunal declarado este extremo en su favor, carece de interés jurídico para hacer esta acusación, pues resulta absurdo que el actor defienda la procedencia de las excepciones propuestas por el demandado en su defensa.

El abandono minero propiamente dicho es el que sobreviene a la adjudicación y titulación de la mina, como consecuencia de alguna de las causas legales que lo producen: como el no pago de los impuestos legales o la falta de explotación del mineral en los términos legales. En los casos en que la ley alude a este fenómeno jurídico en condiciones distintas a las anotadas, es para advertir, como sucede en el artículo 4º de la Ley 59 de 1909, que las minas se consideran como abandonadas, esto es, que se gobiernan por las disposiciones correspondientes a este estado de derecho. Considerada como abandonada o desierta la mina del caso, por virtud de la resolución de la gobernación, es evidente que se produjo el efecto de borrar en relación con ella toda la anterior actuación administrativa y consecuencialmente cualquier derecho preferencial vinculado al aviso. En esta situación, el actor opositor carece de derecho para oponerse a las pretensiones del nuevo denunciante. Este es, en mi concepto, el verdadero fundamento jurídico para la sentencia absolutoria.

Respecto de las demás consideraciones fundamentales que contiene el fallo, me parece que al entrar a estudiar la Corte todas las cuestiones que se le han propuesto, hasta juzgar sobre la legalidad de la resolución gubernativa, su naturaleza procedimental y su forma adecuada de notificación, acepta que todos esos puntos caben dentro de su órbita jurisdiccional. Traída al recurso de casación la validez del acto administrativo de la gobernación, considero de buena oportunidad el recuerdo de lo que ya tiene dicho esta Sala sobre intervención del órgano judicial con motivo de oposiciones mineras fundadas en la validez o invalidez de actuaciones estrictamente administrativas y que puede verse a páginas 643 y siguientes del tomo XLVI de la Gaceta de la Corte.

Hernán Salamanca.

FILIACION NATURAL.—ESTADO CIVIL

1.—Si es cierto que de acuerdo con el artículo 401 del C. C. aplicable, por disposición expresa de la ley 45 de 1936, al caso de la filiación natural, la sentencia que se dice sobre la falsa o verdadera legitimidad de un hijo vale no sólo respecto de las personas que han intervenido en el juicio, sino respecto de todos, relativo a los efectos que dicho estado civil acarree, también lo es que la acción no se puede dirigir contra la primera persona que al pasar se encuentre, porque la misma ley civil ha establecido que para que esos fallos produzcan los efectos señalados por el artículo 401, es necesario, entre otras cosas, que se hayan pronunciado contra legítimo contradictor, y el Código Civil en su artículo 403, que también se aplica a la filiación natural, ha dicho taxativamente, quién es el legítimo contradictor. 2.—La confesión no es prueba del estado civil de las personas y él debe establecer con las partidas de origen eclesiástico y, a falta de ellas, con las supletorias que la misma ley reconoce.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, febrero cuatro de mil novecientos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. José Miguel Arango)

Origen del proceso

Ante el Juzgado Civil del Circuito del Guamo, la señora Argemira Guzmán, por medio de apoderado, solicitó estas declaraciones judiciales:

"1. Que la señora Argemira Guzmán, es madre natural de los menores Néstor José Guzmán, Orlando Guzmán y Alberto Guzmán;

"2. Que los referidos menores Néstor José, Orlando y Alberto Guzmán, son hijos naturales y así se les declare del señor José Antonio Padilla y Argemira Guzmán;

"3. Que se declare a los mismos menores expresados en el punto anterior herederos de José Antonio Padilla, sin perjuicio de terceros.

"4. Que en tal carácter tienen derecho a intervenir en la sucesión de José Antonio Padilla y perseguir los bienes de éste para la efectividad de su derecho, como hijos naturales y herederos de éste;

"5. Que la señora Argemira Guzmán, como madre natural de los expresados menores, ejercita y tiene derecho a ejercitar la patria potestad o tiene la patria potestad sobre los menores referidos, y en esa virtud tiene personería suficiente para representarlos en este juicio y para ejercer la tutela y curaduría sobre ellos y respecto de sus bienes;

"6. Que en caso de oposición se condene en las costas a la parte demandada".

La acción fue dirigida contra la señora Pureza Gutiérrez v. de Padilla, como representante de la sucesión de José Antonio Padilla y contra el agente del Ministerio Público, y se fundamentó principalmente, en los artículos 1, 4, 6, 8, 12, 13; 14, de la Ley 45 de 1936 y las concordantes del Código Civil.

El juez de la instancia consideró que la acción para el reconocimiento de la paternidad natural se podía dirigir, muerto el padre, contra cualquier persona que tuviera interés, en la constitución de dicho estado civil, desconociendo así la excepción propuesta por la demandada de falta de personería sustantiva de la Sra. Pureza Gu-

tiérrez v. de Padilla, y en consecuencia concluyó que la acción estaba bien dirigida y desató el pleito, en sentencia de 5 de julio de 1939, haciendo todas las peticiones pedidas en la demanda, menos la de condenación en costas.

Sentencia acusada

No se conformó la señora Pureza v. de Padilla con el fallo del juzgado, y por conducto de su apoderado judicial interpuso el respectivo recurso de apelación para ante el Tribunal Superior de Ibagué, entidad ésta que desató el litigio, por medio de su fallo de 14 de septiembre de 1940, por el cual confirmó el proveído apelado, en cuanto declara únicamente que la señora Argemira Guzmán es madre natural de los menores Néstor José, Orlando y Alberto Guzmán, y que estos a su turno son sus hijos naturales, en lo demás lo revocó, por cuanto consideró que la demanda se había enderezado contra persona que no representaba la sucesión de José A. Padilla.

En efecto, el Tribunal de Ibagué consideró que a la señora Gutiérrez v. de Padilla se la había demandado como representante de la sucesión de su hijo José Antonio Padilla, en su calidad de madre legítima; y que en los autos no se había demostrado la calidad de madre legítima del señor Padilla y que por ello la acción estaba mal dirigida.

Recurso de casación

Doña Argemira Guzmán no compartió las tesis jurídicas del tribunal, y por tanto interpuso recurso de casación, que aparejado en debida forma, hoy se decide por esta superioridad.

Contra el fallo del Tribunal de Ibagué se alega como motivo de casación el primero de los señalados en el artículo 520 del Código Judicial, por indebida aplicación de los artículos 347 y 395 del Código Civil, 22 de la Ley 57 de 1887, 232, 233, 329, 343 y 344 del C. Judicial, como primer cargo.

Considera el recurrente que la acción de que se trata en este juicio es declarativa de la existencia de un estado jurídico y que como consecuencia de ella, la sentencia que se pronuncie debe producir efectos **erga omnes**, y que el sentenciador incurrió en grave error jurídico y aplicó indebidamente los artculos 329, 343 y 344, porque desconoció el mérito probatorio de estos elementos del juicio: la confesión de la demandada en virtud de la cual aceptó su condición de madre legítima, y también el carácter de hijos naturales de José Antonio Padilla de los señores Néstor José, Orlando y Alberto Guzmán, violando indirectamente, por estos errores, los artículos 604, 606, 609, 225, 597, 593, 601; del Código Judicial y 1769 del Código Civil.

Se anota: si es cierto que de acuerdo con el artículo 401 del Código Civil aplicable, por disposición expresa de la Ley 45 de 1936, al caso de la filiación natural, la sentencia que se dicte sobre la falsa o verdadera legitimidad de un hijo, vale no sólo respecto de las personas que han intervenido en el juicio, sino respecto de todos, relativo a los efectos que dicho estado civil acarree, también lo es que la acción no se puede dirigir contra la primera persona que al pasar se encuentre, porque la misma ley civil ha establecido que para que esos fallos produzcan los efectos señalados por el artículo 401, es necesario, entre otras cosas, que se hayan pronunciado contra legítimo contradictor, y el Código Civil en su artículo 403, que también se aplica a la filiación natural, ha dicho taxativamente, quien es el legítimo contradictor.

El fallador de segundo grado no decidió la cuestión de fondo, es decir no estudió si la madre legítima como representante o sucesora de su hijo, era legítimo contradictor cuando se demandaba el reconocimiento de los hijos naturales que hubiera tenido su hijo legítimo, y se concretó a examinar si se había comprobado el carácter de madre legítima del finado José Antonio Padilla y si ella representaba la sucesión de su hijo.

A juicio del sentenciador faltaron en el expediente esas comprobaciones. No se acompañaron las partidas eclesiásticas que

comprobaran el legítimo matrimonio de la señora doña Pureza Gutiérrez, ni el nacimiento y bautismo de su hijo José Antonio Padilla, ni la muerte de éste, ni la apertura de su sucesión y por eso concluyó el fallador de Ibagué, que era ilegítima la personería de la señora Pureza Gutiérrez para representar la sucesión de su hijo legítimo José Antonio Padilla.

Así se expresa el tribunal: "No es una obligación personal de doña Pureza lo que la demandante Argemira Guzmán quiso que su apoderado demandara, como no es a la persona física de don Alfonso Leiva, personero municipal del Guamo, a quien quiso la demandante que se hiciera intervenir en el juicio. A la Gutiérrez le atribuye la representación de la sucesión de José Antonio Padilla a fuer de madre legítima; al personero del Guamo lo citó, seguramente en defensa de los incapaces.

"Pero si esto es así, también lo es que con la demanda no se presentó comprobante alguno demostrativo de que, muerto José Antonio Padilla, la sucesión de él haya quedado representada por Pureza Gutiérrez v. de Padilla, ni siquiera se trajo el comprobante de que dicha señora sea la madre de José Antonio Padilla".

No puede aceptarse el argumento del recurrente de que la confesión de la señora Gutiérrez v. de Padilla sea suficiente para considerar probado su estado civil de madre legítima de José Antonio Padilla, ni del estado civil de hijos naturales de Néstor José, Orlando y Alberto Guzmán, porque la ley ha establecido que sólo las partidas de origen civil o de origen eclesiástico, son las únicas pruebas para la comprobación del estado civil y a falta de ellas las supletorias que la misma ley reconoce, pero la confesión no es prueba, en nuestra legislación, aceptable para la comprobación del estado civil de las personas. La confesión es prueba de excepción, pero sólo para los hechos que la ley reconoce que se puedan demostrar con ella, de suerte que la acusación del recurrente por la violación de los artículos tanto del Código Civil como del judicial no puede tomarse en cuenta por la Corte, porque con la confesión no se comprueba el estado civil de las personas. Sobre este tema es inútil que se detenga la Sala mayor tiempo.

Como último capítulo de acusación considera el autor del recurso que el fallador de segundo grado, violó por falta de aplicación, los artículos 403, 404, 975, 1011, 1041, 1155 del Código Civil, como también los artículos 1, 4 y 7, de la Ley 45 de 1936, todos los cuales enseñan, dice el recurrente, que el heredero representa al causante y sustenta el principio de que la persona difunta subsiste en sus herederos.

Ya se ha advertido que el Tribunal de Ibagué no abordó el problema de si la madre es legítimo contradictor, en el juicio de filiación natural de los hijos naturales de su hijo legítimo y si esta acción puede dirigirse contra la madre legítima, muerto el hijo, presunto padre natural de los hijos que reclaman ese estado, antes de que se haya dictado sentencia, cuestión que ya ha sido decidida por la Corte en anteriores fallos, con votos disidentes, pero hoy extraña al litigio, porque el fundamento del sentenciador, fue, como se ha visto, el que no se había comprobado que la señora Pureza v. de Gutiérrez fuera madre legítima de José Antonio Padilla, ni que éste fuera su hijo, ni legítimo ni natural, ni que hubiera muerto y se hubiera abierto el respectivo juicio de sucesión, y en estas circunstancias el sentenciador no tuvo ocasión de aplicar o de dejar de aplicar las disposiciones civiles citadas por el recurrente porque no estaba resolviendo el caso jurídico a que esas disposiciones se refieren.

En vista de las consideraciones anteriores la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Falla:

1. No se infirma la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Ibagué de fecha catorce de septiembre de mil novecientos cuarenta.

2. Condénase en costas al recurrente.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Isaías Cepeda — José Miguel Arango. Liborio Escallón — Ricardo Hinerosa Daza — Fulgencio Lequerica Vélez — Hermán Salamanca — Pedro León Rincón, Srio.

FIANZA

La fianza, como obligación accesoria, en virtud de la cual una o más personas responden de una obligación ajena, no se presume, lo que indica que ella ha de interpretarse de manera restrictiva y estarse, para fijar el alcance y las obligaciones contraídas por el fiador, al tenor literal del documento que contiene la fianza y a falta de ese tenor, si no fuere claro, a la intención de las partes.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Civil — Bogotá, febrero seis de mil novecientos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor José Miguel Arango).

Antecedentes del litigio

El señor Gabriel Espinel T., fue nombrado por el Concejo Municipal de Bello, secretario de la corporación y recaudador de las empresas de acueducto y alumbrado público de tal población, en calidad de ayudante del tesorero de rentas del municipio.

Para garantizar el manejo ofreció el señor Espinel como fiador al señor Uladislao Velásquez T., quien presente a la diligencia de posesión de Espinel expresó: "Que se obliga como fiador solidario del señor Gabriel Espinel T. en los términos de este documento a responder al municipio de Bello de cualquier suma que su fiado causare a deber al tesoro, así como de todos y cada uno de los compromisos que ha contraído del modo más completo y comprensivo de todas las disposiciones legales sobre fianzas de empleados; y que el seguro que presta por el presente documento, responde en todo tiempo en que su fiado desempeñe el empleo, por cualquier razón, como en el caso que lo siga desempeñando después de la expiración del período, y los de reelección, bien entendido que la responsabilidad se extiende a todo el tiempo en que legalmente pueden hacerse cargos al fiado por razón de su empleo, sin perjuicio de abundar en mayores seguridades cuando las autoridades encargadas de revisar la fianza así lo exijan".

En memorial de trece de junio de mil novecientos treinta y tres, dirigido al Concejo Municipal de Bello, el señor Velásquez reiteró definitivamente la fianza otorgada a favor de Espinel y solicitó se le relevara de tal obligación.

Años después, el visitador fiscal del departamento de Antioquia, le elevó a alcance líquido al señor Espinel la cantidad de $ 2,935.42, por considerarlo responsable de esa suma y ordenó el embargo preventivo de los bienes raíces del señor Velásquez en calidad de fiador del señor Espinel.

El señor Velásquez consideró ilegal el procedimiento del visitador y en consecuencia ocurrió al poder judicial para que se hicieran las siguientes declaraciones:

"a) Que está extinguida la fianza prestada por el señor Uladislao Velásquez T. al señor Gabriel Espinel T. y en favor del municipio de Bello conforme al documento de que hice mérito en el hecho segundo de la parte narrativa de este memorial, y en consecuencia el fiador está relevado libre de toda obligación por concepto de dicha fianza;

"b) Que se ordene al Registrador de Instrumentos Públicos de esta ciudad, la cancelación de las inscripciones de embargo de los bienes del señor Uladislao Velásquez a que se refiere el hecho sexto de

la parte narrativa de esta demanda en relación con el séptimo;

"c) Que el municipio de Bello, está obligado a indemnizar al demandante de los perjuicios causados con el embargo indebido de sus citados bienes, conforme regulación que debe hacerse de conformidad con el artículo 553 del Código Judicial en este mismo juicio o en otro".

Sentencias

El Juez Primero Civil del Circuito de Medellín, por proveído de 29 de abril de 1938, falló así:

"1. Declárase extinguida la fianza prestada por el señor Uladislao Velásquez T. a Gabriel Espinel T. en favor del municipio de Bello y que consta en el documento respectivo traído en copia a los autos cuyas firmas reconocieron fiador y fiado ante el alcalde municipal de Bello el 31 de diciembre de 1931.

"2. Ordénase, una vez ejecutoriada esta sentencia, la cancelación de las inscripciones de embargo de los bienes del señor Uladislao Velásquez T. a que se refiere el hecho sexto de la parte motiva de la demanda, cancelación que hará el señor Registrador de los instrumentos públicos de esta ciudad; y

"3. No es el caso de declarar que el municipio de Bello está obligado a indemnizar perjuicios a Velásquez T. por razón de los embargos de que se trata".

Ambas partes interpusieron el correspondiente recurso de apelación para ante el Tribunal Superior de Medellín, y esta entidad desató en segundo grado el litigio, en fallo de 26 de septiembre de 1940, por el cual revocó totalmente la sentencia apelada y negó las peticiones de la demanda.

Casación

El apoderado judicial del señor Uladislao Velásquez interpuso recurso de casación que le concedió el Tribunal, y como el asunto en esta superioridad está debidamente aparejado, procede hoy la Sala a resolverlo, advirtiendo que el Juez de la primera instancia consideró que la fianza prestada por Velásquez encajaba en el inciso segundo del artículo 2365 del Código Civil, y que como la obligación principal no existía cuando Velásquez se retractó de la fianza, por memorial dirigido al Concejo Municipal de que ya se ha hablado, ese retracto era valedero y así debía decretarse.

No compartió el fallador de segundo grado la tesis jurídica del Juez. Consideró que la fianza era pura y simple, para garantizar una obligación de presente y no de futuro y que, como cuestión de hecho, no existía en el proceso comprobación alguna de que el Concejo Municipal hubiera accedido al retracto de la fianza por parte del señor Velásquez, puesto que las obligaciones no se extinguen sino por los medios señalados por la ley, y que la manifestación del retiro de la fianza, por una de las partes, sin el asentimiento de la contraria, no rompe el vínculo contractual y deja intacta la obligación para el pasado.

El recurrente considera que esta decisión quebranta los artículos 2365 y 2406 del Código Civil, a consecuencia de los errores de hecho y de derecho en que incurrió el Tribunal al apreciar las pruebas memoradas en el respectivo recurso a saber: Certificado de la Contraloría General del Departamento de Antioquia, en que aparece que en el tiempo comprendido entre el mes de diciembre de 1931 a junio de 1933, "no aparece alcance alguno contra Espinel porque los deducidos a su superior señor Arango fueron reintegrados" y el numeral 10º de la resolución número 53, de fecha 15 de abril de 1935, que dice: "Procédase al examen minucioso y detenido de los comprobantes de ingresos y egresos a partir del mes de mayo del año de 1932, fecha de la última visita fiscal, y elévese en alcance líquido las cantidades que resulten a cargo de los responsables señores Arango A. y Espinel T."

Los errores consisten en no haber apreciado el certificado del Contralor del Departamento que de manera expresa reconoce que en el tracto de diciembre de 1931

a junio de 1933, no había alcance alguno contra Espinel y porque el numeral 10º de la resolución en cita, apenas dice que se eleve en alcance líquido las cantidades que resulten a cargo de Espinel, pero sin aceptar que esté comprobado que éste haya incurrido en responsabilidad en el manejo de los fondos a su cargo.

La Corte observa: Es evidente que el certificado del Contralor está pregonando que del mes de diciembre de 1931 a junio de 1933 no hay cargo alguno contra Espinel, pero de ese hecho no fluye la conclusión jurídica de que el fiador tenga derecho a retractarse de la fianza, de acuerdo con el inciso 2º del artículo 2365 del Código Civil.

La fianza, como obligación accesoria, en virtud de la cual una o más personas responden de una obligación ajena, no se presume, lo que indica que ella ha de interpretarse de manera restrictiva y estarse, para fijar el alcance y las obligaciones contraídas por el fiador, al tenor literal del documento contentivo de la fianza y a falta de este tenor, sino fuere claro, a la intención de las partes.

El documento suscrito por el demandante al constituírse fiador del señor Espinel, como atrás se vio por lo transcrito, contiene la obligación precisa y neta, por parte de Velásquez, de responder en todo el tiempo en que su fiado desempeñe el empleo en propiedad, o lo siga desempeñando después de la expiración del período y al de reelección, si esto sucediere, bien entendido que la responsabilidad se extiende a todo el tiempo en que legalmente puedan hacerse cargos al fiado por razón de su empleo, como expresamente se consignó en el respectivo documento de fianza.

De la calidad y precisión de estas cláusulas se concluye, necesariamente que la fianza la constituyó el señor Velásquez para responder de una obligación presente y no futura del señor Espinel, y que esa obligación, nació, respecto de Espinel, desde el momento en que éste se posesionó del empleo de secretario del Concejo Municipal de Bello con funciones de recaudador de los servicios de acueducto y alumbrado público de dicha población, y recaudó los impuestos correspondientes a esos servicios, y esa obligación persistía hasta el momento en que el señor Espinel rindiera cuentas y obtuviera un certificado o finiquito de estar a salvo con el tesoro municipal de Bello.

Pero por vía de hipótesis pudiera decirse que el señor Velásquez afianzó una obligación futura del señor Espinel, pero en este plano y dadas las constancias procesales, tampoco podía prosperar el recurso, porque si la fianza por su carácter de obligación subsidiaria y condicional no tiene existencia sino desde el momento en que nace la obligación principal, es indispensable averiguar en qué momento nació ésta, porque si ella no ha tomado nacimiento, la obligación subsidiaria, la fianza, no tendría objeto, y en autos está demostrado que la obligación principal nació desde el mismo momento en que Espinel se posesionó y entró a manejar los dineros recolectados por los servicios de alumbrado y agua y siguió subsistiendo hasta el momento en que este señor dejara de desempeñar el cargo.

Como se ve de lo anterior, falta, para que pudiera aplicarse el inciso 2º del artículo 2365 la condición indispensable de que no exista la obligación principal en el momento en que el fiador se retracta de su obligación accesoria.

De otro lado, no aparece en el proceso que el Concejo Municipal de Bello hubiera accedido a la petición del señor Velásquez sobre retracto de la fianza. Cierto es que el fiador le dirigió al Concejo Municipal un memorial en el cual hace saber al cabildo que retira definitivamente la fianza otorgada a favor de Espinel y solicita se le releve de esa obligación, pero también es verdad que apenas aparece al margen de él una anotación sin firma responsable en que se dice que en la sesión del 15 de julio de 1933 consideró el Concejo el memorial del señor Velásquez y dispuso que el señor Espinel diera un nuevo fiador. El demandante para bastantear esta prueba solicitó las declaraciones de varias personas que en ese entonces eran miembros

del Concejo Municipal, pero de ellas no aparece con certeza, que el Concejo relevara a Velásquez de su obligación de fiador y le exigiera a Espinel el otorgamiento de una nueva fianza con distinto fiador.

En efecto, Cipriano Uribe declara que en una sesión secreta se leyó el memorial del señor Velásquez; que se resolvió que Espinel diera nuevo fiador, "pero entendiendo que el fiador Uladislao Velásquez quedaba relevado de la fianza en lo futuro una vez que Espinel otorgara una nueva".

Leonardo Velásquez y Nacianceno Palacio afirman que nada les consta por no haber sido en ese tiempo miembros del concejo. En igual sentido deponen José María Tobón y Alejandro Jaramillo, y el señor José Abel Jiménez asevera que el concejo de Bello estudió el memorial del señor Velásquez en que retiraba la fianza, pero que no recuerda con seguridad qué resolvió el concejo a ese respecto.

Por otra parte, no sobra advertir que tratándose en este particular de una actuación oficial de una corporación pública, la prueba del relevo de la fianza no puede acreditarse con simple prueba testimonial sino con la presentación del correspondiente documento o actuación auténtico del concejo.

No hallándose comprobada la adquiescencia del cabildo de Bello a la petición hecha por Velásquez sobre el retracto de fianza, es necesario concluír que el municipio de Bello no convino en el relevo de fianza, que es una de las condiciones que exige el artículo 2406 del Código Civil, en su numeral 1º.

Resumiendo se tiene: Que la fianza otorgada por Velásquez lo fue para garantizar una obligación presente y no de futuro; que la obligación de Espinel tomó nacimiento desde que se posesionó del puesto de secretario del concejo con el carácter de recaudador de los impuestos de luz y agua; que el concejo municipal no accedió a la petición de retracto de fianza.

En estas condiciones tiene de concluírse que el Tribunal no incurrió en errores de hecho ni de derecho al apreciar las pruebas señaladas por el recurrente ni en el quebrantamiento de los artículos 2365 y 2406 del Código Civil.

A mérito de estas consideraciones la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Falla:

1. No se infirma la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Medellín de fecha veintiséis de septiembre de mil novecientos cuarenta.

2. Las costas son de cargo del recurrente.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la **Gaceta Judicial** y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Isaías Cepeda — José Miguel Arango. Liborio Escallón — Ricardo Hinerosa Daza — Fulgencio Lequerica Vélez — Hernán Salamanca — Pedro León Rincón, Srio.

ACCION DE RESOLUCION DE UN CONTRATO — TECNICA DEL RECURSO DE CASACION

1. Cuando para el recurso se invoca el primer motivo legal de casación, restringido a violación de la ley sustantiva, la técnica indefectible exige, como invariablemente se tiene establecido en innúmeros fallos, que se indiquen con la debida precisión los textos legales que se estiman infringidos, expresando, además, en qué concepto, si por violación directa, aplicación indebida, falta de aplicación o interpretación errónea. — 2. El error, en la apreciación probatoria no es por sí mismo motivo de casación, sino medio por el cual puede llegarse a él, que es la violación de la ley. La cita de los textos es indispensable en este caso para que la Corte pueda saber con qué ley ha de hacer la confrontación de la sentencia acusada. — 3. Es evidente que para que pueda pedirse la resolución de un contrato se requiere, por una parte, que uno de los contratantes no haya cumplido su obligación por su culpa, y por la otra, que el otro contratante haya cumplido la suya. La ley autoriza el ejercicio de esta acción resolutoria a la parte que ha cumplido contra el contratante moroso. Para que la acción prospere es indispensable que uno de los contratantes se encuentre en mora, de tal modo que si el demandante no ha cumplido su obligación, el contratante contra quien pide la resolución no se encuentra en estado de mora en virtud de lo dispuesto por el artículo 1609 del C. C.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Civil — Bogotá, febrero diez de mil novecientos cuarenta y uno.

(Magistrado ponente: doctor Hernán Salamanca).

El 19 de septiembre de 1934 Maximiliano Sanclemente y Juan José Mejía celebraron un contrato en que estipularon las recíprocas prestaciones a que se obligaron y que consignaron en documento privado suscrito en Buga en la fecha indicada. Mejía se obligó:

"Primero. A limpiar dos lotes de terreno en la hacienda de "Monterrey", de propiedad del presbítero Sanclemente, sita en este Municipio de Buga, y constantes dichos lotes aproximadamente en una cabida de doce a catorce fanegadas, pues no está medido, todo a costa del contratista y en el menor tiempo posible, según lo permitan los recursos que la hacienda le pueda proporcionar, pero en todo caso el contratista tendrá cinco días de trabajo semanales, y por ahora serán ocho, contando con tres jornales más cada semana que costeará el contratista; Segundo. A cultivar los expresados lotes, inmediatamente que se vayan limpiando, de maíz, plátano, café y otros cereales o cultivos que tenga a bien el contratista dadas las condiciones de feracidad del terreno, y que no perjudiquen al cultivo del café, como yuca, tabaco, etc., que según las instrucciones del agrónomo producen daños en este cultivo, que es el principal, o permanente de este contrato; Tercero. Para los cultivos que debe hacer el contratista, tiene derecho a las semillas necesarias para el efecto, como también la hacienda le debe proporcionar la herramienta necesaria y apta para los trabajos. Es de advertir

expresamente aquí que la hacienda da las semillas cuando las tenga allí mismo, y cuando no será de cargo de ésta el valor de dichas semillas, el cual suministrará en caso necesario, y dos bestias para su acarreo. Cuarto. Todos los cultivos que haga el contratista en los expresados lotes arriba, excepción hecha del café de que se hablará en el punto siguiente, y por el término de tres (3) años, los hará el contratista en compañía de la hacienda disfrutando de por mitad. Quinto. El café que debe cultivar el contratista, tendrá una distancia común, según las indicaciones del agrónomo; y este cultivo del café lo irá entregando el contratista a la hacienda en lotes no menores de la tercera parte, y cuando los cafetos comiencen a cargar las primeras frutas por igual en el expresado lote, mediante el pago de cinco centavos por cada árbol que le hará la hacienda, después de ciento veinte días de su entrega a la hacienda, bien entendido que la sementera dicha garantiza este pago parcial".

El contratista Sanclemente, a su turno, se obligó:

"Primero. A darle por el término de tres años, salvo prórroga que le haga, la casa nueva que habita ya el contratista a la entrada y que se conoce con el nombre de "La Avenida", siendo de cargo del contratista las reparaciones locativas; Segundo. A suministrarle al contratista como queda dicho arriba, la herramienta, las semillas, y hasta dos bestias, en caso necesario, para el acarreo de ellas al lugar del trabajo; Tercero. A mantener en buen estado las cercas que guardan los expresados lotes, bien entendido que en caso urgente el contratisa atenderá de cualquier daño imprevisto o dará aviso inmediato al administrador de la hacienda para que provea inmediatamente; Cuarto. La hacienda ayudará al contratista semanalmente, a contar del tres de los corrientes, fuera del revuelto y de la bestia que necesita para su remesa y para él cada semana, pudiendo servirle para la remesa la que sirve para la de la hacienda, con cuatro pesos cincuenta centavos ($ 4.50), siempre que haya ocho jornales cada semana, sino tres pesos cincuenta centavos $ 3.50), para el caso de que sólo trabaje cinco días, o más cuando las circunstancias lo permitan y se puedan aumentar los trabajadores, lo cual oportunamente se le hará saber; Quinto. El contratista tiene autonomía en su trabajo y sólo tiene que observar las indicaciones que en relación con él le haga el presbítero Sanclemente o la hacienda le responde al contratista de todo lo expuesto hasta aquí, y expresamente del pago del valor que causen las entregas parciales que vaya haciendo el contratista de cafetos en la forma estipulada arriba. El reparto de los frutos se hará a la cosecha de ellos, previo aviso de que están listos con tal fin, y en los frutos manuales que se cosechen y que cultive el contratista, el reparto se hará en oportunidad".

En el mes de octubre de 1936, el día 14, alegando el contratante Maximiliano Sanclemente, que a pesar de que por su parte fueron cumplidas todas las obligaciones que adquirió por el contrato, su contraparte no ha dado cumplimiento a ninguna de las suyas y ha hecho todo lo contrario de lo convenido y que han sido inútiles sus reiterados reclamos, demandó a Juan José Mejía ante el Juzgado 3º del Circuito de Buga para que en la sentencia definitiva de un juicio ordinario se decrete la resolución, por incumplimiento del demandado Mejía, del contrato referido, condenándolo, en consecuencia, a la restitución inmediata de la casa y lotes de la finca Monterrey con sus mejoras y cultivos, sin derecho de retención en razón de su valor, y se le condene al pago de la suma de $ 3,050 en que estima los perjuicios que ha causado el demandado por la violación del contrato, o los que pericialmente se fijen en el juicio, más las costas procesales.

Se opuso el demandado a que se hicieran las declaraciones solicitadas, y aceptando algunos de los hechos fundamentales de la demanda negó los relacionados con su incumplimiento y afirmó que el demandante Sanclemente fue quien faltó a

sus obligaciones contractuales porque solamente los dos primeros meses atendió al pago de lo que se comprometió dejándole después de suministrar lo convenido en forma total que lo dejó entregado a sus propios recursos.

Trabada de este modo la litis y agotada la tramitación del grado, el Juzgado del Circuito de Buga profirió sentencia el 16 de noviembre de 1937, en la cual absolvió al demandado Mejía de todos los cargos formulados en la demanda. Sin costas.

Sentencia acusada

Apelado por el actor este fallo, se surtió ante el Tribunal Superior del Distrito de Buga la segunda instancia del juicio, finalizada con sentencia del 2 de abril de 1941, en la que fue confirmada la del Juzgado del Circuito y condenado el actor en las costas del grado.

La motivación de este fallo, en la que aparecen adoptadas las tesis y conclusiones del Juez del primer grado, contiene un estudio detallado de las pruebas traídas a los autos por ambas partes, formadas por declaraciones testimoniales, posiciones y una inspección ocular, estudiadas todas con separación y minuciosidad. Del análisis que el sentenciador hace de todos estos elementos de convicción deduce que es verdadera la afirmación que el demandado hizo al contestar la demanda de que él ha querido y procurado cumplir el contrato y de que fue el actor el que no dio oportuno cumplimiento a sus obligaciones contractuales. "Con las pruebas anteriores —dice el Tribunal— queda plenamente establecido que fue el Presbítero Maximiliano Sanclemente quien dejó de cumplir el contrato privado que firmó con el señor Juan José Mejía en Monterrey el 19 de septiembre de 1934, porque le dejó de suministrar sin causa legal el valor de los jornales a que se había obligado... Las pruebas presentadas al debate litigioso por el padre Sanclemente tanto en la primera instancia como en esta segunda, no son suficientes para probar que fue el señor Mejía quien no dio cumplimiento al contrato. Los testimonios que presenta no son concretos y precisos, y no definen con toda claridad el hecho que tratan de probar. Que Mejía no partió con el mayordomo la primera cosecha de maíz y fríjol, es absolutamente inexacto, pues los declarantes Miguel Sánchez y Valerio Buriticá dicen que Mejía hizo dos montones de esas cosechas y le dio a escoger libremente al mayordomo del padre Sanclemente".

Determinada así probatoriamente la cuestión de hecho del pleito, el Tribunal le aplicó, para su decisión, la doctrina jurídica del artículo 1609 del C. C., concluyendo que como el demandante faltó al cumplimiento del contrato dejando de satisfacer parte de lo pactado en el documento privado en que se hizo constar, carece de razón y de derecho para solicitar la resolución del contrato con base en el artículo 1546 del C. C.

Esta sentencia absolutoria, resumida así en su motivación, es la que está acusada ante la Corte en el recurso de casación interpuesto por la parte demandante, que hoy se decide después de prepararlo legalmente.

El Recurso

En los dos primeros motivos de los que enumera el artículo 520 del C. J. se apoya la acusación contra el fallo del Tribunal. "La sentencia —dice la demanda— es violatoria de la ley sustantiva por infracción directa de la misma, por aplicación indebida y por interpretación errónea. Así mismo, por no estar en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes". A pesar de su extensión el escrito de demanda con que se ha querido fundar este recurso ofrece poca materia aprovechable para el estudio y decisión de la Sala, porque en su mayor parte, como si se tratara de una tercera instancia del juicio, se limita a plantear nuevamente el análisis general del acervo probatorio para tratar de deducir conclusiones diferentes de las de la sentencia en punto a incumplimiento del contrato por

parte del demandado Mejía, "con antelación a la suspensión del mismo por parte del Presbítero Sanclemente". Cuando para el recurso se invoca el primer motivo legal de casación, restringido a violación de la ley sustantiva, la técnica indefectible exige, como invariablemente se tiene establecido en innúmeros fallos, que se indiquen con la debida precisión los textos legales que se estiman, infringidos, expresando además, en qué concepto, si por violación directa, aplicación indebida, falta de aplicación, o interpretación errónea. En este caso sostiene el recurrente que el Tribunal quebrantó la ley como resultado de errónea apreciación de las pruebas, pero en su demanda se reduce a formular la acusación por dicho error, omitiendo, al tratar de demostrarlo, la designación de las disposiciones sustantivas que considera infringidas, dejando de esta manera incompleto el cargo, porque es bien sabido que el error en la apreciación probatoria no es por sí mismo motivo de casación, sino medio por el cual puede llegarse a él, que es la violación de la ley. La cita de los textos es indispensable para que la Corte pueda saber con qué ley ha de hacer la confrontación de la sentencia acusada. "El recurso, cuando el punto de partida es el referido error, —ha dicho la Corte— es una cadena formada por estos eslabones: a) el error y su demostración; b) la consiguiente violación de ley sustantiva detallada como manda el artículo 531 del C. J., y c) incidencia del cargo sobre la parte resolutiva de la sentencia".

Sin enfocar concretamente los pretendidos errores de hecho y de derecho que se imputan al sentenciador en el estudio y calificación de las pruebas es difícil precisar los elementos para el juicio. Se puede, sin embargo, aislando del libelo lo conducente, configurar este cargo en relación con las dos únicas disposiciones sustantivas que cita la demanda:

Violación de los Arts. 1609 del C. C. y 697 del C. J. en que incurrió el Tribunal como consecuencia de los errores de hecho y de derecho que cometió al apreciar los testimonios de Manuel Giraldo, Rafael Ocampo y Jorge Julio Giraldo, aducidos por el actor, y los de los testigos Gilberto Hurtado y Marcelino Díaz, presentados por el demandado, al concluír que el incumplimiento inicial del contrato es imputable al demandante Sanclemente y que el demandado Mejía cumplió y estuvo listo a cumplir las obligaciones que el contrato le imponía por su parte.

Se considera el cargo.

Los dos grupos de pruebas, las aducidas por el actor en cumplimiento de su deber procesal de acreditar los hechos de su demanda y las producidas por el demandado en ambas instancias, fueron, como ya se dejó dicho, consideradas y analizadas por el sentenciador y en el mérito que de ellas dedujo asentó su certidumbre de que el demandante fue el primero en incumplir las obligaciones que contrajo por el contrato cuya resolución pide, dejando de suministrar las semillas y jornales que se obligó. Las declaraciones rendidas por los testigos presentados por el actor Sanclemente, —Clímaco Moreno, Eleázar Trujillo, Alejandro Lorza, Manuel Giraldo, Rafael Ocampo, Jorge Julio Giraldo y Ricardo Peñaranda—, fueron tenidas por el Tribunal como insuficientes para demostrar el hecho esencial de que Mejía fue el primero en violar el contrato porque adolecen de vaguedad e indeterminación en forma que no es posible deducir de estos testimonios si cuando el demandante suspendió, como él lo confiesa, el cumplimiento del contrato ya había sobrevenido la violación que achaca al demandado. Y en verdad que esta prueba testifical no es capaz de fundar perfectamente una convicción al respecto, porque según síntesis que de ella hizo el Juzgado y que el Tribunal reproduce en su fallo, Moreno manifiesta que nada puede decir porque no le constan los negocios del padre Sanclemente con Juan Mejía. Eleázar Trujillo dice, refiriéndose al contrato en cuestión, que por habérselo dicho Mejía el Padre Sanclemente estaba cumpliendo con las entregas semanales de dinero y también por habérselo dicho el mayordomo. Lorza dice que por conocimiento propio nada le consta. Giraldo afirma que su-

ministraba a Mejía algunas sumas de dinero por cuenta del actor hasta que le ordenó suspender el suministro de todo recurso. Ocampo se refiere a que Mejía no trabajaba todos los jornales que por anticipado recibía pero que sí trabajaba los días enteros. Giraldo declara no saber nada sobre siembra de yuca e ignora el número de colinos de plátano y café que Sanclemente suministrara a Mejía, y Peñaranda se refiere en su exposición a la siembra de yuca por Mejía para decir que no sabe si a esto se deba el escaso desarrollo del café. Ninguna noticia exacta contiene esta prueba sobre la circunstancia que anotó el Tribunal. El recurrente combate la apreciación del fallador imputándole quebranto del artículo 697 del C. J. por no haber tenido como plena prueba las citadas declaraciones, cuando es verdad que ellas no demuestran ningún hecho y sobre todo no aclaran la cuestión central de a cuál de los dos contratantes es imputable la violación original. Por lo demás, el Tribunal hizo un estudio de conjunto para apoyar la conclusión probatoria que adaptó, y en la demanda apenas se destacan fragmentariamente las exposiciones de los dos Giraldos y de Ocampo, de cuya confrontación con la restante prueba testimonial es imposible deducir la evidencia contraria que implicaría el pretendido error de hecho.

Lo mismo acontece en relación con la prueba testimonial del demandado, quien, según se lee en la sentencia, "demostró con las declaraciones de los señores Alfredo Aguirre, Dámaso González, Roberto y Ricardo Peláez, Gilberto Hurtado, Marcelino Díaz, Miguel Sánchez y Valerio Buriticá, que el mayordomo del Presbítero Sanclemente, a quien dejó encargado en lo relacionado con el contrato de los lotes cuestionados, no quiso suministrarle el colino de plátano para sembrarlo; que las mejoras que existen allí ——fueron hechas a expensas del contratante Mejía, con dinero de su propio bolsillo; que le compró a Gilberto Hurtado 5.800 árboles de café y que Marcelino Díaz sembró 1.000 árboles en los lotes; y que Mejía dividió por iguales partes con el mayordomo del Presbítero las primeras cosechas de maíz y fríjol que se obtuvieron en los dos primeros meses". La conclusión judicial fundada en este haz de testimonios se trata de combatir en casación oponiéndole una crítica hecha sobre fragmentos de las declaraciones de Hurtado y Díaz que no da base para deducir ninguna equivocación judicial cometida en el justiprecio de su mérito. Es insignificante como cargo en casación decir que el Tribunal acogió estos testimonios a pesar de la vaguedad que los afecta.

No es aceptable, por lo visto, ninguno de los reparos formulados en torno al estudio y apreciación que de las pruebas aducidas contiene la sentencia acusada, porque no se encuentra allí ningún error de los procedentes en casación que permita a la Corte avocar de nuevo la cuestión de hecho controvertida en las instancias del juicio.

Y tampoco es fundada la acusación por quebranto directo del artículo 1609 del C. C., cuya aplicación, dada la situación probatoria a que se ha hecho referencia; resulta jurídicamente acertada en la sentencia, pues es evidente que para que pueda pedirse la resolución de un contrato se requiere, por una parte, que uno de los contratantes no haya cumplido su obligación por su culpa, y por la otra, que el otro contratante haya cumplido la suya. La ley autoriza el ejercicio de esta acción resolutoria a la parte que ha cumplido contra el contratante moroso. Para que la acción prospere es indispensable que uno de los contratantes se encuentre en mora, de tal modo que, como sucede en este caso, si el demandante ha incumplido su obligación el contratante contra quien se pide la resolución no se encuentra en estado de mora en virtud de la disposición del artículo 1609 del C. C. que estatuye que "en los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allane a cumplirlo en la forma y tiempo debidos".

"Califica el Juzgado de contrato de arrendamiento el celebrado entre Sanclemente y Mejía con fecha 19 de septiembre de 1934. Con el respeto debido, yo me

permito apartarme de la tesis sostenida por los jueces de instancia, derivando de aquí una nueva razón para pedir la casación de la sentencia por interpretación errónea". Carece de importancia en realidad este reparo de la demanda relacionado con la denominación jurídica del contrato porque aunque fuera fundado no incidiría en la resolución de la sentencia, pues las conclusiones del fallo acusado no se vinculan a la denominación específica de la convención sino a su calidad de bilateral y sobre este aspecto no hay divergencia ni contradicción. Yo creo que se trata "aquí de un contrato innominado, que contiene prestaciones por ambas partes", dice el recurrente. Por lo demás, los términos consignados en el documento podrían servir para deducir la existencia de dos contratos conexos, el de arrendamiento de un predio rústico, llamado de aparcera, reglamentado en el capítulo 6º, título 26 del Libro 4º del C. C., y otro de arrendamiento de servicios en lo referente a la siembra de café. Pero la dilucidación de este aspecto de la cuestión no tiene interés práctico para la decisión del recurso.

Si pudiera entenderse, por alusiones que contiene la demanda, que el recurrente acusa la sentencia por violación del artículo 2073 del C. C., con fundamento en el hecho de que el demandado Mejía hizo plantaciones de yuca contra la prohibición del contrato, habría también que rechazar el cargo, porque fuera de ser contradictorio, el Tribunal no tuvo en mientes tal precepto ni podía darle aplicación porque en este juicio no se trata del ejercicio de las acciones que allí se consagran. Por otra parte, en la sentencia está afirmado que esta actividad del demandado Mejía se cumplió con posterioridad a la suspensión que el demandante Sanclemente hizo del contrato, y esta cuestión, no desvirtuada probatoriamente, coloca el punto fuera del alcance de esta litis.

Se dijo al principio de este capítulo que por el motivo segundo también se acusaba el fallo del Tribunal, pero en relación con este punto, a más de su improcedencia por tratarse de una absolución total, nada contiene la demanda de casación. Ni la menor referencia se halla en este libelo para deducir en qué pretende hallar el recurrente la inconsonancia que constituye este motivo de casación.

En razón de lo expuesto, la Corte en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga el 2 de abril de 1941, que ha sido materia de este recurso.

Sin costas por no aparecer que se hayan causado.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase al Tribunal de origen.

Isaías Cepeda. — Liborio Escallón. — José Miguel Arango. — Fulgencio Lequerica Vélez. — Ricardo Hinestrosa Daza. — Hernán Salamanca. — Pedro León Rincón, Srio. en ppd.

ACCION PETITORIA DE QUE UNA PERSONA NO TIENE EL CARACTER DE HIJA LEGITIMA DE OTRA. — FUNCIONARIOS PUBLICOS—LOS PARROCOS NO LO SON. PARTIDAS DE ORIGEN ECLESIASTICO.—ACTAS DE ESTADO CIVIL.

1.—El artículo 636 del C. J. no es aplicable a las certificaciones que expidan los curas párrocos porque éstos no son funcionarios públicos y la norma citada se refiere a tales funcionarios. Estos no tienen el carácter de tales sino en cuanto son creados, reconocidos o erigidos, de una manera clara, expresa y taxativa, por la ley, y si bien es cierto que los certificados de los curas párrocos hacen plena fe, respecto de nacimientos, matrimonios o defunciones, también lo es que los párrocos no tienen el carácter de funcionarios públicos en el estricto sentido de la ley. 2.—Las partidas de origen eclesiástico no pueden considerarse como instrumentos públicos y, por consiguiente, con respecto a ellas no es aplicable el artículo 636 del C. J. El 632 de la misma obra hace distinción entre instrumentos públicos y certificaciones de quienes lleven el registro civil de las personas, respecto de las cuales tal disposición dice que hacen plena prueba respecto de su contenido. 3.—Una partida o acta de bautismo o de matrimonio, ya sea de origen civil o eclesiástico, no comprueba por sí sino el hecho del bautismo o el acto del matrimonio. Dichas partidas tienen al respecto el mismo valor probatorio. (Artículos 347 del C. C., 632 del C. J. y L. 57 de 1887). El estado civil debe constar en el registro respectivo, según enseña el artículo 347 citado, y las actas son la prueba del respectivo estado. De este principio se deduce que con la mera acta de matrimonio o la simple de bautismo no puede comprobarse el estado civil de hijo legítimo sino que es preciso, cuando de esto se trata, acompañar ambas cosas para deducir de ellas la legitimidad, aplicando la presunción *pater est is quem nuptias demostrant*. Esa es la razón por la cual el artículo 351 del C. C. dispone que en el acta de nacimiento se expresen, entre otras circunstancias, quién es la madre de la criatura y su estado, quién el padre si fuere conocido, quiénes los abuelos paternos y maternos. Esa es también la razón por la cual el canon 777 ordena que se dejen expresadas las mismas circunstancias en las actas de nacimiento. El derecho civil y el canónico son a este respecto idénticos y vale la pena observar que las conferencias episcopales reunidas en Colombia, se han orientado al respecto en el sentido de acomodar la forma de las partidas del estado civil de origen eclesiástico, a las establecidas por la legislación civil. Si bien es cierto que una acta de bautizo o una de matrimonio sólo atestiguan que se verificó el hecho, también lo es que como tales actas deben expresar ciertas circunstancias que sirven posteriormente para establecer el estado civil de las personas, esas circunstancias no pueden desestimarse de plano ni menos puede el juzgador hacer caso omiso de ellas sin que se demuestre su inexactitud. Todo lo contrario, de esas circunstancias deriva el juzgador consecuencias ineludibles; así, presentada una acta de bautizo en que se expresa que el bautizado tiene tantos días de nacido y es hijo de tales padres, el juzgador da por ciertas tales aseveraciones y entonces teniendo en cuenta la partida de matrimonio, deduce o no la legitimidad del hijo, aplicando la presunción de que se ha hecho mérito, de acuerdo con lo dispuesto en su caso por los arts. 213, 236 del C. C. y 1º de la ley 45 de 1936, entre otros. Ahora bien: la veracidad de lo certificado, respecto del nacimiento o del matrimonio, por el Notario o por el cura

párroco, se presume y por ese aspecto mientras el acta no sea redargüída u objetada de falsa y demostrada la tacha, el certificado hace plena prueba. Mas respecto de las demás circunstancias expresadas en las actas la veracidad no la garantiza la ley por cuanto el Notario o el párroco se limitan, porque no podía ser de otra manera, a expresar lo que digan los interesados. De ahí el artículo 394 del C. C., aplicable a las actas civiles y eclesiásticas. Mas si no está garantizada la veracidad de esas declaraciones, eso no quiere decir, no significa, que deba hacerse caso omiso de ellas, que deban pasarse por alto, pues se mantiene en pie mientras no se demuestre su falsedad. Por eso dice así la parte final de dicha norma: "Podrán impugnarse, haciendo constar que fue falsa la declaración en el punto de que se trata". Una partida de bautizo, como también una de matrimonio o de defunción, contienen aseveraciones distintas; la constatación del bautismo, o del hecho de la muerte; y la relación de quiénes son los padres del bautizado, de los contrayentes o del difunto. Si esto último resultare inexacto, se mantendría no obstante en pie la aseveración que el Notario o el párroco hicieran del hecho del nacimiento, de la muerte o del acto del matrimonio. Cuando no hay impugnación sobre las circunstancias expresadas en el acta respecto de los ascendientes del bautizado, del muerto o de los contrayentes, el juzgador toma la partida, y considera el acta de una manera integral. Y así lo hace también mientras no se demuestre, no se impugne la declaración sobre los ascendientes, que consta en la partida. Quien la presenta para demostrar un estado civil se apoya en ella; quien la impugna, como es excepcionante, toma sobre el particular el carácter de actor y entonces debe demostrar la falsedad de la declaración consignada en la partida. El principio consagrado en el inciso 2º del artículo 394 que ya se deja transcrito se condiciona entonces a la norma general del derecho probatorio de quien afirma o excepciona debe probar su aserto.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación en lo Civil.—Bogotá, febrero catorce de mil novecientos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Liborio Escallón)

Abel Rey Suárez y Soledad Rey de Castañeda, en su propio nombre y en su carácter de únicos herederos de Demetrio Suárez, iniciaron demanda ordinaria contra Alfredo Suárez para que se declarara lo siguiente: Que dicho Suárez no tiene el carácter de hijo legítimo de los esposos Demetrio Suárez y Encarnación Hurtado de Suárez por no haber nacido dentro del matrimonio de los mismos y por lo tanto no es heredero de éstos; que como consecuencia de la declaración anterior se declare nula y sin valor ni efecto legal alguno la declaratoria de heredero que a favor del mismo demandado Alfredo Suárez fue hecha en las sucesiones acumuladas de los esposos Demetrio y Encarnación como hijo legítimo de éstos, por medio de la providencia que lleva fecha 21 de septiembre de 1915 proferida por el Juez 2º del Circuito de Bogotá.

En fallo de primera instancia y de fecha 12 de abril de 1939, el Juez del conocimiento, 8º de este Circuito, decretó las peticiones impetradas por la parte actora. Apelado por la parte demandada, fue revocado por el Tribunal Superior de Bogotá en sentencia de 28 de febrero del año próximo pasado en la que se resolvió no acceder a las peticiones del actor y se absolvió por lo tanto al demandado de los cargos de la demanda.

El representante de la parte actora interpuso recurso de casación, que concedido y tramitado en la forma debida pasa a decidirse.

Los antecedentes de este litigio, están concretados en los hechos de la demanda y son los siguientes: "1º Somos únicos herederos en la sucesión del señor Demetrio Suárez en nuestra calidad de hijos legítimos de la única heredera testamentaria del causante, señora doña Ana María Suárez de Rey".

"2º El juicio de sucesión testada del se-

ñor Demetrio Suárez cursa en el Juzgado 2º de este Circuito al cual está acumulado el de su esposa señora Encarnación Hurtado de Suárez".

"3º En la sucesión expresada, fue declarado heredero de los nombrados esposos Demetrio Suárez y Encarnación Hurtado de Suárez, en su calidad de hijo legítimo por auto de fecha 21 de septiembre de 1915, visible al folio 6 del juicio mencionado, auto que fue notificado con fecha 23 de septiembre y 8 de octubre de 1915".

"4º Los referidos esposos contrajeron matrimonio eclesiástico en la parroquia de Santa Bárbara de esta ciudad el día 28 de noviembre de 1896, según la partida respectiva que corre al folio 1º del cuaderno principal del referido juicio de sucesión".

"5º El demandado señor Alfredo Suárez fue bautizado, en la Parroquia de las Cruces de esta ciudad, el 19 de marzo de 1898 y en la partida respectiva, visible al folio 2 del mismo cuaderno principal del juicio de sucesión indicado, tenía cinco años cinco meses y diez y nueve días de nacido, luego no pudo nacer dentro del matrimonio de los esposos Demetrio Suárez y Encarnación Hurtado de Suárez".

"6º Los esposos Demetrio Suárez y Encarnación Hurtado de Suárez murieron en esta ciudad con fechas 22 de mayo de 1915 y 18 de julio de 1912 respectivamente, las partidas de defunción se encuentran en el cuaderno principal del juicio de sucesión en referencia".

"7º El señor Demetrio Suárez en su testamento, que obra en los autos del juicio de sucesión a que me he referido, y que fue protocolizado por medio de la escritura pública Nº 1380, de julio 13 de 1915, otorgada en la Notaría Segunda de este Circuito, en el cual instituyó por única y universal heredera a su hermana legítima señora Ana María Suárez de Rey, de manera expresa y terminante declaró que durante su matrimonio no hubo descendencia y que por consiguiente no dejaba hijos legítimos así como tampoco dejaba hijos naturales".

"8º En el juicio de sucesión del señor Demetrio Suárez fue declarada como única heredera, de acuerdo con el testamento, nuestra madre legítima, la señora Ana María Suárez de Rey".

"9º En el juicio de sucesión de nuestra finada madre legítima Sra. Ana María Suárez de Rey se nos adjudicaron, por mitad, y por medio de las respectivas hijuelas, todos los derechos y acciones que a nuestra madre legítima correspondían en el juicio de sucesión del nombrado señor Demetrio Suárez".

"10º En el juicio de sucesión del señor Demetrio Suárez aparecen las hijuelas de que trata el punto anterior y en el mismo juicio fuimos declarados herederos en representación de nuestra legítima madre señora Ana María Suárez de Rey".

"11. Al verificar los inventarios de los bienes de la sucesión del señor Demetrio Suárez la única persona que se opuso diciéndose poseedor de dichos bienes fue el señor José María Hurtado Benito, diligencia que se practicó con fecha 12 de junio de 1924".

"12. Con las hijuelas a que nos hemos referido, tomadas de la escritura de protocolización del juicio de sucesión de nuestra madre señora Ana María Suárez de Rey y que es la marcada con el Nº 251 de 9 de agosto de 1921 otorgada en la Notaría 4ª de este Circuito, iniciamos juicio ordinario de reivindicación contra el señor José María Hurtado B."

"13. El juicio expresado fue fallado por sentencias de fechas 19 de abril de 1934, 30 de marzo de 1935, 12 de agosto de 1936, por el Juzgado 2º Civil del Circuito, por el Tribunal Superior y por la Corte Suprema de Justicia respectivamente".

"14. El demandado señor Alfredo Suárez no había tenido ninguna intervención ni en la oposición aludida ni en el juicio reivindicatorio, pero últimamente al pedir nosotros la entrega de los bienes, de acuerdo con la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, de que trata el punto anterior, se ha presentado como opositor a tal entrega diciéndose heredero del causante señor Demetrio Suárez".

"15. La oposición mencionada le fue admitida con gran perjuicio para nuestros

legítimos derechos como únicos herederos del causante señor Demetrio Suárez".

"16. En virtud de la oposición referida y con el carácter de heredero invocado por el demandado, se dejaron en su poder los bienes que son de nuestra exclusiva propiedad".

El Tribunal se expresó así, para llegar en parte a su conclusión negativa: "Tratándose como se trata en el presente caso de demostrar por la parte demandante que Alfredo Suárez nació antes del matrimonio de Demetrio Suárez y Encarnación Hurtado de Suárez y que por lo tanto no es hijo legítimo de ellos, se impone, por la naturaleza misma de la cuestión litigiosa, demostrar en primer lugar y como punto de partida del juicio cuándo se efectuó el matrimonio Suárez Hurtado. ¿Ahora bien, está comprobado este hecho básico, esencial, en los autos?"

El Tribunal absolvió negativamente esta pregunta porque no obstante que reconoce que se halla en los autos la partida de matrimonio de Demetrio Suárez y Encarnación Hurtado de Suárez, sostiene que como la partida de origen eclesiástico es de las comprendidas en el artículo 632 del C. Judicial, ha debido presentarse en la forma prevenida por el artículo 636 de la misma obra y que como no se presentó en esa forma sino directamente por el demandante, no puede tenerse como prueba.

El recurrente, basado en la causal primera del art. 520 del C. Judicial, acusa la sentencia, en la parte de que se ha hecho mérito, por aplicación indebida e interpretación errónea de los artículos 632 y 636 del C. Judicial por cuanto los Párrocos no son funcionarios públicos. Agrega también que el fallo viola el artículo 22 de la Ley 57 de 1887, por cuanto esta norma dispone que se tendrán y admitirán como pruebas principales del estado civil, respecto de nacimientos, matrimonios y defunciones de personas bautizadas o casadas o muertas en el seno de la Iglesia Católica las certificaciones legales que expidan los respectivos sacerdotes Párrocos. Esta infracción la hace consistir el recurrente en la no aplicación de la norma citada al caso de este pleito y hace notar que la partida obra en autos y que no fue redarguida por la parte contraria.

La Corte considera: El artículo 636 del C. Judicial no es aplicable a las certificaciones que expidan los Curas Párrocos porque éstos no son funcionarios públicos y la norma citada claramente se refiere a tales funcionarios. Estos, no tienen el carácter de tales sino en cuanto son creados, reconocidos o erigidos, de una manera clara, expresa y taxativa por la ley, y si bien es cierto que los certificados de los Curas Párrocos hacen plena fe, respecto de nacimientos, matrimonios o defunciones, también lo es que los Párrocos no tienen el carácter de funcionarios públicos en el estricto sentido de la ley, como ya se dijo.

Lo anterior hace ver que el Tribunal aplicó indebidamente, al caso del pleito, el artículo 636 del C. Judicial, dándole una interpretación errónea y violó el artículo 632 de la misma obra al no darle validez a la partida que acredita el matrimonio de Demetrio Suárez y Encarnación Hurtado de Suárez.

En el curso del proceso se discutió también el mismo asunto y se resolvió en el mismo sentido que acaba de hacerlo la Corte. La parte demandante presentó, durante el término probatorio y para que se tuviera como prueba, la partida de matrimonio de Demetrio y Encarnación. El Juez, en auto de 6 de julio de 1938, tuvo esa partida como prueba y habiendo reclamado la parte demandada de esa resolución, por cuanto en su concepto la partida debía presentarse en la forma prevenida por el artículo 636 del C. Judicial, el Juez negó tal pretensión invocando las siguientes razones que acoge hoy la Corte: "Las partidas de origen eclesiástico, acompañadas al memorial de pruebas, no pueden considerarse como instrumentos públicos y por consiguiente con respecto a ellas no es aplicable el artículo 636 del C. J. invocado por el recurrente. El artículo 632 de la misma obra, hace distinción entre instrumentos públicos y certificaciones de quienes lleven el registro civil de las personas, respecto de las cuales dice tal disposición que

hacen plena prueba respecto de su contenido".

El cargo que se estudia debe, por lo tanto, prosperar, y al producirse este efecto se llega a la comprobación del matrimonio de Demetrio Suárez y Encarnación Hurtado de Suárez, por imperio de los artículos 632 y 22 de la Ley 57 de 1887 y teniendo en cuenta además que la prueba fue producida en la forma prevenida por el numeral 3º del artículo 597 del Código Judicial y, que dicha partida no ha sido objetada ni redargüida de falsa.

Prosperando la causa alegada y que acaba de estudiarse, no es el caso de considerar los demás motivos de casación sino de entrar a pronunciar la sentencia de instancia (artículo 538. G. J.).

Está demostrado que Demetrio Suárez y Encarnación Hurtado de Suárez contrajeron matrimonio ante el cura párroco de Santa Bárbara el veintiocho de noviembre de mil ochocientos noventa y seis (fojs. 4 del cuaderno Nº 2).

Los demandantes sostienen que el demandado José Alfredo no nació dentro de ese matrimonio y para comprobar su aserto presentaron la siguiente partida de bautizo, que corre al folio 5º del cuaderno número 2: "En la iglesia de Las Cruces a diez y nueve de marzo de mil ochocientos noventa y ocho bauticé solemnemente a un niño de cinco años, cinco meses y diez y nueve días de nacido a quien puse por nombre José Alfredo hijo legítimo de Demetrio Suárez y Encarnación Hurtado. Abuelos paternos: José María Suárez y Mariana Monroy; maternos Luis Hurtado y Mercedes Benito. Fue madrina: María Josefa Hurtado a quien advertí lo necesario de que certifico. Doy fe. Diego Garzón A.".

Una partida o acta de bautismo o de matrimonio, ya sea de origen civil o eclesiástico, no comprueba por sí, sino el hecho del bautismo o el acto del matrimonio. Dichas partidas tienen al respecto el mismo valor probatorio (artículos 347 del C. C., 632 del C. J. y 22 de la Ley 57 de 1887).

El estado civil debe constar en el registro respectivo, según enseña el artículo 347 que acaba de citarse y las actas son la prueba del respectivo estado. De este principio se deduce que con la mera acta de matrimonio o la simple de bautismo no puede comprobarse el estado civil de hijo legítimo sino que es preciso, cuando de esto se trata, acompañar ambas actas para deducir de ellas la legitimidad, aplicando la presunción **patre est is quen nuptias demostrant.** Esa la razón por la cual el artículo 351 del C. C., dispone que en el acta de nacimiento se expresen, entre otras circunstancias, quién es la madre de la criatura y su estado, quién es el padre si fuere conocido, quiénes son los abuelos paternos y maternos. Esa es también la razón por la cual el canon 777 ordena que se dejen expresadas las mismas circunstancias en las actas de nacimiento. El derecho civil y el canónico son a éste respecto idénticos y vale la pena observar que las conferencias episcopales reunidas en Colombia, se han orientado al respecto en el sentido de acomodar la forma de las partidas del estado civil de origen eclesiástico, a las establecidas por la legislación civil.

Si bien es cierto, como acaba de expresarse, que una acta de bautizo o una de matrimonio, sólo atestiguan que se verificó el hecho, también lo es que como tales actas deben expresar ciertas circunstancias que sirven posteriormente para establecer el estado civil de las personas, esas circunstancias no pueden desestimarse de plano ni menos puede el juzgador hacer caso omiso de ellas sin que se demuestre su inexactitud. Todo lo contrario, de esas circunstancias el juzgador deriva consecuencias ineludibles; así, presentada una acta de bautizo en que se expresa que el bautizado tiene tantos días de nacido y es hijo de tales padres, el juzgador da por ciertas tales aseveraciones y entonces teniendo en cuenta la partida de matrimonio, deduce o no la legitimidad del hijo, aplicando la presunción de que se ha hecho mérito, de acuerdo con lo dispuesto en su caso, por los artículos 213, 236 del C. C. y 1º de la Ley 45 de 1936, entre otros.

Ahora bien: la veracidad de lo certificado, respecto del nacimiento o del matrimonio, por el notario o por el cura párroco, se presume y por ese aspecto mientras el actá no sea redargüida u objetada de falsa y demostrada la tacha, el certificado hace plena prueba. Mas respecto de las demás circunstancias expresadas en las actas la veracidad no la garantiza la ley por cuanto el Notario o el Párroco se limitan, porque no podía ser de otra manera, a expresar lo que digan los interesados. De ahí el artículo 394 del C. C., aplicable a las actas civiles y eclesiásticas. Mas si no está garantizada la veracidad de esas declaraciones, eso no quiere decir, no significa, que deba hacerse caso omiso de ellas, que deban pasarse por alto, pues se mantienen en pie mientras no se demuestre su falsedad. Por eso dice así la parte final de dicha norma: "Podrán impugnarse, haciendo constar que fue falsa la declaración en el punto de que se trata".

Una partida de bautizo, como también una de matrimonio o de defunción, contienen aseveraciones distintas; la constatación del bautismo, del acto de matrimonio, o del hecho de la muerte; y la relación de quienes son los padres del bautizado, de los contrayentes o del difunto. Si esto último resultare inexacto, se mantendría no obstante en pie la aseveración que el Notario o el Párroco hiciera del hecho del nacimiento, de la muerte o del acto del matrimonio.

Cuando no hay impugnación sobre las circunstancias expresadas en el acta respecto de los ascendientes del bautizado, del muerto o de los contrayentes, el juzgador toma la partida, y considera el actá de una manera integral. Y así lo hace también mientras no se demuestre, no se impugne la declaración sobre los ascendientes, que consta en la partida.

Quien la presenta para demostrar un estado civil, se apoya en ella, quien la impugna, como es excepcionante, toma sobre el particular el carácter de actor y entonces debe demostrar la falsedad de la declaración consignada en la partida. El principio consagrado en el inciso 2º del artículo 394 que ya se deja transcrito se condiciona entonces a la norma general del derecho probatorio de que quien afirma o excepciona debe probar su aserto.

En el caso de autos se presentó la partida de bautismo que ya queda copiada y además se practicó una inspección ocular sobre ella. Aparece, como ya se vio, que en tal acta se dice que el diez y nueve de marzo de mil ochocientos noventa y ocho fue bautizado un niño de cinco años, cinco meses y diez y nueve días de nacido a quien se puso por nombre José Alfredo, hijo legítimo de Demetrio Suárez y Encarnación Hurtado. Dicha inspección se practicó por haberlo pedido así el representante de la parte demandada para que se estableciera si dicha partida está enmendada en parte sustancial. Efectivamente en dicha diligencia la palabra "cinco" que es la cuarta de la tercera línea de dicha partida presenta sus tres primeras letras colocadas sobre las palabras "de ci", que se trazaron primitivamente. Los peritos conceptuaron que la mano que trazó el resto de la partida fue la misma que hizo la enmendatura, la cual se explica así: "fue ejecutada en el momento en que el autor de ella se dio cuenta de haber repetido la palabra "de", es decir al comenzar a escribir la palabra "cinco" que dejó inconclusa y cuyas dos primeras letras "ci" aparecen bajo los elementos iniciales de la letra "n" de la palabra "cinco" colocada posteriormente". El presbítero doctor Diego Garzón A., quien escribió la partida, declaró en la inspección ocular que la letra y la enmendatura eran de su puño y letra. Con esa inspección ocular y con el dictamen pericial contenido en ella quedó aclarado y explicado suficientemente que la partida mencionada no había sido adulterada sino que se había hecho la enmendatura para salvar un error, mejor, para evitar una repetición, en el acto mismo de escribir la partida y por el mismo Párroco que la escribió de su puño y letra. Por eso seguramente el dictamen pericial no fue objetado y sobre esa cuestión quedó cerrado el debate.

Resulta entonces y según lo antes dicho,

que debe estarse a lo que expresa la partida o sea que José Alfredo Suárez fue bautizado a los cinco años, cinco meses y diez y nueve días de nacido y como ese bautismo se verificó en diez y nueve de marzo de mil novecientos noventa y ocho y como Demetrio Suárez y Encarnación Hurtado se casaron el veintiocho de noviembre de mil ochocientos noventa y seis, se concluye que teniendo José Alfredo Suárez cinco años en 1898, la fecha de su nacimiento tuvo que ser en el año de 1892, es decir más de cuatro años antes del matrimonio que contrajeron Demetrio y Encarnación. Por lo tanto, José Alfredo no pudo haber nacido dentro de ese matrimonio y la presunción de legitimidad, por lo tanto, no lo acompaña.

Correspondía a la parte demanda impugnar la veracidad de la declaración respecto de la edad de José Alfredo y demostrar que éste había nacido después del matrimonio de Demetrio y Encarnación, el día siguiente siquiera del 28 de noviembre de 1896. Pero no lo hizo así, sino que se limitó a establecer la posesión notoria del estado de hijo legítimo, procedimiento inadecuado, porque éste sólo cabe al tenor del artículo 395 del C. Civil cuando faltan las partidas del acta civil o los documentos a que se refiere el artículo 394 de la misma obra. Además, observa la Corte, aun prescindiendo de lo anterior, con esas declaraciones analizadas a la luz del derecho probatorio no se demostraría esa pretensión.

Queda entonces en pie la declaración o aseveración sobre la edad hecha en la partida, que se debe tomar en su integridad por lo ya dicho y por cuanto no se discute el hecho del bautizo de José Alfredo ni su identidad.

La parte actora no se contentó con esto sino que adujo otras pruebas que al tenor de los factores indiciales, apreciados a la luz de los principios probatorios generales y de las disposiciones legales, entre otras, la contenida en el artículo 665 del C. Judicial, llevan a la conclusión de que la legitimidad de José Alfredo no está demostrada.

En primer término, se observa esto: una sola presunción es plena prueba cuando al juicio del Juez tenga caracteres de gravedad y precisión suficientes para formar su convencimiento (art. 664 del C. J.). Para la Corte es muy grave presunsión la circunstancia expresada en la partida de bautizo en la que se dice que José Alfredo tenía cinco años en 1898 por cuanto una persona honorable y sensata, como debe presumirse a un funcionario público o a un Párroco, si es cierto que puede ser engañada en cuanto a la edad de una persona cuando lo que se le aumente o disminuya a ésta no aparezca de una manera ostensible, no sucede lo mismo cuando esa circunstancia es la contraria. En efecto: En una acta de bautizo puede engañarse a quien la levante, diciendo que la criatura tiene uno, dos y hasta seis meses de nacida, pero ese engaño no puede ir tan lejos que pueda llevar a un Párroco, que bautiza personalmente a una persona a insertar en el acta que tiene cinco años, cuando no tiene sino dos o tres, porque se trata de una cosa ostensible, que sólo un ciego no puede ver o que una persona sin escrúpulos dejaría pasar y en ese caso había que demostrar ese hecho.

Esta presunción se reafirma con los siguientes indicios: En el expediente (fojs. 14 del cuaderno número 2), aparece el siguiente memorial: "Señor Juez Segundo del Circuito. Yo Alfredo Suárez, mayor y de esta vecindad, atentamente hablo a usted en el juicio de sucesión de los señores Demetrio Suárez y Encarnación Hurtado para solicitar con audiencia del Ministerio Público, se me tenga como heredero de la señora Encarnación Hurtado de Suárez, con el carácter de hijo natural y sin perjuicio de terceros. En el expediente obran las partidas correspondientes. Bogotá, agosto 14 de 1928.—**Alfredo Suárez H.**"

Esta manifestación fue hecha trece años después de que el expresado Suárez había sido declarado heredero como hijo legítimo de Demetrio y Encarnación. No se comprende ni existe en autos ninguna

explicación que dé la clave de por qué Suárez cambió de posición en cuanto a su estado civil, desmejorándola, invocando su calidad de hijo natural de Encarnación Hurtado en lugar de la de hijo legítimo de ésta y de Demetrio. No está señalado, pero ni siquiera en principio, que Suárez se hubiera equivocado al asumir su segunda actitud, que hubiera incurrido en un error, y vale la pena observar de paso, que aún en las personas menos ilustradas, los conceptos de hijo legítimo y de hijo natural, se presentan siempre con una honda diferencia. Quizá es presumible, que Suárez, ya un hombre formado en 1928, tuvo un concepto exacto de su filiación.

Corre al folio 2º del cuaderno número 6 un certificado expedido por el Prefecto y Secretario General del Colegio de San Bartolomé, aducido en la forma debida y mandado tener como prueba por el Tribunal, en el cual consta que el mencionado Alfredo Suárez, de catorce años de edad, natural de Bogotá, fue matriculado en el año de mil novecientos siete, en las asignaturas de tercer curso en calidad de externo. Para apreciar el valor probatorio de ese certificado, es oportuno observar que el juzgador parte en ocasiones de hechos de pública notoriedad, que constan hasta en documentos oficiales y que no son discutidos, por las partes, como en el presente caso. Pues bien: es cosa que nadie ignora, que está establecida por la pedagogía, por los reglamentos oficiales sobre educación y de acuerdo con la realidad de las cosas, que un joven no llega a tercer año de bachillerato, sino previo el estudio de los dos primeros y previo también el recorrido del pensum preparatorio, que comprende un lapso mínimo de dos años. Es cosa bien sabida que los estudios preparatorios se inician entre los ocho y nueve años y por eso generalmente se llega al tercer año de bachillerato entre los trece y los catorce años. De esto se desprenden dos conclusiones: a) la veracidad de lo afirmado en el certificado respecto de la edad de Alfredo Suárez, catorce años; y b) la veracidad de lo expresado en la partida de nacimiento de éste, si tenía cinco años en 1898, en 1907 tenía forzosamente catorce años. Si por el contrario se considera, como es su pretensión, nacido en 1896, que sería la fecha más conveniente para él, resultaría que en 1907 tendría once años, edad ésta, en que es imposible que un alumno curse tercer año de bachillerato. La explicación con base en un posible homónimo no se ha demostrado en el proceso.

Al folio 9 del cuaderno número 6, apare copia del testamento otorgado por Demetrio Suárez M., en el año de 1915, en el cual el testador declara que fue casado con Encarnación Hurtado, ya finada "y en cuyo matrimonio no tuvimos descendencia, así como tampoco he tenido hijos naturales, y por consiguiente no tengo herederos forzosos". En virtud de esto instituyó por su única y universal heredera a la señora Ana María Suárez de Rey, madre de los demandados según está comprobado en autos.

Es sabido que en un acto tan trascendental y grave, como es el testamento, se presume que el testador dice la verdad máxime cuando éste se otorga estando muy próximo a la muerte, como en el caso de autos. El testador Demetrio Suárez otorgó su memoria testamentaria el 9 de mayo de 1915 y falleció el 22 de esos mismos mes y año. Es por otra parte raro, que quien tiene un hijo legítimo, haga la declaración expresa de que no tiene descendientes de esa naturaleza. Además no está explicado en autos por qué si Alfredo Suárez se consideraba hijo legítimo de Demetrio, no intentó ninguna gestión tendiente a demostrar esa calidad, ni acción de reforma del testamento, ni impugnación a lo aseverado por el testador, ni petición sobre pretermisión de su nombre, sino que asumió una actitud pasiva, y la única actividad positiva, trece años después, en 1928, fue la de corroborar lo expresado en el testamento, pues afirmó su calidad de hijo natural de Encarnación Hurtado, con lo cual corroboró lo expresado por Demetrio Suárez en el testamento.

Tomados los tres factores de que se acaba de hacer mérito, la declaración de Suárez manifestando que es hijo natural, el certificado del Secretario y Prefecto del Colegio de San Bartolomé y la declaración hecha por Demetrio Suárez en su testamento, como meros factores indiciales, demuestran considerados en conjunto la veracidad de la declaración contenida en la partida de bautismo de Suárez sobre su edad. Son todos esos elementos indicios no necesarios que por ser en número plural graves, precisos y conexos entre sí, hacen plena prueba y así lo estima la Corte de acuerdo con el artículo 665 del C. Judicial.

Como se expresó arriba resulta entonces que Alfredo Suárez no tiene la calidad de hijo legítimo respecto de Demetrio Suárez y Encarnación Hurtado de Suárez y como la personería de los actores está plenamente demostrada en los autos, sus peticiones deben prosperar.

Llega entonces la Corte a la misma conclusión a que llegó el señor Juez de primera instancia, de modo que al casar la sentencia debe confirmarse la de primer grado.

No está por demás agregar que habiendo hecho caso omiso el Tribunal, de las pruebas que acaban de analizarse, hubiera prosperado también el segundo aspecto de este motivo de casación, consistente en violación de la ley por falta de apreciación de determinada prueba, por lo cual incurrió el Tribunal en un error de hecho que aparece de manifiesto en los autos.

Observa la Corte además, que no son pertinentes al caso de autos los artículos 372, 377 y 381 que cita el Tribunal en su sentencia y en los cuales se apoyó para no estimar la partida de bautismo del demandado Suárez, por la obvia razón de que esas normas se refieren a las actas de origen civil y la partida de nacimiento de Suárez es de origen eclesiástico, y si es cierto que con unas u otras hacen fe, también lo es que las de origen eclesiástico no están condicionadas ni regidas en cuanto a su inserción y demás formalidades a las normas del C. Civil. La legislación canónica es independiente de la civil, y las partidas de origen eclesiástico se levantan, inscriben y certifican de acuerdo con esa legislación.

La Corte estudió a espacio el alegato de oposición presentado en el recurso, y con la atención que merecen los conceptos en él expresados, pero no llegó a la conclusión por la que propugna el opositor, por lo que en el cuerpo de esta sentencia se expresó y que repite en síntesis: Los Párrocos no son funcionarios públicos, de manera que el artículo 636 no es aplicable al caso. La ley al darle valor probatorio a las certificaciones de los Curas Párrocos no convirtió a éstos en funcionarios. Como en el caso del pleito se pidió se declarara que Suárez no tiene el carácter de hijo legítimo de los esposos Demetrio Suárez y Encarnación Hurtado de Suárez, y esto es lo básico del litigio, aun aceptando que la sociedad conyugal formada por Demetrio y Encarnación no hubiera adquirido bienes, esa es una cuestión, extraña al litigio, que no desempeña ningún factor en el presente debate, porque se repite, lo que se ha controvertido es si Alfredo Suárez es hijo legítimo o no de Demetrio Suárez y Encarnación Hurtado de Suárez. Si la intención del opositor ha sido la de sostener que Alfredo Suárez tiene derecho a los bienes que dejó Encarnación Hurtado de Suárez, entonces también el debate es distinto del planteado en la demanda, las peticiones en ese caso serían muy diferentes, y el litigio muy otro, y los conceptos muy disímiles, en uno y otro caso, como no se le oculta al distinguido jurista que representa a la parte opositora en casación.

Por último: El demandado invocó la prescripción, defensa que no prospera por las claras razones jurídicas expuestas al respecto tanto por el fallador de primera instancia como por el Tribunal, que acoge la Corte y que es inoficioso repetir, tanto porque están expuestos los argumentos incontrovertibles sobre el asunto, como porque la jurisprudencia y la doctrina, en numerosos fallos y en detenidos estudios, muy conocidos, han decidido la

cuestión, en el sentido expresado en las sentencias mencionadas.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación en lo Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA LA SENTENCIA RECURRIDA o sea la de veintiocho de febrero de mil novecientos cuarenta y uno dictada por el Tribunal Superior de Bogotá y en su lugar CONFIRMA la de primer grado de fecha doce de abril de mil novecientos treinta y nueve, dictada por el señor Juez octavo del Circuito de Bogotá. Sin costas en el recurso.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la **Gaceta Judicial** y devuélvase el expediente al Tribunal de su origen.

Isaías Cepeda.—José Miguel Arango.—Ricardo Hinestrosa Daza.—Liborio Escallón. — Fulgencio Lequerica Vélez.—Hernán Salamanca. — Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

REIVINDICACION.—HIJUELAS. —REGISTRO DE LA MORTUORIA

1.—Por ley, así como por doctrina constante, debe complementarse la hijuela con la prueba del dominio del *de cujus*, así fuese tan sólo por la facilidad con que los interesados en una causa mortuoria pueden relacionar como bienes relictos todos los que a bien tengan. 2.—La causa mortuoria en que figuran inmuebles de distintas ubicaciones debe inscribirse en el libro correspondiente de cada uno de los respectivos circuitos; pero de que en una copia de hijuela de adjudicación de un bien no aparezca el registro de la mortuoria en los circuitos de los bienes restantes, no puede deducirse el rechazo de ella como prueba si, por otra parte, contiene el registro del circuito de ubicación del bien de que se trata. 3.—La falta de trascripción de la escritura de protocolización de una mortuoria en la copia de una hijuela no puede tampoco impedir que ésta sea estimada, si contiene todo lo atañedero al título en sí, como la adjudicación misma, sentencia aprobatoria, registro, etc., ya porque ello permite ver que aquel acto se realizó, máxime si la copia cita el número y fecha del instrumento de protocolización, ya porque el hecho de expedir la copia el Notario y hacerlo con estos detalles, obliga a suponer o reconocer que en su protocolo se hizo la incorporación consiguiente.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, febrero diez y ocho de mil novecientos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Ricardo Hinestrosa Daza)

Manuel Lozano entabló juicio ordinario contra Magdalena Lozano y Amelia López y desistió de su acción contra ésta. A la muerte de aquélla ocupó su lugar Rogerio López como su heredero testamentario. La contienda es, pues, hoy entre dicho Lozano como actor y dicho López como reo. Versa sobre la reivindicación de la casa ubicada en esta ciudad en la antigua calle de La Cochera, hoy carrera 13-A, en la cual su puerta principal lleva el número 12-66, esquina de la calle 13, con locales en sus bajos a uno y otro de sus dos frentes.

En memorial de 5 de abril de 1937, que tiene nota de que su presentación fue oportuna, la señora Magdalena contestó oponiéndose y excepcionando de simulación y usucapión como se verá adelante. El Juzgado 7º Civil de este Circuito, por ante el cual se tramitó la primera instancia, la decidió el 29 de septiembre de 1938 negando las peticiones del actor y declarando no haber lugar a estudiar las excepciones, sin condenación en costas. Cardinal fundamento de ese fallo fue la circunstancia de no obrar en debida forma en el proceso los instrumentos públicos aducidos por el demandante sobre su dominio. El Tribunal Superior de Bogotá, en sentencia de 21 de noviembre de 1940, cerró la segunda instancia reformando la del Juzgado en cuanto, si negó las súplicas sobre entrega material y frutos y deterioros por no precisarse en autos lo ocupado por la demandada, sí declaró al demandante dueño único de la expresada finca y no probadas las excepciones perentorias.

El recurso de casación interpuesto por López contra el fallo del Tribunal se tramitó debidamente. Es, pues, llegada la oportunidad de decidirlo. A que se procede.

Siguiendo el relato del actor, sus títulos se forman así: en la causa mortuoria de su madre, señora Elena Valderrama de Lozano, protocolada en la Notaría 2ª de Bogotá con el número 1457, el 3 de noviembre de 1881, se adjudicó esa finca en común al actual demandante y demás hijos, Juan Luis, Soledad, Dolores y Magdalena, y a su viudo, don Segundo Lozano. Las cuotas de éste y de Soledad se adjudicaron en sus mortuorias, seguidas conjuntamente, a los hermanos restantes prenombrados; y en la mortuoria de Juan Luis se adjudicó la cuota de éste a Manuel por sí y como cesionario de Dolores y Magdalena, cuyas cuotas propias les compró el mismo Manuel. Agrega que por haber olvidado que con la mortuoria de su padre se había seguido la de Soledad, repitió ésta al seguir la de Juan Luis, lo que explica la apariencia de absurdo de tener títulos sobre siete sextas partes.

Las aludidas adquisiciones de Manuel de las cuotas en la casa y de los derechos herenciales ya dichos de Dolores y Magdalena constan en escrituras de 1891 que se estudiarán adelante. La excepción de simulación opuesta por Magdalena se refiere a estos contratos. La de usucapión la funda en haber ella ocupado esa casa con ánimo de dueño por un lapso ininterrumpido mayor del necesario en ley para adquirir por prescripción extraordinaria.

La demanda de casación objeta ante todo la titulación aducida por el demandante; de modo que en su primer capítulo analiza uno a uno los instrumentos respectivos para llegar a la conclusión de que el Tribunal al admitirlos y al aceptar en vista de ellos el dominio afirmado por aquél, incurrió en error que produjo la violación de las disposiciones sustantivas allí citadas y detalladas como corresponde según el artículo 531 del C. J.

Al contestar el libelo inicial, la demandada no niega esos títulos en sí, ni es así como formula su oposición; de ahí, sin duda, que la controversia no versara en las instancias sobre las modalidades de los títulos del actor en la faz que ahora plantea en casación el actual demandado como recurrente. A primera vista esto indica que lo procedente sería abstenerse la Sala de considerar los cargos por constituír medio nuevo. Pero, como la negativa de ciertos hechos de la demanda contentivos de la afirmación del dominio del demandante da cabida a una opinión distinta, o sea, la de que las objeciones de ahora no quedaron excluídas de la litis, la Sala en fuerza de esta reflexión, avoca los consiguientes problemas, y entra en el estudio de los cargos, procurando seguir el mismo orden de su formulación.

Algunos de ellos, sin embargo, se estudiarán conjuntamente y en primer término, por abarcar todos o varios de los títulos en cuestión.

Tal por ejemplo el de no haberse comprobado el dominio de cada uno de los respectivos causantes, en lo que atañe a hijuelas en causas mortuorias. El recurrente censura al Tribunal por haberse abstenido de esa exigencia y haber considerado como prueba satisfactoria del dominio la sola adjudicación, a pesar de que por ley, refrendada por doctrina constante, debe complementarse la hijuela con la prueba del dominio del **de cujus**, así fuese tan sólo por la facilidad con que los interesados en una causa mortuoria pueden relacionar como bienes relictos todos los que a bien tengan.

Esto, con sus consabidas proyecciones, así como la prevalencia de títulos entre los que presenten actor y reo y también la indagación de sus fuentes y la observación de sus fechas, en especial cuando la fuente es una misma, son detalles trascendentales de obligado estudio en sus casos; pero nada de ello es producente en el de este pleito, seguido, por decirlo así, en familia, en que ambos contendores fueron parte en las respectivas causas mortuorias iniciales y en que, sobre todo, obran escrituras públicas con Magdalena Lozano por otorgante, en las cuales explícitamente se reconoce ese grupo o cadena de títulos que arranca del dominio afirmado por ella misma en la mortuoria de su madre, fallecida más de se-

senta años há. Parte actuante en esas mortuorias, vendedora de bienes adjudicados en ellas y cedentes de derechos en las mortuorias sucesivas restantes y en bienes habidas por ese medio, entre los cuales se destaca la casa aquí discutida, no le es dado hoy reclamar porque el dominio de los causantes no aparezca aquí comprobado, máxime no habiendo objetado las pretensiones del actor por ese motivo antes de ahora, y habiendo implícitamente afirmado la titulación anterior al oponer la simulación de las enajenaciones que ella hizo. Lo que le falta a Manuel, según ella, no es el título de sus causantes, sino la validez del que Magdalena le confirió sobre la base implícita de ser de ella y, por ende, de haber sido de sus causantes lo que aparecía trasfiriéndole a Manuel. En otras palabras: Magdalena no alegó ni sugirió que la casa se relacionara como de su madre siendo ajena o que su padre y ella y sus hermanos no adquirieran en la mortuoria de doña Elena válidamente ese bien, o que su padre o sus hermanos Juan Luis y Soledad no dejasen al morir sus aludidas cuotas como patrimonio suyo lícitamente adquirido.

Estas razones imponen el rechazo del cargo.

La causa mortuoria en que figuran inmuebles de distintas ubicaciones debe inscribirse en el libro correspondiente de cada uno de los respectivos Circuitos como el recurrente sostiene, citando la disposición del caso; pero de que en una copia de hijuela de adjudicación de un bien no aparezca el registro de la mortuoria en los Circuitos de los bienes restantes, no puede deducirse el rechazo de ella como prueba si, por otra parte, contiene el registro del Circuito de ubicación del bien de que se trata. Así, por ejemplo, aunque se diera por sentado que la mortuoria de la señora Valderrama no se registró en el Circuito de Tequendama, porque en la hijuela venida al proceso no obra la nota de registro de allí, no se podría poner de lado este comprobante, porque sí figura en él la nota de registro en Bogotá y el bien de que se trata es de esta jurisdicción. No sobra recordar que el C. J. en su artículo 631 permite que un instrumento que contiene varias partes no se aduzca en su totalidad sino en copia sólo de "lo necesario a la intención de la parte".

La falta de trascripción de la escritura de protocolización de una mortuoria en la copia de una hijuela no puede tampoco impedir que ésta sea estimada, si contiene lo atañedero al título en sí, como la adjudicación misma, sentencia aprobatoria, registro, etc., ya porque ello permite ver que aquel acto se realizó, máxime si la copia cita el número y fecha del instrumento de protocolización, ya porque el hecho de expedir la copia el Notario y hacerlo con estos detalles, obliga a suponer o reconocer que en su protocolo se hizo la incorporación consiguiente.

Pasan a estudiarse los cargos relativos a las aludidas escrituras de 1891 y a otros que se formulan con ellas por fundamento.

Aquéllas son las otorgadas por Magdalena y Dolores Lozano por una parte y Manuel Lozano por la otra, así: el 30 de marzo con el número 443 y el 22 de octubre con el número 1670, ambas de dicho año de 1891 y de la Notaría 2ª de Bogotá.

En la de marzo trasfieren Dolores y Magdalena a Manuel todos los derechos de ellas en las sucesiones de Segundo, Juan Luis y Soledad Lozano y de Elena Valderrama de Lozano, inclusive los derechos que ellas dicen haber adquirido de Manuel por la escritura que **les firmó** en La Mesa el 30 de julio de 1890 con el número 396.

Dice el recurrente que esta expresión de haber vendido Manuel sus derechos basta a demostrar que él se desapoderó de ellos desde 1890, porque el artículo 1765 del C. C. da fuerza obligatoria contra él a esta declaración hecha en 1891 en la parte enunciativa de la escritura 443, y que, por tanto, se violó esta disposición, dejando de aplicarla, al reconocerle a Manuel como vigente el dominio de aquello ahora.

Nótese que la mera cita, por precisa

que sea, de la escritura de 1890 no basta por sí sola a determinar el contrato que por ella se solemnizara, y agréguese que ese contrato requiere para su comprobación la presentación de su escritura en copia notarial registrada, formalidad que no puede entenderse suplida con la alusión que en otro instrumento se haga. De paso se observa cuán extraño sería que la escritura 443 expresiva de adquisiciones de Lozano e inadmisible, al decir del recurrente, como adelante se verá, sirviese tan sólo para demostrar la enajenación de Manuel en 1890.

El reparo más grave a los títulos consiste en que, según el recurrente, la prescindencia por el demandante de la escritura 443 impide al sentenciador acoger este título, y la escritura 1670, que es la que invoca al respecto en su libelo, no puede servirle porque acredita compra de cosa propia y ésta no vale, según el art. 1872 del C. C., quebrantado consiguientemente por el Tribunal con la aceptación de este título.

Se observa ante todo que la demanda puso **sub judice** ambos contratos al oponer su excepción de simulación, relativa a los dos de modo inequívoco, situación indudable, no sólo ante la respuesta de la demanda sino ante el curso de las instancias.

Se observa también que para que al actor se le reconozca un título aducido por él en debida forma no es necesario que lo haya citado y detallado entre los fundamentos del libelo.

No se ve, por tanto, motivo para que contra preceptos legales que obligan al sentenciador a tener en cuenta los diversos elementos probatorios con que el proceso llega a su estudio a la hora de decidir, hubiera el Tribunal de abstenerse de considerar la escritura 443 de 30 de marzo.

Es manifiesta la trascendencia de este título, porque allí adquirió Manuel los derechos de sus hermanas en la sucesión de Juan Luís y Soledad; de modo que faltaría esa base para la hijuela que Manuel obtuvo en la mortuoria de Juan Luis y en la segunda mortuoria de Soledad.

Volviendo a la relación entre esas dos escrituras de 1891, se tiene que si la de octubre es mera repetición de la de marzo al punto de haber de reputársela como compra de cosa propia, esta afirmación implica la de que el comprador de octubre ya era dueño desde marzo, por lo cual, si esta escritura de marzo no se puede desechar por lo antedicho, no erró el Tribunal ni violó disposiciones legales al reconocerlo como dueño. Extraño sería, además, hallar error en reconocer que es dueño y haber de negársele esta calidad porque compró dos veces.

Por lo dicho, es innecesario confrontar esas dos escrituras para estudiar las consecuencias que se deriven de que la primera contenga simplemente la cesión de derechos herenciales sin discriminación ni cita siquiera de determinado bien, y la segunda exprese la venta de los varios bienes en ella precisados por ubicación, linderos, nombre, números, etc., con fijación de la cuota de cada una de las tradentes en cada uno de esos cuerpos ciertos.

Queda visto porqué no se acogen los cargos formulados en relación con esas escrituras.

Tales cargos y los demás de que ya se habló los encamina el recurrente, dentro del motivo 1º de los del artículo 520 del C. J., hacia el quebranto de disposiciones legales sustantivas, que son los siguientes artículos del C. Civil:

Ante todo el 946, por reconocer acción reivindicatoria a quien no ha demostrado ser dueño, y el 789, por reputar dueño al demandante sin títulos debidamente inscritos y sin cesación de la inscripción del título precedente del que pretende derivar el suyo. Como se dijo, no incurrió el Tribunal en los errores a que se alude ni, por tanto, en la violación de estos artículos.

El 740, en relación con el 745 y con el 1765, en cuanto se reputa dueño al actor sin habérsele hecho tradición, en cuanto para ésta se requiere título y en cuanto, singularizando el cargo por lo tocante a la

hijuela de 1881, se le reconoce este título como vigente a pesar de que la escritura de marzo de 1891 contiene el enunciado de que en 1890 había él vendido lo que esa hijuela le adjudicó. Ya se vio también cómo y porqué este cargo no es admisible.

El 673, en relación con el 1008, en cuanto toma la sucesión como modo de adquirir lo que no es del causante. El Tribunal no cometió este yerro, según se vio ya también, porque las peculiaridades de este pleito justifican que no exigiera los títulos de los causantes de las varias sucesiones en que se formaron las hijuelas que, aun sin aquellos títulos anteriores, se le han reconocido como prueba de dominio al actor.

El 2576, por aceptar una copia notarial de hijuela que no contiene la copia completa de la escritura de protocolización, y el 2668, en cuanto se acepta hijuela tomada de mortuoria que tuvo bienes en otros lugares a más de Bogotá, con la sola nota de registro en este Circuito. Igualmente se expuso ya porqué se rechazan estos cargos.

El 1764 lo reputa quebrantado el recurrente por no considerar el Tribunal la nota que figura al pie de la escritura número 443 de marzo de 1891 tántas veces citada aquí, en la copia que forma los folios 88 a 90 del cuaderno 3º. Esa nota dice que no es esa escritura el título de Manuel Lozano, sino que lo es la número 1670. El cargo se encamina a que por este otro motivo se ponga de lado la escritura número 443.

Para rechazarlo basta ver que esa nota está escrita en máquina y no lleva firma alguna, y que el artículo 1764 se refiere a la nota "escrita o firmada por el acreedor a continuación, al margen o al dorso de una escritura que siempre ha estado en su poder", para establecer que tal nota "hace fe en todo lo favorable al deudor". Aunque esta observación bastaría, no sobra recordar que esa disposición termina advirtiendo que el deudor que quiera "aprovecharse de lo que en la nota le favorezca, deberá aceptar también lo que en ella le fuere desfavorable".

Al contestar la demanda opuso la señora Magdalena la excepción de simulación de los citados contratos de 1891. El rechazo de esta excepción por el Tribunal no es materia de ataque del recurrente en casación. Antes bien en el recurso explícitamente sostiene la validez de aquéllos, colocándose en la referida situación, según la cual la escritura de marzo no le sirve al actor ni puede tomarse en cuenta sino en cuanto en lo enunciativo cita una venta de él el año precedente, y la escritura de octubre ha de desecharse por contener compra de cosa propia.

No siendo materia del recurso aquella excepción, resta sólo estudiar los cargos formulados por haber rechazado el Tribunal la de prescripción extraordinaria, basada en que para cuando se notificó a la señora Magdalena la demanda inicial de este juicio, sobradamente habían transcurrido los treinta años que el Código señalaba para usucapir y que ella en todo este tiempo ocupó continuamente la casa con el ánimo de dueño requerido para que haya posesión según el artículo 762 del C. C. Ese lapso se cuenta desde el 30 de julio de 1890 en que Manuel dejó de ser comunero por la venta que de sus derechos hizo ese día a sus hermanas.

Ya se dijo que esta venta no puede darse por comprobada con la sola cita que de esta escritura se hace en la de 30 de marzo de 1891. Aunque lo estuviese, cabe advertir que, siendo dos las adquirentes, esa adquisición por sí sola no bastaría en manera alguna a demostrar que desde esa fecha entró a poseer una sola de ellas, Magdalena. Además, hay pruebas en el expediente de que la otra, la señora Dolores, habitó esa casa hasta su muerte al igual de Magdalena. Estas circunstancias se anotan de paso para hacer ver que la demandada no puede darse por ocupante exclusivo desde entonces, es decir, desde dicho 30 de julio.

Manuel era comunero. Si dejó de serlo por esa venta, ello no hizo cesar la comunidad entre Magdalena y Dolores, ni se opone a que después recuperara él lo que

les vendió y aun agregara los derechos de ellas mediante contratos que deben aceptarse aquí por lo ya expuesto en el presente fallo y contra los cuales no se abrió camino en las instancias la tacha de simulación de que ahora prescinde quien forma la misma parte que en un principio la opuso.

La cuestión de si puede moral y legalmente reputarse poseedor, con el ánimo de dueño necesario para esto, a quien vendió, por el solo hecho de no entregar en seguida al comprador la totalidad de lo vendido, no es para dilucidar aquí, porque aun dándola por respondida favorablemente a la demandada, no por ello vería esta parte litigante prosperar su pretensión. En efecto: la vendedora Magdalena, si siguió habitando en la casa después de sus contratos de 1891, nò la ocupó toda, ni su habitación de una parte puede entenderse que impidiera o excluyera por incompatible la posesión de Manuel, quien, a más de habitar él también, simultáneamente, otras piezas de la misma casa, atendía a la administración de toda ésta, a sus reparaciones ordenándolas y pagándolas, al arrendamiento de las restantes piezas y de los locales; litigaba con inquilinos, y pactaba con los vecinos sobre servidumbres, otorgando las escrituras públicas del caso, en calidad de dueño, tanto con el del oriente, como con el del sur de la casa aquí discutida. Y si, de otro lado, Magdalena recibía en ocasiones los cánones de arrendamiento de algunos de los locales, en el resto ella nada tenía que ver, a más de que en aquello intervenía Lozano por medio de sus agentes o dependientes o de amigos que vigilaban la percepción e inversión de los cánones destinados a Magdalena, a fin de suplir la deficiencia mental de esta señora.

La situación de hecho que acaba de esbozarse está comprobada detalladamente en el proceso. La Sala ha estudiado detenidamente las probanzas y estima que no es el caso de exponer una a una sus observaciones sobre cada elemento probatorio, no estándose en sentencia de instancia.

El demandante explica en función de su afecto de hermano la tolerancia suya que permitió a Magdalena seguir viviendo en dicha casa hasta su muerte y contar para su manutención y demás menesteres con renta suministrada por él, de la que hacía parte el producto de los aludidos cánones de arrendamiento. Bien que esto es lo moral, natural y general, no se entra a analizar esa explicación, porque el estudio de las pruebas establece la situación antedicha dentro del proceso.

El Tribunal confronta los actos de uno y otro de estos dos hermanos, reconoce que los de Magdalena se redujeron a esa habitación y recibo de cánones acompañados de los actos concomitantes procedentes, encuentra que los actos de Manuel no eran sólo esos mismos en lo restante, sino también muchos otros, como los ya aludidos aquí, y de ahí deduce la conclusión de que lo tolerado a su hermana no puede significar para Manuel la pérdida de la finca que demuestra haber adquirido él en su totalidad. Y, como es de rigor, en esa confrontación no pasa por alto el contraste entre Manuel como dueño con título justificativo de su dominio y Magdalena sin título alguno.

Por este último detalle y la observación que de paso hace al respecto el Tribunal, el recurrente sostiene que aquél exige título para la prescripción extraordinaria y que, por tanto, violó el artículo 2531 del C. C. Bien se ve que no hubo tal desacierto.

Sostiene el recurrente que no deben acogerse las pruebas de Manuel sobre sus actos posesorios, porque no se presenta como poseedor invocando posesión, sino, por el contrario, reclamándola y alegando como demandante sus títulos inscritos de dominio.

Pero no puede desconocerse que la referida situación de hecho habría bastado para obligar a la aceptación y estudio de tales pruebas, así fuese tan sólo en cuanto tales actos de él significan la negación de la ocupación total y exclusiva afirmada por ella al pretender que se le reconozca la adquisición de la finca mediante pres-

cripción extraordinaria. Si Manuel daba en arrendamiento los locales y aun la parte libre del interior, y pagaba los impuestos, contrataba y pagaba las reparaciones, si atendía a las gestiones policivas sobre andenes y caños, y celebraba pactos sobre servidumbres y otorgaba las escrituras públicas a que ya se aludió, y si mantenía libros y muebles de su uso personal en piezas de la casa, y si a ésta llegaba a alojarse cuando quiera que a Bogotá venía de su hacienda, y si otro tanto sucedía con sus dependientes, es de toda evidencia que al comprobar estos hechos está comprobando que su hermana, por más que en esa casa viviera entre tanto, no era el poseedor que dice ser.

Es verdad que los más de esos actos pueden ejecutarse por quien no es dueño; pero no se puede decir esto de todos ellos, ni mucho menos puede prescindirse de lo que surge de su conjunto. Mal haría el juzgador en tomar cada prueba aisladamente sin coordinarlas todas entre sí para arrancarles su verdadero sentido.

Además, no pueden desecharse para el concepto de ser de un poseedor los actos de Manuel, y al propio tiempo atribuír esta calidad y significación a los de Magdalena. Entre unos y otros actos hay analogía porque ambos hermanos habitaban sendas piezas o grupos de piezas y ambos recibían cánones de locales; pero, a más de que los actos de Manuel no se limitan a esto, sino que se extendían a otros muchos y trascendentales a que Magdalena no se extendió, preciso es también tener en cuenta que él estaba provisto de títulos de dominio que imponen el concepto de posesión a cuanto por su casa hiciera, y que ella, no sólo no tenía título, sino que lo había tenido y de él se había apartado para conferírselo a Manuel. Por donde, volviendo a la cuestión del ánimo de dueño que al concepto legal de posesión es indispensable, renace la interrogación sobre si este ánimo puede reconocerse al vendedor a favor del incumplimiento de su obligación de entregar lo vendido, interrogación cuya respuesta, repítese, es innecesaria, en fuerza de la comprobación que obra en autos sobre los referidos actos del comprador, la que impide deducir de los actos de Magdalena una posesión que, a la par que excluyese la de él, le crease a ella dominio.

Estas consideraciones indican porqué no se aceptan los cargos que se están estudiando y porqué, consiguientemente, se rechaza el de violación de los artículos 762 y 775 del C. C., citados respecto de la usucapión como violados por el Tribunal, á más del dicho artículo 2531. El quebranto del 762 lo afirma el recurrente en que se niega a Magdalena su posesión a pesar de comprobar que vivió en la casa y recibió los mencionados cánones, y en que se reputa poseedor a Manuel en razón de actos que no obligan a suponer ó no implican dominio ni ánimo de dominio. Y el cargo respecto del artículo 775 lo deriva de que el Tribunal califica de mera tenencia la de Magdalena atribuyéndole reconocimiento del dominio en favor de Manuel, sin que en esto incurriese ella nunca. A este quebranto se llega por error en la apreciación de las pruebas, según el recurrente.

Este error cardinalmente lo hace consistir en la interpretación de los referidos actos y en el alcance que les da la sentencia en relación con la posesión y, tras de ella, con la usucapión.

Esta consideración, se observa de paso, no ha dejado de concurrir a que la Sala no exponga su análisis de las pruebas con el detenimiento que correspondería a la manera como las ha estudiado, y se agrega a la ya dicha sobre que tal exposición sería ajena a este fallo que, no casando, no es de instancia.

Por lo demás, lo observado sobre los actos que uno y otro de los contendores comprueban haber ejecutado, basta para rechazar los cargos de violación de estas otras disposiciones sustantivas.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad

de la ley, no casa la sentencia recurrida, o sea, la pronunciada en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el veintiuno de noviembre de mil novecientos cuarenta.

Las costas del recurso son de cargo del recurrente.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

Isaías Cepeda — José Miguel Arango — Liborio Escallón — Ricardo Hinestrosa Daza — Fulgencio Lequerica Vélez — Hernán Salamanca — Pedro León Rincón, Srio. en ppd.

ACCIONES DE NULIDAD DE UNA ESCRITURA, DE SUSPENSION DE UNA PARTICION, Etc.

Es bien sabido que en el recurso de casación no se pueden aportar pruebas, sino en el único caso de que, casado un fallo, se dicte auto para mejor proveer.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Civil — Bogotá, febrero diez y nueve de mil novecientos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor José Miguel Arango).

Antecedentes

Isaac y Julio Forero, en representación de la sucesión ilíquida de David Forero, formularon demanda ordinaria contra los señores José Asunción y Pedro Forero, para que previos los trámites legales "dentro del juicio de sucesión del señor David Forero", se hagan las declaraciones siguientes:

"1. Que Orocia no adquirió derecho ninguno de dominio por gananciales en el matrimonio con David Forero, sobre un globo de terreno situado en la vereda de Pueblo Viejo, de la jurisdicción de Chocontá, demarcado en la escritura pública número 425 de 18 de junio de 1924 otorgada en la Notaría de Chocontá por los siguientes linderos que en ella se especifican;

"2. Que Orocia de Aza, no era dueña de ningún terreno en la vereda de Pueblo Viejo, a la fecha de otorgarse la escritura número 425 de 18 de junio de 1924, en la notaría de Chocontá y menos el alinderado en la precitada escritura.

"3. Que es nula de nulidad absoluta, la escritura pública número 425 de 18 de junio de 1924, otorgada en la notaría de Chocontá, en la cual aparece Orocia de Aza vendiendo a Pedro y José Forero, parte de sus gananciales habidos en el matrimonio con David Forero, nulidad que se deriva de la falta de causa, por no haber precio en la venta o por ser simulada la escritura, ya que se otorgó en artículo de muerte y fue otorgada de madre a hijo;

"4. Que si alguno de los demandados se oponen a que se hagan las declaraciones que se solicitan en esta demanda, se le condene a pagar los perjuicios y costas del juicio, y

"5. Que de conformidad con los artículos 1386 y 1387 del Código Civil se suspenda la partición de los bienes de David Forero mientras se ventilan las cuestiones que aquí quedan planteadas".

Esas peticiones las hicieron los demandantes en calidad de herederos de David Forero y a favor de la sucesión de éste, antes que se liquide. Se opusieron los demandados a las pretensiones solicitadas ante el Juez del Circuito de Chocontá, y este funcionario en sentencia de 6 de noviembre del año de 1937, resolvió favorablemente las dos primeras peticiones de la demanda, negó las restantes y condenó en costas a los demandados, quienes se alzaron de ese proveído para ante el Tribunal Superior de Bogotá.

Sentencia apelada

El fallador de segundo grado consideró que los demandantes no habían acreditado su personalidad sustantiva para pedir en nombre de la sucesión ilíquida de David Forero, como sus representantes legítimos, puesto que no habían comprobado su carácter de herederos.

En efecto, en la segunda instancia los demandantes trajeron a los autos las partidas de origen eclesiástico con objeto de comprobar su carácter de hijos legítimos de David Forero; el matrimonio de éste con la señora Orocia Aza y su defunción, y de ellas aparece en primer lugar, que el matrimonio de Forero con la Aza se celebró el día 19 de noviembre de 1889, época muy posterior al nacimiento de los demandantes, de lo cual dedujo el Tribunal que esos señores no podrían considerarse como hijos legítimos de David Forero por haber nacido con anterioridad al matrimonio de sus padres, y que no los amparaba la presunción establecida por el artículo 213 del Código Civil. También rechazó la Sala la mencionada partida de matrimonio, porque consideró que estaba enmendada en parte sustancial, cual era la fecha en que se verificó el matrimonio. Esta enmendatura aparece a vista de ojos, en la partida que se acompañó en segunda instancia.

Cabe advertir que el mencionado documento como las demás partidas eclesiásticas figuraron en autos, sin que los demandantes ni los demandados, las hubieran tachado o redargüido de falsas y por consiguiente ellas conservan todo su valor probatorio.

Ante la Corte se acompañaron las partidas de matrimonio de David Forero con Orocia Aza y la de bautizo de Julio, Gentil y José Isaac Forero. En esta partida aparece que el matrimonio se celebró el 19 de noviembre de 1879, y allí figura como cónyuge la señora Orocia Aza, la misma designada en la partida acompañada en segunda instancia, que el Tribunal rechazó por estar adulterada la fecha. Nótese que en las partidas de bautismo figura como madre y cónyuge de David Forero la señora Orocia, unas veces con el apellido de Diaza y otras con el de Deaza, pero ninguna de ellas con el apellido "Aza" que fue el consignado en las partidas matrimoniales.

Fundado en esos antecedentes el Tribunal Superor de Bogotá, en proveído de 25 de abril de 1941, revocó el fallo del Juez de Chocontá y en su lugar negó las peticiones solicitadas en la demanda.

Casación

Contra este fallo se alzaron en casación los demandantes y concedido y tramitado el recurso se procede hoy a decidirlo.

El recurrente acusa al fallo por el primero de los motivos señalados en el artículo 520 del Código Judicial consistente en el error de hecho y de derecho en la apreciación de la prueba principal en que se fundó la sentencia, con violación, a causa de esos errores, de los artículos 1388 y 1406 del Código Civil.

Fundamenta así su acusación por los errores de hecho y de derecho: "El juicio a que se refiere esta litis se inició dentro del sucesorio de David Forero, así se dijo expresamente en la demanda y el Tribunal no apreció la partida que figura en el juicio de sucesión de David Forero, en la cual consta que éste se casó con Orocia de Aza en 1879, sino una distinta remitida por el cura de Chocontá y adulterada en su fecha, cometiendo así el grave error de haber permitido la separación del juicio ordinario del de sucesión, cuando en éste aparece el comprobante de que los demandantes son hijos legítimos de David Forero".

De donde concluye el recurrente que se apreció mal la prueba "que determinó la sentencia, en dos cosas: la primera, por no haber seguido la acción como se inició dentro del sucesorio; la segunda, la falsedad o alteración de la partida en cita".

La Corte hace este reparo a la anterior acusación:

La acción se tramitó en el Juzgado de Chocontá con independencia del juicio de sucesión de David Forero y se falló igualmente como un juicio aparte. Así lo dice el juez en un párrafo de su sentencia redactada en esta forma: "En primer término se observa que los demandantes no cumplieron a la formalidad del artículo 231 del Código Judicial, es decir, acreditar la personería para hablar a nombre de David Forero; no era suficiente el que

en este despacho se adelantara tal juicio, sino que la prueba ha debido ser adjunta a la demánda por tratarse de un juicio **enteramente distinto al de la sucesión**, de donde precisamente debían sacarse muchos elementos de prueba".

Más adelante se expresa así el juez: "Referente a la suspensión de la partición en autos no consta que el juicio se esté tramitando y por tanto no se accede a esta petición".

Con las transcripciones hechas se demuestra que el presente juicio ordinario en ningún momento se tramitó dentro del juicio de sucesión de David Forero, y que el Tribunal, por este motivo, no pudo tener a la vista ese juicio de sucesión para apreciar las pruebas que allí existieran sobre la personería sustantiva de los demandantes. Tramitado el presente juicio con absoluta independencia del de sucesión de Forero, el Tribunal no podía apreciar sino las pruebas traídas a él, y de esas pruebas no reargudidas por las partes, dedujo el sentenciador que el matrimonio de Forero había sido posterior al nacimiento de sus hijos, por lo cual éstos no podían considerarse como hijos legítimos, agregando además que la partida de matrimonio tampoco podía tenerse en cuenta por estar alterada en parte sustantiva.

El error de hecho lo hace consistir el recurrente en que habiéndose formulado el presente juicio dentro del de sucesión de David Forero, el Tribunal consideró que este juicio era independiente del de sucesión y dejó de considerar las partidas de origen eclesiástico que figuran en ese juicio para estudiar las que se acompañaron en segunda instancia, de las cuales una de ellas, la de matrimonio, aparece adulterada.

Vuelve el recurrente a formular como error de hecho lo que ya había alegado como error de derecho.

Se nota, de manera expresa, que las partidas que acompañó el recurrente a este recurso de casación no son las mismas, como lo asevera, que figuraron en el juicio de sucesión de David Forero, por estos motivos: 1º Porque si fueran en realidad las acompañadas al juicio de sucesión, tendrían la nota de desglose del juicio en que se adujeron como pruebas: y 2º Porque al pie de dichas partidas hay una anotación en que aparece que fueron expedidas el 10 de mayo de 1941, cuando ya el juicio ordinario había sido fallado en segunda instancia.

No está por demás advertir que si lo que el recurrente quiso decir fue que las partidas que se acompañaron al recurso de casación son idénticas a las que figuraron en el juicio de sucesión de David Forero, habría que replicársele que estas partidas acompañadas a la casación no pueden tomarse en cuenta porque es bien sabido que en este recurso no se pueden aportar pruebas, sino en el único caso, de que casado un fallo se dicte auto para mejor proveer, situación que no se contempla al presente. Conviene también advertir que los juicios ordinarios en que se discute el dominio de los bienes que figuran en un juicio de sucesión y que van a ser partidos, no se tramitan como dice el recurrente, como si hicieran parte del respectivo juicio de sucesión, se adelantan aparte y se sustancian como juicios independientes. Esto es lo que ha hecho el Tribunal al presente.

No habiéndose seguido el presente juicio dentro del sucesorio de David Forero, ni habiendo figurado en éste las pruebas aducidas en aquél, el Tribunal no podía menos, para decidir la litis, que tomar en cuenta las pruebas traídas al correspondiente juicio, y ya se ha dicho que de esas pruebas no aparece que los demandantes sean hijos legítimos de David Forero.

Considera el recurrente que el sentenciador violó los artículos 1388 y 1406 del Código Civil por cuanto no suspendió la partición en el juicio de sucesión de David Forero, tal como se le había solicitado.

La Sala observa: La cuestión relativa a la propiedad de algunos objetos de la sucesión de David Forero, materia del presente juicio, fue decidida por la justicia ordinaria, que es lo que preceptúa el artículo 1388 en cita, de suerte que el Tribunal al fallar el presente juicio lo que

hizo fue dar aplicación a esa disposición, y si no se suspendió la partición fue: primero, porque no se solicitó dentro del juicio de sucesión, que es donde tiene lugar este fenómeno, y en segundo lugar, no se comprobó que las cuestiones sobre propiedad recayeran sobre una parte considerable de la masa partible para que el juez ordenara la suspensión de la partición.

No consta de autos que el juicio de sucesión de David Forero curse en el Juzgado Civil de Chocontá, en donde tuvo origen el presente pleito, ni que se hayan partido sus bienes y que esa partición haya sido aprobada por el juez y esté debidamente protocolizada.

Sin estas comprobaciones y sin haberse acreditado que en ella se omitieron involuntariamente algunos objetos pertenecientes a la masa hereditaria, no es el caso de aplicar la disposición del artículo 1406, que el fallador de segunda instancia no tuvo en cuenta, ni podía tenerla, por no tratarse de una nueva partición de bienes no inventariados ni adjudicados en la primitiva partición.

Como del proceso aparece que pudo cometerse algún delito al suplantar la fecha de la partida eclesiástica que figura al folio 10º del cuaderno de pruebas del demandado, sáquese copia de lo conducente y remítase al juez competente para los efectos legales.

En mérito de las consideraciones anteriores la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley FALLA:

1º—No se infirma la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá con fecha veinticinco de abril de mil novecientos cuarenta y uno.

2º—Las costas de cargo de los recurrentes.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Isaías Cepeda — José Miguel Arango. Liborio Escallón — Ricardo Hinestrosa Daza — Fulgencio Lequerica Vélez—Hernán Salamanca—Pedro León Rincón, Secretario.

ACCION PETITORIA DE INFIRMACION DE LA SENTENCIA QUE DECLARO LA NULIDAD DE UNAS HIPOTECAS.—ENAJENACION DE BIENES DE LA SUCESION ANTES DE LA PARTICION.—HIPOTECA CONSTITUIDA POR UN HEREDERO ANTES DE LA PARTICION.—SU VALIDEZ.

1.—El artículo 1401 del C. C. se refiere a la enajenación sin mencionar la hipoteca; pero a más de que el 779 abarca a ambas, el 2442 no puede entenderse limitado a cosa singular, de suerte que excluya una comunidad de otra clase, ya porque no se vería motivo para establecer diferencia de disposición no habiéndola en las razones, ya porque su redacción misma obliga a reconocer que comprende la pluralidad de bienes, sin reducirse al de uno solo, puesto que expresamente contempla el caso de que los haya de clases distintas, unos hipotecables, otros no, y puesto que habla de *bienes* —así en plural— adjudicados a los otros copartícipes. Y no es éste simple argumento que pudiera tacharse de meramente gramatical lo que conduce a esa opinión, sino, más aún, la aludida igualdad de razón, consistente en que, tanto en la comunidad universal como en la singular, media incertidumbre sobre lo que precisamente acabará por cubrir el haber de cada comunero, y no se ve motivo jurídico para que ante la contingencia de que a cierta persona se adjudique o no ésto o aquéllo, el legislador permitiera en un caso sacar avante la validez de la hipoteca y negara lo mismo en el otro, al extremo de hacerla absolutamente nula. No pueden pasarse por alto las peculiaridades del lapso que transcurre entre la muerte del *de cujus* y la partición. Entre tanto el heredero o herederos no tienen título inscrito y personal sobre tal o cual de los bienes relictos y al mismo tiempo tienen derecho en todos. Es una época de incertidumbre acerca de con cuál o cuáles bienes se ha de cubrir el haber herencial de cada uno de los herederos y aún sobre ese haber mismo, que sólo se precisará cuando al partir se haga la liquidación a que el legislador atiende expresamente como pago inicial (C. C. artículo 1394). 2.—La enajenación anterior a la partición puede tener validez plena porque lo enajenado por el heredero viene a adjudicársele; o puede tener sólo la validez correspondiente a la venta de cosa ajena, con todas las resultas de ésta, si lo enajenado no se le adjudica. La hipoteca anterior a la partición puede tener a su turno la plena validez correspondiente a que lo hipotecado se adjudica al hipotecante o puede, por adjudicarse a persona o personas distintas, carecer de valor al punto de no tenerlo sino en cuanto el consentimiento de los adjudicatarios se lo confiera.—3.—El artículo 2442 del C. C. no puede ser interpretado en forma de que excluya la comunidad universal o la pluralidad de bienes de que se habló en la parte motiva del fallo. Ya había dicho la Corte que "estando el dominio del comunero, por decirlo así, sobre todo el inmueble, no es pertinente ni acertado equiparar la hipoteca, de cualquiera extensión que sea, que otorgue sobre la finca indivisa un copropietario, con la hipoteca sobre cosa ajena. Decidida por virtud del efecto retroactivo que corresponde a la partición la suerte y el alcance de la hipoteca otorgada por un comunero o indivisario sobre la totalidad o una parte de la finca común, surge la noción de cosa ajena en favor de los copartícipes restantes, adjudicatarios de parte del inmueble gravado hipotecariamente por otro comunero, y de esta manera se explica la caducidad de la hipoteca contemplada en el artículo 2442 del C. C. Viva la comunidad, no procede ninguna acción de nulidad de los comuneros por hi-

poteca *a non domino* y cesado el condominio indiviso, el ejercicio de tales acciones no corresponde sino al dueño exclusivo en quien se radica el interés jurídico, es decir, a los adjudicatarios de lo que no corresponde al hipotecante; en ningún caso a éste mismo... En principio, no existe nulidad por concepto de cosa ajena o *a non domino* en la hipoteca, de cualquiera extensión, que un comunero constituye sobre el inmueble común. La suerte de este gravamen no puede determinarse mientras no cese el condominio por la partición correspondiente, a cuyos resultados, según expresas disposiciones del Código, queda completamente subordinada".

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, veinte de febrero de mil novecientos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Ricardo Hinestrosa Daza).

Las escrituras número 268 de 28 de abril de 1927 y número 280 de 27 de agosto de 1929, otorgadas en la Notaría de Ocaña, contienen sendos contratos de mutuo con interés con Sixto A. Carvajalino como acreedor y Carmen Vergel, representada por mandatario, como deudora, y en ambas ésta, así, hipoteca en garantía la casa de esa ciudad allí determinada, en su calidad de heredera del Presbítero Benito Ovalle, su finado hermano.

Carvajalino entabló ejecución para el pago y la dirigió contra la Vergel, y después contra Telésforo Castro, en ejercicio de la acción real, por haber éste comprado la casa a la Vergel, quien también le cedió sus derechos de heredera del doctor Ovalle, respectivamente en escrituras de 18 y 23 de noviembre de 1931 en la Notaría de Río de Oro.

Ese juicio terminó con la sentencia de excepciones que acogió la de nulidad de las hipotecas.

Carvajalino ha seguido juicio ordinario contra la Vergel y Castro para infirmar esa sentencia y obtener la declaración de validez de las hipotecas. El Juzgado Civil del Circuito de Ocaña, donde cursó la primera instancia, la cerró con sentencia de 9 de noviembre de 1939 favorable en todo a las súplicas del demandante; y el Tribunal Superior de Pamplona, reformando ese fallo en el sentido de negar restauración del embargo y secuestro del juicio ejecutivo y la reanudación de éste como se hallaba al fallar las excepciones, mantuvo la declaración de validez de los contratos hipotecarios y de sus escrituras respectivas ya citadas, agregando la advertencia de que, quedando sin valor la cancelación de esos instrumentos, Carvajalino recupera el derecho de ejecutar las acciones personales y reales que de ellos se derivan.

Contra este fallo del Tribunal, que lleva fecha 14 de marzo de 1941, interpusieron casación los demandados, recurso que se decide aquí después de recibir su tramitación.

Invocan el motivo 1º de los del artículo 520 del C. J. y acusan de violación de estos artículos del C. Civil:

2443, 756, 759, 765, 785 y 789, por interpretación errónea y por haberse dejado de aplicar, así: el heredero, que tiene el **modo** de adquirir consistente en la sucesión, no llega a poseer en propiedad sino con el título traslaticio o acto legal de partición y la tradición a virtud de la inscripción de ese título; sólo así tendrá la calidad de poseedor en propiedad, la cual es requerida indispensablemente para la validez de la hipoteca por el artículo 2443. Y como ni Carmen Vergel ni Castro han logrado adjudicación, ni decreto aprobatorio de partición, ni obra inscripción en el registro de título alguno en su favor, no podían hipotecar válidamente. Tal este grupo de cargos.

2439. Exige para la validez de la hipoteca que quien la constituye sea capaz de enajenar lo hipotecado, y como aquí no había título alguno ni el decreto de posesión efectiva requerido por el artículo 757, se interpretó erróneamente aquél y se dejó de aplicar éste al dar por valedera la hipoteca de que se trata.

2442. Se aplicó indebidamente al dar

por respaldada con él, que se refiere a comunidad singular, la hipoteca de bien herencial sobre el cual el hipotecante no tenía dominio, siendo así que no adujo ni en el proceso ha presentado título alguno, como ya se ha visto, y se ha limitado a respaldarse con su calidad de heredero. Y por no constar partición, ni tratarse de división material de comunidad singular, ni haber escritura alguna en que esta división constase, se violaron también los artículos 2334 y siguientes y el 35 de la Ley 57 de 1887. Agrega el recurrente que el artículo 757, dada su redacción, habría de entenderse como contentivo de una prohibición, si no viniese después el precepto del 1401; pero que éste no ampara sino la enajenación, sin extenderse a la hipoteca, por lo cual no libra a la sentencia recurrida de los cargos que le hace en relación con la carencia de capacidad de enajenar, para hipotecar válidamente.

Se observa ante todo que la validez de los actos y contratos es algo que debe suponerse desde luego; de suerte que debe demostrarse todo aquello que los prive de alcance o se lo cercene en fuerza de sus vicios o vacíos. Aquí se ataca una hipoteca constituída por persona cuya calidad de heredero del difunto dueño del bien hipotecado no se le discute, como no se discute tampoco el dominio de éste, es decir, que la casa hipotecada quedó en su patrimonio, figura entre sus bienes relictos. Tampoco se ha dicho siquiera que haya otros herederos a más del aludido hipotecante. Este detalle no añade fuerza a los razonamientos que se exponen en seguida, válidos sean uno solo o muchos los herederos, pero se cita porque concurre a la mayor claridad del concepto.

No es posible, así fuese meramente por prematuro, declarar nula esa hipoteca ante la sola circunstancia de que ese heredero no estuviera provisto ya, cuando la otorgó, del título singular sobre el bien hipotecado, consistente en la adjudicación de éste en debida forma y complementada con su inscripción en el registro.

Es verdad que el artículo 1401 se refiere a la enajenación sin mencionar la hipoteca; pero a más de que el 779 abarca a ambas, el 2442 no puede entenderse limitado a cosa singular, de suerte que excluya una comunidad de otra clase, ya porque no se vería motivo para establecer diferencia de disposición no habiéndola en las razones, ya porque su redacción misma obliga a reconocer que comprende la pluralidad de bienes, sin reducirse al de uno solo, puesto que expresamente contempla el caso de que los haya de clases distintas, unos hipotecables, otros no, y puesto que habla de **bienes** —así en plural— adjudicados a los otros partícipes.

Y no es este simple argumento de orden que pudiera tacharse de meramente gramatical lo que conduce a esa opinión, sino, más aún, la aludida igualdad de razón, consistente en que, tanto en la comunidad universal como en la singular, media incertidumbre sobre lo que precisamente acabará por cubrir el haber de cada comunero, y no se ve motivo jurídico para que ante la contingencia de que a cierta persona se adjudique o no ésto o aquéllo, el legislador permitiera en un caso sacar avante la validez de la hipoteca y negara lo mismo en el otro, al extremo de hacerla absolutamente nula.

No pueden pasarse por alto las peculiaridades del lapso que trascurre entre la muerte del **de cujus** y la partición. Entre tanto el heredero o herederos no tienen título inscrito y personal sobre tal o cual de los bienes relictos y al mismo tiempo tienen derecho en todos. Es una época de incertidumbre acerca de con cuál o cuáles bienes se ha de cubrir el haber herencial de cada uno de los herederos y aún sobre ese haber mismo, que sólo se precisará cuando al partir se haga la liquidación a que el legislador atiende expresamente como paso inicial (C. C., artículo 1394).

Así, pues, aunque sobre lo tocante a título y modo haya las diferencias que el recurrente advierte y el Tribunal no olvida, y aunque las haya entre nuestra legislación y la francesa muy acentuadas en la manera de adquirir por sucesión, ello es que la situación es igual en una y otra desde el punto de vista de la incertidum-

bre y eventualidad antedichas y de las contingencias consiguientes, tanto en lo relativo a enajenaciones cuanto en lo atañedero a hipotecas tratándose de comunidad, sea singular, sea universal.

La enajenación anterior a la partición puede tener validez plena porque lo enajenado por el heredero viene a adjudicársele; o puede tener sólo la validez correspondiente a la venta de cosa ajena, con todas las resultas de ésta, si lo enajenado no se le adjudica. La hipoteca anterior a la partición puede tener a su turno la plena validez correspondiente a que lo hipotecado se adjudica al hipotecante o puede, por adjudicarse a persona o personas distintas, carecer de valor al punto de no tenerlo sino en cuanto el consentimiento de los adjudicatarios se lo confiera, detalle éste que apenas ha de traerse a cuento para completar la noción, sin ser, de otro lado, pertinente al caso del pleito.

Si, pues, hay completa analogía por incertidumbre y contingencias entre una comunidad universal y la singular y si, como ya se dijo, el artículo 2442 no puede ser interpretado ni leído en forma de que excluya la comunidad universal o la pluralidad de bienes a que ya se llamó la atención, no puede prosperar el cargo de quebranto de esta disposición legal, porque el fallo recurrido la aplicase en el caso presente.

En sentencia de 25 de mayo de 1938 (G. J. Vol. XLVI, páginas 547 y siguientes) en juicio en que se demandó la nulidad de hipoteca constituída por uno de los comuneros durante la indivisión, esta Sala dijo:

"Estando el dominio del comunero, por decirlo así, sobre todo el inmueble, no es pertinente ni acertado equiparar la hipoteca de cualquiera extensión que sea, que otorgue sobre la finca indivisa un copropietario, con la hipoteca sobre cosa ajena".

"Decidida por virtud del efecto retroactivo que corresponde a la partición la suerte y el alcance de la hipoteca otorgada por un comunero o indivisario sobre la totalidad o una parte de la finca común, surge la noción de cosa ajena en favor de los copartícipes restantes, adjudicatarios de parte del inmueble gravadas hipotecariamente por otro comunero, y de esta manera se explica la caducidad de la hipoteca contemplada en el artículo 2442 del C. C. Viva la comunidad, no procede ninguna acción de nulidad de los comuneros por hipoteca **a non domino** y cesado el condominio indiviso, el ejercicio de tales acciones no corresponde sino al dueño exclusivo en quien se radica el interés jurídico, es decir, a los adjudicatarios de lo que no corresponde al hipotecante; en ningún caso a éste mismo... En principio, no existe nulidad por concepto de cosa ajena o **a non domino** en la hipoteca, de cualquiera extensión, que un comunero constituye sobre el inmueble común. La suerte de este gravamen no puede determinarse mientras no cese el condominio por la partición correspondiente, a cuyos resultados, según expresas disposiciones del Código, queda completamente subordinada".

"Aubry y Rau, Colin y Capitant, Planiol y Ripert, Baudry Lacantinerie, Josserand intepretando textos legales equivalentes a los del Código Colombiano, están acordes en sostener que cada uno de los copropietarios de un inmueble, en estado de condominio indiviso, puede constituír hipoteca convencional sobre su cuota indivisa, o la totalidad o una parte determinada de la finca común, con la explicación, como ya se ha visto, de que la suerte y efectos del gravamen quedan condicionados o subordinados a los resultados de la partición, como consecuencia de los efectos declarativos que entre los partícipes se producen retroactivamente por aquel acto terminal de la comunidad".

En el presente pleito, en suma, el Tribunal no olvidó ninguno de los principios que el recurrente sostiene sobre modo, título, tradición, inscripción en el registro, etc.; y si se niega aquél a declarar nulas las hipotecas en cuestión, no es porque desconozca ninguno de aquellos principios, sino simplemente porque encuentra que la hipoteca constituída por el heredero so-

bre un bien del causante no puede tenerse por nula mientras la partición no haya adjudicado ese bien a otro u otros herederos, sencillamente porque mientras esto no haya sucedido, no puede conceptuarse fundadamente que esa hipoteca sea de cosa ajena.

Es con subordinación a las contingencias de la partición repetidamente recordadas aquí, como el Tribunal hace sus declaraciones referidas y, como las fundamenta. Por eso dice textualmente: "...la hipoteca de una cuota de la herencia o de un bien determinado de ella se encuentra autorizada por la ley, pero su validez y por consiguiente su efectividad queda subordinada a que dicha cuota o bien se adjudique al heredero". Y por eso también declara en su parte resolutiva que las citadas escrituras no son nulas y por ende subsisten los contratos en ellas contenidos.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, no casa la sentencia recurrida, o sea, la dictada en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona, el catorce de marzo de mil novecientos cuarenta y uno.

Las costas del recurso son de cargo del recurrente.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

Isaías Cepeda — José Miguel Arango. Liborio Escallón — Ricardo Hinestrosa Daza—Fulgencio Lequerica Vélez—Hernán Salamanca—Pedro León Rincón, Secretario en propiedad.

CUENTAS

Si se piden cuentas en un período determinado, pero el demandado demuestra que los negocios habidos con el demandante empezaron bastante antes de la fecha señalada por éste, y prueba que debido al encadenamiento de los negocios no sería posible definir los asuntos pendientes entre ellos sin rendir la cuenta total de su gestión, no puede sostenerse jurídicamente que la sentencia que aprueba las cuentas generales sea incongruente con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, veinticinco de febrero de mil novecientos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Isaías Cepeda)

Son antecedentes de este negocio:

El señor Rafael Botero D., obrando en nombre y representación de la sociedad colectiva de comercio denominada Uribe, Boteros & Cía., domiciliada en Medellín y en Sonsón, demandó en juicio ordinario, ante el Juzgado del Circuito de Sonsón, al señor Julio Arango R., a fin de que se declarara que estaba liquidado y terminado extrajudicialmente el contrato de cuenta corriente que existía entre dicha sociedad y el demandado, con saldo a cargo de éste y a favor de la sociedad por $ 4.248.59, a fecha 10 de enero de 1928; para que se condenara a Arango R. a pagar a la sociedad la referida cantidad, con intereses al quince por ciento anual, computados desde el 10 de enero de 1928 hasta el día en que se verificara el pago, mas las costas del juicio. Se hicieron, además, algunas peticiones subsidiarias.

Arango se opuso a los pedimentos formulados contra él y a su vez presentó demanda de reconvención para que se declarara que la sociedad debía pagarle perjuicios por haber faltado a sus obligaciones como mandatario, y que debía entregarle 22 sacos de café trillado y rendirle cuentas comprobadas del negocio.

El Juzgado del conocimiento dictó sentencia negando las peticiones de ambas demandas. Más tarde el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín la revocó y declaró que estaba terminado el contrato de cuenta corriente, con un saldo a cargo de Arango de $ 4.248.59, más sus intereses, y que a su vez la sociedad debía entregar a Arangó los citados veintidós bultos de café.

Se interpuso casación y la Corte, en sentencia de 18 de mayo de 1934, confirmó lo resuelto por el Tribunal en lo relativo a la entrega de los veintidós bultos de café, la infirmó en lo restante y resolvió, además:

"Tercero: Se condena a la compañía demandada a rendirle cuentas comprobadas a Julio Arango de la gestión del negocio habido entre el demandante y el demandado, de que dan cuenta estos autos".

Con apoyo en ese fallo el señor Julio Arango R., en escrito de 22 de abril de 1935, demandó a la indicada sociedad Uribe, Botero & Cía., en liquidación, "para que me rinda cuentas comprobadas de su gestión en el negocio a que me he referido".

Admitida la demanda y corrido traslado a la sociedad, el liquidador de ella la contestó diciendo que además del contrato de comisión hubo entre las partes otro de cuenta corriente, según se expresó en la demanda que resolvió la Corte; que el fallo de ésta se cumplió en cuanto ordenó entregar veintidós bultos de café, y que

estaba dispuesto a rendir las cuentas dentro del término prudencial que se le señalara.

El Juzgado le señaló cincuenta días, que luego le prorrogó por diez más. El Liquidador de la sociedad presentó el 3 de agosto del mismo año un memorial en que manifestó que para abarcar todo el negocio debía rendir cuentas desde el mes de octubre de 1924, en que aquél empezó, y a continuación presentó las cuentas, por períodos semestrales, con saldo definitivo a cargo de Arango R. de $ 4.248.59, con intereses a partir del 10 de enero de 1928.

De la relación de cuentas se ordenó dar traslado al actor, quien presentó veinte objeciones y pidió que se declarara que las cuentas habían sido rendidas fuera de tiempo, petición que el Juez resolvió negativamente, pues consideró que habían sido presentadas dentro del término legal. Por tanto, ordenó dar traslado de las objeciones, que el demandado rechazó por estimarlas infundadas, ilegales e injustas, y el juicio continuó por la vía ordinaria, conforme al artículo 1132 del C. J.

Surtida la tramitación de primer grado, el Juez del conocimiento pronunció la sentencia de fecha trece de octubre de mil novecientos treinta y seis, en la cual le impartió "su aprobación a las cuentas rendidas por la sociedad de Uribe, Botero & Cía., con la sola reforma de que los intereses se han de liquidar conforme al tipo legal", y no hizo condenación en costas.

Apelado ese fallo por el actor, el Tribunal, en providencia del siete de julio de mil novecientos treinta y ocho, consideró que la sentencia del Juez era deficiente porque no resolvía quién debía a quién, ni fijaba el monto de la obligación, ni condenaba al pago de él dentro de un plazo definido, y resolvió:

"Se abstiene de revisar —en el fondo— la sentencia recurrida, pero la revoca para el solo efecto de que el Juzgado de la primera instancia dicte, de acuerdo con los reparos hechos en la parte motiva de esta providencia, una que no sea deficiente".

Por segunda vez el Juzgado dictó sentencia el siete de marzo de mil novecientos treinta y nueve, en la cual resolvió:

"1º Están concluídas las cuentas habidas entre el señor Julio Arango R. y la sociedad colectiva de comercio denominada Uribe, Boteros & Cía., de que nos dan cuenta los autos.

"2º Condénase al señor Julio Arango R. a pagarle a dicha sociedad, dentro de los seis días posteriores a la ejecutoria de esta sentencia, la cantidad de cuatro mil doscientos cuarenta y ocho pesos cincuenta y nueve centavos ($ 4.248.59) y los intereses de dicha suma, a la tasa del seis por ciento (6%) anual, computados desde el diez de enero de mil novecientos veintiocho hasta el día del pago; y

"3º No se hace condenación en costas".

Apelado nuevamente ese fallo por el actor, el Tribunal lo confirmó en todas sus partes, sin condenar en costas, por sentencia de fecha veintisiete de julio de mil novecientos cuarenta, que es la recurrida.

Tanto el Juez de la primera instancia como el Tribunal hicieron un amplio, detallado y concienzudo estudio de las objeciones formuladas por Arango R. a las cuentas sobre que versa el pleito, y estimaron que carecían por completo de fundamento legal.

El recurso

Contra el fallo del Tribunal interpuso recurso de casación el actor, el cual se pasa a decidir, por hallarse debidamente preparado.

Por dos causales o motivos acusa el recurrente la sentencia, o sea fundándose en los ordinales 1º y 2º del artículo 520 del C. J.

Dice la demanda:

"Solicito la casación de la sentencia por no estar ella en consonancia con la demanda y con las pretensiones oportunamente deducidas por el actor:

"1º En cuanto aprueba o implica la aprobación de cuentas, referentes al período comprendido entre el mes de octubre de 1924 y el mes de abril de 1926, pe-

ríodo éste al cual no se refiere la demanda; y

"2º En cuanto para deducir el saldo definitivo a cargo del demandante acepta, incluye e incorpora en la liquidación un saldo de $ 4.825.66 que en las cuentas presentadas figura a cargo del demandante en 31 de marzo de 1926, fecha inmediatamente anterior a la en que se inicia el período con respecto al cual fue solicitada la rendición de cuentas: de abril de 1926 en adelante....."

Luego dice:

"Subsidiariamente, para el caso de que no se decrete la casación de la sentencia por ser incongruente con la demanda, solicito que se decrete la casación por el error de hecho que aparece de manifiesto en los autos, en cuanto tal error induce a la violación de la norma sustantiva de la liquidación de atribuciones del Organo Judicial, establecida en el artículo 21 del A. L. número 1º de 1936 y en el artículo 471 del C. J.

"Consiste el error de hecho en que a pesar de que el Tribunal reconoce expresamente en la sentencia que este litigio versa sobre cuentas en un período comprendido entre abril de 1926 y enero 10 de 1928, la sentencia dictada aprueba cuentas referentes a períodos anteriores y deduce a cargo del demandante un saldo definitivo aritméticamente determinado por un saldo preexistente....."

El recurrente desarrolla ampliamente los cargos que formula contra la sentencia.

La Corte considera:

Los dos cargos que se hacen al fallo recurrido se reducen, en realidad, a uno solo, que simplificándolo puede enunciarse así: Arango R. pidió a Uribe, Boteros & Cía., en liquidación, la rendición de cuentas por razón de los negocios habidos entre ellos, en el período comprendido del primero de abril de 1926 al 10 de enero de 1928, y los demandados rindieron las cuentas desde el mes de octubre de 1924 hasta el indicado 10 de enero. Como la sentencia del Tribunal aprueba las cuentas así rendidas, no es congruente con la demanda e incurrió en el error de hecho anotado por el recurrente.

Es un hecho suficientemente probado en autos, que ni siquiera ha negado ni discutido el demandante, que los negocios de comisión y cuenta corriente habidos entre Arango R. y la sociedad demandada empezaron en el mes de octubre de 1924.

De otro lado, como atrás se vio, la sentencia de la Corte, pronunciada en el juicio anterior habido sobre este mismo asunto, no limitó el tiempo que debía abarcar la rendición de cuentas, pues dijo "se condena a la compañía demandada a rendirle cuentas comprobadas a Julio Arango de la gestión del negocio habido entre el demandante y el demandado, de que dan cuenta estos autos", y ya se ha dicho que aparece plenamente demostrado que el negocio empezó en octubre de 1924 y no en abril de 1926. Además, la ley no limita el cargo de incongruencia al caso en que la sentencia no esté de acuerdo con las peticiones de la demanda. Existe cuando no está "en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes". De modo que si se piden cuentas en un período determinado, como en el caso de estudio, pero el demandado demuestra que los negocios habidos con el demandante empezaron bastante antes de la fecha señalada por éste, y prueba que debido al encadenamiento de los negocios no sería posible definir los asuntos pendientes entre ellos sin rendir la cuenta total de su gestión, no puede sostenerse jurídicamente que la sentencia que aprueba las cuentas generales sea incongruente con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes.

Examinando las pruebas que obran en el expediente, se tiene lo siguiente:

El 30 de marzo de 1926 los demandados pasaron una carta al señor Julio Arango R. en que le manifiestan que han abonado a su cuenta la cantidad de $ 3.585.04, valor de 125 bultos de café que le vendieron, y luego le dicen:

".....haciéndole este abono y cargando la comisión por venta, queda su cuenta hoy con un saldo de $ 4.225.66, sin liqui-

dar intereses y sin incluír la entrega de $ 300 que le hicieron el 27 de marzo...."

Esta carta fue contestada por Arango R. el 5 de abril de 1926 en carta que obra en autos y que aunque parece que a él se le olvidó firmar, no hay duda de que fue escrita de su puño y letra, la cual dice textualmente:

"Sonsón, abril 5 de 1926.
"Señores Uribe, Boteros y Cía.
"Medellín.

"Muy estimados señores:

"En mi poder la suya del 30 del pasado en que me da cuenta de la venta de 125 bultos de café que tenía en su poder cuyo valor fue abonado a mi cuenta y me informé del saldo de mi cuenta por $ 4.225.66 a su favor, la que encuentro corriente..."

Estas cartas demuestran, claramente, que para el 1º de abril de 1926 estaban ya en curso los negocios y las cuentas respectivas entre demandante y demandados.

Como la sentencia recurrida hace un análisis pormenorizado de las cuentas rendidas por la sociedad demandada, y de las aceptaciones dadas por el actor a los saldos semestrales que arrojaban dichas cuentas, conviene transcribir aquí, para mayor abundamiento, los párrafos respectivos, que dicen así:

"Que esos contratos o negocios empezaron en octubre de 1924 y terminaron el 10 de enero de 1928, está acreditado con numerosas pruebas, entre ellas posiciones, cartas, etc., que adelante se van indicando; y se hace preciso analizarlas desde un principio, para deducir el saldo que existía entre las partes en el mes de abril de 1926, cuando empieza el período al cual se refiere el presente litigio.

"Período de 17 de octubre de 1924 a 20 de enero de 1925.—Se remitieron cartas de 21 y 25 de enero de ese año con el Extracto de Cuentas, que arroja un saldo a favor de Arango de $ 344.98. Arango contestó el 1º de febrero siguiente: 'Las cuentas las encuentra muy explicadas y exactas, como así lo esperaba, doy mis agradecimientos'.

"Período de 20 de enero de 1925 a 3 de mayo de 1925.—Se envió carta al señor Arango, de 6 de mayo de 1925, con copia de cuentas de ese período, con un saldo en contra de Arango de $ 717.76. En carta de 17 del mismo mayo, contestó Arango: 'En mi poder la de 6 del presente, en la que encuentro corriente su contenido, menos los empaques'. En carta de 24 de junio, dice la Sociedad que reclamó 'los empaques y se despachó hoy mismo con nuestro caporal'; y contesta Arango: 'En mi poder su atenta de 24, que me da cuenta de los empaques; estaba bien, yo no me había ocupado de la casa porque tenía sobrante'.

"Período de 3 de mayo de 1925 a 31 de diciembre de 1925.—Se envió relación de cuentas de ese período, con carta de 13 de enero de 1926, en la cual se expresa: 'El 31 de diciembre nos debía, según verá, $ 6.214.72'; o sea la misma cantidad que figura en la copia de las cuentas. Contesta el señor Arango en carta de 31 del mismo enero: 'Como le manifesté en mi anterior esta semana revisé las cuentas que me pasó el 13 del presente, las que encontré corrientes'.

"Período de 1º de enero a 30 de junio de 1926.—Con carta de 5 de julio de 1926 se envió una relación o liquidación de cuentas de ese período, que arroja en contra de Arango un saldo de $ 7.131.33. El señor Arango contestó en carta del 25 del mismo julio: 'Como le decía en mi anterior examinaría las cuentas, las cuales he encontrado corrientes'.

'Período de 1º de julio a 31 de diciembre de 1926.—Se envió relación de cuentas de ese período, con carta de enero 18 de 1927, en la cual se lee: 'Adjunta a la presente sírvase hallar el extracto de su cuenta con esta su Casa, hasta el 31 de diciembre último, con un saldo a su cargo de $ 7.030.40'. Es el mismo saldo que aparece en la copia de las cuentas. A esa carta y Relación contestó el señor Arango R. el 2 de febrero de 1927: 'La presente tiene por objeto el darle cuenta que revisé las cuentas que me envió y las encontré corrientes'.

"Período de 1º de enero a 30 de junio de 1927.—Se envió al señor Arango la

carta del 13 de julio de 1927, con la Relación de cuentas de ese período, que arroja en contra de Arango la cantidad de $ 13.168.12.

En posiciones que absolvió el señor Arango el 16 de abril de 1928 se le pregunta: '9ª Cómo es cierto, sí o nó, que la firma que aparece al pie de la carta que se le pone de presente y que copiada dice textualmente: 'Sonsón, julio 17 de 1927. Señores Uribe, Boteros y & Cía. — Medellín.—Muy señores míos: En mi poder su carta y el extracto de cuentas las que encuentro corrientes... S. S. S. **Julio Arango R.**' es suya?' Contestó Arango: 'Es cierto el contenido de la pregunta'. 10ª 'Cómo es cierto, sí o nó, que usted dirigió la carta que precede en respuesta de la carta que se le pone de presente, fechada el 13 de julio de 1927, a la cual se acompaña un extracto de su cuenta corriente, que es el mismo que en copia tiene a la vista y que arroja un saldo de **trece mil ciento sesenta y ocho pesos doce centavos** en contra de usted?' 'Contestó: 'Es cierto el contenido de la pregunta, pero tuve necesidad de escribir esa carta en esos términos en vista de que aunque tenía necesidad de protestar de las ventas que se habían hecho a muy bajos precios de mi café en el exterior, no era la oportunidad de hacerlo, porque tenía en poder de la casa que me interroga cuatrocientos siete sacos de café y al hacer la protesta la casa me cerraría la cuenta y dispondría del café para cubrirse del saldo de esa cuenta y sufriría dobles perjuicios, pues yo pensaba que en un futuro próximo se vendería mejor ese café y resarciría algo de las pérdidas anteriores, sin arruinarme del todo'.

"En vista del reconocimiento expreso que hizo Arango de haber recibido esa carta y la Relación de Cuentas con un saldo en su contra de $ 13.168.12, y de que contestó el 17 de julio de 1927 expresando que encontró corriente tal Relación, resulta incuestionable que hasta esa fecha se rindieron y aceptaron las cuentas, con el referido saldo.

"La circunstancia de que habla en las posiciones de que se vio forzado a aceptarlas, porque tenía cuatrocientos siete sacos de café en poder de la Casa demandada, y que al no aceptar las cuentas ella podría disponer del café y cortar la cuenta abierta, no le quita valor a tal confesión; porque no se trata de un error inculpable o explicable de que habla el art. 606 del Código Judicial, sino sólo de un temor injustificado. Y se dice esto porque si el señor Arango estuviese cumpliendo con las remesas de café en cantidades suficientes para atender a los compromisos que había contraído, no había por qué temer que la casa demandada diese por concluído aquel contrato, conmutativo, hecho en beneficio o utilidad de ambas partes.

"Período de 1º de julio a 31 de diciembre de 1927. Y de 1º de enero a 10 de enero de 1928.—La Sociedad dirigió al señor Arango R. una carta de 1º de febrero de 1928. con la Relación de Cuentas comprendidas en estos dos períodos, y el corte definitivo de la cuenta, con un saldo en contra de Arango de $ 4.248.59.

"Así puede verse en posiciones absueltas por Arango el 16 de abril de 1928 y el 23 de octubre de 1928. Allí se pregunta: 'Cómo es cierto, sí o nó, que con fecha 1º de febrero último le envió la Casa de Uribe, Boteros y & Cía. y usted lo recibió, el último estado de su cuenta, con la liquidación definitiva y con carta remisora y usted no hizo ninguna observación?' Contestó Arango: 'Es cierto'. 'Cómo es cierto, sí o nó, que de conformidad con la explicación hecha por usted y atendiendo la exigencia suya de la liquidación definitiva de las cuentas relativas al contrato referente al asunto del café, la casa de Uribe, Boteros y & Cía., con fecha 10 de enero de 1928 cortó y envió a usted y usted recibió el corte definitivo de las cuentas con un saldo a su cargo, en la mencionada fecha, de $ 4.248.59?' Contestó Arango: 'Es cierto el contenido de la pregunta, pero esa liquidación no la he aceptado porque les he reclamado por faltar en ella la in-

clusión de los veintidós bultos de café, reclamo que no han atendido'.

"Como se observa, allí Arango no dio aprobación a las cuentas referentes al último período con un saldo en su contra de $ 4.248.59, por un solo motivo: porque faltaba la inclusión de veintidós bultos de café. Y es de observarse que en sentencias dictadas en el juicio ordinario se ordenó devolver dichos sacos de café al señor Arango y le fueron entregados, según constancia que obra en el juicio, donde los Almacenes Generales de Depósito de esta ciudad certifican que Uribe, Boteros y & Cía. entregaron dicho café para el señor Julio Arango R. de Sonsón, de quien obtuvieron el recibo correspondiente.

"Con ese comprobante se establece que fue subsanado el inconveniente que en las posiciones expuso el señor Arango como motivo para no aceptar las cuentas definitivas, con el saldo precitado".

No hay duda alguna de que los demandados probaron plenamente que los negocios con el actor empezaron en octubre de 1924; que semestralmente pasaban extractos de las cuentas correspondientes a Arango R., quien daba su conformidad a los saldos que iban quedando a su cargo; que en 30 de marzo de 1926 había un saldo a cargo de Arango R. de $ 4.225.66, que éste aceptó; que en 10 de enero de 1928 había un saldo definitivo a cargo de Arango R. por $ 4.248.59, que Arango R. se abstuvo de aceptar alegando, no que no fuera corriente, sino que en las cuentas no estaban incluídos los últimos veintidós bultos de café que él les había remitido, los cuales —conviene advertir— no podían figurar aún en las cuentas porque no habían sido vendidos. Por último, que los demandados entregaron dichos veintidós bultos de café a los Almacenes Generales de Depósito, por cuenta de Arango R. y en cumplimiento de la anterior sentencia de la Corte. De consiguiente, no puede considerarse fundado el cargo de incongruencia que se ha venido estudiando.

El error de hecho alegado por el recurrente es también inaceptable, y completamente impertinente la cita de los arts. 21 del Acto Legislativo número 1 de 1936 y 471 del Código Judicial, que no han sido violados por la sentencia del Tribunal.

Se deduce de lo dicho que no prospera el recurso de casación de que se ha venido tratando y que no es posible, por lo mismo, infirmar el fallo acusado.

En mérito de las consideraciones que anteceden, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia pronunciada en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, con fecha veintisiete de julio de mil novecientos cuarenta.

Las costas del recurso son de cargo del recurrente.

Cópiese, publíquese, notifíquese y devuélvase el expediente.

Isaías Cepeda.—José Miguel Arango.—Liborio Escallón. — Ricardo Hinestrosa Daza.—Fulgencio Lequerica Vélez.—Hernán Salamanca. — Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

PERJUICIOS. — ACCION DE RESPONSABILIDAD CIVIL POR CULPA AQUILIANA. CULPA CONTRACTUAL Y CULPA AQUILIANA

1.—La jurisprudencia de la Corte sobre culpas contractual y aquiliana, reiterada en numerosos fallos, se funda en las múltiples y sustanciales diferencias, que distinguen las dos clases de responsabilidad citadas. Estas diferencias, que a la vez que las caracterizan las colocan bajo regímenes legales distintos y de especialidad obligatoria en su aplicación, se refieren a su origen, a las reglas sobre capacidad que les son aplicables, a la extensión y límites de la indemnización a que dan lugar, a las condiciones de su exigibilidad y al régimen probatorio de la culpa que les sirve de fuente. A más de estas características que no dejan confundir las dos responsabilidades, conviene destacar la circunstancia constitutiva también de una modalidad diferencial, de que solamente la culpa contractual, esto es, la que incide en el cumplimiento de una obligación preexistente, es la que admite las tres gradaciones de grave, leve y levísima que establece y define el artículo 63 del C. C. con el objeto muy importante de determinar el alcance de la responsabilidad del deudor en los distintos contratos según el beneficio exclusivo o común que de ellos reporten los contratantes, como lo estatuye el artículo 1604 del mismo código. La culpa extracontractual, que incide en un simple hecho ocurrido al margen de toda relación convencional, no admite esta clasificación tripartita porque la responsabilidad que genera da derecho a una indemnización total cuya única medida es la realidad del daño sufrido y en la cual no cabe tampoco la clasificación de perjuicios previstos o imprevistos que sí condicionan la extensión de la responsabilidad contractual. La reducción en la apreciación del daño que autoriza el artículo 2351 del C. C,. en el tratado de la culpa delictual, en el caso de que el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente, es un fenómeno jurídico en la concurrencia de culpas, que nada tiene que ver con la gradación en tres de que sólo es susceptible la culpa contractual. 2.—No es legal involucrar la responsabilidad contractual y la responsabilidad delictual en una misma relación jurídica, pues, como lo ha dicho la Corte, "ni la ley ni la doctrina autorizan el ejercicio de esta acción híbrida, según expresión de los expositores, porque la yuxtaposición o acumulación de estas dos especies diferenciadas de responsabilidad es imposible, ya que la contractual, por su propia naturaleza, excluye la generada por el delito.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, febrero veinticinco de mil novecientos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Hernán Salamanca)

Relata este expediente como hecho original del juicio sobre responsabilidad civil que contiene, que en las primeras horas de la mañana del 18 de marzo de 1938, Miguel Antonio Ramírez Soto, quien transitaba por la acera occidental de la calle 45 en el crucero con la calle 40, en la ciudad de Medellín, cayó en una caja o hidrante que para el servicio de bomberos tiene instalado el acueducto de propiedad municipal de cincuenta centímetros de ancho y otro tanto de fondo y que se hallaba sin tapa desde varios días antes a pesar de estar colocada en la zona desti-

nada al tránsito de peatones. Por efecto de la caída se hizo Ramírez Soto una herida en un pie, en apariencia leve, que a consecuencia del agua y materia sucias que contenía la caja del hidrante se infectó en forma tan grave desde el principio que a pesar de la intervención enérgica de varios facultativos médicos no fue posible evitar la muerte que le sobrevino al cabo de diez días como efecto natural e inmediato de la septicemia que se le desarrolló.

Con base en este hecho y alegando que el municipio de Medellín es responsable civilmente como dueño y empresario del acueducto por la culpa de sus empleados y agentes de dejar sin tapa, vigilancia ni medida alguna de prevención y seguridad un hueco peligroso sobre la acera de la calle pública, Rosina Acevedo v. de Ramírez por sí y en representación de su menor hijo Horacio Ramírez Acevedo, por medio de apoderado, y en libelo fechado el 1º de julio de 1938, demandó al Municipio de Medellín, representado por el personero municipal, para que en sentencia definitiva se declare que el distrito demandado es responsable de los perjuicios causados a los actores por la muerte de Miguel Antonio Ramírez Soto, su esposo y padre legítimo, ocurrida en las circunstancias ya dichas, y por tanto debe pagarles la suma de $ 14.000, o la que pericialmente se fije, por daños materiales, y la de $ 10.000, o la que fijen peritos, por perjuicios morales de afección, y la cantidad de $ 500, además, en que estiman el valor de los gastos de enfermedad y funerales de Miguel Antonio Ramírez por efecto del hecho ya expresado.

Contestó la demanda el Personero oponiéndose a las declaraciones solicitadas. Aceptó el hecho de la caída en el hidrante del acueducto de propiedad y administración municipal en el cual niega que hubiera aguas y basuras infectas de modo que no puede señalarse como causa ocasional y única de la muerte de Ramírez Soto el accidente que sufrió, y explica que la vigilancia en las empresas de servicios públicos se hace por medio de reglamentos, en forma que resulta absurdo obligar al acueducto a vigilar permanentemente las tapas para que no se las roben y evitar que los particulares descuidados se caigan en las cajas. Trabada sobre estas bases la litis, fue decidida en primera instancia por sentencia de 22 de febrero de 1939, proferida por el Juzgado 3º del Circuito de Medellín, en la cual se declara que el Municipio es civilmente responsable, como dueño de la empresa del acueducto y sus anexos, de la muerte de Ramírez Soto, y por consecuencia debe pagar a los demandantes, seis días después de ejecutoriada la sentencia, la suma de $ 3.687.86 en que se estiman los perjuicios materiales que se causaron por el hecho referido. Se negaron los demás pedimentos y no se hizo condenación en costas.

Sentencia acusada

El oportuno recurso de apelación que ambas partes interpusieron contra la resolución del Juzgado llevó el negocio al conocimiento del Tribunal Superior del Distrito de Medellín, donde se surtió el segundo grado del juicio que fue fallado en sentencia del 25 de marzo de 1941, en la que se decidió, reformando la recurrida, que los demandantes carecen de personería sustantiva para demandar para sí y no para la sucesión de Miguel Antonio, los gastos hechos por razón de su enfermedad y muerte; que el Municipio demandado debe pagar a los actores, en razón de los perjuicios materiales y morales que sufrieron por la muerte de su esposo y padre, por mitad para cada uno, la suma de $ 5.856.11, y que no hay lugar a hacer las demás declaraciones solicitadas. Sin costas.

La parte motiva de este fallo no es más que la aplicación, sobre los hechos acreditados fehacientemente en los autos, de la doctrina legal contenida en el artículo 2347, entre otros, del título 34, libro 4º del C. C. que regula lo relativo a responsabilidad delictual y cuasidelictual por el hecho de personas que están bajo la de-

pendencia de otra y que no proviene directamente del hecho personal del responsable, sino de presunciones de culpa que la ley establece contra éste consistente en una falta de vigilancia o en una mala elección del empleado o persona bajo cuidado. Consideró el Tribunal que el proceso ofrece mérito probatorio suficiente para tener por demostrados la culpa del demandado, los perjuicios sufridos por el actor y la relación de causalidad entre aquélla y éstos, elementos constitucionales de la responsabilidad que en la sentencia aparecen deducidos de las declaraciones de los testigos presenciales del accidente, que recogieron al herido y lo condujeron a su casa, donde fue a la cama para no levantarse más; de las exposiciones de los médicos que atendieron a Ramírez Soto, quienes afirman perentoriamente que su muerte fue una consecuencia inmediata y natural de la herida contra la que lucharon con todos los recursos de su ciencia; de las pruebas auténticas que establecen la propiedad y manejo del municipio demandado sobre la empresa del acueducto de que hace parte el hidrante cuya caja, colocada sobre la acera de la calle pública, permaneció desde muchos días antes del accidente de que se trata desprovisto de tapa y sin señal de peligro ni prevención ninguna, y de las probanzas que se adujeron para demostrar el daño sufrido representado por la cesión de suministros de dinero, alimentos y cuidados por la muerte de Ramírez Soto, esposo y padre de los demandantes.

Al lado de la culpa del Municipio halló el Tribunal base probatoria suficiente para concluír que a Miguel Antonio Ramírez Soto también podía imputársele descuido en el accidente en que recibió la herida mortal, de tal modo que dando aplicación a la norma del artículo 2357 del C. C. que determina los efectos de la concurrencia de culpas redujo en un veinticinco por ciento la apreciación del daño.

En lo tocante a justiprecio de la indemnización el Tribunal se apoya en dictamen pericial legalmente producido, cuyas conclusiones sobre avalúo acepta en parte y en parte desecha para fijar él la cuantía del daño a cuya reparación condena.

Esta sentencia, compendiada en la medida que requiere la decisión que ha de darse, es la acusada ante la Corte en el recurso de casación oportunamente interpuesto por el Fiscal 1º del Tribunal sentenciador en interés del Municipio demandado, cuya defensa ante esta Superioridad ha estado al cuidado de un apoderado judicial que acreditó su personería con los requisitos exigidos por los artículos 173 y 252 del C. J.

El recurso

La acusación contra el fallo definitivo de segunda instancia se apoya en el primero de los motivos legales de casación que enumera el artículo 520 del C. J. y está formada por dos cargos, que engloban diversas disposiciones legales, y que la Corte considera con la separación con que están expuestos en la demanda fundamental del recurso.

a) Violación directa de los artículos 63, 1516, 1604 y 1757 del C. C. en que dice el recurrente citando una decisión de la Corte, de 1917, que incurrió el Tribunal al exonerar al actor de la carga de la prueba de la culpa, que en este caso, tratándose de un servicio que sólo interesaba al demandante, sería culpa lata o grave, equivalente al dolo, el cual debe probarse porque no es presumible sino en los casos especialmente previstos por la ley. "Contémplase en los autos—dice la demanda—una situación jurídica análoga a una relación contractual que se traduce en prestaciones que sólo interesan al acreedor, es decir, al pueblo en general en este caso. Por tanto si se acepta el principio de que las nociones sobre culpa civil contractual son aplicables a la culpa aquiliana, no se podrían desechar las consecuencias de esta tesis, si como en el caso de autos favorecen a la entidad que represento. Efectivamente, tratándose de un servicio de protección social que sólo aprovecha a la ciudadanía, el Municipio sólo sería responsable de la llamada culpa lata o grave.

Y esta falta de aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios, no está comprobada en el expediente, ni puede presumirse".

Se considera el cargo.

Para caracterizar las especies de responsabilidad que pueden afectar jurídicamente al individuo en el ejercicio de sus actividades civiles y delimitar su campo legal de aplicación, ha dicho la Corte: "Bien sabido es que las dos maneras en que puede violarse un derecho con daño de otra persona determinan las dos especies de responsabilidad civil: por culpa contractual, cuando no se cumple oportuna y completamente la obligación correlativa que a favor de otro se ha contraído, en virtud de la celebración de un contrato; y por culpa extracontractual, que los romanos llamaban culpa aquiliana, cuando fuera de toda relación jurídica anterior, sin ningún vínculo preexistente, se viola un derecho ajeno amparado por la ley. En el primer caso, es indispensable la existencia de una relación jurídica preestablecida que vincula a un acreedor con un deudor determinado, al paso que en la culpa aquiliana el acreedor se determina solamente al consumarse el hecho ilícito que le causa perjuicio. La responsbilidad por la primera de estas culpas se gobierna por las reglas generales de las convenciones, y la determinada por la culpa aquiliana por los preceptos contenidos en el título XXXIV del libro IV del C. C." (G. J., tomo XLIII, p. 493).

Esta jurisprudencia, reiterada por la Sala de casación civil en numerosos y antiguos fallos (G. J., tomo XXVI, p. 356), se funda en las múltiples y sustanciales diferencias que distinguen las dos clases de responsabilidad precitadas. Estas diferencias, que a la vez que las caracterizan las colocan bajo regímenes legales distintos y de especialidad obligatoria en su aplicación, se refieren a su origen, a las reglas sobre capacidad que les son aplicables, a la extensión y límites de la indemnización a que dan lugar, a las condiciones de su exigibilidad y al régimen probatorio de la culpa que les sirve de fuente. A más de estas características que no dejan confundir las dos responsabilidades, conviene destacar, dada la forma de la acusación que se estudia, la circunstancia constitutiva también de una modalidad diferencial, de que solamente la culpa contractual, esto es, la que incide en el cumplimiento de una obligación preexistente, es la que admite las tres gradaciones de grave, leve y levísima que establece y define el artículo 63 del C. C. con el objeto muy importante de determinar el alcance de la responsabilidad del deudor en los distintos contratos según el beneficio exclusivo o común que de ellos reporten los contratantes como lo estatuye el artículo 1604 del código citado. La culpa extracontractual, que incide en un simple hecho ocurrido al margen de toda relación convencional, no admite esta clasificación tripartita porque la responsabilidad que genera da derecho a una indemnización total cuya única medida es la realidad del daño sufrido y en la cual no cabe tampoco la clasificación de perjuicios previstos e imprevistos que sí condicionan la extensión de la responsabilidad contractual.

La reducción en la apreciación del daño que autoriza el artículo 2351 del C. C., en el tratado de la culpa delictual, en el caso de que el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente, es un fenómeno jurídico fundado en la concurrencia de culpas, que nada tiene que ver con la gradación en tres de que sólo es susceptible la culpa contractual.

Algunos casos hay en que no resulta fácil distinguir la fuente contractual o extracontractual de la responsabilidad para determinar las reglas legales aplicables para decidir los problemas y litigios a que frecuentemente dan lugar; pero el caso de autos no ofrece ninguna dificultad porque la naturaleza aquiliana de la culpa de que se trata se presenta con caracteres inconfundibles que colocan exclusivamente su decisión dentro de las reglas contenidas en el título 34 del C. C. que gobierna la responsabilidad común por los delitos y las culpas. La circunstancia de ser

el demandado contratante o tercero respecto del actor, posiciones éstas inconfundibles y de sencillo reconocimiento, da la base para el planteamiento legal de la cuestión.

Respecto de la coexistencia de las dos culpas, la contractual y la aquiliana, y de la imposibilidad de ejercitar indistintamente las dos clases de acciones para hacer efectiva la responsabilidad a que pueden dar origen y fundamento, dijo esta Sala de Casación en sentencia de 1º de diciembre de 1938:

"...Con la cita del artículo 63 del Código Civil, que define y clasifica la culpa civil, disposición referente por sus características propias a la culpa contractual, lo mismo que el artículo 1613, citado también como infringido, parece que el recurrente considera que es culpa contractual la que le imputa al demandado; pero al propio tiempo parece hacer alusión a la culpa extracontractual al citar como quebrantadas por el Tribunal las disposiciones de los artículos 2341 y 2356 del código citado que gobiernan la responsabilidad común por los delitos y las culpas. En esta forma, fuera de la inconducencia del cargo como cuestión de responsabilidad por culpa, se involucran de manera inaceptable la responsabilidad contractual y la responsabilidad delictual en una misma relación jurídica. Ni la ley ni la doctrina autorizan el ejercicio de esta acción híbrida, según expresión de los expositores, porque la yuxtaposición o acumulación de estas dos especies diferenciadas de responsabilidad es imposible, ya que la contractual, por su propia naturaleza, excluye la generada por el delito. Lo que puede acontecer es que hay hechos que además de tener la calidad de culposos con relación a determinado contrato, por su propia mesmedad jurídica, independiente de todo arrimo contractual, pueden constituír asímismo fuente de responsabilidad como culpa delictual, dando así origen y posibilidad a dos acciones que pueden ejercitarse independientemente pero que no son susceptibles de acumulación porque se llegaría así a una injusta e injurídica dualidad en la reparación del perjuicio..." (G. J., tomo XLVII, p. 454).

Lo que va expuesto es bastante para rechazar el cargo de violación de los preceptos citados al principio, cuya mención resulta fuera de lugar con ocasión de un litigio que se ha desarrollado sobre un caso inequívoco de culpa extracontractual.

b) Buscando apoyo en la misma tesis, jurídicamtene equivocada, de que los mismos principios y normas son aplicables a los fenómenos de la responsabilidad civil sin que importe su origen delictual o contractual, abre el recurrente el segundo capítulo de su acusación contra el fallo del Tribunal, y dice: "Las nociones sobre culpa grave y dolo que se dejan expuestas deben tenerse presentes sin lugar a duda para la inteligencia y aplicación de los artículos 1494, 2341, 2347 y 2356 del C. C. en los cuales se funda la sentencia recurrida. El olvido de los conceptos fundamentales y el estudio de estas disposiciones especiales independientemente, como si estuvieran desvinculados de otros principios de mayor contenido jurídico, llevó al H. Tribunal a la aplicación indebida de las normas citadas". "Errada aplicación hace el fallo de las referidas normas, porque en el caso de autos, como se ha repetido tántas veces, el Municipio sólo sería responsable de culpa grave. Esta negligencia que equivale al dolo, no puede presumirse e incumbe al actor la prueba sobre esta cuestión fundamental". Afirma el recurrente que la sentencia es violadora del art. 2347 citado por cuanto prescindió completamente de la norma exculpativa que contiene su inciso final, en cuyo caso está la entidad demandada que "no puede descuidar sus funciones esenciales para dedicar gran parte de su presupuesto a la creación de un numeroso cuerpo de policía especial, a fin de que, al pie de cada lugar peligroso, esté un agente esperando que los individuos de mala fe retiren las tapas y las señales, o que éstas se destruyan por el transcurso del tiempo para reemplazarlas al minuto siguiente".

Se considera:

No ve la Sala, y la demanda omite explicarlo, el concepto en que la sentencia acusada quebrante el artículo 1494 del C. C. que determina las cuatro fuentes de que pueden nacer las obligaciones civiles, entre las cuales está el hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, raíz de la responsabilidad que se demanda en este juicio.

El artículo 2341 del código citado, contentivo del principio general de que todo el que ha inferido daño a otro por su culpa o delito debe repararlo, tampoco aparece víctima aquí de ninguna infracción, puesto que la sentencia no se apoya en este precepto que mira a casos de responsabilidad por el hecho personal; de modo que si es aplicable al caso y el Tribunal no lo aplicó, el cargo por indebida aplicación queda en el aire.

El fallo acusado se basa legalmente en la disposición de los artículos 2347 y 2356 del C. C. que consagran la responsabilidad indirecta por el hecho de personas que están al cuidado o bajo la dependencia de otra, o proveniente de cosas sometidas al control o vigilancia de otra persona y sobre las cuales se han edificado jurisprudencialmente en repetidas sentencias de casación las presunciones de culpa consistente en una falta de vigilancia o en una mala elección. No está desviada en la sentencia la aplicación de estos preceptos y doctrinas porque la cuestión de hecho revelada por el mérito de las pruebas sometía la decisión al imperio de estas reglas que gobiernan los casos en que la responsabilidad no proviene directamente del acto personal del demandado sino que es legalmente presunta por su culpa **in eligendo** o **in vigilando.** La causa próxima o inmediata del daño reside en estos casos en el hecho del hijo, del pupilo, del demente, el empleado, el animal o la cosa, pero como la actividad de estas personas o el hecho del animal o de las cosas debe estar sometido al control y vigilancia de otra persona, la ley presume la culpa de ésta, sin la cual el daño no se hubiera ocasionado.

Al hacer la síntesis fundamental de la sentencia recurrida se dijo que al juicio se allegaron pruebas fidedignas y plenas sobre la propiedad y manejo de la empresa municipal del acueducto de la cual hace parte el servicio de hidrantes que manejan los empleados del municipio del cuerpo de bomberos; que la caja del hidrante en que cayó Miguel Antonio Ramírez, situada sobre la acera de la calle pública, estuvo destapada desde los primeros días del año de 1938, varias semanas antes del día del accidente, y por eso se llenó de basuras y de sedimentos húmedos e infectos, según la expresión de Próspero Villegas, Jesús Ortega y Antonio Montoya, testigos que declaran, entre otros, sobre este punto preciso. Está, además, completamente demostrado con un apreciable conjunto de pruebas que la culpa de visible negligencia imputable a los empleados municipales está vinculada con relación de causalidad inmediata al daño sufrido por los actores.

Probados estos hechos por la parte demandante, queda colocada la entidad demandada en presunción de culpa. Sostiene el recurrente que el Tribunal omitió ilegalmente la aplicación del inciso final del artículo 2347 del C. C. en que puede apoyarse la exoneración de la responsabilidad del demandado, porque del proceso aparece que el Distrito de Medellín no tiene medios de prever e impedir accidentes como el de que se trata, empleando el cuidado ordinario y la autoridad competente; pero no es aceptable esta alegación porque no resiste la confrontación con la realidad procesal en que aparece de bulto como una contradicción al pretendido cuidado municipal el hecho de que la caja donde se produjo el accidente permaneció peligrosamente destapada sobre la zona de seguridad de la calle por espacio de varias semanas consecutivas. Este caso especial de descuido o negligencia ilustra como ejemplo el precepto legal que da base a la presunción de culpabilidad (numerales 2º y 3º del artículo 2356 del C. C.).

Por lo demás, este cargo por violación directa de la ley sustantiva resulta improcedente formularlo, porque vinculado

este aspecto de la exoneración de la responsabilidad del demandado o la cuestión de hecho que el sentenciador dedujo sobre el mérito de determinadas pruebas, no es posible formularlo técnicamente en casación sino a través y como consecuencia de errores de hecho o de derecho en la apreciación probatoria, como lo dispone el inciso del numeral 1º del artículo 520 del C. J.

Estas cuestiones enfocadas por los cargos que contiene la demanda de casación son los únicos temas que jurisdiccionalmente compete dilucidar a la Sala en la decisión de este recurso. Otros aspectos menos invulnerables contiene la sentencia recurrida, como el relativo al justiprecio de la prueba pericial sobre avaluación de la indemnización debida, para cuya consideración está inhibida la Corte por no haber sido tales cuestiones materia de acusación, ni de mención siquiera en la demanda fundamental del recurso.

Por lo expuesto, la Corte Suprema en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y pór autoridad de la ley, no casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín el 25 de marzo de 1941, que ha sido objeto de este recurso.

No hay lugar a condenación en costas.

Publíquese, notifíquese. cópiese e insértese en la **Gaceta Judicial** y devuélvase al Tribunal de origen.

Isaías Cepeda.—José Miguel Arango.— Liborio Escallón. — Fulgencio Lequerica Vélez.—Ricardo Hinestrosa Daza. — Hernán Salamanca. — Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

ACCION DE LIQUIDACION DE UNA SOCIEDAD.—SOCIEDADES DE HECHO.—SOCIEDADES DE HECHO CIVILES Y COMERCIALES

1.—Las sociedades de hecho se dividen en dos clases, así: 1ª Las que se forman por virtud de un consentimiento *expreso* y que, por falta de uno o de varios o de todos los requisitos o de las solemnidades que la ley exige para las sociedades de derecho, no alcanzan la categoría de tales. 2ª—Las que se originan en la colaboración de dos o más personas en una misma explotación y resultan de un conjunto o de una serie coordinada de operaciones que efectúan esas personas y de las cuales se induce un consentimiento implícito. Aunque en la anterior definición alude la doctrina jurisdiccional de la Corte a la manera como puede surgir este fenómeno jurídico, en general, es igualmente aplicable tanto a las sociedades de hecho del derecho comercial como a las que vienen reconocidas y reguladas por el derecho civil. La Corte acepta con Planiol y Ripert que las sociedades de hecho pueden ser civiles y comerciales. De acogerse la tesis contraria y de negarse rotundamente la existencia de las sociedades civiles de hecho, no tendría aplicación alguna ni menos interpretación razonable el artículo 2083 del C. C.—2.—El concepto absoluto de que toda sociedad civil, cualquiera que sea su naturaleza y calidad, es de carácter consensual y no requiere de formalidades externas quirografarias, no es exacto, dado que si bien la sociedad civil regular en general es consensual, algunas de sus formas o especies sí exigen formalidades externas escritas, tales como las sociedades civiles en comandita por acciones y las anónimas, que están sujetas a los mismos requisitos que sus similares del derecho comercial; y la sociedad civil de responsabilidad limitada, que también debe someterse a ciertas formalidades *ad solemnitatem*, según lo consagra la ley.—3.—Siendo la sociedad civil, por regla general y salvo casos excepcionales, consensual, no requiere para su validez y perfeccionamiento de formalidades externas o escritas. Teniendo tal carácter, queda sometida a las reglas generales probatorias de nuestro derecho procesal y no es menester demostrar su existencia en juicio por medio de elementos quirografarios.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, febrero veintiséis de mil novecientos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Fulgencio Lequerica Vélez).

Antecedentes

El actor en su demanda relacionó como hechos en los cuales fundamenta sus pretensiones, los que pasan a extractarse a continuación:

1. Nicolás Vásquez, Juan Cajigas y el demandante Adeodato Molano se asociaron para comprar un equipo agrícola y aplicarlo a labores o trabajos propios de la sociedad o de terceros. Dicho equipo estaba compuesto de los siguientes elementos: un tractor W-30, un arado, un rastrillo y un pluverizador. Los tres socios se trasladaron a Bogotá y con la casa Leonidas Lara e Hijos pactaron la compra de la maquinaria ya indicada.

2. De regreso a Samacá, los socios reunieron la cuota correspondiente según los plazos fijados, y se acordó que el socio Cajigas se trasladara nuevamente a Bogotá a perfeccionar el contrato. Cajigas se trasladó a Bogotá y perfeccionó con la casa Lara e Hijos el contrato de compra del equipo, pero no hizo figurar la adquisición

de la maquinaria como de la sociedad, sino que se hizo aparecer él solo como comprador.

3. La sociedad tomó en arrendamiento al señor Luis Aristizábal los terrenos denominados "Aposentos", "Santa Ana", "El Cerrito" y "El Barranco Seco", e igualmente tomó en arrendamiento terrenos de propiedad de Miguel de J. Niño, José Bastidas, María del Carmen Quintero y Jesús Cajigas, situados unos en jurisdicción de Samacá, otro en Sora y otro en Cucaita. Todos estos terrenos los cultivó la sociedad de trigo y cebada.

4. El socio Nicolás Vásquez vendió sus derechos en tal sociedad a Juan Cajigas, quedando ésta formada por Cajigas y el demandante Adeodato Molano. Cajigas quiso que la sociedad finalizara y al efecto llamó a Molano para que le comprara sus derechos. Con tal finalidad "se hizo el documento privado que está en posesión del demandado, en el cual consta que yo le compré tanto los derechos de él como los que eran de Nicolás Vásquez".

5. Para cumplir el negocio verificado Molano aceptó una letra girada por Cajigas y a favor de Augusto N. Torres, por la suma de mil pesos ($ 1.000.00). Cajigas no cumplió el negocio pactado con Molano, no obstante que éste arregló con Torres el valor de la letra.

6. Molano ha requerido amigablemente a Cajigas para arreglar cuentas, pero Cajigas no ha accedido y ha continuado manejando por su cuenta el equipo de agricultura, sin darle participación de ninguna naturaleza; y a Molano no le conviene continuar en la sociedad porque su socio lo defrauda en sus intereses.

Juicio ordinario

Con vista de tales antecedentes Adeodato Molano entabló demanda ordinaria contra el señor Juan Cajigas, vecino de Cucaita, ante el Juez 1º Civil del Circuito de Tunja, para que, previo los trámites correspondientes, se hicieran las siguientes declaraciones:

"PRIMERA: Que la sociedad de hecho constituída verbalmente, pero de manera seria y honorable, entre los señores Juan Cajigas, Nicolás Vásquez y el suscrito para comprar y explotar el equipo de agricultura, compuesto de los siguientes elementos: un tractor W-30, un arado, un rastrillo y un pulverizador, y adquirido para la sociedad mediante aporte en dinero de cada socio a razón de una tercera parte, se liquide legalmente".

"SEGUNDO. Que como consecuencia de la liquidación demandada en el punto anterior, se me restituyan mi aporte en dinero, en trabajo y en arrendamiento de tierras y los beneficios alcanzados en las operaciones realizadas durante la existencia de la sociedad, previo el trámite establecido para el juicio mortuorio".

"TERCERA: Que se condene al demandado en las costas del juicio en caso de oposición".

El juzgado del conocimiento, después de un detenido análisis de las pruebas allegadas al juicio y de varias consideraciones sobre la naturaleza jurídica de la asociación formada entre las partes, desató la litis en sentencia que lleva fecha 14 de diciembre de 1939, en la cual calificó el fenómeno realizado y llegó a la conclusión de que no se trataba de una sociedad civil de hecho sino de una sociedad civil regular formada mediante aportes iguales de los socios. Como consecuencia la declaró disuelta, ordenó su liquidación y al propio tiempo dispuso que para la división de los bienes sociales se procediera de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2141 del Código Civil.

Concluye el juzgado de primera instancia que no tratándose de una sociedad de hecho sino de una civil regular, es forzoso concluir que no tiene aplicación el artículo 2083 del Código Civil, sino el 2141 del mismo estatuto, ya que al tenor de doctrina sentada por la Corte no importa la calificación que se haya dado a la sociedad llamándola de hecho, así como tampoco importa la calificación de la acción, porque estas son cuestiones de derecho que atañen al juzgador el cual, ante los factores

del proceso, aplica las disposiciones que sean pertinentes.

La sentencia acusada

Apelada la providencia del Juzgado por ambas partes el fallador de segundo grado, que lo fue el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, la decidió en sentencia de 22 de agosto de 1940, en la cual con un voto disidente resolvió reformar la recurrida por considerar que no era una sociedad civil regular y llegar a la conclusión distinta de que se está en presencia de una sociedad de hecho en que no se ha demostrado que los aportes fueron iguales, por lo cual la sentencia apelada debe sufrir la reforma respectiva. Agrega el Tribunal que "todo lo anterior está indicando que en el caso de autos se debe dar aplicación a lo estatuído por el artículo 2083 del C. C." La reforma introducida por el Tribunal a la parte resolutiva consiste en ordenar que se liquide la sociedad de hecho constituída primitivamente entre el actor Adeodato Molano, Nicolás Vásquez y el demandante Juan Cajigas, para la compra de un equipo agrícola compuesto de los elementos antes mencionados; dispuso igualmente que los valores y bienes aportados a esta sociedad deben ser restituídos a los socios aportantes y que los bienes adquiridos durante ésta y como consecuencia de ella deben dividirse entre los socios teniéndose en cuenta la venta que Vásquez hizo de sus derechos a Cajigas. Agrega que el haber social se dividirá entre los socios proporcionalmente al trabajo de cada uno y de los bienes que hubieren aportado, división que se hará mediante la prueba correspondiente de los bienes y del valor del trabajo aportado.

El recurso

Interpuso recurso de casación contra el anterior fallo del Tribunal el demandado Cajigas y lo acusa por violación de ley sustantiva en sus diversos aspectos de infracción directa, aplicación indebida e interpretación errónea, que define como primera causal de casación el artículo 520 del C. J. Las tachas que presenta el recurrente contra el fallo acusado pueden resumirse así:

Primer cargo.—De esta manera lo extracta el recurrente: "Por considerar el Tribunal que existe sociedad de hecho civil cuando repugna a la esencia del contrato de sociedad civil la existencia de la sociedad de hecho; porque aun admitiendo que haya sociedades civiles de hecho no puede aceptarse por tales lo que entiende el Tribunal, es decir, las sociedades perfectas no probadas legalmente; por admitir el sentenciador que en el presente caso se establecieron los elementos intrínsecos esenciales a la sociedad y que sólo faltó la prueba legal de la existencia de la misma para ser perfecta; por decretar la liquidación de una sociedad que no existe, incurrió el Tribunal en su fallo, en violación de los artículos 6, 1740, 1741, 2079, 2081, 2083, 2094 y 2041 del C. C."

Agrega el recurrente que no puede haber sociedad de hecho en derecho civil y no se diga que este concepto está en contradicción con el artículo 2083 del C. C., del cual han pretendido algunos deducir las sociedades de hecho, porque esta disposición no la define ni de ella puede sacarse tal conclusión. A su decir, lo que quiso el legislador al dictar ese precepto fue que si por el hecho de varias personas resultare a primera vista una sociedad, mas luego se observare que no era tal por faltarle los elementos esenciales, ni era donación, ni mandato, ni contrato alguno, entonces se contempla una situación de hecho especial cuyos efectos están expresamente determinados en la mencionada disposición.

La Corte considera:

En sentencia de 30 de noviembre de 1935 (G. J., Tomo XLII, pág. 479), la Corte Suprema de Justicia fijó la naturaleza de las sociedades de hecho y al efecto dijo lo siguiente: "Las sociedades de hecho se dividen en dos clases, así:

"Primera. Las que se forman por virtud de un consentimiento **expreso** y que, por falta de uno o de varios o de todos

los requisitos o de las solemnidades que la ley exige para las sociedades de derecho, no alcanzan la categoría de tales.

"Segunda. Las que se originan en la colaboración de dos o más personas en una misma explotación y resultan de un conjunto o de una serie coordinada de operaciones que efectúan en común esas personas y de las cuales se induce un consentimiento implícito".

Conviene advertir que, si bien en la anterior definición alude la doctrina jurisprudencial de la Corte a la manera como puede surgir este fenómeno jurídico, en general, es igualmente aplicable tanto a las sociedades de hecho del derecho comercial como a las que vienen reconocidas y reguladas por el derecho civil. Por este aspecto meramente académico de la cuestión se aparta esta Sala del concepto autorizado del abogado recurrente y acepta, con Planiol y Ripert, que las sociedades de hecho pueden ser civiles y comerciales. De acogerse la tesis contraria y de negarse rotundamente la existencia de las sociedades civiles de hecho, no tendría aplicación alguna ni menos interpretación razonable el artículo 2083 del C. C., cuyo tenor literal reza así:

"Si se formare de hecho una sociedad que no pueda subsistir legalmente, ni como sociedad, ni como donación, ni como contrato alguno, cada socio tendrá la facultad de pedir que se liquiden las operaciones anteriores, y de sacar lo que hubiere aportado.

"Esta disposición no se aplicará a las sociedades que son nulas por lo ilícito de la causa u objeto".

Igualmente rectifica la Corte la aseveración en que parece que coinciden el Tribunal y la parte recurrente, de que toda sociedad civil, cualquiera que sea su naturaleza y calidad, es de carácter consensual y no requiere de formalidades externas quirografarias. Ese concepto absoluto no es exacto, dado que si bien la sociedad civil regular en general es consensual, algunas de sus formas o especies sí exigen de formalidades externas escritas, tales como las sociedades civiles en comandita por acciones y las anónimas, que están sujetas a los mismos requisitos que sus similares del derecho comercial; y la sociedad civil de responsabilidad limitada, que también debe someterse a ciertas formalidades **ab-solemnitatem**, según lo consagra la ley.

Dicho lo anterior, por vía de rectificación doctrinria de algunas apreciaciones del Tribunal, considera la Corte al estudiar en su fundamento el cargo formulado que la asociación constituída en su origen por Molano, Vásquez y Cajigas y más tarde continuada por el primero y el tercero tuvo el carácter de una sociedad civil regular, destinada a la adquisición del equipo agrícola y a la explotación de un negocio de agricultura en varios fundos arrendados y cultivados con ese fin. Se funda para aceptar esta conclusión en que del haz probatorio exhibido aparecen evidenciados tanto los requisitos esenciales y generales de toda convención, o sea capacidad, consentimiento, objeto y causa lícitos, como también los elementos especiales e intrínsecos al contrato de sociedad en general, como son la pluralidad de personas, concurrencia de aportes, ánimo de lucro, participación en las pérdidas y ganancias y el ánimo de asociarse, factor espiritual que se denomina por los tratadistas **"affectio societatis"**.

Ahora bien, el contrato de sociedad civil regular de que aquí se trata no requiere para su perfeccionamiento de formalidades externas quirografarias. Para su existencia y para que origine obligaciones y derechos contractuales es suficiente que reúna los requisitos esenciales de toda convención y que además concurran los elementos especiales intrínsecos al contrato de sociedad. Al estudiarse los elementos aportados concluye esta Sala que de la prueba testimonial y de la confesión extrajudicial del demandado Cajigas se desprende la plena demostración judicial de la existencia de tales factores, y de ahí que sostenga la tesis antes enunciada de que se está en presencia de una sociedad civil regular perfecta.

Dedúcese de lo expuesto que no repug-

na a la esencia del contrato de sociedad civil la existencia de la sociedad de hecho; que le asiste razón al recurrente cuando sostiene que no pueden aceptarse como tales las sociedades perfectas no constituídas legalmente, como lo entiende el Tribunal; que en el presente caso sí se ha establecido la existencia de los elementos intrínsecos especiales al contrato de sociedad, sin que fuera necesaria la prueba escrita de la existencia de la misma; y que bien se hizo al decretar la liquidación de la misma, porque al disolverse la sociedad por voluntad expresa o tácita de los dos socios sobrevivientes, como se verá adelante, siempre subsistía una comunidad, constituída por los hechos sociales cumplidos y realizados, que podía continuar originando derechos y obligaciones entre los asociados; y en tales casos el art. 2141 del C. C. otorga acción a cualquiera de los asociados para exigir que se liquiden las operaciones sociales y le sean devueltos sus aportes y beneficios.

Por lo expuesto concluye la Corte que el Tribunal equivocó la doctrina al estimar que se trataba de una sociedad de hecho, imperfecta desde su nacimiento y originaria de una simple situación de hecho, nacida de la consumación de varios hechos sociales. En consecuencia, la norma operante es la contenida en el artículo 2141 del C. C., y nó la consagrada en el 2083, que en realidad sólo contempla y reglamenta el caso de una sociedad de hecho por naturaleza o iniciación y que surge ab-initio en fuerza de hechos cumplidos, sin que hubiera un expreso convenio inicial.

Debe prosperar, por lo tanto, el cargo formulado en casación y que acaba de estudiarse, ya que ha habido indebida aplicación del artículo 2083 y falta de aplicación del 2141. Y al infirmarse, como consecuencia, la sentencia del Tribunal sometida a este recurso, pasa la Corte a exponer en instancia los motivos y fundamentos que tiene para decretar la confirmación del fallo de primer grado:

I.—Sentencia de instancia

Aun cuando el actor Molano no interpuso recurso de casación, sino únicamente el demandado Cajigas, sí es competente la Corte para confirmar la providencia de primer grado, aun siéndole favorable al actor, porque una vez que asume esta Sala de Casación la función de tribunal de instancia adquiere plena jurisdicción para estimar todos los factores de la controversia y para adoptar la decisión judicial que de ellos pueda derivarse. Obligada a impartir fallo definitivo de segundo grado, bien puede coincidir con los mismos argumentos y razones y llegar a idénticas conclusiones jurídicas que el Juez del conocimiento. En forma tal que la confirmación de la providencia de este último no se origina propiamente de que haya adquirido competencia especial en virtud del recurso, sino de la circunstancia de haber quebrado la sentencia recurrida y estar obligada por la ley a sustituírla en la decisión definitiva del litigio.

II.—Prueba del contrato social

Ya viene dicho que la sociedad civil es, por regla general y salvo casos excepcionales, consensual y no requiere para su validez y perfeccionamiento de formalidades externas o escritas. Teniendo tal carácter, queda sometido este contrato a las reglas generales probatorias de nuestro derecho procesal y no es menester demostrar su existencia en juicio por medio de elementos quirografarios.

Así lo expresó esta Corte en sentencia de casación de 12 de diciembre de 1925, cuando dijo que "la existencia de una sociedad de hecho puede demostrarse con prueba testimonial. Ellas no están sometidas en su formación a formalidades especiales, como lo están las demás sociedades". (Jurisprudencia de la Corte Suprema. Tomo III, Nº 3837).

Corresponde ahora averiguar si con los elementos probatorios aportados se encuentran demostrados los requisitos generales y esenciales a toda convención, como

los factores intrínsecos y sui-generis que deben concurrir en el contrato social.

Los testimonios hábiles de Fruto Rodríguez, José Cely, Carlos Romero, Augusto N. Torres, Nicolás Vásquez, Luis A. Lora, José Espitia y Alejo Chinchilla están transcritos y estudiados in extenso en el fallo de primer grado que se confirma ahora y no es necesario reproducirlos. De ahí que la Corte prohije las siguientes conclusiones que contiene el fallo del Juez de instancia:

"De la prueba testimonial ameritada se desprende que entre Juan Cajigas, Adeodato Molano y Nicolás Vásquez constituyeron una sociedad o compañía para adquirir y explotar una maquinaria para labores agrícolas; que al efecto se trasladaron a Bogotá y contrataron con la casa "Leonidas Lara e Hijos" la compraventa de un equipo compuesto de un tractor, un arado, un rastrillo y un pulverizador, todo marca "International"; que el aporte de los socios se hizo por partes iguales; que dicha maquinaria estuvo al servicio de los socios y fue explotada por éstos en fincas de su propiedad y en la de "Aposentos", que tomaron en arrendamiento; que el socio Juan Cajigas compró al socio Nicolás Vásquez su aporte y derechos en la expresada sociedad; y que, finalmente, esa compañía o sociedad quedó constituída últimamente entre Juan Cajigas y Adeodato Molano, porque aun cuando el primero había acordado venderle al segundo sus derechos y los que compró a Vásquez, tal operación no se realizó por incumplimiento de los contratantes.

"Ahora bien: la ley colombiana no da fuerza al dicho del testigo que depone sobre algún punto por haberlo oído a otros, sino cuando recae sobre hechos muy antiguos, o cuando se trata de probar la fama pública (artículo 698 del C. J.). Sin embargo, la prueba testimonial que se estudia cristaliza una verdadera confesión extrajudicial por parte de los socios y especialmente del demandado Juan Cajigas, comoquiera que los testigos han depuesto acordemente sobre hechos que oyeron decir a quienes son parte en el juicio, esto es, a Juan Cajigas y Adeodato Molano, copartícipes en la sociedad cuya liquidación se ha suplicado.

"En efecto, dicha confesión fue hecha por Juan Cajigas en conversación, ante un número plural de testigos, en la cual no podía existir el **animus confitendi** que se requiere para la confesión judicial, ya que tal declaración no estaba destinada a servir de prueba. Por otra parte, es indudable que tal manifestación reconoce la existencia de hechos susceptibles de producir consecuencias jurídicas a cargo del demandado Juan Cajigas, y, por lo tanto, constituye prueba incompleta acerca de haberse constituído la sociedad, con las condiciones que la caracterizan como tal.

"Además, fuera de la confesión cuestionada resultan del proceso los siguientes indicios: 1º El de haber concurrido los tres socios Juan Cajigas, Adeodato Molano y Nicolás Vásquez a verificar la negociación de la maquinaria con la casa de "Leonidas Lara e Hijos", de Bogotá; 2º El de haber salido Cajigas y Molano a recibir la maquinaria a la estación ferroviaria de Samacá; 3º El de haber sido vistos tales señores explotando la maquinaria en sus fincas y en otras tomadas en arrendamiento; 4º El de haber comprado Cajigas la parte que correspondía a Nicolás Vásquez en la mentada sociedad; 5º El de haber confesado Juan Cajigas en posiciones la compra que hizo a Molano de la parte de maquinaria que le correspondía, contrato que no tuvo efecto por incumplimiento de las partes, como se desprende de la respuesta que dio a la pregunta octava formulada así: "Diga cómo es cierto y verdad, sí o nó, que en realidad de verdad yo no le había vendido ni mi parte en la maquinaria ni le había cedido la parte correspondiente del arrendamiento de la hacienda ya indicada? Contestó: Sí es cierto como lo digo en la pregunta anterior, devolviéndole los quinientos cincuenta y cinco pesos, con treinta y tres centavos ($ 555.33) y como lo comprueba la carta que existe en la caja de crédito agrario, con el autógrafo de él".

"De manera, pues, que como el artículo 608 del C. J. estatuye que 'La confesión extrajudicial es prueba deficiente o incompleta, y su fuerza es mayor o menor según la naturaleza de las circunstancias que la rodean, y puede hasta tener mérito de prueba plena si, a juicio del Juez, no queda duda alguna acerca de la confesión misma', todos aquellos indicios no dejan la menor duda acerca de la confesión hecha extrajudicialmente por Juan Cajigas, y todo ese conjunto probatorio lleva al ánimo del Juzgado la convicción legal e íntima de la existencia de la sociedad cuya liquidación se demanda, sociedad que quedó vinculada exclusivamente entre Adeodato Molano y Juan Cajigas, por haber éste adquirido los derechos que correspondían a Nicolás Vásquez".

Fuera de lo dicho, agrega la Corte que la existencia de la sociedad y el pago del aporte de Molano también se ha evidenciado con la confesión extrajudicial del propio demandado Cajigas, cuando al contestar la pregunta novena del cuadro de posiciones dijo: ".....para conservar mi crédito fue que tuve que sacar dinero en la Caja de Crédito Agrario, **pagándole antes la parte que él tenía en dicha maquinaria**". (Subraya la Corte).

Por sobre esta cuestión debatida hay algo: al contestar la pregunta tercera de dichas posiciones extrajudiciales el demandado Cajigas dice: "Como puede declararlo el señor Nicolás Vásquez que el negocio lo hice yo con la Casa firmando unas letras que yo recogí por la suma de mil seiscientos setenta y dos pesos, de lo cual el señor Molano no dio un centavo y **sí recibió enormes perjuicios**...." (Subraya la Corte). Con razón se pregunta a qué perjuicios alude el demandado si en realidad Molano no era socio de la entidad creada para la compra de dicha maquinaria agrícola. Y luego Nicolás Vásquez, consocio de tal negocio, declara que "nos trasladamos a Bogotá todos tres (Vásquez, Cajigas y Molano) y estuvimos averiguando precios en las distintas casas vendedoras de equipos de agricultura, y por último resolvimos celebrar el contrato de un equipo con la casa Lara e Hijos, maquinaria que constaba de un tractor, un arado, un rastrillo y un pulverizador; en esta casa reposa el contrato **que se firmó entre los tres** y que nos comprometimos a responder de todas las obligaciones con ella contraídas".

III.—Prueba testifical

Se arguye por el demandado que de acuerdo con los artículos 91 y 92 de la ley 153 de 1887 no es admisible la prueba de testigos respecto de una obligación que ha debido hacerse constar por escrito, por tratarse de acto o contrato que contiene la entrega o pago de una cosa que vale más de quinientos pesos.

Observa la Corte que sobre esta materia el Juzgado ha partido de las reglas legales para la valorización de la prueba testimonial y es de rigor recalcar que en el caso de autos el hecho único que se quiso evidenciar en juicio fue el de la existencia de la sociedad pactada entre las partes, hecho para cuya demostración sí es pertinente la prueba testifical. No es aplicable, por ese motivo, la limitación que a este medio probatorio imponen los artículos 91 y 93 de la ley 153 de 1887, porque la acción incoada tiene como finalidad principal lograr la liquidación de una sociedad, mas no la de exigir la entrega o promesa de una cosa que valga más de quinientos pesos. La devolución del aporte al actor viene a ser sólo una consecuencia derivada del éxito de la acción principal y de la petición básica, mas no el motivo o **causa petendi** del proceso.

IV.—Disolución de la sociedad

Una de las causas de disolución del contrato de sociedad es el consentimiento mutuo de los socios que la integran. En el caso de autos ambas partes litigantes convienen y aceptan que el socio Vásquez vendió o traspasó sus derechos a Cajigas, en forma tal que la sociedad vino a quedar únicamente constituída por demandante y demandado.

Que Cajigas ha manifestado implícitamente su voluntad de no continuar haciendo parte de dicha asociación lo evidencia su contestación a la demanda, el cuadro de posiciones absueltas extrajuicio, y los alegatos de instancia, documentos de donde se infiere su voluntad de no seguir vinculado a dicho contrato social.

Fallo:

En mérito de lo dicho, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, CASA la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja el 22 de agosto de 1940, y en lugar confirma en todas sus partes la proferida en este juicio por el Juez 2º Civil del Circuito de Tunja el 14 de diciembre de 1939.

Las costas de las instancias serán de cargo del demandado.

Cópiese, notifíquese, publíquese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase al Tribunal de origen.

Isaías Cepeda. — José Miguel Arango. Liborio Escallón. — Ricardo Hinestrosa Daza.—Fulgencio Lequerica Vélez.—Hernán Salamanca. — Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

RECURSO DE REVISION

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, marzo cuatro de mil novecientos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. José Miguel Arango)

Abraham Pinzón haciendo uso del derecho que le otorga el artículo 542 del Código Judicial y dentro del término legal, recurrió ante esta superioridad para que se revisaran los fallos dictados por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio de lanzamiento del demandante contra Pedro Antonio Jiménez, de fecha 4 de octubre y 12 de diciembre de 1940, que en copia debidamente autenticada acompañó con la demanda.

Esta se funda en que los fallos dichos fueron dictados "Por fraude y con fraude", que se hace consistir: 1º En que el Tribunal no consideró el dictamen pericial presentado personalmente por el perito Jesús Sánchez ante el Juez Municipal de Vianí y su secretario, el 14 de noviembre de 1939, dando preferencia al dictamen que este perito rindió en colaboración con Daniel Rozo; y 2º Porque el Tribunal resolvió cambiar la obligación del demandado Jiménez que se había comprometido a pagar el canon de arrendamiento de la hacienda de Pinzón, en café, y el Tribunal convirtió esa obligación en dinero, a razón de $ 16.80 por año.

La demanda de Pinzón siguió el curso que para esos asuntos señala la ley, y como las partes hicieron uso del derecho de alegar que le reconoce el artículo 546, ha llegado el caso de resolver lo que sea pertinente respecto del recurso intentado.

El Tribunal Superior de Bogotá, que conoció en grado de apelación, del fallo pronunciado por el Juez de Tierras de Facatativá, en el juicio de lanzamiento instaurado por Abraham Pinzón contra Pedro Antonio Jiménez, reformó la sentencia apelada y resolvió:

"1. El demandado Pedro Antonio Jiménez tiene derecho a retener en su poder la parcela rural a que se refiere el ordinal primero de la sentencia de primera instancia, y mientras el demandante Abraham Pinzón no le pague la suma de $ 2.015 moneda legal a que asciende el mayor valor de las mejoras que en ella plantó más el producto líquido de veinte cargas de café, percibidas por Pinzón en 1935, liquidación que ha de hacerse con arreglo a las bases fijadas en dicha sentencia. De estos dos sumandos se descontará el precio de los arrendamientos del predio, durante el término que transcurra entre el día primero de julio de 1936 y aquel en que el demandado verifique la restitución del lote a Pinzón, precio que se fija en la cantidad de $ 40 moneda corriente, por cada mes.

"2. Liquidado y pagado el valor de las indemnizaciones de que trata el punto anterior, el Juzgado procederá a entregarle al demandante Abraham Pinzón la parcela determinada en el fallo de primera instancia".

El apoderado del demandado solicitó del Tribunal que se enmendara el error aritmético en que había incurrido al fijar en $ 40 mensuales el valor del arrendamiento del predio. Accedió el Tribunal a lo solicitado, y en providencia de 12 de diciembre de 1940, corrigió el error aritmético así:

"De estos sumandos se descontará el precio de los arrendamientos del predio, durante el término que transcurra entre el 1º de julio de 1936, y aquel en que el demandado verifique la restitución del

lote a Pinzón, precio que se fija en la cantidad de un peso con cuarenta centavos moneda corriente, por cada mes.

Los fundamentos del sentenciador para esta decisión son los siguientes: "El canon de cuarenta pesos mensuales que el demandado Jiménez debe abonar al demandado Pinzón, en concepto del precio de arrendamiento de la parcela, resultó del dictamen rendido en segunda instancia por los peritos Víctor Julio Bonilla y Jesús Sánchez. Pero de autos consta que el perito Jesús Sánchez desconoció la autenticidad del dictamen que aparece suscrito con la firma que reza "Jesús Sánchez Z." y que este despacho declaró en auto que hoy es firme, que tal dictamen debía desestimarse en el fallo. Y el mismo perito Jesús Sánchez rindió nuevamente su concepto en una sola declaración, con el perito tercero Daniel Rozo, contra la cual se propusieron las objeciones que este despacho declaró infundadas. Ese doble dictamen dio lugar a que en fallo definitivo de este Tribunal se tuviera en cuenta erróneamente la primera relación pericial, autorizada con ese nombre, junto con la del perito de la parte demandante, cuando en realidad la única pericia apreciable debe ser la que aparece rendida por Daniel Rozo y Jesús Sánchez, de manera acorde".

El demandante considera, en primer término, que el fallo se dictó "POR FRAUDE", consistente éste en que el Tribunal desconoció la autenticidad del dictamen presentado personalmente por Sánchez ante el juez de Vianí y acató y tuvo en cuenta el que rindió Sánchez de consuno con Rozo.

Por lo transcrito anteriormente se ha visto que por autos ejecutoriados, el Tribunal en la secuela del juicio, rechazó el dictamen primero de Sánchez y acogió el que había rendido con Rozo, sin que la parte interesada interpusiera recurso alguno contra esos autos. Ellos son, ley del proceso. No están sujetos al recurso de revisión.

Ahora, si el demandante, como aparece, lo que pretende es que el Tribunal cometió fraude al dictar esos autos, dicha actuación que entraña un verdadero delito, ha debido demostrarse plenamente en el juicio de revisión, es decir, que los magistrados del Tribunal al dictar esa decisión, tuvieron la intención positiva de frustrar la ley o los derechos que de ella derivaba Pinzón, esto es, que burlaron, eludieron o dejaron sin efecto las disposiciones de la ley, o usurparon los derechos que de ahí derivaba Pinzón, con perjuicio positivo de sus intereses, pues a esto equivale el fraude.

Durante el término probatorio ni siquiera se pidieron pruebas tendientes a demostrar el ánimo doloso de los magistrados al dictar la sentencia que hoy se revisa, y se dice doloso, porque dolo en sentido estricto, significa fraude, maquinación o astucia encaminada para engañar.

A los autos se trajeron las declaraciones de Gabriel Zárate y Víctor Julio Bonilla, quienes afirman que Jesús Sánchez rindió un dictamen por escrito que lo firmó a vista y presencia de los declarantes, pero que no les consta personalmente que ese dictamen lo hubiera presentado directamente al Juez de Vianí, agregando Bonilla que tuvo conocimiento, sin decir cómo, que fue presentado personalmente al Juez de Vianí.

De estas pruebas, si los testigos hubieran dado la razón de su dicho, apenas aparecería comprobado el hecho de que Sánchez había presentado personalmente su dictamen ante el Juez de Vianí, pero en manera alguna que los señores magistrados del Tribunal de Bogotá, al desestimar ese dictamen, hubieran procedido fraudulentamente, es decir con ánimo de perjudicar a Pinzón en sus intereses, que es lo que constituye el fraude.

Sostiene el demandante, en segundo lugar, que el fallo se dictó CON FRAUDE y se hace consistir esta acusación en que el Tribunal al corregir el error aritmético en que había incurrido en el fallo primitivo, cambió el objeto de la obligación en el fallo corregido, condenando a Jiménez a pagar el canon del arrendamiento

en dinero y no en café, que fue la obligación primitivamente contraída.

Los razonamientos que se adujeron para rebatir el primer cargo hecho por el demandante, bastan también para rechazar este capítulo de acusación.

Fundado en el dictamen de que se ha hecho mérito, rendido por Sánchez y Rozo, habiéndose desechado por auto hoy ejecutoriado el dictamen de Sánchez, que se dice presentó personalmente ante el Juez de Vianí, el Tribunal fundó en él su condenación y no se ha demostrado, como atrás se dijo, que esa resolución la hubiera dictado el fallador de segunda instancia con ánimo positivo de causar perjuicio al demandante Pinzón, en sus bienes o en su persona, intención ésta que debe aparecer claramente demostrada para poderse decir que el Tribunal obró con dolo o fraude.

En vista de las anteriores consideraciones la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, FALLA:

1. Declárase infundado el recurso de revisión interpuesto por Abraham Pinzón contra las sentencias dictadas por el Tribunal Superior de Bogotá con fecha cuatro de octubre y doce de diciembre del mismo año de mil novecientos cuarenta.

2. Del depósito hecho por el actor, de acuerdo con el artículo 544 del Código Judicial, se deducirá y entregará al demandado lo correspondiente a las costas a su favor a que fuere condenado aquél. El saldo, si lo hubiere se entregará a la beneficencia pública.

Notifíquese, cópiese, publíquese, insértese en la **Gaceta Judicial** y devuélvase el expediente al Juzgado de Tierras de Facatativá.

Isaías Cepeda. — José Miguel Arango. Liborio Escallón. — Ricardo Hinestrosa Daza.—Fulgencio Lequerica Vélez.—Hernán Salamanca. — Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

ACCION PRINCIPAL DE NULIDAD DE UN CONTRATO Y SUBSIDIARIA DE RESOLUCION.— ESTADO CIVIL

La trascendencia del estado civil y de todo lo concerniente a él, comenzando por las pruebas de los hechos que lo constituyen o de que se deriva, ha determinado siempre en las diversas legislaciones sistemas de la más severa nimiedad y acucia, en busca de la mayor seguridad posible sobre la autenticidad de esas pruebas y su ajustamiento a la verdad en cada caso. Así se encuentran en aquellas múltiples disposiciones hasta sobre pequeños detalles, como el modo de salvar raspaduras y enmendaturas, o la prohibición de usar abreviaturas, de dejar blancos, de expresar en números y no en letras las cifras del caso, y también la fijación de términos, en lo general brevísimos, para extender las actas. Tales previsiones las contienen varios códigos como el de Francia y el nuestro y también la legislación canónica, en la que son de notar los cánones 777 y 779.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, nueve de marzo de mil novecientos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Ricardo Hinestrosa Daza)

Paulina Hernández Lesmes demandó en vía ordinaria a Elisa Nieto de Torres sobre nulidad y subsidiariamente resolución, con las prestaciones consecuenciales, como entrega material y frutos, de la venta que en escritura de 8 de noviembre de 1933 hizo a la demandada la señora Teodolinda Hernández de Ramírez, para cuya sucesión ilíquida manifiesta la actora demandar. Fue materia de esa compraventa la casa número 13-A-35 de la calle 26 de Bogotá. La demandante reformó su libelo inicial incluyendo como demandado a Agustín Torres A., a fin de que se declare extinguido el dominio de esa finca que éste adquiriera por la escritura de venta que le otorgó el 1º de agosto de 1938 la prenombrada señora Nieto de Torres.

El Juzgado 1º Civil de este Circuito, por ante el cual cursó la primera instancia, la decidió el 22 de agosto de 1939 negando las declaraciones demandadas y condenando en costas a la demandante. Por apelación de ésta, se tramitó segunda instancia en el Tribunal Superior, quien la decidió en sentencia de 18 de abril de 1941, contra la cual la demandante interpuso el recurso de casación que, debidamente preparado, se decide aquí.

El Tribunal, no hallando completa la cadena de parentesco afirmada por la demandante para presentarse en representación y a nombre de la sucesión antedicha, se abstuvo de conocer en el fondo y, pronunciando revocación del fallo del Juzgado, declaró el desconocimiento de la personería de la demandante, sin costas en ninguna de las instancias.

Los hechos fundamentales de la demanda son los relativos a las escrituras públicas antedichas y a los motivos por los cuales se atacan las respectivas compraventas, y además, en la primera demanda, otros cuatro, del octavo al undécimo, que, en su orden, se resumen así: Teodolinda Hernández falleció el 4 de febrero de mil novecientos treinta y cuatro sin dejar herederos forzosos; era hija del matrimonio de Narciso Hernández y Carmen Baquero, del que nació también Narciso Hernández Baquero; del matrimonio de

éste con María Antonia Lesmes nació la demandante, quien es consanguíneo legítimo de Teodolinda en cuarto grado y por eso y así, según la demanda, la representa. El aludido hecho 11º es de este tenor: "La sucesión intestada e ilíquida de Teodolinda Hernández, viuda de Ramírez, demanda por mi conducto y como su representante que soy, según lo dejo demostrado, las declaraciones que dejo demandadas en los puntos petitorios, principal y subsidiario, del presente libelo". Reformado éste, como ya se dijo, para extender el pleito a Torres y su compra, el hecho final de los fundamentales, en el que se repite el mismo concepto que acaba de trascribirse, termina así: ".....y por tanto, en representación de aquél (Narciso) heredo a Teodolinda Hernández v. de Ramírez, cuya sucesión está ilíquida, la que demanda por mi conducto lo que dejo pedido".

Entablado así el juicio, lo procedente era indagar ante todo la personería, y hallando que en la cadena expresada faltaba el eslabón consistente en ser Paulina hija de Narciso, el Tribunal desconoció aquélla. Procedió en esta forma porque lo que se le presentó como acta de bautismo de la demandante es la certificación expedida por el Cura Párroco de San Victorino de esta ciudad, según la cual el 16 de febrero de 1926, "oído el testimonio jurado del testigo Ester de Ramírez", da fe aquél de que "en uno de los días del año de 1904 fue bautizada" en esa iglesia "una niña a quien se llamó Paulina, de cinco meses de nacida....." Siguen los nombres de los padres, abuelos paternos y maternos y padrinos. El Tribunal no aceptó esta certificación como prueba por mediar el largo lapso que medió entre esos dos años (1904 y 1906) y no haberse llenado los requisitos del artículo 381 del C. C.

La demanda de casación acusa de quebranto de esta disposición por indebidamente aplicada, en razón de que no se trata de acta de estado civil expedida por Notario, sino de partida eclesiástica, y de violación del artículo 22 de la ley 57 de 1887 que da plena fuerza probatoria a las partidas de este origen. En segundo lugar acusa por violación de los artículos 473 a 475 del C. J., relativos a la cosa juzgada, por estar decidido ya con esta fuerza el estado civil de la recurrente.

Se considera:

La trascendencia del estado civil y de todo lo concerniente a él, comenzando por las pruebas de los hechos que lo constituyen o de que se deriva, ha determinado siempre en las diversas legislaciones sistemas de la más severa nimiedad y acucia, en busca de la mayor seguridad posible sobre la autenticidad de esas pruebas y su ajustamiento a la verdad en cada caso. Así se encuentran en aquéllas múltiples disposiciones hasta sobre pequeños detalles, como el modo de salvar raspaduras y enmendaturas, o la prohibición de usar abreviaturas, de dejar blancos, de expresar en números y no en letras las cifras del caso, y también la fijación de términos, en lo general brevísimos, para extender las actas. En Francia, vaya de ejemplo, la de un nacimiento ha de sentarse dentro de tercero día, y cuando no se procede a ello en este plazo, para extenderla se requiere actuación judicial cuyo fallo ha de citarse en el libro al margen del lugar correspondiente a la fecha del nacimiento.

Nuestro Código Civil es igualmente cuidadoso y previsivo, según disposiciones cuya cita holgaría aquí.

Como desde luego era de suponerse, el Derecho Canónico no se queda a la zaga; sabido es que acerca de estas modalidades él trazó la ruta por donde marchan hoy las aludidas legislaciones. De esta suerte en el **Codex Iuris Canonici** se encuentran para las partidas de bautismo, concretando a lo pertinente a este juicio, los cánones 777 a 779. Se ordena al Párroco mencionar los detalles correspondientes a fecha e identificación de personas y, con vigilante atención sobre el tiempo, termina advirtiéndole **sine nulla mora referre**, del propio modo que sin dilación alguna **(quamprimum)** a ese Párroco debe enviar tales datos el Sacerdote

que ministró el sacramento, en el evento de no haberlo ministrado el Párroco mismo. Y si es verdad que, en no habiendo lugar a perjuicio de nadie, puede sentarse la partida sobre el dicho de un testigo (**satis unus testis**), éste ha de ser de condiciones singulares (**omni exceptione maior**), y a mayor abundamiento en busca de verdad y certeza, la jurisprudencia tiene establecida para este caso, que es el canon 779, la necesidad de una sentencia que, aceptando la prueba o pruebas aducidas, ordene al Párroco sentar el acta. De paso se anota la analogía con nuestro artículo 381.

Todo esto faltó en el caso presente, por lo cual se impone reconocer que no se trata de una acta o partida en el sentido estricto de la palabra. Lo que se aduce es, como ya se vio en la trascripción de lo pertinente, una simple atestación de que al Párroco le dijo un testigo en 1926 que una niña había sido bautizada en su iglesia parroquial en el decurso de 1904; pero no es en manera alguna la expresión de que ese bautismo a él le constase, ni la afirmación de él de haberla bautizado el Párroco mismo u otro Sacerdote que lo reemplazara debidamente, por ejemplo mediante delegación de sus funciones en general o al menos de esa, siquiera ocasionalmente o **ad hoc** para ese preciso caso. Y la circunstancia de haberse incorporado aquella atestación en el libro de bautismos no la convierte en nada distinto, pues por si sola no la puede erigir en acta, faltándole los elementos esenciales de tal.

La censura de la recurrente al Tribunal por haber aplicado dicho artículo 381 es, pues, justificada; pero no desde su punto de vista de que ello es improcedente por tratarse de partida de origen eclesiástico, sino por algo más decisivo, si se quiere, y en todo caso extraño a esta cuestión, como es que no se está ante una acta del estado civil y que, por tanto, hay un vacío que no puede llenarse con disposiciones sobre las diferencias entre las actas del estado civil según sean expedidas por las autoridades civiles o por los Curas Párrocos, diferencias cuyo estudio, así como el de las disposiciones aplicables según se trate de actas de uno u otro origen, requiere precisamente un acta sobre la cual recaer y, por tanto, en el presente fallo estaría fuera de lugar.

El segundo cargo, o sea, el de violación de los artículos 473 a 475 del C. J., relativos a la cosa juzgada, lo formula la recurrente conceptuando que lo que se dijo en relación con ella en otro pleito obliga a reconocerle en el presente su dicha personería, así:

En años pasados se siguió un juicio ordinario contra la misma Elisa Nieto demandada hoy, incoado por Elisa, Mercedes y Carmen Ardila como herederas de Teodolinda Hernández de Ramírez sobre resolución y, en subsidio, rescisión por lesión enorme de la citada venta de la señora Hernández a la señora Nieto, y allí fue aceptada la actual demandante Paulina Hernández como coadyuvante de las actoras. Era de rigor estudiar la personería, y con motivo de este estudio opinó la Corte Suprema, a donde ese asunto subió en casación, que, habiéndose admitido a Paulina Hernández como coadyuvante, las pruebas aducidas por ella sobre matrimonio de Narciso Hernández aprovechaban a la parte coadyuvada, o más precisamente, que no podía echarse menos respecto del parentesco con que se presentaron las Ardilas la prueba de ese eslabón, si obraba en autos no traída por ellas, pero sí por Paulina, en fuerza de habérsele dado entrada a ésta en su dicha calidad de coadyuvante. Al respecto dice la Corte en su sentencia aludida, que es de 30 de mayo de 1938: "Hay que aceptar el extremo de que Paulina Hernández L. al presentarse en el juicio como coadyuvante de la acción intentada, asumió la condición legal de coactora, al tenor del artículo 233 del C. J. Así lo reconoció el Juez de primer grado al declarar infundada la oposición a dicha intervención y ratificarle su condición de coadyuvante del actor, providencia que vino a ser confirmada por el Tribunal de fallo al decidir la apelación interpuesta por el demandado". Y agrega la

Corte: "Si, pues, ha quedado establecido en juicio como verdad judicial ese carácter reconocido a Paulina Hernández L., los documentos presentados por ella con el libelo de coadyuvancia tienen el carácter de elementos probatorios y debe reconocérseles el valor demostrativo que la ley les otorga".

Se trataba, repítese, de las pruebas supletorias del matrimonio de Narciso Hernández y Carmen Baquero.

La recurrente sostiene que la aceptación dada en aquella sentencia a estos comprobantes aducidos por ella, implica cosa juzgada sobre su estado civil y que, por tanto, se desoyen las citadas disposiciones y se desconoce esa fuerza a una sentencia al no reconocer hoy su personería nacida de ese estado.

Los párrafos transcritos hacen ver cómo el concepto de aquella sentencia, aducido por Paulina como base de su reclamo, no es el que ésta le atribuye. Pero, aún dando por sentado que la calidad de ella reconocida por la Corte allí no fuera simplemente la de coadyuvante de las actoras, sino la de hija legítima de Narciso Hernández, ello no implicaría cosa juzgada sobre este preciso tema, que no fue parte de la decisión pronunciada entonces, cardinalmente porque ese pleito no versó sobre ese estado civil sino sobre la referida compraventa. Y el primer requito, según dicho Art. 474, para que la cosa juzgada surta efecto en otro juicio, es que la nueva demanda tenga el mismo objeto que la primera. El artículo 473 da la fuerza allí establecida a la sentencia dictada sobre cierta materia. Absurdo sería dársela a sentencia dictada sobre materia distinta. Ese juicio, repítese, no se ventiló sobre el estado civil de Paulina Hernández; este estado no fue la materia del pleito. No hay, pues, la cosa juzgada contra la cual chocó, quebrantándola, el fallo en discusión, al decir de la recurrente.

Queda así visto por qué no prosperan los cargos por ella formulados.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, no casa la sentencia recurrida, o sea, la pronunciada en este pleito por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el diez y ocho de abril de mil novecientos cuarenta y uno.

Las costas del recurso son de cargo de la recurrente.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

Isaías Cepeda — José Miguel Arango. Liborio Escallón — Ricardo Hinestrosa Daza—Fulgencio Lequerica Vélez—Hernán Salamanca—Emilio Prieto H., Oficial Mayor en propiedad.

NO SE REPONE EL AUTO QUE NEGO LA EJECUCION DE UNA SENTENCIA EXTRANJERA

La sucesión por causa de muerte, sea testamentaria o abintestato, es un modo de adquirir el dominio (artículo 673 C. C.) y éste es un derecho real (artículo 665 C. C.), lo que necesariamente quiere decir que la acción para hacer efectivo ese derecho no es una acción personal. El derecho de herencia es un derecho real de acuerdo con el artículo 665 del C. C. Todas las leyes relativas a los modos de adquirir el dominio son reales, porque versan directamente sobre las cosas sin consideración a las personas, y por consiguiente, las leyes sobre la trasmisión de los bienes por causa de muerte son también leyes reales. Conforme a esa misma disposición, de esos derechos nacen las acciones reales. La acción que se ejercita para hacer efectivo el derecho de herencia es, por tanto, real.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, marzo diez de mil novecientos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor José Miguel Arango).

El apoderado de la señorita Clara Morelli, solicita la reposición de la providencia proferida por esta Sala, por la cual se declaró que no podía ejecutarse en Colombia la sentencia dictada por el Tribunal Italiano de Castrovillari, que abría la sucesión del súbdito italiano Gaetano Morelli.

Funda su petición de reposición: 1º Que en nuestro derecho positivo no están consagradas las acciones mixtas; 2º Que conforme a nuestro Código Civil (artículo 1012) la sucesión de los bienes de una persona se abre al momento de su muerte en su último domicilio y que se regla por las leyes de él, salvas excepciones legales; y 3º De que la sentencia de que se trata, a pesar de estar apelada, se está ejecutando por parte de los tribunales italianos, lo que implica que la apelación pendiente ha quedado destruída con el hecho acreditado de que se está dando ejecución al fallo".

Respecto de los fundamentos que se invocan para la reposición, la Sala observa:

1º—Expresamente se asentó en el proveído de la Sala, cuya reposición se demanda, que la sucesión por causa de muerte, conocida en el derecho romano con el nombre de **familiae erciscundae**, era una acción calificada como mixta por los comentaristas, puesto que en las demandas en que un derecho real se encuentra ligado de manera tan íntima con un derecho personal, la declaración judicial de la existencia o la no existencia del segundo, comporta virtualmente el reconocimiento o la negación del primero, lo que entraña, sin lugar a duda, que esa acción ha de calificarse como mixta.

Pero situándose la sala en el viso más favorable a las pretensiones del peticionario, y acomodando su razonamiento a los mandatos precisos y claros del derecho positivo, tenemos que la sucesión por causa de muerte, sea testamentaria o **abintestato**, es un modo de adquirir el dominio (artículo 673 C. C.) y éste es un derecho real (artículo 665 C. C.), lo que necesariamente quiere decir que la acción para hacer efectivo ese derecho no es una acción personal.

El derecho de herencia es un derecho real de acuerdo con el artículo 665 del Código Civil. Todas las leyes relativas a los modos de adquirir el dominio son reales, porque versan directamente sobre las co-

sas sin consideración a las personas, y por consiguiente, las leyes sobre la trasmisión de los bienes por causa de muerte, son también leyes reales. Conforme a esa misma disposición, de esos derechos nacen las acciones reales. En la presente controversia se ha ejercitado una acción para hacer efectivo el derecho de herencia, por consiguiente la acción ejercitada tiene el carácter de acción real porque nace del derecho de herencia, que es un derecho real, por mandamiento del artículo 665 ya invocado.

Siendo la acción establecida ante el Tribunal Italiano una acción real, en estricto derecho positivo colombiano, la sentencia cuya ejecución se solicita no reúne la primera de las condiciones exigidas por el artículo 557 del Código Judicial.

Esto sería suficiente para negar la petición de reposición, pero para mayor abundamiento en razones que han de justificar esta decisión, se hace notar que en el acervo procesal hay un documento que conserva toda su fuerza, cual es el certificado expedido por el canciller del Tribunal Civil de Castrovillari, del cual aparece que contra ese fallo se interpuso recurso de apelación y no se ha demostrado, que conforme a la legislación italiana, la sentencia que se ejecuta, aun cuando esté apelada, comporta ejecutoria. Existiendo esta valla procedimental, es imposible, jurídicamente hablando, llegar a la conclusión a que aspira el peticionario, por impedirlo el numeral 3° del artículo citado.

En vista de lo dicho, sería superfluo analizar las observaciones del peticionario relativas al estatuto real, porque suponiendo, meramente por hipótesis, que la Corte hubiera errado en esos conceptos, ese error tampoco sería suficiente para satisfacer las pretensiones del actor, porque al fallo del Tribunal Italiano le faltan el primero y el tercero de los requisitos que exige la ley colombiana para que una sentencia extranjera pueda cumplirse en Colombia.

Por lo dicho la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, RESUELVE:

No se accede a la petición solicitada en el anterior memorial.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la "Gaceta Judicial" y archívese el expediente.

Isaías Cepeda — José Miguel Arango. Liborio Escallón — Ricardo Hinestrosa Daza—Fulgencio Lequerica Vélez—Hernán Salamanca—Pedro León Rincón, Secretario.

NOTA.—En la página 811 del tomo 52 se halla la sentencia a que se refiere la presente.

LA DIRECCION

ACCION DE NULIDAD ABSOLUTA DE UNA RENTA VITALICIA.—OTRAS ACCIONES

1.—El hecho negativo alegado por el actor, consistente en que el demandado no pagó la renta vitalicia mensual a que se obligó, no constituye una negativa de carácter indefinido, sino que se traduce en el hecho positivo del pago, que puede y debe demostrarlo quien afirma que lo hizo.—2.—En el contrato de renta vitalicia no tiene cabida la acción de resolución por el no pago de la renta, conforme a lo dispuesto en el artículo 2294 del C. C., a menos que las partes hayan estipulado otra cosa. La acción procedente es la que establece el artículo 2295 de la obra citada, para obtener el pago de lo atrasado y obligar al deudor a prestar seguridades para el pago futuro.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, diez de marzo de mil novecientos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Isaías Cepeda)

Nolasco Medina, diciendo obrar "en nombre de la sociedad conyugal, disuelta e ilíquida" formada por sus padres legítimos señores Pedro P. Medina y Elisa Velásquez, presentó, ante el Juez 4º Civil del Circuito de Medellín, el día seis de mayo de mil novecientos treinta y ocho, demanda ordinaria contra su madre, la señora Elisa Velásquez de Medina, y contra su hermana, la señorita Fernandina Medina V., y pidió que se hicieran las siguientes declaraciones:

"a) Que es nulo, de nulidad absoluta, el contrato de constitución de renta vitalicia de que trata esta demanda y de que da cuenta la escritura número 1700, de 12 de noviembre de 1931, otorgada ante el señor Notario 1º de este Circuito.

"b) En subsidio, que se resuelva, o que está resuelto, por no pago de pensión o renta al constituyente, el contrato de renta vitalicia de que da cuenta la misma escritura.

"c) Que como consecuencia de una cualquiera de las declaraciones contenidas en las peticiones anteriores, la demandada señorita Fernandina Medina está en la obligación o debe entregar a la sociedad conyugal disuelta e ilíquida, representada por la cónyuge sobreviviente, señora Elisa Velásquez y por los hijos del constituyente Pedro Pablo Medina, cinco días después de ejecutoriada la sentencia, todos los bienes que relaciona la mencionada escritura y que aquella demanda dijo haber adquirido y recibido como precio de la renta vitalicia, y que se cancele la inscripción.

"d) Que, además, la misma señorita Fernandina Medina debe entregar a la mencionada sociedad conyugal disuelta e ilíquida, representada como queda dicho, todos los frutos naturales o civiles de aquellos bienes, o su valor, no solamente los percibidos, sino los que hubieran podido percibirse con una administración cuidadosa y diligente; y

"e) Que, además, debe pagar a la mencionada sociedad conyugal los gastos que ocasione este juicio".

Los antecedentes de esta demanda se pueden sintetizar así:

El día 12 de noviembre de 1931 el señor Pedro Pablo Medina, padre del demandante, por medio de la escritura número 1700 otorgada ante el Notario 1º del Circuito de Medellín, celebró con su hija Fernandina Medina un contrato de renta vitalicia, por el cual aquél cedió a ésta el dominio de todos los bienes enumerados en dicha escritura, a cambio de una pen-

sión o renta mensual de cien pesos, cincuenta para el constituyente y cincuenta para su cónyuge.

En su demanda, iniciada cuando ya había muerto el señor Pedro Pablo Medina, el señor Nolasco Medina sostiene que la escritura anteriormente mencionada es simulada y que, por tanto, debe anularse. Al efecto, hace una serie de consideraciones para demostrar su aserto.

Las demandadas contestaron oponiéndose a la acción y negando los hechos sustanciales del libelo. Fernandina Medina acompañó, además, varios recibos firmados, la mayoría por la señora Velásquez de Medina y unos pocos por el señor Pedro P. Medina R., recibos que se refieren a pagos hechos por concepto de la renta vitalicia.

El siete de febrero de mil novecientos treinta y nueve el Juez falló el negocio, absolviendo a las demandadas de los cargos de la demanda, por no haber presentado el demandante las pruebas necesarias para respaldar sus afirmaciones.

De esta providencia apeló el actor y el asunto subió al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín. Una vez surtida la tramitación de segundo grado, esa entidad, por sentencia del cinco de noviembre de mil novecientos cuarenta, confirmó el fallo apelado.

Los motivos que indujeron al Tribunal a aceptar la sentencia de primera instancia son similares a los del Juzgado y reposan en el hecho de que el demandante "no produjo ninguna prueba afirmativa de los fundamentos de la demanda, en sus cargos esenciales, en tanto que la parte demandada suministró demostraciones que contrarían los asertos del libelo".

Contra la sentencia del Tribunal interpusieron ambas partes recurso de casación. Las demandadas, oportunamente, desistieron de él, por no tener otra objeción qué hacer al fallo del Tribunal que la de no haber hecho condenación en costas.

Por tanto, se trata de estudiar únicamente la demanda de casación formulada por el actor, y a ello se procede, por hallarse el asunto debidamente preparado.

El recurso

Dos cargos hace el recurrente contra la sentencia del Tribunal, a saber:

"a) Error de derecho al echar la sentencia la carga de la prueba al actor, debiendo ser esta obligación de la demandada Fernandina Medina; error que junto con el de hecho al no haber tenido en cuenta la cláusula **Undécima** de la escritura número 1700, de 12 de noviembre de 1931, de la Notaría 1ª de Medellín, en cuanto allí se estableció que la prueba del pago debía hacerse por los recibos que mensualmente se le expidieran a la debirrentista, llevó al Tribunal a violar la ley sustantiva".

Estima el recurrente que la sentencia violó los artículos 593, 595 y 601 del C. J. y 1757 del C. C.

"b) Error de hecho en la apreciación de las pruebas de las cuales dedujo el Tribunal que Fernandina sí cumplió la obligación de pagar las pensiones mensuales a que se obligó para con Pedro Pablo Medina y Elisa Velásquez, en la escritura de constitución de la 'renta vitalicia".

Considera el recurrente que este error indujo al Tribunal a violar la ley sustantiva por interpretación errónea y por no aplicación de algunas disposiciones, y cita como violados los artículos 604 y 606 del C. J., y 1544, 1545, 1602, 1603, 1608, 1626, 1627, 1932, 1935 y 2294 del C. C.

Agrega el recurrente:

"Se equivocó con error de derecho el Tribunal al considerar que la manifestación hecha por Elisa Velásquez de que a ella se le ha pagado religiosamente su pensión y de que a su esposo también se le pagó, es prueba del pago a éste. Si tal manifestación se tomó como una confesión, ésta no perjudica sino a quien la hace, y de que haya cumplido en parte la obligación para con su madre no se infiere, no hay base lógica para deducir que pagó también a su padre Pedro Pablo Medina".

Antes de entrar al estudio de los cargos conviene advertir que la petición principal de la demanda versa sobre nulidad del contrato, por causa de simulación,

acerca de lo cual disertó largamente la sentencia del Tribunal, pero ese aspecto no habrá de tratarse en casación porque el recurrente lo descartó deliberadamente, pues en la demanda de casación dice:

"De una vez anticipo que la demanda de casación la encaminaré a la acción subsidiaria que debió reconocer el Tribunal de Medellín y que no hizo, teniendo a la vista elementos probatorios de altísimo valor. Dejo de un lado la acción principal de simulación, porque aun cuando en las palabras de la señora Velásquez, transcritas atrás, hay un indicio grave de que ello es así, el Tribunal tal vez no encontró en los autos la plena prueba de la simulación, y como ésta sí tocaba darla al actor, su falla en tal punto puede hallarse bien fundado. Mas si acepto esta parte de la sentencia, me toca decir que es ilegal en grado sumo en cuanto no aceptó y declaró la resolución solicitada en la petición subsidiaria".

Estudio de los cargos

En lo relativo al primer cargo, estima la Corte que tiene razón el recurrente en cuanto sostiene que la sentencia incurrió en error de derecho al considerar que en el caso de autos corresponde la carga de la prueba al demandante, cuando en realidad corresponde a la demandada Fernandina Medina, toda vez que el hecho negativo alegado por el actor, consistente en que aquélla no pagó la renta vitalicia mensual a que se obligó conforme al contrato celebrado por la citada escritura número 1700, no constituye una negativa de carácter indefinido, sino que se traduce en el hecho positivo del pago, que puede y debe demostrarlo quien afirma que lo hizo, o sea Fernandina Medina.

Con todo, ese error del Tribunal da margen para la correspondiente corrección de doctrina, pero no para infirmar el fallo acusado, el cual habrá de mantenerse por las razones que a continuación se expresan.

En concepto de la Corte, obran en el expediente pruebas suficientes para demostrar que Fernandina Medina sí cumplió, y está cumpliendo en la actualidad, el contrato de que se ha hablado.

En efecto, en primer lugar, aparece que ella pagó al señor Alberto Medina V. el crédito por $ 3.700 que se obligó a pagar conforme al contrato sobre constitución de la renta vitalicia, pues en autos se encuentra el recibo expedido por el señor Medina V. a favor de Fernandina, recibo legalmente reconocido por aquél. Obra asímismo la escritura de cancelación del crédito hipotecario a favor del señor Juan C. Vásquez, que también se obligó a pagar la señorita Fernandina. Es verdad que en la escritura de cancelación no se dice quién verificó el pago, pero habiendo Fernandina tomado a su cargo dicho crédito, lo natural y lógico es que lo cubriera ella y no el primitivo deudor, señor Pedro P. Medina, máxime cuando éste vivía aún cuando se canceló el crédito y no hay constancia de que él hiciera reclamación alguna a Fernandina. Al contrario, la señora Elisa V. de Medina afirma que lo pagó aquélla.

En segundo lugar, en lo tocante al pago de la renta mensual, existen cuatro recibos firmados por Pedro P. Medina y por Elisa Velásquez de Medina, con los cuales se comprueba el pago de la renta en los meses de diciembre de 1931, enero y febrero de 1932 y abril de 1932. Están también los recibos firmados por la señora Elisa Velásquez de Medina, que acreditan los pagos hechos a ella de $ 50.00 en marzo de 1932 y luégo de mayo de 1932 a diciembre de 1937 inclusive, y los recibos de los pagos hechos a la misma señora, de $ 100.00, correspondientes a los meses de febrero a julio de 1938 inclusive. Falta únicamente el recibo correspondiente al pago de $ 100.00 hecho a la misma señora en el mes de enero de 1938, el cual se presume de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1628 del C. C. Además, la propia señora Velásquez de Medina dijo en la contestación de la demanda que Fernandina Medina había cumplido las obligaciones contraídas por ella, y en memorial de fecha 31 de enero de 1940,

presentado ante el Tribunal el 12 de febrero del mismo año, dijo:

"1º Mi hija Fernandina pagó las deudas que gravaban el patrimonio que recibió y no debe actualmente nada de lo que se obligó a pagar;

"2º Durante la vida de mi esposo nos pagó tanto a él como a mí la renta que habíamos fijado de común acuerdo, religiosamente, lo que reconozco con toda amplitud, por si faltare algún comprobante de pago;

"3º En la actualidad estoy recibiendo el valor total de la renta, la cantidad de cien pesos mensuales, sin que haya faltado un solo mes el pago correspondiente;

"4º Tanto mi marido como yo hemos vivido en la casa en que nos reservamos los derechos de uso y habitación, sin ser molestados en nada;

"5º Mi marido disfrutó de la renta que le correspondía, hasta su muerte. Durante el tiempo posterior al contrato, vivió en su hogar y nunca exigió a mi hija Fernandina la rescisión de él, derecho que habíamos reservado entre todos los contratantes para el jefe de la familia...".

Obran igualmente en el expediente dos memoriales presentados por los señores Alberto Medina V., Pedro Pablo Medina V., Ana Medina de Vélez y Martina Medina de Palacio, y por la señora Lucrecia Medina de Mesa, hijos todos de los señores Pedro Pablo Medina y Elisa Velásquez de Medina, en que manifiestan que no están conformes con las pretensiones del actor en el presente juicio.

De todos los documentos enumerados se deduce que Fernandina Medina sí cumplió y está cumpliendo el contrato que se estudia, por lo cual no habría lugar a decretar la resolución de él, pero existen, además, otras razones jurídicas que impiden la declaratoria de resolución, aun aceptando que no esté plenamente probado que Fernandina Medina pagara la renta vitalicia mensual que le correspondía al señor Pedro Pablo Medina, y son las siguientes:

En el contrato de renta vitalicia no tiene cabida la acción de resolución por el no pago de la renta, conforme a lo dispuesto en el artículo 2294 del C. C., a menos que las partes hayan estipulado otra cosa. La acción procedente es la que establece el artículo 2295 de la obra citada, para obtener el pago de lo atrasado y obligar al deudor a prestar seguridades para el pago futuro.

En el contrato que se estudia sí se estipuló expresamente la acción de resolución (no de rescisión como impropiamente se dice en el artículo 2294 y en la escritura constitutiva de la renta), de modo que la acción ejercitada como subsidiaria en este juicio es, en principio, procedente. Pero, quién puede hacer uso de ella?

Según lo que se ha visto antes, el contrato de renta vitalicia quedó perfeccionado con el otorgamiento y registro de la escritura número 1700, varias veces mencionada, entre los señores Pedro Pablo Medina y Elisa Velásquez de Medina, por una parte, y Fernandina Medina, por la otra, y es un hecho indiscutible que en un principio Fernandina empezó a cumplir el contrato, pues canceló las deudas que tomó a su cargo y pagó los meses de renta vitalicia a que corresponden los recibos firmados por Pedro Pablo Medina y por Elisa Velásquez de Medina. La acción de resolución se pactó en favor de éstos, de suerte que si después del mes de abril de 1932, fecha del último recibo firmado por Pedro Pablo Medina, no volvió a pagarle a éste su renta, es claro que mientras Medina vivió sólo él podía ejercitar la acción de resolución del contrato, y no hay constancia alguna de que lo hubiera hecho. Una vez muerto Medina, la renta de él acreció a la de su cónyuge, señora Elisa Velásquez de Medina, de acuerdo también con lo estipulado en el contrato, y entonces éste ha quedado perfecto y se ha venido cumpliendo religiosamente por Fernandina Medina, como lo confiesa expresamente la señora Elisa V. de Medina. De consiguiente, nadie tiene hoy derecho a exigir la resolución de un contrato que se cumplió en todas sus partes en un principio y que se está cumpliendo en la actualidad estrictamente. En el supuesto de

que Fernandina Medina hubiera dejado de pagar algunos de los cánones mensuales a que tenía derecho el contratante Pedro Pablo Medina, podría sostenerse que tales cánones constituyen hoy un crédito a favor de la sucesión de dicho señor, que podría cobrarse por los representantes legales de ella, pero no puede alegarse esa falta de pago para que se resuelva el contrato que en la actualidad se cumple a cabalidad, y menos por un tercero extraño a ese contrato, como lo es el actor, pues sólo existen hoy los dos contratantes Elisa Velásquez de Medina, única que tiene ahora derecho a la totalidad de la renta, y Fernandina Medina, que debe pagarla mensualmente.

De otro lado, se admite por los tratadistas de derecho civil que la acción resolutoria de un contrato es indivisible, de manera que si muere un contratante que tiene ese derecho, dejando varios herederos, éstos deben ponerse de acuerdo para ejercitarla, cosa que no podrá hacer por sí solo ninguno de los herederos, ni aún limitando la acción a la parte o cuota que a él haya de caberle en la herencia.

En el presente caso la acción fue iniciada por uno solo de los herederos de Pedro Pablo Medina, ni siquiera en su carácter de tal y para la sucesión de aquél, sino diciéndose representante de la sociedad conyugal disuelta e ilíquida Medina-Velásquez y para ella, y hay constancia en el expediente, como atrás se vio, de que a la prosperidad de las pretensiones del actor se oponen, no sólo la viuda de Pedro Pablo Medina, señora Elisa Velásquez de Medina, sino también cinco de los hijos legítimos de ambos.

Es suficiente lo dicho para concluír que no puede prosperar el recurso de casación que se ha venido estudiando, pero como él ha dado lugar a una corrección de doctrina, no deberá condenarse en costas al recurrente.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia pronunciada en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, con fecha cinco de noviembre de mil novecientos cuarenta.

Sin costas en el recurso.

Cópiese, publíquese, notifíquese y devuélvase el expediente.

Isaías Cepeda — José Miguel Arango. Liborio Escallón — Ricardo Hinestrosa Daza—Fulgencio Lequerica Vélez—Hernán Salamanca—Pedro León Rincón, Secretario en propiedad.

ACCION DE RESCISION DE UN CONTRATO POR SUPUESTA LESION ENORME. DERECHO DE HERENCIA Y DERECHO DE DOMINIO.—CESION DEL DERECHO DE HERENCIA

El derecho real de herencia, cuya característica peculiar es ser universal, es diferente del de dominio en cuanto a su objeto, porque mientras éste se ejerce directamente sobre las cosas corporales singularmente, aquél versa sobre una cosa incorporal como es la universalidad jurídica de la herencia que es cosa diversa de los bienes mismos que la constituyen. Este derecho de herencia, como todo derecho patrimonial, es cesible a cualquier título, pero con resultados y consecuencias diferentes según la manera de cederlo y según sea gratuita y onerosa la cesión, por lo que toca a la responsabilidad del cedente. La herencia puede cederse contractualmente como una universalidad comprensiva de especies determinadas, cuando el cedente especifica detalladamente los efectos de que se compone la herencia, lo cual equivale a ceder determinadamente los bienes que se enumeran con todas las consecuencias que a un acto semejante señalan las reglas generales, tales como responder de la entrega de cada una de las cosas y de su obligación de saneamiento. Puede hacerse también la cesión del derecho de herencia sin especificar los efectos o bienes de que se compone, y entonces, si el título es gratuito el cedente no responde de nada, y si oneroso, no se hace responsable sino de su calidad de heredero. El cedente a título lucrativo de un derecho de herencia sin determinación de bienes, lo que cede es su derecho a ocupar su puesto en la sucesión por lo que respecta a los resultados patrimoniales que le puedan corresponder después del proceso legal de la liquidación sucesoria, de modo que él no garantiza ni responde de que el activo sea mayor que el pasivo, ni de la existencia o propiedad sucesoral de tales o cuales bienes corporales o incorporales, a menos que a ello expresamente se comprometa, en este caso con la consecuencia excepcional de tener que responder de la evicción de las especies que determine como comprendidas en la herencia. La ley limita la responsabilidad del cedente a la mera calidad de heredero (artículo 1967 C. C.), de manera que más allá de este elemento esencial no existe ninguna obligación del cedente en relación con el resultado patrimonial definitivo de la cesión, pendiente, además, de diversos factores influyentes en la economía del contrato que no pueden determinarse previamente y de manera precisa en el momento de su celebración. Esta peculiaridad de este contrato, debida a la ley, a la naturaleza del derecho que le sirve de objeto a la cesión, lo coloca dentro de la clasificación de los aleatorios definidos en el artículo 1438 del C. C., en los cuales no es posible predeterminar los resultados de la convención en el momento en que se celebra, y en los cuales, por esta circunstancia, no procede la acción rescisoria por lesión enorme que implica la equivalencia obligatoria en las prestaciones de los contratantes.—2.—La acción rescisoria de lesión enorme no es procedente en tratándose de contratos onerosos de cesión de derechos de herencia sin determinación de especie, porque estando en estos casos legalmente restringida la responsabilidad del cedente a su calidad de heredero, no podría deducirse acción por lesión del comprador, y esta solución resulta inaceptable porque no engrana dentro de la reglamentación jurídica de la lesión enorme como fenómeno bilateral en los contratos en que procede. Desde el punto de vista del carácter jurídico, mueble o inmueble del derecho de herencia, tampoco resulta la pro-

cedencia de la acción rescisoria de que se trata, limitada por la ley a la venta de bienes raíces. La Corte ha considerado que el derecho de herencia no puede catalogarse como inmueble y que su venta no es contrato de los que causan mutación o traslación de la propiedad de bienes raíces en cuyo caso la inscripción de la escritura pública debería hacerse en la oficina de registro de la ubicación del inmueble y no solamente en la de su otorgamiento. Esta catalogación no puede rectificarse por virtud de la vigencia del artículo 1º de la Ley 67 de 1930, porque es evidente que el fundamento de tal disposición no es la naturaleza inmueble del derecho de herencia a que se refiere sino la necesidad de proteger especialmente los bienes de los incapaces, precisamente por la imposibilidad jurídica de catalogar el derecho de herencia como bien inmueble debido a su naturaleza especial.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, marzo once de mil novecientos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Hernán Salamanca).

Está referido en este expediente que el día 9 de noviembre de 1930 falleció en esta ciudad José Vicente Gaitán sin haber otorgado testamento y sin dejar legitimarios, por lo cual su herencia correspondió, según el auto de declaratoria de herederos proferido por el Juzgado 5º Civil de este Circuito (febrero 6 de 1931) donde fue abierto su juicio sucesorio, por cuartas partes, a sus hermanos legítimos Domingo Gaitán T., Oliverio Gaitán, representado por su hijo legítimo del mismo nombre, Jesús Gaitán de Otálora, y Mercedes Gaitán de Acero representada por sus hijos Alfredo, Teodocio, Lucila y Clementina Acero Gaitán.

Muerta Jesús Gaitán de Otálora después de habérsele deferido la herencia y declarada heredera a su solicitud, la sucedieron sus cinco hijos legítimos Raúl, Jorge, Lucila, Tulia y Sara Otálora Gaitán.

En curso el juicio de sucesión de José Vicente Gaitán, Ricardo Cubides compró a todos los herederos la totalidad de sus derechos herenciales. Por lo que interesa como antecedentes de este pleito, se enumeran algunos de estos contratos de cesión de herencia por medio de los cuales Cubides adquirió "los derechos y acciones reales y personales" (sic) que a cada uno de los vendedores "corresponden o puedan corresponderles" en la sucesión intestada de su pariente colateral José Vicente Gaitán:

Por escritura pública número 439 de 2 de septiembre de 1933, de la Notaría de Fómeque, por el precio de $ 5.000 vendieron Alfredo Acero Gaitán y Lucila Acero Gaitán de Otálora.

Por las números 450 y 1407 de 3 y 4 de septiembre de 1933, de las Notarías de Fómeque y 3ª de Bogotá y por $ 8.250, y $ 1.375 vendieron Jorge, Sara y Tulia Otálora Gaitán y Lucila Otálora Gaitán, de Parra. (Derechos en la sucesión de José Vicente Gaitán como herederos de su madre Jesús Gaitán de Otálora, de cuya calidad responden como está dicho en los títulos correspondientes).

Por la número 1420 de 6 de septiembre de 1933, de la Notaría 3ª de Bogotá, vendió Teodosio Acero Gaitán por el precio de $ 2.750, y finalmente, por la número 1437 de 7 de septiembre de 1933, de la misma Notaría y por igual precio del anterior, vendió Clementina Acero Gaitán de Coronel, los derechos de herencia preindicados.

Como cesionario de todos los derechos hereditarios pidió y obtuvo Ricardo Cubides ante el Juez de la causa mortuaria y con fecha 13 de septiembre de 1934, decreto de posesión efectiva de la herencia de acuerdo con el artículo 950 del C. J.

Considerando estos ocho prenombrados cedentes de herencia que a la fecha en que celebraron los referidos contratos, ya se sabía tanto por los vendedores como por el comprador, cuáles eran los bienes o cuerpos ciertos que pertenecían a la sucesión de José Vicente Gaitán, uno solo de cuyos inmuebles valía entonces no me-

nos de $ 360.000, dedujeron que en la venta de sus derechos, cada uno en su respectivo contrato, habían sufrido lesión porque el precio que por ellos recibieron no alcanza a la mitad de su valor.

En esta creencia y por medio de apoderado que contrató con ellos honorarios a base de cuota litis, los vendedores a cuyos contratos se ha hecho referencia, y en libelo de 20 de agosto de 1937, que correspondió en repartimiento al Juzgado 3º de este Circuito, demandaron a su comprador Ricardo Cubides para que en la sentencia definitiva de un juicio ordinario se declare que como vendedores de derechos herenciales en la sucesión de José Vicente Gaitán sufrieron lesión enorme en las ventas que de ellos hicieron a Ricardo Cubides; que como consecuencia de esta declaración se decrete la rescisión por causa de lesión enorme de los contratos contenidos en las escrituras relacionadas antes; que el demandado está en la obligación de restituír a los actores, dentro del término que la sentencia fije, la cuarta parte de los bienes que les hubieran correspondido en la sucesión de José Vicente Gaitán, si esas ventas no se hubieran verificado, o en la de completar su justo precio de acuerdo con el artículo 1948 del C. C., advirtiendo, si el demandado opta por la entrega de los bienes, que debe purificarlos previamente de hipotecas o de otros derechos reales que haya constituído en ellos, y, finalmente, que debe pagarles las costas de este juicio.

Surtido el traslado legal de la demanda, el demandado le dio contestación aceptando algunos de sus hechos fundamentales, pero oponiéndose a las declaraciones solicitadas porque no es verdad que al tiempo de adquirir los derechos hereditarios de que se trata supiera él ni nadie la cuantía de los bienes relictos, ni el monto de las deducciones que habrían de afectar la herencia, y porque los derechos por él adquiridos, no vinculados especialmente sobre determinadas cosas, no son bienes raíces.

Desarrollado el juicio sobre estas bases de controversia, lo sentenció el Juzgado del Circuito el 1º de junio de 1939 absolviendo al demandado Cubides de todos los cargos de la demanda con dos fundamentos principales: por tratarse de ventas de derechos herenciales indeterminados en una sucesión ilíquida lo cual hace improcedente la acción rescisoria por lesión enorme y por no haberse practicado avalúo pericial de los derechos vendidos.

Sentencia acusada

El recurso de apelación que oportunamente interpuso el actor contra esta sentencia absolutoria del primer grado dio lugar a la segunda instancia del juicio que se surtió ante el Tribunal Superior de Bogotá y en la que se produjo el fallo definitivo de 26 de febrero de 1941, confirmatorio del recurrido, acusado ante la Corte en recurso de casación interpuesto por la parte demandante, que hoy se decide por estar legalmente preparado.

La sentencia del Tribunal reproduce en lo principal la motivación de la del Juzgado del Circuito y apoya sus conclusiones confirmatorias en que la naturaleza aleatoria de los contratos de cesión de derechos indeterminados en una universalidad hereditaria excluye el ejercicio de la acción rescisoria que establece para el contrato de venta el artículo 1946 del C. C. Fuera de esta razón, que es el fundamento capital de la sentencia, aduce el Tribunal, como argumento secundario, la falta de avalúo pericial de los derechos herenciales vendidos por los actores al demandado Cubides, porque aunque tal prueba se produjo en la segunda instancia, no es legalmente apreciable por haberlo sido fuera del término correspondiente y con posterioridad a la citación para sentencia que dejó cerrado el debate probatorio.

El recurso

Apoyándose en el primer motivo de los enumerados en el artículo 520 del C. J., por violación directa de la ley sustantiva y como consecuencia de omisión en el es-

tudio de las pruebas, formula el recurrente su demanda de casación, dividida en veinte apartes, en que se atacan las razones aducidas por el Tribunal sin consideración al orden en que aparecen sustentando el fallo acusado. Este sistema de disociar y fragmentar frases y conceptos bajo la impropia denominación de causales, no persigue seguramente otra finalidad que la inútil de dar la impresión de excesiva vulnerabilidad jurídica de la sentencia con una larga enumeración de cargos, porque al estudiar y considerar los reparos de legalidad que se hacen resulta que son referentes a muy pocas y concretas acusaciones que la Sala debe estudiar en el orden lógico que impone su vinculación a la importancia de las razones fundamentales del fallo. Invirtiendo la manera de su presentación, es claro que corresponde la preferencia a los cargos relacionados con la cuestión de la procedencia de la acción rescisoria incoada, que es el soporte capital de la resolución del Tribunal. A este respecto contiene la demanda las acusaciones por violación legal que en seguida se expresan con el concepto en que se consideran cometidas:

Los contratos por medio de los cuales los demandantes cedieron a título oneroso sus derechos de herederos al demandado Ricardo Cubides, en la sucesión intestada de José Vicente Gaitán, no pueden considerarse de ninguna manera como contratos aleatorios, porque como compraventas que son tienen el carácter de conmutativos, y porque al tiempo de su celebración ya se sabía el número de los asignatarios en la sucesión y se conocían tanto los muebles como los valiosos inmuebles que constituían el patrimonio del difunto; de tal modo que aunque la teoría abstracta puede ser discutible los hechos concretos acreditados en el litigio fuerzan a considerar los aludidos contratos como conmutativos, sujetos, consecuencialmente, a la acción rescisoria por lesión enorme. Con base en este razonamiento afirma el recurrente que el Tribunal violó los artículos 1849 y 1857 del C. C. al estimar que el comprador no tiene el deber de pagar en dinero el precio de la cosa que adquiere; el 1498 y el 2282 del mismo Código por desconocer la equivalencia obligatoria entre las prestaciones de las partes en el contrato conmutativo de compraventa; el 1946 y siguiente de la misma obra por negar al vendedor enormemente lesionado la acción de nulidad para destruír el contrato o equiparar el precio con el valor de la cosa vendida; el 1967 del citado Código Civil, mal interpretado, porque esta disposición restringe las obligaciones del cedente de un derecho de herencia pero no las del cesionario, entre las cuales está la de pagar un precio justo, y el artículo 667 de allí, por falta de aplicación, al negar la calidad de inmueble al derecho que tiene por objeto los bienes raíces transmitidos a los herederos por causa de la muerte de José Vicente Gaitán.

"El fallo resucita modalidades rutinarias que yo estimaba totalmente desaparecidas, añade el recurrente. ¿Qué quiere decir entre abogados eso de un derecho de herencia "vinculado sobre determinado inmueble", por ejemplo y para mayor encanto un inmueble con su nombre, ubicación y linderos? Quiere decir que se incurre en un disparate al cual el Tribunal concede efecto. Este criterio es contradictorio con el resto de los enunciados, si el Tribunal estaba pensando que el derecho de herencia no tiene por objeto las cosas sino otro derecho".

La Corte considera los cargos, para lo cual conviene recordar algunas nociones técnicas de la ciencia jurídica que respaldan las conclusiones del Tribunal en puntos que el recurrente reputa como fallas de anacronismo en la interpretación de la ley.

Bien sabido es que el derecho real de herencia, cuya característica peculiar es ser universal, es diferente del de dominio en cuanto a su objeto, porque mientras éste se ejerce directamente sobre las cosas corporales sigularmente, aquél versa sobre una cosa incorporal como es la universalidad jurídica de la herencia que es cosa diversa de los bienes mismos que la

constituyen. Este derecho de herencia, como todo derecho patrimonial, es cesible a cualquier título, pero con resultados y consecuencias diferentes según la manera de cederlo y según sea gratuita u onerosa la cesión, por lo que toca a la responsabilidad del cedente. La herencia puede cederse contractualmente como una universalidad comprensiva de especies determinadas, cuando el cedente especifica detalladamente los efectos de que se compone la herencia, lo cual equivale a ceder determinadamente los bienes que se enumeran con todas las consecuencias que a un acto semejante señalan las reglas generales, tales como responder de la entrega de cada una de las cosas y de su obligación de saneamiento. Puede hacerse también la cesión del derecho de herencia sin especificar los efectos o bienes de que se compone, y entonces, si el título es gratuito el cedente no responde de nada, y si oneroso, no se hace responsable sino de su calidad de heredero.

Esta última modalidad de la cesión del derecho de herencia, contemplada y reglamentada especialmente en el capítulo 2º del Título 25 del Libro IV del C. C., es el caso de autos. En este contrato oneroso, no constitutivo exactamente de una venta por sus peculiaridades jurídicas que le dan una reglamentación especial dentro del Código, se realiza la única transmisión posible entre vivos a título universal, porque su objeto es el propio derecho de herencia, la universalidad jurídica, o una cuota de ella, constituída por todo el activo de la herencia y su pasivo en relación con el momento de la muerte del causante, que es el límite temporal que fija los derechos en materia de sucesión hereditaria. El cedente a título lucrativo de un derecho real de herencia sin determinación de bienes lo que cede en su derecho a ocupar su puesto en la sucesión por lo que respecta a los resultados patrimoniales que le puedan corresponder después del proceso legal de la liquidación sucesoria, de modo que él no garantiza ni responde de que el activo sea mayor que el pasivo, ni de la existencia o propiedad sucesoral de tales o cuales bienes corporales o incorporales, a menos, como ya se dijo, que a ello expresamente se comprometa, en este caso, con la consecuencia excepcional de tener que responder de la evicción de las especies que determine como comprendidas en la herencia. La ley limita la responsabilidad del cedente a la mera calidad de heredero (artículo 1967 C. C.), de manera que más allá de este elemento esencial no existe ninguna obligación del cedente en relación con el resultado patrimonial defnitivo de la cesión, pendiente, además, de diversos factores influyentes en la economía del contrato que no pueden determinarse previamente y de manera precisa en el momento de su celebración. Esta peculiaridad de este contrato, debida a la ley y a la naturaleza jurídica del derecho que le sirve de objeto a la cesión, lo coloca dentro de la clasificación de los aleatorios definidos en el artículo 1438 del C. C., en los cuales no es posible predeterminar los resultados de la convención en el momento en que se celebra, y en los cuales, por esta circunstancia, no procede la acción rescisoria por lesión enorme, que implica la equivalencia obligatoria en las prestaciones de los contratantes. En el caso de estudio, por lo que respecta a los demandantes Otáloras Gaitán, se hace más visible la condición aleatoria de sus contratos de cesión de herencia al demandado Cubides porque los derechos que ellos cedieron son los que les corresponden en la sucesión de su madre Jesús Gaitán de Otálora, muerta después de haber sido declarada heredera y aceptado la herencia de su hermano José Vicente, de modo que el derecho de herencia en la sucesión de éste está comprendido dentro del patrimonio herencial de su madre deferido a ellos, pendiente por tanto su resultado final cuantitativo de la liquidación de dos sucesiones.

La acción de nulidad por causa de lesión, que excepcionalmente consagra la ley como manera de reparar el perjuicio sufrido en la celebración de determinados actos jurídicos, es acción que correspon-

de a ambas partes en los casos en que está autorizada en contratos bilaterales. Corresponde a comprador y vendedor en nuestro sistema legal y se diferencia del francés en que sólo se otorga al vendedor. Esta modalidad recíproca de la acción rescisoria le da también improcedencia en tratándose de contratos onerosos de cesión de derechos de herencia sin determinación de especies, porque estando en estos casos legalmente restringida la responsabilidad del cedente a su calidad de heredero, no podría deducirse acción por lesión del comprador, y esta solución resulta inaceptable porque no engrana dentro de la reglamentación jurídica de la lesión enorme como fenómeno bilateral en los contratos en que procede.

Desde el punto de vista del carácter jurídico, mueble o inmueble del derecho de herencia, tampoco resulta la procedencia de la acción rescisoria de que se trata, limitada por la ley a la venta de bienes raíces (artículo 32, Ley 57 de 1887). Las cosas incorporales, en efecto, como son los derechos, entran también dentro de la clasificación del artículo 654 del C. C. según sea la cosa en que han de ejercerse (667 ib.) y en esta necesidad de clasificación no puede decirse exactamente que el derecho de herencia sea inmueble porque su objeto propio es una universalidad abstracta, distinta, según se ha visto, de los bienes individualmente considerados, en los cuales no puede decirse que se ejerza singularmente sino al cabo de la liquidación y adjudicación herencial, pero no mientras conserva el carácter de universal propio del derecho de herencia. La Corte ha considerado que este derecho no puede catalogarse como inmueble y que su venta no es contrato de los que causan mutación o traslación de la propiedad de bienes raíces en cuyo caso la inscripción de la escritura pública debería hacerse en la oficina de registro de la ubicación del inmueble y no solamente en la de su otorgamiento. "La venta de los derechos y acciones en general que al vendedor le correspondan en una sucesión, sin vincularlos en inmueble alguno especial, no es venta de bienes raíces que deba registrarse en la oficina de la ubicación de éstos. Ella queda debidamente registrada en el lugar del otorgamiento de la escritura pública". (G. J., tomo XXVII, página 184).

No entiende la Corte que esta catalogación haya de rectificarse por virtud de la vigencia del artículo 1º de la Ley 67 de 1930 que sometió la enajenación de los derechos hereditarios del menor bajo patria potestad o guarda a los mismos requisitos para enajenar e hipotecar sus bienes raíces, porque es evidente que el fundamento de tal disposición no es la naturaleza inmueble del derecho de herencia a que se refiere sino la necesidad de proteger especialmente los bienes de los incapaces, precisamente por la imposibilidad jurídica de catalogar el derecho de herencia como bien inmueble debido a su naturaleza especial.

No destruída, según las consideraciones que anteceden, la base principal en que se apoya el fallo acusado, que es la improcedencia de la acción incoada, suficiente por sí misma para sustentarlo, es inútil e impertinente considerar los cargos relacionados con errores en la apreciación de la prueba pericial producida para demostrar la pretendida lesión y que el Tribunal despreció, a más de su inconducencia por no existir la acción, por haberse producido cuando ya estaba cerrado el debate judicial con el acto de citación para sentencia.

En razón de lo expuesto, la Corte Suprema en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 26 de febrero de 1941, que ha sido materia de este recurso.

Costas a cargo del recurrente.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la **Gaceta Judicial** y devuélvase al Tribunal de origen.

Isaías Cepeda — José Miguel Arango. Liborio Escallón — Ricardo Hinestrosa Daza—Fulgencio Lequerica Vélez—Hernán Salamanca—Pedro León Rincón, Secretario en propiedad.

SALA DE CASACION EN LO CRIMINAL

CONCURSO DE DELINCUENTES.—CUADRILLA DE MALHECHORES.—REQUISITOS PARA QUE APAREZCA LEGALMENTE EL FENOMENO ESPECIFICO DE CUADRILLA DE MALHECHORES.—NULIDAD DEL PROCESO PENAL POR FALTA DE GARANTIAS DEL PROCESADO EN LA AUDIENCIA PUBLICA

1.—La reunión de varias personas para asaltar una casa no significa que ellas estén asociadas y organizadas con el propósito permanente de cometer delitos. Como acertadamente lo dice el señor Procurador "no puede estimarse jurídicamente que haya nacido una cuadrilla de malhechores por el solo hecho de que cuatro o más personas se hayan puesto de acuerdo para cometer determinado delito, pues semejante armonía en la intención delictuosa tan solo implica un concurso de delincuentes, o mejor aún, una pluralidad de copartícipes en la realización del delito previamente acordado. Para que aparezca el fenómeno específico de la cuadrilla, es indispensable que ésta tenga la fisonomía de una organización, de una asociación de carácter permanente, sometida como toda organización primitiva o avanzada, a ciertas normas, a ciertas tendencias, y sobre todo, a un fin común y definido. Por otra parte, requiere dos elementos indispensables, a saber: la pluralidad de elementos que obedecen y la unidad en el comando que gobierna. Al hablar el artículo 248 del Código Penal de 1890, de la reunión de varias personas para cometer, ya juntas, ya separadamente, pero de común acuerdo, algún delito o delitos, se refiere, no a un delito especial y determinado, sino a un género o a una clase de delitos, es decir, que la mancomunidad, la asociación, el acuerdo se encaminen a la ejecución futura de actos atentatorios, en general, contra las personas, o contra las propiedades, y por esto es por lo que el delito de cuadrilla de malhechores es *sui generis*, tiene existencia propia o independiente de las demás violaciones que cometan los cuadrilleros. Se observa que nuestro legislador configura el delito específico de cuadrilla de malhechores como toda reunión o asociación de cuatro o más personas, mancomunada para cometer, ya juntas, ya separadamente, pero de común acuerdo, *algún* delito o delitos contra las personas o contra las propiedades. No se habla en esa definición del conjunto de personas asociadas, previo acuerdo, para la comisión de un delito. Por consiguiente, resulta de la esencia de este fenómeno jurídico la indeterminación de los hechos criminosos que pretenden ejecutar los cuadrilleros, porque la palabra *algún* es un adjetivo que se aplica indeterminadamente a una persona o cosa con respecto a varios o muchos. (Diccionario de la Real Academia de la Lengua). La singularidad a que alude el artículo 248 cuando dice *algún* delito, se refiere a especie delictiva, pero no a un delito determinado. En otros términos: la ley concibe la cuadrilla de malhechores encaminada a la realización de una clase de delito, como el robo, el homicidio, la falsificación, etc. Puede, por tanto, existir cuadrilla de malhechores encaminada a la perpetración de varias especies de delito o a la consumación de una sola especie de ellos. Podrá existir esa asociación para atacar las buenas costumbres, los derechos de propiedad y la vida de las personas, etc. Y podrá también existir la cuadrilla únicamente para violar la propiedad, o únicamente para cometer homicidios, o única-

mente para transgredir las buenas costumbres."—2.—Cuando en una audiencia renuncia el defensor el derecho a hablar en defensa del procesado por ambas veces, manifestando que nada tiene qué decir en favor de éste, sino que antes bien no tiene el convencimiento de la inocencia de su defendido, se comete un acto no sólo inmoral, sino contrario a los principios constitucionales y legales. En tales circunstancias se vence al procesado sin oírlo en juicio, violando así expresamente la garantía constitucional, por lo cual debe darse aplicación al artículo 22 de la Constitución Nacional anulando lo actuado, para que la celebración del juicio se lleve a efecto en la forma amplia y controvertida que quiere la ley.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal.—Bogotá, diez y ocho de mayo de mil novecientos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Absalón Fernández de Soto).

Alfredo Almanza, Jesús Murcia Salas y David Cortés o Villamil han recurrido en casación contra la sentencia del Tribunal Superior de Tunja que los condenó a veinte años de presidio y cinco de reclusión por los delitos de cuadrilla de malhechores, homicidio, heridas y robo.

Los acusados no tuvieron apoderado que los asistiera ante la Corte. Desde el lugar de su prisión han enviado unos escritos desordenados, en los cuales no concretan, ni fundan, de acuerdo con la ley, los motivos del recurso. Ninguno de ellos podría considerarse como una demanda de casación propiamente dicha.

Supliendo esta falta y como el proceso se inició y adelantó bajo la vigencia de la Ley 118 de 1931, el señor Procurador Delegado en lo Penal, con apoyo en el artículo 6º de esa ley, plantea dos causales de casación contra el fallo, que sustenta en extensa y razonada exposición.

La tercera causal de casación (artículo 3º, Ley 118 citada), dice así:

"Ser la sentencia violatoria de la ley, por cuanto haya habido error en la apreciación de la prueba del cuerpo del delito".

Como ya se dijo, a los acusados se les dedujo responsabilidad por cuatro cargos distintos, a saber: cuadrilla de malhechores, homicidio, heridas y robo. El error que anota el señor Procurador se refiere únicamente al delito denominado **cuadrilla de malhechores**, cuyos elementos constitutivos —dice— fueron confundidos "con el fenómeno de la complicidad".

Desde el auto de enjuiciamiento el Tribunal expuso algunas consideraciones, que reproduce en la sentencia, encaminadas a precisar su concepto sobre los componentes característicos de dicha infracción penal. Copia la definición de la ley penal bajo la cual se cometieron los delitos imputados (artículo 248 del Estatuto de 1890), la comenta, y más adelante precisa su juicio acerca de la prueba así:

"Conocidos son los elementos que la ley de procedimiento requiere para formular demanda criminal, a saber: existencia del delito o delitos cometidos, plenamente probada, y que haya un testigo idóneo o graves indicios contra alguno o algunos. Por lo demás, dice la ley, los elementos constitutivos del delito señalados en la respectiva disposición penal, serán la base de la comprobación del cuerpo del delito.

"Ante estas exigencias de la ley, todo pareciera indicar que la cuadrilla de malhechores denunciada no hubiera tenido existencia, según el artículo 248 del Código Penal, con prueba directa; pero es el caso que para el Tribunal, reaccionando contra la lenidad establecida sobre este particular, la cuadrilla de malhechores se puede establecer o probar por medio de hechos, indicios que la revelen inequívocamente. El asalto consumado en la casa de Elvira Villamil, en la época y sitio arriba expresados, se verificó por cinco personas, según lo declaran los propios asaltados y el sindicado Alfredo Almanza; esos asaltantes obraban, seguramente, mancomunados y con previo acuerdo, pues no es posible admitir que el asalto haya surgido como incidental, y que no lo era, lo indican los hechos significativos de la hora en que se verificó, de que se proce-

dió con jerarquía y disciplina entre ellos, teniendo como jefe al mentado Reinaldo Lancheros, y que luégo de consumado, entre los mismos se hizo la repartición del botín. Por lo demás, de los anales judiciales se sabe que Reinaldo Lancheros hacía sus asaltos a las personas y a las propiedades, en cuadrilla de malhechores que capitaneaba. En estas condiciones, el Tribunal no puede menos de aceptar que el asalto que se verificó en la casa de Elvira Villamil lo fuè en cuadrilla de malhechores.

"Admitida la cuadrilla, los que formaron ésta, indudablemente surgen como codelincuentes de los delitos que se cometieron en la casa de Elvira Villamil, a saber, el de robo; el de homicidio en la persona de Roberto Páez, y el de heridas en la persona de Gabriel Torres".

"Para la mayoría de los Magistrados —continúa el Tribunal— que actualmente componen esta Sala, el criterio expuesto en la parte del auto que se acaba de reproducir y por medio del cual se confirmó el enjuiciamiento de primera instancia, en torno de los elementos comprobatorios del delito de cuadrilla, debe tenerse hoy también como fundamental para la aceptación del veredicto de que se viene hablando y para la confirmación de la sentencia revisada. Ese criterio (estima dicha mayoría en discordancia con la minoría representada por el ponente) vino a adquirir mayor valor convincente y por ende a ofrecer mayor justificación de la condena, gracias a la soberana apreciación del Jurado, según la cual, a la vez que halló establecida la responsabilidad de los procesados como cuadrilleros, solidificó también la prueba del delito mismo, pues que según doctrina de la Suprema Corte hasta allá puede llegar la misión juzgante de los jueces de conciencia.

"Ante la declaración de Alfredo Almanza, declaración al principio inserta como elemento historial de los hechos y según la cual Reinaldo Lancheros se acompañaba de tres reconocidos criminales, averiguaba por la habitación que ocupaba Roberto Páez (futura víctima) en aquella noche trágica, comunicaba a sus secuaces el propósito criminal de asaltar tal habitación, dirigía a éstos, los distribuía convenientemente para el efecto —con incondicional obediencia de los mismos— se disfrazaba previamente, ataca, roba y distribuye el botín; ante la constancia de que Alfredo Almanza y David Cortés o Villamil fueron enjuiciados por dos graves delitos ejecutados en la misma región y por la misma época en que se consumaron los atentados que se juzgan en este proceso; ante pluralidad de declaraciones visibles en el expediente, que dan razón de un decir general de los habitantes de la región azotada por el bandalaje, en el sentido de que existía la cuadrilla capitaneada por Lancheros y Abdón Peña, decir general aquél que si no constituye elemento inequívoco de prueba, sí ofrece mérito para la formación del juicio; ante las distintas indagatorias y careos del expresado Lancheros, piezas en las cuales éste se exhibe como un personaje misterioso que viaja por distintas regiones cambiándose de nombre y en actividades sospechosas; ante la constancia visible al folio 169 de haberse fugado el mismo personaje, del panóptico de esta ciudad, lo mismo que teniendo en cuenta los medios de que tuvo que valerse el gobierno para la recaptura (la policía se vio en la necesidad de herirlo mortalmente), y, finalmente, ante la afirmación que hace el Jurado respecto de la responsabilidad de los procesados, envolviendo desde luego, también, la de la existencia del delito, la mayoría de esta Sala falladora acepta el veredicto de que trata este capítulo".

Como se ve, la responsabilidad de los procesados como participantes de una cuadrilla de malhechores, se ha fundado principalmente en la declaración indagatoria de uno de ellos, Alfredo Almanza.

Conviene aquí hacer una síntesis de los hechos criminosos sobre los cuales versó la investigación:

En la noche del 3 de junio de 1933 cinco sujetos, fingiéndose agentes del resguardo, penetraron de modo sorpresivo y

violento a la casa de Elvira Pinilla, ubicada en el sitio denominado "San Antonio", vereda de Honda, municipio de Buenavista, en el departamento de Boyacá. De la casa hacía parte una tienda, dedicada al comercio de mercaderías de escaso valor. Los asaltantes se apoderaron de lo que en ella había, y de las habitaciones sustrajeron ropas de hombre y de mujer, paños, manteles, loza, cubiertos y otros objetos de uso doméstico. Dispuestos ya para salir con el botín, los ladrones resolvieron darle muerte a Roberto Páez, habitante de la casa, a quien habían visto oculto debajo de una cama. Este hecho lo realizaron a balazos y machetazos, con crueldad y sevicia que espantan. De paso, al salir de la alcoba donde ultimaron a Páez, uno de los asesinos dio un peinillazo en la cara, sobre el ojo derecho, a Gabriel Torres, individuo inválido, que había solicitado posada en dicha casa aquella noche.

De la investigación resultó que tales hechos fueron realizados por Reinaldo Lancheros (fallecido posteriormente), Abdón Peña (declarado reo ausente) y por David Cortés, Jesús Murcia y Alfredo Almanza, condenados por la sentencia que es objeto del recurso.

Es obvio que quienes dan un asalto como éste, realizado bajo un móvil común, no obran de modo inopinado y casual. Siempre habrá acuerdo previo, más o menos expreso, acerca de los medios de ejecución, evitando riesgos inmediatos y aun procurando la impunidad ante la ley. Que en este caso medió el concierto de voluntades, lo dice el procesado Almanza, quien refiere el papel que cada uno de los sindicados desempeñó en la acción. Su narración coincide en lo general con los dichos de las mujeres que había en la casa, siendo de notarse que dos de ellas, Rosario García de Ramírez (fs. 37 v. y 38) y Celia García (39), le señalan a dicho reo, a quien de antemano conocían, una participación activa, muy diferente de la de simple guardián de la puerta de entrada que él se atribuye.

Con todo, de las declaraciones de Almanza, a que se refiere el Tribunal, no se deduce que Jesús Murcia y David Cortés y el mismo Almanza formaran con Reinaldo Lancheros y Abdón Peña una cuadrilla de malhechores. En otros términos, la reunión y concierto para asaltar la referida casa no significa que tales sujetos estuvieran asociados y organizados con el propósito permanente de cometer delitos. Datos hay en el proceso de que Lancheros fue jefe de una banda que cometía toda suerte de atentados contra la hacienda, el honor y la vida de las personas en determinadas regiones del occidente de Boyacá. Y respecto de Peña, Murcia, Almanza y Cortés hay alguna información sobre su mala conducta anterior. Los moradores de las regiones azotadas por el vandalaje los señalaron siempre como acompañantes continuos de Lancheros. Parece, sin embargo, que éste utilizaba en cada ocasión el personal que hallaba más a propósito para realizar sus designios. El mismo Tribunal, en frase un tanto contradictoria, no se muestra seguro de que el decir general sea elemento inequívoco de prueba.

Y en cuanto al valor probatorio que el Tribunal da a las respuestas del Jurado relativas al primero y segundo cuestionarios, es de observarse que el error del Juez de derecho al imputar un cargo cuyos elementos constitutivos no aparecen plenamente probados, no deja de serlo porque los jueces de hecho contesten afirmativamente la cuestión en que tal cargo se formula.

De suerte que no apareciendo en el proceso la prueba de que Almanza, Murcia, Cortés y Peña fueron miembros de una cuadrilla o de la cuadrilla de Reinaldo Lancheros, cuyo número y nombres de los asociados tampoco se conocen, es de rigor admitir que el acuerdo por el cual concurrieron juntos en la noche del 3 de junio de 1933 a la casa que Páez habitaba, solamente demuestra la reunión y el concurso de varios delincuentes a efecto de realizar, como realizaron, una acción delictuosa concreta, limitada en el espacio y en el tiempo. De aquí que sea vul-

nerable la sentencia recurrida por el aspecto de haber reputado existente el delito específico de cuadrilla de malhechores cuando sólo se trata de un caso de simple concurso de delincuentes.

Contribuyen a ilustrar este punto los siguientes conceptos del señor Procurador:

"No puede estimarse jurídicamente que haya nacido una cuadrilla de malhechores por el solo hecho de que cuatro o más personas se hayan puesto de acuerdo para cometer determinado delito, pues semejante armonía en la intención delictuosa tan sólo implica un concurso de delincuentes, o, mejor aún, una pluralidad de copartícipes en la realización del delito previamente acordado.

"Para que aparezca el fenómeno específico de la cuadrilla, es indispensable que ésta tenga la fisonomía de una organización, de una asociación de carácter permanente, sometida como toda organización primitiva o avanzada, a ciertas normas, a ciertas tendencias, y sobre todo, a un fin común y definido. Por otra parte, requiere dos elemetos indispensables, a saber: la pluralidad de elementos que obedecen y la unidad en el comando que gobierna.

"Al hablar el artículo 248 del Código Penal de 1890, de la reunión de varias personas para cometer, ya juntas, ya separadamente, pero de común acuerdo, algún delito o delitos, se refiere, no a un delito especial y determinado, sino a un género o a una clase de delitos, es decir, que la mancomunidad, la asociación, el acuerdo se encaminan a la ejecución futura de actos atentatorios, en general, contra las personas, o contra las propiedades, y por esto es por lo que el delito de cuadrilla de malhechores es **sui generis**, tiene existencia propia o independiente de las demás violaciones que cometan los cuadrilleros.

"Se observa que nuestro legislador configura el delito específico de cuadrilla de malhechores como toda reunión o asociación de cuatro o más personas, mancomunadas para cometer, ya juntas, ya separadamente, pero de común acuerdo, **algún** delito o delitos contra las personas o contra las propiedades. No se habla en esa definición del conjunto de personas asociadas, previo acuerdo, para la comisión de un delito. Por consiguiente, resulta de la esencia de este fenómeno jurídico la indeterminación de los hechos criminosos que pretenden ejecutar los cuadrilleros, porque la palabra **algún** es un adjetivo que se aplica indeterminadamente a una persona o cosa con respecto a varios o muchos. (Diccionario de la Real Academia de la Lengua).

"La singularidad a que alude el artículo 248 cuando dice **algún** delito, se refiere a especie delictiva, pero no a un delito determinado. En otros términos: la ley concibe la cuadrilla de malhechores encaminada a la realización de una clase de delito, como el robo, el homicidio, la falsificación, etc. Puede, por tanto, existir cuadrilla de malhechores encaminada a la perpetración de varias especies de delito o a la consumación de una sola especie de ellos. Podrá existir esa asociación para atacar las buenas costumbres, los derechos de propiedad y la vida de las personas, etc. Y podrá también existir la cuadrilla únicamente para violar la propiedad, o únicamente para cometer homicidios, o únicamente para transgredir las buenas costumbres".

Segunda causal.—"Ser la sentencia violatoria de la ley procedimental, por cuanto se haya dictado sobre un juicio viciado de nulidad sustancial según la ley".

El recurrente David Cortés dice:

"... dando una ligera ojeada al celebramiento de la audiencia, fácilmente se llega a la conclusión de que no fuí asistido en el celebramiento del juicio por un defensor quien hablase por mí y defendiese mis derechos... etc.".

El acta de la audiencia dice al respecto lo siguiente:

"El señor Juez concedió por primera vez el uso de la palabra a David Cortés, quien se la cedió a su apoderado doctor Julio C. Rojas Pinilla, quien manifestó estar en parte de acuerdo con el señor Fis-

cal y que como en el Penal había individuos que les hacían a los presos sus memoriales, ellos eran los que debían venir a defenderlos aquí y además a él no le gustaba hacer defensas cuando no tenía en la conciencia el convencimiento de la inocencia de su defendido, como le sucedía en el presente caso y renunció al uso de la palabra por primera y segunda vez".

El señor Procurador acoge el cargo contra la sentencia con base en la causal preinserta y lo desarrolla así:

"En un caso semejante, en que se contemplaba igual proceder inmoral y vituperable del defensor, la Procuraduría pidió la anulación del proceso en los siguientes términos, que la H. Corte se dignó acoger:

"Claramente se deduce del párrafo transcrito que no hubo audiencia pública ni tuvo lugar el debate oral que el legislador desea se lleve a término ante los jueces de hecho para que éstos puedan apreciar cuál es el criterio del representante de la sociedad con relación al delito investigado y cuáles son las razones que invoca el sindicado en su defensa.

"El procesado Viloria no tuvo en un acto tan trascendental para él como son las audiencias públicas, un representante que ejercitara la defensa que en esos momentos le era indispensable. Quedó sin efecto práctico el pensamiento persistente y, desde luego, justiciero y humano expresado por el legislador de que nadie comparezca ante la justicia penal sin tener a su lado un defensor que lo asista y lo ayude, pensamiento que encuentra su origen en la certidumbre de que siempre tiene el reo algún motivo que justifique, que atenúe, que explique en alguna forma el por qué de su proceder antisocial. Si ello no fuera así resultaría hasta inmoral que la ley obligara a un abogado que debe presumirse siempre devoto de la justicia y de la ley, a hacer el papel de defensor de causas indefensables. Justamente porque los hechos humanos envuelven siempre hondos problemas de psicología difícilmente aprehensibles de modo completo por la inteligencia, la sociedad desea que quien ha perturbado el orden jurídico disponga en todo momento de una persona entendida en las disciplinas sociales y jurídicas que sea capaz de mostrar el matiz amable o al menos explicativo de la conducta del infractor penal.

"Es tal la importancia que tienen las audiencias públicas en los procesos penales que el legislador estatuyó como nulidad el hecho de no notificar a las partes el auto en que se señala día para la celebración del juicio. Con todo, la misma ley dispuso que aquella nulidad no se declararía si la parte no notificada concurriere a la práctica de dicha diligencia. Por consiguiente, el propósito legislativo no es otro que el de que las partes asistan a la celebración del juicio, para los fines que fueron anunciados atrás".

"Ahora bien: el artículo 289 de la Ley 57 de 1887, dice:

"Si por otro accidente inesperado o inevitable, no pudiere tener lugar la celebración del juicio en el día designado, se hará nuevo señalamiento, y se dictarán las providencias conducentes para que el juicio tenga lugar".

"Nada más inesperado que un defensor renuncie por dos veces la palabra en una audiencia; que quiera 'ayudar con el silencio al acusado'; que no tenga nada qué decir en favor de éste, y que en definitiva opte por su condenación. En tales circunstancias, el señor Juez debió aplicar el artículo 289 citado levantando la audiencia, a fin de que ésta se celebrase en ocasión mejor, cuando el acusado estuviese provisto de un defensor que supiera cumplir a cabalidad con su deber.

"El artículo 264 —numeral 5º— de la Ley 57 mencionada contempla como causal de nulidad no haberse notificado a las partes el auto en que se señala día para la celebración del juicio. De nada vale notificar el auto que señala día para la audiencia si ésta no se celebra con la amplitud que debe tener, y más que todo cuando en ella, como en el presente caso, al acusado se le asalta con deslealtad por su mismo representante. En tales circuns-

tancias, se le vence sin oírlo, se le hace víctima de dos acusaciones: la del ministerio público y la del defensor y un acto de esa naturaleza resulta no sólo inmoral, sino contrario a los principios constitucionales y legales. En resumen, no hubo verdadera audiencia, por lo cual debe darse aplicación al artículo 22 de la Constitución anulando lo actuado, para que la celebración del juicio se lleve a efecto en la forma amplia y controvertida que quiere la ley.

"Finalmente, anota este despacho que como la conducta del señor defensor no sólo aparece reprobable ante los postulados de la ética, sino que puede ser materia de una investigación criminal, es conveniente que la H. Corte disponga que se instruya el respectivo sumario".

La Sala comparte los anteriores conceptos de su colaborador Fiscal y estima que el recurso prospera tanto por la causal 3ª, a que se refiere la primera parte de este fallo, como por la segunda.

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, de acuerdo con el parecer del Procurador Delegado, y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, INFIRMA la sentencia del Tribunal Superior de Tunja, fechada el 19 de septiembre de 1940, y en su lugar resuelve: **Primero.** Absuélvase a los reos **Alfredo Almanza, Jesús Murcia y David Cortés o Villamil** por el delito de cuadrilla de malhechores que se les imputó en el auto de proceder. **Segundo.** Declárase nulo lo actuado en este proceso a partir del auto que señaló día para el sorteo general de jurados y en consecuencia repóngase el procedimiento de ahí en adelante, y **Tercero.** Ordénase al señor Juez Primero Superior de Tunja instruír sumario contra el doctor Julio C. Rojas Pinilla por la infracción prevista en el artículo 197 del Código Penal (Ley 95 de 1936), de conformidad con lo pedido por el señor Procurador.

Cópiese, notifíquese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente.

Absalón Fernández de Soto—José Antonio Montalvo — Campo Elías Aguirre. Julio E. Argüello R, Secretario.

HOMICIDIO EJECUTADO CON CIRCUNSTANCIAS CONSTITUTIVAS DE ASESINATO

La Sala comparte sobre el hecho delictuoso a que se refiere el presente proceso, los siguientes conceptos de su colaborador fiscal: "Tratándose, como se trata aquí, de circunstancias modificadoras o constitutivas de asesinato, ellas son materia del auto de proceder y de la calificación del Jurado; no representan simples elementos circunstanciales del delito que el Juez pueda apreciar libremente en la sentencia para adaptar la sanción, conforme a los artículos 37, 38 y 39 que cita el demandante. De suerte que para infirmar esos elementos esenciales del asesinato, es preciso atacar primero el veredicto del Jurado por concepto de injusticia notoria, y este aspecto de la cuestión no se le ha presentado a la Corte".

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal—Bogotá, ocho (8) de junio de mil novecientos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Absalón Fernández de Soto).

El Juzgado 1º Superior de Manizales, en sentencia de 5 de septiembre de 1941, condenó a Luis María Toro Ortiz a la pena principal de 15 años de presidio como responsable de asesinato en la persona de Antonio José Ramírez, dando aplicación en su mínimo al artículo 363 del Código Penal de 1936.

Tanto el reo como su defensor apelaron de dicho fallo, y como el Tribunal de aquel distrito judicial lo confirmara, el último interpuso recurso de casación contra la sentencia de segunda instancia.

La respectiva demanda fue presentada ante la Corte por el propio acusado y en ella se invocan las causales 1ª, 2ª y 4ª del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal (Ley 94 de 1938), las cuales se examinarán en el siguiente orden:

Causal 4ª—"Cuando la sentencia sea violatoria de la ley procedimental por haberse pronunciado en un juicio viciado de nulidad".

Sostiene el recurrente que la causa adolece de nulidad porque en el primer cuestionario formulado al Jurado no se indicó el lugar en donde se cometió el delito.

Basta transcribir a continuación dicho cuestionario para demostrar que no hubo tal omisión, pues en él se señala con toda precisión el sitio donde fue muerto Antonio José Ramírez.

Dice así:

"Cuestión principal.—Os halláis plenamente convencidos de que el acusado Luis María Toro Ortiz, mayor, casado, carnicero, natural y vecino de Quinchía, ha realizado los siguientes hechos: haberle dado muerte a Antonio José Ramírez, por medio de herida causada con arma cortante y punzante (cuchillo), lo que tuvo lugar el cuatro de agosto del año próximo pasado, a eso de las cuatro y media de la tarde, en la plaza principal y pública de la población citada?".

Como se ve, en el cuestionario copiado aparece que el homicidio se cometió el día 4 de agosto de 1940, a eso de las cuatro y media de la tarde, en la plaza principal de la población de Quinchía.

Carece, pues, de fundamento la causal 4ª.

La 2ª es del siguiente tenor:

"Cuando por errada interpretación o apreciación de los hechos, en la sentencia se les haya atribuído un valor probatorio que no tienen, o se les haya negado el que sí tienen, o no se les haya tomado en

cuenta a pesar de estar acreditados en el proceso, o cuando resulte manifiesta contradicción entre ellos; siempre que sean elementos constitutivos del delito, determinantes, eximentes o modificadores de la responsabilidad de los autores o partícipes, o circunstancias que hayan influído en la determinación de la sanción".

Sustenta este motivo de casación el demandante afirmando que el Tribunal no tuvo en cuenta la circunstancia modificadora de la riña que, según las declaraciones de María del Carmen Marín, Abelardo Abad Uribe y José María Escobar, se suscitó de un modo imprevisto entre él y Antonio José Ramírez, o al menos la provocación a ella.

Tales testimonios en manera alguna hablan de riña. Es verdad que el testigo Escobar dice que oyó a Ramírez tratar de "infeliz" a Toro Ortiz. Pero no es menos cierto que la Marín y Abad Uribe declaran que tal expresión no fue oída por el reo, afirmación ésta no contradicha por el propio acusado, quien en su indagatoria no dice haber percibido esa ofensa. Sostuvo, sí, que había herido a Ramírez porque lo golpeó tres veces con el codo en el costado izquierdo, lo cual niegan todos los testigos que presenciaron el suceso, (Véanse declaraciones de Santiago Flórez (fs. 48), Daniel Delgado (fs. 48 v.), Andrés A. Carvajal (fs. 49), Rafael Antonio Agudelo (fs. 50) y Ramón Antonio Ibarra (fs. 50 v.).

La forma como ocurrió el homicidio de Antonio José Ramírez puede sintetizarse en los siguientes términos:

En la plaza pública de la población de Quinchía expendía carnes Luis María Toro Ortiz. El día 4 de agosto de 1940, como a eso de las cuatro y media de la tarde, llegó a su mesa Antonio José Ramírez a comprar media libra de tocino, por la cual pagó quince centavos. Como el vendedor le dijera que valía diez y siete centavos, Ramírez protestó en términos comedidos, entregándole, sin embargo, una moneda para que se cubriera el resto. Mas como aquél no tuviera vueltas, éste manifestó que iba a traer los dos centavos que le adeudaba. Al retirarse Ramírez de la venta, y creyendo tal vez Toro Ortiz que su deudor se ausentaría sin cubrirle el valor total de la media libra de tocino, lo atacó con cuchillo, causándole una mortal herida en el reborde costal derecho, a consecuencia de la cual murió pocas horas después.

Por otra parte, la riña que alega el recurrente no fue materia del auto de proceder ni del cuestionario sometido a la consideración del jurado, precisamente porque la realidad procesal no admite la existencia de esa figura jurídica.

A solicitud del defensor se interrogó al jurado sobre estado de ira o intenso dolor causado por grave e injusta provocación y sobre grave anomalía psíquica o intoxicación crónica producida por el alcohol o por cualquiera otra substancia, y respondió en forma negativa ambas preguntas.

Es de advertirse que el reo fue examinado por los médicos doctores Ricardo Jaramillo Arango, Andrés Patiño Gutiérrez y Fernando Valencia y nada patológico le hallaron en su personalidad, pues concluyeron que el funcionamiento de la inteligencia, de la voluntad y de la afectividad es normal en él (exposición pericial de fs. 110 del cuaderno 1º).

Lo dicho es suficiente para concluir que no prospera la causal 2ª de casación.

..Causal 1ª. "Cuando la sentencia sea violatoria de la ley penal, por errónea interpretación o por indebida aplicación de la misma".

Respecto de este motivo de impugnación expresa el recurrente que no está demostrado que el homicidio se cometiera por motivos innobles o futiles o abusando de las condiciones de inferioridad personal del ofendido, y que como el tribunal tuvo en cuenta tales circunstancias para agravar la sanción, la sentencia es violatoria de los artículos 37, 38 y 39 del Código Penal.

Refutando este cargo, manifiesta en su vista el señor procurador delegado en lo penal lo siguiente:

"Tratándose, como se trata aquí, de circunstancias modificadoras o constitu-

tivas de asesinato, ellas son materia del auto de proceder y de la calificación del jurado; no representan simples elementos circunstanciales del delito que el juez pueda apreciar libremente en la sentencia para adaptar la sanción, conforme a los artículos 37, 38 y 39 que cita el demandante. De suerte que para infirmar esos elementos esenciales del asesinato, es preciso atacar primero el veredicto del jurado por concepto de injusticia notoria, y este aspecto de la cuestión no se le ha propuesto a la Corte".

Comparte la Sala los anteriores conceptos de su colaborador fiscal. Fundándose en ellos declara que no hubo mala aplicación de la ley penal. Por lo tanto, tampoco prospera la causal 1ª.

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, de acuerdo con el parecer del procurador delegado, y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, declara que no es el caso de infirmar, y NO INFIRMA la sentencia del Tribunal Superior de Manizales, fechada el 15 de octubre de 1941, por la cual se condenó a Luis María Toro Ortiz a la pena principal de quince (15) años de presidio como responsable de homicidio (asesinato) en la persona de Antonio José Ramírez, y en consecuencia desecha el recurso de casación interpuesto.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente. Publíquese en la Gaceta Judicial.

Absalón Fernández de Soto.—José Antonio Montalvo. — Campo Elías Aguirre. Julio E. Argüello, Srio.

COLISION DE COMPETENCIAS

1º De nuevo la Corte reafirma la verdad obvia, de comprensión elemental, que ya había expresado en dos providencias publicadas en la *Gaceta Judicial*, número 1959, de agosto y septiembre de 1940, páginas 871 y 872, y número 1970, de junio de 1941, páginas 103 y 105, verdad consistente en dos puntos principales: que la infracción llamada abuso de confianza, en su aspecto de *apropiación*, delito que es de la categoría de los instantáneos, no se consuma o perpetra en el lugar en que surge la intención de cometerlo, sino en el territorio en que se manifiestan los actos positivos de la apropiación; y que la instantaneidad de un delito no se sujeta al tiempo que tarde el delincuente en prepararlo ni a la complicación de factores para su ejecución, pues un delito de tal naturaleza sólo implica unidad de tiempo y no de acto en la consumación;

2º El giro de un cheque sin previa provisión de fondos en el banco girado, puede ser estafa en ciertos casos; pero en la contingencia actual únicamente podría considerarse como violación del artículo 3º, Ley 8ª de 1925;

3º Estafa es emplear medios de engaño o artificio para perjudicar a otro en sus bienes, obteniendo un provecho ilícito por el error que esos medios producen en el ofendido, hecho en que no incurrió X. X. al darle a Z. un cheque sin tener depósito de dinero en el Banco, puesto que ningún provecho *material* tendía a lograr X. X. por la inducción en error de Z. Nada le quitó el girador al tenedor del cheque, ni nada pretendió quitarle, con mira a un enriquecimiento ilícito. Ya lo había perjudicado desposeyéndolo de un caballo, y apenas se trataba de una indemnización acordada por ambos;

4º Se advierte que para la posibilidad del delito específico que consigna el art. 3º, Ley 8ª de 1925, se necesita que el Banco girado proteste el cheque por falta de provisión de fondos;

5º El cheque de fecha posterior a su emisión, es decir, el cheque *postdaté*, conserva su calidad intrínseca o la pierde para convertirse en un crédito u obligación de simples consecuencias civiles que excluyen la represión penal?

6º No hay que confundir la competencia *absoluta* y la competencia *relativa;* la primera equivale a *atribuciones*, y la relativa es la facultad para conocer de determinado negocio con exclusión de los otros jueces del mismo grado. La competencia absoluta radica en la naturaleza del hecho; la relativa se refiere al territorio en que se perpetró. Y en el artículo 50 de la Ley 94 de 1938 la locución "diversas competencias", comprende el sentido relativo de la palabra competencia y se relaciona con diferentes grados en la jerarquía del órgano judicial. La jurisdicción o competencia del juez de grado superior, atrae la competencia o jurisdicción del juez de inferior grado. No es que el mandato del artículo 50 entrañe el cúmulo de dos competencias absolutas e iguales;

7º ¿Cuándo es más grave un delito que otro? ¿La mayor pena revela esa mayor gravedad? En un concurso real de violencia carnal y robo de quinientos pesos, por ejemplo, en los casos de los artículos 316 y 404 del C. P., ¿cuál es más grave? Si se atiende a la cantidad y calidad de la pena del robo (de tres a catorce años de presidio), éste, de competencia de los jueces de Circuito, es más grave que la violencia carnal (reprimida con dos a ocho años de prisión). Y si se atiende a la categoría o grado del Juez que juzga al violador, es más grave la violencia. ¿Y cuál de los dos jueces, el de Circuito o el Superior, es el competente para conocer del proceso por los

dos delitos, conforme al artículo 50 de la Ley 94 de 1938? Indudablemente el Juez Superior, con intervención del Jurado, no obstante ser la pena del robo mayor que la pena de la violencia carnal; y

8º Esta colisión debe decidirse por la regla de los delitos conexos (artículo 54 del Código de Procedimiento Penal) y por los principios generales de derecho, como prioridad de tiempo en la comisión del abuso de confianza respecto del giro del cheque, y territorio en que el abuso se consumó.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal. — Bogotá, junio ocho de mil novecientos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Campo Elías Aguirre)

Vistos:

Néstor Sierra S., le entregó a Antonio Vélez Gil, en Salamina, un caballo a título no traslaticio de dominio, para que lo llevara a Manizales y se lo devolviera después, quizás en el año de mil novecientos cuarenta.

Vélez Gil, apropiándose el animal, lo vendió como suyo en la ciudad últimamente citada, y meses más tarde, ante los reclamos del dueño de la bestia y el aviso de que lo denunciaría, Vélez Gil le dijo que él iba a pagarle el valor del caballo y, al efecto, giró en Pereira, contra la sucursal del Banco de Colombia de la misma ciudad y en favor de Sierra S., un cheque por la suma de doscientos treinta pesos ($ 230.00), que el Banco protestó porque el girador no tenía fondos allí.

Sierra S. denunció los hechos y se adelantó la investigación criminal del caso.

Una colisión de competencias se suscitó luégo entre el Juez 1º del Circuito Penal de Manizales y el Juez del Circuito Penal de Pereira, provocada por aquel, el cual se niega a conocer del proceso por estimar que es al de Pereira a quien le toca ese conocimiento.

A su vez, el Juez del Circuito Penal de Pereira no aceptó ser el competente, y en lugar de expresarlo así en al parte resolutiva del auto, lo que hizo fue, de modo informal provocar él también la colisión, incurriendo, además, en el yerro de remitir el negocio al Tribunal Superior de Pereira para que éste resolviera el punto controvertido.

Y al fin vino el proceso a la Corte.

Resultando:

El Juez 1º del Circuito Penal de Manizales sostiene lo siguiente:

1º Que la apropiación del caballo de Sierra S., constituye un abuso de confianza perpetrado en Manizales y reprimido por el artículo 412 del Código Penal con prisión de seis meses a tres años y multa de diez a mil pesos;

2º Que el giro del cheque, sin previa provisión de fondos, se cometió en Pereira y es un delito consumado de estafa cuya pena en el Código es de uno a siete años de prisión y multa de diez a dos mil pesos (artículo 408);

3º Que el artículo 50 de la Ley 94 de 1938 ordena que cuando en un mismo proceso deban investigarse y fallarse varios delitos sometidos a diversas competencias, conocerá de la causa el juez o tribunal que tenga jurisdicción para fallar el delito más grave; y

4º Que por cuanto aquí el delito más grave es el de estafa, ocurrido en Pereira, es el juez de ese circuito penal el competente para conocer de las dos infracciones, conforme al precepto del citado artículo 50.

Y el Juez del Circuito Penal de Pereira replica así:

"Con todo, el juzgado estima que en este caso solamente se ha consumado un delito contra la propiedad de los considerados en el capítulo V del título XVI del Código Penal vigente consistente en haberse apropiado Vélez Gil, en provecho propio una cosa mueble ajena (un caballo

de carreras), que se le ha confiado o entregado por un título no traslaticio de dominio... Estas consideraciones las acepta el señor juez del circuito de Manizales.

"Pero les agrega a los hechos de Vélez Gil un delito más y de mayor gravedad: estafa consistente —según la ley— en obtener de una persona, valiéndose de artificios o engaños que inducen a error, un provecho ilícito que perjudica a otro.

"Aceptando como debe aceptarse el hecho confesado por el sindicado: 'ese cheque se giró con dos meses de anticipación, esa fue la bobada, de allí surgió esta vaina', se tiene que lo que expidió con alguna anterioridad Vélez Gil a favor de Sierra Sierra no fue propiamente un cheque sino un crédito tal como dice el doctor Félix Cortés en su tratado de Derecho Comercial: 'En lo referente a las penas señaladas, en el caso de que el cheque girado con fecha futura no sea cubierto, parece improcedente. En efecto, la ley ordena que el cheque para que sea tal, debe ser girado a la vista, con el fin de retirar fondos, que en el propio momento se tienen en caja. Por eso se ha dicho que el cheque es instrumento de pago; quien recibe un cheque es como si recibiera dinero y la suma que reza. Si el Banco rehusa el pago, por no tener fondos del cliente, es igual al pago hecho con moneda falsa. Muy distinto es el instrumento girado con fecha posterior a su expedición; ya no es medio de pago, sino un crédito. Se hace confianza en el dador de que a la llegada del día habrá conseguido dinero para hacer el pago. En este caso —dice más adelante el mismo tratadista— es elemental que el cheque viene a sustituir un documento en que se hiciera aparecer la obligación de cubrir la cantidad estipulada en el plazo implícito que contiene el giro de fecha futura. Y como no hay prisión por deudas, por prohibición constitucional... las penas señaladas en el artículo 3 de la Ley 8 de 1925 no pueden aplicarse'.

"Y esto precisamente fue lo que hizo Vélez Gil con Sierra Sierra: expedirle con fecha posterior y con el ánimo de depósitar en el Banco el dinero que se hacía constar en el cheque, uno por la suma de doscientos treinta pesos.

"Y si por otra parte se tiene en cuenta que por parte del sindicado no hay artificios o engaños para inducir a error al ofendido y de ello obtener un provecho ilícito —hubo negociaciones amistosas entre ellos— se tiene una prueba más de la no existencia del genérico delito de estafa porque faltan las violaciones de los elementos constitutivos del delito —base para la fijación del cuerpo del delito— y surge en toda su magnitud el primitivo delito investigado y sostenido por este juzgado: 'del abuso de confianza y otras defraudaciones', cuya competencia en el presente caso está asignada a los jueces del circuito de Manizales, porque fue en esta ciudad donde el procesado vendió el semoviente...."

Considerando

Es función privativa de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia la decisión de las competencias que se hayan suscitado en asuntos criminales entre dos juzgados de distintos distritos judiciales, según el ordinal 4º del artículo 42, Ley 94 de 1938.

Y porque Manizales y Pereira son distritos judiciales diversos, hoy la Corte ejerce la mencionada atribución.

Los dos jueces en pugna están de acuerdo en que Antonio Vélez Gil abusó de la confianza de Néstor Sierra S., cuando el procesado enajenó el caballo del último, y ambos admiten que el presunto delito se realizó en Manizales.

Había dicho el juez del Circuito Penal de Pereira, sin embargo, "que a falta de pruebas que vengan a establecer cuándo y dónde tuvo la intención de enajenar el sindicado el bien materia del reato, debe estimarse que fue en Manizales y no en otra ciudad"; y agregó que fue en el instante de la intención cuando surgió el abuso y no en el acto de la enajenación, repitiendo que por no disponerse de ele-

mentos probatorios que señalen el lugar y época del ánimo o propósito de delinquir, es preciso tener como consumada en Manizales la apropiación del caballo.

No son jurídicas las precedentes reflexiones del Juez del Circuito Penal de Pereira.

En la colisión de competencias de los jueces de los circuitos penales de Armenia (Distrito Judicial de Manizales) y Sevilla (Distrito Judicial de Cali), afirmó la Corte esto:

"b) Según los datos que hasta el presente arroja la investigación se trata de un abuso de confianza que cometió Miguel o José García al apropiarse en provecho suyo los bienes muebles ajenos que se le confiaron o entregaron por un título no traslaticio de dominio, apropiación que se caracterizó en el momento en que hubo celebrado los contratos de compraventa de los animales y sus aparejos, porque fue entonces cuando se reveló en actos positivos el ánimo o intención de apropiarse García las cosas" (Auto de julio 30 de 1940, Gaceta Judicial, número 1959, de agosto y septiembre de 1940, páginas 871 y 872).

Y en el mismo expediente, más ya en un debate de competencia negativa entre los jueces municipales de Sevilla (Valle) y Montenegro (Caldas), la Corte amplió su doctrina como sigue:

"En la compleja estructura de toda transgresión intencionada de la ley penal, el primer estado o aspecto lo forman el pensamiento o concepción y la resolución, fenómenos internos que únicamente denotan la tendencia de la persona humana a ejecutar el delito, y que, por sí solos, se hallan fuera de las funciones del derecho, pues, como no afectan la seguridad colectiva, carecen de la virtud que se requiere para que la defensa social entre en su propio ejercicio de reprimir o sancionar.

"Y aun cuando de esos fenómenos y tendencias se imponga el poder público, también queda excluída la penalidad, excepto en los casos sui generis de concierto y de asociación y de propuestas para delinquir, y apenas habría campo para que interviniese el organismo encargado de la prevención de los delitos.

"Si la mera intención es algo que no daña y que ni alcanza a constituir una peligrosidad predelictual, tampoco la intención adelantada hasta la tentativa, la frustración y la consumación, es por lo común norma fija para indicar en qué territorio se cometió el hecho criminoso, pues no siempre coinciden el lugar en donde se forma el propósito de violar la ley y aquel en donde la violación ocurre.

" Con la teoría del juez provocador sería menester suponer que el homicidio, el robo, etc., concebidos y resueltos en el municipio A para efectuarlos en el municipio B, se cumplieron en A, lo que es inaceptable.

"Es verdad palmaria que la consumación de un delito no será sino la consecuencia del fenómeno interno que lo concibió y resolvió; más aseverar que en este abuso de confianza la venta de los semovientes fue el resultado de una 'apropiación ya hecha de las cosas', es un error notorio.

"Tratárase aquí de un abuso de confianza por **uso indebido** de los animales y no por **apropiación** de los mismos, y tendría razón el juez municipal de Sevilla cuando argumenta en torno al aserto de que García consumó su delito en Montenegro, una vez que se desvió del camino y finalidad señalados al entregarle las bestias. Pero el cargo es por abuso de confianza en el primer término del artículo 412 del C. P., y siendo de ese modo la entidad mayor absorbe a la menor que es la del segundo inciso.

"Que el abuso de confianza perteneciera a la clasificación de los delitos continuos, perfectos desde el primer momento y que se prolongan en el mismo estado criminoso, bajo un solo designio, con violación de una misma ley y en concurso de una sola acción, sean de continuidad transeúnte o bien desarrollada en un territorio único, y entonces el juez competente no podría ser sino el municipal de Montenegro que conoció a prevención.

"Mas el abuso de confianza, como todos

los que atentan contra la propiedad ajena, es delito instantáneo. El juez de Montenegro rechaza esa regla porque, dice, algunos de tales hechos 'a veces son efecto de un largo proceso'. Es clara la equivocación: la instantaneidad de un delito no está sujeta, de ninguna manera, al tiempo que tarde el delincuente en prepararlo ni a la complicación de factores para su ejecución. El delito instantáneo no implica unidad de acto, sino unidad de tiempo en la consumación, y trae la imposibilidad de repetirlo sin que en el nuevo hecho se vea un delito aparte. Y es que consumada la acción en el delito instantáneo, al recomenzarlo se emprende otro.

"Por tanto, el delito instantáneo de abuso de confianza consistente en que Miguel o José García se apropiara en provecho suyo unas cosas muebles ajenas, que se le entregaron a título no traslaticio de dominio, no se consumó cuando recibidos los dos machos y sus aparejos en la finca 'Guatemala' del municipio de Montenegro, para transportar maiz en la misma finca, concibió la idea y formó la intención o propósito de adueñarse de aquello, ni cuando con esa intención se fue por un camino diverso, ni cuando pasó al municipio de Sevilla, porque semejante resolución oculta, de nadie conocida, aún no era ni un principio de ejecución del delito, y porque la circunstancia de tomar otra vía el procesado y de irse a territorio de un distinto municipio, circunstancia que presentaba un abuso por uso indebido, solamente tenía la índole de un acto preparatorio, de equívoca naturaleza en orden al abuso por apropiación.

"Ese específico abuso de confianza tuvo su consumación en el municipio de Sevilla, en el momento en que, por los actos positivos de la compraventa, se descubrió el secreto ánimo de García y se caracterizó la apropiación de las cosas". (Auto de mayo 5 de 1941, Gaceta Judicial, número 1970, de junio de 1941, Págs. 103 a 105).

De suerte que aún cuando apareciese plenamente acreditado que Vélez Gil al recibir el caballo en Salamina de manos de Sierra S. hubiera tenido desde entonces la intención de apropiárselo, ello en nada desvirtuaría la elemental comprensión, sencilla y obvia, de que el delito instantáneo de abuso de confianza imputado a ese sujeto se consumó en Manizales.

Una vez más cree conveniente la Corte consignar los principios expuestos que responden a la necesidad de que no siga confundiéndose el lugar o sitio en que la ideación delictuosa se define, con el sitio o lugar en que esa intención avanza, en el transcurso del proceso o camino criminal, hasta llegar a la efectividad del delito perfecto o imperfecto. El lugar de la comisión de un delito es aquel en donde el propósito de violar la ley penal se transforma en la realización del acto u omisión punibles.

El problema de la colisión que se estudia radica, pues, no en lo concerniente al lugar en donde se perpetró el presunto abuso de confianza, que eso no lo disputan los dos jueces de Manizales y Pereira, sino en lo que se refiere a lo que el Juez 1º del Circuito Penal de Manizales llama **estafa consumada** mediante el cheque protestado en la sucursal del Banco de Colombia en Pereira.

Si algún fundamento hubiese para defender la existencia de una estafa por obra de Vélez Gil, esa infracción sería imperfecta, sin pasar de una simple tentativa.

Pero es que no hay ni asomo de estafa en el actual sumario.

Estafa es emplear medios de engaño o prácticas artificiosas para perjudicar a otro en sus bienes, obteniendo así un provecho ilícito por el error que esos engaños o prácticas producen en el ofendido.

Y pudo ser un embuste de Vélez Gil el haberle dado a Sierra S., un cheque sin provisión de fondos en el Banco, más nada le quitó el girador al tenedor del cheque, ni nada pretendió quitarle, con mira a un enriquecimiento ilícito, pues ya lo había perjudicado, desposeyéndolo del caballo, y únicamente se trataba de una indemnización que ambos acordaran. Nin-

gún provecho material tendía a lograr Vélez Gil por la inducción en error que ejecutó sobre Sierra S.

Ni siquiera puede pensarse en la ocurrencia de un delito imposible (imposibilidad por el uso de medios inidóneos o por un fin que no permita la realización del acto), pues un hecho de semejante naturaleza no se escapa a la norma de que los elementos constitutivos del delito señalados en la respectiva disposición penal, serán la base de la comprobación del cuerpo del delito (artículo 272 de la Ley 94 de 1938). Y es punto claro, se repite, que Vélez Gil nada intentó quitarle a Sierra S., o, mejor, no fue su pretensión derivar un provecho ilícito, que tiene que ser material, con la expedición del cheque engañoso.

Quien, por ejemplo, celebra un contrato de compraventa de cosa mueble o inmueble y paga el precio al vendedor con un cheque, sin que en el correspondiente banco el comprador tengo fondos en depósito, ese sí incurre en estafa, pues apropiándose la cosa por un engaño que ocasiona el error del vendedor, saca un beneficio prohibido legal y moralmente, con menoscabo del patrimonio ajeno; mas no es estafadora la persona que por resarcir a otra de un daño o perjuicio que le infirió, gira a su favor un cheque como el que giró Antonio Vélez Gil.

El cheque es una letra de cambio girada sobre un banco y pagadera a la vista, y por sí mismo el cheque no implica provisión de fondos del girador en el banco, como lo preceptúan los artículos 186 y 190 de la Ley 46 de 1923 que regula la materia de los instrumentos negociables.

Pero, a pesar de que el cheque no equivale a una provisión de fondos, la circunstancia de girarlo sin esa provisión en el banco girado que lo protesta por tal motivo, no es un hecho indiferente: es un delito.

Dice el artículo 3º de la Ley 8ª de 1925:

"Cuando la emisión de un cheque sin previa provisión de fondos, o sin la autorización del girado, no constituya estafa, se castigará con la pena de dos a seis meses de arresto.

"En este caso si el interesado o el acusador particular, si lo hubiere, desisten, cesará todo procedimiento, aunque éste se haya iniciado de oficio".

Previsiva la ley para no dejar impune la ilicitud del giro de cheques que no tienen el respaldo de un depósito de dinero del girador en el banco, creó la específica infracción punible del copiado artículo 3º, siempre que la emisión del cheque no sea una estafa, salvedad por demás lógica.

Ya la Sala descartó la estafa como inexistente en este proceso, y sólo subsiste la posibilidad del especialísimo delito que sanciona el artículo 3º de la Ley 8ª de 1925, no incluído en el Código Penal de 1936.

En la declaración indagatoria Antonio Vélez Gil manifiesta que giró el cheque con dos meses de anticipación, para ver si durante ese lapso podía consignar los doscientos treinta pesos ($ 230.00) en la sucursal del Banco de Colombia en Pereira, lo que no pudo hacer.

Si fuera verdad lo que alega el procesado, que la emisión o expedición del instrumento fue anterior a su fecha (agosto 1º de 1940), el cheque es lo que se llama postdaté, y entonces cabe esta pregunta: ¿el cheque de fecha posterior al día en que se expidió conserva su calidad intrínseca o la pierde para mudarse en un crédito u obligación de meras consecuencias civiles que excluyen la punibilidad del art. 3º, Ley 8ª de 1925? Semejante cuestión, en cuyo esclarecimiento entran en juego las teorías que cada cual adopte, no atañe a la Corte dilucidarla hoy, sino al fallador de instancia o Juez competente para calificar el mérito del sumario.

La cuantía del abuso de confianza imputado a Vélez Gil excede de doscientos pesos y no sube a mil, y corresponde a los Jueces de Circuito el conocimiento de ese delito en el caso simple del artículo 412 del Código Penal. La mal nombrada estafa también sería de competencia de esos Jueces porque, de existir ella, la cuan-

tía inferior a mil pesos y la cantidad de prisión imponible situarían el delito en el precepto del artículo 408 **ibídem** (ordinal 1º del artículo 47, Ley 94 de 1938).

Ahora: si el conocimiento de cada uno de aquellos dos hechos, aisladamente considerados, pertenece a los Jueces de Circuito, ha sido impropia la interpretación que el Juez 1º del Circuito penal de Manizales dio al artículo 50 de la aludida Ley 94, pues equiparó la **competencia absoluta** y la **competencia relativa.** El sentido de la primera es por razón de la materia y por razón del grado. Tienen competencia absoluta todos los jueces de una jurisdicción determinada y de un grado determinado de la jerarquía de dicha jurisdicción; pero además de la competencia absoluta, que significa **atribuciones,** hay la competencia relativa que es la facultad de un determinado Juez para conocer de negocio determinado, con exclusión de los otros jueces del mismo grado. Tienen competencia absoluta todos los jueces con atribuciones para conocer de un hecho por la naturaleza de éste, y la tienen relativa o local para conocer de un hecho en atención al territorio en que se perpetró. Del delito común de homicidio, v. g., conocen los Jueces Superiores, con intervención del Jurado (competencia absoluta); mas del homicidio en el lugar X no puede conocer sino el Juez Superior que ejerce sus funciones en el territorio a que ese lugar corresponda (competencia relativa), menos en el caso de prórroga de jurisdicción cuando la ley permite la prórroga.

En el artículo 50 de la Ley 94 de 1938 la frase "diversas competencias" comprende el sentido relativo del vocablo **competencia** y se relaciona con diferentes grados en la jerarquía de la jurisdicción judicial, es decir, que la jurisdicción o la competencia del juez de grado superior atrae la competencia o jurisdicción del juez de inferior grado, y no es que el mandato del artículo 50 entrañe el cúmulo de dos competencias absolutas e iguales.

Dos hechos, que pueden ser delitos, contiene el actual proceso: un abuso de confianza cometido en Manizales, y el giro de un cheque sin previa provisión de fondos, o sin autorización del Banco girado, que no constituye estafa y que se cumplió en Pereira.

El giro del cheque es, quizás, un delito que reprime el artículo 3º de la Ley 8ª de 1925 con dos a seis meses de arresto. Este delito, por sí, es de competencia de los Jueces de Circuito, pues no está atribuído a otra autoridad.

Y el abuso de confianza que dizque ejecutó Vélez Gil también será, por sí, de conocimiento de esos jueces, en vista de la cuantía.

Pues bien: si el conocimiento de ambos hechos compete, por su naturaleza, a los Jueces de Circuito, no hay lugar a decidir la colisión con la regla del artículo 50, Ley 94 de 1938, regla que presupone diferentes escalas de la jerarquía judicial, en que la función del grado inferior se traslada a la función de un más alto grado.

En la hipótesis de que el abuso de confianza de Vélez Gil hubiese resultado como correspondiente a un Juez Municipal, sí cabría entonces la aplicación del citado artículo 50, porque la emisión del cheque es un delito de competencia de los Jueces de Circuito; pero en tal hipótesis se presentaría algo anómalo: que el delito de que habla el artículo 3º, Ley 8ª de 1925, con pena de **dos a seis meses de arresto,** no más, atrae y llama a sí al delito de mayor pena, que es el abuso de confianza, reprimido con **seis meses a tres años de prisión** y **multa de diez a mil pesos.** Y eso tendría que ser así, porque es un absurdo legal y jurídico que la acumulación de la competencia o del conocimiento de los dos hechos (uno de los cuales, el giro del cheque sin provisión previa de fondos, toca a un Juez de Circuito), se efectuara en un Juzgado Municipal. El superior puede conocer de las infracciones de competencia del inferior, mas nunca a la inversa.

Para precisar cuándo un delito es más grave que otro u otros parece que la mayor pena no sea pauta única. El Juez pro-

vocador de esta colisión dice que la pena mayor indica que el delito es más grave. No siempre concuerda con la realidad tal aserto: por vía de ejemplo supóngase un concurso delictuoso de violencia carnal y robo de quinientos pesos en los casos de los artículos 316 y 404 del C. P., respectivamente. El robo de por sí, sancionado con tres a catorce años de presidio, sería de conocimiento de los Jueces de Circuito, y la violencia carnal, reprimida con dos a ocho años de prisión, por sí es de competencia de los Jueces Superiores. ¿Cuál de los dos hechos es más grave? El robo, si se atiende a la pena. La violencia carnal, si se atiende a la categoría o grado del Juez que ha de juzgarla. ¿Y cuál de los dos Jueces es el competente para conocer del proceso por los dos delitos, conforme al artículo 50 de la Ley 94 de 1938? El Juez Superior con intervención del Jurado, indudablemente, no obstante tener el robo mayor pena que la violencia carnal.

Añade el Juez 1º del Circuito Penal de Manizales que la colocación de los dos delitos en el Código significa que es más grave el del capítulo anterior. En la estafa y el abuso de confianza sí, y en la mayor parte de las infracciones de un mismo género, familia o grupo. Pero tampoco es aquello una verdad constante. Nótese que el hurto está antes del robo, y es el primero menos grave que el segundo.

Cabalmente conexos el abuso y el giro del cheque por razón del innegable vínculo de su origen y su desarrollo, y por las personas de Sierra S. y Vélez Gil que en uno y otro figuran, es el caso del artículo 54 del Código de Procedimiento Penal que ordena investigar y fallar los delitos conexos en un mismo proceso.

Y por los principios generales de derecho (prioridad de tiempo en la comisión del abuso de confianza respecto del giro del cheque y lugar o territorio en que el abuso se perpetró), el competente es el Juez 1º del Circuito penal de Manizales.

En mérito de lo dicho, la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, resuelve:

Corresponde conocer de este proceso al Juez 1º del Circuito penal de Manizales y no al Juez del Circuito penal de Pereira.

Remítase el expediente al Juez provocador de la colisión de competencia (el de Manizales), y mándese una copia de este auto al Juez provocado (el de Pereira).

Insértese en la Gaceta Judicial.

Campo Elías Aguirre — José Antonio Montalvo — Absalón Fernández de Soto. Julio E. Argüello R., Srio.

¿LA PENA DE VEINTICUATRO AÑOS DE PRESIDIO (LIMITE PUESTO COMO MAXIMO DE ESTA SANCION POR EL ART. 45 DEL CODIGO), PUEDE SOBREPASARSE O NO EN UNA SENTENCIA CONDENATORIA QUE CONTEMPLE EL CASO DE UN CONCURSO REAL DE DELITOS? — ANTECEDENTES DE LA CUESTION EN EL ANTEPROYECTO DE CODIGO DE FERRI (AÑO DE 1921), TOMADO COMO DERROTERO PARA EL CODIGO PENAL COLOMBIANO DE 1936. — CRITERIO TRADICIONAL DE NUESTRO LEGISLADOR SOBRE PENA MAXIMA.—APLICACION DE LA LEY MAS FAVORABLE AL PROCESADO.

- I -

La Comisión colombiana que redactó el proyecto de Código Penal de 1936 siguió como derrotero el anteproyecto elaborado para el Reino de Italia, en el año de 1921, por Ferri y otros hombres de ciencia de aquella nación; pero en el Código nuestro no hay unidad de pensamiento tal que permita considerarlo como fiel trasunto del proyecto de Ferri; éste es integralmente subjetivista, mientras que en el Código colombiano son bastantes las disposiciones en que se ve el ánimo de no quebrar por completo la tradición jurídico-penal que reconoce predominio al elemento objetivo.

- II -

El proyecto italiano (artículo 20), toma como fundamento único de la sanción la peligrosidad del delincuente y apenas asigna el carácter de elementos demostrativos de ella a la gravedad y modalidades del hecho delictuoso, los motivos determinantes y la personalidad misma del delincuente; mientras que en la ley colombiana parecen equipararse estos cuatro elementos: a) gravedad y modalidades del hecho delictuoso; b) motivos determinantes; c) circunstancias de mayor o menor peligrosidad "que lo acompañen" (¿al hecho?), y d) personalidad del agente. (Artículo 36).

- III -

1º El anteproyecto de Ferri, aunque determinaba el máximo y el mínimo de cada una de las sanciones imponibles, confería al juez la facultad de propasarse del máximo o bajar del mínimo, según que las circunstancias de mayor o menor peligrosidad fuesen más o menos numerosas (arts. 74 a 77).

El Código colombiano no autoriza al juez para salirse de los límites mínimo y máximo de la sanción aplicable en un caso determinado; por eso el artículo 45 que fija el mínimo y el máximo de las sanciones hace diferir notablemente el sistema del que proponía el anteproyecto italiano de 1921 y aun podrá dejar sin aplicación en muchos casos los artículos 31 a 36 sobre concurso de delitos y reincidencia.

2º El anteproyecto italiano, a pesar de que adoptaba la condenación a tiempo indeterminado y la prisión perpetua, para el caso de concurso de delitos estatuía que se aplicara la sanción correspondiente al más grave, considerando los otros delitos únicamente como circunstancias de mayor peligrosidad; sólo a este título, no por el hecho objetivo del concurso mismo, podía pensarse, y eso interpretando el artículo 23 en relación con el 75, que en tal caso también estaba facultado el juez para aplicar una sanción superior al máximo de la establecida para el delito más grave;

3º En el Código colombiano no hay disposición que autorice expresamente al juez para imponer una cantidad de pena superior al máximo fijado para la respectiva sanción; y si es verdad que el artículo 33 dice: "Al responsable de varios delitos cometidos separada o conjuntamente y que se juzguen en un mismo proceso, se le aplicará la sanción establecida para el más grave, aumentada hasta en otro tanto", esto no significa que se suponga como base

el máximo de la sanción correspondiente al delito más grave para hacer sobre ese máximo el aumento.

- IV -

La Comisión redactora del anteproyecto de Código Penal Colombiano no acogió la pena de prisión perpetua, ni siquiera la sentencia a tiempo indeterminado, y propuso como pena máxima imponible, sin distinguir si se trataba de aplicarla por uno o por varios delitos, la de treinta años de presidio.

La Comisión del Senado que estudió el anteproyecto y que lo propuso como proyecto al mismo Senado, estimó excesiva la sanción de treinta años teniendo en cuenta varios considerandos, entre otros, el promedio de duración de la vida humana en Colombia, y resolvió bajar a veinticuatro años el máximo de pena imponible, sin establecer excepciones ni hacer distinción para el caso de que se trate de sancionar a un reo por varios delitos. La trayectoria recorrida por el legislador colombiano muestra que, apartándose del anteproyecto de Ferri, no sólo prescindió de establecer la prisión perpetua sino que aun consideró excesivo el término de treinta años para la pena de presidio, la cual restringió a veinticuatro años como máximo.

- V -

La ley más benigna es la que debe aplicarse al procesado, aun cuando ella sea posterior al acto materia del juicio, según principio reconocido expresamente por los artículos 22 de la Constitución, 44 y 45 de la Ley 153 de 1887, 3º del Código Penal y 5º del Código de Procedimiento. En el caso a que se refiere el proceso la pena que debió imponerse es la que establece el Código de 1936 y no la del Código de 1890, por señalar éste veinticinco años de presidio y aquél solamente veinticuatro. Como la sentencia recurrida se atuvo al Código Penal de 1890, hizo una indebida aplicación de éste, y por tanto, debe invalidarse.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, junio quince de mil novecientos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. José Antonio Montalvo)

El nueve de febrero de mil novecientos treinta y siete el Jurado declaró responsable a Arturo Herrera de tres asesinatos y a Moisés Montoya, de dos asesinatos (folios 171, cuaderno 1º).

Acatando esos veredictos el Juez Primero Superior de Buga, que conocía de la causa, impuso a los reos la pena principal de veinticinco (25) años de presidio; y el Tribunal Superior de ese mismo Distrito Judicial confirmó tal sentencia.

Los reos interpusieron casación y la Corte, a solicitud del señor Procurador, invalidó el fallo por nulidad en el sorteo de jurados. El señor Procurador Delegado dijo entonces que la anulación de la causa ofrecía la ventaja de permitir "un nuevo estudio de este asunto y la intervención de un nuevo cuerpo de jurados" para apreciar otra vez la prueba indiciaria que existe contra los acusados.

Surtido de nuevo el juicio, con diferente personal de jurados, éstos también declararon responsables a los reos; el Juez Superior les impuso otra vez la pena principal de veinticinco años de presidio y el Tribunal de Buga confirmó esta segunda sentencia condenatoria.

Volvieron los reos a interponer casación; y el señor Procurador Delegado en lo Penal, aunque impugnando los motivos en que pretenden aquéllos apoyarla, pues considera que sí está probada la responsabilidad de los procesados, funda por su parte el recurso, ejercitando para ello la facultad que le otorgaba el artículo 6º de la Ley 118 de 1931 aplicable a este juicio por haberse iniciado y tramitado cuando regía la anterior legislación.

El señor Procurador invoca la causal 1ª de casación, alegando que el artículo 45 del nuevo Código Penal no permite imponer pena de presidio por más de veinticuatro años y que ésta es la que debe aplicarse a los recurrentes como menos gravosa que la de veinticinco años del viejo Código.

La Sala examinará primero las causales

que invocan los procesados y luego la que propone el señor Procurador de la Nación.

Alegan los recurrentes nulidad, error en la apreciación de la prueba del cuerpo del delito y notoria injusticia del veredicto.

Causal de nulidad

Como el señor Procurador puntualiza con toda claridad la carencia de fundamento de la primera de estas acusaciones contra la sentencia, bastará transcribir al respecto lo pertinente de la vista, que dice así:

"Dice así la demanda: 'Ser la sentencia violatoria de la ley procedimental, por cuanto se ha dictado sobre un juicio viciado de nulidad sustancial según la ley. En el auto de proceder por el cual se nos llamó a responder en juicio criminal, se nos dice que el acto fue ejecutado con crueldad, con sevicia y estando indefensas las víctimas José Antonio Ceballos, María Valencia de Ceballos y Ester Sánchez, siendo así que, de acuerdo con el artículo 345 de la Ley 105 de 1890, se formulará el cargo, ¡sin calificar desde luego si el homicidio fue premeditado, involuntario o de otra especie!'

"Las calificaciones hechas en el auto de proceder acerca de la especie de los homicidios, figuran en la parte motiva y no en la resolutiva; luego ese reparo no tiene ningún fundamento".

Causal de injusticia notoria del veredicto

Dicen los recurrentes:

"Está viciado de injusticia notoria el veredicto, porque los señores Jueces de conciencia, no podían, no debían apreciar como indicios las simples sospechas. Se sospechó que nosotros habíamos sido los responsables, porque alguien aseguró que quince meses antes de los sucesos, nosotros dizque habíamos andado averiguando por los lados de la comarca en donde se perpetraron los delitos, si los occisos tenían dinero, dizque haciendo conocer nuestro designio de apoderarnos de él; si ellos habían vendido la finca. Se consideró también como indicios el haber nosotros estado entre el 25 y el 11 de febrero de 1934 en muchas fincas de la región y del 11 al 12 en unas mejoras abandonadas, cuando no dizque era cierto, porque habíamos estado en esos días en finca de Laureano Dregama, especialmente el día de los crímenes, acompañados del occiso Ceballos; en que con éste y Dregama dizque fuimos a la casa finca de Ceballos el occiso; que cuando se retiró Dregama dizque quedamos en casa y sementeras del occiso Ceballos. Se consideró también como indicio el hecho de que Dregama nos hubiera reconocido después en rueda de presos. Y, se consideró además como indicio, lo declarado por Jesús Antonio Muñoz y su mujer de que, desde lejos habían presenciado parte de los crímenes reconociendo al suscrito Arturo Herrera, 'como individuo de extraordinario parecido con el victimario de Ceballos, de su esposa y de la niña Ester Julia Sánchez'.

"El veredicto de los Jurados es contrario a la evidencia de los hechos, porque en el proceso no hay, la evidencia de que nosotros seamos los responsables de tales delitos. Los indicios que dejamos mencionados no son necesarios, ni vehementes de responsabilidad. Se ha pecado contra la lógica indudablemente".

Los pasajes del alegato que acaban de trascribirse no demuestran que el veredicto del Jurado sea notoriamente injusto. Los procesados se limitan a enunciar, a su manera, algunos de los indicios que obra en contra suya. Pero la mera afirmación de que esos indicios son "simples sospechas" no destruyen el valor probatorio de ellos.

El señor Procurador ha transcrito en su vista la enumeración de las probanzas hecha por la sentencia del juzgado, y sería inútil que la Corte repitiese la misma transcripción.

Aquella relación demuestra que el veredicto condenatorio no es infundado y que, por el contrario son varios y vehementes los indicios demostrativos de la responsabilidad de los dos procesados.

Por lo demás —y como lo ha expresado la Sala en ocasiones anteriores— la circunstancia de que al Jurado le haya tocado emitir su veredicto en un juicio fundado sobre prueba de indicios no demuestra por sí misma que el veredicto condenatorio sea injusto ni, mucho menos, que sea notoriamente injusto.

Y en el caso presente resulta más difícil contemplar la tesis de notoria injusticia, ya que a estos reos se les repitió el Jurado y un nuevo personal de jueces de hecho los declaró responsables como los había declarado el anterior Jurado.

Causal relativa a la prueba del cuerpo del delito.

También intentan los recurrentes aludir a la causal de error en cuanto a la prueba del cuerpo del delito y proponen la cuestión en estos términos:

".....no existen indicios necesarios o vehementes que produzcan el pleno convencimiento de que nosotros perpetramos esos delitos".

La tesis así enunciada no tiene que ver con el cuerpo del delito sino con la prueba de la responsabilidad, punto que acaba de examinarse a propósito de las alegaciones sobre notoria injusticia del veredicto.

No pudiendo prosperar la casación por los motivos que han aducido los recurrentes, pasa ahora la Sala a examinar el problema que le plantea el Ministerio Público en los términos siguientes:

Causal de indebida aplicación de la ley penal.

"Los acusados fueron condenados, cada uno, a la pena principal de veinticinco años de presidio, con aplicación del anterior Código Penal, que estimaron los juzgadores como más favorable para los recurrentes.

"Pero bien: a juicio de este Despacho es más favorable para los reos el nuevo Código Penal, por cuanto este estatuto señala como máximo de la pena imponible la de veinticuatro años de presidio. (Artículo 45).

"El Juez de primera instancia deja comprender que a los acusados les hubiera correspondido, de acuerdo con el nuevo Código, una pena superior a los 25 años de presidio teniendo en cuenta los artículos 363 y 33 de esa obra.

"Arturo Herrera ha sido condenado por tres asesinatos cometidos a la misma hora y en el mismo lugar, en unidad de acción. Existe, pues, un caso típico de concurso material de delitos. Ahora bien: suponiendo que tales hechos se hubieran consumado con posterioridad al 1º de julio de 1938, se podría imponer a dicho procesado la pena de cuarenta años de presidio, descompuesta, v. g., así: 20 años por el asesinato en la persona de Antonio Ceballos (artículos 363, 36, 37, 38 y 39), y 20 años por los otros dos asesinatos (artículo 33)?

"Este Despacho estima que no, porque el artículo 45 es limitativo, de índole general y expresión, por tanto, de un sistema. Y plantea a la H. Corte el problema para que se señale desde ahora una jurisprudencia razonada al respecto.

Por lo expuesto, la Procuraduría pide con respeto a la H. Corte que infirme el fallo recurrido y, en su lugar, condene a Arturo Herrera y Moisés Montoya a la pena principal de veinticuatro años de presidio, para cada uno, y a las accesorias correspondientes, de conformidad con el nuevo Código Penal".

La Corte procede a estudiar el problema que le ha planteado el señor Procurador y que puede enunciarse así:

¿Debe el juez ceñirse, en todo caso, al máximo fijado para las penas principales por el artículo 45 del Código, no obstante las disposiciones de los artículos 31, 33 y 34 sobre concurso de delitos y reincidencias; y ante la posible oposición entre estas normas y la del artículo 45 habrá de optarse por la ley más favorable al reo?

¿O deberá entenderse que la disposición del artículo 45 es aplicable únicamente cuando se trata de sentenciar por

un solo delito y no por un concurso real de delitos?

En deliberaciones anteriores al recurso de casación sobre el cual versa la presente sentencia, los Magistrados que la suscriben se inclinaban a pensar que en caso de concurso de delitos y con aplicación del artículo 33 del Código podría el juez imponer penas que sobrepasaran los límites máximos determinados por el art. 45.

Pero al estudiar el punto en concreto y con motivo del presente fallo encuentran que la cuestión es más discutible y compleja de lo que a primera vista parece, al menos en lo que se refiere a la aplicación de pena que pase de veinticuatro años de presidio, límite máximo de la pena considerada como de mayor severidad por el artículo 45.

El artículo 45 del Código Penal

Esta disposición dice así:

"La duración de las penas es la siguiente:

"La de presidio, de uno a veinticuatro años.

"La de prisión, de seis meses a ocho años.

"La de arresto, de un día a cinco años.

"La de confinamiento, de tres meses a tres años.

"La de prohibición de residir en determinado lugar, de tres meses a cinco años.

"La de interdicción de derechos o funciones públicas, de uno a diez años, cuando no se establezca como perpetua.

"La de caución de buena conducta, de uno a cinco años.

"La de relegación a las colonias agrícolas penales, de uno a veinte años.

"La de suspensión de la patria potestad, de uno a cinco años".

Determina, pues, el artículo 45 el mínimo y el máximo imponibles de cada una de las penas establecidas como principales en el Código.

Pero no se sabe si los autores de éste se propusieron solamente dar una norma general, con el ánimo de que luego se sometiese a ella la cuantía de las penas en la parte especial del Código para las diferentes clases de delitos; o si quisieron con el artículo 45, fijar el máximo de pena imponible en todo caso aun en el de concurso de delitos y de reincidencia (artículos 31 a 34), así como el mínimo del cual no deba bajarse aun en aquellos casos en que la misma ley autoriza la imposición de una cuota parte de la pena, verbigracia cuando se trata de la sanción correspondiente al cómplice no necesario (art. 20) o de la mitigada para el que delinque en estado de ira o de intenso dolor causado por grave e injusta provocación (artículo 28).

En algunas disposiciones de la Parte Especial se sobrepasa el límite fijado como máximo por el artículo 45: por ejemplo en los casos de los artículos 161, 254 y 258 que señalan pena de prisión hasta por diez años, o de los artículos 317 y 391 que autorizan aumentos en la pena de prisión fijada por otros artículos, pues al imponer el máximo de la respectiva pena si se hacen esos aumentos la sanción excedería de los límites fijados por el artículo 45.

No está sometida, en el presente caso, a la Corte la cuestión de saber si el juez debe ceñirse siempre a los términos mínimo y máximo fijados en el artículo 45, tratándose de cualquiera de las penas establecidas como principales; por ahora su estudio y decisión deben limitarse al punto de si la pena de veinticuatro años, puede sobrepasarse o no en una sentencia condenatoria que contemple el caso de un concurso real de delitos.

El Código Penal de 1890 tenía una disposición con la cual quedaba descartado el problema que el señor Procurador ha sometido a la consideración de la Corte. Decía el artículo 71 de aquel Código:

"Cuando por un delito se hayan de imponer más de veinte años de presidio, el resto se sufrirá en reclusión; si debieren imponerse más de quince años de reclusión, el resto se sufrirá en prisión; si hubiere de imponerse más de diez años de prisión, se cambiará el exceso en arresto; pero en ningún caso la pena corporal po-

drá exceder de veinticinco años, sea que el reo la merezca por uno o por varios delitos, calificados en una misma sentencia".

Y el artículo 133 del extinguido Código establecía la equivalencia de las penas de diferentes especies imponibles en una misma sentencia, por medio de una conversión de todas a la mayor o más grave en calidad con una reducción en cantidad de las menos rigurosas.

También tiene el nuevo Código una disposición —la del artículo 60— para cuando "al aplicar las sanciones que establece la ley penal sea necesario sustituír una pena privativa de la libertad por otra de la misma especie, hacer cómputos o determinar proporciones"; y agrega que "tres días de arresto equivalen a dos de prisión, y tres de ésta a dos de presidio".

Pero como en el Código vigente no hay un artículo semejante al 71 del antiguo, lo dispuesto en el artículo 60 del nuevo no soluciona la dificultad planteada por el señor Procurador.

El proyecto de código italiano de 1921 y nuestro Código Penal

Conocido generalmente con el nombre de Proyecto Ferri por el de su principal autor, aun cuando en Italia no llegó a ser adoptado, este antecedente legislativo ha tenido sensible influencia en la elaboración de los códigos penales de otros países y, entre ellos, en el nuestro.

De ahí que en caso de incongruencia entre disposiciones legales o en que ellas parezcan deficientes, pueda ser útil rastrear los orígenes del Código Penal colombiano en su fuente primitiva o sea aquel anteproyecto italiano, y hacer la comparación entre los dos.

En la Comisión colombiana que redactó el proyecto de 1936 (Código Penal), se siguió como derrotero el anteproyecto de Ferri; pero no hubo entre los miembros de aquella tal unidad de pensamiento que permita considerar esa obra como fiel trasunto del proyecto de Ferri; y de allí que se noten inconsecuencias y desarmonía de sistema no sólo entre la parte general del Código y muchas disposiciones de la parte especial, sino aun en las mismas de la parte general entre sí.

La Comisión que hizo el anteproyecto de Código Penal para Italia, presidida por Ferri e integrada por otros doce hombres de ciencia de aquel país, entre los cuales figuran Garófalo, Florián, Ottolenghi, De Sanctis, etc., sólo elaboró la Parte General del Código, que contiene los principios básicos de la Reforma.

En la exposición de motivos y en la comunicación por medio de la cual remitieron al Ministerio de Justicia de Italia el proyecto dicen sus autores que aceptada esa parte general, no como simple modificación del Código vigente en 1921 sino como reforma fundamental y absoluta, habría de ser trabajo menos ímprobo el de elaborar la Parte Especial del Código o sea el tratado de cada delito en particular, por cuanto en esto sí consideraban aprovechable la legislación existente entonces en Italia, mediante el cambio de las sanciones en cuanto a su forma, de acuerdo con las normas del Libro Primero (o sea el Proyecto), y la modificación de algunas disposiciones especiales en lo que fuese necesario, teniendo presente sobre todo la elaboración doctrinal, la jurisprudencia y las mudables condiciones sociales. (V. Relazione preliminare di Codice Penale Italiano.—Edición hecha por el Ministerio de Justicia.—Roma, págs. 17 y 18).

Esto explica por qué la Comisión presidida por Ferri, que aspiraba a realizar una reforma fundamental como ya se dijo, plantease en el Proyecto de Parte General del Código ciertos principios a los cuales debería subordinarse luego la Parte Especial. Los más importantes o los más íntimamente relacionados con el punto que ahora se estudia, pena máxima imponible, son los siguientes:

El artículo 20 del Proyecto Ferri dice:

"Dentro de los límites señalados por la ley la sanción se aplica al delincuente según su peligrosidad. El grado de peligrosidad se determina según la gravedad y modalidades del hecho delictuoso, los

motivos determinantes y la personalidad del delincuente".

Y el artículo 36 del Código colombiano dice:

"Dentro de los límites señalados por la ley, se le aplicará la sanción al delincuente, según la gravedad y modalidades del hecho delictuoso, los motivos determinantes, las circunstancias de mayor o menor peligrosidad que lo acompañen y la personalidad del agente".

Como se ve, hay diferencias de no escasa importancia entre la redacción del artículo 20 del Proyecto Ferri y la del artículo 36 de nuestro código, que quiso imitar a aquel. El proyecto italiano toma como fundamento único de la sanción la peligrosidad del delincuente y apenas asigna el carácter de hechos demostrativos de ella a la gravedad y modalidades del hecho delictuoso, los motivos determinantes y la personalidad del mismo delincuente; mientras que en la ley colombiana parecen equipararse estos cuatro elementos:

a) gravedad y modalidades del hecho delictuoso;

b) motivos determinantes;

c) circunstancias de mayor o menor peligrosidad "que lo acompañen" (¿al hecho?); y

d) personalidad del agente.

Límite máximo de la sanción

Tanto el anteproyecto de Ferri como el Código Penal colombiano dicen que la sanción se aplicará al delincuente "dentro de los límites señalados por la ley". No obstante, aquel facultaba al juez para pasarse del máximo de la sanción o bajar del mínimo, según que las circunstancias de mayor o menor peligrosidad fuesen más o menos numerosas, como en seguida se verá, al paso que el legislador de Colombia no otorgó esa facultad al juez.

En efecto:

Los artículos 74 a 77, que forman el capítulo llamado "aplicación judicial de las sanciones" del anteproyecto italiano daban las siguientes normas al juez para graduar la pena:

a) "dentro de los límites de la ley y según el criterio del artículo 20, deberá imponerse la sanción establecida para cada delito", "excepto en los casos previstos para el responsable de varios delitos, en el caso del artículo 46 y en los demás artículos del presente capítulo";

b) la presencia de una sola circunstancia de menor peligrosidad obligaba al juez a aplicar la sanción en medida inferior a la mitad de la diferencia entre el mínimo y el máximo; y a la inversa, ante una sola circunstancia de mayor peligrosidad el juez debería aplicar una sanción superior a la mitad de la diferencia entre el máximo y el mínimo;

c) la concurrencia de varias circunstancias de menor peligrosidad autorizaba al juez para aplicar el mínimo de la sanción y aun para rebajarlo hasta en una tercera parte; y la concurrencia de varias circunstancias de mayor peligrosidad obligaba al juez a aplicar el máximo de la sanción y aun podría sobrepasarlo hasta en una tercera parte.

Estas normas sobre determinación de la cuantía de la pena con cierta relación a la cantidad de circunstancias de mayor o menor peligrosidad, que en el anteproyecto de Ferri permitían expresamente al juez excederse del máximo de la sanción señalada para un delito, no fueron acogidas en el código colombiano. Por el contrario: el artículo 39 de éste dispone que "sólo podrá aplicarse el máximo cuando concurran únicamente circunstancias de mayor peligrosidad y el mínimo cuando concurran únicamente de menor peligrosidad". Esta disposición hace firmes e inflexibles el mínimo y el máximo de la sanción fijada para cada delito.

El artículo 39 del Proyecto Ferri establecía las siguientes penas para los delincuentes comunes y mayores de diez y ocho años; multa, destierro local, confinamiento, prestación obligatoria del trabajo diario, segregación simple en establecimiento de trabajo o en colonia agrícola, segregación rigurosa en establecimiento

de reclusión, segregación rigurosa perpetua.

Nótese que en el Código colombiano se desechó la prisión o segregación perpetua y se adoptaron las penas de presidio, prisión y arresto, todas con una duración limitada.

El artículo 44 del Proyecto Ferri decía, en cambio, que la segregación rigurosa, la "detención rigurosa" y la permanencia en una colonia especial de trabajo podían ser aplicadas por disposición de la ley "a tiempo absolutamente indeterminado sobre un mínimo"; el artículo 52, que la segregación rigurosa temporal se aplicaría por un tiempo no inferior a tres años ni superior a veinte, "o por un tiempo absolutamente indeterminado con un mínimo de diez años"; el artículo 56 que habla de la "detención simple" (llamada arresto por nuestro código), dice que se impondrá por un tiempo no inferior a un mes y no superior a cinco años; y el artículo 57 previene para la denominada "detención rigurosa" una duración a tiempo relativamente indeterminado de dos a quince años.

Con un sistema en que las sanciones privativas de la libertad, o al menos algunas de ellas, sean a tiempo absoluta o relativamente indeterminado, era perfectamente lógico que en la Parte General del Código se consignaran disposiciones como las que trae el anteproyecto italiano de 1921 que acaban de citarse. Algo más: dentro del sistema de Ferri podrían muchas disposiciones de la Parte Especial del Código reducirse a indicar los elementos constitutivos de cada delito y la especie o clase de sanción correspondiente, sin señalar siquiera los términos mínimo y máximo de ella y ateniéndose a lo establecido acerca de la cuantía de la pena en la Parte General del Código. De ahí que la Comisión italiana hubiese considerado de mucho más fácil ejecución la segunda parte.

No así nuestro Código que en su art. 45, pretendió compendiar todo lo relativo a duración mínima y máxima de las penas. No se ve claramente la necesidad de este artículo 45, ya que la Comisión colombiana no estaba, como la de Italia en 1921 sentando meras bases para realizar una reforma posterior y supuesto que juntamente con la Parte General elaboró ella de una vez toda la Parte Especial del Código en que se determinan el mínimo y el máximo de las sanciones correspondientes a cada uno de los delitos. Este artículo afecta notablemente el sistema porque deja sin aplicación en muchos casos los artículos 31 a 36.

El anteproyecto de Ferri establecía, pues, la prisión o segregación perpetua para ciertos casos; en otros, la prisión temporal a tiempo indeterminado y, para los demás tenía condenación a tiempo determinado por el juez dentro de los límites —mínimo y máximo— fijados en la ley, con la facultad de sobrepasar el máximo señalado en la respectiva disposición hasta en una tercera parte, y en el evento de concurrir varias circunstancias de mayor peligrosidad. Ninguna de estas normas fue adoptada en el código colombiano.

Penalidad para el caso de concurso de delitos.

El artículo 33 del Código colombiano dispone que "al responsable de varios delitos cometidos separada o conjuntamente y que se juzguen en un mismo proceso, se le aplicará la sanción establecida para el más grave, aumentada hasta en otro tanto".

En cambio el anteproyecto Ferri, art. 23, decía lo siguiente: "Al responsable de varios delitos se le aplica la sanción establecida para el más grave y se considerarán los otros delitos como circunstancias de mayor peligrosidad"; pero como ya se dijo, el artículo 75 del anteproyecto Ferri autorizaba al juez para sobrepasar hasta en un tercio el máximo de la sanción si concurrían varias circunstancias de mayor peligrosidad y como tales debían reputarse los varios delitos en caso de concurso real.

Con el criterio de que la pena es única

o predominantemente una retribución jurídica, a dos delitos corresponden dos penas, tres a igual número de delitos y así sucesivamente, lo cual explica el sistema de la acumulación material o por lo menos el de la acumulación jurídica de las penas.

Pero en un sistema exclusivamente subjetivista como el del anteproyecto de Ferri, sistema según el cual el delito es propiamente síntoma o revelación de la peligrosidad, es lógico que la concurrencia de varios delitos no implique acumulación de penas sino que ellos sólo se estimen como circunstancias de mayor peligrosidad.

El sistema exclusivamente subjetivista no fue acogido en su totalidad por los autores del Código Penal colombiano. A pesar de la decisión que manifiestan en la Exposición de Motivos de presentar un proyecto de defensa social que mire al delincuente y no al delito, son bastantes las disposiciones en que se ve el ánimo de no quebrar por completo la tradición jurídico-penal que reconoce predominio al elemento objetivo.

Así lo demuestran disposiciones tales como las siguientes: el artículo 141 que permite la acumulación de penas en el caso de rebelión con homicidio, incendio, saqueo, envenenamiento de fuentes o depósitos de agua y "en general, actos de ferocidad o de barbarie"; en el caso de asonada, dice el inciso final del artículo 144 que "las sanciones correspondientes a los delitos comunes que llegaren a cometerse con pretexto o motivo de la asonada, se aplicarán acumulativamente"; el artículo 138 ordena aplicar "acumulativamente con las de piratería", las sanciones correspondientes a los delitos de homicidio, violencia carnal, incendio, etc., cometidos por los piratas.

Quizá pudieran tener en cuenta los autores de nuestra ley penal vigente hoy, en lo que se refiere a la penalidad del concurso de delitos que sería sumamente raro el caso de concurso real de delitos en que al propio tiempo converjan tantas y tales circunstancias de mayor peligrosidad que —aun con prescindencia del concurso mismo— sean suficientes para determinar al juez a que aplique el máximo de la sanción. El caso de más ocurrencia habrá de ser, sin duda, el de que si a las circunstancias de mayor gravedad del delito y de mayor peligrosidad del delincuente se agrega la concurrencia real de varios delitos que lo muestran como personalidad eminentemente antisocial, todo ese cúmulo de circunstancias imponga la aplicación del máximo de pena señalada para el delito más grave.

Antecedentes del criterio colombiano sobre pena máxima.

La Constitución de 1886 determinó los delitos para los cuales podría el legislador establecer la pena de muerte; y éste, al expedir el Código Penal de 1890, admitió la pena de muerte para "grave delito de alta traición a la patria" (artículos 150, 151 y 152), piratería en los casos más graves (artículo 196), asalto en cuadrilla de malhechores acompañado de homicidio, violación, mutilación o lesión grave al asaltado (artículo 252), asesinato y parricidio en los casos más graves (artículos 598 y 615), envenenamiento de aguas públicas que causara la muerte de alguien (artículo 624), homicidio causado por medio de incendio hecho con ese fin (artículo 644).

El Acto Legislativo número 3 de 1910, reformatorio de la Constitución, abolió la pena de muerte (artículo 3º) y la sustituyó por la pena de veinte años de presidio "mientras la ley dispone otra cosa", dice el artículo transitorio B) de dicho Acto Legislativo; y luego una ley declaró pena fija sin lugar a rebaja alguna en ningún tiempo la de veinte años que se impusiese como sustitutiva de la pena capital.

Esta tradición legislativa acostumbró al país a tener como pena máxima la de veinte años de presidio, sustitutiva de la pena capital; y la reforma constitucional de donde provino guardaba armonía, al menos aparente, con lo dispuesto por el art. 75 del Código Penal de 1890, que decía: "La pena de presidio que se imponga por

un delito no puede exceder de veinte años".

Pero esa concordancia entre el Código Penal y el Acto Legislativo número 3 de 1910 era apenas aparente porque el art. 71 del Código proveía el caso de que hubiera de imponerse "por un delito" más de veinte años de presidio, caso para el cual disponía que el resto de la pena lo sufriera en reclusión; y terminaba con estas palabras: "pero en ningún caso la pena corporal podrá exceder de veinticinco años, sea que el reo la merezca por uno o por varios delitos calificados en una misma sentencia".

Con esa tradición legislativa que formó una mentalidad o un sentimiento acerca de la pena máxima llegó la hora de efectuar la reforma penal.

En las actas de la Comisión que elaboró el proyecto de Código (año de 1934), se lee que ella adoptó como duración de la pena de presidio la de uno a treinta años. Alguno de los miembros de la Cosión propuso que la pena máxima fuese indefinida, dentro de un plazo no menor de veinte años ni mayor de treinta, con el objeto de "que el condenado a la pena máxima permanezca en el presidio por el término de veinte años, vencidos los cuales se estudian el hecho y las condiciones personales del delincuente, teniendo también en cuenta su conducta posterior a la condena y los síntomas que muestre de regeneración o de no adaptación a la vida social". Y más adelante: "de este modo los veinte años son fijos y los diez años entre ese término y el de treinta están sujetos a las fluctuaciones que sean dependientes de la personalidad de cada condenado y de su regeneración....." (Trabajos preparatorios del nuevo Código Penal. — Actas de la Comisión. — Tomo I, página 181).

No aceptó la comisión redactora del anteproyecto de Código estas ideas sobre flexibilidad de la pena máxima imponible, ideas más acordes acaso con el nuevo sistema que se quería implantar sobre el concepto y los fines de la sanción penal; sino que determinó dejar siempre un máximo fijo o rígido de pena, treinta años de presidio, y así, el artículo 45 del anteproyecto, que señalaba, en general, el mínimo y el máximo imponible de cada una de las penas propuestas como principales, decía: "presidio, de uno a treinta años".

Al debatirse el Código en el senado se cambió el máximo de treinta años de presidio que llevaba el proyecto, por el de veinticuatro años, que en definitiva quedó en el Código tanto en el artículo 45 que se comenta, como en los artículos 116, 118, 119, 137, 138 y 363 que señalan la sanción para los delitos considerados como los más graves.

Cuando presentó, en 1936, el anteproyecto del Código Penal, dijo la Comisión informante del Senado:

"El proyecto eleva el máximo de la pena de presidio a treinta años. Sobre el particular no hubo acuerdo entre sus autores, pues alguno de ellos no consideró necesario ni conveniente elevar el máximo que hoy existe en el Código Penal vigente, o sea el de veinte años. Vuestra Comisión, inclusive con el asentimiento de ambas tendencias, convino en fijar ese máximo en veinticuatro años. Para llegar a esta conclusión tuvo en cuenta las necesidades del país en materia de represión de la delincuencia, el promedio de la duración de la vida en Colombia y la institución de la libertad condicional que el mismo proyecto establece y reglamenta y según la cual descontada y cumplida determinada duración de la pena y llenadas otras condiciones de la mayor importancia y que dicen relación con la reforma del condenado, se le concede su libertad.

"Se puede asegurar sin riesgo de equivocación que en Colombia la mejor manera de asegurar la represión de la delincuencia no reside precisamente en un aumento de penalidad de la que hoy rige, sino principalmente en el estudio y realización de múltiples factores de carácter social entre los cuales se destacan los de carácter preventivo".

Y más adelante dice la misma Comisión:

" ..... otorgando como otorga el proyecto en el artículo 94, la libertad con-

dicional al que haya descontado las tres cuartas partes de la pena a que haya sido condenado, su duración a (sic) veinte años resultaría baja; en cambio con el aumento a veinticuatro tiene ese condenado que descontar por lo menos diez y ocho, lo que resultaría equitativo y conveniente. Consideramos necesario advertir que la libertad es en todo caso condicional y que no se concede al condenado sino cuando su personalidad, su buena conducta en el respectivo establecimiento carcelario, sus antecedentes de todo orden, permitan al juez presumir fundadamente que ha dejado de ser peligroso para la sociedad y que no volverá a delinquir....."

Los pasajes que acaban de transcribirse muestran claramente la idea de la Comisión del Senado en el sentido de que en el Código habría de quedar como pena máxima la de veinticuatro años de presidio, y eso con el bien entendido de que aun tal pena podría redimirse prácticamente en diez y ocho años mediante la institución de la libertad condicional.

Es generalmente aceptada la clasificación de las penas, por razón del fin que con ellas se busca, en cuatro grupos: educativas, de mera intimidación o correccionales, reformadoras y eliminatorias.

De estas últimas se prescindió en nuestra legislación, excepto la relegación en colonia agrícola para ciertos casos de concurso real de delitos y algunos de reincidencia, pero la pena de muerte está abolida por disposición constitucional; la prisión perpetua (adoptada en el Código de Ferri y propuesta por el doctor Rafael Escallón a la comisión colombiana) fue descartada, y el destierro, que en el anteproyecto colombiano se propuso para delincuentes político-sociales, se desechó por completo.

No hay, pues, en el sistema del nuevo Código Penal colombiano, penas eliminatorias y se desechó en absoluto la prisión o segregación perpetua.

Aún más: no existe en el Código la sentencia a tiempo indeterminado (tratándose de penas, no de medidas de seguridad).

Habiendo prescindido nuestra legislación de las penas eliminatorias (muerte, destierro y prisión perpetua), adoptó las correspondientes a las otras especies: educativas, correccionales o de mera intimidación y reformadoras o represivas. Y es bien sabido que es de la esencia de ellas, aun dentro del sistema de condenación a tiempo indeterminado, el ser **temporales.**

Si se aceptara que la disposición del artículo 45 del Código Penal no obsta para que en caso de concurso real de delitos se aplique el artículo 23 en toda su intensidad, resultaría posible condenar a un reo a la pena de cuarenta y ocho años de presidio que prácticamente equivale a prisión perpetua si se tiene en cuenta el promedio de la vida humana en Colombia, según observó la Comisión del Senado al informar sobre el anteproyecto de Código.

Resumen

1º El anteproyecto de Código Penal italiano de 1921, fuente originaria del nuestro, a pesar de que adoptaba la condenación a tiempo indeterminado y la prisión perpetua, para el caso de concurso de delitos estatuía que se aplicara la sanción correspondiente al más grave, considerando los otros delitos únicamente como circunstancias de mayor peligrosidad; y sólo a este título, no por el hecho objetivo del concurso mismo, podía pensarse, y eso interpretando el artículo 23 en relación con el 75, que en tal caso también estaba facultado el juez para aplicar una sanción superior al máximum de la establecida para el delito más grave.

2º En el Código colombiano no hay disposición que autorice expresamente al juez para imponer una cantidad de pena superior al máximum fijado para la respectiva sanción; y si es verdad que el artículo 33 dice: "Al responsable de varios delitos cometidos separada o conjuntamente y que se juzguen en un mismo proceso, se le aplicará la sanción establecida para el más grave, aumentada hasta en otro tanto", esto no significa que se suponga como base el máximo de la sanción corres-

pondiente al delito más grave para hacer sobre ese máximo el aumento;

3º La Comisión redactora del anteproyecto de Código Penal colombiano no acogió la pena de prisión perpetua, ni siquiera la sentencia a tiempo indeterminado; y propuso como pena máxima imponible—sin distinguir si se trataba de aplicarla por uno o por varios delitos—, la de treinta años de presidio;

4º La Comisión del Senado que estudió el anteproyecto y que lo propuso como proyecto al mismo Senado, estimó excesiva la sanción de treinta años, teniendo en cuenta varios considerandos entre otros, el promedio de duración de la vida humana en Colombia, y resolvió bajar a veinticuatro años el máximo de pena imponible, sin establecer excepciones ni hacer distinción para el caso de que se tratase de sancionar a un reo por varios delitos.

La trayectoria recorrida por el legislador colombiano muestra que, apartándose del anteproyecto de Ferri, no sólo prescindió de establecer la prisión perpetua sino que aun consideró excesivo el término de treinta años para la pena de presidio, la cual restringió a veinticuatro años como máximo.

Aplicación de la ley más favorable al procesado

Este principio, expresamente reconocido por los artículos 22 de la Constitución, 44 y 45 de la Ley 153 de 1887, 3º del Código Penal y 5º del Código de Procedimiento, lleva a la aplicación de la ley más benigna, aun cuando ella sea posterior al acto materia del juicio.

Y como ley más benigna para los reos ha debido aplicarse, en este proceso, el nuevo Código Penal, no obstante ser ley posterior a los hechos incriminados.

Podría ser ley más favorable al reo el Código Penal de 1890 que el de 1936, si los delitos imputados fuesen cuatro o más, y se reuniesen las otras circunstancias que exige el inciso 2º del artículo 33 del Código Penal, pues entonces habría que agregar a la pena principal de veinticuatro años de presidio la accesoria de relegación en una colonia penal agrícola por dos a diez años, caso que no es el de los recurrentes Arturo Herrera y Moisés Montoya, procesado el uno por tres delitos y el otro por dos, de manera que sólo debe imponérseles pena de presidio. Resulta así para ellos ley más favorable el Código nuevo que el antiguo, ya que con éste se podía imponer hasta veinticinco años de presidio, cuando el que hoy rige limita a veinticuatro años esa misma pena.

Como la sentencia recurrida se atuvo al Código Penal de 1890, hizo una indebida aplicación de éste y, por consiguiente, debe invalidarse.

Fallo que debe reemplazar al infirmado

Puesto que el recurso prospera por la causal de indebida aplicación de la ley, tiene la Corte que dictar la correspondiente sentencia de instancia.

Las razones que hasta aquí se han expresado muestran cómo el Código Penal nuevo es ley más favorable al acusado que el antiguo. Que debían imponerse veinticinco años de presidio al penar a los reos según el Código de 1890, aparece con sobra de motivos en el proceso, puesto que se trata del asesinato de varias personas y, hecha la adición de penas que aquel Código permitía hasta completar el máximo legal, la sanción tendría que ser esa, como la impuso el Tribunal sentenciador.

Ahora: con el nuevo Código Penal también ha de imponerse el máximo posible de sanción.

En la sentencia del juez de primera instancia, que fue el Primero Superior del Distrito Judicial de Buga, aparece una sintética apreciación de los crímenes sobre los cuales versa este proceso, y que en seguida se transcribe, porque ella permite darse cabal cuenta del grado de peligrosidad de los reos Montoya y Herrera. Dice así tal relación:

"Narran los autos que en la región de "Toldafría", del corregimiento de Cajamarca, jurisdicción municipal de Roldanillo, transcurría pacíficamente la vida co-

togenaria de los esposos José Antonio Ceballos y María Valeria Zuleta en compañía de la aún impúber Ester Julia Sánchez, a quien habían criado, cuando manos aleves troncharon esas tres vidas el once de febrero de 1934. Las características del crimen cometido, la forma como los autores lo llevaron a cabo revelada por las huellas encontradas en los cuerpos de las tres indefensas víctimas, y el móvil de él (pues la habitación en donde se hallaron los cadáveres de las dos mujeres demostraba haber sido saqueada seguramente en busca del dinero que los criminales suponían guardaban allí sus dueños), demostraron desde un principio la máxima gravedad del delito y la peligrosa personalidad de sus autores, quienes así pregonaban su insensibilidad orgánica y psíquica, características éstas propias de los que han sido estudiados bajo la denominación de delincuentes instintivos. Orientada la justicia acerca de los posibles autores de los delitos en referencia, las sospechas recayeron desde un principio sobre Arturo Herrera y Moisés Montoya, quienes por aquellos días deambulaban, sin ocupación ninguna, por esas regiones montañosas; siendo uno de ellos, Herrera, prófugo de las colonias penales y quien, precisamente por entonces, andaya huyendo de las autoridades.

"Perfeccionada la investigación, ésta arrojó pruebas inconcusas que incriminaban de manera fatal a Herrera y a Montoya como los autores únicos del crimen que con razón alarmó a la sociedad. De ellas se dedujo en el auto de proceder no solamente la voluntariedad y la premeditación en los delitos cometidos por Herrera y Montoya, y los caracteres de asesinato que los había rodeado, sino también y de manera inequívoca la perfecta unión intelectual y el concurso recíproco con que habían obrado en la ejecución de las muertes de María Valeria Zuleta y Ester Julia Sánchez, ya que las mismas pruebas del informativo permitían desligar a Montoya de responsabilidad en la muerte de Ceballos, pues ésta fue, según ellas, perpetrada aisladamente por Herrera cuando el pobre anciano se encontraba fuera de la casa, en una de sus sementeras; y las otras dos, cuando ya Herrera, consumado su primer delito, regresó a la habitación de los esposos en donde en compañía de Montoya acabó con la vida de las indefensas mujeres. Se circunscribió, pues, de manera clara en el auto de proceder la participación de cada uno de los sindicados en la perpetración de los tres homicidios".

No está demás repetir el breve pero elocuente comentario que hizo el Tribunal sentenciador en el siguiente pasaje de su primera sentencia (folio 205):

"Ni los ruegos de la anciana mujer, ni su actitud suplicante, ni las lágrimas de la niña, les conmovieron, ni fueron capaces a detenerlos en sus instintos feroces y en sus actos de crueldad. De ahí que los jueces reconocieran la existencia de semejantes circunstancias, y los jurados las ratificaran expresamente".

La personalidad de estos dos delincuentes: prófugo Herrera de las colonias penales y merodeadores Herrera y Montoya; la gravedad y modalidades de los hechos delictuosos que cometieron; el innoble y fútil motivo de lucro que los impulsó a asesinar en forma despiadada a inermes víctimas a quienes causaron múltiples y crueles heridas, además de notorias circunstancias de mayor peligrosidad, como son el abuso de condiciones de inferioridad personal de las víctimas (dos esposos octogenarios y una niña impúber que vivía al lado de ellos), la mayor insensibilidad moral de los delincuentes y la complicidad concertada entre los mismos, todo esto justifica la aplicación de la pena máxima. Y aún en la inaceptable hipótesis de que por uno solo de los delitos hubiese de imponerse tan sólo una sanción que se aproximase a la mitad de la diferencia entre el máximo y el mínimo correspondiente, por ejemplo veinte años de presidio, es evidente que el aumento de cuatro años resulta exiguo ante el horripilante concurso de asesinatos.

Por las consideraciones que se dejan expuestas, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, oído el parecer del

señor Procurador de la Nación y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, resuelve:

1º Invalídase la sentencia del Tribunal Superior de Buga fechada el veintinueve de febrero de mil novecientos cuarenta que impuso a Arturo Herrera y a Moisés Montoya la pena principal y fija de veinticinco años de presidio;

2º Condénase a los mismos Arturo Herrera, natural de Concordia (Antioquia), y Moisés Montoya, natural de Marsella (Caldas), responsables de concurso real de asesinatos, a la pena principal de veinticuatro años de presidio que cumplirán en la penitenciaría que el gobierno determine y en la forma indicada por los artículos 43 y 46 del Código Penal. Como parte cumplida de dicha pena se tendrá el tiempo que estos reos hayan estado detenidos;

3º Condénase a Arturo Herrera y a Moises Montoya a la indemnización de los perjuicios causados por los delitos, y a las siguientes penas accesorias: interdicción de derechos políticos y funciones públicas por un lapso de veinticuatro años computable en la forma que previene el artículo 97 del Código Penal; pérdida de toda pensión, jubilación o sueldo de retiro de carácter oficial y pérdida de la patria potestad si la tuvieren;

4º Entréguense al Estado las armas con que se cometieron los delitos así como los bienes o efectos que provengan de la ejecución de ellos, sin perjuicio de los derechos de terceros;

5º Hágase la publicación especial de la sentencia en la forma y términos prevenidos por los artículos 52, 53 y 54 del Código Penal.

El Juzgado de origen hará que se efectúe dicha publicación especial dentro de los treinta días siguientes a la ejecución de esta sentencia, así como también dará cumplimiento al artículo 16 del Decreto número 944 de 1934 sobre anotación de ella en el registro del censo electoral permanente para lo cual pasará comunicación tanto al Jurado Electoral del domicilio de los reos como a la oficina de identificación electoral del ministerio de gobierno que funciona en Bogotá.

Cópiese, notifíquese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente.

José Antonio Montalvo — Campo Elías Aguirre — Absalón Fernández de Soto — Julio E. Argüello R., Srio.

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

OPOSICIONES A UNA PROPUESTA DE EXPLORACION Y EXPLOTACION DE PETROLEO

1.—Es sabido que en la actualidad el estatuto de la propiedad privada del petróleo es, principalmente, la Ley 160 de 1936. La determinación *precisa* del terreno de que se trata, la de la extensión y linderos del fundo en que deban efectuarse, (o en que no deban efectuarse, cuando se trata de oposición) trabajos de exploración y explotación de petróleos, es, pues, requisito indispensable para que prospere un aviso o una oposición de esta clase, conforme a los artículos 5º, 6º y 7º de la ley citada, y, por consiguiente, innecesario se hace entrar en el examen del fondo mismo del derecho de propiedad alegado, si no aparece claramente identificado el predio de que se trata, tanto en sí mismo, como en relación con el que es materia de la propuesta, pues como lo expresó recientemente la Sala, en sentencia del 20 de marzo de este año, "lo primero es saber cuál es la cosa a que se refiere un título. Y sólo a condición de que esta cosa sea identificable, cabe ahondar acerca de la situación jurídica que el título creó en relación con su objeto". No puede negarse que en estas cuestiones siempre se agita y va envuelta una cuestión de dominio, pero por lo mismo que se trata de un juicio que debe tramitarse y decidirse *breve y sumariamente*, y no con sujeción a las fórmulas y normas procesales del juicio de que trata la misma Ley 160 de 1936 en su artículo 7º, inciso 6º, parte final, aquellas cuestiones relacionadas con la propiedad alegada deben ofrecerse al fallador en la forma más clara, precisa, inequívoca e incontrovertible, sobre todo, y ante todo, en lo atinente a la identidad del fundo de que se trate, porque ésta debe ser la base principal de toda acción de dominio.—2.—Es obligación de todo el que alegue derecho de dominio en un inmueble, presentar ante el juzgador la prueba directa, plena e inequívoca acerca de la *identidad* del bien que reclama como propio. Esta obligación es tanto mayor si se trata de un juicio breve y sumario, de extensas porciones de terreno, que no pueden ser fácilmente identificables sin títulos suficientemente claros, sin inspecciones oculares, mensuras, planos y demás elementos de juicio, que, más que a la técnica jurídica y a la crítica y a la observación directa y personal del juez, corresponden a disciplinas mentales distintas y peculiares a expertos o peritos en materia de topografía y agrimensura. Además, en cuanto se trate de probar dominio en un inmueble no es aceptable la prueba de confesión ni la de testigos. La aquiescencia tácita o expresa de las partes acerca del dominio del inmueble en disputa, no hace fe en juicio. Los artículos 697 y 698 del C. J. son aquí inaplicables.—3.—Tratándose de una diligencia de deslinde antigua no cabe hablar de cosa juzgada donde no puede saberse si existe uno de los principales elementos de hecho indispensables para configurar ese fenómeno jurídico, a saber: *la identidad de la cosa u objeto* sobre que versa el nuevo juicio, en relación con la cosa u objeto que fue materia del anterior. No cabe tampoco la alegación de prescripción donde no se ha identificado debidamente el bien raíz sobre el cual de-

ben haberse ejercitado los necesarios actos de posesión material generadores de ese otro fenómeno jurídico.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, mayo once de mil novecientos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor José M. Blanco Núñez).

El presente juicio sumario ha surgido ante esta Sala de Negocios Generales con el objeto de decidir las oposiciones hechas ante el Ministerio respectivo con motivo de la propuesta de contrato sobre explotación y exploración de petróleos hecha por Frederick R. Ryan, de New York, por medio de apoderado, con respecto a una extensión de terreno situado en el Departamento de Santander del Sur, la cual se describirá adelante.

PRIMERA PARTE

Las oposiciones

Figuran actualmente los siguientes opositores, pues hay constancia en autos de que desistieron de sus oposiciones la "Leonard Oil Developent Company", Francisco Andrade en propio nombre y José H. Andrade, también en propio nombre y, además, como apoderado de José Rosario Díaz, Aurelio Díaz y Pedro Agustín Gómez (cuaderno número 11):

I.—Doctor Luis Felipe Latorre (fls. 5 y 119, cuaderno Nº 10), "como apoderado de la Superintendencia Bancaria, la cual obra en nombre de la Compañía Colombiana de Mutualidad, que tuvo su domicilio en Bucaramanga, y de Gustavo Reyes, Luisa y María Reyes Rey, Gilberto, Ernestina y Luis Reyes Rojas, María y Esther Mantilla Reyes... en cuanto dentro de la alinderación del globo general determinado por el proponente se halla comprendida GRAN PARTE (subraya la Corte) de predios pertenecientes a la Compañía Colombiana de Mutualidad, en liquidación, a Gustavo Reyes y a las sucesiones, ilíquidas en esa parte, de Luis Reyes (abuelo), Leonardo y Simón Reyes; predios que aparecen determinados claramente, lo mismo que las porciones o cuotas de cada propietario o comunero, junto con toda la titulación correspondiente, en el precitado memorial de oposición, presentado el 22 de octubre de 1938 y que en 7 folios útiles obran en el expediente (legajo llamado en su carátula COMUNIDAD REYES-MUTUALIDAD".

II.—Doctor Carlos Vesga Duarte (fl. 117, cuaderno Nº 10) "como apoderado de los señores Francisco García Gory y Alfredo Cadena D'Costa, interesados en la sucesión de Domingo Gutiérrez Lasso".

III.—Doctor Humberto Gómez Naranjo, (fls. 40, 50, 55, 111 y 146 del cuaderno Nº 10), como apoderado de Alejandro Mantilla Osorio, Guillermo Mantilla Osorio, Mariano Penagos, Alberto Cadena S., Carlina Mantilla v. de Madiedo, Tula Cadena v. de Mantilla, Isabel Mantilla de García, y Evangelina Mantilla de Suárez.

IV.—Doctor Gerardo Melguizo (fl. 19, cuaderno Nº 10) como "Gerente de la Sociedad Colombiana de Petróleos (SOCOPE), y coadyuvando la oposición formulada por el doctor José H. Andrade en lo relacionado con los terrenos de la hacienda MARTA de propiedad —dice— de los señores Mantilla y Cía. de Bucaramanga, con quienes ha pactado en debida forma la entidad que gerencio".

SEGUNDA PARTE

Los fundamentos de las oposiciones

A.—Concuerdan todos los opositores en sostener que los terrenos a que se refiere la propuesta de contrato hecha ante el Gobierno por Frederik R. Ryan, comprende partes de terrenos que a ellos les pertenecen, no sólo en su extensión superficiaria, sino en el subsuelo, por tener legal titulación que se remonta a época muy anterior al 28 de octubre de 1873, lo que sig-

nifica que tales terrenos "salieron legalmente del patrimonio nacional con anterioridad al 28 de octubre de 1873", y aún antes de 1821.

Con respecto a la titulación de tales terrenos, los representantes de los opositores se expresan, respectivamente, del modo que en seguida pasa a expresarse:

I. El doctor Luis Felipe Latorre—Acerca de los títulos a que se refieren los representados por el doctor Latorre, se hace el siguiente resumen:

"Recapitulación—Al hacer un resumen de los títulos de los actuales dueños del total de los derechos, aparece que la "Compañía Colombiana de Mutualidad" en liquidación, le compró al liquidador del Banco de la Mutualidad derechos en la sucesión ilíquida, en esa parte, del comunero Luis Reyes; y los derechos del otro comunero Carlos J. Delgado (escritura número 1.266 del 8 de octubre de 1926, otorgada en la Notaría Segunda de Bucaramanga).

"Gustavo Reyes R.—Derecho como heredero de Leonardo, heredero a su vez de Luis Reyes (declaratoria de herederos). Derecho como cesionario de Jesús Reyes G. en la sucesión de Simón Reyes, heredero a su vez de Luis Reyes, y derecho del mismo Jesús Reyes como cesionario del derecho de Francisco Ordóñez Rodríguez, antiguo comunero. (Escritura número 895 de agosto 24 de 1934, Notaría Primera de Bucaramanga). Derecho como cesionario de Bartolomé Rugeles, cesionario a su vez de Soledad Reyes, heredera de Luis Reyes y cesionaria del derecho de Laura Rey viuda de Luis Reyes (escritura número 221, marzo 15 de 1927, Notaría Primera de Bucaramanga). Derecho como cesionario de Matilde Mantilla Reyes, heredera de Luis Reyes en representación de Rosana Reyes, hermana de Luis (escritura número 300, febrero 25 de 1927, Notaría Tercera de Bogotá).

"Títulos de los poderdantes de Gustavo Reyes R.

"Luis Reyes Rojas.—Derecho como heredero de Leonardo, heredero a su vez de Luis Reyes (declaratoria de herederos).

"Gilberto y Ernestina Reyes Rojas.—Derechos como herederos de Leonardo, heredero éste de Luis Reyes (declarados).

"Derecho como cesionario de Jesús Reyes en la sucesión de Simón, heredero a su vez de Luis Reyes, y derecho del mismo Jesús Reyes como cesionario del derecho de Francisco Ordóñez Rodríguez, antiguo comunero (escritura número 895, agosto 24 de 1934, Notaría Primera de Bucaramanga).

"María Reyes y Luisa Reyes—Derechos en la sucesión de Luis Reyes, en representación de José Domingo Reyes (declaratoria de herederos, escritura número 810 de junio 7 de 1912, Notaría Primera de Bucaramanga).

"María y Esther Mantilla Reyes—Derechos en la sucesión de Luis Reyes en representación de Rosana Reyes y como cesionarias de Helena Mantilla en la misma sucesión y por igual derecho (declaratoria de herederos, escritura número 810, de junio 7 de 1912, Notaría Primera de Bucaramanga y escritura de cesión número 485 de diciembre 23 de 1909, Notaría Primera de San Gil).

"Documentos coloniales sobre la comunidad Reyes-Mutualidad

"Protocolización hecha por el Dr. Carlos J. Delgado, el 14 de enero de 1881, en la Notaría de Girón, inscrita en la oficina de registro del nombrado circuito el 16 de febrero de los mismos mes y año de los títulos expedidos por el Gobernador y Capitán General de la Provincia y ciudad de San Juan Xirón y Valle de Sogamoso el primero de diciembre de 1722 y el 7 de agosto de 1725 de 3 Estancias de Ingenio o 6 Estancias de Ganado Mayor a orillas del río Yariguies del lado del cerro de La Paz a favor del señor Joseph Hernández Puyana.

"Aparece de tal documento que Juan Joseph Puyana solicitó y obtuvo de don Bernabé de Navas, Gobernador y Capitán General de la Ciudad Provincia de San Juan

Xirón, "en nombre del Rey Ntro. Señor y en virtud de sus rrrs. Poderes que para Ello como lo ha tenido, Podido y debido hacer, etc., 'MERCED de tres estancias de ingenio' en el río de los Yariguíes DEL LADO DE 'EL SERRO DE LA PAZ' que su primer lindero ha de ser del punto que llaman del Padre, río arriba hasta donde alcanzaren dichas tres estancias de ingenio, teniendo por frente el dicho río los largos hacia el monte, etc.' Fue concedida esta merced el 2 de diciembre de 1722.

"Fue ratificado este título o merced, después de avaluadas las tres estancias de ingenio o seis de ganado mayor y previo pago de los derechos reales. 'En el Valle de Sogamoso y caminos y jurisdicción de la ciudad de San Juan Girón a siete días del mes de agosto de mil setecientos y veinte y cinco años' por 'don Bernabé de Navas, Gobernador Justicia Mayor y Capitán General de la Provincia y ciudad de San Juan Girón y Juez Delegado para las composiciones de tierras de las de esta jurisdicción en virtud de Real Cédula de su Majestad, etc.".

"Cubre esta merced los terrenos de la comunidad Reyes-Mutualidad de occidente a oriente, de manera más clara e indudable la parte afectada por la propuesta del señor Frederik R. Ryan puesto que arranca de un punto situado al occidente del globo de dicha propuesta, se extiende hacia el oriente sobre él y corre con igual rumbo o dirección a encontrarse con el territorio cubierto por las mercedes de tierras que se relacionan en seguida, mercedes que protegen el flanco oriental de los terrenos de la Comunidad Reyes-Mutualidad.

"Las mercedes a que se alude en el párrafo anterior, aparecen de lo siguiente:

"Por escritura número 175 de 5 de julio de 1874, otorgada en la Notaría de Girón y registrada el 17 de los mismos mes y año, don Francisco Gutiérrez Salgar protocolizó varios documentos de los cuales resulta que Lázaro de Quiñones Rincón solicitó y le fue concedida por don Francisco Mantilla de los Ríos, Gobernador de la ciudad de Girón, a nombre del Rey, merced de dos Estancias de Ingenio en el río Sucio, de "Pan de Azúcar", hacia "Cañaverales", es decir, hacia el norte, el 20 de junio de 1645.

"Las conservó hasta el 22 de junio de 1670, en que las vendió a Gaspar Rodríguez de Silva, quien las conservó hasta su muerte.

"El 26 de febrero de 1718 doña Juliana de Vergara v. de Gaspar Rodríguez de Silva y sus hijos Juan Rodríguez, Lorenzo y Francisco Rodríguez de Silva le otorgan escritura de una de las Estancias a don Domingo Gutiérrez Lasso, para dar cumplimiento, declaran, a una disposición del testamento de Gaspar, quien confiesa haber vendido la dicha Estancia al nombrado don Domingo Gutiérrez Lasso y recibido su precio, sin que nunca se hubiera perfeccionado el traspaso por medio de instrumento público.

"El 24 de julio de 1724 Pedro, Lorenzo, Francisco, Diego e Ignacio Rodríguez de Silva, hijos legítimos de Gaspar Rodríguez de Silva y de doña Juliana de Vergara, ya finada también, venden a don Domingo Gutiérrez Lasso dos estancias de tierra que responden a la misma descripción de las que le fueron adjudicadas a Lázaro de Quiñones y que éste vendió a Gaspar Rodríguez de Silva, padre de los vendedores. De modo que don Domingo Gutiérrez Lasso quedó como dueño de ambas estancias, una de ellas con doble título: la escritura de 1718 y la de 1724, ambas relacionadas arriba.

"Por otra parte, Juan Rodríguez de Silva solicitó y le fue concedida el 24 de abril de 1720, por don Andrés Mantilla de los Ríos, Gobernador y Capitán General de Girón, a nombre del Rey, merced de tres Estancias de Ingenio, a continuación de las que le fueron adjudicadas a Lázaro de Quiñones, una al occidente de la cuchilla (Cordillera de La Paz), otra de este lado de la cuchilla (oriente de la Cordillera de La Paz, hacia Cañaverales, hasta donde alcanzaren, es decir, comprenden el flanco oriental de los terrenos de la comunidad Reyes-Mutualidad.

"El 17 de mayo de 1721 Juan Rodríguez de Silva vende a don Domingo Gutiérrez Lasso una Estancia de Ganado Mayor, de las tres de Ingenio que le fueron adjudicadas. Gutiérrez Lasso la cede a don Domingo Gutiérrez Rodríguez.

"Finalmente, don Domingo Gutiérrez Lasso se dirige al Gobernador y Juez de Tierras 'en atención del auto proveído y pregón público a són de caja dado en esta ciudad sobre pago de las reales composiciones de las tierras de este gobierno, etc.' y declara como suyas cinco Estancias de Ganado Mayor, para lo cual cuenta las dos de Ingenio que poseía como cuatro de Ganado Mayor, situadas en la misma región del río Sucio, entre las cuales enumera las adquiridas por medio de las escrituras anteriormente relacionadas. Tales cinco Estancias le son avaluadas, y previo pago de los derechos reales, le son adjudicadas nuevamente por don Bernabé de Navas, Gobernador, Justicia Mayor y Capitán General de Girón, por medio de documento que dice así: 'En la ciudad de San Juan Girón a doce de octubre de mil setecientos veinticinco años SSa. el señor Rd. Bernabé de Navas, Gobernador, Justicia Mayor y Capitán General, habiendo visto estos autos el avalúo fecho a las tierras presentadas y la respuesta del Fiscal de este ejercicio desde nuevo le ampara y nuevamente radica del mencionado Gutiérrez Lasso en la propiedad de ella y en caso necesario le aposesiona desde ahora y para siempre jamás en atención de haber pagado los derechos reales que pertenecen a su Magestad por lo que se declaran a las dichas tierras por libres y quitas de este gravamen y por perpetuo poseedor de ellas al dicho Domingo Gutiérrez Lasso sus hijos i herederos dando por nulos y de ningún valor otros cualesquiera títulos derechos i acciones que las iterras salgan i puedan salir, etc.'

"Toda la relación procedente aparece del Certificado del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados del Circuito de Bucaramanga, expedido el 19 de septiembre de 1938.

"Además de los documentos protocolizados por escritura número 1984 de 6 de noviembre de 1924, en la Notaría Tercera de Bogotá, y que se acompaña también a esta exposición, aparece lo siguiente:

"El 14 de agosto del año de 1700 don Pedro de Balduz, Alférez Real de la ciudad de Girón, otorga escritura de venta a su yerno Laureano Gómez de 'sus tierras tituladas por la Cédula de su Majestad de los huecos y sobras dentro de los ríos Cañaverales y de Sogamoso y del Yariguí, las que son tres pedazos, uno a lindar con mis tierras del Champan por el paxaral, el otro de los yariguies del Sogamoso que tiene dros de entradas y salidas al río las tierras de notengo y paioas que ha de lindar con tierras del Río Sucio y pa el lado de pature a de dar al camino que pasa por los panes de azucar y pa esta dh. ciudad y el otro que es Coratá el cual resultó incierto a de lindar con tierras de Cañaverales que son tituladas del colegio de la Compañía de Jesús de Pamplona a dar a Chimitá del mismo Colegio'. 'El precio en que se ajustó la venta fueron dosientos patacones siendo tierras bravías aunque dilatadas'.

"A continuación de la escritura anteriormente descrita, la cual fue otorgada ante el Alcalde ordinario don Juan Agustín Delfín en el año de 1700, como se dijo atrás, aparece, con fecha 30 de diciembre de 1718 la siguiente anotación, firmada por el Gobernador de la ciudad, es decir, la persona que, en nombre del Rey, otorgaba las mercedes de tierras, como podrá verse por las que obran en esta titulación y todas las demás que se concedieron durante los siglos XVI y XVII y que se conservan en el Archivo Histórico Nacional: "Concuerda con la escritura original que se sacó (ilegible) y ba cierto y verdadero a que me remito que yo Dn. Andrés Joseph Mantilla de los Ríos hice sacr y lo firmo yo dho. Gor. y Capp. Gl. de cha. ciudad de Sn. Juan Xirón con los testigos que fueron presentes por no haver escrino, fecho en 30 de Diciembre de mil setecientos y diez y ocho años. Dn. Andrés Joseph Mantilla de los Rios —Testigo Juan Xerbacio Gó-

mez.—Testigo, D. J. Antonio de Anidos'.

"El siguiente documento referente a estas tierras de 'los huecos y sobras, etc.', es el testamento de don Domingo Gutiérrez Lasso de septiembre 8 de 1735, donde las declara como suyas. También declara allí como bienes suyos 5 estancias de Ganado Mayor, en el sitio de la Vega, cuyo dominio le fue ratificado el 12 de octubre de 1725 por el Gobernador de Girón, de acuerdo con providencia que aparece transcrita anteriormente y que comprenden parte de los terrenos de la nombrada comunidad Reyes-Mutualidad. Relaciona don Domingo, además, en este testamento, como bienes suyos, 4 estancias y dos pedazos más de tierra, situados todos en la misma región del Sogamoso.

"Es de observar que en el acta de la diligencia de avalúo, página 21 vuelto, aparece la siguiente declaración suscrita por los 3 avaluadores nombrados por el Juez de la causa: Habiendo VISTO un TITULO DE MERCED DE TIERRAS. En los guecos de los tres Rios de Sogamoso, Yariguies y Lebrija y mediante no poderse berificar las Estancias que en ellas puede aver. Y sin Embargo de todo esto las avaluamos todas en dozientos pnes....d 200".

"Después de las diligencias de inventarios y avalúo, vienen la partición de los bienes de don Domingo entre sus herederos, documento firmado el nueve de noviembre de 1735.

"Francisco Gutiérrez Salgar, quien vendió a don Ignacio Reyes los terrenos de Río Sucio, era hijo de Ignacio Gutiérrez y nieto de don Domingo Guitérrez Lasso.

"Además de la titulación relacionada, los certificados del Registrador y el ejemplar autenticado del "Diario Oficial" número 4912, de 10 de enero de 1881 contentivo de la resolución de 3 del mismo mes de enero, que reconoció la propiedad privada de los predios a que nos referimos, presentamos también los comprobantes que acreditan la personería de la Superintendencia Bancaria para hablar en nombre de la disuelta "Compañía Colombiana de Mutualidad" en liquidación, las escrituras y copias que contienen la declaración de herederos en las sucesiones ilíquidas en cuanto a los mencionados bienes y los poderes otorgados al opositor Gustavo Reyes".

II—El doctor Carlos Vesga Duarte. Los títulos a que hace referencia son los siguientes: (folio 3 vto., cuaderno I del legajo).

"a)—Copia del testamento de Domingo Gutiérrez Lasso, otorgado en la ciudad de San Juan de Girón el 8 de septiembre de 1735, del inventario de los bienes de dicha sucesión y de la partición correspondiente (escritura de protocolización número 1984 de fecha 6 de noviembre de 1924, hecha por Carlos R. Restrepo en la Notaría Tercera del Circuito de Bogotá);

b)—Copia de la escritura sobre venta hecha en la ciudad de San Juan de Girón el 14 de agosto de 1700, por el señor Pedro de Valduz, a favor de Laurean Gómez (escritura de protocolización número 1984 de fecha 6 de noviembre de 1934, de la Notaría Tercera de Bogotá, hecha por Carlos R. Restrepo);

c)—Copia de la escritura de protocolización de un pedazo de tierras de propiedad de Domingo Gutiérrez Lasso (año de 1852);

d)—Copia de la escritura número 194 de fecha 27 de junio de 1874, de la Notaría del Circuito de Girón, por la cual Francisco Guitérrez Salgar le vendió al doctor Carlos J. Delgado cuatro (4) estancias de tierras en medio de los ríos Lebrija, Sogamoso y Yariguíes;

e)—Copia de la escritura número 297 de fecha 26 de junio de 1923, de la Notaría Segunda de Bucaramanga, sobre venta hecha por Ernesto Serpa y Neftalia García de Serpa al señor Camilo Gómez, de derecho y acciones vinculados en los bienes de sucesión de Domingo Gutiérrez Lasso;

f)—Copia de la escritura número 244 de fecha 6 de noviembre de 1880, otorgada en la Notaría del Circuito de Girón, relacionada con la venta de varias fincas,

hecha por Simón Reyes a favor de Francisco Ordóñez Rodríguez;

g)—Copia de la escritura número 259 de fecha 29 de noviembre de 1880, otorgada en la Notaría de Girón, sobre venta que de cuatro estancias hizo Francisco Ordóñez Rodríguez al señor Luis Reyes;

h)—Copia de la escritura número 26 de fecha 3 de marzo de 1881, otorgada por Luis Reyes en la Notaría de Girón, sobre venta al doctor Carlos J. Delgado de un terreno en el sitio de Conde, de la jurisdicción de los municipios de Girón y Lebrija;

i)—Copia de la cartilla del señor Francisco Ordóñez Rodríguez en el juicio de sucesión de la señora Isabel Reyes (escritura número 437 de fecha 17 de mayo de 1894, de la Notaría Primera del Circuito de Bucaramanga);

j)—El certificado expedido por el Notario Primero del Circuito de Bucaramanga con fecha 26 de julio de 1938, en el cual aparecé una relación de poderes conferidos al señor Francisco García Gory por algunos de los interesados en la sucesión del señor Domingo Gutiérrez Lasso;

k)—Una copia del auto de fecha 3 de octubre de 1938, por medio del cual el señor Juez Segundo en lo Civil del Circuito de Bucaramanga decretó los inventarios adicionales de la sucesión de Domingo Gutiérrez Lasso;

l)—Copia de la escritura número 2626 de 27 de septiembre de 1938, otorgada en la Notaría Cuarta de Bogotá, por medio de la cual Francisco García Gory sustituye a favor de Carlos Vesga Duarte un poder general y le hace una cesión, respecto de intereses vinculados en la sucesión de Domingo Gutiérrez Lasso;

ll)—Copia de la escritura número 2625 de 27 de septiembre de 1938, de la misma Notaría Cuarta de Bogotá, por medio de la cual Carlos A. Dávila sustituyó un poder general a Carlos Vesga Duarte y le otorgó una cesión, respecto de intereses relacionados con la sucesión del mismo Domingo Gutiérrez Lasso, y

m) Una copia de la carta sobre "DESCRIPCION GEOGRAFICA que comprende la visita practicada por el señor doctor don Francisco Antonio Moreno y Escandón, Fiscal del Crimen en la R. Audiencia de Santa Fe de Bogotá. A consecuencia de la Real Cédula fechada agosto de 1774. Levantada y delineada en Santa Fe de Bogotá a 26 de marzo de 1781 por Franco. Xavier Cazg' ".

III. El doctor Humberto Gómez Naranjo.—Sobre los títulos en que funda la petición de sus representados, dice lo siguiente: (fls. 114 a 116 del cuaderno número 10)

"La Titulación que ampara los terrenos de MARTA, SANTA CLARA y COLORADO, como propiedad particular, tanto en lo referente al suelo como al subsuelo, con petróleo y demás hidrocarburos que en ellos se encuentren, conforme a la ley, arranca desde 1758 y a ella se refieren los siguientes títulos:

"1. Testamento otorgado por don Bernabé de Navas, el 18 de enero de 1758, ante el Escribano Público de la ciudad de Girón.

"2. Testamento de don Lorenzo de Navas, otorgado el 14 de febrero de 1772, por medio de sus apoderados don Miguel Ordóñez Valdés y don Ignacio Javer de Navas, ante el Notario Público de Girón.

"3. Escritura de fecha 8 de abril de 1844, otorgada en la Notaría de Girón, por la cual doña María Antonia Navas vende a Rafael Novoa unos terrenos en el río Sogamoso.

"4. Cartilla de adjudicación a Gregorio Mantilla en la partición de los bienes pertenecientes a la sucesión del señor Rafael Novoa, protocolizada por medio de la escritura número 35 de fecha 8 de abril de 1877 en la Notaría de Girón.

"5. Escritura número 179 de fecha 10 de junio de 1878, otorgada en la Notaría de Girón, por medio de la cual Gregorio Mantilla vende a Camilo A. García y Jerónimo Hernández parte de los terrenos en el río Sogamoso, que le habían sido adjudicados en la sucesión de Rafael Novoa y Dolores Salas.

"6. Escritura número 99 de fecha 31

de marzo de 1879, de la Notaría de Piedecuesta, por medio de la cual se protocolizó el juicio de sucesión del señor Camilo A. García, en cuya partición se le adjudicó a la señora Bárbara Hernández de García la tercera parte de los terrenos de MARTA y otros situados en el río Sogamoso, que el causante había adquirido del señor Gregorio Mantilla.

"7. Escritura número 51 de fecha 27 de marzo de 1884, de la Notaría de Girón, por medio de la cual Jerónimo Hernández le vendió a la señora Bárbara Hernández de García la tercera parte de los terrenos de MARTA adquirida por compra hecha al señor Gregorio Mantilla.

"8. Escritura número 145 de fecha 4 de junio de 1889, de la Notaría de Girón, por la cual la señora Bárbara Hernández de García vendió al señor Demetrio A. Cruz las dos terceras (2/3) partes que tenía en la hacienda de 'Marta' y otros terrenos en el río Sogamoso.

"9. Escritura número 390 de fecha 14 de agosto de 1889, de la Notaría de San Gil, por la cual Gregorio Mantilla vendió al señor Abdón Espinosa la tercera parte que se había reservado en la hacienda de 'Marta' y otros terrenos en el río Sogamoso.

"10. Escritura número 253 de fecha 26 de abril de 1891, de la Notaría segunda de Bucaramanga, por la cual el señor Abdón Espinosa vendió a Miguel Díaz Granados y a Demetrio A. Cruz la parte que tenía en la hacienda de 'Marta' y otros terrenos en el río Sogamoso, la cual había adquirido por compra a Gregorio Mantilla.

"11. Escritura número 552 de fecha 16 de noviembre de 1893, de la Notaría segunda de Bucaramanga, por la cual el señor Demetrio A. Cruz vendió al señor Miguel Díaz Granados los derechos que le correspondían en la hacienda de 'Marta' y otros terrenos en el río Sogamoso, en cuyas fincas era comunero con el comprador, quedando éste como único propietario.

"12. Escritura número 976 de fecha 3 de diciembre de 1897, de la Notaría primera de Bucaramanga, por la cual el señor Miguel Díaz Granados vendió a la sociedad denominada Pedro Mantilla R. & Hermano la hacienda de 'Marta' y los terrenos de 'Santa Clara' y 'Colorado'.

"13. Escritura número 10 de fecha 4 de enero de 1903, otorgada en la Notaría segunda de Bucaramanga, por la cual los señores Abdón Espinosa y Miguel Díaz Granados ratifican en favor de la sociedad Pedro Mantilla R. & Hermano la venta de unas cuadras de los terrenos de 'Marta', 'Santa Clara' y 'Colorado'.

"14. Escritura número 186 de fecha 25 de enero de 1920, pasada en la Notaría segunda de Bucaramanga, por la cual el señor Pedro Mantilla R. vendió al señor Félix J. Mantilla sus derechos como socio en la sociedad Pedro Mantilla R. & Hermano.

"15. Sentencia de fecha 3 de marzo de 1938, proferida por la Corte Suprema de Justicia, en el juicio ordinario seguido por los herederos del señor Isaac Mantilla R. contra el señor Félix J. Mantilla y la sociedad Mantilla & Compañía, sobre nulidad de un contrato y reivindicación de los terrenos de 'Marta', 'Santa Clara' y 'Colorado'.

"16. Escritura número 1288 de fecha 24 de diciembre de 1938, de la Notaría segunda de Bucaramanga, por la cual Félix J. Mantilla cedió a los señores Carlina Mantilla v. de Madiedo, Tulia Cadena v. de Mantilla, Guillermo y Alejandro Mantilla Osorio, Mariano Penagos, Alberto y Guillermo Cadena S. los derechos que tenía en la sociedad Pedro Mantilla R. & Hermano.

"17. Escritura número 67 de fecha 14 de enero de 1939 de la Notaría primera de Bucaramanga, por la cual se liquidó la sociedad de Pedro Mantilla R. & Hermano y se adjudicó su haber, consistente en los terrenos de 'Marta', 'Santa Clara' y 'Colorado', a los representantes de los socios, o sea a los señores Alejandro y Guillermo Mantilla Osorio, Mariano Penagos, Alberto y Guillermo Cadena S., Carlina Mantilla v. de Mantilla, Isabel Mantilla de García y Evangelina Mantilla de Suárez, dueños de tales terrenos.

"18. Diligencias de deslinde, amojonamiento y posesión y sentencia aprobatoria en el juicio entre los señores Camilo A. García, Gregorio Mantilla y Jerónimo Hernández, de una parte, y la Nación, de otra, ante el Juzgado Superior del Circuito de Girón, para deslindar los terrenos de 'Marta', 'Santa Clara' y 'Colorado' de las tierras baldías, en el año de 1879.

"19. Resolución del Despacho de Hacienda de la Unión, de fecha 4 de mayo de 1881, publicada en el número 5055 del Diario Oficial correspondiente al día 24 de junio del mismo año, y registrada en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos del Circuito de Bucaramanga, con fecha 19 del propio mes de junio, por medio de la cual el Gobierno Nacional declaró que no son baldíos, sino de propiedad particular, los terrenos de la hacienda de 'Marta', 'Santa Clara' y 'Colorado', ubicados en jurisdicción del municipio de Girón, y ya deslindados con la Nación.

Los títulos relacionados con los numerales 1 a 12, 14 a 17 y 19 anteriores obran ya en autos. A la presente demanda acompaño los siguientes:

a) Los relacionados en los numerales 13 y 18 anteriores, en 16 hojas útiles.

b) Dos certificados expedidos por el señor Registrador de Instrumentos Públicos del Circuito de Bucaramanga, de fecha 17 de junio último, constantes de nueve (9) hojas útiles, conjuntamente.

c) Cinco (5) declaraciones de testigos, de nudo hecho, recibidas por el señor Juez Primero de lo Civil del Circuito de Bucaramanga, y relacionadas con la posesión de los terrenos de 'Marta', 'Santa Clara' y 'Colorado', las cuales constan de quince (15) hojas útiles".

B.—Se ha considerado necesario, principiar por citar los principales documentos en que los opositores fundamentan sus respectivas oposiciones, porque alegándose el carácter de terrenos particulares, con derecho al petróleo del subsuelo que se encuentre en ellos, y alegándose también que ellos están en gran parte comprendidos en la propuesta Ryan, lo primero que debe estar establecido con toda precisión en este juicio breve y sumario, es si los terrenos a que se refiere la propuesta de contrato de Frederick R. Ryan, sobre la base de que tales terrenos son de la Nación, son los mismos de las oposiciones, sobre la base de que no son terrenos de propiedad de la Nación, sino de propiedad particular. Y como el alcance del carácter de propiedad particular que tuvieran esos terrenos no lo limitan los opositores a la simple extensión superficiaria, sino al subsuelo para los fines de exploración y explotación del petróleo que se encuentre en ellos, se hace indipensable que se examine, como cuestión previa, la de la identidad de tales terrenos, pues es sabido que en la actualidad el estatuto de la propiedad privada del petróleo, es, principalmente, desde el año de 1936, la ley 160 de ese año, cuyo artículo 10 dice así:

"Es de propiedad particular el petróleo que se encuentre en terrenos que salieron legalmente del patrimonio nacional con anterioridad al 28 de octubre de 1873, y que no hayan sido recuperados por la Nación por nulidad, caducidad, resolución o por cualquier otra causa legal. Son también de propiedad particular los petróleos adjudicados legalmente como minas durante la vigencia del artículo 112 de la Ley 110 de 1912, bastando en este último caso para los efectos de los incisos 1º y 2º del artículo 6º de la presente ley, presentar el título de adjudicación expedido por autoridad competente durante la vigencia del citado artículo del Código Fiscal"; y cuyo artículo 7º en sus numerales a), b), y c), dijo lo siguiente en lo relacionado con las pruebas que debe presentar una persona como fundamento del derecho de explorar y explotar petróleo "que repute como de propiedad privada":

"a) El título emanado del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873, o a falta de éste, los documentos públicos de origen oficial emanados de autoridad competente que acrediten su existencia;

"b) Los títulos de propiedad de la persona que da el aviso, sobre el terreno de que se trata, y el certificado del Registra-

dor de instrumentos públicos correspondiente; títulos y certificados que deben comprender el período de la prescripción extraordinaria, y

"c) LA DETERMINACION PRECISA DEL TERRENO DE QUE SE TRATA. (Subraya la Sala). El Ministerio cuando lo estime necesario, podrá disponer que a costa del interesado se verifique sobre el terreno la exactitud de la identificación presentada, caso en el cual se suspenderán los términos a que se refiere el artículo anterior mientras se lleva a cabo tal verificación".

La determinación precisa del terreno de que se trata, la de la extensión y linderos del fundo en que deban efectuarse, (o en que no deban efectuarse, cuando se trata de oposición), trabajos de exploración y explotación de petróleos, es, pues, requisito indispensable para que prospere un aviso o una oposición de esta clase, conforme a los artículos 5º, 6º y 7º de la ley 160 de 1936, y, de consiguiente, innecesario se hace entrar en el examen del fondo mismo del derecho de propiedad alegado, si no aparece claramente identificado el predio de que se trata, tanto en sí mismo, como en relación con el que es materia de la propuesta, pues como lo ha expresado recientemente esta misma Sala de Negocios Generales de la Corte, en providencia del 20 de marzo del corriente año para decidir la oposición presentada por la Empresa Agrícola de Santander relativa al aviso de Hernando Salazar con respecto a un lote de terreno situado en el Municipio de Puerto Wilches (Departamento de Santander), "lo primero es saber cuál es la cosa a que se refiere un título. Y sólo a condición de que esta cosa sea, identificable, cabe ahondar acerca de la situación jurídica que el título creó en relación con su objeto".

No puede negarse, se añade ahora, que en estas cuestiones siempre se agita y va envuelta una cuestión de dominio, pero por lo mismo que se trata de un juicio que debe tramitarse y decidirse breve y sumariamente, y no con sujeción a las fórmulas y normas procesales del juicio de que trata la misma ley 160 de 1936 en su artículo 7º, inciso 6º, parte final, el cual juicio brinda a las partes más dilatado campo para probar su derecho de propiedad y al juzgador ese mismo campo para ajustar a ellas su decisión con mayor abundamiento de elementos de convicción, por lo mismo —se repite— por la vía breve y sumaria, como la del presente caso, esas cuestiones relacionadas con la propiedad alegada deben ofrecerse al fallador en la forma más clara, precisa, inequívoca e incontrovertible, sobre todo, y ante todo, en lo atinente a la identidad del fundo de que se trate, porque ésta debe ser la base principal de toda acción de dominio.

No se analiza, pues, ni se decide nada en el presente fallo acerca de la suficiencia o insuficiencia de los títulos presentados en cuanto a la situación que ellos hayan podido crear en favor o en contra de los opositores desde el punto de vista del derecho mismo de propiedad que ellos alegan sobre el suelo y el subsuelo de los terrenos conforme al régimen jurídico establecido por la legislación sobre petróleo; se estudia y se decide ahora, únicamente, lo relativo a saber si los terrenos a que se refieren los títulos presentados están bien identificados y localizados y si con los mismos a que se refiere en gran parte, según los opositores, la propuesta de contrato de Ryan y las oposiciones actuales, pues esto, como ya se vio, debe constar sin lugar a dudas, a tenor de los artículos 5º, 6º y 7º de la ley 160 de 1936, que regula esta materia.

Esto sentado, véase ahora si la alinderación y la extensión de los terrenos a que se refieren las presentes oposiciones satisfacen esa exigencia de orden legal ante la cual el fallador tiene que inclinarse, a fin de que, en caso afirmativo, se pueda entrar en el estudio de la situación jurídica en que los títulos presentados puedan colocar las respectivas pretensiones de los opositores.

C.—La descripción del terreno de la propuesta Ryan.

De qué modo aparece determinada la porción o lote de terreno a que se refiere la propuesta de contrato hecha ante el Gobierno por Frederick R. Ryan, sobre la base de que dicho terreno es propiedad de la Nación?

Del siguiente modo:

"Señor Ministro de Industrias y Trabajo:

"Refiriéndome a la propuesta que dirigí al Gobierno, obrando como apoderado del señor Frederick R. Ryan, de contratar la exploración de un terreno situado en Puerto Wilches y Lebrija, en busca de petróleo, y a la explotación del petróleo que se encuentre, y a la resolución que recayó, de 2 de julio último, digo a S. S. —dentro del término señalado en esa resolución—, que presento, como en efecto presento, junto con este memorial, un nuevo plano topográfico, y otro, geológico (ambos en dos ejemplares, como en dos ejemplares presento también la memoria complementaria), y una memoria técnica complementaria, y agrego:

"I. Para satisfacer el requisito de la relación entre la mayor longitud y la latitud media del terreno, ha sido necesario aumentar la cabida y modificar los linderos, la extensión superficial que tengo que solicitar y que solicito que ese motivo, es de diez y nueve mil trescientas veintiocho hectáreas (19.328 hts.). Los linderos del terreno, tal como va a quedar, son (hago referencia al plano topográfico que presento):

"1. Como punto de partida se ha tomado un punto A, situado en la confluencia de las Quebradas Aguas Claras y Cayumba.

"2. Del punto A se parte quebrada Aguas Claras aguas arriba hasta sus cabeceras, en donde hay un mojón provisional de concreto, y de ahí se continúa por el Filón hasta dar al Cerro Cristal, en un punto B. La recta que une A y B tiene cinco mil noventa y cinco (5.095) metros de longitud y rumbo de Norte catorce grados treinta minutos cuarenta segundos Este (N. 14° 30' 40" E.).

"3. Del punto B se continúa a lo largo del Filón de Arigui a dar al Cerro Ariguí, en un punto C. La recta que une B y C tiene dos mil trescientos cincuenta (2.350) metros de longitud y rumbo de Norte setenta y tres grados veintiún minutos cuarenta segundos Este (N. 73° 21' 40" E.).

"4. Del punto C se continúa en línea recta con rumbo de Sur veintiseis grados cuarenta y dos minutos cuarenta segundos Este (26° 42' 40" E.), por una distancia de cinco mil doscientos ochenta y tres (5.283) metros, a dar a un mojón provisional de concreto, en un punto D.

"5. Del punto D se continúa en línea recta con rumbo de Norte cincuenta grados treinta minutos Este (N. 50° 30' E.), por una distancia de cinco mil seiscientos (5.600) metros, a dar a un punto E situado en la confluencia de la Q. Bretón con la Q. Payoa del Lebrija.

"6. Del punto E se continúa por la Q. Payoa del Lebrija aguas arriba hasta sus cabeceras, en un punto F. La recta que une E y F tiene tres mil novecientos ochenta (3.980) metros de longitud y rumbo de Sur diez y siete grados diez minutos Este (17° 10' E.).

"7. Del punto F se continúa en línea recta con rumbo de Sur dieciocho grados cero minutos Este (18° 0' E.) por una distancia de dos mil trescientos cinco (2.305) metros a dar a la confluencia de la Q. San Miguel en la Q. Payoa, en un punto G.

"8. Del punto G se continúa en línea recta con dirección Sur sesenta y ocho grados cuarenta y cinco minutos Este (S. 68° 45' E.), por una distancia de tres mil trescientos veinte (3.320) metros, a dar a un punto H.

"9. Del punto H se continúa en línea recta con dirección Sur veintiún grados veinte minutos Oeste (S. 21° 20' W.) por una distancia de once mil quinientos setenta y cinco (11.575) metros, a dar a la orilla norte del río Sogamoso, en un punto I.

"10. Del punto I se continúa por la ori-

lla norte del río Sogamoso aguas abajo, hasta un punto J situado en la boca más occidental de la Q. Payoa en el río Sogamoso. La recta que une I y J tiene una longitud de trece mil ochocientos cuarenta (13.840) metros y rumbo de Norte setenta grados cero minutos Oeste (N. 70° 0' W).

"11. Del punto J se continúa por la Q. Payoa aguas arriba hasta dar a un mojón antiguo de concreto, en un punto K, en la orilla occidental de la quebrada. La recta que une J y K tiene una longitud de seiscientos quince (615) metros y rumbo de Norte cincuenta y nueve grados treinta minutos Este (59° 30' E.).

"12. Del punto K se continúa en línea recta con dirección Norte setenta y un grado cuarenta minutos Este (N. 71° 40' E.), por una distancia de novecientos setenta y cinco (975) metros, a dar a un punto L, en el filón del Dominio. El punto L constituye la esquina Sur-Este de la concesión Restrepo de la Socony-Vacuum Oil Co. de Colombia.

"13. Del punto L se continúa por el filón del Dominio hasta dar al Cerro del Dominio, en un punto M. La recta que une L y M tiene dos mil seiscientos veintiocho (2.628) metros de longitud y rumbo de Norte diez y seis grados treinta y cinco minutos cuarenta segundos Este (N. 16° 35' 40" E.).

"14. Del punto M se continúa por la Quebrada Puentes aguas abajo, hasta su confluencia con la Q. Las Monas, en un punto N. La recta que une M y N tiene cinco mil trescientos cuarenta y siete (5.347) metros de longitud y rumbo de Norte veintidós grados cincuenta y dos minutos treinta segundos Este (N. 22° 52' 30" E.).

"15. Del punto N se continúa por la Q. Puentes aguas abajo hasta su confluencia con la Q. Cayumba y ésta aguas abajo hasta su confluencia con la Quebrada Aguas Claras, en un punto A, punto de partida. La recta que une N y A tiene una longitud de dos mil trescientos noventa y cuatro (2.394) metros y rumbo de Norte setenta y un grados cincuenta y nueve minutos cuarenta segundos Oeste (N. 71° 59' 40" W.).

"Todos los rumbos descritos en estos linderos se refieren al meridiano astronómico o verdadero. La declanación magnética en la época actual es de dos grados treinta y dos minutos al Este (2° 32' E.).

"Entre los puntos L y E la propuesta limita en toda su extensión occidente y norte con terrenos de la Concesión Restrepo contratados por la Socony Vacuum Oil Co. de Colombia, y la descripción de este lindero es la misma de dicho contrato. Entre E y G, limita por el oriente con terrenos particulares de los herederos del señor R. A. Joy. Entre G y L limita por oriente, sur y occidente con terrenos baldíos de la Nación y con el río Sogamoso".

D.—La descripción de los terrenos a que se refiere la oposición de la Comunidad Reyes-Mutualidad.

Estos terrenos se describen así en el respectivo escrito de oposición:

"Dos globos de tierra situados antes en jurisdicción del Municipio de Girón y hoy en la de Lebrija, en los sitios denominados 'El Conde' y 'El Cerro de la Paz', y que se determinan por los siguientes linderos: PRIMER GLOBO. 'Por el Oriente la cordillera de la Paz desde el morro denominado 'Pan de Azúcar' y con terrenos de los herederos del doctor Carlos Nicolás Rodríguez; por el Sur con las cabeceras de la quebrada de la Colorada y con la hacienda de 'Marta'; por el Occidente, con la cuchilla más alta que se halla al poniente de 'Pan de Azúcar' y de la cordillera de 'La Paz', y por el Norte, el río Sucio por medio, con terrenos de los mismos herederos del doctor Carlos Nicolás Rodríguez'. EL SEGUNDO GLOBO. 'Por el Oriente, con el cerro de 'Los Cacaos' y con terrenos que eran de Matías Bretón y Marcos Gutiérrez y posteriormente de los señores Rugeles Hermanos, Adonías Vega y Reyes González desde el punto don-

de termina el lindero de los terrenos de los herederos del citado doctor Carlos Nicolás Rodríguez, siguiendo la cuchilla del 'Cerro de los Cacaos' a dar a los terrenos de 'Cañaverales'; por el Occidente, la cuchilla más alta que se encuentra al occidente de la cordillera de 'La Paz' y por el Sur, con terrenos de los herederos del mismo doctor Carlos Nicolás Rodríguez.

"La propiedad particular de los terrenos relacionados a favor de la familia Reyes y de la Mutualidad, aparece de la titulación que acompañamos, pero a fin de facilitar al Ministerio y a la Corte Suprema, si fuere el caso, el estudio y confrontación de dichos títulos, nos permitimos hacer en seguida una reseña de ellos en forma que se destaquen los títulos comunes a los Reyes y a la Mutualidad, y separadamente los títulos de aquéllos y de ésta.

"TITULACION PARTICULAR CONTINUA DESDE 1867 HASTA HOY

"Los terrenos de que se trata entraron a ser propiedad de la familia Reyes en el año de 1867 por compra hecha por don Ignacio Reyes a Francisco Gutiérrez Salgar, cuya familia, los poseía desde el año de 1700 junto con el resto del territorio. Consta esta venta en escritura número 313 de 31 de diciembre de 1867, de la Notaría de Girón. Fueron adquiridos para establecer la explotación de la quina, que abunda en todo el territorio, y durante muchos años fueron centro de éste que fue importante negocio en esa época. En el año de 1880 don Ignacio Reyes los vendió a Simón Reyes, por escritura número 223 de 10 de octubre de tal año y de la misma Notaría de Girón. Don Simón Reyes a Francisco Ordóñez Rodríguez, por escritura número 244 de 6 de noviembre de 1880, también de la Notaría de Girón; y éste, a su vez, a Luis Reyes, por escritura número 259 de 29 de noviembre de 1880, de la misma Notaría. Don Luis Reyes vendió a Carlos J. Delgado uno de los dos lotes continuos que componen la entera propiedad, el situado al Norte del río Sucio, por medio de escritura número 26 de 3 de marzo de 1881, de la misma Notaría de Girón, reservándose el otro lote, situado al Sur, a continuación del que vendía y unido a éste por su lindero Occidental, que es común para ambos lotes, siendo una cordillera que corre del Sur a Nordeste, conocida hoy con el nombre 'Cordillera del Dominio', más o menos paralela a la Cordillera de la Paz, que es el lindero oriental de los terrenos, común también para ambos lotes, pero interrumpido en el sitio donde el río Sucio rompe esta cordillera separando por este costado oriental los dos globos de tierra; hacia el Norte del río Sucio la Cordillera de la Paz toma el nombre especial de 'Cordillera de los Cacaos', sirviendo de lindero por el Oriente hasta la hacienda de 'Cañaverales', hoy conocida con el nombre de 'El Tambor' y que limita al Norte estos terrenos".

De tales terrenos reclama la comunidad Reyes-Mutualidad una extensión de ocho mil ochocientas cuatro hectáreas (8.804 hts.) que, según se alega, equivalen a seis estancias de ganado mayor o a tres de ingenio. Sobre el particular se dice lo siguiente a folio 120 del cuaderno Nº 10:

"Dice también el señor Procurador que el título adquirido por Juan Joseph Puyana el 1º de diciembre de 1722, tres estancias de ingenio o seis de ganado mayor, equivalen a 8.804 hectáreas y que el doctor Andrade (otro de los opositores a la propuesta Ryan), en la escritura número 1667 de 19 de agosto de 1920, les asignó a tales hectáreas linderos demasiado extensos, interpretando caprichosamente los de la merced original. Pero nosotros no intentamos cosa parecida. Pedimos sólo que se reconozca, que tales 8.804 hectáreas salieron legalmente del dominio del Estado y, por consiguiente, no pueden ser adjudicadas como terrenos baldíos ni conceder sobre ellas a Mr. Ryan ni a nadie una explotación petrolífera. Nos hemos sometido pues, y ajustado en nuestra demanda, estrictamente a los términos de la escritura original y hemos solicitado sólo que se respete nuestro derecho sobre estas 8.804 hectáreas 'medidas desde el

río Yariguies hacia el cerro de la Paz', es decir, hacia el Oriente, las cuales forman, como se dijo atrás, el flanco occidental de los terrenos de la comunidad, y unidas con las tierras adjudicadas a Lázaro de Quiñones, también descritas anteriormente, constituyen el predio cuyo carácter privado esperamos que la Corte reconozca, como lo hizo ya el Gobierno Nacional, por medio de la Resolución de fecha 3 de enero de 1881 publicada en el Diario Oficial número 413, correspondiente al 10 de enero del mismo año, que obra entre los documentos acompañados a la oposición que hemos formulado".

Para fallar con seguridad acerca de la identidad de los terrenos materia de las oposiciones, o sea, para esclarecer en debida forma lo relativo a la cabida y linderos que según los opositores, tienen las porciones de terrenos que consideran en parte incluídas en el lote de diez y nueve mil trescientas veintiocho hectáreas (19.328 hts.) que acaba de describirse y al cual se refiere la propuesta Ryan sobre la base de que pertenece a la Nación, se hace necesario considerar y constatar, inequívocamente, cuáles son los linderos y la extensión o cabida de esas porciones de terrenos, no sólo examinando lo que sobre ese punto dicen los documentos presentados por los opositores, de otorgamiento posterior al 28 de octubre de 1873, fecha en que la Nación se reservó los yacimientos de petróleos, sino lo que sobre esa misma cuestión expresen los documentos anteriores a tal fecha, y de los cuales los opositores hacen derivar el derecho que alegan sobre el suelo y el subsuelo de tales porciones de tierras. No de otro modo podría el fallador ilustrar su criterio y formarse una convicción acertada.

Por las transcripciones que ya se dejó hechas en los párrafos precedentes de este fallo, parece que puede hacerse el siguiente resumen derivado de los títulos antiguos que los opositores presentan como básicos del derecho de dominio que alegan:

OPOSITORES REPRESENTADOS POR EL DOCTOR LUIS FELIPE LATORRE

I. Merced a Lázaro de Quiñones Rincón por "dos estancias de ingenio" en 20 de junio de 1645.

II. Venta a Gaspar Rodríguez de Silva "de esas dos estancias de ingenio", hecha por "dos estancias de ingenio" en 20 de junio de 1670.

III. Venta de "tres estancias", hecha por Juliana de Vergara, viuda de Gaspar Rodríguez de Silva, e hijos en 1718 a Domingo Gutiérrez Lasso (años 1721, 1724 y 1725).

IV. Venta de "dos estancias", "de las que correspondían a la misma descripción de las que les fueron adjudicadas a Lázaro de Quiñones Rincón y que éste vendió a Gaspar Rodríguez de Silva", hecha a Domingo Gutiérrez Lasso el 24 de julio de 1724, por Pedro, Lorenzo, Francisco, Diego e Ignacio Rodríguez "(hijos de Gaspar Rodríguez y Juliana Vergara)".

V. Merced de "tres estancias de ingenio" hecha en 24 de abril de 1720 a Juan Rodríguez de Silva "a continuación de las que le fueron adjudicadas a Lorenzo de Quiñones Rincón..."

VI. Venta de "una estancia de ganado mayor", hecha el 17 de mayo de 1721 por Juan Rodríguez de Silva a Domingo Gutiérrez Lasso, quien la cedió después a Domingo Gutiérrez Rodríguez.

VII. "Tres estancias de ingenio", adquiridas por Juan José Puyana en 2 de diciembre de 1722 "en el río Yariguies del lado del Serro de la Paz" que su primer lindero ha de ser del puesto que llaman del Padre río arriba hasta onde alcanzaren dhas tres estancias de ingenio teniendo por frente el dho rio y los largos aguamonte.....", por merced que le hizo el Capitán Bernabé de Navas.

VIII. Venta de Pedro de Balduz a Laureán Gómez, en 14 de agosto de 1700. (Apenas "accidental o adicional" para su caso es la cita de este título, según dice el doctor Latorre).

Lázaro de Quiñones Rincón, Gaspar Rodríguez de Silva, Juliana Vergara e hijos, Domingo Gutiérez Lasso, Juan Rodríguez de Silva, Domingo Gutiérrez Rodríguez, Juan José Puyana, Francisco Gutiérrez Salgar e Ignacio Reyes, y "accidentalmente" Pedro Balduz a Laureán Gómez, son, pues, las personas a quienes se cita, como origen o fuente de mayor antigüedad, relacionada con el derecho de propiedad que alegan tener los opositores representados por el doctor Luis Felipe Latorre en los terrenos que se dicen forman parte de la propuesta Ryan, pero como puede verse de la relación que se deja hecha ya acerca de la alinderación y cabida de unos y otros terrenos (los mencionados por los opositores y los descritos en la propuesta Ryan), si bien hay algunos linderos o puntos comunes o similares entre ellos, está muy lejos de resultar la identidad total y precisa que la ley 160 de 1936 requiere como base necesaria para que el juzgador acepte en este juicio breve y sumario como fundada esta oposición.

Con efecto, conviene sobre esta oposición y las demás en que se invocan los mismos documentos, reproducir, en lo pertinente, por la analogía que guardan entre sí estos casos, lo que esta misma Sala tiene ya expresado en su precitado fallo del 20 de marzo del presente año, en la oposición formulada con motivo del aviso de Hernando Salazar para explotar petróleo en el lote de terreno situado en jurisdicción de Puerto Wilches, al cual se hizo ya referencia.

Dijo así la Sala:

"El título más antiguo es una MERCED concedida en el año de 1645 a LAZARO DE QUIÑONES DE RINCON.

"El capitán Francisco Mantilla de los Ríos, gobernador de la ciudad de San Juan de Girón le concedió en merced al susodicho Quiñones un pedazo de tierra que éste pedía 'que está en la quebrada de los 'Pujamanes' y la de 'Cutigata' dando vista a los 'Cañaverales' correspondientes a 'DOS ESTANCIAS DE INGENIO' desde el pie de la loma que da vista la quebrada de los 'Pujamanes' y al valle de Cutigata desde una quebrada de poca agua que está al pie de la loma antes de llegar a un rancho que hicieron los soldados en las cabeceras de 'Río Sucio'... corriendo el 'Río Sucio' abajo de una banda y otra del dicho río hasta llegar a una vuelta que hace el dicho 'Río Sucio' para correr derecho a los panes de azúcar que desde la vuelta que hace el dicho río se ha de cortar. El valle abajo a dar vista a la quebrada que llaman de 'Cutigata' que entra en el Río de Oro....

"En el mes de junio de 1670 Lázaro Quiñones de Rincón vendió a GASPAR RODRIGUEZ DE SILVA las dos estancias anteriores que adquirió por merced. Por este título el primero enajenó al segundo, 'una estancia de ingenio en el sitio que llaman de 'El Monte' desde una quebrada que está en el dicho monte, que es su primer lindero, toda la quebrada arriba hasta dar a la loma de Los Cacaos, la cual dicha estancia es a mano derecha de la quebrada de los 'Pujamanes'. Y asímismo le vendió otra estancia de ingenio 'a donde están y tengo sembrados unos árboles de cacao y su primer lindero ha de ser desde una quebrada grande que lleva siempre agua y entra en las cabeceras del 'Río Sucio', éste abajo hacia la parte de 'Cutigata'. El vendedor agrega que 'las cuales estancias mías las hube de merced que se me hizo de ellas por el gobernador Francisco Mantilla de los Ríos'.

"En el mes de febrero del año de 1718 la viuda y los herederos de Gaspar Rodríguez de Silva le vendieron a DOMINGO GUTIERREZ LAZO una estancia de ingenio incluída dentro de lo comprado por aquél á Lázaro Quiñones de Rincón. Por este título JULIANA DE VERGARA, viuda y albacea del capitán Gaspar Rodríguez de Silva, y sus hijos Juan, Lorenzo, y Francisco le otorgaron escritura a DOMINGO GUTIERREZ LAZO traspasándole una estancia de ingenio 'que es en el sitio de 'El Cacaual', que hoy llaman de 'San José', la cual está incluída en un título de dos estancias de ingenio que hubo y compró dicho difunto (Gaspar Rodríguez de Silva), del capitán Quiñones Rin-

cón.... linderos que son los siguientes: su primer lindero desde donde fueron los cacaos frontero de la quebradita de poca agua que desciende de una loma hacia la 'Quebrada Blanca', quebrada abajo hasta donde alcanzare la frente a dicha quebrada y los largos hacia 'Cutigata'.

"Y en el año de 1724, Pedro Lorenzo, Francisco, Diego e Ignacio Rodríguez de Silva, herederos de Gaspar Rodríguez Silva y de su esposa Juliana Vergara le vendieron a DOMINGO GUTIERREZ LAZO 'una estancia de ingenio en el sitio de 'San José', montañas del 'Casique', de esta jurisdicción, en la orilla de la 'Quebrada Grande', cabecera del 'Río Sucio' y 'otra estancia de ingenio en sobras del capitán Lázaro de Quiñones por la parte de abajo, 'estancia que expresaron haber heredado de los dichos sus padres.

"En el año de 1720 don Andrés Felipe Mantilla de los Ríos le concedió en MERCED a Juan Rodríguez Silva, hijo de Gaspar Rodríguez Silva, vecino de Girón, TRES ESTANCIAS DE INGENIO, en la misma jurisdicción, 'la una en el sitio que llaman del 'Paso', en sobras de otra que fue proveída a Lázaro de Quiñones, perteneciente al dicho mi padre sobre que está impuesto el principal de la Capellanía de Joseph de Hortas Moralla, y la otra de este lado de la cuchilla a mano izquierda del camino que hacemos a esta vecindad, la frente y los largos para Cañaverales'.

"Y en el año de 1721 Juan Rodríguez de Silva le vendió a Domingo Gutiérrez Lazo el anterior terreno. 'Una estancia de ganado mayor en el sitio de 'El Paso' en los montes del 'Casique', LA CUAL HUBO EL OTORGANTE POR MERCED QUE LE HIZO EL SEÑOR GOBERNADOR DON ANDRES JOSE MANTILLA DE LOS RIOS... Y sus linderos se entienden por la parte de abajo con tierras del capitán Gaspar Rodríguez de Silva, ya difunto, camino arriba que hacemos de 'San José' para esta ciudad, la frente de dicho camino y largos para Cañaverales'.

"En el año de 1725 Domingo Gutiérrez Lazo pidió y obtuvo de Bernardo de Navas, Gobernador y Justicia Mayor y Juez de las Composiciones de Tierras del distrito de San Juan de Girón, la composición de sus tierras provenientes de 'un título de DOS ESTANCIAS DE INGENIO, el cual por escritura pública que adjunto manifiesto me pertenece por merced de ella fecha a Lázaro de Quiñones. Item manifiesto otro título de TRES ESTANCIAS DE INGENIO, la merced fecha a Gaspar Rodríguez de Silva, en el cual por escritura pública me pertenece una estancia de ingenio, lindando con la supradicha de arriba. Item manifiesto otra estancia de ganado mayor con el tanto del título hecho por MERCED a Juan Rodríguez de Silva. Que todos los instrumentos y tierras SON CINCO ESTANCIAS pertenecientes a mi derecho, sitas en las montañas del CASIQUE y juro por Dios N. S. no tener en dichas montañas más tierras'.

"Todos los títulos anteriores mencionan pues como puntos de referencia, para indicar donde estaban situadas las tierras por ellos comprendidas las quebradas de PUJAMANES, CUTIGATA, que entra en el RIO DE ORO, EL RIO SUCIO, la quebrada BLANCA, y los sitios de EL PASO, SAÑ JOSE, CAÑAVERALES y las montañas del CASIQUE.

"Por un mapa oficial de la extensa región comprendida entre los ríos Sogamoso, Lebrija y el Magdalena, y tomado del mapa también oficial del departamento de Santander, levantado por la oficina de longitudes, se sabe que la quebrada de Pujamanes, como el Río Sucio son tributarios del río Sogamoso, pero a una distancia enorme de la desembocadura de éste en el río Magdalena; y que Cutigata es una quebrada que vierte sus aguas en el río Lebrija, también a una distancia inmensa de la desembocadura de este río en el mismo Magdalena.

"No se sabe dónde están las montañas del Casique y los demás puntos a que se refieren los títulos relacionados. Hay datos de que Cañaverales se llamaba también el río Lebrija en la época colonial.

"Parece cierto que en la composición de tierras que se otorgó a Domingo Gutié-

rrez Lazo, quedaron comprendidas todas o parte de las que por merced fueron adjudicadas a Lázaro Quiñones del Rincón en 1645, quien las traspasó luégo a Gaspar Rodríguez de Silva, y los herederos de éste a Gutiérrez Lazo; y las que adquirió también por MERCED en 1720 Juan Rodríguez Silva.

"Y fijando la atención en el referido mapa oficial, las tierras materia de la composición a Domingo Gutiérrez Lazo, tenían que estar entre las cabeceras del río Sucio, las quebradas de Pujamanes y Cutigata.

"Empero con una ubicación sumamente vaga e imprecisa, porque esos ríos están muy lejanos unos de otros, corren en direcciones opuestas; como quiera que el Río Sucio y la quebrada de Pujamanes pertenecen al sistema hidrográfico del río Sogamoso, en tanto que la quebrada de Cutigata, desciende al valle del río Lebrija, es decir dos hoyas hidrográficas distintas, y que por lo tanto comprenden una dilatada región, que está más cerca de los centros poblados de Bucaramanga, Girón y la ciudad de Lebrija, que de las todavía más remotas tierras adyacentes a Puerto Wilches y riberanas del río Magdalena.

"Por la manera como se alindaron las estancias otorgadas en merced a Lázaro Quiñones del Rincón en el año de 1645, parece que se hallaran ubicadas en las cabeceras del Río Sucio, sobre la cordillera constitutiva del DIVORCIO AQUARUM del Sogamoso y del Lebrija, pues no otra cosa querrían decir las expresiones 'desde el pie de la loma que da vista a la quebrada de los Pujamanes y al valle de Cutigata'; 'a un rancho que hicieron los soldados en las cabeceras del Río Sucio..... corriendo al Río Sucio abajo de una banda y otra del dicho río hasta llegar a una vuelta que hace el dicho río'; 'el valle abajo a dar vista a la quebrada que llaman de Cutigata que entra en el Río del Oro'.

"La MERCED otorgada a JUAN RODRIGUEZ DE SILVA en 1720 lo fue en SOBRAS de una de las estancias que antes se habían dado a Lázaro Quiñones, y tiene esta referencia: 'de este lado de la cuchilla a mano izquierda del camino que hacemos a esta vecindad (la población de Girón), la frente y los largos para Cañaverales'. No se sabe qué se quería significar con esta última expresión; pero si era que debía mirarse de frente al Cañaverales; y el Cañaverales era el mismo Lebrija, las tierras de esta merced estarían, como las que fueron de Lázaro Quiñones a distancia remotísima de la zona ribereana del Magdalena, en que están situadas las tierras materia de la propuesta de contrato de exploración y explotación de petróleos.

"La composición otorgada en 1725 a Domingo Gutiérrez Lazo comprendió las tierras a que se referían los títulos anteriores. Este título agrega que las estancias objeto de él estaban ubicadas todas en las montañas del Casique. Se ignora dónde quedan o quedaban estas montañas. Quizá podían ser las que marcan el DIVORTIUM AQUARUM de los sistemas hidrográficos del Sogamoso y el Lebrija, desde que alguno de los títulos materia de la composición habla de las cabeceras del Río Sucio.

"La indeterminación de los títulos examinados es, pues, completa. Y si se acude al sistema de hacer hipótesis más o menos fundadas sobre los pocos datos que esos títulos arrojan se tiene, como está visto, que ellas conducen a situar los terrenos de Gutiérrez Lazo en una región completamente distinta de la que señala la compañía opositora.

"En el año de 1735 hizo su testamento en la ciudad de Girón, DOMINGO GUTIERREZ LAZO. Ese testamento figura en la escritura de protocolización número 1984 de 7 de noviembre de 1924, contentiva del segundo grupo de títulos anteriores a 1873. Allí están el dicho testamento, el inventario de los bienes del causante y la adjudicación de ellos a los herederos. Existe además una escritura de venta otorgada por PEDRO DE BALDUZ a LAUREAN GOMEZ en el mes de agosto del año de 1700.

"En el testamento DOMINGO GUTIERREZ LAZO relacionó las tierras de que era dueño, entre las cuales estaban: 'Item declaro por bienes míos TRES ESTANCIAS DE INGENIO en la quebrada de Cutigata, sus linderos las vertientes de las quebradas, en lo más llano donde se empieza a caminar, de un lado y otro. Item declaro por bienes míos UN TITULO DE TIERRAS EN EL HUECO de los tres ríos de LEBRIJA, y río de SOGAMOSO, y de YARIGUIES hecho de merced por el señor Juez de Tierras, que por ser dilatadas, y dispersas NO SE PUEDE SABER EL NUMERO de estancias'.

"El testador habla en primer lugar de las tierras que poseía en la quebrada de Cutigata. Ya se sabe que los títulos de la composición decretada en 1725 mencionan esta quebrada como punto de referencia y donde podrían estar, en consecuencia, parte de las estancias a que esa titulación se refiere.

"Pero se mencionan también, como algo distinto de lo anterior, 'un título de tierras en el hueco de los tres ríos' Sogamoso, Lebrija y Yariguies, hecho por el señor juez de tierras.

"Ese título será el de la composición a que ya se hizo alusión? No parece, dada la mención especial que el testador había hecho de las tierras de Cutigata. Sin embargo, como de estas tierras no menciona más que TRES estancias, y las de la composición eran CINCO, bien pudo suceder que el testador las dividiera como cosas distintas. Pero en esta hipótesis— y se continúa razonando a base de hipótesis ya que no hay otras bases — nada se habría adelantado en orden a mejorar la prueba por el hecho de que las tierras se localicen en el HUECO de los tres ríos mencionados. La expresión HUECO es tan amplia que comprende toda la inmensa región que se extiende entre los tres ríos, que son los puntos de referencia concretos. Hay que buscar otros datos para localizar dentro del llamado HUECO las tierras de que habló el testador Gutiérrez Lazo. Y el único dato ilustrativo que se ofrece es el de los títulos materia de la composición decretada por el juez de tierras en 1725. Pues bien, ya se expresó en dónde podrán quedar ubicadas las tierras de la COMPOSICION; y ciertamente la quebrada de Cutigata, el río Pujamanes y el Río Sucio quedan dentro del HUECO de los tres ríos Sogamoso, Lebrija, y el Yariguies que desemboca en el río Sogamoso, pues con el mismo nombre de Yariguies se encuentra otro río que desagua en la cienaga de Yariguies, situada en la región del río Magdalena, el que a su vez recibe los desagües de aquélla.

"Y a propósito de los dos ríos con el mismo nombre, a cuál de ellos pudo referirse el testamento? No cabe duda que al que tuviera la condición de formar HUECO con el Sogamoso y el Lebrija, y éste sólo podía ser el que rinde sus aguas al Sogamoso.

El testador agregó que se trataba de estancias dilatadas y dispersas por lo cual no podía determinarse su número. Si en aquella época ni el mismo dueño conocía la extensión de sus tierras, ni sabía dónde quedaban dentro de una gran extensión de tierras baldías, cubiertas por selvas impenetrables, qué iban a estar, más de un siglo después, sus causahabientes en capacidad de determinarlas según la realidad de lo que tales tierras habían sido?

"Dícese que el testamento guarda relación con la venta hecha por Pedro de Balduz a su yerno Laurean Gómez, en 1700; por lo tanto, treinta y cinco años antes de la muerte de Gutiérrez Lazo. Efectivamente, vendió 'sus tierras tituladas por la Real Junta de su Majestad el Rey de España, de los HUECOS y SOBRAS entre los ríos Cañaverales y el Sogamoso y del Yariguies, las que son tres pedazos uno a lindar con mis tierras del Champan por el paxaral, el otro de los YARIGUIES DEL SOGAMOSO (subraya la Sala) que tiene derechos de entradas y salidas al río por tierras de Notengo y PAYOAS, que ha de lindar con tierras del Río Sucio, y para el lado de Pature a de dar al camino que pasa por los panes de azúcar para esta ciudad, y el otro que es Corata, el cual

resultó incierto, ha de lindar con tierras de Cañaverales, que son tituladas del Colegio de la Compañía de Jesús de la ciudad de Pamplona, a dar a la Chicuita del mismo colegio'.

"La oposición sostiene que en el año de 1735 las tierras adquiridas por Laurean Gómez aparecen como de propiedad de Domingo Gutiérrez Lazo, según puede verse del testamento y del juicio de sucesión de este señor.

"En realidad el testamento como acaba de verse hace alusión al título de las tierras ubicadas dentro del HUECO de los tres ríos ya conocidos; de manera que puede aceptarse, en gracia de discusión, aun cuando no se sabe cómo vinieron las tierras a poder del testador, que se trate de las mismas. Con todo eso, nada se adelanta en el camino de la determinación de los terrenos.

"Lo vendido por Balduz fueron tres porciones distintas dentro de los HUECOS y SOBRAS de los tres ríos. Una porción debía limitar con 'mis tierras (del vendedor Balduz) del Champan por el paxaral'. Nadie sabe cuáles son los terrenos a que corresponden estas dos denominaciones. Otra porción estaba en los Yariguies del Sogamoso 'que tiene derechos de entradas y salidas por tierras de Notengo y Payoas, que ha de lindar con tierras del Río Sucio'. Esta porción se concretaba un poco más, pues se colocó entre los ríos Sogamoso y Yariguies, lindando con tierras del Río Sucio. Empero esta determinación va contra la localización que el opositor le asigna a los terrenos de la Polonia y Puerto Wilches, pues si se atiene al título de la venta a Laurean Gómez en conexión con el testamento de Domingo Gutérrez Lazo, sus derechos no van más allá del Yariguies, tributario del Sogamoso, que desemboca en éste después del Río Sucio, pero todavía a una gran distancia de lo que hoy día se señala como el área correspondiente a lo que fue de Balduz, Gutiérrez Lazo y actualmente de la compañía opositora, según el plano que se ha presentado de los terrenos de La Polonia y Puerto Wilches, que limitan por todo el lindero occidental, de gran extensión, con el río Magdalena, el cual nunca se mencionó en ninguno de los títulos antiguos, pero ni siquiera en la escritura que el 27 de junio de 1874 le otorgó Francisco Gutiérrez Salgar a Carlos J. Delgado, y que inicia la cadena de títulos en el siglo pasado, más de una centuria después de la muerte de Domingo Gutiérrez Lazo.

"Por último, el tercer lote vendido por Balduz lo denomina Carata, 'el cual resultó incierto, ha de lindar con tierras de Cañaverales, que son tituladas del Colegio de la Compañía de Jesús de la ciudad de Pamplona a dar a Chicuita del mismo colegio'. Además de que esta porción resulta incierta, al decir del mismo vendedor, se ignora cuáles eran las tierras tituladas a la Compañía de Jesús, lo mismo que lo que se quería designar con la denominación de la Chicuita y los panes de azúcar.

"El título otorgado por Balduz adolece, de consiguiente, de una vaguedad completa en cuanto a las tres porciones de tierra de que allí se habla. Ya se vio que el testamento de Gutiérrez Lazo no es más claro; y en los inventarios de esta mortuoria tampoco hay nada que suministre mejores luces.

"Ciento treinta y nueve años después del testamento de Domingo Gutiérrez Lazo y de su muerte, el señor FRANCISCO GUTIERREZ SALGAR, por medio de la escritura pública número 194 del 27 de junio de 1874, otorgada en la notaría del distrito de Girón dio en venta al doctor CARLOS J. DELGADO 'cuatro estancias de tierra comprendidas en medio de los tres ríos Lebrija, Sogamoso y Yariguies, una ubicada en el punto denominado 'Coratá' y otra comprendida desde la 'boca del tigre' a Payandé, situadas todas en Cañaverales, en jurisdicción de este circuito y del de Bucaramanga, y lindantes las cuatro primeras por todos cuatro puntos cardinales, con TIERRAS BALDIAS; la que está ubicada en Coratá, SIN OTRO LINDERO fijo que por una parte con te-

rrenos de los herederos de Alonso Rodríguez Cornejo, y la que se encuentra entre la boca del Tigre y Payandé linda con estos mismos puntos. Cuyas estancias de tierra dice el otorgante las hubo por herencia paterna'. (Lo subrayado es de la Corte).

"Supóngase que sean estas tierras las mismas de que habla en su testamento Domingo Gutiérez Lazo, que por herencia paterna llegaron a poder de Gutiérrez Salgar, directo descendiente de aquél. Continuaría la indeterminación imperando. Sin embargo se obtienen dos datos que desvirtúan las pretensiones de la empresa opositora: 1º que todas las estancias vendidas estaban en Cañaverales; y 2º que lindaban todas con baldíos, salvo una parte de la ubicada en Coratá, con terrenos particulares.

"Si Cañaverales era el trayecto del río Lebrija, más próximo a las poblaciones de Girón y Bucaramanga, se confirma que las tierras no pasaban del Yariguies, del hueco, por grande que fuera su extensión. Por eso decía el vendedor que se trataba de estancias comprendidas entre los ríos Lebrija, Sogamoso y Yariguies.

"Si las tierras daban hasta el Magdalena, conforme a la ubicación que les atribuye la compañía opositora, en lugar de decir don Francisco Gutiérrez Salgar que lindaban por todos sus costados con tierras baldías, era lo natural que hubiera mencionado el citado río, el que tampoco está mencionado en ninguno de los títulos precedentes.

"Por último, como eran tierras que estaban más próximas a Girón y a Bucaramanga, que al río Magdalena, por eso don Francisco mencionó estos distritos, más bien que decir que las tierras estaban situadas en la región de aquel río.

"Sigue luégo la escritura número 209 del 9 de septiembre de 1880, otorgada también en Girón, por medio de la cual el doctor Carlos J. Delgado vendió a Demetrio Antonio Cruz lo siguiente: 'cuatro estancias de tierra comprendidas en medio de los tres ríos Lebrija, Sogamoso y Yariguies, ubicadas en jurisdicción del distrito de Lebrija, que lindan: por un costado desde la boca del Yariguies, aguas arriba del río Magdalena hasta el punto de Perico en el mismo Magdalena, lindando con tierras del comprador; por el otro costado, una línea recta partiendo de la Ciénaga de Corredor a encontrar la quebrada del Salado, lindando con tierras del mismo comprador; por otro costado, el caño-Yariguies arriba a encontrar el nacimiento del mismo caño; y por el otro costado una línea del nacimiento del caño Yariguies a encontrar la quebrada del Salado que desagua en el caño de Pajatral'.

"El vendedor declaró que las cuatro estancias eran las mismas que en el año de 1874 había adquirido de Francisco Gutiérrez Salgar, según la escritura arriba citada.

"Nótese, sin embargo, que las cuatro estancias se sitúan ahora colindando en una gran extensión con el río Magdalena, que nunca antes mencionaron los títulos. Y como Yariguies se toma el río del mismo nombre que vierte sus aguas en la ciénaga de Yariguies, según los mapas oficiales, la cual a su vez derrama en el Magdalena.

"Con estos linderos el Río Sucio, tributario del Sogamoso, que siempre fue nombrado en los títulos, la quebrada de Cutigata y el Pujamanes, se quedan fuera de la nueva área señalada; y en cambio surgen, sin saber por qué razón, nuevos puntos de referencia, anteriormente desconocidos, como la boca del Yariguies y el punto de Perico sobre el río Magdalena, la Ciénaga de Corredor y la quebrada del Salado.

"En consecuencia la indeterminación de los títulos antiguos presentados, anteriores al año de 1874, en relación con las hoy llamadas tierras de Puerto Wilches y La Polonia, es completa. Esos títulos no dan, como está demostrado, la más leve base

para obtener su localización sobre el terreno con alguna probabilidad de acierto. La ubicación precisa que pretende hacerse de los terrenos comprendidos por los mencionados títulos, es caprichosa, pues la distancia que media entre los ríos Sogamoso y Lebrija, corresponde a una región indefinida, compuesta de extensas y hasta hace poco deshabitadas selvas, ríos, quebradas, valles, cordilleras, etc.

"Se pretende justificar la identificación de las tierras que fueron de don Domingo Gutiérrez Lazo con una inspección ocular practicada extrajudicialmente por el juez municipal de Puerto Wilches en el año de 1929. Efectivamente, en aquella diligencia, llevada a cabo por solicitud de la Empresa Agrícola de Santander, consta que los peritos dijeron que después de recorrer el terreno conceptuaban que los actuales terrenos de La Polonia y Puerto Wilches son los mismos que Francisco Gutérrez Salgar le vendió al doctor Carlos J. Delgado.

"Pero esta diligencia no vale nada. Fue practicada sin citar a la Nación. Además, los peritos afirman el hecho sin dar razones, diciendo sólo que hace más de treinta años conocen la región. Lo cual no basta, porque para llegar a la conclusión de los peritos, habría que recorrer la región entre el Sogamoso y el Lebrija; identificar con pruebas suficientes todos los sitios principales a que los títulos antiguos se refieren; determinar la extensión aproximada comprendida por dichos títulos; y luégo, sí, tratar de obtener la verdadera ubicación de las mercedes que fueron de Domingo Gutiérrez Lazo, a efecto de establecer cómo coinciden ellas con las actuales tierras de "La Polonia" y Puerto Wilches".

Como en el caso a que se refiere la providencia que acaba de citarse, no encuentra la Sala, tampoco, en el estado actual de la actuación relacionada con la oposición de la "Comunidad Reyes Mutualidad", ninguna base legal que la incline a cambiar el concepto que entonces le mereció, por la notoria vaguedad en la identidad de lo reclamado, la oposición relativa a las tierras de "La Polonia" y Puerto Wilches, formulada por la Empresa Agrícola de Santander aunque no se tratara de las mismas ahora.

Ya se vio que el doctor Luis Felipe Latorre, al referirse a la merced que se alega obtuvo JUAN JOSE PUYANA en dos de diciembre de 1722 de "tres estancias de ingenio en el río de los Yariguies del lado del cerro de la Paz que su primer lindero ha de ser del puesto que llaman del Padre, río arriba hasta onde alcanzaren dhas tres estancias de ingenio teniendo por frente el dho río y los largos aguamonte ....., etc.", dice que "cubre esta merced los terrenos de la comunidad Reyes Mutualidad de occidente a oriente, de manera más clara e indudable — se subraya — LA PARTE AFECTADA POR LA PROPUESTA DEL SEÑOR FREDERICK R. RYAN", lo que deduce (el doctor Latorre) "puesto que arranca de un punto situado al occidente del globo de dicha propuesta, se extiende hacia el oriente sobre él y corre con igual rumbo o dirección a encontrarse con el territorio cubierto por las mercedes de tierras que se relacionan en seguida, mercedes que protegen el flanco oriental de los terrenos de la comunidad Reyes Mutualidad"

Se considera:

Para la Sala no es claro e indudable, con los datos que hasta ahora se le han suministrado, lo que se alega en el precedente párrafo.

En la descripción que consta en el escrito de aviso relativo al terreno de la propuesta de Ryan no se menciona como dentro de ésta "el río Yariguies" (ya se sabe, por el mapa del Departamento de Santander, que hay dos ríos que llevan el mismo nombre y que no se comunican entre sí), ni se menciona tampoco en tal escrito el "CERRO, CUCHILLA O CORDILLERA de la Paz", — aunque sí se sañala en uno

de los planos que presenta Ryan un sitio llamado "La Paz"—, ni tampoco se dice nada en tal escrito del "punto que llaman del Padre", ni de "Pan de Azúcar" y "Cañaverales", referentes a las mercedes concedidas, de otras estancias más de tierras, a LAZARO QUIÑONES DE RINCON y JUAN RODRIGUEZ DE SILVA, hasta llegar a DOMINGO GUTIERREZ LASSO.

No basta, por ejemplo, la alusión al "Río Sucio", o al Río o al "Valle del Sogamoso", o a las quebradas "Payoa" del Sogamoso y del Lebrija, ni al "cerro o filón del Dominio" para formar, con sólo esos datos tan vagos y no comprobados en el terreno, convicción plena acerca de la identidad de las tierras a que se refieren esas mercedes y las tierras descritas en la propuesta Ryan, ni para concluír en que esta propuesta cubre parte de tales terrenos, por más que otra cosa apareciera en el plano de Ryan, pues no sería ese el modo legal de comprobar cuestiones atinentes al dominio sobre bienes raíces.

Ni podría eso saberse fijamente, entre otras razones, porque ni siquiera existe un plano de la parte reclamada, ni se dice cuál es, por sus linderos, la porción de tierra que habría de excluírse de la propuesta de contrato de Ryan, por ser de propiedad de los opositores, ni se sabe cómo localizar en el terreno esos linderos, con las vagas referencias de los títulos que se invocan como originarios.

Los opositores dicen por conducto de su apoderado, que aspiran a reclamar o a hacer excluír de la propuesta Ryan nada más que lo correspondiente a las estancias concedidas en las mercedes a Juan José Puyana, Lázaro Quiñones Rincón y Juan Rodríguez de Silva, "medidas desde el río Yariguies hacia el Cerro de la Paz"—8804 hectáreas — "seis estancias de ganado mayor o tres de ingenio"; pero como existen las otras oposiciones que adelante se examinarán, con linderos igualmente vagos; como la descripción de las tierras correspondientes a tales mercedes es en su origen tan deficiente y oscura, y como la propuesta de Ryan se refiere a 19,328 hectáreas, sin que se hayan hecho las mensuras y planos correspondientes, sin que se haya identificado y localizado debidamente en el terreno por medio de una verificación ocular de sus linderos y demás particularidades, con ese lote de 8,804 hectáreas a que se refiere la oposición, con base o fundamento en las simples alegaciones de los opositores y en las vagas informaciones y referencias de los títulos primitivos, no podría la Sala saber qué parte de la propuesta Ryan debería ser la excluída del contrato sobre exploración y explotación del petróleo, caso de hallarse que los opositores tenían derecho a aquél como propietarios del subsuelo, según esos títulos y los demás documentos que invocan como generadores o creadores de su derecho de dominio antes del 28 de octubre de 1873, incluso la Resolución en que el Gobierno Nacional declaró el 3 de enero de 1881 que no eran baldíos, sino de propiedad particular, los terrenos mencionados en esa Resolución, porque tampoco con solo tal documento puede establecerse actualmente la identidad requerida en el presente juicio.

No está demás hacer constar que según el informe de la Sección Técnica del Ministerio de la Economía, que obra en autos, los terrenos a que se refieren estas oposiciones, no ha sido posible localizarlos por sus linderos en el mapa de la Oficina de Longitudes de Santander (cuaderno C, folios 106 v. a 107). Mucho menos puede hacerlo un Tribunal de Derecho como la Corte, sin que se le hayan presentado previamente las pruebas necesarias.

Ese documento expresa lo siguiente en relación con las tierras de que se trata:

"Por las referencias que en los linderos del PRIMER GLOBO se hacen a la Cordillera de La Paz por el oriente, a la cuchilla más alta que se halla al Poniente de la misma cordillera de La Paz por el occidente, y al río Sucio por el Norte, puede decirse que quizá dicho lote, de acuerdo con el mapa de la Oficina de Longitudes no se halla comprendido dentro del área de la propuesta del señor Ryan.

"En cuanto a los linderos del SEGUNDO GLOBO no ha sido posible localizarlos

en el mapa de la Oficina de Longitudes de Santander, por lo que no se puede saber si este globo se encuentra o no dentro del área de la propuesta. Agrego en lo referente a estos dos globos que es muy indeterminado decir 'por el occidente con la cuchilla más alta que se halla al poniente de Pan de Azúcar y de la Cordillera de La Paz".

Carece, pues, la Sala de elementos de convicción suficientes para reconocer como fundada la oposición de las personas representadas por el doctor Luis Felipe Latorre, y así lo habrá de declarar.

Oposición del doctor Vesga Duarte

La mayor parte de los elementos básicos de esta oposición (venta de Pedro de Balduz a Laurean Gómez y merced a Domingo Gutiérrez Lasso de un pedazo de tierra) concuerdan con algunos que se han alegado como fundamentales de las oposiciones de las personas representadas por el doctor Luis Felipe Latorre, y, por tanto, lo que ya queda expuesto con relación a estas oposiciones, comprende a las que hacen las personas representadas por el doctor Vesga Duarte.

Con efecto, ya se dejó analizado y demostrado cómo es de deficiente el documento de venta hecho por Pedro de Balduz en 1700 a Laureán Gómez para esclarecer que las tierras de "los huecos y sobras dentro los ríos Cañaverales y de Sogamoso y del Iariguí....." son las mismas del "título de tierras en el hueco de los tres ríos de Lebrija (o Cañaverales) y río de Sogamoso y de Yariguies" a que se refiere el testamento de Domingo Gutiérrez Lasso (tierras que, según decía el mismo testador, "que por ser dilatadas y DISPERSAS NO SE PUEDE SABER — subraya la Sala — el número de Estancias....."), las mismas relativas a la propuesta de Ryan, y las mismas de los lotes que, con una alinderación casi en su totalidad distinta, describen los opositores actuales como correspondientes a los títulos Balduz-Gómez, Gutiérrez Lasso, Francisco Gutiérrez Salgar y demás "sucesores de este último".

No basta que los testigos a quienes alude el doctor Vesga Duarte (folio 129 v., cuaderno número 10) digan que la propuesta de Ryan, a juzgar por los linderos que en ella se mencionan incluye parte de los terrenos que se consideran pertenecientes al TITULO GUTIERREZ LASSO, pues se refieren esos testigos a los terrenos que se dicen ubicados en los **huecos y sobras** de los ríos Cañaverales o Lebrija, Sogamoso y Yariguies, terrenos cuya actual indeterminación es manifiesta, según queda ya analizado en el presente fallo.

La exigencia del ordinal c) del artículo 10 de la Ley 160 de 1936, acerca de "la **determinación PRECISA del terreno de que se trate**", no se ha cumplido tampoco, pues, en la oposición que se acaba de examinar; y, de consiguiente, en la hipótesis de haberse comprobado el derecho de propiedad en los terrenos materia de la oposición, la Sala no podría establecer fijamente, por falta de la debida identificación, cuál sería la porción o parte de los terrenos de la propuesta Ryan que deberá ser excluída del contrato sobre exploración y explotación de petróleos, por pertenecerle a los opositores representados por el doctor Vesga Duarte.

Lo pertinente del informe de la Sección Técnica del Ministerio de la Economía sobre los terrenos a que se refieren las oposiciones de que se trata, dice así:

"Hasta donde se pueden apreciar algunos de los linderos del PRIMER LOTE, en el mapa de la Oficina de Longitudes, todo parece indicar que él se halla fuera del área de la propuesta.

"Por las referencias al río Yariguies, a las quebradas Sogamosito, Cristalina y Santos Gutiérrez, al río Sucio, al cerro de Pan de Azúcar, a la cuchilla de los Loros, a la quebrada Payoa, y el río Sogamoso, en la alinderación del SEGUNDO LOTE, se puede decir que éste comprende parte de los terrenos de la propuesta. La alinderación de este SEGUNDO LOTE, hasta donde se puede localizar en el mapa de

Santander de la Oficina de Longitudes, comprende una extensión de unas setenta y dos mil (72,000) hectáreas.

"Observando en el mapa de la Oficina de Longitudes del Departamento de Santander la ubicación de la quebrada El Callejón, de la quebrada Santos Gutiérrez y la quebrada El Venado, a que se refieren los linderos del TERCER LOTE, puede decirse que éste no se halla comprendido dentro del área de la propuesta.

"Los linderos que se le asignan al ULTIMO LOTE como que corresponden al terreno o pedazo de tierras de que trata la merced que se dice hecha por don Pedro Velásquez, llamándose Gobernador y Capitán General de San Juan Girón, a Domingo Gutiérrez Lasso en 1734 (véase título respectivo), en donde aparen (sic) los siguientes linderos:

"" .....un pedazo de tierra siendo el primer lindero desde la boca del Tigre o boca de quebrada que aze allí río arriba hasta la Buelta del Tagual, lindando por la parte de arriba con tierras de Anton'o de Mendoza Y por la parte de avajo Linda con Tierras de Sevantián Alvarez Entre uno y otro título, de un lado y otro de El dho, Río Esta El Expresado pedazo de Tierra q. Al parezer Tendrá algo mas de seis Estanzias de tierra Mala y a pezos buena, ..."

"A la simple vista en el mapa de Santander de la Oficina de Longitudes, de la desembocadura de la quebrada La Tigra en el río Lebrija y del punto denominado Tagua (quizá lo que antes se llamaba la Vuelta del Tagual), puede decirse que en ningún caso las estancias, imposibles de precisar sobre el terreno, de la merced hecha a Domingo Gutiérrez Lasso, ni los linderos que en el ULTIMO LOTE se le asigna a estas estancias se hallan comprendidos dentro del área de la propuesta del señor Ryan".

Carece, pues, también la Corte de base legal en el presente caso para aceptar como fundadas estas oposiciones, y así habrá de declararlo.

III.—Oposición de las personas representadas por el doctor Humberto Gómez Naranjo.

Según se alega por los opositores a quienes representa el Dr. Gómez Naranjo, los derechos en las tierras "Marta, Santa Clara y Colorado", tendrían como fuente o antecedentes más antiguos los siguientes:

I.—El testamento otorgado en 18 de enero de 1758 por BERNABE DE NAVAS (folio 19, cuaderno número 1);

II.—El testamento otorgado por LORENZO DE NAVAS en 14 de febrero de 1772 (folio 28, cuaderno número 1);

III.—La escritura de 8 de abril de 1844, de venta, hecha por MARIA ANTONIA DE NAVAS a RAFAEL NOVOA (Cuaderno citado, folio 102);

IV.—Diligencia de posesión de esas tierras a RAFAEL NOVOA en 18 de diciembre de 1844;

V.—Cartilla o hijuela de adjudicación a GREGORIO MANTILLA, en el juicio de sucesión de Rafael Novoa y Dolores Salas, como cesionario de dos de las hijas de éstos y como pagador de deudas y gastos de la sucesión (cuaderno citado, folios 105 y ss., año de 1877);

VI.—Diligencias de deslinde con la Nación. Año de 1879. (Cuaderno Nº 10, fs. 72 y ss.);

VII.—Resolución del Gobierno Nacional de 4 de mayo de 1881, acerca de no ser baldíos sino de propiedad particular los terrenos a que se refiere ese deslinde (folio 71, cuad. cit.)

Sobre el particular, el doctor Gómez Naranjo, en su escrito de fecha 7 de marzo de 1941, se expresa del siguiente modo:

"El origen de 'Marta', como propiedad privada, data de época que, hasta donde es posible precisar, se remonta a mediados del siglo XVIII. En el año de 1758 integraban dicha propiedad globos y estancias de tierra en valle del río Sogamoso, perteneciente entonces al Gobernador don Bernabé de Navas, vecino de la ciudad de San Juan Girón y natural del Reino de España, quien — según consta en

su testamento — otorgado el 18 de enero del año citado, en la expresada ciudad, era dueño de tales tierras, las que formaron parte de la sociedad que el mismo señor de Navas tuvo con su hermano don Domingo de Navas. Conforme a este testamento, que obra en autos (cuaderno número 1, fol. 19 a 27), don Bernabé de Navas era propietario de varias zonas de tierra, en distintos lugares, entre ellas las del río Sogamoso de las cuales se formó posteriormente la finca de 'Marta', y que el testador relaciona así en su testamento:

"'Ytem declaro por vienes mios un Globo de tierra en el Río de Sogamoso. — Su primer lindero Voca de Rio Sucio, Río arriba de Sogamoso a dar al sitio del Bolcán de dicho Río, de cuya tierra tengo vendida a Diego Romero una estancia que el dicho tiene entablada, declárolo assi para que conste. — Ytem declaro que vienes mios que del lado del Río de Sogamoso por el lado de Putana tengo un pedazo de tierra la cual tierra corre Río abajo a lindar con tierras de Bernardo Navarro, con más otras tres Estancias de tierra en el mismo río de Sogamoso y del Guayabal, declárolo assi para que conste. — Ytem declaro por vienes míos tres Estancias de Ingenio en el sitio de la Salina, enterada primero Estancia y media a los herederos de mi hermano Domingo de Navas. — Con mas tres cavallerías de tierra en el Valle de Sogamoso en la cabecera de la quebrada Grande tras de los bolcanes cabacera de la quebrada Seca, declárolo assi para que conste. — Ytem declaro por vienes míos tres Estncias de Ganado Mayor en el Valle de Sogamoso y quebrada arriba de los Capitanes, declárolo assi para que conste. — Ytem declaro por vienes míos una estancia de ganado mayor en el sitio del Bolcán del camino Real de Sogamoso la cual se me adjudicó por la Real Justicia siendo ésta de Salvador Romero de Pendencia que el dho me devia, declárolo assi para que conste. — ..... Ytem declaro por vienes míos la tierra que hubiere mía en la Ysla de Yslote y la de campos y pariguare cuyo Ynstrumento pára en poder de Diego Romero, declárolo assi para que conste.—'

"La anterior relación se refiere únicamente a las tierras del río Sogamoso, de las cuales, repito, parte vinieron a formar la finca de "Marta", cuya situación en ellas es muy precisa e inconfundible, como lo demostraré más adelante. Tales tierras formaron parte de la sociedad que el mismo señor Bernabé de Navas tuvo con su hermano Domingo, como parece también del referido testamento, en el cual se hace constar lo siguiente:

"'Ytem declaro que habiendo echo compañía con mi hermano dn Domingo de Nabas por Algunos años el Pasado de Veinte y ocho la partimos con Amable composición contentándonos cada uno con aquella Parte que se nos señaló por amigables componedores que para ello citamos en cuya atención otorgamos compromiso que para en mi Poder al que me remito, declárolo assi para que conste.—'

"Las tierras del río Sogamoso (de las cuales forma parte 'Marta') pasaron del dominio de don Bernabé de Navas a sus hijos, entre éstos a don Lorenzo de Navas, quien las relaciona asímismo en su testamento, otorgado el 14 de febrero de 1772, en la ciudad de San Juan de Girón, por medio de apoderados. En tal testamento consta, al efecto, lo siguiente:

"'Ytem declaran por vienes de su difunto, un título de seis estancias de ganado mayor en el Río de Sogamoso, por encima de la Parrochia de Champán, así lo declaran para que conste.—'

"De los hijos de don Bernabé de Navas el dominio de las tierras del río Sogamoso se transfirió a sus descendientes hasta radicarse la porción de 'Marta' en doña María Antonia Navas, hija de don Domigo de Navas (II) y de doña Josefa Calderón. En aquélla termina el período del dominio que perteneció a la familia Navas y que constituye el principio de la cadena de títulos a que me referiré en seguida.

"ARTICULO II. — El dominio de 'Marta' de 1844 a 1897.

"Después del dominio de la familia Navas, que termina en doña María Antonia Navas Calderón, se inicia un nuevo período determinado por tradiciones sucesivas que empieza en el año de 1844 con la venta que la expresada señora Navas Calderón hizo a su hijo Rafael Novoa, por medio de la escritura de fecha 8 de abril del año citado, otorgada en la ciudad de Girón, venta que comprendió lo siguiente:

"'Dos estancias de tierra de ganado mayor desde la Boca del Monte de Mataperros, al lado derecho del camino que va para Sogamoso en esta jurisdicción y una estancia más de tierra de la 'Aguada' para acá en esta jurisdicción, cuyo título lo entrega. Item otras dos estancias de tierra en el mismo sitio. Item otra estancia de tierra en las vegas del río Sogamoso, de la boca de la quebrada de Putana, río arriba hasta la cabecera de una islita. Item, otra estancia de tierra de ganado mayor en la orilla del mismo río de Sogamoso, desde un brazuelo ciego, frente, desde la isla del Champán, río arriba hasta donde alcanzare. Item otra estancia de tierra contigua a la anterior en las orillas del mismo río de Sogamoso y cuatro cuadras más. Item un globo de tierra en el mismo río de Sogamoso, su primer lindero desde la Boca de la quebrada que desagua en dicho río, que llaman de Río Sucio, río arriba hasta dar a la boca de la Angostura que sale del Puerto y de la Bodega de Sogamoso, teniendo por frente a dicho río y largos de una estancia a las montañas. Item estancia y media de ganado mayor en el Pedral. Item un pedazo de tierra más a la orilla del río de Sogamoso de la banda del Champán, desde un sitio que llaman el Pital, río abajo hasta la boca del río grande de la Magdalena; y en fin, una estancia de ingenio a orilla del río de la Magdalena, desde la quebrada del Salado, río abajo a dar a unos barrancos colorados en Sitio Nuevo, y por último un solar de tierra en el playón del río Girón, cuyos terrenos están titulados y los hubo la otorgante por herencia de su madre señora Josefa Calderón y ésta del señor Domingo de Navas, su marido y padre de la otorgante'.

"Muerto Rafael Novoa, en la partición de sus bienes y de su esposa, Dolores Salas, protocolizada por medio de la escritura número 35 de fecha 8 de abril de 1877, de la Notaría de Girón (cuaderno número 1, fol. 105 a 112) le fueron adjudicados al señor Gregorio Mantilla los siguientes bienes:

"'Una estancia de ganado mayor, situada en el Puerto de Sogamoso hacia la banda Oriental, tomándola desde el frente de la desembocadura de la quebrada de Putana o Putane, río de Sogamoso arriba hasta la cabecera de una islita o hasta donde marcare el paralelogramo que debe señalar el frente de la estancia; cuyo frente es el mismo río Sogamoso, y tomando el fondo de esta estancia hacia las montañas hasta donde señale el paralelogramo del fondo. Los linderos de esta estancia son: por el Occidente, el río Sogamoso; por el Norte, terrenos pertenecientes a la misma sucesión, según lo que señale la cabida de la estancia; hacia el Oriente, terrenos baldíos y por el Sur, con terrenos de la misma sucesión hasta donde señale la misma cabida; otra estancia de ganado mayor hacia la misma banda oriental del río Sogamoso, tomándola desde el frente de le embocadura de la quebrada Putane, aguas abajo del río Sogamoso, a dar a un punto de un brazuelo ciego, midiéndose esta estancia desde el río Sogamoso hasta las montañas, tomando por frente el río y por fondo el que marque la medida de la estancia, linda ésta: hacia el Occidente, el río Sogamoso; hacia el Norte, otros terrenos de la sucesión de que se está tratando; hacia el Oriente, montes baldíos; y hacia el Sur, la estancia demarcada, todo según la cabida de la estancia; otra estancia de ganado mayor y cuatro cuadras más en la misma banda oriental del río Sogamoso, contigua inmediata a la estancia que se acaba de relacionar, teniendo por frente el mismo río Sogamoso, aguas abajo, y por largos o

fondo el que marca el paralelogramo de la estancia hacia las montañas. Linda esta estancia: hacia el Occidente, con el río Sogamoso; hacia el Sur, la estancia antes demarcada; hacia el Oriente, montes baldías, y hacia el Norte, terrenos de la misma sucesión. Un globo de tierra continuo y sin interrupción, que se comprende desde la embocadura del río Sucio que desagua en el río Sogamoso, hasta dar a la boca de la Angostura, en el punto que queda cerca del antiguo Puerto y Bodega de Sogamoso; cuyo globo de tierra se divide en dos partes: una que se demarca así: Por el Occidente, desde la desembocadura del Río Sucio en el Sogamoso, aguas arriba del Sogamoso hasta la embocadura de la quebrada de Perico; por el Sur, aguas arriba de la quebrada de Perico, hasta donde alcance lo que mida el fondo de una estancia de ganado mayor; por el Oriente, montes baldíos; y por el Norte, las aguas del Río Sucio, desde su desembocadura aguas arriba hasta donde alcance también lo que mida el largo de una estancia de ganado mayor; y otra que se demarca así: Por el Sur, la quebrada de Perico; por el Occidente, el río Sogamoso; por el Norte, desde la boca de la Angostura, línea recta a los montes baldíos; y por el Oriente, estos montes según lo largo de la medida del fondo de una estancia de ganado mayor; y una estancia en la ribera o a orillas del río grande del Magdalena, que linda así: Desde la desembocadura del caño Negro, hacia el Norte, por un brazo del Magdalena, a dar con la embocadura de la quebrada de 'El Salado', dando con unos barrancos colorados que se denominan 'Sitio Nuevo', y por el Oriente, quebrada arriba de 'El Salado' a dar con los cerritos de las Pavas; por el Occidente, por un brazo del río grande del Magdalena, llamado 'Sitio Nuevo', y por el Sur, con las tierras de caño Negro; esta estancia queda desde la quebrada de 'El Salado' hasta Sitio Nuevo'.

"Del señor Gregorio Mantilla sigue la transferencia del dominio de las tierras de 'Marta' hasta el año de 1897 en que se radica en la sociedad Pedro Mantilla R. & Hermano, por una serie ininterrumpida de tradiciones sucesivas, con identidad perfecta de linderos y posesión continua, desde cuando, puede decirse, arranca un nuevo período que se determina por el dominio de la familia Mantilla sobre tales tierras hasta la fecha, conservándose la cadena que un siglo atrás se reanudaría en el título de doña María Antonio Navas y que dos antes principiara en el de don Bernabé de Navas, en sucesión completa y tan clara que muy raras veces puede encontrarse en una titulación. Los títulos que partiendo del último citado, o sea la partición de los bienes de la sucesión de Rafael Novoa y la adjudicación al señor Gregorio Mantilla hasta llegar a la venta a la sociedad Pedro Mantilla R., en 1897, no contienen discrepancia alguna respecto a la identidad de las tierras y su alinderamiento. Tales títulos se hallan citados en las demandas de oposición presentadas ante el Ministerio y en las de ratificación ante la Corte. De todos ellos hice una relación completa en mi demanda de fecha 19 de octubre del año próximo pasado, por lo cual considero innecesario reproducirla en este alegato. Las copias respectivas, debidamente registradas, obran en autos (cuaderno número 1, folios 102 a 105)".

Consideraciones de la Corte sobre esta oposición.

Según lo que se asegura en los párrafos que preceden, debe resultar:

1º Que las tierras vendidas por la señora MARIA ANTONIA NAVAS a RAFAEL NOVOA por medio de la escritura de ocho de abril de 1844 que se dejó citada ya, son las mismas del Río Sogamoso, que los señores BERNABE DE NAVAS y LORENZO DE NAVAS mencionan en sus testamentos;

2º Que son las mismas que formaron parte de la sociedad o compañía que Bernabé de Navas dice que tenía con DOMINGO DE NAVAS;

3º Que son las mismas "de las cuales se formó posteriormente la finca Marta", y

4º Que son también las mismas que es-

tán "en gran parte incluídas en la propuesta Ryan".

Pues bien, después del detenido y prolongado estudio que a la Sala le ha merecido esta oposición, lo mismo que las demás del presente juicio, durante las numerosas sesiones que con tal fin ha tenido, ha llegado a la conclusión de que carece por completo de fundamento legal en qué apoyarse en la actualidad para aceptar y decidir que se han establecido los hechos que se mencionan en el párrafo que antecede y cuya comprobación, en forma precisa e inequívoca, era indispensable para deducir, como consecuencia de esa demostración, que se había probado la requerida identidad de los terrenos materia de la oposición que ahora se examina. No ha habido, desde este punto de vista, ninguna diferencia en cuanto a la dificultad que la Sala ha contemplado para poder identificar unos y otros terrenos, entre este caso y el ya decidido por ella en la citada oposición relativa a las llamadas tierras de "Polonia" y "Puerto Wilches", relacionadas con la misma región del país a que se refiere el presente.

"Existe, en efecto, la escritura de 8 de abril de 1844, por medio de la cual María Antonia Navas vendió a Rafael Novoa (entre otros bienes) varias estancias de tierra a orillas de los ríos Sogamoso y Magdalena; pero CON LA GRANDE Y NOTORIA VAGUEDAD con que se señalan los linderos de tales estancias en esa escritura, estancias que los opositores no han hecho localizar en el terreno, no pueden ser hoy identificadas en este juicio por la Corte NI SIQUIERA VALIENDOSE DE LAS DILIGENCIAS DE DESLINDE Y POSESION DE 1879 (se subraya), que se presentan ahora ante ella y que tuvieron por base esa escritura de 8 de abril de 1844, y la hijuela o cartilla de adjudicación que se hizo a Gregorio Mantilla en el juicio de sucesión de Rafael Novoa y Dolores Salas, como cesionario en 10 de septiembre de 1873 de los derechos de dos de las tres hijas de aquéllos (Leonidas y María de Jesús Novoa) y como pagador de la suma de $ 91.50 por gastos y deudas de esa sucesión.

"Las simples enunciaciones como éstas, por ejemplo: 'Item otra estancia de tierra en las vegas del río Sogamoso, de la boca de la quebrada de Putana, río arriba hasta la cabecera de una islita. Item, otra estancia de tierra de ganado mayor en la orilla del mismo río de Sogamoso, desde un brazuelo ciego, frente, desde la isla del Champán, río arriba hasta donde alcanzare. Item otra estancia de tierra contigua a la anterior en las orillas del mismo río de Sogamoso y cuatro cuadras más. Item un globo de tierra en el mismo río de Sogamoso, su primer lindero desde la boca de la quebrada que desagua en dicho río, que llaman de Río Sucio, río arriba hasta dar a la boca de la Angostura que sale del Puerto y de la Bodega de Sogamoso, teniendo por frente a dicho río y largos de una estancia a las montañas. Item estancia y media de ganado mayor en el Pedral. Item un pedazo de tierra más a la orilla del río de Sogamoso de la banda del Champán, desde un sitio que llaman el Pital, río abajo hasta la boca del río grande de la Magdalena; y en fin, una estancia de ingenio a orilla del río de la Magdalena, desde la quebrada del Salado, río abajo a dar a unos barrancos colorados en Sitio Nuevo.....", pueden suministrar a la Corte base legal suficiente para saber con precisión dónde estaban y están situadas esas tierras?

Podría dar esa base la alinderación, todavía más vaga, oscura y deficiente, que contiene la ya citada de los testamentos de Bernabé y Lorenzo de Navas, documentos que se citan como origen o fuente del derecho de María Antonia de Navas, ya que de los padres de ésta —Domingo y Josefa Calderón— no figura en autos ningún documento con el cual pueda hacerse una identificación precisa de las estancias por ella vendidas a Rafael Novoa?

¿Podría dar —se repite— algún fundamento serio a la Corte para establecer esa identidad de las tierras de que se trata, una descripción como la que hace en su testamento Bernabé de Navas, y en el su-

yo Lorenzo de Navas, cuando este señor declara, sin más detalles, que es propietario de "un título de seis estancias de ganado mayor en el río de **Sogamoso** por encima de la Parrochia de Champán?".

No lo cree así la Sala, dada la forma fragmentaria como esa descripción se hace, dada la grande extensión que cubren los puntos arcifinios que se señalan como límites y la homonimia que a veces existe en algunos de ellos. Nótese, por ejemplo, que en la escritura de María Antonia de Navas para Rafael Novoa se habla de un sitio denominado "La Isla del Champán", y de otro, llamado "la banda del Champán", con referencia a dos distintas estancias de tierra en el río Sogamoso.

La escritura de venta mencionada no expresa de dónde fueron tomados los linderos —bien vagos como se vio ya— de las estancias de tierras a que se refiere María Antonia Navas. Cierto que dice esta señora que su derecho en ellas proviene de Domingo Navas, hermano de Bernabé de Navas, pero la referencia que en el testamento de este último se hace a la partición de la compañía que dice tenía con su hermano Domingo no suministra ninguna luz sobre el particular, pues no expresa claramente cuál fue **"la parte"**, que en esa partición le correspondió a Domingo en las tierras, ni se sabe por ningún otro medio, cuáles fueron la alinderación precisa y la cabida de la porción que le correspondiera a Domingo. Fuera del párrafo de ese testamento, en que se alude a "la amable composición" hecha con su hermano y a que por "amigables componedores" se les señaló a cada uno su parte en los bienes de la compañía, no figura en dicho testamento más que el siguiente párrafo en que alude Bernabé de Navas nuevamente a su hermano Domingo: "...Item declaro **por vienes míos** —se subraya— tres Estancias de Ingenio en el sitio de la Salina enterada primero Estancia y media a los herederos de mi hermano don Domingo de Navas —con más tres caballerías de tierra en el Valle de Sogamoso en la...., vesa de la quebrada Grande tras de los Volcanes cabecera de la quebrada Seca..."

La falta de claridad en esta cláusula, tanto en su texto, como en lo relativo a la determinación de los terrenos a que se refiere, es manifiesta.

Se insinúa que tanto por las cartas geográficas del Departamento de Santander, como por los mapas, cartas y planos que el proponente Ryan acompañó a la propuesta, podrían identificarse los terrenos de que se viene hablando.

No ha podido hacerlo así la Sala por varias razones, entre estas: 1ª Porque es obligación de todo el que alegue derecho de dominio en un inmueble, presentar ante el juzgador la prueba directa, plena e inequívoca acerca de la **identidad** del bien que reclama como propio.

Esta obligación es tanto mayor si se trata de un juicio breve y sumario, de extensas porciones de terreno, que no pueden ser fácilmente identificables sin títulos suficientemente claros, sin inspecciones oculares, mensuras, planos y demás elementos de juicio, que, más que a la técnica jurídica y a la crítica y a la observación directa y personal del juez, corresponden a disciplinas mentales distintas y peculiares a expertos o peritos en materia de topografía y agrimensura.

2ª Porque en cuanto se trate de probar derecho de dominio en un inmueble, no es aceptable la prueba de confesión ni la de testigos. La aquiescencia tácita o expresa de las partes acerca del dominio del inmueble en disputa, no hace fe en juicio. Los artículos 697 y 698 del C. J. son aquí aplicables.

3ª Porque en el caso concreto que aquí se contempla, los datos a que se refieren los opositores tampoco suministran a la Corte la suma suficiente de convicción para que ella pueda dar por establecida la identidad que se trata de comprobar; ni siquiera, como ya se dijo, suministran tal convicción, las diligencias de deslinde y posesión practicadas en el año de 1879, a las cuales se refiere la Resolución del Gobierno de 4 de mayo de 1881, pues ahora no se trata de probar si las tierras de-

nominadas "Marta", "Santa Clara" y "Colorado" son de propiedad de los opositores, sino primeramente, de saber si las tierras así llamadas están bien identificadas y si son las mismas a las cuales se refiere, "en gran parte" la propuesta Ryan, con base en los elementos de juicio que los opositores le han presentado ahora a la Corte, o sea, con base en los títulos que se han aducido como prueba de la alegada identidad de esas tierras y como justificativos de la oposición a la propuesta de contrato hecha por dicho señor para los fines de explorar el subsuelo en busca de petróleo. Los opositores podrían muy bien ser propietarios de las tierras denominadas "Marta", "Santa Clara" y "Colorado", y estas tierras podrían, sin embargo, no corresponder a las que se señalan como incluídas en la propuesta de Ryan, ora por deficiente identificación, ora, por ser distintas. Estos conceptos de ningún modo se excluyen, pues de lo que ahora se trata es de la dificultad de localizar esas tierras, con sólo los datos que suministran **los títulos presentados por los opositores** (se subraya), y los escritos, mapas y planos que Ryan ha presentado ante la Corte, tarea que ha sido imposible de realizar con buen éxito, no obstante el dilatado esfuerzo que ella ha hecho para obtener ese resultado, pues ni siquiera han presentado un plano de las tierras denominadas "Marta, Santa Clara y Colorado" los opositores, como a ello estaban obligados, ni han hecho nada en el presente juicio en el sentido de que se hubiera podido localizar en el terreno dichas tierras, como a ello estaban obligados también.

Ya se hizo observar por qué aquellos títulos, mapas y planos, no dan base a la Sala para identificar debidamente los terrenos de la oposición con los de la propuesta Ryan, pero a **mayor abundamiento**, podrían agregarse algunas explicaciones más que corroboran este concepto de la Corte.

Ya se vio, por ejemplo, cómo en la escritura de venta de María Antonia Navas, ésta menciona una estancia de tierra en el río Sogamoso "desde un brazuelo ciego, frentes, desde la **Isla del Champán**, río arriba hasta donde alcanzare...", y "un pedazo de tierra más a las orillas del río Sogamoso de la **Banda del Champán** desde un sitio que llaman El Pital, río abajo hasta la boca del río grande del Magdalena"; y se vio también que en su testamento Lorenzo de Navas declaró como suyo "un título de seis estancias de ganado mayor en el río de Sogamoso, por encima de **La Parrochia de Champán**"; pero en el mapa de Santander de la Oficina de Longitudes sólo se ha podido encontrar con el nombre de **Champán** el que designa **una quebrada** que está a gran distancia del río Sogamoso —tributaria de la Ciénaga de Paturia, que vierte sus aguas en el río Magdalena— y a una gran distancia, también, del sitio denominado "Marta"; y otro sitio denominado también **Champán**, cerca del Río Chicamocha, en la región comprendida entre San Gil, Curití y Molagavita, y, por tanto, a una distancia enorme del punto denominado "Marta" en el mismo mapa.

Qué relación guarden entre sí, para los fines de la identificación que se trata de establecer, los sitios denominados **La Isla, La banda** y **La Parroquia del Champán**, no puede saberse.

Con el sitio denominado "Bodega de Sogamoso", que se cita en los títulos de esta oposición, sucede lo mismo: el punto así llamado aparece en el Mapa de Santander a la orilla del río Magdalena, muy lejos también del sitio denominado "Marta", tanto en ese mapa, como en uno de los planos de la propuesta Ryan, el llamado de la región del Río Sucio.

La indeterminación de las tierras a que se refiere esta oposición es, pues, tan manifiesta como las de los otros opositores, y por ello, tampoco podrá declararse fundada.

IV.—Coadyuvancia de la Sociedad Colombiana de Petróleos (Socope)

Tratándose aquí de una mera coadyuvancia dentro de la oposición de las per-

sonas a quienes representa hoy el doctor Humberto Gómez Naranjo, la Sala extiende a dicha coadyuvancia, para declararla infundada, todos los razonamientos que se dejan expuestos en el presente fallo, con relación a dicha oposición.

CUARTA PARTE

Consideraciones finales

a) No puede, en las circunstancias en que se halla la oposición que se ha examinado en último lugar, alegarse **"cosa juzgada"**, con motivo del deslinde practicado en 1879, y la Resolución del Gobierno de 4 de mayo de 1881, pues no cabe hablar de cosa juzgada donde no puede saberse si existe uno de los principales elementos de hecho indispensables para configurar ese fenómeno jurídico, a saber: **la identitidad de la cosa u objeto** sobre que versa el nuevo juicio, en relación con la **cosa u objeto** que fue materia del anterior.

b) La actual providencia de la Corte no contradice ni confirma la providencia aprobatoria del deslinde practicado en 1879 y al cual se refiere la Resolución de 4 de mayo de 1881 del Gobierno de la República.

La actual, se concreta a determinar, únicamente, que no se ha establecido en la forma legal que los terrenos a que se refieren tales actuaciones y los demás documentos, **sean los mismos** a los cuales se refieren, "en gran parte", según se afirma, la propuesta de contrato Ryan.

c) Igual razonamiento corresponde hacer con respecto a la **prescripción** que se ha alegado. No cabe la alegación de prescripción donde no se ha identificado debidamente el bién raíz sobre el cual deben haberse ejercido los necesarios actos de posesión material generadores de ese otro fenómeno jurídico.

d) Aunque ya se han examinado cuidadosamente todos los factores y expresado las razones que han colocado a la Corte en la imposibilidad de reconocer actualmente que se han identificado en forma legal los terrenos materia de la oposición de que se trata, desea citar la Sala —como lo hizo con las otras oposiciones y para extraer de dicho concepto y con relación a todas estas oposiciones iguales deducciones— el concepto emitido por la Sección Técnica del Ministerio de la Economía Nacional sobre las tierras denominadas "Marta, Santa Clara y Colorado". Es el siguiente:

"HACIENDA DE "MARTA" Y OTROS TERRENOS. — **Estos terrenos aparecen determinados en la escritura número 976 de 3 de diciembre de 1897 de la Notaría 1ª de Bucaramanga, por la cual los adquirió la Sociedad 'Pedro Mantilla R. & Hermano' de Miguel Díaz Granados. Los linderos son:**

"'Por el Sur, el río Sogamoso, desde donde le entra la quebrada de Erico; por el orienté, la quebrada de La Colorada, aguas arriba hasta el cerro de Pan de Azúcar; por el Norte, una cuchilla llamada también Pan de Azúcar, en dirección Occidental, lindando en esta parte con tierras baldías; y por el Occidente, la indicada quebrada de Perico;..... 'en el caso de que haya alguna diferencia o variedad en los linderos de esta propiedad, la venta se efectúa por los mismos linderos que señala la escritura que se les otorgó de la hacienda de Marta a Rosario Rodríguez y Abdón Espinosa'.

"GLOBO 'SANTA CLARA Y COLORADO'—Desde la desembocadura del río Sucio en el Sogamoso hasta dar a la boca de la Angostura en el punto que queda cerca del antiguo Puerto y Bodega en el río Sogamoso'.

"OTROS DOS LOTES EN LA MISMA REGION DE 'SANTA CLARA Y COLORADO'—Hacia el Sur y Sudeste, confundiéndose con la región oriental, desde el punto de 'La Angostura' donde el río Sogamoso rompe la cordillera de 'La Paz' tomando desde el Sudeste al Noreste la cresta del cerro y pasando por los tres morros de los más culminantes, a dar a otro morro alto que termina en la planicie y bajando el morro continúa la cordillera formando una serie de pirámides naturales; linda por este lado con tierras que

fueron de Simón Reyes y que en la actualidad son de Lázaro Reyes; por el Oriente y Norte, comprendiéndose en la región noreste desde el morro y planicie últimamente citados, mirando hacia el Norte o Noroeste en dirección recta a dar a un mojón de piedra clavado frente al sitio o punto llamado 'Santa Clara', mojón que tiene un lado liso y una pequeña señal en forma de machetazo en la parte superior, mojón que se encuentra hacia la región occidental del río Sucio, en la cima de una cuchilla que queda inmediata a otra orilla situada al poniente de dicho morro; de este mojón línea recta mirando hacia la región Noroeste, a dar a otro mojón de piedra clavado en terreno de Vega hacia el Occidente de la quebrada de 'La Payoa', bastante retirado de esta quebrada y a distancia como de veinte varas de un árbol llamado 'Menudito', lindando por esta parte con terrenos de Demetrio A. Cruz, hacia el Norte y Noreste confundiéndose con la región occidental, desde el último mojón a tomar la quebrada de 'La Payoa', hasta su confluencia con el río Sogamoso; y luego aguas arriba de este río, a dar cerca al antiguo Puerto o Bodega en el río Sogamoso'.

'Por separado me referiré a estas tres propiedades. En cuanto a la hacienda 'Marta', sus linderos arcifinios, como son la quebrada La Colorada, la quebrada Perico y el cerro de Pan de Azúcar, no se encuentran en el mapa de Santander de la Oficina de Longitudes ni en el plano de la propuesta; pero como en este último aparece la denominación de la hacienda 'Marta' en lugar que hace parte del lote solicitado en concesión, puede considerarse que tal vez los terrenos de 'Marta' se hallan comprendidos en parte dentro del lote de la propuesta.

"De los linderos del segundo globo, que se denomina 'Santa Clara y Colorado', no se puede apreciar siquiera si en realidad se trata de un lote de terreno, pues esos linderos parecen indicar más bien una línea.

"Los linderos de los otros dos lotes de la oposición no ha sido posible recorrerlos en su totalidad en el mapa de la Oficina de Longitudes, y son confusos e imprecisos, pero como en ellos se indican como líneas o puntos de alinderación la quebrada Payoa y los ríos Sogamoso y Sucio, parece que parte de los lotes se encuentran dentro del área de la propuesta".

e) La forma dubitativa como se conceptúa en el anterior informe, acerca de la identidad de los llamados terrenos de "Marta, Santa Clara y Colorado", está de acuerdo con la dificultad de carácter teórico y práctico en que la Corte se ha visto para encontrar la identidad de tales terrenos tanto en sí mismos, como en relación con los descritos en la propuesta Ryan, todo ello según los títulos, mapas y planos que ahora ha tenido a la vista.

f) A la deficiencia, que se ha anotado y que se extiende a todas las oposiciones del presente juicio, en cuanto a las pruebas que se han debido aportar ante la Corte para que ésta pudiera aceptar que las tierras materia de tales oposiciones estaban debidamente identificadas y localizadas, hay que agregar, como elementos que corroboran la tesis de la Sala y que obran también en contra de todos los opositores, los respectivos conceptos desfavorables emitidos por las Secciones Técnica y Jurídica del Ministerio de la Economía. Cierto que tales conceptos emanan de la Nación, la cual es parte en el juicio, pero no puede remitirse a dudas que ellos determinan o crean dentro de este juicio una situación procesal que no ha sido cambiada por los opositores dentro del respectivo término de pruebas, y que la Corte no encuentra motivos para modificar en favor de los opositores, tanto por esa razón, como porque esos conceptos no están reñidos con la realidad procesal, cuando versan sobre la ausencia de los elementos necesarios para la debida identificación y localización de los terrenos materia de dichas oposiciones.

g) Lo expuesto en los puntos a) y b) con respecto a la alegación de "cosa juzgada" con motivo del deslinde practicado en 1879 y de la Resolución del Gobierno del 4 de mayo de 1881, en que se declaró

que no eran baldías, sino de propiedad particular las tierras denominadas "Marta, Santa Clara y Colorado", se extiende, con mayor razón, a la cita que se hace de la sentencia de la Corte (Sala de Casación Civil) de 3 de marzo de 1938, pues en tal sentencia no se ventiló el problema de la identidad de las mencionadas tierras conforme a su titulación general, sino solamente el de **"nulidad"** de la venta que de los terrenos así llamados y descritos conforme a la escritura pública número 186 de 25 de enero de 1920, hizo Pedro Mantilla "en representación de la Sociedad Pedro Mantilla R. & Hno."

h) Lo expuesto en los puntos a), b) y c) que preceden, lo extiende también la Sala a lo alegado por los representados por el doctor Luis F. Latorre en relación con la Resolución del Gobierno de fecha 3 de enero de 1881, y en relación con la alegación de prescripción adquisitiva de los terrenos de que tratan estos opositores.

FALLO:

Por todas las razones que se dejan expuestas, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, FALLA el presente juicio breve y sumario en la siguiente forma:

Primero. — Decláranse infundadas las oposiciones que la Compañía Colombiana de Mutualidad, Gustavo Reyes, Luisa y María Reyes Rey, Gilberto, Ernestina y Luis Reyes Rojas, María y Esther Mantilla Reyes; Francisco García Gory y Alfredo Cadena d'Acosta; Alejandro Mantilla Osorio, Guillermo Mantilla Osorio, Mariano Penagos, Alberto Cadena S., Guillermo Cadena S., Carlina Mantilla v. de Madiedo, Tula Cadena v. de Mantilla, Isabel Mantilla de García y Evangelina Mantilla de Suárez, han formulado contra la propuesta hecha por Frederick R. Ryan para la celebración de un contrato relacionado con exploración y explotación de petróleos en el lote de terreno situado "en Puerto Wilches y Lebrija", que aparece descrito en la parte motiva del presente fallo, según la mencionada propuesta.

Segundo.—Declárase que no es fundada la coadyuvancia promovida por la **Sociedad Colombiana de Petróleos** (SOCOPE), contra la propuesta de contrato de Frederick R. Ryan a que se refiere el punto que precede.

Publíquese, notifíquese, cópiese y envíese al Ministerio de Minas y Petróleos.

Aníbal Cardoso Gaitán.—José M. Blanco Núñez.—Arturo Tapias Pilonieta—Manuel Pineda Garrido, Srio.

NO SE REPONE LA SENTENCIA RECLAMADA

1. Las sentencias que ponen fin a los juicios breves y sumarios de que trata el artículo 5º de la ley 160 de 1936 no admiten recurso de reposición ni otro alguno ante la misma Sala falladora, tanto porque es demasiado claro que después de esa clase de juicios sólo queda la vía del juicio ordinario a que se refiere ese mismo artículo, como porque tales sentencias están gobernadas procesalmente por la regla general del artículo 482 del Código de Procedimiento Civil, según el cual, "la sentencia no es revocable ni reformable por el mismo Juez que la ha pronunciado". Con respecto al artículo 472 del C. J. es completamente erróneo creer que tal artículo autorice a los jueces y tribunales "para que en las sentencias se haga caso omiso de las fórmulas judiciales, ni para alterar las disposiciones legales, ni para hacer lo que la arbitrariedad aconseje", como lo sería, agrega la Sala, concertar en *auto interlocutorio*, que admita reposición o revocación, la SENTENCIA QUE LE PONE FIN al juicio sumario que por virtud del artículo 5º de la ley 160 de 1936 se origina de las oposiciones a la propuesta de contrato relacionada con la exploración y explotación de petróleo, siendo así que por mandato de ese mismo artículo, después de tal *sentencia*, sólo queda a las partes la vía de otro juicio: el ordinario. Y en cuanto a la cita que de los artículos 1203 y siguientes del Código Judicial hace el mismo artículo 5º de la ley 160 de 1936, de ninguna manera da pie tampoco para afirmar, como lo sugiere el reclamante, que con base en ellos puede la Corte reponer o revocar sentencias como la de que se trata. Tampoco dan base estos artículos para la equivocada tesis del reclamante de que la cuestión "DE HECHO", relativa a la identificación de los terrenos de la posición en sí mismos y con respecto a los de la propuesta de exploración y explotación de petróleo no es materia sujeta a la decisión de la Corte en esta clase de juicios, sino cuestión de la competencia exclusiva del Ministerio de Minas y Petróleos. Basta la simple lectura de esos artículos para observar cuán equivocada es la tesis del reclamante, ya que el Juez, en casos como el de autos, "no debe acceder a lo que se le pide sino cuando estén probados LOS HECHOS en que se funde la solicitud y se hayan cumplido además los requisitos que exige la ley....." Después de leer y oír esto no puede afirmarse, seria y serenamente, que la Sala de Negocios Generales de la Corte no es competente para examinar y para exigir y resolver acerca *del hecho* de la identificación de las tierras materia de las oposiciones en esta clase de juicios breves y sumarios, sino que ésta es materia reservada al conocimiento y decisión exclusiva del Ministerio de Minas y Petróleos. — 2. La Sala no encuentra ninguna razón de carácter legal ni de otra clase para sostener que el "avisante" o el "proponente" de exploraciones o explotaciones de petróleos están obligados a individualizar debidamente los terrenos materia del "aviso" o de la "propuesta", para que puedan tales terrenos identificarse, pero que el opositor no está en la obligación de individualizar o determinar debidamente y a identificar, principalmente cuando hay contradicción a la oposición, como en el caso de autos la hay, aquellos que pretende que se *excluyan* de la propuesta de contrato. — 3. Las pruebas que debe presentar el opositor para fundar su oposición y en las cuales debe apoyarse la Corte para decidir "si es fundada o no la oposición", son, no sólo aquellas consagradas por la legislación vigente como indispensables para comprobar dominio particular sobre el petróleo, sino las que debe

aportar todo el que, alegando dominio sobre un bien raíz, pretende obtener que se declare fundada una oposición o una acción excluyente de esta clase, apoyado en que este bien raíz *es el mismo* que reclama como incluído dentro del área del terreno materia de la propuesta. — 4. No existe ninguna legislación de excepción conforme a la cual haya de pretenderse que el opositor no está obligado a *individualizar* los terrenos a que se refiere su oposición, ni a cumplir los requisitos señalados en los artículos 205, 222, 593, del C. J. y 2594 del C. C. Tampoco existe ningún informe del Congreso que contradiga esto; pero en la hipótesis de que existiera, entre lo que este informe diga y lo que diga o haya dejado de decir la ley, habrá de estarse a esto último. Ni existe, como consecuencia de todo lo anterior, ninguna disposición que obligue a un juez o tribunal a dictar una sentencia que no sea conforme con la verdad en los hechos, ni con la ley sustantiva en el derecho. — 5. Si los conceptos del Ministerio del ramo tuvieran para la Corte el alcance que el reclamante les atribuye, el papel de aquélla quedaría reducido a la nada frente a la ley 160 de 1936, *cuando ésta la faculta* para decidir si es o no fundada la oposición, *sin la distinción* que el reclamante anota entre cuestión *de hecho* y cuestión *de derecho*, porque apenas podrá imaginarse juicio alguno donde los hechos no sean base *del derecho* que se invoca, y porque jamás podrá conseguirse juez o tribunal conocedor de sus deberes que pueda dictar una sentencia para reconocer un derecho que no estuviese justificado por hechos previa y plenamente comprobados por los medios consagrados en la ley (C. J., artículo 593). De acuerdo con esto, los conceptos del Ministerio del ramo, en estos casos, lo mismo cuando sean favorables que cuando sean desfavorables a las respectivas pretensiones de las partes, serán apreciados o estimados por la Corte, en armonía con la realidad procesal y con las normas de la ley. — 6. Cuando se trata de miles de hectáreas, de vastas extensiones de terreno que se pretende excluír de otro terreno; cuando han pasado decenas de años y aun siglos, la más leve variación o el más ligero cambio en un lindero, en un rumbo, en la referencia a un punto arcifinio, puede dar lugar a errores de gravísimas consecuencias en la determinación e identificación del predio de que se trate, razón por la cual el juzgador, en tales circunstancias equívocas, no puede atenerse a hipótesis ni a inferencias en esta materia, sino a la realidad topográfica y geográfica del predio, y esa realidad no puede conocerse con la seguridad o precisión que la ley exige en acciones de esta naturaleza, sobre todo, cuando hay controversia o contradicción y han transcurrido tantos años, sino por medio de un reconocimiento directo u ocular del predio que se pretende excluír, para así localizar en el *terreno* la cosa a que se refiere el instrumento o título en que esa cosa aparece determinada teóricamente. No puede, pues, existir divorcio entre el título y el predio a que el título se refiere, o sea entre la cosa u objeto y el instrumento en que se funda el derecho de propiedad que sobre esa cosa se alega. El título da cuenta del predio en su existencia puramente *teórica*, cuando en aquel está bien determinado ese predio. La localización del predio *en el terreno* es la que acredita su existencia *real* cuando, puesta en relación la descripción abstracta o teórica del predio según su título o títulos *básicos*, con la realidad topográfica o geográfica, se encuentra que ese predio corresponde, *en el terreno*, a la descripción que de él se ha hecho teóricamente en el título o títulos que se invocan como determinantes de su existencia y como generadores del derecho de dominio que en él se pretende. La determinación e identidad de un predio, por lo general, no depende de que así lo exprese teóricamente un título, sino de esa realidad procesal, geográfica y topográfica, que resulte de poner en relación, en el terreno, lo que ese título exprese, con los elementos determinantes que sirvan para conocer el objeto a que el título se refiere, cuando median las circunstancias, susceptibles de inducir a error, a las cuales se ha hecho arriba referencia. Si el predio está bien determinado en el tí-

tulo primitivo, pero no es *identificable* claramente con los demás elementos determinantes que contienen los títulos posteriores, o con los anteriores de fechas más recientes en que los posteriores se apoyan, ya sea porque con el transcurso del tiempo o por cualquiera otra circunstancia esos elementos determinantes han cambiado, quiere decir que se ha roto la relación que debe existir entre el título y su objeto, que vuelve a confrontarse el problema de la indeterminación, y que al juez no le es posible declarar ni la *identidad* del predio con respecto a ese título ni el derecho de dominio que se pretenda deducir en ese predio con base en ese título; y es esto así, porque éstas son situaciones jurídicamente correlativas; porque de lo indeterminado no puede surgir lo determinado, y porque de acuerdo con el artículo 593 del Código de Procedimiento Civil "toda decisión judicial, en materia civil, se funda en los hechos conducentes de la demanda y de la defensa, si la existencia y verdad de unos y otros aparecen demostrados, de manera plena y completa según la ley, por alguno o algunos de los medios probatorios especificados en el presente título y conocidos universalmente con el nombre de pruebas".—Casos habrá en que la relación entre los títulos originarios, cuando ellos se aducen, el predio a que se refieren, y los títulos posteriores, puede establecerse sin gran dificultad, ya por la claridad en la descripción del predio en todos los títulos, ya porque las fechas de éstos son más o menos recientes, ya por la poca extensión del predio a que el título se refiere, o porque en caso de haberse efectuado cambios de nombres o de lugares con el transcurso del tiempo, las partes hayan hecho aclarar o rectificar oportunamente y en la forma legal, tales discrepancias en el juicio de que se trate. Sólo en ese caso, podría ser innecesario el reconocimiento directo u ocular del predio, pará constatar que su realidad teórica o meramente abstracta, de que da cuenta el instrumento respectivo, está conforme con su realidad topográfica y geográfica en el terreno. — 7. El concepto de ingenieros y geólogos, sino es válido en cuanto a establecer que el terreno a que se refieren es de propiedad particular porque ésta es una cuestión de derecho, sí vale, en cuanto a su identidad, porque ésta es una cuestión de hecho, pues esta cuestión es fundamental para establecer lo concerniente al dominio.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales — Bogotá, junio veintisiete de mil novecientos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor José M. Blanco Núñez).

Por medio de sentencia de fecha once de mayo último, esta Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, dio fin, declarándolas no fundadas, al juicio breve y sumario promovido ante ella para decidir las tres distintas oposiciones formuladas por varias personas representadas por los doctores Humberto Gómez Naranjo, Luis Felipe Latorre y Carlos Vesga Duarte, respectivamente, a la propuesta de contrato hecha por Frederick Ryan al gobierno nacional para explorar y explotar petróleo en unos terrenos reputados como de propiedad de la nación.

Sólo los doctores H. Gómez Naranjo y Luis Felipe Latorre, en nombre de sus respectivos representados se han manifestado inconformes con la precitada sentencia, haciéndolo el doctor Gómez Naranjo por medio de un extenso memorial, en el cual, empleando un tono en nada compatible con la serenidad, mesura y respeto con que un abogado de su prestancia debe dirigirse al primer Tribunal de la República, en asunto en que éste se ha ceñido estrictamente a las leyes y a un recto deseo de acertar en servicio de los altos fines de la justicia, le pide que reponga o revoque la sentencia mencionada, so pena, si no la enmienda, de considerarla él reclamante como "la más monstruosa iniquidad".

Escrito del doctor Gómez Naranjo.

El memorial de que se trata empieza así:

"Me refiero al juicio sumario sobre opo-

sición a la propuesta de contrato formulada por el señor Frederick R. Ryan, de New York, por medio de apoderado, ante el gobierno nacional, para la explotación y exploración de un lote o globo de terreno situado en jurisdicción de los municipios de Girón, Lebrija y Puerto Wilches, del departamento de Santander, propuesta a que se refiere la resolución de fecha 18 de junio de 1938, emanada del extinguido Ministerio de Industrias y Trabajo, y en ejercicio de la personería que tengo acreditada en dicho juicio, como apoderado de los señores Alejandro y Guillermo Mantilla Osorio, Mariano Penagos, Alberto y Guillermo Cadena S., Carlina Mantilla v. de Madiedo, Tula Cadena v. de Mantilla, Isabel Mantilla de García y Evangelina Mantilla de Suárez, manifiesto a vosotros con todo respeto que me doy por notificado de la sentencia de fecha once (11) de los corrientes, por medio de la cual se puso fin al juicio a que me refiero y, en tal virtud, os pido la reposición o revocatoria y, como consecuencia, la reforma de dicha sentencia, por las razones que paso a exponeros.

"Me mueve a haceros esta petición la circunstancia de que la Sala no falló la cuestión que es de su competencia conforme a la ley, cual es la de decidir sobre la legitimidad de los títulos que respaldan la oposición, eludiendo la cuestión básica o fundamental del juicio, a pretexto de una cuestión de hecho cuya decisión no es del resorte de la Corte y que, por otra parte, está plenamente establecido en autos, no obstante la respetable opinión de la Sala.

"Os pido, pues, que habiendo dejado sin decidir la Sala la cuestión planteada y no habiendo pronunciado, por lo tanto, fallo sobre la materia debatida, la referida providencia o sentencia es incongruente, siendo el caso de que, mediante una reconsideración del asunto, entre a dictar la sentencia sobre la cuestión pertinente. La Sala tiene facultad para esa reconsideración, como lo demostraré más adelante.

"A dos cuestiones básicas se contraen las razones que os expongo en esta solicitud. La una de derecho y la otra de hecho, a cada una de las cuales me he de referir separadamente".

Bastarían la forma en que está concebido el escrito del reclamante y la circunstancia de que, como él mismo lo dice, se trata de una SENTENCIA "por medio de la cual se puso fin al juicio", sentencia que añade la Sala — de ningún modo puede ser revocada ni reformada por quienes la han dictado (C. J., artículo 482), bastaría solo eso, se repite, para que la Corte, sin más consideraciones, se abstuviera de darle curso a tal escrito; pero no desea ella que esa actitud se interprete como tendiente a cohonestar o a eludir lo que ella, en el presente caso, considera necesario rectificar, y rectificará, en presencia de las alegaciones, totalmente infundadas y erróneas, que contiene el memorial del reclamante.

Quiere la Sala repetir que, al hacerlo así, no ha considerado, ni considera, que admitan recurso de reposición ni otro alguno ante la misma Sala falladora, las sentencias que ponen fin a los juicios breves y sumarios de que trata el artículo 5º de la Ley 160 de 1936, tanto porque es demasiado claro que después de esta clase de juicios, sólo queda la vía del juicio ordinario a que se refiere ese mismo artículo, como porque esa clase de SENTENCIAS está gobernada, procesalmente, por la regla general del artículo 482 del Código de Procedimiento Civil, según el cual "la sentencia no es revocable ni reformable por el mismo Juez o Tribunal que la ha pronunciado".

Se hace innecesario, pues, agregar ninguna otra explicación para apoyar esta tesis de la Sala y para desvirtuar el concepto del reclamante, cuando sostiene, más adelante, lo siguiente:

"El fallo en los juicios sumarios de que se trata, aunque formalmente tenga el carácter de sentencia definitiva, no lo es en el fondo y propiamente entraña una providencia interlocutoria, dada su naturaleza de provisional que le señala la ley, pues basta considerar, conforme a claros principios de derecho, que no hace tránsi-

to a cosa juzgada. Es una decisión de carácter puramente transitorio".

Textos legales tan terminantes como los de los artículos 5º de la Ley 160 de 1936 y 482 del C. de Procedimiento Civil, que se dejan citados, constituyen la más elocuente respuesta a esta alegación del reclamante, pero como éste agrega que esta misma Sala, en providencias de fecha 25 de abril último relacionadas con los juicios posesorio y por despojo de las minas denominadas del "TELEMBI", y en el relacionado con la mina denominada "PAN DE ORO", en fallo de 7 de marzo de 1940, sentó la doctrina "de que las sentencias en juicios sumarios pueden ser objeto de reposición", es el caso de manifestar que debe leerse con detenimiento la aludida sentencia pronunciada en el juicio por despojo de las minas del "TELEMBI", sentencia en la cual se demostró que esa clase de juicios no terminan por providencias interlocutorias, sino por medio de sentencias definitivas, con lo cual quedó rectificada la doctrina del juicio relativo a la mina de "PAN DE ORO", fallado el 7 de marzo de 1940.

En cuanto a la cita que el reclamante hace de los artículos 1203 y siguientes y 472 del C. J., se contesta así:

Con respecto a la última de tales disposiciones, es completamente erróneo creer — como bien lo recuerda el comentario que acerca de este artículo se hace en la edición Archila del actual Código Judicial — que tal artículo autorice a los Jueces y Tribunales "para que en las sentencias se haga caso omiso de las fórmulas judiciales, ni para alterar las disposiciones legales, ni para hacer lo que la arbitrariedad aconseje", como lo sería, agrega la Sala, convertir en auto interlocutorio, que admita reposición o revocación, la SENTENCIA que le PONE FIN al juicio sumario que por virtud del artículo 5º de la ley 160 de 1936 se origina de las oposiciones a la propuesta de contrato relacionada con la exploración y explotación de petróleo, siendo así que por mandato de ese mismo artículo, después de tal sentencia, sólo queda a las partes la vía de otro juicio: el ordinario.

Y en cuanto a la cita que de los artículos "1203 y siguientes del Código Judicial", hace el mismo artículo 5º de la ley 160 de 1936, se contesta también que de ninguna manera da pie tampoco esta cita para afirmar, como lo sugiere el reclamante, que con base en ellos puede la Corte reponer o revocar sentencias como la de que se trata.

Ya volverá la Sala a ocuparse más adelante tanto en estos artículos, como en lo que se ha dicho arriba acerca de la recta aplicación del artículo 472 del mismo Código, y lo hará, no ya para demostrar, porque de ello tratará ahora, cuán equivocada es la tesis del reclamante con respecto a que propiamente entrañarían una providencia interlocutoria, y, por tanto, revocable por la misma Sala de la Corte, las sentencias que ponen fin a estos juicios breves y sumarios, sino que lo hará, asímismo, para demostrar, cuán equivocada es también su otra tesis acerca de que en esta clase de juicios, la Sala de Negocios Generales de la Corte, carece de competencia para decidir lo que él llama cuestión de HECHO — la identificación de los terrenos — reservada, nó, a la Corte, sino al Ministerio, ante quien ya quedó "definida" y "decidida", según también afirma el reclamante, por las Secciones Técnica y Jurídica de esa dependencia del Gobierno Nacional, aunque como consta en los informes de tales Secciones y se demostró en la sentencia del 11 de mayo, ni esos informes ni la Resolución del Ministerio, fueron favorables a las oposiciones de los representados por el reclamante. Como tampoco han sido favorables a esas oposiciones, sino todo lo contrario, el concepto del señor Procurador como representante de la Nación, ni el del apoderado del proponente Ryan.

Los artículos 1203 y siguientes del Código Judicial.

Los artículos 1203 y 1204 del Código Judicial, que son los únicos pertinentes a es-

ta clase de juicios a que alude el artículo 5º de la ley 160 de 1936 dicen así:

"1203. En los asuntos judiciales en que el Juez, para resolver ha de hacerlo con conocimiento de causa, o breve y sumariamente, se entiende que no debe acceder a lo que se le pide sino cuando estén probados los hechos en que se funde la solicitud, y se hayan cumplido además los requisitos que exige la ley, como oír a los parientes, o al Ministerio Público.

"Cuando la cuestión no sea de jurisdicción exclusivamente voluntaria, el Juez determina, a su prudente juicio, el modo de oír a las partes.

"1204. En los asuntos judiciales en que el Juez debe resolver con prudente juicio, o a manera de árbitro, se entiende que puede exigir la práctica de pruebas que estime necesarias para asegurar la justicia de su fallo, y debe cumplir o hacer cumplir los requisitos exigidos por la ley, como oír a los parientes, o al Ministerio Público.

"Siendo el asunto contencioso o habiendo intereses encontrados, el Juez debe oír a las partes por un tiempo que no pase de dos días, y fijar los términos para que se pidan y se practiquen las pruebas, si hay necesidad de ellas, teniendo en cuenta la urgencia del caso".

Cabe principiar por advertir que a los opositores ya se les oyó en este juicio, que se abrió a pruebas, que durante este término han podido presentar cuantas tuvieran por convenientes a sus derechos y que presentaron varios alegatos.

Pero de ninguna manera puede entender la Sala que al "prudente juicio" de ella debe quedar, o que entre "el modo de oír a las partes" a que se refiere el artículo 1203 precitado pueda estar el convertir, como antes se dijo, en auto interlocutorio, y, por ende, revocable, la sentencia que puso fin a ese juicio; y no lo entiende así, porque como antes dijo también, no puede quedar al capricho — que no sería ya al prudente juicio — de los jueces y tribunales, hacer caso omiso de las fórmulas procesales, ni, mucho menos, alterar las disposiciones legales relativas al carácter y efectos de los autos y sentencias y a los recursos que contra estos actos jurídicos puedan hacer valer las partes.

Pero si los artículos 1203 y 1204 precitados, son inoperantes para justificar la aludida pretensión del reclamente, sí constituyen como se ve por su lectura, unos de los más sólidos soportes en que la Sala va a apoyar su razonamiento para desvirtuar otra de las equivocadas tesis de aquél: la de que la cuestión "DE HECHO", relativa a la debida identificación de los terrenos de la oposición en sí mismos y con respecto a los de la propuesta de exploración y explotación de petróleo, no es materia sujeta a la decisión de la Corte en en esta clase de juicios, sino cuestión del Resorte o de la competencia exclusiva del Ministerio de Minas y Petróleos, quien, en el presente caso —así se asegura— ya la definió y decidió.

Con efecto, se sabe ya por la lectura de esos artículos del Código Judicial, que el Juez, en los casos como el presente, "se entiende que no debe acceder a lo que se le pide sino cuando estén probados los HECHOS —óigase bien: LOS HECHOS— en que se funde la solicitud y se hayan cumplido además los requisitos que exige la ley.... etc".

Después de leer y oir esto, cómo puede afirmarse, seria y serenamente, que la Sala de Negocios Generales de la Corte no es competente para examinar y para exigir y para resolver acerca **del hecho** de la identificación de las tierras materia de las oposiciones en esta clase de juicios breves y sumarios, si no que esta es materia reservada al conocimiento y decisión exclusivos del Ministerio de Minas y Petróleos?

Se dirá que aceptado como probados esos hechos por el Ministerio, la Corte tiene que aceptar, irrevocablemente, esa situación, sin poder variarla?

Y entonces, qué significaría y para qué habría de servir el comentado artículo 1203 del Código Judicial?

Para qué ordena al juez este artículo que no acceda "a lo que se le pide sino

cuando estén probados LOS HECHOS en que se funde la solicitud?

Es que en el presente caso, esta solicitud no es, por ventura, la de que se excluya de los terrenos de la propuesta Ryan, POR SER LOS MISMOS y por ser de propiedad particular y no, de la Nación, PARTE de los terrenos a que se refiere la oposición?

Es que pudo el fallador declarar dueños a los opositores y fundada la oposición cuando —como aquí fue el caso— no se pudo saber por los títulos en que se apoyaba la oposición ¿cuáles son los terrenos en los cuales se pretende derecho al petróleo del subsuelo? Si no se examina y prueba el hecho de la identidad de la cosa reclamada, si no se conoce por el Juez con seguridad cuál es esta cosa, de dónde puede deducir y reconocer el derecho a ella, judicialmente.

Si por hechos probados en cuanto a la identidad de los terrenos o en cualquiera otra materia relacionada con estas cuestiones, no puede o no debe entenderse más que los que el Ministerio tenga por tales, y si, como lo dice también el reclamante, lo atinente a identificación de los terrenos, sólo reza con "los AVISOS para explorar y explotar petróleos en terrenos de propiedad particular", pero no reza con las personas que hagan oposición a tales avisos ¿para qué entonces, además de todo lo que ya se deja expuesto antes, dispone el Art. 5º de la Ley 160 de 1936 que se envíe a la Corte todo lo actuado, junto con las pruebas en que se funde la oposición, para que aquélla decida conforme a los artículos 1203 y siguientes del Código Judicial" SI ES O NO FUNDADA LA OPOSICION"?

Qué objeto, qué fin o alcance tendría esa medida legal, si la Corte, en actitud hierática, hubiera de representar nada más que el papel de esfinge y que aceptara, por más errónea, por más incompleta, inconexa o extralegal que fuera, la prueba exhibida por el opositor ante el Ministerio para acreditar la identidad de los terrenos, tanto en sí mismos conforme a sus títulos, como con relación a los determinados en la propuesta de contrato, de los cuales pide aquél que sean excluídos los que reclama como propios?

Y, viceversa: si el Ministerio, a pesar de la bondad o suficiencia de esa prueba conforme a las leyes, desconocía el derecho del opositor, se resignaría éste con esa decisión, o alegaría entonces que era a la Corte, y no, al Ministerio, a quien correspondía decir la última palabra sobre esa cuestión con base en las leyes sobre la materia, es decir, a quien correspondía decidir, con plena soberanía, si era o no fundada la oposición?

Cómo habría ordenado la Corte que se excluyera del terreno materia de la propuesta Ryan "la parte" de los terrenos que, según los opositores, está incluída en los de tal propuesta, si ellos no han determinado ni resulta de los títulos, por su extensión, linderos y demás particularidades que la den a conocer inequívocamente, cuál es esa parte o porción de dichos terrenos que el Ministerio debe abstenerse de incluír en el contrato con el proponente Ryan, por pertenecer a los opositores? De qué modo procedería el Ministerio de Minas y Petróleos para celebrar el contrato, y la Corte, tratándose de tres distintas oposiciones que versan sobre el mismo lote de la propuesta Ryan?

No puede decirse, imparcialmente, después de todo lo que se deja demostrado arriba, que la Corte ha dejado de fallar, ni lo que es más aún, que ha dejado de fallar sobre lo único que, según el reclamante, era de su resorte: la calificación de los títulos que respaldan la oposición, únicamente desde el punto de vista del derecho de dominio que sobre el petróleo del subsuelo puedan otorgarles a los opositores tales títulos; y no puede decirse eso de la Corte, en circunstancias que su sentencia del once de mayo no puede ser más nítida o categórica acerca de que si tales títulos no eran, como no lo fueron, suficientes para determinar ante ella cuáles son los terrenos a que se refieren, ni cuál la porción de esos terrenos que coincide con los de la propuesta Ryan, ni, en consecuencia, cuál la parte de tales terrenos que debía ser excluída de la propuesta de con-

trato de este señor, tampoco podrían servir tales títulos ante la Sala para declarar que de ellos aparecía comprobado ese alegado derecho de dominio de los opositores en el subsuelo de esos terrenos, pues muy claro se dejó establecido en esa sentencia, con fundamento en otra anterior y similar, pronunciada en 20 de marzo del presente año por esta misma Sala, y en disposiciones legales de común conocimiento, que cuando se alega derecho de dominio en una cosa, a base de un título, no puede reconocerse ni declararse ese derecho de dominio, sin que antes se conozca claramente, inequícovamente, cuál es la cosa a que se refiere el título; norma que se hace, si cabe, de mayor rigor en su aplicación, cuando, como aquí sucede, existe controversia entre las partes y se trata de un bien raíz que lo componen extensas porciones territoriales que en tales circunstancias "no pueden ser fácilmente identificables —así se dijo en esa sentencia— sin títulos suficientemente claros, sin inspecciones oculares, mensuras, planos y demás elementos de juicio, que más que a la técnica jurídica y a la crítica y a la observación directa y personal del juez, corresponden a disciplinas mentales distintas y peculiares a expertos o peritos en materia de topografía y agrimensura".

Es muy clara, se repite, y está estrictamente ceñida a las leyes, la sentencia de esta Sala de once de mayo último, que merece al reclamante sus acres e infundadas censuras; pero bien se advierte, por lo que queda expuesto, y por lo que se continuará exponiendo, que aquéllas se originan de una óptica completamente deformada, por su parte, en cuanto a la realidad procesal de este negocio, y a la circunstancia de hacer de la sentencia precitada una incompleta disección, a fin de citar de ella, rompiendo su unidad y coherencia, sólo aquellas partes que, de este modo, pueden ofrecer, aparentemente, uno como ángulo de menor resistencia al propósito polémico del reclamante, como para que aparezcan infirmadas por él o desprovistas de buen sentido y de equidad.

Por tal razón, y en guarda de la rectitud e imparcialidad que ha guiado a la Sala en el prolongado estudio que tal negocio le mereció, ella se verá obligada ahora a citar algunas de las partes de esa sentencia que fueron omitidas por el reclamante, y que dejarán comprobado que ella sí examinó y estudió cuidadosamente TODOS los títulos de los positores representados por el reclamante y los calificó en lo que podía y debía calificarlos conforme a sus atribuciones legales.

Ya se demostró cómo carece de fundamento la afirmación del reclamante, acerca de que sólo al Ministerio, y de ningún modo a la Corte, so pena, según él, de usurpación de jurisdicción, le corresponde examinar y decidir sobre lo que él llama cuestión meramente administrativa o de hecho, porque en la "función de contratar —dice— está la de determinar el objeto o cosa materia del contrato: ubicación de los terrenos, alinderamiento y determinación del área de éstos, etc.".

Ahora resta agregar qué es lo que sirve al reclamante de apoyo para esta afirmación. Esto único: que el artículo 7º de la Ley 160 de 1936, citado con otros de la misma ley por la Sala en su sentencia del once de mayo, no se refiere a las oposiciones, sino "A LOS AVISOS para explorar y explorar petróleos en terrenos de propiedad particular, que no es el caso sometido al examen y decisión de la Corte".

Inaceptable es que, mientras por una parte se invita a la Corte a que con base en una interpretación tan elástica y casuística del artículo 1203 del C. J., como lo sería la que la condujera con violación del artículo 482 del mismo Código, a admitir la reposición de la sentencia de once de mayo que puso fin a este juicio, como si se tratara de un auto interlocutorio, se la enjuicie, al mismo tiempo, con criterio tan riguroso y formalista, porque ella haya interpretado y decidido, con base en ese artículo, con apoyo, además, en los artículos 5º y 6º de la Ley 160 de 1936, en otros de nuestro Código Civil y Judicial,

y en virtud del principio general de que donde existe la misma razón, tiene que existir la misma disposición, porque ella haya interpretado y decidido, se repite, que así como para el aviso de explorar y explotar petróleo en terrenos de propiedad particular se debe individualizar o determinar debidamente por sus linderos y demás particularidades los terrenos materia del aviso, para que puedan ser debidamente identificados, del mismo modo, debe aparecer esa misma individualización o determinación, para que se identifiquen y localicen debidamente, aquellos terrenos que sean materia de oposición a la propuesta para contratar la exploración o explotación de petróleo de propiedad nacional.

La Sala no encontró ni encuentra ninguna razón de carácter legal ni de otra clase, para sostener que el "avisante" o el "proponente" están obligados a individualizar debidamente los terrenos materia del "aviso" o de la "propuesta", para que puedan tales terrenos identificarse y localizarse, pero que el opositor no está en la obligación de individualizar o determinar debidamente y a identificar, principalmente, cuando hay contradicción a la oposición, como la hay en este caso, aquellos que pretende que se excluyan de la propuesta de contrato. ¿En qué podría apoyarse tan original distinción o excepción?

Si así no lo hace el opositor, de qué manera puede saberse si el terreno de la oposición está comprendido dentro del terreno que es materia de la propuesta de contrato, y, por lo mismo, de qué manera puede saber la Corte si ese terreno es el mismo que salió legalmente del patrimonio nacional antes del 28 de octubre de 1873, para declarar que es fundada la oposición?

Esta objeción salta tan prominente y fácilmente, que el reclamante, se anticipó a proponérsela y a resolvérsela a sí mismo en la siguiente forma:

"Pero podría argüírse —dice—: y cómo se sabe si el terreno del opositor está dentro del área de la propuesta de contrato? Sencillamente por el estudio que compete hacer al Ministerio del ramo, por medio de sus Secciones Técnica y Jurídica. De modo, pues, que cuando el Ministerio pasa a la Corte los Títulos de una oposición para que decida sobre ellos, es porque la cuestión de hecho YA ESTA ESTUDIADA Y DECIDIDA, esto es, porque el Ministerio ha aceptado que los terrenos del opositor se afectan con la propuesta".

En el caso de todas las oposiciones del presente juicio, no resulta de los informes de esas Secciones que los terrenos materia de ellas estén seguramente contenidas dentro del área de los terrenos materia de la propuesta de contrato de Ryan, pero la tesis del reclamante es inaceptable.

El avisante o el proponente están obligados a determinar bien, para que se conozcan debidamente, los terrenos materia del aviso o de una propuesta de contrato, "para que los posibles interesados puedan —como dice el reclamante— identificar el área de la propuesta y sepan, así, si sus propiedades quedan o no invadidas con la propuesta".

Muy bien; pero ese posible interesado, o mejor dicho, el opositor, nada menos que la persona que se presenta en posición excluyente, casi en plan de reivindicante, contra la Nación o contra el particular del aviso, alegando derecho exclusivo de propiedad en el terreno materia del presunto contrato, no puede estar relevado de esa misma obligación de demostrar la identidad existente entre el terreno que reclama como propio y el del aviso o propuesta, porque eso es necesario que se conozca por parte de quienes tienen la responsabilidad de conocerlo inequívocamente antes de declarar fundada la oposición consistente en que aquellos terrenos que se pretende excluír como propios están invadidos por los de la propuesta; y como de acuerdo con la Ley 160 de 1936, no es al Ministerio, sino a la Corte, de conformidad con las normas generales de derecho sustantivo y adjetivo, y en especial, con las de los artículos 1203 y 1204 del C. J., a la única entidad a quien corresponde declarar si es o no "fundada la oposición", bien claro resulta que si ante

ella tuvieran los conceptos de las Secciones Técnica y Jurídica del Ministerio del ramo el carácter compulsorio e inmodificable que el reclamante les atribuye en cuanto a la cuestión de la identidad de los terrenos materia de la oposición, cuestión sin cuya previa y satisfactoria demostración es de todo punto imposible saber si el opositor es dueño de lo que reclama y pretende que se excluya de la propuesta, se haría legalmente imposible, innocua e ineficaz la intervención que la precitada Ley 160 de 1936 le ha querido dar a la Corte en esta clase de asuntos.

Del mismo modo vale recordar que si el inciso segundo del artículo 5º de la citada Ley 160 de 1936, concede a toda persona el derecho de oponerse al contrato propuesto, exige a la vez que esa persona, al oponerse, lo haga "acompañando las pruebas en que funda tal oposición".

El inciso cuarto de ese mismo artículo dispone que cuando se formulare oposición en cuanto a la propiedad del petróleo, acompañándola "de las pruebas en que la oposición se funde", estas pruebas, junto con el escrito de oposición y la propuesta de contrato con sus documentos, se enviarán a la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema para que ésta en juicio breve y sumario "decida si es no fundada la oposición".

Cuáles son esas pruebas que debe el opositor presentar para justificar o fundar su oposición y en qué debe apoyarse la Corte para decidir "si es o no fundada la oposición"?

Se tratará de cualesquiera clase de pruebas? De ninguna manera. Se trata no sólo de aquellas pruebas consagradas por la legislación vigente como indispensables para acreditar dominio particular sobre el petróleo, sino de aquellas que debe aportar todo el que alegando dominio sobre un bien raíz pretenda obtener que se declare fundada una oposición o una acción excluyente de esta clase, apoyado en que este bien raíz es el mismo que reclama como incluído dentro del área del terreno materia de la propuesta. No existe, hasta ahora, una legislación de excepción para que la Corte, en estos casos, pueda proceder en la forma que lo insinúa el reclamante, y si no fueran suficientes, como lo son, los principios contenidos sobre esta materia en los artículos 5º, 6º y 7º de la Ley 160 de 1936, citados en la sentencia del once de mayo, lo serían, para corroborar más su tesis, entre otros, el artículo 1203 del Código Judicial, ya citado también, que obliga al juez a no acceder a lo que se le pide sino cuando estén plenamente probados los hechos en que se funde la solicitud; el artículo 205 de ese mismo Código cuando dice que "la demanda debe contener... lo que se demanda expresando con claridad y precisión los hechos u omisiones"; el 222, cuando dice que "Si lo que se demanda es una cosa raíz, deben especificarse los linderos y las demás circunstancias **que la den a conocer y la distingan de otras con que pueda confundirse**"; la del artículo 593, cuando dice que "Toda decisión judicial, en materia civil, se funda en los hechos conducentes de la demanda y de la defensa, si la existencia y verdad de unos y otros aparecen demostrados, de manera plena y completa según la ley, por alguno o algunos de los medios probatorios especificados en el presente Título y conocidos universalmente con el nombre de **pruebas**", y la del artículo 2594 del C. Civil, cuando al referirse a los instrumentos que se otorguen ante Notario, dice así en sus incisos segundo y tercero: "Las cosas y las cantidades serán determinadas de una manera inequívoca, y si en el instrumento se tratare principal o accesoriamente de inmuebles, se pondrá constancia de la situación de éstos y de sus linderos, expresándose si el inmueble fuere rural, su nombre y el distrito o distritos de la situación; y si urbano, además, la calle en que estuviere situado y el número del inmueble si lo tuviere. Las designaciones del nombre, de la situación y de los linderos de una finca se harán aun cuando sólo se trate de la enajenación, hipoteca, o gravamen de la parte de una finca que se posea pro indiviso. En tal caso se designarán el nombre, la situación y los linderos de la finca común, expresándose que

en ella está contenida la parte enajenada, hipotecada o gravada".

No hay, pues, ninguna legislación de excepción para estos casos. Tampoco existe ningún informe del Congreso que contradiga esto; pero en la hipótesis de que existiera, entre lo que este informe diga y lo que diga o haya dejado de decir la ley, habrá de estarse a esto último. Ni existe, como consecuencia de todo lo anterior, ninguna disposición que obligue a un juez o Tribunal a dictar una sentencia que no sea conforme con la verdad en los hechos, ni contra la ley sustantiva en el derecho, como lo sería la que hubiera dictado la Corte para declarar fundada la oposición a la propuesta de que se trata sobre exploración y explotación de petróleos, cuando habiendo ella ejercido, con la autoridad que las leyes le dan, su función crítica sobre los títulos en que se funda esa oposición, encontró que no eran suficientes para conocer cuáles eran los terrenos a que ellos se referían ni cuál porción o parte de tales terrenos era la que se decía incluída en los de esa propuesta, para concluír en que habían salido legalmente del patrimonio nacional.

Si los conceptos del Ministerio del ramo en esta clase de asuntos tuvieran para la Corte el alcance que el reclamante les atribuye, el papel de aquélla quedaría reducido a la nada frente a la Ley 160 de 1936 cuando ésta la faculta para decidir si es o no fundada la oposición, sin la distinción que el reclamante anota entre cuestión de hecho y cuestión de derecho, porque apenas podrá imaginarse juicio alguno donde los hechos no sean la base del derecho que se invoca, y porque jamás podrá conseguirse Juez o Tribunal conocedor de sus deberes que pueda dictar una sentencia para reconocer un derecho que no estuviese justificado por hechos previa y plenamente comprobados por los medios consagrados en la ley (Código Judicial, artículo 593). De acuerdo con esto, los conceptos del Ministerio del ramo, en estos casos, lo mismo cuando sean favorables que cuando sean desfavorables a las respectivas pretensiones de las partes, serán apreciados o estimados por la Corte, como lo han sido en el presente caso, en armonía con la realidad procesal y con las normas de la ley. Nada menos, ni nada más.

En el caso del reclamante, la Sala ratifica su afirmación contenida en su sentencia del once de mayo, acerca de que esos conceptos de las Secciones Técnica y Jurídica del Ministerio no fueron favorables a las alegaciones y documentos presentados por sus representados. Tampoco lo fue el del apoderado del proponente Ryan, quien hizo constar que el terreno de su propuesta "es baldío", razón por la cual es inoportuno también por este aspecto repetir que por el hecho de hacerse alusión en los planos de Ryan, a la "Hacienda de Marta", y de mencionarse en ellos algunos de los puntos arcifinios a que se refieren los títulos de la oposición, pueda significar esto que dicho señor haya aceptado la oposición de los representados por el reclamante. Consta superabundantemente en autos todo lo contrario, por las extensas alegaciones de su apoderado doctor Miguel S. Uribe Holguín; pero aunque esto no fuera así, como lo es, ya se dejó suficientemente explicado en la sentencia de once de mayo por qué la Corte no puede atribuirle el valor de prueba en materia de identificación sobre bienes raíces para fines del dominio en ellos a la confesión, que no otra cosa sería, en una hipótesis contraria a la realidad que arriba se ha examinado, el hecho de que figurara en los planos de Ryan la denominada "Hacienda de Marta" como incluída en la propuesta del contrato.

Por comprenderle un razonamiento igual fue por lo que la Sala no mencionó en su sentencia del once de mayo el contrato a que alude el reclamante, celebrado entre la Nación y Waldo Sheldon (concesión Socony), contrato en el que se expresó que uno de los linderos de la concesión, por el Oriente, eran "las tierras llamadas de Marta, de propiedad de Pedro Mantilla y reconocidas por el Gobierno como tierras

no baldías en Resolución de fecha 4 de mayo de 1881... etc".

Ya se volverá sobre este punto cuando se trate nuevamente de la diligencia de deslinde de 1879, a que se refiere también el reclamante, pero baste, por ahora, repetir y dejar constancia de que también el concepto de la Nación en el presente juicio, representado por el señor Procurador Delegado en lo Civil, ha sido rotundamente adverso a la oposición de las personas representadas por el reclamante, según consta en autos, y que en lo que toca a los conceptos de las Secciones Técnicas y Jurídica del Ministerio del ramo, tampoco han sido favorables a esa oposición, como ya se dijo y consta también en autos.

Con efecto, referencias como estas que se hallan en el informe de la Sección Técnica, citado en la Sentencia de 11 de mayo: "... puede considerarse que TAL VEZ los terrenos de Marta se hallan comprendidos EN PARTE dentro del lote de la propuesta"; "... no se puede apreciar siquiera si en realidad se trata de un lote de terreno, pues esos linderos parecen indicar más bien una línea"; "los linderos de los otros dos lotes de la oposición **no ha sido posible** recorrerlos en su totalidad en el mapa de la Oficina de Longitudes y **son muy confusos e imprecisos**, pero como en ellos se indican como líneas o puntos de alinderación la quebrada Payoa y los ríos Sogamoso y Sucio, PARECE que PARTE de los lotes se encuentran dentro del área de la propuesta", (los subrayados son de la Corte); referencias como estas a los linderos señalados en los títulos de los opositores ¿puede decirse, imparcialmente, que son favorables a la determinación o identidad, precisas o indispensables, de las tierras de la oposición ni con relación a esos títulos ni con respecto a las tierras de la propuesta, ni con respecto a estar seguramente incluídas en las de esta última, ni que con base en tan vagas informaciones la Corte esté obligada a tener por **decidida** ya irrevocablemente lo que el reclamante llama la cuestión de **hecho**, y a declarar, en consecuencia, fundada la oposición, estimando que se hallaba ya plenamente conocido por ella cuáles eran los terrenos que salieron legalmente del patrimonio nacional antes del 28 de octubre de 1873, conforme a los títulos así examinados y calificados, y cuál la extensión, parte o porción de tales terrenos que está incluída en los de la propuesta Ryan y que la Corte debía ordenar al Ministerio que excluyera del contrato con dicho señor?

De ningún modo podrían hacerse con justicia tales aseveraciones, ni decir con base en ellas que por no acogerlas la Corte como fundadas, se ha colocado fuera de la órbita de sus atribuciones, invadiendo la que, según el reclamante, es del resorte exclusivo del Ministerio del ramo.

El deslinde de 1879

En apoyo de esto cita el reclamante solamente, el siguiente párrafo, entre los muchos que contiene el extenso informe del Abogado Jefe de la Sección Jurídica del Ministerio:

"c)—Que habiéndose efectuado con la Nación en 1879 el deslinde judicial de los terrenos que se le habían adjudicado a Gregorio Mantilla, y habiéndose tenido en cuenta para tal acto, no sólo la cartilla de adjudicación de éste sino también el título de Rafael Novoa, hay que convenir en que por razón de dicho deslinde quedaron determinadas claramente para la Nación, de seguro porque eran determinables, algunos de los terrenos que había comprado en 1844 Rafael Novoa, precisamente los que luégo se le adjudicaron en la sucesión de éste a Gregorio Mantilla".

Varias aclaraciones u observaciones requiere esta cita, que hace el reclamante, entre otros fines, con el de sostener que la Sala no ha querido estudiar ni apreciar a fondo los títulos de sus representados ni el deslinde con la Nación; que ella citó fragmentariamente el concepto de la Sección Técnica, y que si cuando ésta conceptuó hubiera tenido ocasión de conocer la diligencia de deslinde mencionada, diligencia cuya copia sólo "se levó a los autos

en el término de prueba del juicio sumario", "seguramente al haberla podido apreciar, el concepto de dicha Sección hubiera sido mucho más rotundo", esto es, más favorable —en sentir del reclamente— a su tesis de que sí quedó debidamente dilucidada y decidida la cuestión atinente a la identidad de las tierras materia de la oposición, y que la Corte no podía ya tocar este punto.

Las observaciones que caben hacer son las siguientes:

1ª—La Sala, en su sentencia del 11 de mayo, citó en ella todo lo que era necesario citar del informe de la Sección Técnica para demostrar que esa dependencia del Ministerio no había aceptado, como no aceptó, que los títulos presentados en todas las tres oposiciones fueran suficientes para comprobar, segura y inequívocamente, la debida identidad de las tierras a que se referían. Basta volver a leer los párrafos de ese informe citados en la presente providencia y en la sentencia de que se trata, o leerlos en el expediente.

2º—Entre los varios títulos que figuraban ante la Sección Técnica cuando rindió su informe, se encontraba —lo dice el reclamante y es la verdad— la escritura de 1844, "o sea **la venta** hecha por María Antonia Navas a Rafael Novoa", a título que —dice— lo tuvo en cuenta dicha Sección Técnica. Ahóra, como este título fue el principal y más antiguo que tuvieron a la vista las autoridades que practicaron el deslinde con la Nación para mencionar los linderos que en ese acto mencionaron, resulta claro, que tanto la Sección Técnica, como la Sección Jurídica del Ministerio, al emitir en la forma desfavorable en que lo fueron, sus respectivas opiniones, tuvieron por **insuficientes** tal título y el de la hijuela de Gregorio Mantilla, para acreditar **la identidad y localización** actuales de las tierras a que ellos se refieren, las de las tierras mencionadas en el deslinde de 1879 y las de aquéllas a que se refieren la propuesta de contrato Ryan. Siendo esto así, por lo que se desprende de los informes de esas Secciones, si se les cita o lee en su totalidad, claro aparece que al decir la Sección Jurídica en el párrafo c) de su informe que "hay que convenir en que por razón de dicho deslinde quedaron determinados para la Nación, de seguro porque eran determinables, algunos de los terrenos que había comprado en 1844 Rafael Novoa, precisamente los que luégo se le adjudicaron en la sucesión de éste a Gregorio Mantilla", fue sólo para significar que **en esa época** —año de 1879— y de acuerdo con lo que teóricamente expresaban esas diligencias de deslinde, quedaron determinadas para la Nación las tierras materia de tal deslinde; pero de esto no se deduce que esa Sección del Ministerio estuviera afirmando, al estudiar el problema de la identificación y localización ACTUALES de las tierras de la oposición, que por tales diligencias de deslinde **se conocía prácticamente en la actualidad** cuáles eran esas tierras, en relación con los títulos que se invocaban como originarios ni en relación con las de la propuesta Ryan.

Eso no resulta del párrafo c) transcrito, ni de ninguna de las otras partes de los informes de las Secciones Técnica y Jurídica. Y no hay lugar para establecer tal confusión, porque no se podría entender que hubieran esas Secciones conceptuado de otro modo, después de haber encontrado y declarado insuficientes para comprobar la identidad y localización actuales de los terrenos de que se trata, la escritura de venta de María Antonia Navas a Rafael Novoa de 1844, y la hijuela a favor de Gregorio Mantilla, que fueron los títulos que tuvieron a la vista las autoridades del deslinde para mencionar los linderos a que hicieron referencia en ese acto, practicado en el año de 1879.

3ª—El informe de la Sección Técnica, es cierto, se rindió, lo mismo que el de la Sección Jurídica, antes de haber llegado a la Corte este negocio, y antes, por consiguiente, de haberse presentado ante ésta, en el término de pruebas del juicio sumario, las copias **notariales** de las diligencias de deslinde con la Nación, según también lo afirma el reclamante.

Pero la Sección Jurídica, según consta

en autos, se fundó en las referencias que a tal deslinde hace la Resolución de 4 de mayo de 1881, y como según consta también a folios 169 y 172 del Cuaderno número 1º, los datos y elementos que tuvo en cuenta el Secretario de Hacienda de la Unión para dictar esta Resolución fueron los mismos que habían obrado en el juicio de deslinde seguido en el año de 1879, y en esa Resolución se hallan insertos, mencionándolos por linderos y con los demás datos que entonces se tuvieron en cuenta, resulta bien claro que cuando las Secciones Técnica y Jurídica del Ministerio del ramo conceptuaron, sí tenían a la vista en relación con ese deslinde, datos similares a los contenidos en las copias notariales que de las diligencias de tal deslinde se presentaron después ante la Corte por los opositores, a saber: la escritura de 1844 de venta de María Antonia Navas para Rafael Novoa; la posesión dada a éste en 18 de diciembre de ese mismo año; la hijuela a favor de Gregorio Mantilla, como cesionario de los derechos herenciales de dos de las hijas de aquél; y lo concerniente al señalamiento de linderos y amojonamiento en el predio objeto del deslinde y a la posesión judicial de ese predio, dada a los señores Mantilla, Hernández y García, y, que, por tanto, si encontraron insuficientes esos títulos para establecer la identidad y localización actuales de ese predio, insuficientes también encontraron, para lo mismo, las diligencias de deslinde que se apoyaron en tales títulos y a que se refería la Resolución citada.

Mas para que pueda conocerse el verdadero mérito del informe de la Sección Jurídica, la Sala lo citará a continuación en todas sus partes relacionadas con los terrenos a que elude el reclamante, pues es de todo punto necesario conocerlas, tanto para poder apreciar ese informe en todo el alcance que tiene y que quiso darle esa dependencia del Gobierno de la Nación, como para evidenciar que la Sala sí estudió y consideró todo lo concerniente a la actuación sometida a su examen y decisión por el Ministerio del ramo.

Su texto es el siguiente:

"Hacienda 'Marta' y otros terrenos—Estas propiedades, de las cuales aparece como titular la sociedad en liquidación' Pedro Mantilla R. & Hermano', están determinadas en la escritura de venta número 976 de 3 de diciembre de 1897 de la Notaría 1ª de Bucaramanga, por la cual las adquirió aquella sociedad del señor Miguel Díaz Granados. Los linderos que allí constan son:

"Hacienda 'Marta'—'Por el Sur, el río SOGAMOSO, desde donde le entra la quebrada llamada LA COLORADA, hasta la desembocadura en el mismo río de la quebrada DE PERICO; por el Oriente, la quebrada de LA COLORADA, aguas arriba hasta el cerro de PAN DE AZUCAR; por el Norte, una cuchilla llamada también PAN DE AZUCAR, en dirección Occidental, lindando en esta parte con tierras baldías; y por el Occidente, la indicada quebrada de PERCIO (sic)... 'EN EL CASO DE QUE HAYA ALGUNA DIFERENCIA O VARIEDAD EN LOS LINDEROS DE ESTA PROPIEDAD, la venta se efectúa por los mismos linderos que señala la escritura que se les otorgó de la hacienda de MARTA a Rosario Rodríguez y Abdón Espinosa'.

"Globo 'Santa Clara y Colorado'—'...desde la desembocadura del RIO SUCIO en el SOGAMOSO hasta dar a la boca de la Angostura en el punto que queda cerca del antiguo Puerto y Bodega en el río SOGAMOSO'.

"Otros dos lotes en la misma región de "SANTA CLARA y COLORADO". 'Hacia el Sur y Sudeste, confundiéndose con la región Oriental, desde el punto de 'La Angostura' donde el río SOGAMOSO rompe LA CORDILLERA DE 'LA PAZ', tomando desde el Sudeste al Noreste la cresta del cerro y pasando por los tres morros de los más culminantes, a dar a otro morro alto que termina en la planicie y bajando el morro continúa la cordillera formando una serie de pirámides naturales; linda por este lado con tierras que fueron de Simón Reyes y que en la actualidad son de Lázaro Reyes; por el Oriente y Norte,

comprendiéndose (sic) en la región Norte desde el morro y planicie últimamente citados, mirando hacia el Norte o Noroeste en dirección recta a dar a un mojón de piedra clavado frente al sitio o punto llamado 'Santa Clara', mojón que tiene un lado liso y una pequeña señal en forma de machetazo en la parte superior mojón que se encuentra hacia la región Occidental del RIO SUCIO, en la cima de una cuchilla que queda inmediata a otra cuchilla situada al Poniente de dicho morro; de este mojón línea recta mirando hacia la región Noroeste, a dar a otro mojón de piedra clavado en terreno de Vega hacia el Occidente de la quebrada de 'La Payoa', bastante retirado de esta quebrada y a distancia como de veinte varas de un árbol llamado 'Menudito', lindando por esta parte con terrenos de Demtrio (sic) A. Cruz, hacia el Norte y Noreste confundiéndose con la región Occidental, desde el último mojón a tomar la quebrada de 'La Payoa', hasta su confluencia con el río SOGAMOSO; y luégo aguas arriba de este río, a dar cerca al antiguo Puerto o Bodega en el río SOGAMOSO'.

"Aunque lo natural sería pensar que los tres (3) terrenos que se dejan especificados, al tenor de lo que aparece de la escritura de venta de Miguel Díaz Granados a la sociedad 'Pedro Mantilla R. & Hermano', son distintos unos de otros, lo cierto es que hasta donde se puede deducir de la simple comparación de los linderos, PARECE que el lote de la Hacienda 'Marta' se halla comprendido dentro de la alinderación más amplia de los dos lotes determinados en último lugar.

..**"Si esto resulta así,** no podrá haber duda de que todos los terrenos mencionados son los mismos que aparecen alinderados en el punto quinto de la Résolución del Despacho de Hacienda de la Unión de fecha cuatro de mayo de 1881, conforme había quedado establecido en deslinde llevado a cabo con la Nación en 1879.

"Partiendo de esta base, la historia de tales terrenos resulta ininterrumpida desde el año de 1844, como se desprende de la siguiente relación de títulos:

"Por escritura de 8 de abril de 1844, otorgada ante el Escribano del Cantón de Girón, María Antonia Navas vendió a su hijo Rafael Novoa varias estancias de tierra, la mayor parte de ellas en la región del río Sogamoso, **pero todas sin determinación que permitiera apreciar su real ubicación;** y también un globo de terreno en el mismo río Sogamoso, con especificación **algo aceptable.**

"En el juicio de sucesión del señor Rafael Novoa se le adjudicó al señor Gregorio Mantilla, como cesionario de los herederos María de Jesús y Leonidas Salas, **parte** de los terrenos relacionados en la escritura de 1844; **entre éstos el globo de tierra que allí aparecía con alguna especificación.** Tal adjudicación se le hizo a Mantilla en el año de 1876, según consta en las diligencias del juicio, protocolizadas por escritura número 35 de 18 de abril de 1877 de la Notaría de Girón.

"Por escritura número 179 de 10 de junio de 1878 Gregorio Mantilla vendió a Jerónimo Hernández y a Camilo Antonio García dos terceras partes de los terrenos que se le habían adjudicado en la sucesión de Rafael Novoa y Dolores Salas, una tercera parte a cada uno.

"A la señora Bárbara Hernández de García se le adjudicó en el juicio de sucesión de Camilo Antonio García la tercera parte que éste había adquirido en los terrenos adjudicados a Gregorio Mantilla. Así aparece en el respectivo juicio de sucesión, protocolizado por escritura pública número 99 de 31 de marzo de 1879 de la Notaría de Piedecuesta.

"Los terrenos que se le habían adjudicado a Gregorio Mantilla en el juicio de sucesión de Rafael Novoa y Dolores Salas fueron materia de **deslinde judicial con la Nación en el año de 1879, como se desprende de la referencia que a ese deslinde se hace en la Resolución del Despacho de Hacienda de 4 de mayo de 1881. Entonces** quedaron precisados los linderos generales de todos esos terrenos. De modo que por virtud de ese deslinde, que se llevó a cabo con audiencia de la Nación, vinieron a quedar determinados, respecto de esta

entidad, algunos de los terrenos de la venta hecha en 1844 por María Antonia Navas a Rafael Novoa, precisamente aquellos que se le adjudicaron en la sucesión del expresado Novoa a Gregorio Mantilla. Pero no más que éstos.

"Por escritura número 51 de 27 de marzo de 1884, Jerónimo Hernández vendió a Bárbara Hernández de García la tercera parte que había adquirido en los terrenos de que se viene hablando, o sea aquellos que se le habían adjudicado a Gregorio Mantilla en la sucesión de Rafael Novoa y Dolores Salas.

"Por escritura número 145 de 4 de junio de 1889 de la Notaría de Girón, Bárbara Hernández de García vendió a Demetrio A. Cruz las dos terceras partes que para entonces había en tales terrenos.

"Por escritura Nº 390 de 14 de agosto de 1889 de la Notaría de San Gil, Gregorio Mantilla vendió a Abdón Espinosa la tercera parte que a él le quedaba en los terrenos que se le habían adjudicado en la sucesión de Rafael Novoa y Dolores Salas.

"Luégo esta tercera parte la vendió Abdón Espinosa a Miguel Díaz Granados, según consta en escritura número 253 de 26 de abril de 1891 de la Notaría 2ª de Bucaramanga.

"A su turno, Demetrio A. Cruz vendió más tarde al mismo Miguel Díaz Granados las otras dos terceras partes de los terrenos, las que había adquirido por compra a la señora Bárbara Hernández de García.

"La venta de estas dos terceras partes consta en escritura número 552 de 16 de noviembre de 1893 de la Notaría 2ª de Bucaramanga.

"Y por último, Miguel Díaz Granados, que por razón de las dos ventas últimamente relacionadas era dueño de todos los terrenos que se le habían adjudicado a Gregorio Mantilla en la sucesión de Rafael Novoa y Dolores Salas, los vendió a la Sociedad "Pedro Mantilla R. & Hermano", **por los linderos** que ya se han transcrito.

"De los diferentes títulos de que se ha hecho mención, pueden sacarse las siguientes conclusiones:

"a)—Que en el año de 1844, en la venta de unos terrenos de María Antonia Navas a su hijo **Rafael Novoa, resultaba la mayor parte de esos terrenos sin determinación que permitiera identificarlos, conforme al título correspondiente.**

"b)—Que de tales terrenos se le adjudicaron al señor Gregorio Mantilla algunos en 1876, en el juicio de sucesión de Rafael Novoa y Dolores Salas, expresándose **entonces** con indicaciones **relativamente precisas** los terrenos de dicha adjudicación.

"c) Que habiéndose efectuado con la nación en 1879 el deslinde judicial de los terrenos que se le habían adjudicado a Gregorio Mantilla, y habiéndose tenido en cuenta para tal acto no sólo la cartilla de adjudicación de éste sino también el título de Rafael Novoa, hay que convenir que por razón de dicho deslinde quedaron determinadas claramente para la nación, **de seguro porque eran determinables, ALGUNOS de los terrenos que había comprado en 1844 Rafael Novoa, precisamente los que luégo se le adjudicaron en la sucesión de éste a Gregorio Mantilla.**

"d) QUE LA NACION RECONOCIO EXPRESAMENTE, por Resolución de 4 de mayo de 1881, que los terrenos adjudicados a Gregorio Mantilla en el juicio de sucesión de Rafael Novoa y Dolores Salas, por los linderos del deslinde que se había llevado a cabo en 1879, no eran para entonces baldíos sino de propiedad particular, si bien dejando a salvo los derechos que pudiera tener la nación sobre los terrenos por otros títulos y también las excepciones que judicialmente pudiera hacer valer contra los mismos títulos exhibidos.

"e) Que los terrenos a que se refiere la resolución mencionada antes SON LOS MISMOS de que hoy es dueña la sociedad 'Pedro Mantilla R. & Hermano', al aclararse satisfactoriamente que los linderos de la hacienda 'Marta', como aparecen en la escritura de adquisición de aquella sociedad, están comprendidos dentro de la

alinderación más amplia de los otros terrenos adquiridos por la misma sociedad justamente con dicha hacienda.

"Pues bien. Sin que haya para qué indagar el fundamento de la resolución del despacho de hacienda de 4 de mayo de 1881, es lo cierto que en esta fecha se reconoció que los referidos terrenos eran de propiedad privada. Sobre el valor de este reconocimiento no conviene ni debe discutirse, ya que la nación declaró que entonces no eran baldíos.

"Pero como lo fundamental en este caso no es saber si los terrenos eran de propiedad privada en 1881 sino si tenían ese carácter antes del 28 de octubre de 1873, cabe ahora preguntar: se había operado ya con anterioridad a esta fecha, por algún medio legal, el tránsito de la propiedad pública a la propiedad privada?

"Como ningún documento atestigua que EL ESTADO se desprendiera DIRECTAMENTE de la propiedad de los terrenos en cuestión, ni tampoco título alguno se ha presentado de aquellos que, por virtud de leyes especiales, tienen el mismo carácter que los emanados del Estado, la única posibilidad sería que tales terrenos hubieran salido del dominio nacional antes del 28 de octubre de 1873 por prescripción adquisitiva, ya que la legislación española que rigió hasta la adopción en ese año del actual Código Civil no incluía los baldíos entre los bienes y derechos de la nación que no podían adquirirse por aquel medio.

"Ha dado lugar a muchas dudas el término que, según la legislación española, se necesitaba para adquirir por prescripción bienes del Estado. No existiendo al respecto disposición especial alguna en aquella legislación, se ha pensado que podían aplicarse, ya las normas generales sobre prescripción entre particulares, ya las normas de carácter especial sobre prescripción de los bienes pertenecientes a las ciudades o villas.

"Parece, sin embargo, que esta última tesis es más aceptable. Si los bienes de las ciudades o villas no podían adquirirse por prescripción SINO AL CABO DE CUARENTA (40) años de posesión, término cuya restitución podría pedirse dentro de los cuatro (4 años siguientes (Ley 7ª, Título 29, Partida 3ª), nada más natural que fuera este término el que rigiera, por analogía, para prescribir bienes del Estado, y no los términos mucho más cortos que regulaban la prescripción entre simples particulares. No es posible suponer que la legislación española garantizara más los bienes de las ciudades o villas que los de la corona.

"Partiendo, pues, de la base de que los baldíos, como los demás bienes del Estado, no podían adquirirse por prescripción sino mediante una posesión de cuarenta (40) años, hubiera o no hubiera justo título y buena fe, se impone la conclusión de que en el presente caso, en que no podría hablarse seriamente de posesión particular de los terrenos sino a partir de 1844, todavía el 28 de octubre de 1873 no se había cumplido el término de la prescripción contra el Estado, y por lo mismo no se habían adquirido por este medio los terrenos de que se trata.

"Por otra parte, huelga decir que ni siquiera se podría estudiar ahora si, antes del 28 de octubre de 1873, se habían adquirido dichos terrenos por haberse realizado ya para esa fecha la posesión de veinticinco (25) años, continua, REAL Y EFECTIVA que se contemplaba en el artículo 879 del Código Fiscal expedido en aquel año, como quiera que esa posesión real y efectiva, más o menos equivalente a lo que hoy se llama explotación económica, mal puede ser materia de comprobación con simples títulos, como sí podía serlo la posesión general de la legislación española, en ciertos casos.

"Por último, debe advertirse que si se ha partido de la venta hecha en 1844 por Novoa ha sido porque no parece que se pueda establecer una conexión jurídica aceptable y razonable entre las distintas tierras que figuran relacionadas en los testamentos de don Bernabé de Navas y don Lorenzo de Navas, por una parte, y las que fueron materia de aquella venta, por la otra.

"En efecto. Si las tierras de que hablan los mencionados testamentos aparecen allí indeterminadas, cómo se podría siquiera deducir que fueron las mismas vendidas por María Antonia Navas a Rafael Novoa en 1844, también sin mayor determinación en la correspondiente escritura? Es verdad que en el testamento de don Bernabé de Navas se hace mérito de una partición de bienes habida con su hermano Domingo de Navas. Y también que la señora María Antonia Navas, en la venta que le hizo a su hijo Rafael Novoa, declaró que los terrenos los había adquirido por herencia de su madre Josefa Calderón y ésta del señor Domingo de Navas. Pero aunque todo ello fuera posible, es lo cierto que esas simples declaraciones no pueden establecer satisfactoriamente ni la realidad de tales hechos, ni la posesión de determinadas tierras desde la época (sic) de don Bernabé de Navas y de don Domingo de Navas, ni menos la identidad entre los terrenos relacionados en los testamentos a que se ha hecho referencia y aquellos de que trata la venta de María Antonia Navas a Rafael Novoa". (La Sala ha subrayado).

Después de leído este informe de la Sección Jurídica del Ministerio del ramo, y de lo que expuso la Sección Técnica, referente a la titulación presentada en apoyo de la oposición formulada por los representados del reclamante, incluso, como se ha visto, los testamentos de Bernabé y Lorenzo de Navas, la escritura de 1844 de venta de María Antonia Navas y los demás documentos que se dejan ya mencionados, y que desde entonces figuraban en el expediente, se podrá ver que, aun en presencia de lo relacionado con el deslinde practicado en 1879, que se fundó en aquellos documentos, los conceptos e informes de esas dependencias del gobierno nacional no fueron favorables a la oposición presentada, ni por el aspecto de la propiedad ni por el de "la identidad" de los terrenos materia de ellas, habiendo también encontrado la Sala, por su parte, que ni esos elementos de convicción presentados hasta entonces en el Ministerio ni los que luégo se aportaron en el término probatorio del juicio sumario, le daban a ella fundamento legal para resolver que se había podido conocer hoy cuáles son las tierras a que hacían referencia esos títulos aducidos por los opositores, incluso esa diligencia de deslinde, practicada sesenta y tres años antes, y con relación a la cual también el representante de la Nación y el del proponente Ryan se manifestaban en sentido adverso.

Hé aquí lo que el señor Procurador Delegado en lo Civil, decía sobre el particular en su alegato de fecha 30 de junio de 1941, presentado ante esta Sala (cuaderno número 10, folio 137):

"a)—El acto judicial del DESLINDE de la hacienda de Marta con tierras de la Nación, que alega el doctor Gómez Naranjo en favor de las pretensiones de sus poderdantes, está muy lejos de tener el alcance que quiere atribuírle. El acto del deslinde fija, es verdad, la línea hasta la cual se extiende SOBRE EL TERRENO el derecho de dominio de cada uno de los colindantes. Pero es preciso no olvidar que una cosa es la propiedad del suelo y otra distinta la propiedad del subsuelo petrolífero, estando una y otra sujetas a regímenes distintos. De tal suerte que, aun admitiendo que el Estado reconoció por aquel acto de deslinde el derecho de propiedad particular sobre el terreno de la hacienda de Marta, no podrá deducirse de allí, en sana lógica jurídica, que por el mismo acto quedó reconocida o declarada la pretendida propiedad particular del petróleo que pudiera existir en dicha finca. Obsérvese que el acto del deslinde tuvo lugar en el año de 1879, sin que se conozca el origen de la titulación llevada al juicio respectivo. Un solo título registrado, de procedencia particular, da derecho a obtener la fijación de la línea divisoria de la heredad contigua.

"b)—Mucho más distante de haber producido el efecto que se le atribuye se halla la Resolución MINISTERIAL de 4 de mayo de 1881. De cuando acá podía un Secretario del Despacho Ejecutivo hacer

un reconocimiento de dominio a favor de particulares, en forma que obligara jurídicamente a la Nación como persona de derecho civil? La tal Resolución no pudo pasar del reconocimiento de un estado de hecho, sobre la base de las titulaciones entre particulares exhibidas por los interesados y para efectos puramente administrativos. De otro lado, bien puede suponerse hasta que se haya reconocido la propiedad particular sobre los terrenos en referencia. Pero de ello no puede concluírse que se haya reconocido también la propiedad particular del petróleo. Obsérvese igualmente que la Resolución es con mucho posterior al 28 de octubre de 1873".

En parecidos términos se expresó con relación a ese deslinde el apoderado del señor Ryan, doctor Miguel S. Uribe Holguín, quien, además, hizo una extensa crítica a la oposición de que se trata en lo tocante a la falta de determinación por los linderos de los terrenos de la oposición, llamados "Marta, Santa Clara y Colorado", terrenos que según los opositores, debían excluírse de la propuesta de contrato Ryan. (V. Cuaderno Nº 10, folios 142 y siguientes).

El examen de los títulos de la oposición en la sentencia del once de mayo.

La Sala, por su parte, después de comenzar por citar textualmente en su fallo del once de mayo los títulos en que fundaron su oposición los representados por el reclamante (folios 162 y 195), todos los títulos que ellos presentaron, desde los testamentos de Bernabé y Lorenzo de Navas, la venta de María Antonia Navas a Rafael Novoa y la hijuela de Gregorio Mantilla, hasta el deslinde de 1879 y la Resolución de 4 de mayo de 1881, expresó lo siguiente, como bases comunes, para el estudio y decisión de todas las oposiciones formuladas:

"Se ha considerado necesario, principiar por citar los principales documentos en que los opositores fundamentan sus respectivas oposiciones, porque alegándose el carácter de terrenos PARTICULARES, CON DERECHO AL PETROLEO del subsuelo que se encuentre en ellos, y alegándose también que ellos están en gran parte comprendidos en la propuesta Ryan lo primero que debe estar establecido con toda precisión en este juicio breve y sumario, es si los terrenos a que se refiere la propuesta de contrato de Frederick R. Ryan, sobre la base de que tales terrenos son de la Nación, son los mismos de las oposiciones, sobre la base de que no son terrenos de propiedad de la Nación, sino de propiedad particular. Y como el alcance del carácter de propiedad particular que tuvieran esos terrenos no lo limitan los opositores a la simple extensión superficiaria, sino al subsuelo para los fines de exploración y explotación del petróleo que se encuentre en ellos, se hace indispensable que se examine, como cuestión previa, la de la IDENTIDAD de tales terrenos, pues es sabido que en la actualidad el estatuto de la propiedad privada del petróleo, es principalmente, desde el año de 1936, la ley 160 de ese año..... etc., etc."

"Para fallar con seguridad acerca de LA IDENTIDAD de los terrenos materia de las oposiciones, o sea, para esclarecer en debida forma lo relativo a la cabida y linderos que según los opositores tienen las porciones de terrenos que consideran EN PARTE incluídas en el lote de diez y nueve mil trescientas veintiocho hectáreas (hts. 19,328) que acaba de describirse y al cual se refiere la propuesta Ryan sobre la base de que pertenece a la Nación, se hace necesario considerar y constatar, inequívocamente, cuáles son los linderos y la extensión o cabida de esas porciones de terrenos, no sólo examinando lo que sobre ese punto dicen los documentos presentados por los opositores, de otorgamiento posterior al 28 de octubre de 1873, fecha en que la Nación se reservó los yacimientos de petróleo, sino lo que sobre esa misma cuestión expresen los documentos anteriores a tal fecha, y de los cuales los opositores hacen derivar el derecho que alegan sobre el suelo y el subsuelo de tales porciones de tierras. No de otro mo-

do podría el fallador ilustrar su criterio y formarse una convicción acertada".

A continuación, la Sala transcribió, también textualmente (folios 192 a 198), la relación que el reclamante hizo, con respecto **"al origen de los terrenos de Marta"** a que él se refería, desde los testamentos de Bernabé y Lorenzo de Navas, otorgados, respectivamente, en los años de 1758 y 1772, hasta la venta hecha por Miguel Díaz Granados a la sociedad Pedro Mantilla R. & Hermano en 1897 por la escritura de 3 de diciembre de ese año, y entró luégo a examinar y a refutar, pormenorizadamente, los argumentos que allí expuso el reclamante para ver de comprobar que las tierras materia de la oposición de sus representados eran **las mismas** a las cuales se referían aquellos testamentos, la venta a Rafael Novoa y las demás escrituras posteriores hasta la otorgada en favor de la sociedad mencionada.

Hace el reclamante alusión a uno de los párrafos de la sentencia del 11 de mayo, para poner en duda que la Sala estudió detenidamente su asunto, y para sugerir que fue tan superficial y ligero el estudio que de él hizo, que ella confundió esos terrenos con los denominados "La Polonia" y "Puerto Wilches", a que se refiere el fallo de 20 de marzo último, citado en el de 11 de mayo.

El párrafo de que se trata es el siguiente:

"Pues bien, después del detenido y prolongado estudio que a la Sala le ha merecido esta oposición, lo mismo que las demás del presente juicio durante las numerosas sesiones que con tal fin ha tenido, ha llegado a la conclusión de que carece por completo de fundamento legal en qué apoyarse en la actualidad para aceptar y decidir que se han establecido los hechos que se mencionan EN EL PARRAFO QUE ANTECEDE (se subraya ahora), y cuya comprobación, en forma precisa e inequívoca, era indispensable para deducir, como consecuencia de esa demostración, que se había probado la requerida IDENTIDAD de los terrenos materia de la oposición que ahora se examina. No ha habido, desde este punto de vista, ninguna diferencia en cuanto a la dificultad que la Sala ha contemplado para poder identificar unos y otros terrenos, entre este caso y el ya decidido por ella en la citada oposición relativa a las llamadas tierras de "Polonia" y "Puerto Wilches", relacionadas con la misma región DEL PAIS a que se refiere el presente".

La parte final del párrafo precitado, no da margen para el comentario que el reclamante le hace, si él lo hubiera citado íntegramente y si lo analiza detenidamente. Pero no citó esa parte, que era indispensable para conocer en su totalidad el pensamiento de la Corte. Si lo hubiera hecho, se vería muy claro que allí no se quiso expresar otra cosa sino que las tierras a que se refiere esta oposición y las de Puerto Wilches y La Polonia **se relacionan** con la misma región **del país,** es decir, con la región **de la República** denominada Santander del Sur, donde se hallan los ríos Sogamoso, Sucio y Magdalena, mencionados en los títulos, y que la dificultad o la imposibilidad para identificar unas y otras tierras era lo común.

Pero tampoco puede aceptar la Sala que el reclamante cite, así, aisladamente, ese párrafo de la sentencia de once de mayo, para comentarlo después en la forma en que lo hace, a fin de que se destaque la falta de estudio, que él le atribuye a la Sala.

Conviene recordar que a ese párrafo del fallo, después de hacer la cita pormenorizada y textual de la relación hecha por el reclamante sobre **"el origen de Marta"**, le antecede el siguiente:

"CONSIDERACIONES DE LA CORTE SOBRE ESTA OPOSICION:

"Según lo que se asegura en los párrafos que preceden, debe resultar:

"1º Que las tierras vendidas por la señora MARIA ANTONIA NAVAS a RAFAEL NOVOA por medio de la escritura de ocho de abril de 1844, que se dejó citada ya, SON LAS MISMAS del Río Sogamoso, que los señores BERNABE DE NAVAS y LORENZO DE NAVAS mencionan en sus tetamentos;

"2º Que SON LAS MISMAS que formaron parte de la sociedad o compañía que Bernabé de Navas dice que tenía con DOMINGO DE NAVAS;

"3º Que son LAS MISMAS "de las cuales se formó posteriormente la finca Marta", y

"4º Que son también LAS MISMAS que están 'en gran parte incluídas en la propuesta Ryan' ".

Este es "el párrafo que antecede" al que contiene la alusión hecha a las tierras de La Polonia y Puerto Wilches, párrafo que el reclamante dejó sin citar, aunque era muy importante que no lo omitiera si iba a citar, como lo hizo en parte, el párrafo subsiguiente, pues era indispensable que se conociera cuáles eran los hechos que se mencionaban en el párrafo que antecedía a éste y que hicieron decir a la Sala que ella carecía "por completo de fundamento legal en qué apoyarse en la actualidad para aceptar y decidir" que se habían establecido esos hechos en la "forma precisa e inequívoca que era indispensable para deducir, como consecuencia de esa demostración, que se había probado la requerida IDENTIDAD de los terrenos materia de la oposición".

Cuáles eran esos "hechos" a que se refería "el párrafo que antecede" y que la Sala no encontró probados?

Ya se vio cuáles:

1º Que las tierras vendidas por la señora María Antonia Navas a Rafael Novoa fueron las mismas del río Sogamoso, que mencionaban en sus testamentos los señores Bernabé y Lorenzo de Navas;

2º Que tales tierras fueran las mismas que formaron parte de la sociedad o compañía que decía Bernabé de Navas que tuvo con Domingo de Navas;

3º Que esas tieras fueran las mismas de las cuales, según se afirmó, se formó posteriormente la "finca Marta", y

4º Que tales tierras fueran las mismas que están "en gran parte incluídas en la propuesta Ryan", según se afirmó también por el reclamante.

Pero la Sala no se podía circunscribir a hacer esas afirmaciones, así simplemente, sin expresar las razones en que se fundaba para hacerlas, y de ahí que dijera que las hacía después del detenido y prolongado estudio que le mereció esta oposición, como en realidad lo hizo y va a verse.

La duda que el reclamante se suscita sobre esta afirmación de la Corte, sólo puede atribuírse a una apresurada lectura o a una injusta y apasionada apreciación de la sentencia de once de mayo, pues en ella se ve muy claro, que la Sala sí entró a estudiar, y estudió, a fondo el negocio de que se trata y a dar las razones de su decisión.

Se ve ella, por tal motivo, en la necesidad de citar la parte conducente de tal sentencia, precisamente, la que no ha sido transcrita por el reclamante y que es la que sigue al párrafo por él citado en parte.

Dijo el fallo de once de mayo, en esa parte:

"Existe, en efecto, la escritura de 8 de abril de 1844, por medio de la cual María Antonia Navas vendió a Rafael Novoa (entre otros bienes) varias estancias de tierra a orillas de los ríos Sogamoso y Magdalena; pero con la grande y notoria vaguedad con que se señalan los linderos de tales estancias en esa escritura, estancias que los opositores no han hecho localizar en el terreno, no pueden ser hoy identificadas en este juicio por la Corte ni siquiera valiéndose de las diligencias de deslinde y posesión de 1879, que se presentan ahora ante ella y que tuvieron por base esa escritura de 8 de abril de 1844, y la hijuela o cartilla de adjudicación que se hizo a Gregorio Mantilla en el juicio de sucesión de Rafael Novoa y Dolores Salas, como cesionario en 10 de septiembre de 1873 de los derechos de dos de las tres hijas de aquéllos (Leonidas y María de Jesús Novoa) y como pagador de la suma de $ 91.50 por gastos y deudas de esa sucesión.

"Las simples enunciaciones como éstas, por ejemplo: 'Item otra estancia de tierra en las vegas del río Sogamoso, de la boca de la quebrada de Putana, río arriba hasta la cabecera de una islita. Item, otra

estancia de tierra de ganado mayor en la orilla del mismo río de Sogamoso, desde un brazuelo ciego, frente, desde la isla del Champán, río arriba hasta donde alcanzare. Item otra estancia de tierra contigua a la anterior en las orillas del mismo río de Sogamoso y cuatro cuadras más. Item un globo de tierra en el mismo río de Sogamoso, su primer lindero desde la boca de la quebrada que desagua en dicho río, que llaman de Río Sucio, río arriba hasta dar a la boca de La Angostura que sale del Puerto y de la Bodega de Sogamoso, teniendo por frente a dicho río y largos de una estancia a las montañas. Item estancia y media de ganado mayor en El Pedral. Item un pedazo de tierra más a la orilla del río de Sogamoso de la banda del Champán, desde un sitio que llaman El Pital, río abajo hasta la boca del río grande de la Magdalena, desde la quebrada del Salado, río abajo a dar a unos barrancos colorados en Sitio Nuevo.....', ¿pueden suministrar a la Corte base legal suficiente para saber con precisión dónde estaban y están situadas esas tierras?

"Podría dar esa base la alinderación, todavía más vaga, oscura y deficiente, que contiene la ya citada de los testamentos de Bernabé y Lorenzo de Navas, documentos que se citan como origen o fuente del derecho de María Antonia de Navas, ya que de los padres de ésta — Domingo Navas y Josefa Calderón — no figura en autos ningún documento con el cual pueda hacerse una identificación precisa de las estancias por ella vendidas a Rafael Novoa?

"Podría dar — se repite — algún fundamento serio a la Corte para establecer esa identidad de las tierras de que se trata, una descripción como la que hace en su testamento Bernabé de Navas, y en el suyo Lorenzo de Navas, cuando este señor declara, sin más detalles, que es propietario de 'un título de seis estancias de ganado mayor en el río de SOGAMOSO por encima de la Parrochia de Champán'?

"No lo cree así lo Sala, dada la forma fragmentaria como esa descripción se hace, dada la grande extensión que cubren los puntos arcifinios que se señalan como límites y la homonimia que a veces existe en algunos de ellos. Nótese, por ejemplo, que en la escritura de María Antonia de Navas para Rafael Novoa se habla de un sitio denominado 'La Isla del Champán', y de otro, llamado 'la banda del Champán", con referencia a dos distintas estancias de tierra en el río Sogamoso.

"La escritura de venta mencionada no expresa de dónde fueron tomados los linderos — bien vagos como se vio ya — de las estancias de tierras a que se refiere María Antonia Navas. Cierto que dice esta señora que su derecho en ellas proviene de Domingo Navas, hermano de Bernabé de Navas, pero la referencia que en el testamento de este último se hace a la partición de la compañía que dice tenía con su hermano Domingo no suministra ninguna luz sobre el particular, pues no expresa claramente cuál fue 'LA PARTE', que en esa partición le correspondió a Domingo en las tierras, ni se sabe por ningún otro modo, cuáles fueron la alinderación precisa y la cabida de la porción que le correspondiera a Domingo. Fuera del párrafo de ese testamento, en que se alude a 'la amable composición' hecha con su hermano y a que por 'amigables componedores' se les señaló a cada uno su parte en los bienes de la compañía, no figura en dicho testamento más que el siguiente párrafo en que alude Bernabé de Navas nuevamente a su hermano Domingo: '..... Item declaro POR VIENES MIOS — se subraya — tres Estancias de Ingenio en el sitio de la Salina enterada primero Estancia y media a los herederos de mi hermano don Domingo de Navas— con mas tres caballerías de tierra en el Valle de Sogamoso en la .....vesa de la quebrada Grande tras de los volcanes cabecera de la quebrada Seca'.....

"La falta de claridad en esta cláusula, tanto en su texto, como en lo relativo a la determinación de los terrenos a que se refiere, es manifiesta.

"Se insinúa que tanto por las cartas

geográficas del Departamento de Santander, como por los mapas, cartas y planos que el proponente Ryan acompañó a la propuesta, podrían identificarse los terrenos de que se viene hablando.

"No ha podido hacerlo así la Sala por varias razones, entre éstas: 1ª Porque es obligación de todo el que alegue derecho de dominio en un inmueble, presentar ante el juzgador la prueba directa, plena e inequívoca acerca de la IDENTIDAD del bien que reclama como propio.

"Esta obligación es tanto mayor si se trata de un juicio breve y sumario, de extensas porciones de terreno, que no pueden ser fácilmente identificables sin títulos suficientemente claros, sin inspecciones oculares, mensuras, planos y demás elementos de juicio, que, más que a la técnica jurídica y a la crítica y a la observación directa y personal del juez, corresponden a disciplinas mentales distintas y peculiares a expertos o peritos en materia de topografía y agrimensura.

"2ª Porque en cuanto se trate de probar derecho de dominio en un inmueble, no es aceptable la prueba de confesión ni la de testigos. La aquiescencia tácita o expresa de las partes acerca del dominio del inmueble en disputa, no hace fe en juicio. Son inaplicables aquí los artículos 697 y 698 del C. J.

"3ª Porque en el caso concreto que aquí se contempla, los datos a que se refieren los opositores tampoco suministran a la Corte la suma suficiente de convicción para que ella pueda dar por establecida la identidad que se trata de comprobar; ni siquiera, como ya se dijo, suministran tal convicción, las diligencias de deslinde y posesión practicadas en el año de 1879, a las cuales se refiere la Resolución del Gobierno de 4 de mayo de 1881, pues ahora no se trata de probar si las tierras denominadas 'Marta, Santa Clara y Colorado' son de propiedad de los opositores, sino primeramente, de saber si las tierras así llamadas están bien identificadas y si son las mismas a las cuales se refiere, 'en gran parte' la propuesta Ryan, con base en los elementos de juicio que los opositores le han presentado ahora a la Corte, o sea, con base en los títulos que se han aducido como prueba de la alegada identidad de esas tierras y como justificativos de la oposición a la propuesta de contrato hecha por dicho señor para los fines de explorar el subsuelo en busca de petróleo. Los opositores podrían muy bien ser propietarios de las tierras denominadas 'Marta, Santa Clara y Colorado', y estas tierras podrían, sin embargo, no corresponder a las que se señalan como incluídas en la propuesta de Ryan, ora por deficiente identificación, ora, por ser distintas. Estos conceptos de ningún modo se excluyen, pues de lo que ahora se trata es de la dificultad de localizar esas tierras, con solo los datos que suministran los títulos presentados por los opositores, y los escritos, mapas y planos que Ryan ha presentado ante la Corte, tarea que ha sido imposible de realizar con buen éxito, no obstante el dilatado esfuerzo que ella ha hecho para obtener ese resultado, pues ni siquiera han presentado un plano de las tierras denominadas 'Marta, Santa Clara y Colorado' los opositores, como a ella estaban obligados, ni han hecho nada en el presente juicio en el sentido de que se hubiera podido localizar en el terreno dichas tierras, como a ello estaban obligados también".

En vista de lo que se acaba de leer, podrá decirse, como lo dice el reclamante, que "la Corte pasó por alto" lo expuesto por él en el capítulo de uno de sus alegatos, titulado "ALINDAMIENTO E IDENTIDAD DE LAS TIERRAS DE MARTA", en el cual él demostró —según lo afirma— "cómo la identidad y determinación de tales tierras se halla establecida en forma no sólo completa, sino puede decirse, perfecta", "con apoyo en la titulación y en las demás pruebas que obran en autos", "desde los títulos más antiguos", "con los puntos principales del alindamiento, arcifinios todos y geográficamente conocidos?"

Podrá decirse ahora no sólo eso, sino que la Corte pasó por alto todo esto, y que

solamente anotó, de manera ligera y superficial, que algunos de los puntos citados en los títulos no se encontraban en la carta geográfica de Santander, agregando (el reclamante) que "El razonamiento de la Sala no puede ser más original, pues no puede concebirse cómo se desecha un título de dominio por el hecho de que los puntos de su alinderamiento no correspondan a puntos geográficos determinados en los mapas de una región del país?"

De ningún modo podrá decirse nada de eso, serenamente, después de lo que acaba de leerse de la sentencia del 11 de mayo.

Es cierto que la Corte no transcribió en ese fallo aquel capítulo del alegato del reclamante, y no lo hizo, porque en las partes que se acaban de citar del aludido fallo y en otras del mismo, analizó y refutó todas las cuestiones en dicho capítulo alegadas; y para que se vea que esto fue así, se copia ahora el texto íntegro de tal capítulo, que fue el siguiente:

"CAPITULO IX — ALINDAMIENTO E IDENTIDAD DE LAS TIERRAS DE 'MARTA'

"La identidad de las tierras de 'Marta' aparece establecida de manera precisa e inconfundible por su situación y alindamiento general determinados por puntos geográficamente conocidos, a través de toda su titulación, desde el testamento de don Bernabé de Navas, otorgado en 1758, en el cual —como ya tuve ocasión de anotarlo— se relacionaron sus bienes, entre éstos varias estancias de tierra situadas en el valle del río Sogamoso, y un globo de tierra en el mismo río de Sogamoso, 'su primer lindero Boca del Río Sucio, Río arriba de Sogamoso a dar al sitio del Bolcán de dicho Río'. Basta una ligera confrontación del mapa de Santander, de cualquier época, para ver que el río Sogamoso, el río Sucio que desemboca en éste, la quebrada de Putana, la isla de Pariguari, citados como puntos de referencia en el alindamiento y determinación de tales estancias y globo de tierra, son geográficamente conocidos e inconfundibles. Tales puntos continúan figurando también en los linderos de 'Marta', tanto en los títulos posteriores a dicho testamento, como en la demarcación efectuada por el Poder Judicial.

"En la escritura que doña María Antonia Navas hizo a Rafael Novoa en el año de 1844, se determinan, con toda precisión, las mismas estancias y globo de tierra en el río Sogamoso, conservándose la referencia a los mismos puntos arcifinios indicados, citándose, al efecto, el río Sogamoso, el Río Sucio y su desembocadura, la isla de Champán (.....), la boca de la Angostura, la boca de la Putana, el Puerto y Bodega de Sogamoso, etc. Con base en este alindamiento se dió posesión judicial de las tierras al expresado Novoa, el 18 de diciembre de 1844 por el Juez Letrado de Girón.

"En la adjudicación que se le hizo a Gregorio Mantilla en el juicio de sucesión de Rafael Novoa y Dolores Salas, en virtud de la compra hecha por aquél de los derechos hereditarios correspondientes a Leonidas, María de Jesús y Candelaria Novoa, el 10 de septiembre de 1873, se conservó asímismo el alinderamiento de los títulos anteriores, determinándose, al efecto, los mismos límites arcifinios y puntos geográficos conocidos, como los ríos, quebradas, islas, desembocaduras, etc. ya citados, todos los cuales figuran, como ya lo he anotado, en las cartas geográficas de Santander, de distintas épocas, aún las más antiguas.

"Las escrituras posteriores a la últimamente citada, o sea a la adjudicación hecha a Gregorio Mantilla, conservan también este alindamiento hasta el deslinde judicial con la Nación, que determinó, con toda exactitud, la línea divisoria entre las tierras de ésta y las de la propiedad privada de 'Marta'. La línea de demarcación trazada en tal deslinde coincide con los puntos generales de referencia determinados tanto en el testamento de don Bernabé de Navas, como en la venta hecha por doña María Antonia Navas, en 1844, y los demás títulos posteriores.

"En los mapas, cartas y planos que el proponente señor Ryan acompañó a su propuesta, y que obran en autos, figura la hacienda de 'Marta' con la situación geográfica que le señalan sus títulos y con la determinación general de los puntos arcifinios, geográficamente conocidos, indicados en sus alindamientos. También obra en autos el mapa de Santander, levantado por la Oficina de Longitudes del Ministerio de Relaciones Exteriores, en 1926, que es base de referencia para cualquiera aclaración que fuera necesario verificar.

"Si, como es obvio, una finca se determina por su ubicación y linderos, las tierras de 'Marta' se hallan determinadas de manera inconfundible por un alindamiento que se ha conservado inalterable a través de toda su titulación y que se hizo aún más preciso por obra del deslinde judicial de que ya se ha hablado, que es la prueba por excelencia para su identificación. Como ya se ha dicho y repetido, la propuesta de contrato formulada por el señor Ryan, comprende en su mayor parte la finca de 'Marta', como puede verificarse al examinar los linderos señalados al globo o lote de terreno materia de tal propuesta y al confrontarlos con los mapas acompañados, en que se incluye dicha finca, así como con los linderos de ésta.

"Lo expuesto basta para demostrar que 'Marta' es una propiedad particular, jurídica y geográficamente determinada, y separada de manera inconfundible, de las tierras de la Nación".

No están mencionadas, examinadas y refutadas en las partes transcritas arriba de la sentencia del once de mayo, todas las alegaciones contenidas en el citado capítulo del alegato del reclamante, como las relativas a los testamentos de Bernabé y Lorenzo de Navas; como la relativa a la escritura de venta hecha por María Antonia Navas a Rafael Novoa; como la relativa a la hijuela en el juicio de sucesión de este señor a favor de Gregorio Mantilla como cesionario de los derechos hereciales de dos de las tres hijas de Rafael Novoa, Leonidas y María de Jesús Novoa (que no, de Candelaria, como lo dice el reclamante); como la correspondiente a los mapas, cartas y planos con que el proponente Ryan acompañó su propuesta, y como la correspondiente al deslinde practicado en el año de 1879?

En vista de todo esto, cierto es que no podía ni puede decirse con razón que la Corte hubiera pasado por alto las alegaciones y pruebas del reclamante y que "solamente anotó, de manera superficial, que algunos de los puntos citados en los títulos no se encontraban en la carta geográfica de Santander".

Nó. No fue solamente eso, como queda ya visto, lo que anotó la Corte; ni fue ese el único razonamiento que hizo ella para llegar a la conclusión de que no había podido identificar ni localizar las tierras a que se referían los títulos fundamentales de la oposición, ni aún valiéndose de las diligencias de deslinde de 1879; pero en presencia de lo expuesto por el reclamante en el precitado capítulo IX de su alegato sobre los mapas, cartas y planos presentados por Ryan, procede hacer notar con extrañeza que, por un lado, el reclamante sugiere a la Corte en ese alegato que debe tener en cuenta, como elementos de juicio —se entiende— tales mapas cuando se trate de constatar o confirmar con ellos en favor de la identidad y propiedad de las tierras 'Marta, Santa Clara y Colorado' la existencia de determinados sitios o puntos de los que él menciona como linderos de las tierras de que trata, y que, al mismo tiempo, y por otro lado, censure a la Corte, cuando ésta, citando esos mismos documentos, dice, para mayor abundamiento en sus razones, mas de ningún modo como única base de ellas, que tales o cuales puntos mencionados como linderos principales en los títulos de los opositores representados por el reclamante, no se encuentran en esos mismos documentos: los mismos mapas a que él alude.

Esta dualidad de criterio por parte del reclamante debe de obedecer a la misma

ofuscación que le hace afirmar en ese alegato que el señor Gregorio Mantilla era cesionario de los derechos herenciales de todas las tres hijas del señor Rafael Novoa, siendo así, que sólo lo era de las de dos de ellas: Leonidas y María de Jesús Novoa, pero no de los que correspondían a Candelaria Novoa (o a su estirpe) según consta tanto en la partición de los bienes de dicho señor Novoa (Cuaderno número 1, folio 105, oposición Andrade), como en la parte de las diligencias del deslinde de 1879 (cuaderno número 10, folio 81 vuelto) en que se dice que las tierras materia del deslinde lindaban "por este lado de norte a noroeste, parte con terrenos valdíos (sic) y parte con porción de terreno que se le adjudicó a los herederos de la señora Candelaria Novoa en la sucesión de los padres de esta señora".

La crítica que le hace el reclamante a esta parte del fallo de 11 de mayo en lo referente a los sitios citados en los mapas y en ese fallo como **homónimos**, como indeterminables fijamente en la actualidad, como situados en otros lugares o como inexistentes, es tan infundada como todas las demás, pues según queda dicho en las partes que se dejan ya transcritas de ese fallo, bien claro se ve que las PRINCIPALES razones para declarar infundada la oposición por la imposibilidad en que la Corte estuvo de identificar y localizar las tierras, se originaron de los títulos o documentos presentados por los opositores, incluso la diligencia de deslinde y la Resolución de 4 de mayo de 1881.

Que esto fue así, lo ratifican los párrafos con que termina la parte que ya quedó transcrita de la sentencia del once de mayo, y que dicen lo siguiente:

"Ya se hizo observar por qué aquellos TITULOS (se subraya ahora), mapas y planos, no dan base a la Sala para identificar debidamente los terrenos de la oposición con los de la propuesta Ryan, PERO A MAYOR ABUNDAMIENTO (se subraya también), podrían agregarse algunas explicaciones más que corroboran este concepto de la Corte.

"Ya se vio, por ejemplo, cómo en la escritura de venta de María Antonia Navas, ésta menciona una estancia de tierra en el río Sogomoso 'desde un brazuelo ciego, frentes, desde la ISLA DEL CHAMPAN, río arriba hasta donde alcanzare...', y 'un pedazo de tierra más a las orillas del río Sogomoso de la BANDA DEL CHAMPAN desde un sitio que llaman el Pital, río abajo hasta la boca del río grande el Magdalena'; y se vio también que en su testamento Lorenzo de Navas declaró como suyo 'un título de seis estancias de ganado mayor en el río de Sogamoso, por encima de LA PARROCHIA DE CHAMPAN'; pero en el mapa de Santander de la Oficina de Longitudes sólo se ha podido encontrar con el nombre de CHAMPAN el que designa UNA QUEBRADA que está a gran distancia del río Sogamoso —tributaria de la Ciénaga de Paturia, que vierte sus aguas en el río Magdalena— y a una gran distancia, también del sitio denominado 'Marta'; y otro sitio denominado también CHAMPAN, cerca del Río Chicamocha, en la región comprendida entre San Gil, Curití y Magalavita, y, por tanto, a una distancia enorme del punto denominado 'Marta' en el mismo mapa.

"Qué relación guarden entre sí, para los fines de la identificación que se trata de establecer, los sitios denominados LA ISLA, LA BAMBA y la PARROQUIA del Champán, no puede saberse.

"Con el sitio denominado 'Bodega de Sogamoso', que se cita en los títulos de esta oposición, sucede lo mismo: el punto así llamado aparece en el mapa de Santander a la orilla del río Magdalena, muy lejos también del sitio denominado 'Marta', tanto en ese mapa, como en uno de los planos de la propuesta Ryan, el llamado de la región del Río Sucio.

"La indeterminación de las tierras a que se refiere esta oposición es, pues, tan manifiesta como las de los otros opositores, y por ello, tampoco podrá declararse fundada".

Pero se dice: ahí están, en el mapa de Santander, el río Sogamoso y el río Sucio y la quebrada Putana y la Isla de Pariguari y la quebrada de Payoa y la cor-

dillera de La Paz y la cordillera del Loro, y la Angostura "que sirven de referencia en el alinderamiento de "Marta".

Cierto; ahí están en ese mapa, esos ríos denominados Sogamoso y Sucio, las quebradas de Putana y Payoas, y las cordilleras de La Paz y del Loro, pero puntos geográficos, son esos, que cruzan una vasta extensión del Departamento de Santander del Sur.

Y como consta también en autos por los documentos y se ha visto en los informes de las Secciones Técnica y Jurídica del Ministerio del ramo, ni el río Sucio, ni el río Sogamoso, ni la quebrada Payoa ni la cordillera de La Paz, son linderos exclusivos de los terrenos que se dice pertenecen a los opositores representados por el reclamante, sino, que se mencionan también como linderos correspondientes a los terrenos que, así mismo, se dicen incluídos dentro del área de los de la propuesta Ryan, y que se alega que pertenecen, por distintos títulos, a los representados por los doctores Luis F. Latorre y Vesga Duarte.

Pero es el caso de recordar aquí, además de esto, lo que en forma insegura y en relación con los terrenos de "Marta" o de "la hacienda Marta" y los de "Santa Clara" y "Colorado", expusieron las Secciones Técnica y Jurídica del Ministerio del ramo en sus respectivos estudios o informes, a pesar de haberse referido la última al deslinde de 1879 y a la Resolución de 1881.

Se recordará que la Sección Jurídica dijo, que aunque lo natural sería pensar que esos tres terrenos especificados en la escritura 976 de 3 de diciembre de 1897, de venta de Miguel Díaz Granados a la Sociedad Pedro Mantilla R. & Hno., eran distintos, lo cierto era que, hasta donde se podía deducir de la simple comparación de los linderos, PARECIA que el lote de la hacienda "Marta" se hallaba comprendido dentro de la alinderación más amplia de los dos lotes determinados en último lugar en tal escritura (los otros dos que también se señalaban en ella con los nombres de "Santa Clara" y "Colorado"), y que "SI ESTO RESULTA ASI, —se subraya— no podrá haber duda de que todos los terrenos mencionados son los mismos que aparecen alinderados en el punto quinto de la Resolución del Despacho de Hacienda de la Unión, de fecha 4 de mayo de 1881, conforme había quedado establecido en deslinde llevado a cabo con la Nación en 1879".

Que ese concepto fue emitido en la hipótesis de que trata, lo corrobora, además de su tenor, cuando la misma Sección Jurídica, al referirse a todos los títulos o documentos de que hizo mención, dijo que de ellos podían sacarse las siguientes conclusiones:

"e) Que los terrenos a que se refiere la Resolución mencionada antes (SE ALUDE A LA DE 4 DE MAYO DE 1881 RELACIONADA CON EL DESLINDE DE 1879) son los mismos de que hoy es dueña la Sociedad Pedro Mantilla R. & Hno., al aclararse satisfactoriamente que los linderos de la hacienda 'Marta' como aparecen en la escritura de adquisición de aquella Sociedad, están comprendidos dentro de la alinderación más amplia de los otros terrenos adquiridos por la misma Sociedad juntamente con dicha hacienda". (Los subrayados son de la Sala).

Pero no es esto todo.

La Sala, en su sentencia del 11 de mayo, dijo que no había podido identificar y localizar las tierras de la oposición "ni siquiera valiéndose de las diligencias de deslinde y posesión de 1879, que tuvieron por base esa escritura de 8 de abril de 1844 y la hijuela o cartilla de adjudicación que se hizo a Gregorio Mantilla en el juicio de sucesión de Rafael Novoa y Dolores Salas...".

Cuando tal cosa afirmó la Sala, fue porque había estudiado detenidamente y sopesado, como consta en el fallo de 11 de mayo y conforme a las normas legales, TODOS los documentos presentados por los opositores, y porque llegó a la conclusión de que estaba equivocado el reclamante cuando en su alegato del 7 de marzo de 1941 afirmó que "Los títulos que partiendo del último citado, o sea la par-

tición de los bienes de Rafael Novoa y la adjudicación al señor Gregorio Mantilla hasta llegar a la venta de Pedro Mantilla R. en 1897, no contienen discrepancias alguna respecto de la identidad de las tierras y su alinderamiento"; pero como se nota que, a pesar de esa manifestación de la Corte, el reclamante insiste en asegurar en su escrito de reclamación al fallo de once de mayo que la identidad de los terrenos a que se refiere —los denominados "Marta"— es perfecta, que está probada con los correspondientes títulos, incluso con la diligencia de deslinde de 1879, y que afirmar lo contrario es ir contra la evidencia de los hechos y basar en esa negativa una sentencia para desconocer un derecho es una manifiesta injusticia, la Sala va a citar a continuación y como razón adicional a las demás que ya expuso en su fallo, la diligencia de posesión de ese deslinde para que se vea que ella sí la conoció, que no la pasó por alto, y que cuando afirmó que ni siquiera ese documento le daba el modo de establecer hoy con la precisión debida la identidad de las tierras de que se trata en esa oposición, fue porque esa afirmación era la exacta expresión de la realidad procesal.

Quedó ya copiado en el presente auto, al citar el informe de la Sección Jurídica, de qué modo se determinaron, o cuáles fueron los linderos que se les señalaron a la "Hacienda Marta" y a los tres globos o lotes de terrenos denominados "Santa Clara" y "Colorado", en la escritura número 976 de 3 de diciembre de 1897 de venta hecha por Miguel Díaz Granados a la Sociedad Pedro Mantilla R. & Hno., escritura que sirve de más próximo origen a los actuales opositores representados por el reclamante.

Pues bien: compárese el texto de esa escritura en cuanto a la determinación de los terrenos por medio de ella vendidos, y la de los terrenos que fueron materia de ese deslinde y se verá que sí hay discrepancias entre uno y otro documentos.

Dice así la diligencia de posesión dada en ese deslinde a los señores García, Mantilla y Hernández:

"Diligencia de Posesión.—'En el sitio de Sogamoso, en la ribera Oriental hacia el Nordeste del río que lleva este nombre, en jurisdicción del Distrito de Girón, a veintinueve de mayo de mil ochocientos ochenta, estando presentes el teñor Juez de este Distrito, José María Domínguez, el señor Personero Municipal en su calidad de Agente del Ministerio Público Nacional, señor Manuel D. Peñuela y los señores Gregorio Mantilla y Gerónimo Hernández, por ante mí el infrascrito Secretario del Juzgado, Juan C. Osorio, el señor Juez de Distrito procedió a darle cumplimiento a la comisión ordenada por el señor Juez Superior de este Circuito en su carácter de Juez Nacional, conforme lo comunicado en el anterior despacho, y habiendo hallado la identidad de los terrenos que ha venido a entregar o darles en posesión a los espresados (sic) señores Mantilla, Hernández y García y cerciorádose de su extensión, demarcación o alinderamiento, dio posesión de dichos terrenos, a presencia y con anuencia del señor Personero Municipal, representante de los intereses nacionales y por ante mí el Secretario, a los indicados señores Gregorio Mantilla y Gerónimo Hernández por los linderos siguientes: hacia el Sur y Sudeste, confundiéndose con la región Oriental, así: desde el punto de la Angostura, donde el río Sogamoso rompe la cordillera de 'La Paz, tomando de Sudoeste al Nordeste la cresta del cerro y pasando por tres morros de los más culminantes, a dar a otro morro alto que termina en planicie, desde la cual planicie y bajando el morro continúa la cordillera formando una serie de pirámides naturales; lindando por este lado con terrenos que fueron del señor Simón Reyes y que son del señor Lázaro Reyes; hacia el Oriente y Nordeste confundiéndose con la región Norte, así: del morro y planicie últimamente señalados, mirando hacia el Norte o Noroeste, en dirección recta, a dar a un mojón de piedra clavado frente al sitio o punto llamado 'Santa Clara', cuyo mojón tiene una cara o lado liso y una pequeña señal en forma de machetazo en la parte superior; el cual mojón

se encuentra clavado hacia la región Oriental del 'Río Sucio' en la loma de una cuchilla que queda inmediata a otra cuchilla situada al Poniente de dicho mojón; de este mojón línea recta mirando hacia la región Norte o Noroeste, a dar a otro mojón de piedra clavado en terreno de vega hacia el Occidente de la quebrada de 'Payoa', bastante retirado de esta quebrada, a distancia como de veinte varas de un árbol llamado 'Menudito' que tiene una cruz en la corteza, en el tallo principal; lindando por este lado de Oriente y Nordeste con terrenos baldíos; hacia el Norte y Noroeste, confundiéndose con la región Occidental, así: desde el último mojón que se acaba de citar, tomando la dirección del Oeste o Sudoeste, a dar a la embocadura de la quebrada de 'Payoa' en el río Sogamoso, pasando por dos morritos uno que queda cerca al mojón, y otro que queda cerca de la embocadura de la quebrada en el río Sogamoso; lindando por este lado de Norte y Noroeste, parte con terrenos valdíos (sic) y parte con porción de terreno que se le adjudicó a los herederos de la señora Candelaria Novoa en la sucesión de los padres de esta señora; hacia Occidente y Sudoeste, confundiéndose con la región Sur, así: desde la desembocadura de la quebrada de 'Payoa' en el río Sogamoso, aguas arriba de este río, a dar a la rotura o quiebra del cerro de La Paz citado al principio como primer punto de lindero; el cual predio o terrenos demarcados se encuentran en territorio actualmente del Distrito de Girón. Quedaron entregados los espresados (sic) señores Mantilla y Hernández de los terrenos comprendidos en la anterior demarcación y en posesión pacífica y tranquila de ellos, sin ninguna oposición, así como de las fundaciones que han puesto y tienen de su propiedad dentro de los terrenos alinderados, consistentes tales fundaciones en dehesas de pastos artificiales, sementeras de cacao, plátano, yuca, maíz y (i'egible), casas, corrales, tambos, cercados, acotamientos y rosas existentes en la actualidad y que aún están practicando en los puntos especiales de "El Castillo', 'Marta' y "Martica', 'Perico', 'Los Tornos', 'Santa Clara' y 'Colorado', con cuyos establecimientos han llevado un número considerable de habitantes y pobladores de tales puntos y fomentan la vía terrestre y fluvial del comercio por este punto de Sogamoso. Y estando terminada la presente diligencia de posesión, se firma por el señor Juez, el señor Personero Municipal, y los señores Mantilla y Hernández como comuneros y representantes de la otra parte de su socio García, conmigo el Secretario que autoriza: advirtiendo que en esta diligencia se invirtieron dos días en la sola vista y posesión de los terrenos deslindados, por haberlos recorrido en su demarcación. — José María Domínguez, Manuel D. Peñuela, Gregorio Mantilla, Gerónimo Hernández.—El Secretario interino, Juan C. Osorio".

—

Por lo pronto, se habrán notado las siguientes discrepancias entre la escritura 976 Granados-Mantilla y el Acta de posesión que acaba de leerse:

1ª Después de la colindancia con los terrenos que se dicen de Lázaro Reyes, la escritura 976 dice: " por el Oriente y Norte, confundiéndose en la región Norte, desde el morro y planicie últimamente citados, mirando hacia el Norte o NORESTE, en dirección recta a dar a un mojón, etc." Por su parte, el Acta de posesión del deslinde dice: "hacia el Oriente y Nordeste, confundiéndose con la región Norte, así: del morro y planicie últimamente señalado... etc., mirando hacia el Norte o NOROESTE, en dirección recta... etc".

2ª La escritura 976 dice que el mojón que allí se menciona, "se encuentra clavado hacia la región OCCIDENTAL del río Sucio... etc"; y el Acta de posesión dice "que ese mojón está clavado hacia la región ORIENTAL del río Sucio".

3ª La escritura 976 dice que "de este mojón, línea recta, mirando hacia la región NORESTE a dar a otro mojón... etc"; y el Acta expresa: "de este mojón, línea recta, hacia la región NORTE o NOROESTE... etc".

4ª La escritura 976 dice que "a dar a otro de piedra clavado en terreno de vega hacia el occidente de la quebrada lindando por este lado con terrenos de Demetrio A. Cruz hacia el norte y noroeste confundiéndose con la región occidental, así.... etc.". El acta, dice lo siguiente: "a dar a otro mojón.... etc., hacia el occidente de la quebrada DE PAYOA, bastante retirado de esta quebrada, a distancia como de veinte varas de un árbol llamado menudito... lindando por este lado de ORIENTE y NORDESTE CON TERRENOS BALDIOS, hacia el norte y noroeste confundiéndose con la región occidental, así ....etc.".

5ª La escritura 976 dice para terminar: "hacia el norte y noreste confundiéndose con la región occidental desde el último mojón a tomar la quebrada de la Payoa, hasta su confluencia en el río Sogamoso y luégo aguas arriba de este río a dar cerca al antiguo puerto o bodega en el río Sogamoso".

El acta de posesión del deslinde termina así: "hacia el norte y noroeste confundiéndose con la región occidental, así: desde el último mojón que se acaba de citar, tomando la dirección del oeste o sudoeste, a dar a la embocadura de la quebrada de Payoa en el río Sogamoso, pasando por dos morritos uno que queda cerca al mojón, y otro que queda cerca de la embocadura de la quebrada en el río Sogamoso, lindando por este lado de norte a noroeste, parte con valdíos (sic) y parte con porción de terreno que se le adjudicó a los herederos de la señora Candelaria Novoa en la sucesión de los padres de esta señora: hacia el occidente y sudoeste confundiéndose con la región sur, así: desde la desembocadura de la quebrada de Payoa en el río Sogamoso, aguas arriba de este río, a dar a la rotura o quiebra del cerro de la Paz citado al principio como primer punto de lindero; ....etc.".

Los sitios denominados cerro de Pan de Azúcar y quebrada de Perico que se señalan hoy como linderos de la "Hacienda Marta" no se mencionan en este deslinde ni se hallan en el mapa de Santander ni en el plano de la propuesta Ryan, ni en esta propuesta. La quebrada La Colorada, que también se cita hoy como lindero de esa hacienda, y que se ha podido encontrar en ese mapa está entre los ríos Lebrija y Cáchira, y por tanto, a una distancia inmensa del río Sogamoso y del punto denominado "Marta", en tal mapa; tampoco se mencionan en el deslinde los sitios denominados la Isla, la Banda y la Parrochía del Champán,a que se aludió en forma adicional en el fallo del 11 de mayo, porque a los dos primeros se refiere la escritura de María Antonia Navas para Rafael Novoa, y a la Parrochía del Champán se refiere el testamento de Lorenzo de Navas, que se dijo es una de las fuentes del derecho de aquella señora, junto con el de Bernabé de Navas.

Se han destacado arriba en letras mayúsculas las principales discrepancias que existen entre el deslinde de 1879, y la escritura 976 de 2 de diciembre de 1897 a que alude el reclamante.

Ahora, que esas discrepancias no sean de importancia? Que puedan ser meramente aparentes? Que los homónimos existentes en los mapas no influyan en la identidad del terreno? La Corte no lo cree así.

Pero, de todos modos, el hecho es que existen esas discrepancias y factores equívocos unidos a los otros, y que obvio es que cuando se trata, como se trata aquí, de miles de hectáreas, de vastas extensiones de terreno que se pretende excluir de otro terreno; cuando han pasado decenas de años y aún siglos, la más leve variación o el más ligero cambio en un lindero, en un rumbo, en la referencia a un punto arcifinio, pueda dar lugar a errores de gravísimas consecuencias en la determinación e identificación del predio de que se trate, razón por la cual el juzgador, en tales circunstancias equívocas, no puede atenerse a hipótesis ni a inferencias en esta materia, sino a la realidad topográfica y geográfica del predio, y esa realidad no puede conocerse con la seguridad o precisión que la ley exige en acciones de esta naturaleza, sobre todo, cuando hay controversia o

contradicción y han transcurrido tantos años, sino por medio de un reconocimiento directo u ocular del predio que se pretende excluir, para así localizar en el terreno la cosa a que se refiere el instrumento o título en que esa cosa aparece determinada teóricamente.

No puede, pues, existir divorcio entre el título y el predio a que el título se refiere, o sea, entre la cosa u objeto y el instrumento en que se funda el derecho de propiedad que sobre esa cosa se alega.

El título da cuenta del predio en su existencia puramente teórica, cuando en aquel está bien determinado ese predio.

La localización del predio en el terreno es la que acredita su existencia real cuando, puesta en relación la descripción abstracta o teórica del predio según su título o títulos básicos, con la realidad topográfica y geográfica, se encuentra que ese predio corresponde, en el terreno, a la descripción que de él se ha hecho teóricamente en el título o títulos que se invocan como determinantes de su existencia y como generadores del derecho de dominio que en él se pretende.

La determinación e identidad de un predio, por lo general, no depende de que así lo exprese teóricamente un título, sino de esa realidad procesal, geográfica y topográfica, que resulte de poner en relación, en el terreno, lo que ese título exprese, con los elementos determinantes que sirvan para conocer el objeto a que el título se refiere, cuando median las circunstancias, susceptibles de inducir a error, a las cuales se ha hecho arriba referencia.

Si el predio está bien determinado en el título primitivo, pero no es identificable claramente con los demás elementos determinantes que contienen los títulos posteriores, con los anteriores de fechas más recientes en que los posteriores se apoyan, ya sea porque con el transcurso del tiempo o por cualquiera otra circunstancia esos elementos determinantes han cambiado, quiere decir que se ha roto la relación que debe existir entre el título y su objeto, que vuelve a confrontarse el problema de la indeterminación, y que al juez no le es posible declarar ni la identidad del predio con respecto a ese título ni el derecho de dominio que se pretenda deducir en ese predio con base en ese título; y es esto así, porque estas son situaciones jurídicamente correlativas; porque de lo indeterminado no puede surgir lo determinado, y porque de acuerdo con el artículo 593 del Código de Procedimiento Civil "Toda decisión judicial, en materia civil, se funda en los hechos conducentes de la demanda y de la defensa, si la existencia y verdad de unos y otros aparecen demostrados, de manera plena y completa según la ley, por alguno o algunos de los medios probatorios especificados en el presente Título y conocidos universalmente con el nombre de pruebas".

Casos habrá, y los hay seguramente, en que la relación entre los títulos originarios, cuando ellos se aducen, el predio a que se refieren, y los títulos posteriores, puede establecerse sin gran dificultad, ya por la claridad en la descripción del predio en todos los títulos, ya porque las fechas de éstos son más o menos recientes, ya por la poca extensión del predio a que el título se refiere, o porque en caso de haberse efectuado cambios de nombres o de lugares con el transcurso del tiempo, las partes hayan hecho aclarar y rectificar oportunamente y en la forma legal, tales discrepancias en el juicio de que se trate. Sólo en ese caso, podría ser innecesario el reconocimiento directo u ocular del predio, para constatar que su realidad teórica o meramente abstracta, de que da cuenta el instrumento respectivo, está conforme con su realidad topográfica y geográfica en el terreno.

Conviene decir, para no darle a este auto mayor extensión de la que ya tiene, que todas estas aclaraciones no sólo se hacen para rectificar los puntos de vista del doctor Gómez Naranjo con relación a los títulos de sus representados, incluso las diligencias de deslinde de 1879, sino que se anticipan y se hacen extensivas también a lo que expone el doctor Luis F. Latorre en su escrito de reclamación que adelante se examinará.

Si cuando se trata de la "Hacienda de Marta", la Sección Técnica del Ministerio, nada asegura, sino que se limita a decir que por el hecho de encontrarse en el plano de la propuesta en lugar que hace parte del lote solicitado en concesión, puede considerarse que **"TAL VEZ los terrenos de Marta se hallan comprendidos EN PARTE dentro del lote de la propuesta"** (sin que se diga en qué extensión); si cuando se trata del primer lote o globo denominado **"Santa Clara y Colorado"**, esa misma Sección dice que **"no se puede apreciar siquiera si en realidad se trata de un lote de terreno, pues esos linderos (los 'del río Sucio en el Sogamoso hasta La Angostura en el punto que queda cerca del antiguo Puerto y Bodega de Sogamoso') parecen indicar más bien una línea"**; si esa misma Sección, al referirse a los otros dos lotes de **"Santa Clara y Colorado"** a que se refiere la misma escritura 976, Díaz Granados-Mantilla, dice, sin mencionar tampoco en qué extensión, que **"PARECE QUE PARTE de los lotes se encuentran dentro del área de la propuesta"** porque se citan como puntos o líneas de alinderación la quebrada Payoa y los ríos Sogamoso y Sucio, pero que sus linderos **"no ha sido posible recorrerlos en su totalidad en el mapa de la Oficina de Longitudes, Y SON MUY CONFUSOS E IMPRECISOS"** (los subrayados son de la Sala), ¿cómo puede ésta haber estado en mejores condiciones que una Sección que se presume que domina la técnica de esta parte del negocio, para identificar y localizar, lo que a aquélla le ha sido imposible hacer con la seguridad necesaria, siendo así que, en su esencia, todo el material probatorio que a la Corte se le suministró por las partes en el término de pruebas del juicio sumario, es el mismo que obró ante el Ministerio cuando sus Secciones Técnica y Jurídica estudiaron y dictaminaron sobre la propuesta y las oposiciones materia de tal juicio? Por qué no se contradijo lo expuesto por estas entidades, con pruebas conducentes y oportunas?

Que en el mismo plano de la propuesta Ryan **"se menciona la Hacienda Marta"**, y en informe de los ingenieros de la Socony Vacuum Oil C°, presentado por Ryan, se señala como **"terrenos particulares los conocidos con el nombre de Hacienda de Marta"**?

Nada prueba esto, pues ahí mismo, en los escritos que contienen la propuesta Ryan (Cuaderno número 28, folios 13 y 28, vuelto) dice el proponente Ryan que todo el terreno de tal propuesta **"ES BALDIO"**, lo que excluye la idea de que a la vez pueda ser de propiedad particular en todo o en parte dicho terreno. Fuera de todo lo demás que el mismo Ryan dice por boca de su apoderado doctor Uribe Holguín contra la oposición de que se trata.

¿Que en este juicio se presentaron las copias notariales de las diligencias del deslinde de 1879, en las cuales se dijo que quedaron determinadas e identificadas para la Nación, como de propiedad particular las tierras allí mencionadas?

Ya se dijo en el presente auto, como se dijo también en la sentencia del 11 de mayo, todo lo que había que expresar sobre tal deslinde, y se comprobó también que cuando aquellas dependencias del Gobierno Nacional emitieron sus conceptos, tuvieron a la vista tanto la Resolución de 4 de mayo de 1881 en que se hace una referencia, casi textual, a dicho deslinde, como las escrituras y demás documentos en que se fundó ese deslinde, desde los testamentos de Bernabé y Lorenzo de Navas y las escrituras de María Antonia Navas hasta la hijuela de Gregorio Mantilla.

Por lo demás, y para terminar, basta copiar lo siguiente que en relación con tal deslinde se dijo en el fallo de 11 de mayo (folio 204, cuaderno N° 10):

"a) No puede, en las circunstancias en que se halla la oposición que se ha examinado en último lugar, alegarse "COSA JUZGADA", con motivo del deslinde practicado en 1879, y la Resolución del Gobierno de 4 de mayo de 1881, pues no cabe hablar de cosa juzgada donde no puede saberse si existe uno de los principales elementos de hecho indispensables para configurar ese fenómeno jurídico, a saber: LA IDENTIDAD DE LA COSA U OBJE-

TO sobre que versa el nuevo juicio, en relación con la COSA U OBJETO que fue materia del anterior.

"b) La actual providencia de la Corte no contradice ni confirma la providencia aprobatoria del deslinde practicado en 1879 y al cual se refiere la Resolución de 4 de mayo de 1881 del Gobierno de la República.

"La actual, se concreta a determinar, únicamente, que no se ha establecido en la forma legal que los terrenos a que se refieren tales actuaciones y los demás documentos, sean los mismos a los cuales se refiere, 'en gran parte', según se afirma, la propuesta de contrato de Ryan".

. . . . . .

Lo dicho en la presente exposición, en forma tan extensa como las circunstancias lo exigían, es suficiente para dejar confirmada la legalidad y justicia de la sentencia de esta Sala que ha motivado las infundadas críticas del reclamante.

El escrito del doctor Luis Felipe Latorre

El primer punto de que trata el escrito del doctor Luis F. Latorre, es el mismo al cual se refiere la precedente reclamación, a saber, el que consiste en sostener que la sentencia del 11 de mayo que puso fin al juicio sumario que se siguió para decidir estas oposiciones, admite reposición. La Sala, se atiene, pues, a lo ya expuesto en el presente auto, para manifestarse también en desacuerdo con lo que sobre este particular sostiene el doctor Latorre.

El segundo punto del escrito del doctor Latorre, que, bien mirado, se puede confundir con el 3º, y así se contestará, está contenido en los siguientes párrafos:

"2º Entrando al fondo del asunto —dice el distinguido jurisconsulto—, con todo el respeto que debo a la Sala, me atrevo a pensar que ésta incurrió en una equivocación al abstenerse de estudiar a fondo los títulos aducidos por los opositores del contrato.

"En las páginas 15 y 16 de la providencia mencionada, se lee lo siguiente:

'No se analiza, pues, ni se decide NADA en el presente fallo acerca de la suficiencia o insuficiencia de los títulos presentados en cuanto a la situación que ellos hayan podido crear en favor o en contra de los opositores desde el punto de vista del derecho mismo de propiedad que ellos alegan sobre el suelo y el subsuelo de los terrenos conforme al régimen jurídico establecido en la legislación sobre petróleo; se estudia y se decide ahora, únicamente, lo relativo a saber si los terrenos a que se refiere están bien identificados y localizados'.

"Esta actitud negativa de la Sala a entrar en el estudio de la titulación, se justificaría si al averiguar o esclarecer la cuestión de hecho referente a la identidad y localización de los predios, hubiera llegado al convencimiento pleno e incuestionable de que tales predios NO ESTAN comprendidos en el globo general materia de la propuesta de contrato formulada por el señor Ryan. En semejante hipótesis es claro que la Corte no tenía para qué ponerse a examinar los títulos y su mérito jurídicos para demostrar la propiedad, puesto que aparecía que dichos títulos se referían a predios separados e independientes del de la propuesta.

"Pero el caso actual no es ese. La Corte no ha llegado a la conclusión categórica de que los terrenos reclamados por mis poderdantes NO ESTAN CUBIERTOS por la propuesta de contrato, si no únicamente que 'para la Sala no es claro e indudable' que sí estén cubiertos; es decir, que lo que expresa es una simple DUDA, y me parece que tal situación no justifica la decisión, esa sí categórica, de cerrar los ojos ante el legajo de los títulos.

"Yo considero que razonablemente la Corte ha debido (y tal cosa podía) estudiar y examinar la titulación, y si la encontraba ajustada al derecho para acreditar satisfactoriamente la propiedad de los predios a que los títulos se refieren, declararlo así y decidir que, como no aparecía claramente la identidad, se pudiera llevar adelante la propuesta de contrato, con la salvedad de que al perfeccionarlo se incluyera la estipulación o la cláusula de que

la concesión materia del contrato no afectaba ni podía afectar los terrenos relacionados en la referida titulación del opositor, de manera que si al identificarlos debidamente se veía que sí los cobijaba la propuesta, quedaran excluídos automáticamente del contrato".

Para la Sala sería motivo de complacencia que un abogado tan ilustrado como el doctor Latorre estuviera de acuerdo, en el fondo o en general, según parece por lo que arriba dice, con la tesis de la Sala acerca de que sí es necesario, no sólo en los casos de avisos, sino en los de oposiciones en esta clase de asunto, la determinación precisa y la identificación y localización de las zonas de terreno sobre que versen las oposiciones, y que sin conocimiento previo de estas cuestiones, no puede entrar el juzgador en el estudio de los títulos en la parte relativa a la otra cuestión de fondo, o sea, a la relativa al derecho de propiedad que éstos otorguen al opositor, cuando existan las circunstancias que se han contemplado en el presente juicio.

Sobre esto, la Sala hace las siguientes observaciones:

1ª Acerca de la **seguridad** —no, de la duda— que la Sala tuvo en lo relativo a la imposibilidad de identificar y localizar los terrenos a que se refiere el doctor Latorre, **tanto en sí mismos conforme a sus títulos más antiguos,** y es muy importante que no se omita citar esto, como en relación con los terrenos de la propuesta Ryan, basta citar nuevamente lo que ya se dejó dicho en la providencia del 11 de mayo y se hizo recordar en la presente, al terminar el estudio de la oposición de la familia Mantilla. Como se recordará, se dijo lo siguiente:

"La indeterminación de las tierras a que se refiere esta oposición es, pues, tan manifiesta como las de los otros opositores, **y por ello tampoco podrá declararse fundada".**

No debe olvidarse que para afirmar esto, la Sala comenzó por hacer en su sentencia del 11 de mayo un detenido y extenso análisis de **todos** los títulos presentados por el doctor Latorre, desde Lázaro Quiñones de Rincón (año de 1645), Gaspar Rodríguez de Silva, Juliana Vergara e hijos, Domingo Gutiérrez Lasso, Juan Rodríguez de Silva, Domingo Gutiérrez Rodríguez, Juan José Puyana, Pedro Baldúz y Laurean Gómez (año de 1700) hasta Francisco Gutiérrez Salgar e Ignacio Reyes y los de la Comunidad Reyes-Mutualidad; y que para terminar tal estudio, ella dejó establecido que, si bien había algunos linderos o puntos comunes o similares entre ellos (los terrenos mencionados por los opositores representados por el doctor Latorre y los descritos en la propuesta Ryan) **"estaba muy lejos de resultar la identidad TOTAL Y PRECISA que se requiere como base necesaria para que el juzgador aceptara en el juicio breve y sumario como fundada esta oposición";** y también que para corroborar esa seguridad de la Sala en cuanto a la falta de determinación, identidad y localización de los terrenos de tal oposición, ella transcribió, como razón o argumento adicional, una extensa parte de la sentencia de 20 de marzo de este mismo año sobre el aviso de exploración y explotación de petróleos, del señor Hernando Salazar en las tierras de Puerto Wilches, sentencia en la cual se hizo también un detenido análisis de los títulos de 1645, 1670 y 1700 de los señores Lázaro de Quiñones Rincón, Gaspar y Juan Rodríguez de Silva, Pedro de Baldúz, etc., para llegar a la conclusión de que esos títulos, por su gran vaguedad y oscuridad, no le daban a ella ninguna base legal para conocer las tierras a que hacían referencia.

La Sala, ha partido, pues, de una base segura, y no, de una simple duda para declarar infundada la oposición de la comunidad Reyes-Mutualidad por el aspecto de la falta de identidad de los terrenos a que se refieren **de acuerdo con los títulos que se invocaron como primitivos,** y, consecuencialmente, esa misma seguridad le dio asidero para no poder declarar que esos terrenos hacen parte de los de la propuesta Ryan, aun en el caso de que en ésta se mencionaran algunos linderos semejantes a los de tales terrenos, pues si no estaban

determinados, ni eran determinables conforme a sus títulos básicos, como no lo son, ésos títulos coloniales que la Sala estudió y encontró insuficientes para identificarlos, tampoco podía ella admitir que estuvieran determinados e identificados tales terrenos, por el simple hecho de que así se dijera en los documentos presentados por Ryan, o en cualesquiera otros documentos posteriores a aquellos títulos, porque en este juicio también era parte la Nación y porque como ya se dijo en otro lugar de esta providencia, de lo indeterminado, no puede surgir lo determinado.

Pero aun en la hipótesis de que fuera una simple duda lo que sobre esos particulares hubiera tenido la Corte, también estaría justificada su decisión, pues, legalmente, es de modo inequívoco acerca de la identidad, como debe formarse la convicción del juzgador cuando quiera que se trate de ordenar que se excluya un bien raíz a favor de quien alegue derecho de dominio en él, en oposición a otra persona que alegue que ese mismo bien le pertenece o que pertenece a otra persona, como es el caso aquí, donde según consta en la propuesta de contrato del señor Ryan (folios 13 y 28, vuelto, cuaderno número 28, citados) este señor manifiesta que todo el terreno a que se refiere su propuesta "ES BALDIO", esto es, que no incluye terrenos particulares de la familia Mantilla, ni de la familia Reyes, ni de ninguna persona distinta de la Nación.

Siendo esto así, como consta en esa y en otras partes del expediente, carece de fuerza el argumento acerca de que por los linderos que los geólogos de la Socony Vacuum Oil Company le asignan en su informe al terreno de la propuesta Ryan queda demostrada plenamente la identidad con las tierras de la comunidad Reyes-Mutualidad, "que coinciden exactamente por tres lados", pues nada satisfactoriamente se explica que el mismo proponente Ryan fundara su propuesta de contrato ante el Gobierno a base de que todo el terreno materia de ella "ES BALDIO", a la vez que por los estudios, informes y planos de sus mismos ingenieros y geólogos, — los empleados de la Socony, según se afirma—, resultara que los terrenos de que se trataba en tales estudios, informes y planos son de propiedad particular.

Ni valga decir que el concepto de los ingenieros y geólogos, si no es válido en cuanto a establecer que el terreno a que se refieren es de propiedad particular porque ésta es una cuestión de derecho, sí vale, en cuanto a su identidad porque ésta es una cuestión de hecho, pues esta cuestión es fundamental para establecer lo concerniente al dominio; o, en otros términos, si por los títulos primitivos que se invocaron como fuente del derecho de propiedad que se alega en el terreno de la oposición o en parte de este terreno, no pudo conocerse, por lo indeterminados en tales títulos, cuáles son los terrenos a que ellos se refieren, mal puede aceptarse que están identificados con los de la propuesta Ryan, por el hecho de que los geólogos que confeccionaron los planos mencionan en éstos algunos de los puntos arcifinios que mencionan, tan vagamente, los títulos que se invocan como básicos del derecho de propiedad que alegaron los opositores.

Por esto se dijo en un párrafo de la sentencia del 11 de mayo (folio 189) que "con base o fundamento en las simples alegaciones de los opositores (representados por el doctor Latorre) y en las vagas informaciones y referencias de los títulos PRIMITIVOS, no podría la Sala saber qué parte de la propuesta Ryan debería ser la excluída del contrato sobre exploración y explotación del petróleo, caso de hallarse que los opositores tenían derecho a él como propietarios del subsuelo, SEGUN ESOS TITULOS — subraya ahora la Sala — y los demás documentos que invocan como generadores o creadores de su derecho de dominio ANTES DEL 28 DE OCTUBRE DE 1873, incluso la Resolución en que el Gobierno Nacional declaró el 3 de enero de 1881 que no eran baldíos, sino de propiedad particular, los terrenos mencionados en esa resolución, PORQUE TAMPOCO CON TAL DOCUMENTO PUEDE ESTABLECERSE ACTUAL-

MENTE LA IDENTIDAD REQUERIDA EN EL PRESENTE JUICIO".

Cierto es, como lo rectifica en su escrito el doctor Latorre, que la SALA no pudo interpretar bien la objeción del señor Procurador al decir en ese párrafo de la sentencia del 11 de mayo, que lo reclamado por los opositores representados por el doctor Latorre sólo era una cantidad de 8,804 hectáreas por lo que pudiera corresponder **"a las estancias concedidas en las mercedes a Juan José Puyana, Lázaro de Quiñones Rincón y Juan Rodríguez de Silva"**, siendo así que esas 8,804 hectáreas sólo corresponderían a las estancias del señor Juan José Puyana, según lo que se alega.

La Sala reconoce que no interpretó bien la objeción del señor Procurador; pero a la vez manifiesta que eso no sólo no influye en lo que se dice en ese párrafo del fallo del 11 de mayo sobre la imposibilidad de determinar e identificar las tierras de esa opción, sino que esa imposibilidad aumentaría, si a esas 8,804 hectáreas había que agregar una mayor extensión de tierras, igualmente indeterminadas e indeterminables; las estancias reclamadas con base en las mercedes relativas a Lázaro Quiñones Rincón y Juan Rodríguez de Silva.

El resto del contenido de ese párrafo de la sentencia de 11 de mayo, que aparece citado, es el que aclara suficientemente el pensamiento de la Sala sobre esta cuestión cuando ella expresó, al referirse a las mercedes concedidas a los mencionados señores Puyana, Quiñones de Rincón y Rodríguez de Silva que **"como existen las otras oposiciones que adelante se examinarán (las de los doctores Vesga Duarte y Gómez Naranjo) con linderos igualmente vagos; como la descripción de las tierras correspondientes a tales mercedes ES EN SU ORIGEN TAN DEFICIENTE Y OSCURA, y como la propuesta de Ryan se refiere a 19,328 hectáreas, sin que se hayan hecho las mensuras y planos correspondientes, sin que se haya identificado y localizado debidamente EN EL TERRENO por medio de una verificación OCULAR de sus linderos y demás particularidades....., etc., no podría la Sala saber qué parte de la propuesta Ryan debería ser la excluída del contrato....., etc."** (Lo demás que ya se dejó citado antes aquí).

Lo que acaba de exponer la Sala en los párrafos precedentes del presente auto, y la mayor parte de lo que en él queda expuesto al ocuparse del escrito del apoderado de la familia Mantilla, es aplicable para contestar los demás argumentos del doctor Latorre, especialmente, el relativo al reconocimiento que alega ha hecho la Socony Vacuum Oil Co., por medio de un contrato celebrado con sus representados, los mismos opositores **"de la comunidad Reyes-Mutualidad, sobre 'opción de compra por los terrenos denominados: 'Cerro de la Paz y El Conde', acerca de que tales terrenos o, por lo menos, parte de ellos han sido materia de una petición hecha al Gobierno Nacional por el señor Frederick R. Ryan para explorar y explotar petróleos de propiedad nacional....., etc."**

Bien podría la Corte limitarse a manifestar, simplemente, que el señor apoderado de los opositores no ignora que ella no puede estimar como prueba esos documentos de contrato celebrado entre la Socony Vacuum Oil Co. y sus representados, porque han sido presentados ahora con su escrito de petición de reposición contra la sentencia de 11 de mayo, y nó, en el término de pruebas del juicio a que puso fin tal sentencia; pero tampoco sería prueba en contrario de lo que la Corte ha expuesto para declarar infundada la oposición, el hecho de que esa Compañía manifieste que reconoce que los terrenos de la propuesta Ryan **"son los mismos de la comunidad Reyes-Mutualidad"**, de lo cual se enteró, según lo afirma el mismo doctor Latorre, **"por percepción directa de sus geólogos e ingenieros"**, siendo así, añade, que a la Corte le han merecido amplio y merecido crédito **"los documentos, planos, e informes procedentes de esta Compañía que obran en autos"**.

Bastaría también decir que esa Compa-

ñía no ha sido parte en el presente juicio, y que ella aparece contratando con las mismas personas que han figurado en la oposición alegando precisamente lo mismo, a saber: que son propietarios de los terrenos a que se refieren en tal oposición y que tales terrenos son los mismos que están en parte incluídos en el área de los de la propuesta Ryan, para que se debilitara el valor probatorio que se le quiere dar al reconocimiento, por parte de dicha compañía, de esas mismas cuestiones en que sustentan su oposición en este juicio las personas que a la vez aparecen contratando con ella las tierras que alegan pertenecerles. A la Corte no le corresponde estimar si fueron o nó suficientes y legales los fundamentos que tuvo esa compañía cuando estudió los títulos en que apoyan su derecho sobre los terrenos las personas que con ella celebraron el contrato de opción de venta de tales tierras; pero sí le interesaba a ella, para declarar fundada la oposición en el presente juicio, conocer si eran o nó suficientes y legales esos mismos fundamentos derivados de tales títulos. Y la Corte no halló aceptables esos fundamentos.

No se sabe cuáles fueron los títulos y elementos que la dicha Compañía estudió y tuvo como suficientes para identificar y localizar, los terrenos a que se refiere su contrato de opción de compra de los terrenos mencionados en tal contrato, pero lo evidente es que el proponente Ryan nunca ha reconocido en el presente juicio otra cosa distinta del carácter de **baldíos** o **nacionales** de los terrenos de su propuesta, y que al contradecir por boca de su apoderado doctor Uribe Holguín, la oposición de los representados por el doctor Latorre, no sólo ha impugnado el alegado derecho de propiedad particular en tal oposición, sino que ha impugnado también la determinación e identidad de los terrenos materia de ella, manifestando sobre esto en uno de sus escritos, el de 10 de agosto de 1940, que obra a folio 43 del Cuaderno número 10, que se trata de "**Señalamientos antojadizos de linderos actuales**".

Pero la contradicción a la oposición de que se trata no estuvo circunscrita solamente al proponente Ryan, a pesar de todos los elementos que se dice presentó el mismo Ryan y que "**podrían ser favorables a los opositores**", sino que también la Nación, por conducto del Ministerio del ramo y de la Procuraduría, exteriorizó tal contradicción en la forma categórica, perseverante y extensa que consta en el expediente.

En el fallo del 11 de mayo se transcribió la parte del informe de la Sección Técnica del Ministerio, evacuado, como es natural, después de tener a la vista todos los mismos documentos, planos, mapas, estudios e informes a que ahora alude el doctor Latorre, y se recordará que las conclusiones de tal informe fueron las siguientes:

a) Que "**quizá dicho lote (el primero de esta oposición) de acuerdo con el mapa de la Oficina de Longitudes NO SE HALLA COMPRENDIDO DENTRO DEL AREA DE LA PROPUESTA DEL SEÑOR RYAN**", a pesar de las referencias que como linderos se hacen "**a la Cordillera de La Paz por el oriente, a la cuchilla más alta que se halla al Poniente de la misma Cordillera de La Paz por el Occidente, y al río Sucio, por el Norte**"; y

b) Que en cuanto al segundo lote, tampoco **se podía saber si se encontraba o nó dentro del área de la propuesta Ryan.**

Mas como en el fallo del once de mayo la Corte no citó el informe de la Sección Jurídica del mismo Ministerio, informe rendido también cuando ya figuraban todos y los mismos documentos, planos, mapas, estudios e informes a que se refiere el doctor Latorre en su escrito, la Sala considera necesario transcribir ahora la parte conducente de dicho informe, que dice así:

"**Los títulos coloniales que se invocan para demostrar que los terrenos de que ahora se trata salieron legalmente del patrimonio de la Nación antes del 28 de octubre de 1873, son los siguientes:**

"**I. El título de una merced de tierras a JUAN JOSE PUYANA, de 1722 y 1725, y la venta hecha en 1700 por don PEDRO**

DE VALDUZ a LAUREAN GOMEZ, a los cuales se ha hecho ya referencia en oportunidad anterior. No hay necesidad, por lo mismo, de insistir ahora sobre su ineficacia, respecto de los fines de la oposición.

"II. Una merced de dos estancias de ingenio que se dice hecha en 1645 a don LAZARO DE QUIÑONES RINCON por don Francisco Mantilla de los Ríos, como Gobernador de la ciudad de Girón; algunas ventas ulteriores de estas estancias de ingenio, entre las cuales se cuentan aquellas que originaron su adquisición por DOMINGO GUTIERREZ LASSO; una merced de tres estancias de ingenio que se dice hecha en 1720 a Juan Rodríguez de Silva por don Andrés Mantilla de los Ríos, como Gobernador y Capitán General de la ciudad de San Juan Girón; la venta de una estancia de ganado mayor por Juan Rodríguez de Silva a Domingo Gutiérrez Lasso en 1721; la donación de éste a Domingo Gutiérrez Rodríguez de la estancia anterior; y una declaración de amparo o ratificación que apare (sic) hecha a Domingo Gutiérrez Lasso por don Bernabé de Navas, como Gobernador Justicia mayor y Capitán General de San Juan Girón, en el año de 1725, referente a cinco estancias de ganado mayor (dos de ingenio y una de ganado mayor), LAS QUE GUTIERREZ LASSO HABIA COMPRADO A LAZARO DE QUIÑONES Y A JUAN RODRIGUEZ DE SILVA. Todo lo cual según lo que reza el certificado expedido por el Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Bucaramanga de fecha 19 de septiembre DE 1938, tomado del registro de una escritura de protocolización de unos documentos. NO SE HA PRESENTADO COPIA DE ESTA ESCRITURA.

"Prescindiendo de otros aspectos, COMO APARECEN DETERMINADAS LAS TIERRAS DE LAS MERCEDES Y VENTAS RELACIONADAS?

"REZA LA MERCED A LAZARO DE QUIÑONES: "..... me haga U. merced de dos estancias de ingenio desde el pie de la loma que da vista a la quebrada DE LOS PUJAMANES y al valle de Cutigatá desde una quebradita de poca agua que está al pie de la loma antes de llegar a un rancho que hicieron los soldados en las cabeceras del río sucio, las cuales dos estancias pido desde la quebrada cogiendo el río sucio abajo, de una banda y otra dicho río hasta llegar a una vuelta que hase dicho río para correr derecho a los PANES DE AZUCAR que desde la vuelta que hase el dicho río se ha de cortar. El valle abajo a dar vista a la quebrada que llaman de Cutigatá que entra en el río del oro ..... os hago merced de las dos estancias de ingenio que pedís en vuestra petición debajo de los dichos linderos que señalais ..... FRANCISCO MANTILLA DE LOS RIOS".

"De las ventas posteriores de estas dos estancias de ingenio, como todas son por semejante estilo, se transcribe apenas la que aparece hecha por Pedro, Lorenzo, Francisco, Diego e Ignacio Rodríguez de Silva, como hijos legítimos de Gaspar Rodríguez de Silva, a Domingo Gutiérrez Lasso en 1724. — Dice así: '..... que venden en venta real por juro de heredad desde ahora i para siempre jamás por si sus herederos y sucesores al Capitán Domingo Gutiérrez Lasso vecino de esta dicha ciudad para que lo sean del susodicho sus hijos herederos i sucesores i que en derecho y causa representare en cualquier manera, conviene a saber una estancia de ingenio en el sitio de San José Montañas del Casique de esta jurisdicción en la orilla de la quebrada grande cabecera del río sucio. I otra estancia de ingenio es en sobra del Capitán Lázaro de Quiñones por la parte de abajo i consta del título donde están inclusas otras.....'".

"Hé aquí los términos de la merced a JUAN RODRIGUEZ DE SILVA: '..... se ha de servir buestra altesa de mandar se me provea i haga merced de tres estancias de injenio en jurisdicción de esta ciudad la una en el sitio que llaman DEL POSO en sobras de otra que fue proveida a Lasaro de Quiñones perteneciente al dicho padre sobre que esta impuesto el principal de la Capellanía de José de Hostos Morcillo i la otra la de este lado de la

cuchilla a mano isquierda del camino que traemos a esta ciudad la frente i los largos para Cañaverales, toda tierra baldía i sin perjuicio del patrimonio real ni de terceros que derecho tengan que haciéndome dicha merced estoi pronto a cumplir todo aquello que soi obligado... Proveida yo el Mtro. campo Don Andres José Mantilla de los Ríos Gobernador i Capitán general de esta ciudad de San Juan Girón... os hago merced a vos Juan Rodriguez de Silva de las tres estancias injenio que pedís en buestra petición de debajo de los límites i linderos que señalais... (sin firma)'."

"Reza la venta de JUAN RODRIGUEZ DE SILVA A DOMINGO GUTIERREZ LASSO: '... que vende en venta real por juro i señorío de heredad por ahora i para siempre jamas a Domingo Gutierrez Lasso asi mismo vecino de esta dicha ciudad, para el susodicho, sus herederos i sucesores quien use ellos hubiere título por rason una estancia de ganado mayor en el sitio del Poso en los montes del Casique, la cual hubo el otorgante por merced que le hizo el Gobernador don Andres José Matilla de los Ríos como consta del título que manifiesta i sus linderos se entienden por la parte de abajo con tierras del Capitán Gaspar Rodríguez de Silva ya difunto, camino arriba que traemos de San José para esta ciudad, la frente a dicho camino i largos para Cañaverales hasta donde alcansaren...'

"En las diligencias de amparo o ratificación a Domingo Gutierrez Lasso se lee: SOLICITUD: 'Señor Gobernador i Juez de tierras Domingo Gutierrez Laso vecino de esta ciudad ocurro ante Vs-ca. como esta proceda en derecho i dijo: que en atención del auto proveido i pregon publico a son de caja dado en esta ciudad sobre i pago de las reales composiciones de las tierras de este gobierno para cuyo efecto en el pueblo de Vs-ca. hago esta manifestación de un título de dos estancias de injenio en el cual por escritura publica que adjunto presento que pertenese la una la otra de venta hecha a Lasaro de Quiñones. Item otro titulo de TRES estancias de injenio la una fecha a Gaspas Rodriguez de Silva en el cual por escritura publica que pertenece una estancia de injenio lindando con la su pradicha de arriba. Item otra estancia de ganado mayor con el tanto del titulo hecho la una a Juan Rodriguez de Silva, que todo los instrumentos i tierras son CINCO estancias pertenecientes a mi derecho sitas en las montañas del Casique...' AVALUO: 'El capitán Bernardo Navarro veedor avaluador de tierras nombrado por Ssa. el Sor Bernardo de Navas Gobernador y capitan general Jues de las composiciones de tierras de este distrio habiendo verificado la venta de dos estancias de injenio i una de ganado mayor pertenecientes a Domingo Gutierrez Laso bajo la base según mi leal saber i entender las de ingenio que son cuatro de ganado mayor a treinta patacones por no estar en tan buena parte cada una de mayor, i la otra de ganado mayor por veinte patacones por no estar en tan buena parte como las otras. Bernardo Navarro—Valuador.'... PROVIDENCIA: 'En la ciudad de San Juan Jirón a doce de octubre de mil setecientos veinte i cinco años Ssa. el Sr. Dr. Bernavé de Navas gobernador justicia mayor i capitan general, habiendo visto estos autos el avaluo fecho a las tierras presentadas i la repuesta del fiscal de este ejercicio desde nuevo la ampara i nuevamente radica del mencionado DOMINGO GUTIERREZ LASO en la propiedad de ella i en caso necesario le aposesiona desde ahora i para siempre jamas en atención de haber pagado los derechos reales que pertenecen a su majestad por lo que se declaran a las dichas tierras por libres i quitas de este gravamen i por perpetuo poseedor de ellas al dicho Domingo Gutierrez Lasso sus hijos i herederos dando por nulo i de ningun valor otros cualesquiera titulos derechos i acciones que a las dichas tierras salgan i puedan salir... Bernardo de Navas'.

"DE TODAS LAS MERCEDES Y VENTAS DE QUE SE HA HABLADO, salta a la vista que sólo la merced de dos estancias de ingenio a Lazaro Quiñones Rincón aparece con regulares indicaciones acerca de

su ubicación, PERO EN EL FONDO ESTAS INDICACIONES SON MAS APARENTES QUE REALES. En efecto, cómo venían a estar precisadas sobre el terreno esas dos estancias de ingenio? sería 'desde el pie de la loma que da vista a LA QUEBRADA DE LOS PUJAMANES y al valle de Cutigatá desde una quebradita de poca agua que está al pie de la loma...' desde donde comenzaban a medirse?; o sería mas bien desde 'la quebrada cogiendo el rio SUCIO ABAJO, de una banda y otra dicho río hasta llegar a una vuelta que hase dicho rio para correr derecho a PANES DE AZUCAR? Y en este último caso, desemboca la quebrada de los Pujamanes en el rio Sucio o queda siquiera cerca de este rio? En el mapa de Santander de la Oficina de Longitudes la quebrada de los Pujamanes aparece desembocando en el rio Sogamoso, a una gran distancia del rio Sucio. En vista de lo anterior, no puede sino concluirse que la merced a Lázaro Quiñones de Rincon, por si sola, no permite saber cuál podía ser la ubicación y determinación precisa sobre el terreno de las dos estancias que se le daban en adjudicación.

"Por lo demás, las ventas que después se hicieron de las mencionadas dos estancias de ingenio SON TODAVIA MUCHO MAS INDETERMINADAS QUE LA MERCED DE ORIGEN.

"La misma DEFICIENCIA FUNDAMENTAL, DE MAS BULTO SI SE QUIERE, se observa en las mercedes y ventas entre particulares restantes, cuya parte pertinente se ha dejado transcrita.

"De donde no puede sino resultar que los títulos coloniales aducidos, EN VIRTUD DE LA INDETERMINACION DE SU OBJETO, CARECEN DE EFICACIA para acreditar que por razón de ellos salieron del patrimonio nacional tales o cuales terrenos, CONCRETAMENTE ESPECIFICADOS.

"Es obvio que después de casi 150 años de ausencia completa de historia acerca de los terrenos indeterminados de los títulos coloniales, ninguna conexión seria se puede establecer entre aquellos terrenos y los que fueron materia de la venta hecha en 1867 por don Francisco Gutiérrez Salgar a don Ignacio Reyes, por lo que habrá que estudiar separadamente la nueva titulación que parte de dicha venta.

"Las ulteriores tradiciones de dominio y demás historia de los terrenos vendidos por Francisco Gutiérrez Salgar a Ignacio Reyes en 1867, hasta llegar a los derechos de los actuales opositores, resultan perfectamente encadenadas y claras a la luz de los titulos presentados, sin que haya necesidad de relacionar éstos, para no hacer interminable este trabajo.

"Como en otro caso anterior, también existe ahora una Resolución del Despacho de Hacienda de 3 de enero de 1881, por la cual se estimó que no eran baldíos los terrenos a que se contrae la presente oposición. Para esta declaración se tuvieron en cuenta los títulos que se habían presentado, que eran cuatro escrituras de ventas sucesivas, partiendo de la otorgada por Francisco Gutierrez Salgar a Ignacio Reyes.

"Sin embargo, si la Nación reconoció en 1881 que entonces no eran baldios los terrenos, de ahí no se sigue que no lo fueran antes del 28 de octubre de 1873. Al contrario. Por las mismas razones que se adujeron al tratar de los terrenos de la sociedad 'Pedro Mantilla R. & Hermano', puede afirmarse que los terrenos de ahora no habian salido por ningún medio legal del patrimonio del Estado antes de la fecha últimamente mencionada, y en este caso con más veras todavía.

"Por todo lo cual se impone conceptuar que no se ha acreditado que el subsuelo petrolífero que pueda haber en los terrenos de la oposición en referencia sea de propiedad privada". (Los subrayados son de la Corte).

Las cuestiones tratadas en este informe y en el de la Sección Técnica, informes que tampoco fueron desvirtuados por los opositores con pruebas conducentes durante el término probatorio del presente juicio, y que fueron rendidos cuando ya obraban en el expediente los mismos do-

cumentos, planos, estudios, etc., a que se refiere el Dr. Latorre, las encontró la Sala ajustadas a la evidencia procesal, y, de consiguiente, no podía ella descalificar tales informes ni proceder a declarar fundada esta oposición en circunstancias de que la Sala carecía, como carecía con relación a las otras oposiciones, de base legal para declararla fundada.

Por eso, cabe repetir ahora lo que ya se dijo con respecto a la oposición de la familia Mantilla: si las Secciones de que se trata, con vista del mismo material probatorio que después vino a la Corte, no pudieron, según consta en sus respectivos informes, identificar y localizar con la indispensable seguridad los terrenos de que se trata, tanto en sí mismos conforme a sus títulos primitivos, como con relación a los de la propuesta Ryan, la Corte no podía estar en mejores condiciones que esas dependencias del Gobierno Nacional para aceptar lo que a aquéllas les había sido imposible poner en claro sobre aquellas mismas cuestiones relacionadas con la determinación, identidad y localización de las tierras, cuestiones que no pueden ser examinadas y resueltas solamente por los documentos recientes, sino también y principalmente, en armonía con los títulos primitivos que se invocan como generadores o creadores del derecho de dominio que en aquéllas se pretende, según claramente se dijo en el fallo del 11 de mayo.

Por todas estas razones, y, además, porque no encuentra ella ninguna disposición legal para haberlo resuelto así, la Corte no podrá disponer que como no aparecía claramente la identidad de los terrenos, se llevara adelante la propuesta de contrato **"con la salvedad de que al perfeccionarlo se incluyera la estipulación ó la cláusula de que la concesión materia del contrato no afectaba ni podía afectar los terrenos relacionados en la referida titulación del opositor, de manera que si al identificarlos debidamente se veía que sí los cobijaba la propuesta, quedaran excluídos automáticamente del contrato".**

El señor apoderado de los opositores convendrá en que ese procedimiento estaría fuera de las atribuciones de la Corte, pues de acuerdo con la Ley 160 de 1936, artículo 7º, ella no puede resolver en esta clase de juicios nada distinto de **"si es o no fundada la pretensión del interesado particular"**, y como ésta no es fundada cuando ante la Corte no se ha establecido claramente la identidad de los predios de que se trata, porque los títulos presentados no sirven para ello, como sucedió en los casos de este juicio, la oposición es infundada, y así está ella obligada a declararlo, sin someter el negocio a ulteriores tramitaciones y limitaciones en el Ministerio para celebrar el respectivo contrato con el proponente.

Antes de terminar, la Sala hace constar que no les ha dado a los escritos de reposición de que se trata, la tramitación señalada en el artículo 488 del C. J., por estimar, como estima y lo declara, que no son admisibles solicitudes de reposición contra sentencias como las del 11 de mayo, que ponen fin a esta clase de juicios.

En los términos que preceden, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, deja resueltos los escritos presentados por los doctores Gómez Naranjo y Luis F. Latorre.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Ministerio de Minas y Petróleos, como está ordenado.

Aníbal Cardoso Gaitán — José M. Blanco Núñez—Arturo Tapias Pilonieta—Hernando García Pachón, Oficial Mayor.

INDICE

Págs.

EDITORIAL.— LA RESPONSABILIDAD MEDICA ANTE LA JUSTICIA EN MATERIA DE ANESTESIA, por el Lic. Juan Rafael Pacheco 1

SALA PLENA

COMPETENCIA POSITIVA PROMOVIDA POR LA CORTE AL CONSEJO DE ESTADO PARA CONOCER EXCLUSIVAMENTE DE LA EXEQUIBILIDAD DEL DECRETO-LEY Nº 970 DE 15 DE ABRIL DE 1942.—Se ordenó promover al Consejo de Estado competencia positiva en el conocimiento por exequibilidad del decreto-ley 970. Magistrado ponente, doctor Isaías Cepeda 5

SALVAMENTO DE VOTO, doctor Liborio Escallón 11

SALVAMENTO DE VOTO, doctor Fulgencio Lequerica Vélez 12

SALVAMENTO DE VOTO, doctor José Antonio Montalvo 14

SALVAMENTO DE VOTO, doctor Arturo Tapias Pilonieta 16

RECUSACION DE MAGISTRADOS EN ASUNTOS REFERENTES A DEMANDAS SOBRE INEXEQUIBILIDAD DE LEYES O DECRETOS. — Se declara probada la causal de recusación propuesta por el señor Procurador General de la Nación contra el Conjuez doctor José Arturo Andrade. Magistrado ponente, doctor Campo Elías Aguirre.... 17

SALVAMENTO DE VOTO, doctores Liborio Escallón, Fulgencio Lequerica Vélez, José Antonio Montalvo, Arturo Tapias Pilonieta y Eduardo Zuleta Angel 20

SALA DE CASACION EN LO CIVIL

ACCION DE MEJOR DERECHO A UNA MINA.—No se infirma la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, con fecha catorce de noviembre de mil novecientos treinta y nueve, en el ordinario sobre oposición a la entrega de una mina promovido por Justiniano Araque como apoderado de Efraím Araque. Magistrado ponente, doctor Isaías Cepeda 26

SALVAMENTO DE VOTO, doctor Hernán Salamanca 34

FILIACION NATURAL. — ESTADO CIVIL —No se infirma la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, de fecha catorce de septiembre de mil novecientos cuarenta, en el ordinario de Argemira Guzmán contra Pureza Gutiérrez v. de Padilla. Magistrado ponente, doctor José Miguel Arango 35

FIANZA—No se infirma la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, de fecha veintiséis de septiembre de mil novecientos cuarenta, en el juicio promovido por Uladislao Velásquez T. para que se declarase extinguida la fianza que prestó a Gabriel Espinel T. Magistrado ponente, doctor José Miguel Arango... 39

ACCION DE RESOLUCION DE UN CONTRATO—TECNICA DEL RECURSO DE CASACION. — No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga el dos de abril de mil novecientos cuarenta y uno, en el juicio adelantado por Maximiliano Sanclemente contra Juan José Mejía. Magistrado ponente, doctor Hernán Salamanca 43

ACCION PETITORIA DE QUE UNA PERSONA NO TIENE EL CARACTER DE HIJA LEGITIMA DE OTRA.—FUNCIONARIOS PUBLICOS. — LOS PARROCOS NO LO SON—PARTIDAS DE ORIGEN ECLESIASTICO—ACTAS DE ESTADO CIVIL.—Se casa la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el día veintiocho de febrero de mil novecientos cuarenta y uno, en el juicio ordinario adelantado por Abel Rey Suárez y Soledad Rey de Suárez contra Alfredo Suárez. Magistrado ponente, doctor Liborio Escallón..... 49

REIVINDICACION — HIJUELAS.—REGISTRO DE LA MORTUORIA.—No se casa la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el veintiuno de noviembre de mil novecientos cuarenta, en el ordinario de Manuel Lozano contra Rogerio López. Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza..... 59

ACCIONES DE NULIDAD DE UNA ESCRITURA, DE SUSPENSION DE UNA PARTICION, etc. — No se infirma la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá de fecha veinticinco de abril de mil novecientos cuarenta y uno, en el juicio adelantado por Isaac y Julio Forero contra José Asunción y Pedro Forero. Magistrado ponente, doctor José Miguel Arango 67

ACCION PETITORIA DE INFIRMACION DE LA SENTENCIA QUE DECLARO LA NULIDAD DE UNAS HIPOTECAS.—ENAJENACION DE BIENES DE LA SUCESION ANTES DE LA PARTICION.—HIPOTECA CONSTITUIDA POR UN HEREDERO ANTES DE LA PARTICION.—SU VALIDEZ.—No se casa la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona, el catorce de

Págs.

marzo de mil novecientos cuarenta y uno, en el juicio ordinario de Sixto A. Carvajalino contra Carmen Vergel y Telésforo Castro. Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza..... 71

CUENTAS.—No se casa la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, con fecha veintisiete de julio de mil novecientos cuarenta, en el juicio instaurado por Julio Arango R. contra la sociedad Uribe, Botero & Cía. Magistrado ponente, doctor Isaías Cepeda 76

PERJUICIOS—ACCION DE RESPONSABILIDAD CIVIL POR CULPA AQUILIANA.—CULPA CONTRACTUAL Y CULPA AQUILIANA.—No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, el veinticinco de marzo de mil novecientos cuarenta y uno, en el juicio seguido por Rosina Acevedo v. de Ramírez contra el Municipio de Medellín. Magistrado ponente, doctor Hernán Salamanca 82

ACCION DE LIQUIDACION DE UNA SOCIEDAD. — SOCIEDADES DE HECHO.—SOCIEDADES DE HECHO CIVILES Y COMERCIALES.—Se casa la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, el veintidós de agosto de mil novecientos cuarenta, en el juicio ordinario de Adeodato Molano contra Juan Cajigas. Magistrado ponente, doctor Fulgencio Lequerica Vélez 89

RECURSO DE REVISION. — Se declara infundado el recurso de revisión interpuesto por Abraham Pinzón contra las sentencias dictadas por el Tribunal Superior de Bogotá, con fecha cuatro de octubre y doce de diciembre de mil novecientos cuarenta. Magistrado ponente, doctor José Miguel Arango.... 97

ACCION PRINCIPAL DE NULIDAD DE UN CONTRATO Y SUBSIDIARIA DE RESOLUCION.—ESTADO CIVIL.—No se casa la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el dieciocho de abril de mil novecientos cuarenta y uno, en el ordinario de Paulina Hernández Lesmes contra Elisa Nieto de Torres. Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza 100

NO SE REPONE EL AUTO QUE NEGO LA EJECUCION DE UNA SENTENCIA EXTRANJERA. — No se repone el auto dictado por la Sala de Casación Civil, con fecha tres de diciembre de mil novecientos cuarenta y uno, en el juicio promovido por la señorita Clara Morelli Lázaro. Magistrado ponente, doctor José Miguel Arango..... 104

ACCION DE NULIDAD ABSOLUTA DE UNA RENTA VITALICIA. — OTRAS ACCIONES. — No se casa la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, con fecha cinco de noviembre de mil novecientos cuarenta, en el juicio adelantado por Nolasco Medina contra Elisa Velásquez de Medina y Fernandina Medina Velásquez. Magistrado ponente, doctor Isaías Cepeda 106

ACCION DE RESCISION DE UN CONTRATO POR SUPUESTA LESION ENORME—DERECHO DE HERENCIA Y DERECHO DE DOMINIO.—CESION DEL DERECHO DE HERENCIA. — No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el veintiséis de febrero de mil novecientos cuarenta y uno, en el juicio ordinario de Alfredo Acero Gaitán, Lucila Acero Gaitán de Otálora y otros contra Ricardo Cubides. Magistrado ponente, Dr. Hernán Salamanca.... 111

SALA DE CASACION EN LO CRIMINAL

CONCURSO DE DELINCUENTES.—CUADRILLA DE MALHECHORES.—REQUISITOS PARA QUE APAREZCA LEGALMENTE EL FENOMENO ESPECIFICO DE CUADRILLA DE MALHECHORES. — NULIDAD DEL PROCESO PENAL POR FALTA DE GARANTIAS DEL PROCESADO EN LA AUDIENCIA PUBLICA. — Se infirma la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, fechada el diecinueve de septiembre de mil novecientos cuarenta, en el juicio seguido a Alfredo Almanza, Jesús Murcia Salas y David Cortés o Villamil por los delitos de cuadrilla de malhechores, homicidio, heridas y robo. Magistrado ponente, doctor Absalón Fernández de Soto 117

HOMICIDIO EJECUTADO CON CIRCUNSTANCIAS CONSTITUTIVAS DE ASESINATO. — No se infirma la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, fechada el quince de octubre de mil novecientos cuarenta y uno, por la cual se condenó a Luis María Toro Ortiz, a quince años de presidio por el delito de homicidio (asesinato). Magistrado ponente, doctor Absalón Fernández de Soto..... 124

COLISION DE COMPETENCIAS. — Se resuelve en el incidente sobre colisión de competencias entre los jueces 1º del Circuito Penal de Manizales y el del Circuito Penal de Pereira, que corresponde conocer del denuncio criminal presentado por Néstor Sierra S. contra Antonio Vélez Gil, al juez 1º del Circuito Penal de Manizales. Magistrado ponente, doctor Campo Elías Aguirre.. 127

LA PENA DE VEINTICUATRO AÑOS DE PRESIDIO (LIMITE PUESTO COMO MAXIMO DE ESTA SANCION POR EL ARTICULO 45 DEL CODIGO), PUEDE SOBREPASARSE O NO EN UNA SENTENCIA CONDENATORIA QUE CONTEMPLE EL CASO DE UN CONCURSO REAL DE DELITOS? ANTECEDENTES DE LA CUESTION EN EL ANTEPROYECTO DE CODIGO DE FERRI (AÑO DE 1921), TOMADO COMO DERROTERO PARA EL CODIGO PENAL COLOMBIANO DE 1936. CRITERIO TRADICIONAL DE NUESTRO LEGISLADOR SOBRE PENA MAXIMA. — APLICACION DE LA LEY MAS FAVORABLE AL PROCE-

Págs.

SADO. — Se invalida la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, fechada el veintinueve de febrero de mil novecientos cuarenta, que impuso a Arturo Herrera y a Moisés Montoya la pena de veinticinco años de presidio por el delito repetido de homicidio (asesinatos). Magistrado ponente, doctor José Antonio Montalvo..... 135

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

OPOSICIONES A UNA PROPUESTA DE EXPLORACION Y EXPLOTACION DE PETROLEO. — Se declaran infundadas las oposiciones que la Compañía Colombiana de Mutualidad, Gustavo Reyes, Luisa y María Reyes Rey, Francisco García Gory, Alejandro Mantilla y otros han formulado contra la propuesta hecha por Frederick R. Ryan para la celebración de un contrato relacionado con exploración y explotación de petróleos en el lote de terreno situado en "Puerto Wilches y Lebrija". Magistrado ponente, doctor José M. Blanco Núñez 149

Págs.

NO SE REPONE LA SENTENCIA RECLAMADA. — Se declara que no son admisibles solicitudes de reposición contra sentencias que ponen fin al juicio breve y sumario de que trata el artículo 5º de la ley 160 de 1936, referentes a exploración y explotación de petróleos. Se resuelven los escritos presentados por los doctores Humberto Gómez Naranjo y Luis Felipe Latorre. Magistrado ponente, doctor José M. Blanco Núñez 182

GACETA JUDICIAL

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

DIRECTOR: JULIAN MOTTA SALAS

"Saber las leyes non es tan solamente en aprender et decorar las letras dellás, mas en saber el su verdadero entendimiento".

SIETE PARTIDAS: PARTIDA 1a., TITULO 1o., LEY XIII).

"Summa itaque ope, et alacri studio has leges nostras accipite"
(Proemium Institutionum D. Justiniani).

TOMO LIII BOGOTA, JUNIO Y JULIO DE 1942 Nros. 1984 y 1985.

INICIACION DE RELACIONES INTELECTUALES ENTRE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA Y LA DEL PERU

Embajada del Perú.

Bogotá, junio 23 de 1942.

Señor doctor Campo Elías Aguirre, Presidente de la Excelentísima Corte Suprema de Colombia.

Señor Presidente:

En la presente comunicación que me honro en enviar a Vuestra Excelencia, debo expresar a ese supremo Tribunal, mi gratitud y profunda complacencia por la forma gentilmente cortés y singularmente afectuosa, con que fui recibido por todos sus dignísimos miembros. Lleva también por fin, abrir camino a la realización de altos propósitos, que surgieron en tan interesante entrevista, y que se encaminan al progreso de la ley y jurisprudencia de nuestras Repúblicas, y al amistoso acercamiento de los hombres que ejercen en ellas, las más austeras funciones del Estado.

Tiene el magistrado, sobre el simple jurista, la ventaja de que aprecia la ley en el caso práctico, es decir, en función con la vida, donde se descubren sus aciertos, sus errores o sus deficiencias; y supera al abogado, en cuanto la estudia con la serenidad y desinterés, del que sólo administra justicia.

Ese precioso tesoro de saber y experiencia jurídicos de los jueces, sale a la luz, de tiempo en tiempo, en importantes resolu-

ciones judiciales; pero de ordinario, no influye en el espíritu social, ni es aprovechado como debiera, para el adelanto de las ciencias jurídicas y el perfeccionamiento de las instituciones legales.

Las medidas que va exigiendo la guerra actual, nos persuaden de que se ha iniciado una vida interamericana, que será cada vez más amplia y más intensa. Y es indispensable que nuestro derecho internacional privado, vaya preparándose para esta nueva situación, a fin de que sean más fáciles, más útiles y más gratas las actuales y venideras relaciones de comunidad americana.

El intercambio entre nuestros tribunales, de publicaciones sobre jurisprudencia, tiende a formar un caudal común de cultura jurídica. Este intercambio debe establecerse entre las Cortes Supremas de Colombia y el Perú, y he de transmitir con viva complacencia a mi Gobierno, tan útil y amistoso propósito. La importancia de esta relación es innegable; pero lo es también, la necesidad de actos más sugestivos y eficientes que vayan formando el espíritu público y preparando el criterio de los legisladores, para que nuevas leyes y convenciones supriman en el derecho positivo tántas variedades de carácter secundario, que dificultan el conocimiento de nuestras legislaciones y estorban los actos de la vida civil y comercial entre americanos.

Está constituyéndose la unidad económica continental, y sigue desarrollándose y definiéndose el derecho público americano. Hay, por consiguiente, un cambio en la antigua situación, que lo reclama en la legislación y en los tratados y estipulaciones de derecho internacional privado. Al relativo aislamiento en que vivíamos, van sucediendo más estrechas relaciones, bajo el nuevo principio de hacer del Continente, un vasto hogar de todos los hijos de la democracia americana.

Si con menos pompa, pero con más frecuencia, pudieran reunirse conferencias de juristas, adelantaría la formación de ese nuevo criterio, se difundirían principios útiles y quedaría preparada la celebración de congresos, donde pudieran plasmarse en convenciones, normas provechosas para esta nueva vida continental.

Es verdad que corresponde a los Gobiernos promover estas conferencias, que podrían ser anuales, dejando para períodos más largos la celebración de congresos; pero hay ocasiones propicias para lanzar ideas precursoras a tales iniciativas y llamar sobre ellas la atención pública. Creo que el interesantísimo cambio de ideas que tuve con los señores magistrados, es una de estas felices ocasiones.

Entrego a Vuecencia y a la Excelentísima Corte Suprema de Colombia, estas ideas nacidas en una entrevista memorable para mí, con quienes por su ciencia y altísimas funciones, representan la sabiduría jurídica de una nación, en que el pensamiento resplandece en todos los campos del espíritu.

En la oportunidad, me complazco en renovar al señor Presidente y, por tan alto intermedio, a sus dignísimos miembros, el testimonio de mi más alta consideración y simpatía.

C. ARENAS Y LOAYZA

República de Colombia. — Corte Suprema de Justicia.—Presidencia.

Bogotá, julio 16 de 1942.

Señor Embajador:

Para la Corte Suprema de Justicia de Colombia fue causa de profunda satisfacción haber recibido a su excelencia en Sala Plena, la tarde de su honrosa visita cuyo recuerdo siempre perdurará en nosotros, pues el señor Embajador supo demostrarnos el veraz afecto que le inspiramos y los muy altos y muy nobles propósitos que lo guían al iniciar el generoso y necesario acercamiento que su excelencia ambiciona.

Y natural es que la gratitud de los Magistrados de esta Corte hacia el señor Embajador crezca por las múltiples aten-

ciones que nos ha hecho, una de las cuales consiste en la gallarda comunicación que hoy contesto.

Compartimos, excelencia, su laudable empeño de obtener que sea efectiva la amistad de los hombres que en nuestras dos Repúblicas ejercen las más austeras funciones del Estado.

Bien feliz, por cierto, esa expresión suya: "las más austeras funciones del Estado", refiriéndose a quienes cumplen el sagrado ministerio de administrar justicia en su gran patria y en la patria colombiana, encargo grave de responsabilidades temibles si no se ejecuta con espíritu de devota dedicación a tan encumbrada tarea que requiere entraña de apóstol, conciencia limpia, estudio persistente y abnegación sin límites, y si se piensa, como debe pensarse, en que ya el mito romano de la rígida diosa ciega há mucho tiempo que dejó de ser el símbolo de la Justicia, porque la Justicia es todo lo contrario, según la consoladora definición de un filósofo de la antigua Germania: una humanidad de misericordia con ojos perspicaces.

Así es por lo que el oficio del fallador prevalece sobre el oficio del simple jurista y del abogado. Porque es acción junto a la propia vida palpitante del juicio civil y del proceso penal que debe decidir con mente y corazón serenos, sin egoísmo y sin pasiones.

De las varias e interesantes entrevistas de su excelencia con nosotros surgieron formas eficaces para que se pueda emprender el camino de realizar lo que anhela el señor Embajador, deseo que es también nuestro.

Cómo unir en fraternal vinculación a la Corte Suprema de Justicia del Perú y a la Corte Suprema de Justicia de Colombia?

Cómo lograr ese fin de una comunión de voluntades?

Ya es factor de máxima importancia que su excelencia, dinámico y discretamente efusivo, lleve en Bogotá la representación diplomática del Perú. De preclaros talentos, el señor Embajador, rama de una estirpe de ilustres jurisconsultos que, como Vocales de la Corte Suprema de Justicia de Lima, dieron y dan brillo a esa Corte, ha tenido la virtud de infundirnos su magnánima emoción de la amistad que ligará a las dos Corporaciones.

Y hemos de empezar por el intercambio de los órganos de publicidad de una y otra Corte, para promover el conocimiento del común caudal de nuestras culturas jurídicas.

Prometo a su excelencia que dispondré, de acuerdo con esa Embajada, el envío regular a la Corte Suprema de Justicia de su país, de la GACETA JUDICIAL, revista mensual de la Corte de Colombia, en el número de ejemplares que fueren precisos.

Y luego, mientras llega la hora de que los Magistrados de esta Corte vayan en misión de colegas y de amistad sentida a estrechar las manos de los Vocales de la Corte de Lima, a los miembros de la Corte Suprema del Perú pronto dirigirá la Corte Suprema de Colombia, por conducto del señor Embajador, un mensaje de saludo y respeto.

El ambiente y la época y los sucesos mundiales del momento actual son propicios para la extensión y la mayor intensidad de las relaciones interamericanas, ideal sencillamente fácil de alcanzar.

No vemos que ante el peligro de la tremenda catástrofe en que otros continentes del orbe se hunden devorados por la vorágine apocalíptica de la guerra, el nuevo mundo de las Américas está definiendo su unidad espiritual y moral y consolidando su unidad política y económica, en defensa de los derechos y libertades que lo caracterizan y para hacer de estas tierras "un vasto hogar de todos los hijos de la democracia americana", conforme a la adecuada frase de su excelencia?

No es de esperar que al cabo del conflicto o dentro de él domine en América, sin alteración de la índole o estructura fundamental de nuestras Repúblicas y sin daño de lo que es la peculiar fisonomía democrática de ellas, una concepción unificante del Derecho Público americano y del Derecho que en cada Nación regula

las actividades privadas y las del individuo frente a la sociedad o el Estado?

En lo tocante a Colombia y el Perú, abierta al cariño por la patria del señor Embajador encuéntrase el alma popular colombiana que espontáneamente vibró de entusiasmo con la inolvidable visita del excelentísimo señor Prado.

Y no falta sino que la Corte Suprema de mi patria y la Corte Suprema del Perú se confundan en un cordial abrazo fraterno.

En nombre de esta Corte Suprema de Justicia que inmerecidamente presido, y en mi propio nombre, agradezco tántas gentilezas del señor Embajador.

Crea su excelencia que es sincero el aprecio de la Corte a su persona, y le ruego aceptar el testimonio de nuestra simpatía y nuestra más alta consideración.

CAMPO ELIAS AGUIRRE,
Presidente de la Corte Suprema de Justicia.

Al excelentísimo señor don Carlos Arenas y Loayza, Embajador de la República del Perú en Bogotá.—E. S. M.

SALA PLENA

LEY 167 DE 1941, ORGANICA DE LA JURISDICCION CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA, ACUSADA COMO INCONSTITUCIONAL EN SUS ARTICULOS 62, 7º INCISO 2º, 8º INCISO 3º Y 24 INCISO FINAL.

1.—El artículo 41 del Acto Legislativo número 3 de 1910, correspondiente al 149 de la Constitución Nacional vigente, es nítido al declarar de manera perentoria que a la Corte Suprema le está atribuído el conocimiento de los actos legislativos, de las leyes y de los decretos acusados por ser inexequibles ante la Carta Fundamental. Por tanto, ha de entenderse que es inexequible la parte del artículo 62 de la ley 167 de 1941, que atribuye al Consejo de Estado competencia para fallar sobre la inconstitucionalidad de los decretos del Gobierno, sin que sea valedera jurídica ni legalmente la interpretación que ha pretendido hacerse de la parte final del artículo 137 de la Constitución en el sentido de que puede ejercer el Consejo de Estado todas las funciones que las leyes determinen y que como la ley 167 de 1941 atribuyó al Consejo el conocimiento de decretos tachados de inconstitucionalidad, la disposición mencionada se halla conforme con la Carta. Cuando la Constitución delega en la ley la facultad de dar atribuciones a un órgano público, a medida que se haga necesario establecerlas, se entiende que el legislador debe obrar en perfecta armonía con las disposiciones de la Carta. No le es dable abusar de la atribución que se le confiere, porque sobre la autoridad de la ley está la de la Constitución. Lo contrario, sembraría el caos jurisdiccional, legislativo y administrativo. La Constitución consagra normas generales pero básicas de jurisdicción: la Corte Suprema tendrá la guarda de la integridad de la Carta Fundamental; el Consejo de Estado será Tribunal Supremo en lo Contencioso-administrativo y ejercerá funciones consultivas, jurisdiccionales y administrativas, y a él corresponderá también el conocimiento de la constitucionalidad de los actos del Gobierno no adscritos para su examen a la Corte. Estas normas de jurisdicción y competencia deben ser respetadas siempre por el legislador. Lo cual sirve para concluír que la expresión aludida, sobre atribuciones del Consejo de Estado, consignada en la parte final del artículo 137, en modo alguno es base para estimar que el legislador tiene la potestad de conceder atribuciones libremente al Consejo de Estado, sin las limitaciones constitucionales. 2.—El inciso 2º del artículo 7º de la ley acusada no peca por inconstitucionalidad en atención a estas razones: PRIMERA. El inciso ordena que por el Senado de la República se nombre un Consejero de Estado con calidad de segundo suplente, lo cual en modo alguno pugna con la disposición número 70 de la Constitución Nacional, que se refiere exclusivamente al nombramiento de Designados primero y segundo, para ejercer el Poder Ejecutivo a falta del Presidente de la República; SEGUNDA. El Consejero segundo suplente —como Consejero de Estado— tiene funciones propias de tal investidura, que no las que le atribuye el demandante, de entrar a presidir el Gobierno a falta del primero y segundo Designados, arrebatando así el derecho de sucesión a las personas que en su orden determina el artículo 124 de la C. N., y TERRCERA.

Porque el Senado de la República no elige suplente al Segundo Designado —como lo entiende el demandante— sino que por virtud de autorización dada por la Constitución (artículo 136) a la ley, ésta determina el número de suplentes que deben tener, sea en forma permanente o accidental, los Consejeros de Estado. Es lo que hace el inciso que se acusa, establecer el nombramiento de un segundo suplente Consejero, cada cuatro años, por el Senado, con el propósito de evitar que se desintegre el Consejo por falta del séptimo miembro, en el caso en que cualquiera de los dos Designados no quisiere, o no pudiere presidir el Consejo. 3.—El nombramiento de interino por el Presidente de la República, en el caso de faltar el Consejero principal y los Consejeros suplentes, es atribución que no viola en ninguna de sus partes el artículo 136 de la Constitución, el cual da a la ley la determinación del número de suplentes que deben tener los Consejeros; lo deja intacto, en nada lo desfigura, pero ni siquiera lo interpreta. Así como la Constitución le da al Presidente la facultad de nombrar Magistrados interinos de la Corte Suprema, el Código de Régimen Político y Municipal permite que nombre, en general, los empleados que deben designar las Cámaras, a falta de ellas, la disposición que se acusa traduce el mismo principio de prudente y buena administración que evita el que se paralice el funcionamiento del primer órgano contencioso-administrativo del país, permitiendo también, en casos verdaderamente excepcionales, y para que obre efecto muy transitorio, mientras las Cámaras proveen lo conducente, que el Presidente designe en interinidad Consejeros de Estado. La disposición no recorta o disminuye las atribuciones del Congreso, ya que éste puede, en cualquier momento, ejercer sus funciones propias, cesando, desde entonces, los efectos del acto de nombramiento hecho por el Presidente de la República. 4.—Las leyes o los decretos que regulen las funciones consultivas del Consejo de Estado han de dictarse con sometimiento al artículo 137 de la Constitución Nacional. Por tanto, el mandato que contraría la regla dicha de que los conceptos del Consejo no obligan al Ejecutivo, viola la ley fundamental en su artículo 137. En tal situación se halla el inciso final del artículo 24 de la ley acusada.

Corte Suprema de Justicia.—Sala Plena.—Bogotá, julio siete de mil novecientos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Aníbal Cardoso Gaitán)

El doctor Carlos H. Pareja, invocando la acción pública concedida a los ciudadanos por el artículo 149 de la Constitución Nacional, demanda en Sala Plena de la Corte, la declaración de inexequibilidad constitucional de los artículos 62, 7º inciso 2º, 8º inciso 3º y 24 inciso final de la ley 167 de 1941, orgánica de la jurisdicción contencioso-administrativa.

El artículo 62 de la ley 167 de 1941, primero en la acusación, expresa que pueden ser acusados ante el Consejo de Estado los decretos del Gobierno, por motivos de inconstitucionalidad; lo que pugna —al decir del acusador— con la disposición 149 de la Ley Fundamental que atribuye a la Corte Suprema de Justicia tal competencia.

El inciso 2º del artículo 7º de la ley 167 de 1941, que dispone el nombramiento por el Senado de la República, cada cuatro años, de un Consejero segundo suplente, "llamado a llenar las faltas temporales o absolutas del segundo Designado", se acusa de quebrantar los artículos 70, 124 y 132 de la Constitución, que respectivamente se refieren al nombramiento de primero y segundo Designados para ejercer el poder público en el Organo Ejecutivo, a falta del Presidente de la República; al orden de las personas designadas para ejercer el mismo Organo Ejecutivo en las faltas temporales o absolutas del Jefe del Estado, y a la composición del Consejo de Estado; por cuanto se establece el nombramiento de suplentes a los Designados y se aumenta a cuatro años el

nombramiento del Consejero segundo suplente, siendo que el de Designados se hace cada año; se altera el orden de sucesión al Presidente de la República en caso de faltar éste, e igualmente se altera la formación del Consejo de Estado.

El inciso 3º del artículo 8º de la mencionada ley, que otorga al Presidente de la República la facultad de nombrar, mientras la Cámara legislativa correspondiente hace la designación del titular, un Consejero de Estado interino, a falta del principal y de los suplentes, se tacha de violar los artículos 52 y 136 de la Carta, por exceso en la disposición. El primero de estos, que consagra la separación de los órganos del poder, porque además de restringir el campo de acción propio del contencioso-administrativo en la controlación de los actos del Gobierno, por el nombramiento que hace el mismo Ejecutivo del Consejero interino, entra a ejercer una función del órgano legislativo. El segundo mandato de la Constitución (el 136), que dispone que la ley fije el número de suplentes que deben tener los Consejeros de Estado, por cuanto no provee al nombramiento de suplentes el inciso acusado, sino que crea un Consejero interino.

El inciso final del artículo 24 de la ley referida, que dice: "los dictámenes del Consejo de Estado no son obligatorios para el Gobierno, **excepto** en el caso del ordinal 4º de este artículo cuando el dictamen fuere adverso a la apertura del crédito", por cuanto su parte exceptiva se opone al inciso 2º de la atribución 1ª del artículo 137 de la Constitución Nacional, que expresamente establece que "los dictámenes del Consejo de Estado no son obligatorios para el Gobierno", se considera que infringe la Carta en esta disposición.

El Procurador General de la Nación presentó concepto sobre cada una de las disposiciones acusadas de inexequibilidad. Adelante lo examina la Corte, en su oportunidad de estudio, cuando se ocupe de cada uno de los puntos sobre que habrá de pronunciarse.

— I —

El artículo 62, que encabeza el capítulo VII de la ley 167 de 1941 (código contencioso-administrativo), es del siguiente tenor: "Podrán ser acusados ante el Consejo de Estado o ante los Tribunales administrativos, según las reglas de competencia señaladas en los dos anteriores capítulos, los decretos, resoluciones, y otros actos del Gobierno, los Ministros y demás funcionarios, empleados o personas administrativas, por motivos de inconstitucionalidad o de ilegalidad. Cuando un acto de carácter particular ha sido proferido por un funcionario, empleado o persona administrativa del orden nacional, y con él se viola un reglamento ejecutivo, habrá lugar a recurso ante la jurisdicción contencioso-administrativa".

Se acusa de este artículo la parte que dispone que de los decretos del Gobierno demandados por inconstitucionalidad conoce el Consejo de Estado. Claramente lo expresa el acusador con estas palabras: "El artículo 62 de la ley, únicamente en cuanto da acción para demandar ante el Consejo de Estado, por motivos de inconstitucionalidad, los decretos del Gobierno".

Se expresa que esta parte del artículo choca con el principio constitucional que faculta a la Corte Suprema de Justicia para "decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los actos legislativos, que hayan sido objetados como inconstitucionales por el Gobierno, o sobre todas las leyes o decretos acusados ante ella por cualquier ciudadano como inconstitucionales".

Observa la Corte:

No son necesarias extensas consideraciones para llegar al convencimiento de que la demanda en este primer punto debe prosperar.

El artículo 41 del Acto Legislativo número 3 de 1910, correspondiente al 149 de la Constitución Nacional vigente, es nítido en la parte que acaba de transcribirse, al declarar de manera perentoria que a la Corte Suprema le está atribuído el co-

nocimiento de los actos legislativos, de las leyes y de los decretos acusados por ser inexequibles ante la Carta Fundamental.

La disposición se refiere en general a todos los decretos; es decir, a todo acto administrativo que se haya pronunciado en la forma que le es propia y con tal denominación. El código de Régimen Político y Municipal no es claro en la distinción de cuáles actos del Gobierno —generales o particulares, subjetivos u objetivos— deban disponerse por medio de resolución y cuáles por medio de decreto; aunque, valga decirlo, entre una y otro no hay diferencia esencial, de valor jurídico ni de contenido. Pero siendo así que a la Corte se halla adscrito el estudio de todos los decretos acusados de inconstitucionales, para calificarlos habrá de atenderse a la parte formal de ellos y al nombre con que se les designe, para apreciar si se trata de decretos.

Tampoco, en el aspecto que ahora se considera, importa distinguir si se trata de un decreto-ley de carácter extraordinario (artículo 69, ordinal 9º de la C. N.), o de un decreto con base en autorizaciones especiales (artículo 69, ordinal 8º, ibídem), o de un decreto de gobierno pleno (art. 117, ibídem); o de un decreto ejecutivo dictado por el Gobierno en virtud de las facultades ordinarias que le concede la Constitución en varias disposiciones (art. 115, distintos ordinales), o de un decreto reglamentario (artículo 115, ordinal 3º).

Puesto que el primer inciso del artículo 149 de la Carta confió la guarda de la integridad de la Constitución a la Corte Suprema de Justicia, ésta debiera conocer, en principio, de toda inconstitucionalidad, en la ley, el decreto, la resolución, la ordenanza, el acuerdo municipal, sin distinción de la autoridad que dicte el acto inexequible, como guardián la Corte de la integridad del Estatuto.

Empero, siendo el artículo taxativo en la enumeración de los actos de que puede conocer la Corte Suprema por inconstitucionalidad, la doctrina ha respetado ese ordenamiento.

Sobre la doctrina persistente y continua que coloca a la Corte Suprema como el Tribunal del conocimiento en la exequibilidad de los decretos, se ve en la exposición de motivos del proyecto de código contencioso-administrativo, lo que sigue: "En la aplicación de los preceptos de la Constitución y de las leyes que acaban de citarse, se ha sentado por el Consejo de Estado y por la Corte la jurisprudencia invariable de que a la última Corporación está reservada la competencia para conocer de la acusación por inconstitucionalidad de los decretos de carácter ejecutivo o legislativo del Gobierno Nacional, en tanto que el Consejo conoce de las demandas por ilegalidad de los mismos decretos, así como también de la inconstitucionalidad o ilegalidad de las resoluciones del Gobierno y de los decretos y otros actos de los Ministros del Despacho.

"Este sistema legal de colocar bajo distintas jurisdicciones un mismo acto, según que se dirija contra él el cargo de violar la Constitución o la ley, ha sido causa de graves dificultades en la práctica, ya porque se obliga al ciudadano a presentar una doble acción ante organismos distintos, ora porque en veces no resulta fácil determinar si es la norma constitucional o el precepto legal el que aparece violado por el decreto que se acusa, como ocurre, por ejemplo, cuando se trata de demandas contra reglamentos del Ejecutivo, por el cargo de haberse excedido el Presidente de la República en el ejercicio de su potestad reglamentaria, emitiendo disposiciones nuevas no contenidas en la ley reglamentada".

Reconoce ese mismo principio constitucional, el artículo 30 de la ley 105 de 1931, que expresa: "Corresponde también a la Corte Suprema de Justicia en pleno, decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los **actos legislativos** objetados por el Gobierno como inconstitucionales, o de las **leyes o decretos** acusados ante ella por cualquier ciudadano, previa audiencia del Procurador General de la Nación". Y el artículo 78 de la ley 130 de 1913 (antiguo código contencioso-administrativo), en el

capítulo 3º que trataba de la revisión de los actos del Gobierno por la jurisdicción especial de lo contencioso-administrativo, respetaba lo dispuesto en la Constitución respecto al fuero de la Corte Suprema para entrar al conocimiento de los decretos acusados de inconstitucionales. Decía el artículo: "La revisión de los actos del Gobierno o de los Ministros, que no sean de la **clase de los sometidos a la jurisdicción de la Corte Suprema de Justicia por el citado artículo 41 del Acto Legislativo número 3 de 1910,** corresponde al Consejo de Estado cuando sean contrarios a la Constitución o a la ley, o lesivos de derechos civiles". (Subraya la Corte).

No obstante, juristas distinguidos han opinado que si en 1910, cuando se expidió el Acto Legislativo número 3, hubiesen existido el Consejo de Estado y la jurisdicción contencioso-administrativa (restablecido el primero en 1914 y creada la segunda en 1913), al Consejo se le habría atribuído la competencia sobre inconstitucionalidad de todos los decretos del Gobierno, por haberse instituído para estos actos administrativos —por el carácter de tales— la jurisdicción especial de lo contencioso-administrativo. Con estos fundamentos, a saber: eventualidad de lo que pudo haber sucedido y afinidad de materia, consideran modificado de hecho el artículo 149 de la Constitución Nacional, y afirman que, en consecuencia, basta únicamente una reforma legal para atribuír al Consejo de Estado la facultad de revisar los decretos del Gobierno tachados de inconstitucionalidad.

Se observa. La jurisdicción, calificada como el poder de administrar justicia, es de orden público, esencial y básica en la organización y regulación de una sociedad, y por su entidad o trascendencia, las disposiciones que la consagran deben ser expresas y claras; en materia tan fundamental para el ordenado funcionamiento del Estado, no cabe deducir de reglas analógicas, y menos aún, de hipotéticas situaciones que acaso pudiese haber tenido en consideración el legislador, en un momento histórico, los reglamentos o los preceptos que modelen o estructuren las que el autor de la ley pudo contemplar, entendiéndose que necesariamente lo hizo y la forma en que dispuso sobre ella.

Se ha pretendido interpretar la parte final del artículo 137 de la Constitución, que dice, refiriéndose a las atribuciones del Consejo de Estado, que éste tendrá "las demás que le señalen las leyes", en el sentido de que puede ejercer todas las funciones que las leyes determinen; y que como la 167 de 1941 atribuyó al Consejo el conocimiento de decretos tachados de inconstitucionalidad, la disposición mencionada se halla conforme con la Carta.

Cuando la Constitución delega en la ley la facultad de dar atribuciones a un órgano público, a medida que se haga necesario establecerlas, se entiende que el legislador debe obrar en perfecta armonía con las disposiciones de la Carta. No le es dable abusar de la atribución que se le confiere, porque sobre la autoridad de la ley está la de la Constitución. Lo contrario sembraría el caos jurisdiccional, legislativo y administrativo.

La Constitución consagra normas generales pero básicas de jurisdicción: la Corte Suprema tendrá la guarda de la integridad de la Carta Fundamental; el Consejo de Estado será Tribunal Supremo en lo Contencioso-administrativo y ejercerá funciones consultivas, jurisdiccionales y administrativas, y a él corresponderá también el conocimiento de la constitucionalidad de los actos del Gobierno no adscritos para su examen a la Corte. Estas normas de jurisdicción y competencia deben ser respetadas siempre por el legislador.

Lo cual sirve para concluír que la expresión aludida, sobre atribuciones del Consejo de Estado, consignada en la parte final del artículo 137, en modo alguno es base para estimar que el legislador tiene la potestad de conceder atribuciones libremente al Consejo de Estado, sin las limitaciones constitucionales.

La unidad de jurisdicción o competencia que los autores del artículo 62 de la ley 167 de 1941 quisieron obtener no se logra haciendo juzgables los decretos por

una entidad y las leyes por entidad distinta, sino respetando la atribución que el constituyente confirió a la Corte para conocer de todo lo relativo a inconstitucionalidad, trátese de leyes o decretos, y dejando al Consejo de Estado lo pertinente a actos administrativos (decretos u otros) acusados de ilegalidad, materia que corresponde, ésta sí, a la jurisdicción administrativa que es la propia del Consejo de Estado.

Estas consideraciones imponen la conclusión de ser inadmisible jurídicamente la inferencia de jurisdicción que se pretende.

Y por todo lo dicho en este punto, ha de entenderse que es inexequible la parte del artículo 62 de la ley 167 de 1941, que atribuye al Consejo de Estado competencia para fallar sobre la inconstitucionalidad de los decretos del Gobierno.

— I I —

El inciso 2º del artículo 7º establece: "Cada cuatro años el Senado de la República elegirá un Consejero segundo suplente, llamado a llenar las faltas temporales o absolutas del Segundo Designado".

El denunciante dice que este inciso viola los artículos 70, 124 y 132 de la Constitución Nacional, por lo siguiente:

"1º Porque el artículo 70 de la Carta sólo autoriza la elección de dos Designados, primero y segundo, sin suplentes, para ejercer el Poder Ejecutivo a falta del Presidente, y les da de término un año; y la disposición que acuso autoriza el nombramiento de un suplente y no por un año, como su principal, sino por cuatro años, lo cual es manifiestamente absurdo.

"2º Porque el artículo 124 señala el orden en que los Designados reemplazan al Presidente, y a falta de ellos, la precedencia de los Ministros; y si se eligiera un segundo suplente del primer Designado para reemplazarlo en algunas, no en todas sus actividades, se podría presentar el absurdo de haber un Designado suplente presidiendo el Consejo de Estado y el principal a quien reemplaza presidiendo el Poder Ejecutivo. Nada de esto lo autoriza la Constitución.

"3º Porque el artículo 132 de la Carta señala la composición del Consejo de Estado, sin dar cabida sino al Designado, pero no a un suplente de éste, y en ninguna parte se autoriza al legislador para designar suplentes al Designado".

Con el señor Procurador General de la Nación está de acuerdo la Corte en declarar que el inciso acusado no peca por inconstitucional en atención a estas razones: PRIMERA. El inciso ordena que por el Senado de la República se nombre un Consejero de Estado con calidad de segundo suplente, lo cual en modo alguno pugna con la disposición número 70 de la C. N., que se refiere exclusivamente al nombramiento de Designados, primero y segundo, para ejercer el Poder Ejecutivo a falta del Presidente de la República; SEGUNDA. El Consejero segundo suplente — como Consejero de Estado — tiene funciones propias de tal investidura, que nó las que le atribuye el demandante, de entrar a presidir el Gobierno a falta del primero y segundo Designados, arrebatando así el derecho de sucesión a las personas que en su orden determina el artículo 124 de la C. N., y TERCERA. Porque el Senado de la República no elige suplente al Segundo Designado — como lo entiende el demandante — sino que por virtud de autorización dada por la Constitución (artículo 136) a la ley, ésta determina el número de suplentes que deben tener, sea en forma permanente o accidental, los Consejeros de Estado. Es lo que hace el inciso que se acusa, establecer el nombramiento de un segundo suplente Consejero, cada cuatro años por el Senado, con el propósito de evitar que se desintegre el Consejo por falta del séptimo miembro, en el caso en que cualquiera de los dos Designados no quisiere, o no pudiere presidir el Consejo.

Para mejor entendimiento de las funciones del Consejero segundo suplente, conviene transcribir íntegro el artículo 7º. que a la letra dice: "Las faltas temporales o absolutas del Primer Designado serán

llenadas en el Consejo por el Segundo Designado, al cual corresponde en este caso la Presidencia de la Corporación. Cada cuatro años el Senado de la República elegirá un Consejero segundo suplente, llamado a llenar las faltas temporales o absolutas del Segundo Designado. Cuando este suplente entre a ejercer su cargo, en el caso previsto en el anterior inciso, tendrá las funciones propias de un Consejero de Estado. La Corporación será entonces presidida conforme se dispone en el artículo 9º de esta ley".

El artículo 9º mencionado estatuye: "El Consejo de Estado no podrá reunirse sino con asistencia de cinco de sus miembros cuando menos. Las sesiones serán presididas, a falta del Designado, por el Vicepresidente, el cual será elegido el primero de diciembre de cada año. A falta de éstos presidirá uno de los Consejeros por orden alfabético de apellidos".

Bien se observa — leídas en su totalidad las disposiciones — que no hay lugar a confundir las funciones del Consejero segundo suplente con las de uno cualquiera de los Designados, que no llega a sustituírlo como Designado, ni siquiera en el acto de presidir el Consejo, porque las atribuciones de aquél son exclusivamente las propias de un Consejero de Estado, nó las de Designado. Y cuando el Consejero segundo suplente presidiera el Consejo, lo haría como miembro de la Corporación, con calidad de Vicepresidente, o por razón del orden alfabético, y no llenando funciones propias del Designado.

Además, el nombramiento de un Consejero segundo suplente se acomoda a la Constitución, mandato 136, que deja a la ley la fijación del número de suplentes de los Consejeros. Dice el artículo 136 de la Constitución Nacional: "La ley determinará el número de suplentes que deben tener los Consejeros, y las reglas relativas a su nombramiento, servicio y responsabilidad".

Por tanto, es el caso de considerar que el inciso acusado (2º del artículo 7º de la ley 167 de 1941) no se opone a la Carta Fundamental.

— III —

El estatuto legal (inciso 3º, artículo 8º de la ley sobre jurisdicción contencioso-administrativa) que autoriza al Presidente de la República para nombrar en interinidad el Consejero o los Consejeros necesarios cuando falten el principal y los suplentes, mientras la Cámara legislativa correspondiente hace la elección del titular o de los titulares, se acusa de quebrantar el artículo 136 de la Constitución, "puesto que dicho mandato sólo faculta al legislador para determinar el número de suplentes de los Consejeros y las reglas relativas a su nombramiento, pero no crear, adicionalmente, interinos. Además, la disposición viola el principio del artículo 52 de la Carta, que consagra la separación de funciones de los Organos del Poder Público, pues si la jurisdicción contencioso-administrativa tiene por principal función la de controlar la legalidad de los actos del Gobierno, mal puede dársele a éste la autorización de nombrar sus propios jueces, y el interino o interinos que el Presidente pudiera designar conforme al artículo que parcialmente acuso, podrían llegar a constituír el Consejo de Estado, infringiendo así las atribuciones del Congreso o de las Cámaras para constituír ese organismo constitucional".

Dice el señor Procurador General de la Nación acerca de este punto: "el Gobierno está investido de facultad por el artículo 146 de la Carta para nombrar Magistrados interinos de la Corte Suprema de Justicia, y en este mismo sentido de nombramientos interinos, el legislador tiene sentadas reglas generales que están consagradas en las siguientes disposiciones:

"Artículo 68 del código de régimen político y municipal: 'Corresponde al Presidente de la República como suprema autoridad administrativa: ..... 11º Nombrar interinamente, en receso del Congreso, los empleados que éste o cualquiera de sus Cámaras debiera elegir, siempre que falten o no haya suplentes que puedan reemplazarlos'.

"Artículo 249: 'Cuando faltare absolutamente un empleado que no pueda ser reemplazado por el suplente o suplentes, la primera autoridad política del lugar nombrará al empleado interino y dará cuenta en él al que debe proveer el empleo'. Precisamente, el carácter de precariedad o transitoriedad que entraña la facultad de hacer nombramientos interinos, prueba que ésta es una medida de excepción que se justifica porque consulta mejor, más eficaz y prácticamente, los fines que tiene el ejercicio permanente de los servicios públicos.

"La invocación que hace el doctor Pareja de la sentencia del 12 de diciembre de 1919, se vuelve en definitiva contra su propia tesis. El caso concreto considerado en dicha sentencia fue el del decreto ejecutivo número 1289 del 24 de junio de 1919 por medio del cual el Gobierno nombró interinamente Consejero de Estado al doctor Ismael E. Castro en reemplazo del general Jorge Holguín, quien ejercía la presidencia del Consejo como segundo designado. La tesis sostenida en la mencionada sentencia por la mayoría de la Corte — de 5 Magistrados contra la opinión adversa de 4 — fue la de que el decreto 1289 de 1919 era inexequible; pero es lo cierto que aquella misma sentencia cerró sus razonamientos con los siguientes conceptos: "el constituyente previó el caso de la falta absoluta o temporal de todos los Consejeros de Estado, inclusive el primer Designado, en el artículo 5º del acto reformatorio de 1914, y autorizó allí al legislador para determinar y nombrar los suplentes respectivos. Corresponde pues a las Cámaras Legislativas, si lo tienen a bien, determinar por medio de ley los suplentes que deben integrar el Consejo de Estado cuando lleguen a faltar temporal o absolutamente los dos Designados, o por otro sistema proveer al regular funcionamiento del Consejo' ".

Bastarían los razonamientos expuestos por el señor Procurador para llegar a la afirmación de que el inciso demandado es exequible. Pero, además, hace la Corte otras consideraciones que reafirman su parecer.

El nombramiento de interino por el Presidente de la República, en el caso de faltar el Consejero principal y los Consejeros suplentes, es atribución que no viola en ninguna de sus partes el artículo 136 de la Constitución, el cual da a la ley la determinación del número de suplentes que deben tener los Consejeros; lo deja intacto, en nada lo desfigura, pero ni siquiera lo interpreta.

El Código de Régimen Político y Municipal, artículo 168, faculta al Presidente de la República para nombrar, en receso del Congreso, los empleados que éste o cualquiera de sus cámaras debiera elegir, siempre que falten o no haya suplentes para reemplazarlos. La ley 167 de 1941 confiere igual atribución al Presidente para nombrar en interinidad Consejeros de Estado, cuando se cumplan estos requisitos: a) que las Cámaras Legislativas estén en receso; b) que falten temporal o absolutamente el principal y los suplentes en ejercicio, y c) que el nombramiento dure hasta cuando el Congreso, o la Cámara correspondiente haga nueva designación.

Así como la Constitución le da al Presidente la facultad de nombrar Magistrados interinos de la Corte Suprema, el Código de Régimen Político y Municipal permite que nombre, en general, los empleados que deben designar las Cámaras, a falta de ellas, la disposición que se acusa traduce el mismo principio de prudente y buena administración, que evita el que se paralice el funcionamiento del primer órgano contencioso administrativo del país, permitiendo también, en casos verdaderamente excepcionales, y para que obre efecto muy transitorio, mientras las Cámaras proveen lo conducente, que el Presidente designe en interinidad Consejeros de Estado.

La disposición no recorta o disminuye las atribuciones del Congreso, ya que éste puede, en cualquier momento, ejercer sus funciones propias, cesando, desde enton-

ces, los efectos del acto de nombramiento hecho por el Presidente de la República.

No encuentra la Corte, en virtud de lo expuesto, que exista tacha fundada de inconstitucionalidad contra aquella disposición de la ley contencioso administrativa.

— I V. —

El inciso final del artículo 24 de la ley 167 que se acusa dice: "Los dictámenes del Consejo de Estado no son obligatorios para el Gobierno, excepto en el caso del ordinal 4º de este artículo, cuando el dictamen fuere adverso a la apertura del crédito".

"Esta disposición — afirma el demandante — viola el inciso 2º de la atribución 1ª del artículo 137 de la Carta Fundamental, que autoriza al Consejo de Estado para actuar como cuerpo consultivo del Gobierno y dice que 'los dictámenes del Consejo de Estado no son obligatorios para el Gobierno'; y el artículo 24 de la ley 167 de 1941 señala precisamente las funciones del Consejo 'como cuerpo consultivo'; no importa que el artículo 208 de la Constitución diga que el Poder Ejecutivo no podrá abrir los créditos 'sino en las condiciones y por los trámites que la ley establezca', porque esta disposición se refiere a cosa distinta, es decir, a los requisitos que el Gobierno debe llenar dentro de la administración interna, y a los trámites meramente presupuestales, pero no a lo externo, como es la participación del Consejo de Estado, ya que no podría calumniarse al constituyente haciéndole decir que en el artículo 208 quiso expresar algo que estaría en contradicción con lo que dijo en el artículo 137. La regla es que siempre que el Consejo de Estado actúa como cuerpo consultivo sus dictámenes no obliga al Gobierno; si el constituyente hubiera querido consagrar en el artículo 208 una excepción, lo habría dicho en el inciso 2º del artículo 137".

Ha previsto el artículo 23 de la ley 167 de 1941 que el Consejo de Estado tiene funciones consultivas, jurisdiccionales y administrativas.

Como supremo cuerpo consultivo está obligado a rendir su dictamen cuando el Gobierno lo solicite, o lo dispongan la ley y la Constitución. Actualmente debe rendir concepto por mandato de la ley en los casos señalados en el artículo 24 que se estudia, y de acuerdo con la Constitución, según los numerales 10 y 11 del artículo 115 y los artículos 24 y 117.

Como tribunal supremo de lo contencioso administrativo — en función jurisdiccional — decide privativamente o en segunda instancia de los actos enumerados en los artículos 34 y 35 de la ley 167, a más de otras controversias señaladas a su competencia. Y como órgano jurisdiccional conoce de la ilegalidad de los actos dictados por el Gobierno, los Ministros y demás funcionarios administrativos del orden nacional, con excepción de los decretos del Gobierno que se tachen de inconstitucionales; y de la nulidad de las providencias administrativas que lesionen derechos de particulares.

La Sala se concreta a estudiar el asunto como se le ha presentado: si los conceptos del Consejo de Estado, cuando **obra como cuerpo consultivo**, son obligatorios para el Gobierno, en el caso del inciso final del artículo 24 del código contencioso administrativo.

Debe entenderse que en la labor consultiva del Consejo de Estado — concentrada en conceptos y opiniones — no cabe la fuerza coercitiva que caracteriza las otras funciones del mismo Consejo.

En la función consultiva del Consejo, con efecto ilustrativo para el Gobierno, se deja a éste la autonomía de calificar el dictamen, de hallarlo acertado o no, de admitirlo o rechazarlo. Su alcance no es imperativo, como cuando decide sobre presas marítimas, sobre revisión de cartas de naturaleza, sobre juicios electorales, o sobre la legalidad de un decreto o resolución.

Así entendida la función consultiva, no debe interpretarse ni confundirse con las funciones administrativa y jurisdiccional, para prorrogarle, por el mero hecho de ser función de la misma entidad, el ca-

rácter general y obligatorio de ellas en otros casos.

La Constitución Nacional, en el artículo 137, confiere al Consejo de Estado la siguiente atribución: "1ª Actuar como Cuerpo Supremo consultivo del Gobierno, en asuntos de administración, debiendo ser necesariamente oído en todos aquéllos que la Constitución y las leyes determinen. Los dictámenes del Consejo de Estado no son obligatorios para el Gobierno".

Por el contenido de esta disposición de la Carta, a la cual otra simplemente legal no puede oponerse, se determina que los dictámenes del Consejo de Estado, cuando obra como cuerpo consultivo "no son obligatorios para el Gobierno".

Con sometimiento a este precepto de la Constitución han de dictarse las leyes, o los decretos que regulen las funciones consultivas del Consejo. Por tanto, el mandato que contraríe la regla dicha de que los conceptos del Consejo no obligan al Ejecutivo, viola la Ley Fundamental en su artículo 137.

Como en tal situación se dalla el inciso final del artículo 24, se impone la consiguiente declaración de inconstitucionalidad.

En razón de las consideraciones que preceden, la Corte Suprema de Justicia, en Sala Plena, ejercitando la facultad que le concede el artículo 149 de la Constitución Nacional, y oído el señor Procurador General de la Nación,

Decide:

1º Son exequibles el inciso 2º del artículo 7º, y el inciso 3º, artículo 8º, de la ley 167 de 1941, orgánica de la jurisdicción contencioso-administrativa;

2º Es inexequible el artículo 62 de la ley 167 de 1941, en la parte que señala al Consejo de Estado competencia y jurisdicción para conocer de la inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno.

Es asímismo inexequible el inciso final del artículo 24 de la mencionada ley.

Publíquese, cópiese y notifíquese. Insértese en la Gaceta Judicial y dése cuenta al Ministerio de Gobierno.

Campo Elías Aguirre — José Miguel Arango — José M. Blanco Núñez — Aníbal Cardoso Gaitán — Isaías Cepeda—Liborio Escallón — Absalón Fernández de Soto — Ricardo Hinestrosa Daza — Fulgencio Lequerica Vélez — José Antonio Montalvo — Hernán Salamanca — Arturo Tapias Pilonieta — Pedro León Rincón.
Srio. en ppdad.

SALA DE CASACION CIVIL

ACCION RESCISORIA POR LESION ENORME DE UNA PARTICION

1. En la acción rescisoria por lesión enorme lo que se debate en juicio y lo que en realidad constituye la sujeta materia de la controversia no es el origen, ni la legitimidad de existencia del derecho mismo que se considera lesionado, ni las demás circunstancias que conduzcan a fijarlo en cabeza del actor. Son otras las acciones que la ley otorga para la defensa de un derecho o interés patrimonial. Ya dijo la Corte que "por este aspecto del problema lo que viene a ser conducente en el debate judicial y lo que constituye en esencia el cuasi-contrato de litis contestatio, es la debida confrontación y examen del precio estipulado por la venta y del justo precio de la cosa vendida en la fecha de la convención, para de esa manera decidir judicialmente si, en efecto, entre esos dos precios o elementos de estimación existe una diferencia tan sustancial que ésta se eleve más de la mitad del justo precio de la cosa o más del doble del precio estipulado". De manera que para que prospere la acción rescisoria por lesión enorme de una partición herencial, al tenor del artículo 1405 del C. C., es necesario que en realidad se pueda hacer en juicio la debida confrontación y examen entre el precio o valor señalado en los inventarios y en la hijuela al bien o bienes adjudicados al heredero lesionado y del justo precio o valor venal de tal o tales bienes comprendidos en la hijuela lesionada, para decidir judicialmente y con vista de tales factores estimativos si, en efecto, entre las dos valoraciones antes determinadas existe una diferencia tan sustancial que ésta baje de la mitad del justo precio de la cosa adjudicada. — 2. Los frutos naturales y civiles producidos con posterioridad a la muerte del causante, por los bienes que constituyen la mortuoria, no forman parte del haber sucesoral, como entidad separada que forma parte del activo; ni menos deben considerarse como parte específica de éste, para los efectos de la liquidación de las respectivas asignaciones herenciales. Tales frutos no es procedente inventariarlos separadamente, ya que ellos pertenecen a los herederos, a prorrata de sus cuotas hereditarias y habida consideración a los bienes que los produjeron y a los asignatarios a quienes se adjudicaron. A lo que puede agregarse que ni aun por motivos fiscales es de rigor inventariarlos, por estar eximidos del pago de impuestos y no tomarse en consideración para la fijación y cobro de las respectivas contribuciones sobre las mortuorias.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Civil — Bogotá, marzo trece de mil novecientos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Fulgencio Lequerica Vélez).

Antecedentes

1. En el juicio de sucesión de la señora María Antonia Cajigas de Jiménez, que cursó en el Juzgado 5º de este Circuito, se llevó a cabo la distribución de los bienes herenciales, previa liquidación de la sociedad conyugal formada con su esposo legítimo señor Servio Tulio Jiménez.

2. La difunta no dejó descendencia legítima, por lo cual, previa la liquidación de la ya mencionada sociedad conyugal, sus bienes pasaron a manos de sus parientes colaterales. En la cuenta de partición respectiva se liquidó la hijuela correspondiente a la heredera señora Ana Tulia Cajigas de Amaya, hermana de la causante, adjudicándole en pago de dicha hijuela parte de un crédito proveniente de frutos de bienes de la mencionada sucesión, inventariado a cargo del señor Lucio Antonio Amaya, como administrador de los bienes sucesorales, por valor total declarado de un mil doscientos sesenta y siete pesos con cincuenta cs. ($ 1,267.50). La adjudicación se hizo a Ana Tulia por valor sobre dicho crédito de ochocientos dos pesos con diez y seis cs. ($ 802.16), correspondiente a la cuantía de su cuota herencial.

Juicio ordinario

Ante el Juzgado 5º del Circuito Civil de Bogotá presentó la señora Ana Tulia Cajigas de Amaya demanda ordinaria contra todos los herederos reconocidos en dicha mortuoria y contra el cónyuge supérstite señor Servio Tulio Jiménez, suplicando estas declaraciones extractadas: 1ª Que la partición de los bienes de la sucesión de María Antonia Cajigas de Jiménez es nula por causa de rescisión por lesión enorme en la forma de pago del derecho hereditario correspondiente a la heredera Ana Tulia Cajigas de Amaya, al entregarle el valor y monto total de su herencia con parte de un crédito no reconocido ni aceptado por el presunto deudor, procedente de frutos de los bienes sucesorales; 2ª Que como consecuencia de la anterior declaración se ordene la cancelación de las respectivas inscripciones de registro de hijuelas de dicha sucesión; 3ª Que se condene a los demandados a restituír a la sucesión no solamente los bienes que le fueron adjudicados, sino los frutos naturales y civiles percibidos o que hubieran podido percibirse con mediana inteligencia y cuidado; 4ª Que se ordene rehacer la partición, con la obligación de repartir entre los adjudicatarios las partidas inventariadas, distribución que debe hacerse en proporción a los derechos de cada asignatario; y 5ª Que se condene a los demandados a las costas del proceso, si se opusieren.

Luégo de agotado el trámite de la primera instancia el Juez del conocimiento le puso fin en sentencia de 19 de abril de 1940, en la cual negó las peticiones hechas en la demanda y absolvió a los demandados de los cargos que en ella fueron formulados.

La sentencia acusada

De esta decisión de primer grado apeló la parte actora y surtida la segunda instancia correspondió fallarla al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, a la que puso fin en la sentencia que es materia de este recurso de casación, fechada el 6 de diciembre de 1940. Se confirmó en todas sus partes y con los mismos argumentos el fallo absolutorio apelado.

Los fallos absolutorios se fundan en la consideración primordial y básica de que para el debido éxito de la acción rescisoria por lesión enorme de la partición se requiere, ante todo, una confrontación entre el valor real y efectivo de los bienes adjudicados en la hijuela lesionada y el valor señalado y reconocido en la hijuela a los susodichos bienes. Y al estudiar este factor importante del litigio no lo halla comprobado, como así lo expresa la sentencia en estos dos apartes:

"Lo cual significa para el caso de que aquí se trata, que el hecho de haberse cubierto su asignación a la señora deman-

dante en frutos producidos por las especies sucesorales en vez de haberlo sido en bienes dejados directamente por la causante, no puede servir de fundamento a la acción rescisoria por lesión enorme, sino previa la comprobación de que en el acto de la partición dichos frutos valían menos de la mitad de la cuota herencial a que tenía derecho, habida consideración del monto de la masa partible, del grado de parentesco por cuya razón fue llamada a suceder y de la proporción en que los otros coherederos tenían derecho a concurrir".

"Según se ha dicho, a la señora Ana Tulia Cajigas le correspondió en la sucesión de su hermana doña María Antonia Cajigas, una asignación por valor de **ochocientos dos pesos y diez y seis centavos** ($ 802.16), para pagarle la cual le fue adjudicado "sobre un crédito de mil doscientos sesenta y siete pesos con cincuenta centavos ($ 1.267.50), a cargo de Lucio Antonio Amaya, proveniente de los frutos de los bienes herenciales, de noviembre de 1928 a agosto de 1932, la cantidad de ochocientos dos pesos con ciento sesenta y un milésimos... $ 802.161". De consiguiente, para la viabilidad de la acción rescisoria por lesión enorme que dicha asignataria ha propuesto, es preciso establecer que el monto real de dichos frutos en el momento en que se llevó a cabo la distribución de bienes valía menos de la mitad de dicha suma, esto es, de $ 401.08".

El recurso

Interpuso recurso de casación el apoderado de la parte actora y acusa la sentencia por la primera causal de las determinadas en el artículo 520 del C. J., esto es, por considerar dicho fallo como violatorio de ley sustantiva, tanto por infracción directa como por aplicación indebida e interpretación errónea.

Alega la recurrente, en primer término, que se ha violado por el partidor el artículo 1394 del C. C., que le ordena proceder a la distribución de los efectos hereditarios teniendo presente varias reglas, entre otras la de que en la formación de los lotes se procurará no sólo la equivalencia sino la semejanza de todos ellos. Se le ha violado por falta de aplicación al caso del pleito. También acusa por violación directa del artículo 1398 del mismo Código, porque dentro de los bienes inventariados se hallaban algunos pertenecientes a la sociedad conyugal y por virtud de esa disposición los frutos adjudicados a la demandante correspondían en gran parte al cónyuge supérstite, sin que el partidor hiciera la debida separación de tales frutos.

Igualmente estima la recurrente que incurrió el Tribunal en una interpretación errónea del artículo 1405 del C. C. que consagra la acción rescisoria por lesión enorme de las particiones herenciales, al estimar que la disposición se extiende a un valor denunciado en la sucesión. Quiere esto decir que en una partición ha sufrido lesión enorme quien ha recibido menos de la mitad del valor de su derecho con los bienes que le han sido asignados para el pago de su hijuela. Concluye que hubo error de hecho en la apreciación de la prueba pericial agregada al proceso y relativa al valor del crédito por frutos asignados a la heredera demandante señora Cajigas de Amaya.

La Corte considera:

Es evidente que en la acción rescisoria por lesión enorme lo que se debate en juicio y lo que en realidad constituye la sujeta materia de la controversia no es el origen, ni la legitimidad o existencia del derecho mismo que se considera lesionado, ni las demás circunstancias que conduzcan a fijarlo en cabeza del actor. Son otras las acciones que la ley otorga para la defensa de un derecho o interés patrimonial. Ya dijo esta Corte que "por este aspecto del problema lo que viene a ser conducente en el debate judicial y lo que constituye en esencia el cuasi contrato de litis contestatio, es la debida confrontación y examen del precio estipulado por la venta y del justo precio de la cosa vendida en la fecha de la convención, para

de esa manera decidir judicialmente sí, en efecto, entre esos dos precios o elementos de estimación existe una diferencia tan sustancial que ésta se eleve a más de la mitad del justo precio de la cosa o más del doble del precio estipulado". (G. J. Nº 1943).

De manera que para que prospere la acción rescisoria por lesión enorme de una partición herencial, al tenor del artículo 1405 del C. C., es necesario que en realidad se pueda hacer en juicio la debida confrontación y examen entre el precio o valor señalado en los inventarios y en la hijuela al bien o bienes adjudicados al heredero lesionado y del justo precio o valor venal de tal o tales bienes comprendidos en la hijuela lesionada, para decidir judicialmente y con vista de tales factores estimativos si, en efecto, entre las dos valoraciones antes determinadas existe una diferencia tan sustancial que ésta baje de la mitad del justo precio de la cosa adjudicada.

En el caso de autos se adjudicó a la heredera Ana Tulia Cajigas de Amaya, que es la actora y recurrente en casación, para cubrirle su hijuela herencial, una asignación por valor de ochocientos dos pesos, diez y seis centavos ($ 802.16), sobre un crédito de $ 1.267.50, inventariado a cargo de Lucio Antonio Amaya, proveniente de los frutos de los bienes herenciales, de noviembre de 1928 a agosto de 1932.

Por lo tanto, para que prospere la acción incoada, que tiene una naturaleza típica y específica, es necesario demostrar en el proceso que dicho crédito no tenía existencia real y auténtica a favor de la sucesión, o que al momento de hacerse la partición y adjudicación de dicha mortuoria tenía un monto o valor inferior a la mitad del valor de la hijuela, o sea en el caso de autos un valor inferior a $ 401.08.

Aparecen plenamente demostrados en el proceso estos dos hechos:

a) Que el crédito adjudicado en parte a la actora para cubrirle la totalidad de su hijuela no provenía de una obligación civil o derecho personal a favor de la causante, sino de frutos civiles producidos por los bienes relictos, con posterioridad al fallecimiento de la de cujus; y

b) Que el saldo líquido de tales frutos no era el que indicaban los inventarios y el que luégo se adjudicó en la hijuela de la actora, sino otro muy inferior en su cuantía, que sólo ascendía a $ 185.00.

En cuanto al primer hecho, que se repite, aparece plenamente evidenciado y no ha sido controvertido en el proceso, bien sabido es que los frutos naturales y civiles producidos con posterioridad a la muerte del causante, por los bienes que constituyen la mortuoria, no forman parte del haber sucesoral, como entidad separada que forma parte del activo; ni menos deben considerarse como parte específica de éste, para los efectos de la liquidación de las respectivas asignaciones herenciales. Tales frutos no era procedente inventariarlos separadamente, ya que ellos pertenecían a los herederos, a prorrata de sus cuotas hereditarias y habida consideración de los bienes que los produjeron y de los asignatarios a quienes se adjudicaron; o, en el caso del pleito, debían pertenecer en parte también al cónyuge supérstite, dado que todavía no se había liquidado la sociedad conyugal existente entre éste y la difunta señora María Antonia Cajigas de Jiménez. En ambos casos los artículos 1395 y 1398 del C. C. señalan a tales frutos una destinación especial, a efecto de que no figuren en el haber sucesoral. A lo que puede agregarse que ni aun por motivos fiscales es de rigor inventariarlos, por estar eximidos del pago de impuestos y no tomarse en consideración para la fijación y cobro de las respectivas contribuciones sobre las mortuorias.

En lo relativo al segundo hecho, figuran en autos copias auténticas del estado y detalle de la cuenta que Lucio Antonio Amaya rinde como recomendado para la administración de tales frutos, cuyos originales fueron desglosados en legal forma y no fueron tachados ni redarguidos por los demandados. De tal estado se desprende que el saldo líquido en poder del administrador, por concepto de frutos, as-

cendía sólo a ciento ochenta y cinco pesos, moneda legal ($ 185.00), deducidos los gastos pertinentes de administración de tales bienes.

Al rendirse el dictamen pericial pedido en este juicio y tendiente a demostrar tanto la existencia posible del crédito adjudicado a la actora, como su auténtico valor o precio, los peritos expresan estos conceptos:

"Al estudiar el pago de estas hijuelas hallamos lo que pasamos a exponer: Hijuela de la señora Cajigas de Amaya. Esta hijuela, por la cantidad de $ 802.16, fue íntegrante pagada con parte del crédito inventariado a cargo del señor don Lucio A. Amaya. Es decir, que se le pagó precisamente la totalidad de sus derechos con una acreencia procedente de frutos de la sucesión, acreencia que en el juicio no aparece respaldada con documento alguno, ni con auto ni con sentencia que haya condenado al señor Amaya a pagar la cantidad inventariada, ya que el crédito, al ser denunciado, no tuvo más respaldo que la afirmación de la persona que hubo de jurar el mencionado denuncio de bienes".

"Tanto el crédito a cargo del señor Amaya, como el crédito a cargo del señor doctor Rodríguez Suárez, son créditos ilíquidos, cuya procedencia se halla en tela de juicio, y, de consiguiente, aún no tiene una existencia precisa y determinada en un guarismo aritmético".

"En consecuencia, en nuestro concepto, esas dos acreencias, la a cargo de Amaya, como la que gravita sobre Rodríguez Suárez, han debido distribuírse entre los herederos y los subrogarios a prorrata de sus coutas respectivas, y, en ningún caso haberse destinado al pago de hijuelas o derechos hereditarios".

De todo lo expuesto deduce la Corte las consecuencias que pasan a expresarse:

1ª—Que el bien adjudicado a la heredera Ana Tulia Cajigas de Amaya y consistente en parte de un crédito proveniente de frutos producidos por los bienes relictos no tenía existencia real como bien sucesoral a la fecha en que fue inventariado, ni menos podía tenerla al momento de su adjudicación en el trabajo de partición, por tratarse de frutos que no hacían parte del haber hereditario y que en realidad, por haberse percibido con posterioridad a la muerte de la causante, pertenecen al cónyuge sobreviviente y a los herederos ab-intestato, a prorrata de sus respectivas cuotas;

2ª—Que aún en caso de tener tal existencia real, no podía reconocérsele en los inventarios e hijuelas un valor o precio superior al saldo líquido que figura en el detalle o corte de cuentas exhibido por el administrador Amaya; y menos podía adjudicársele por un valor mayor a uno de los asignatarios; y

3ª—Que teniendo el crédito adjudicado una valoración total de ciento ochenta y cinco pesos moneda corriente ($ 185.00), su valor es inferior a la mitad del justo precio o estimación dada en la partición a la hijuela de la actora señora Cajigas de Amaya, cuya cuantía asciende a $ 802.16.

Siendo indudables tales premisas hay que concluír que el Tribunal incurrió en error de hecho manifiesto al apreciar el dictamen pericial, porque los peritos sí dan el fundamento de su dictamen y lo basamentan en elementos del proceso no discutidos ni tachados. Como consecuencia, se interpretó equivocadamente el artículo 1405 del C. C. que consagra la lesión enorme para tales casos, ya que se adjudicó en la partición acusada un bien que no tenía existencia real o que, de tenerla, representa un valor inferior a la mitad del monto total de la cuota herencial liquidada a la actora y que debía cubrirse con bienes sucesorales, de acuerdo con las reglas del artículo 1394 del C. C. Debe prosperar por lo tanto, el cargo que viene formulado y que precisamente se hace consistir en interpretación errónea de tal precepto legal y en error de hecho manifiesto al apreciarse la prueba pericial. Es de rigor quebrar el fallo acusado

y al asumir esta Sala las funciones de tribunal de instancia, son suficientes las razones expuestas para revocar el fallo absolutorio de primer grado y en su lugar hacer las declaraciones sobre lesión enorme introducidas en la demanda.

Fallo

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior de Bogotá el 6 de diciembre de 1940, y previa revocatoria de la de primera instancia, dictada por el Juez 5º de este Circuito el 19 de abril de 1941, decide este pleito así:

Primera. — Declárase rescindida, por causa de lesión enorme, la partición judicial de los bienes que forman el haber de la sucesión de la señora María Antonia Cajigas de Jiménez, aprobada por sentencia de 27 de julio de 1937, dictada por el Juez 8º Civil del Circuito de Bogotá, en cuanto a la forma de pago del derecho hereditario correspondiente a la heredera Ana Tulia Cajigas de Amaya, que se cubrió íntegramente con parte de un crédito cuya existencia real y cuyo monto definitivo no ha sido reconocido ni aceptado por el presunto deudor.

Segunda.—Como consecuencia de la declaración anterior se ordena la cancelación de las respectivas inscripciones de registro, de la partición y de su sentencia aprobatoria, en los libros correspondientes de los Circuitos de Bogotá y Tunja.

Tercera.—Los bienes adjudicados en la partición que se rescinde quedan en estado de comunidad herencial, con todos sus frutos, hasta la nueva partición que se ordena practicar con arreglo a las disposiciones legales.

No hay condenación en costas, ni en las instancias ni el recurso.

Cópiese, notifíquese, publíquese, insértese en la "Gaceta Judicial" y devuélvase al Tribunal de origen.

Isaías Cepeda — José Miguel Arango. Liborio Escallón. — Ricardo Hinestrosa Daza.—Fulgencio Lequerica Vélez.—Hernán Salamanca. — Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

ACCION PARA EL PAGO DE PERJUICIOS

Tratándose de una sola culpa, como en el caso de autos, no es aceptable por injurídico, considerarla a la vez como culpa contractual y como culpa aquiliana, buscando a un mismo tiempo la aplicación de disposiciones aplicables sólo en el concepto de haber contrato y la de disposiciones cuya aplicabilidad requiere precisamente que no lo haya. Claro es que pueden ocurrir a la vez ambas culpas y que puede acontecer que simultáneamente hayan de estudiarse y juzgarse las dos, lo que precisamente habrá de hacerse en tal evento tomando cada una a la luz de sus peculiaridades.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, diez y ocho de marzo de mil novecientos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Ricardo Hinestrosa Daza).

Israel Korman, víctima del siniestro acaecido en el Teatro Alcázar de Medellín en la noche del 28 de enero de 1935, demandó en vía ordinaria en el Juzgado 3º Civil de ese Circuito indemnización de perjuicios y señaló sus demandados en esta forma: en primer lugar la sociedad anónima de ese domicilio Cinemas América, por estar en posesión del edificio como dueño o arrendatario y no haber empleado en conservarlo el cuidado de un buen padre de familia; en subsidio o segundo lugar, Jesús y Eduardo Londoño como condueños del mismo inmueble entre sí y con la Compañía dicha, y en subsidio o último lugar, Paulino Londoño como encargado de la edificación y del suministro de materiales para construírlo.

La sentencia de primera instancia negó las declaraciones pedidas y absolvió a los demandados, con fecha 20 de octubre de 1938 y el Tribunal Superior de allí, el 7 de diciembre de 1940 decidió la segunda instancia en estos términos, según el tenor de su parte resolutiva: ... confirma la sentencia apelada con la reforma de que se absuelve a la parte primeramente demandada, Cinemas América. Respecto de los señores Jesús y Eduardo Londoño se declara probada falta de legitimación de la causa, carencia de acción o ineptitud sustantiva de la demanda, y respecto del señor Paulino Londoño declárase probada la excepción temporal de petición de modo indebido o antes de tiempo".

Se decide aquí el recurso de casación, ya debidamente tramitado, que el demandante interpuso contra el fallo del Tribunal.

El estudia los temas jurídicos pertinentes con plausible erudición y los hechos con el debido detenimiento en relación con aquéllos y con las probanzas. Las razones cardinales de sus conclusiones expresadas pueden resumirse así:

La Compañía tenía sobre sí obligaciones de medio, no de resultado; la teoría del riesgo, no acogida en lo general, no tiene cabida en contratos como los que figuran en el elenco de este pleito, y cardinalmente, aquélla comprobó su debido cuidado y aún el caso fortuito, siendo de advertir que éste consistió en la caída o derrumbe del techo de un edificio moderno "llevado a cabo por buenos ingenieros y con buenos materiales, al menos al parecer", circunstancias que concurren a no entenderla obligada a prevenir o conjurar un suceso que, así las cosas, era imprevisible.

Jesús y Eduardo Londoño fueron demandados personalmente y en calidad de dueños, y aduciendo los títulos del caso, demostraron que el edificio no es de ellos

sino de la sociedad colectiva de comercio demandados ellos como propietarios y él que entre ellos existe.

Cuanto a Paulino Londoño, estima el Tribunal que no prosperando la acción contra aquellos señores, no podía entrar a analizar la incoada contra él, porque, como constructor, hay una subordinación tal en las acciones que la imposibilidad de acoger la una, rechazada por lo antedicho, impide considerar la otra.

La demanda de casación aduce el motivo 1º de los del artículo 520 del C. J., dentro del cual acusa de violación de las disposiciones legales que cita y aquí en seguida han de verse, y aduce también el motivo 7º del mismo artículo 520 por la abstención referida en lo tocante a Paulino Londoño.

Se estudian los cargos en el mismo orden que el recurrente los formula.

I.—Violación de estos artículos: a) 2356 y 1604 del C. C. por falta de aplicación o interpretación errónea; b) 1982 del mismo, por falta de aplicación, y c) 2344, 2350 y 2079 del mismo y 487 del C. Co., aquéllos por no haberlos aplicado y éstos por aplicación indebida.

El recurrente reclama porque, según entiende el fallo recurrido, éste confunde la diligencia y cuidado con el caso fortuito en lo tocante a su prueba, en cuanto da por probado lo último con lo primero o en cuanto, al menos, se satisface con la prueba de la diligencia y cuidado debidos y no exige la del caso fortuito, necesaria ante el artículo 1604.

El Tribunal no incurre en esa confusión; además, halla probado el caso fortuito. Más todavía: aunque así no fuera, no podría aceptarse el cargo, porque la demanda se colocó en el preciso punto de vista de la falta en la Compañía del cuidado de un buen padre de familia; de suerte que si ésta comprobó haber puesto ese cuidado, con ello le bastó para destruír la base de la imputación del demandante y para cegar, consiguientemente, la fuente que éste señaló a su acción.

Esto, en lo relativo al artículo 1604. En lo concerniente al 2356, se observa: esta disposición versa sobre la culpa extracontractual y, por lo mismo, es extraña a las relaciones entre el demandante y la Compañía, siendo así que él las sitúa dentro del concepto de haber contrato entre los dos: ella como empresario de la exhibición de cintas cinematográficas y él como asistente al espectáculo.

Claro es que pueden ocurrir a la vez ambas culpas y que puede acontecer que simultáneamente hayan de estudiarse y juzgarse las dos, lo que precisamente habrá de hacerse en tal evento tomando cada una a la luz de sus peculiaridades. Pero tratándose de una sola culpa, como en el caso presente, según lo presentó la demanda y se ha contendido en las instancias, no es aceptable, por injurídico, considerarla a la vez como culpa contractual y como culpa aquiliana, buscando a un mismo tiempo la aplicación de disposiciones aplicables sólo en el concepto de haber contrato y la de disposiciones cuya aplicabilidad requiere precisamente que no lo haya.

Aunque esta reflexión tan breve como decisiva bastaría para rechazar el cargo de violación del artículo 2356, puesto que, como ya se dijo, el demandante como tal y como recurrente ha afirmado y ahora afirma que se está ante un contrato, lo que, repítese, impide pensar en la culpa aquiliana y en las disposiciones atañederas a ésta, no sobra agregar que, ya en fuerza de esa misma situación, ya por otras razones que sería impertinente traer a cuento aquí, la presunción de culpa que establece ese artículo 2356 es del todo extraña a un caso como el del presente pleito, dadas las relaciones entre las partes y dado el modo de plantearlo el actor, a que ya se aludió.

El recurrente habla de dos contratos de arrendamiento: uno entre los dueños del edificio y la Compañía empresaria del espectáculo, y otro entre ésta y el espectador, en los cuales alternativamente ella es inquilino del teatro y arrendador de ese servicio. El artículo 1982 lo cita en forma que parece referirse a ambos. En lo que hace al arrendamiento del edificio,

el actual demandante es un tercero que, por lo mismo, no puede entenderse titular de acciones relacionadas con los derechos y obligaciones recíprocas entre quienes sí son partes en tal contrato. En el otro sí es parte él; pero las concomitantes obligaciones de la Compañía son las comprendidas en el contrato mismo y no pueden ni salirse de él ni llevarse más allá, dentro de lo procedente, de donde las lleva la ley.

A este respecto se observa, como ya se dijo, que el Tribunal halla que la Compañía puso el debido cuidado y diligencia y que no puede considerársela culpada porque no previniera un siniestro imprevisible. Este concepto, reforzado con lo antedicho sobre que se trataba de un edificio moderno dirigido científicamente y levantado con materiales de primera calidad, es al que llega el Tribunal como resultado del análisis detallado de las pruebas. Y sobre la apreciación de éstas no se formula cargo alguno en la demanda de casación, en cuanto por ellas se llega a aquel concepto.

Esto indica la inadmisibilidad del cargo relativo al artículo 1982.

Es verdad que el artículo 2350 hace al dueño de un edificio responsable de los daños que la ruina de éste ocasione, sobre el pie que esa disposición sienta. Si el dedandado hubiera sido la sociedad de la cual se demostró que es el dueño del edificio de que aquí se trata, a buen seguro que el Tribunal habría estudiado en el fondo la acción incoada contra el dueño. Pero, como esta acción la dirigió personalmente contra los señores Jesús y Eduardo Londoño, al ver que no son los dueños, tuvo que abstenerse por tropezar con la valla que esto significa en lo procesal y ante el artículo 2079 del C. J., que hace de la sociedad una persona distinta de los socios individualmente considerados, sin que, por tanto, el hecho de formarla aquellos mismos pueda obstar, consideradas las cosas ante la ley, para que se reconozca esa diferencia con sus obligados resultados consecuenciales.

Y como esto es lo que ha hecho el Tribunal, salta a la vista lo injustificado del cargo relativo al artículo 2079; y otro tanto es de conceptuarse en relación con el Art. 2350, puesto que ni ocasión hubo de que el Tribunal lo tocase en fuerza de la abstención de estudiar la acción contra los Londoños demandados personalmente como dueños sin serlo.

De paso se observa que este cargo lo formula el recurrente junto con el de violación del artículo 2344 de aquel Código, y que, si éste establece solidaridad entre los responsables de un mismo delito o culpa, aquél divide la indemnización entre las personas a quienes el edificio pertenece, cuando hay pluralidad de dueños, a prorrata de sus cuotas de dominio.

Se llama la atención sobre el concepto de solidaridad, porque en él insiste el recurrente, pretendiendo deducir de la que establece el artículo 487 del C. Co. en las sociedades colectivas el cargo de violación de este precepto en la inteligencia de que, por ser solidarios los socios con la sociedad, tanto da demandar a ella como a éstos.

No es aceptable semejante interpretación por extensiva y desviada. Salta a la vista que una cosa es que de las obligaciones sociales hayan de responder los socios en esa forma, en su caso, y otra cosa muy distinta es que la sociedad no tenga su patrimonio propio, tópico éste enteramente extraño a aquél.

Los Londoños fueron demandados personalmente como dueños, y, aduciendo los comprobantes pertinentes, demostraron que el dueño es su sociedad, es decir, que el demandado debió ser esta persona distinta. Tales hechos y su obligada consecuencia procesal no desaparecen ante la consideración, tan fuera de lugar al respecto, de que las personas de los socios responden solidariamente de las obligaciones sociales.

Lo dicho hasta aquí indica por qué no prosperan los cargos formulados dentro del motivo 1º del citado artículo 520 del C. J.

II.—Con el estudio de la causal primera queda hecho el de lo relativo a Cinemas América y a Jesús y Eduardo Londoño. El capítulo segundo de la demanda de casación invoca el motivo 7º de los del citado artículo 520 y versa separada y exclusivamente sobre lo relativo al otro demandado.

Este motivo consiste, según ese texto legal, en "haberse abstenido el Tribunal de conocer de un asunto de su competencia y declarádolo así en el fallo".

Para desechar el cargo bastaría observar que el Tribunal decidió la acción incoada contra Paulino Londoño como constructor declarando probada la excepción de petición de modo indebido o antes de tiempo, cuya calidad de temporal acentúa.

Como se ve, el Tribunal miró hacia la posibilidad de una demanda contra el verdadero dueño, como principal de otra subsidiaria contra el constructor ó, en general, a la posibilidad de que el constructor sea demandado en ésa u otra forma, y deja la puerta abierta para ello al declarar esa excepción temporal, impedido para estudiar ahora y aquí la responsabilidad del constructor por la forma subordinada a la acción contra el dueño con que se formuló la demanda de este juicio y por la circunstancia de haberse señalado como dueño a quien no lo es y no haberse, consiguientemente, estudiado y decidido esta acción principal y subordinante.

Ello es, en todo caso, que la acusación se formula por una supuesta abstención del Tribunal, cuyo fallo acabó decidiendo. Esta consideración basta para que el cargo no se admita.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, no casa la sentencia pronunciada en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín el siete de diciembre de mil novecientos cuarenta.

Las costas del recurso son de cargo del recurrente.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

Isaías Cepeda — José Miguel Arango. Liborio Escallón — Ricardo Hinestrosa Daza—Fulgencio Lequerica Vélez—Hernán Salamanca—Pedro León Rincón, Secretario en propiedad.

ACCION DE RESOLUCION DE UN CONTRATO.—PERSONERIA ADJETIVA

Cuando el vicio procedimental de la personería adjetiva de una de las partes no se proponga a la consideración del Juez haciendo uso del incidente exceptivo para que sea decidido en forma de especial y previo pronunciamiento, o cuando propuesto no ha sido decidido adecuadamente, sino que se elude propiamente la decisión a la sombra de una decisión del punto de representación con la cuestión de fondo, entonces el vicio, no purificado, sigue afectando la validez de la actuación en forma de una de las causas generales de nulidad (artículo 448 C. J.), que puede producir sus efectos legales de acuerdo con el procedimiento señalado por el artículo 456 del C. J. a petición del interesado, o de manera oficiosa según el 455 de la misma obra. El orden público está interesado en la estabilidad definitiva de las actuaciones judiciales a través de las cuales se ejerce la jurisdicción del Estado, y por eso impone a los jueces, antes de proferir sus sentencias definitivas, la obligación de considerar la validez procedimental para que en caso de que observen alguna causal de nulidad le apliquen el tratamiento que da la ley a efecto de limpiar de todo vicio el proceso antes de ser sentenciado firmemente, o para que sea invalidada la actuación y repuesta, en su caso.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil — Bogotá, marzo dieciocho de mil novecientos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Hernán Salamanca).

En libelo que lleva fecha 26 de octubre de 1934, dirigido al Juez 1º del Circuito de Marinilla, Julio César García, en su carácter de Presidente de la **Sociedad Constructora del Tranvía Intermunicipal por la Carretera de Oriente,** asociación con personería jurídica, domiciliada en Medellín, demandó por la vía del juicio ordinario a Julio Ramírez Urrea, mayor y vecino de Marinilla, para que en la sentencia definitiva se declare que está resuelto, por incumplimiento del comprador, el contrato de compraventa celebrado por la sociedad demandante con el demandado, que consta en la escritura pública número 411 de 7 de marzo de 1930, de la Notaría 4ª de Medellín, del inmueble ubicado en el municipio de Rionegro y alinderado como allí se dice; que en consecuencia, dentro de los seis días siguientes al de la ejecutoria del fallo, el demandado debe devolver a la sociedad actora el inmueble de que se trata con todas sus anexidades y mejoras y los frutos que haya producido desde la celebración de la venta, y que está obligado a pagar los perjuicios causados por su incumplimiento contractual, más las costas del juicio.

El estudio que ha de hacer la Corte para la decisión de este recurso, fuera de la cuestión de fondo que ha sido materia del litigio, hace innecesario el recuento de los antecedentes originarios del pleito, consignados a manera de hechos fundamentales de la demanda. La breve historia que va a hacerse de la actuación judicial ofrece los datos y elementos bastantes para apoyar la resolución que se vincula exclusivamente con una cuestión procedimental.

Antes de dar contestación a la demanda propuso el demandado la excepción dilatoria de ilegitimidad de la personería

del representante de la Sociedad actora, con fundamento en que conforme a los estatutos de la empresa la representación judicial y extrajudicial de ella corresponde al Gerente y Julio César García no es tal, ni siquiera Presidente de la Junta Directiva como se dice en la demanda. Tramitado el incidente exceptivo, lo falló el Juzgado declarando probada la excepción propuesta, en auto de 29 de abril de 1935. Negada la reposición que se interpuso contra esta providencia conoció de ella el Tribunal Superior de Medellín por haberse concedido la apelación interpuesta en subsidio, el cual la revocó en resolución del 23 de noviembre de 1935, disponiendo en consecuencia, que Ramírez Urrea contestara la demanda, y por considerar que el punto de representación social se refería a un problema estatutario que en concepto del Tribunal se relaciona con una cuestión sustantiva o de fondo y no de mera personería adjetiva.

Clausurado de este modo el incidente, nada volvió a agitarse en torno de este particular en el desarrollo de la primera instancia, que terminó con sentencia del 26 de noviembre de 1938, en la cual se absolvió al demandado por haber encontrado probada la excepción perentoria de ilegitimidad de la personería sustantiva de la parte demandante.

El recurso de apelación que contra este fallo interpuso el demandante llevó el conocimiento del negocio al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, donde se surtió el segundo grado del juicio al que creyó ponerle adecuado final con su sentencia de fecha 26 de julio de 1940, en la cual, absteniéndose de estudiar y decidir las cuestiones de fondo controvertidas por las partes consideró que el punto para decidir en materia de representación de la sociedad tiene un carácter meramente adjetivo "en cuanto que las personas que aquí han intervenido como representantes de la empresa actora, no tienen su legítima personería".

En el siguiente aparte de este fallo están comprendidas las razones del Tribunal y la fórmula de su decisión:

"Quiere decir todo lo anterior que ha de revocarse la sentencia apelada, en cuanto declara probada la excepción de personería (sic) sustantiva de la parte demandante, y la absolución de la parte demandada; y en su lugar ha de declararse probada la excepción de ilegitimidad de la personería **adjetiva** del demandante y como consecuencia abstenerse de absolver o condenar sobre las súplicas de la acción, porque ello no puede ventilarse sino con legítimos personeros de la entidad actora. Además, para que así no exista cosa juzgada sobre los derechos que correspondan a dicha sociedad.

"Por tanto, el Tribunal administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, Revoca la sentencia apelada, de procedencia y fecha ya citadas, y en su lugar falla: se declara probada la excepción de falta de personería **adjetiva** de la parte demandante, y como consecuencia no hay lugar a resolver sobre los cargos formulados en la demanda que inicia este proceso. No se condena en costas".

El recurso.

Contra esta sentencia y por la parte demandante se interpuso el recurso de casación que debidamente admitido y luego de someterlo a sus trámites legales se decide hoy.

Aduciendo los mismos razonamientos acusa el recurrente la sentencia del Tribunal por el 1º, 2º y el 6º de los motivos legales de casación que enumera y define el artículo 520 del C. J. Después de considerar la Sala los diversos aspectos y problemas que plantea la demanda de casación respecto de cada una de las causales aducidas, limita y circunscribe el estudio del recurso a la causal sexta y omite la consideración de las restantes, de acuerdo con el artículo 538 del C. J., porque la cuestión de nulidad que se plantea como base de este motivo conduce obviamente a la infirmación del fallo acusado, con las consecuencias que señala el art. 540 del código de procedimiento civil.

La causal de nulidad en que se ha incurrido en este juicio, y que el recurrente aduce en apoyo de su acusación por la indicada causal, es la de ilegitimidad de la personería de quien ha figurado como representante de la sociedad demandante, definida en el numeral 2º del artículo 448 del C. J. como una de las causas de nulidad en todos los juicios, y que en éste, en vez de haber sido saneada en conformidad con la ley, aparece como el único fundamento en que el Tribunal asienta su decisión.

La Corte considera:

La cuestión de personería enfocada por el Tribunal, como está advertido en la propia sentencia, versa sobre la meramente procesal o adjetiva, vinculada a la representación del apoderado y demás personas que gestionan a nombre de otras. Los posibles vicios o deficiencias de que puede adolecer esta personería afectan la firmeza y validez de las actuaciones judiciales y para evitarlos y remediarlos ofrece la ley diversos medios utilizables en distintas oportunidades escalonadas a lo largo del procedimiento establecido para el juicio ordinario, que es el de que aquí y ahora se trata. En el principio, dentro del término que tiene para contestar la demanda, puede el demandado suscitar la cuestión de personería por el medio de la excepción dilatoria de la ilegitimidad de la personería en los casos definidos por la ley, con la finalidad exclusivamente relacionada con el procedimiento, para suspenderlo o mejorarlo. (Así ocurrió en el caso de autos como se dijo al recontar la actuación, advirtiendo que el Tribunal, al revocar la providencia del Juez en que declaraba probada la excepción, consideró que el punto era de fondo y se limitó a ordenar al demandado que diera contestación a la demanda).

Cuando el vicio procedimental de que se trata no se proponga a la consideración del Juez haciendo uso del incidente exceptivo para que sea decidido en forma de especial y previo pronunciamiento, o cuando propuesto no ha sido decidido adecuadamente, como en este caso en que no se dijo que es legítima la personería del representante de la sociedad demandante (artículo 450, ord. 1º, C. J.), sino que se eludió propiamente la decisión a la sombra de una confusión del punto de representación con la cuestión de fondo, entonces el vicio, no purificado, sigue afectando la validez de la actuación en forma de una de las causas generales de nulidad (art. 448, C. J.), que puede producir sus efectos legales de acuerdo con el procedimiento del artículo 456 del C. J. a pedimento de interesado, o de manera oficiosa según el 455 de la misma obra. El orden público está interesado en la estabilidad definitiva de las actuaciones judiciales a través de las cuales se ejerce la jurisdicción del Estado, y por eso impone a los Jueces, antes de proferir sus sentencias definitivas, la obligación de considerar la validez procedimental para que en caso de que observen alguna causal de nulidad le apliquen el tratamiento que da la ley a efecto de limpiar de todo vicio el proceso antes de ser sentenciado firmemente, o para que sea invalidada la actuación y repuesta, en su caso.

Es siempre asunto de previo pronunciamiento todo lo referente a personería adjetiva. A la sentencia final, dentro de nuestro sistema procesal, no puede llegar como motivo de decisión lo vinculado exclusivamente con la representación de las partes en el juicio; la ley limita la consideración en el fallo definitivo a las cuestiones constitutivas de excepción perentoria, relacionadas con la existencia misma del derecho controvertido, pero excluye las inductivas de excepciones dilatorias, que deben ser especialmente decididas antes del sentenciamiento del juicio. Involucrar éstas con la sentencia conduce al absurdo de un fallo inhibitorio, como el que está en consideración, contra la expresa disposición del artículo 481 del C. J. que dispone que "los Jueces y Tribunales no pueden, bajo ningún pretexto, negar ni reservar para otro juicio la resolución de las cuestiones que hayan sido materia del pleito", que fue, ni más ni menos, lo que hizo el Tribunal de Medellín en la sen-

tencia acusada en este recurso. Es tan irregular el procedimiento adoptado, que la prueba misma de la ilegitimidad de la personería adjetiva en que se ha incurrido la ofrece la sentencia misma que la declara y en la cual se apoya como único fundamento, según se dejó visto en las trascripciones que se hicieron del fallo recurrido.

Las consideraciones que preceden son bastantes para dar fundamento a la prosperidad del recurso. Por lo cual, la Corte Suprema en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la ley, CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín el 26 de julio de 1940, materia de este recurso de casación, y de acuerdo con el artículo 540 del C. J. declara que el juicio queda en estado de proferir sentencia definitiva para que, después de aplicar el artículo 455 del Código de Procedimiento Civil en su inciso 2º, determine lo procedente con arreglo a derecho.

No hay lugar a condenación en costas.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase al Tribunal de origen.

Isaías Cepeda. — José Miguel Arango. Liborio Escallón. — Ricardo Hinestrosa Daza.—Fulgencio Lequerica Vélez.—Hernán Salamanca. — Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

ACCION DE NULIDAD DE UN CONTRATO Y DE RESTITUCION. — ENAJENACION DE ESPECIES LEGALES POR ACTO TESTAMENTARIO

1.—Cuando el testador vende, por acto posterior al testamentario, una de las especies legadas, ya sea en todo o en parte, se da aplicación estricta al artículo 1193 del C. C. 2.—Aunque el artículo 7º de la ley 95 de 1890 presumió el reconocimiento por parte de la madre respecto de los hijos concebidos por ella siendo soltera o viuda, ésa presunción no le dio la patria potestad por cuanto entre los derechos y obligaciones entre los padres y los hijos naturales, que determinaron los artículos 59 a 64 de la ley 153 de 1887, no se le dio a la madre natural el de la patria potestad. Fue éste un vacío que vino a llenar el artículo 14 de la ley 45 de 1936. 3.—Como ha decidido la Corte varias veces, el registro se retrotrae a la fecha en que se otorga la respectiva escritura. Es imposible, en efecto, que la tradición inscrita, dado nuestro régimen de registro, se verifique coetáneamente, en el mismo instante en que los interesados firman la escritura. Vendido un inmueble, el vendedor tiene la obligación de hacer la tradición de aquél y el comprador, por su parte, está interesado en el mismo sentido. Por eso éste, con frecuencia, hace las diligencias del caso. Pesa sobre el vendedor la obligación de hacer que se efectúe la tradición inscrita, obligación que pasa a sus herederos.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación en lo Civil. — Bogotá, marzo veintitrés de mil novecientos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Liborio Escallón)

Amelia Giedelman otorgó testamento solemne y abierto el 26 de abril de 1916, ante el Notario 5º de Bogotá e instituyó como heredera a su hija natural Susana Giedelman y a los hijos naturales de ésta llamados Amelia, Elisa y Alfonso. Al hacer la partición y distribución de los bienes en el mismo testamento, limitó las asignaciones testamentarias en esta forma: A Susana el local de la carrera 7ª número 221 de esta ciudad y a sus tres nietos, por iguales partes, la hacienda denominada "Terreros", en el municipio de Soacha.

Posteriormente y por medio de la escritura pública número 664 de 14 de agosto de 1916, de la Notaría 5ª de Bogotá, enajenó a título de venta a favor de Susana, los bienes que relacionó y distribuyó en su testamento, a saber: el local y el fundo ya expresados.

Susana Giedelman vendió posteriormente a la señora Carmen Carrizosa de Ricaurte el fundo de "Terreros" y el almacén a Carlos y Manuel Umaña, quienes después lo vendieron a la señora Belén S. de Santamaría de Defrancisco.

La testadora Amelia falleció el 17 de agosto de 1916 y su nieto Alfonso, en libelo de 21 de noviembre de 1938 y por medio de apoderado demandó a Carmen Carrizosa de Ricaurte, Belén S. de Santamaría de Defrancisco, Carlos Umaña B. y a la sucesión de Manuel Umaña Camacho representada por sus herederos para que se declarara la nulidad absoluta del contrato consignado en la escritura pública 664 de 14 de agosto de 1916 de la Notaría 5ª, por la cual Amelia vendió los inmuebles mencionados a Susana y para que se declarara también la nulidad absoluta de los contratos de venta de esos inmuebles.

a la señora Carrizosa de Ricaurte, a los señores Carlos y Manuel Umaña y a la señora Belén S. de Santamaría de Defrancisco.

Ejercitó además la acción restitutoria, tanto de los inmuebles como de sus frutos.

El hecho básico de la demanda consiste en afirmar que el 14 de agosto de 1916, cuando Amelia le otorgó la escritura de venta a Susana, ésta era menor de edad, estaba por lo tanto sometida a la potestad de su madre, por lo cual no podía intervenir en ese contrato.

Admitida la demanda y surtida la tramitación de primera instancia, el Juez del conocimiento, 6º del Circuito de Bogotá, en sentencia de 29 de agosto de 1939 decidió que no es el caso de hacer ninguna de las declaraciones solicitadas en la demanda y absolvió por lo tanto a los demandados de los cargos en ella contenidos.

El Tribunal Superior de Bogotá, fallo de 28 de marzo del año próximo pasado, confirmó, aunque por diferentes motivos, la sentencia del inferior.

La parte vencida recurrió en casación y pasa a decidirse hoy sobre la suerte del recurso.

El Tribunal basa su sentencia en la falta de personería del demandante, y se expresa así: "Si se atiende a la naturaleza de la asignación, resulta que por el testamento instituyó doña Amelia, al niño, hijo de Susana, que habría de llamarse Alfonso, como sucesor en la tercera parte de la finca rural denominada "Terreros", lo que en términos legales significa una asignación a título singular sobre una cuota de la expresada especie inmueble (artículos 1162, 1177, 1178 del C. C.) y el asignatario a título singular no representa al testador según los términos expresados en el artículo 1162. Además como lo anota el señor Juez en el fallo, el inciso 2º del artículo 1193 del C. Civil estipula que, la enajenación de las especies legadas en todo o en parte, por acto entre vivos, envuelve la revocación del legado en todo o en parte; y no subsistirá o revivirá el legado, aunque la enajenación haya sido nula y aunque las especies legadas vuelvan a poder del testador. Si, pues, la testadora vendió luego a Susana, por la escritura pública 664 de 14 de agosto de 1916, la especie inmueble denominada "Terreros" sobre que recaía la asignación a título particular que había hecho a Alfonso en el testamento, aunque esta enajenación fuese nula, el legado no subsiste".

El recurrente apoyado en la primera de las causales del artículo 520 del C. Judicial, hace a la sentencia seis cargos.

Consiste el primero en que el fallador de Bogotá quebrantó los artículos 1162 y 1193 del C. Civil por haberlos aplicado indebidamente al caso del pleito; en que violó los artículos 1155 y 1156 de la misma obra por haberlos dejado de aplicar; en que también violó lo preceptuado por los artículos 1008 y 1011 ibídem por interpretación errónea e infringió los arts. 1758, 1759 del C. Civil y 630 y 632 del C. Judicial.

Vista la acusación y sus motivos, la Corte considera: La testadora en la cláusula cuarta de su testamento destinó o circunscribió el derecho del demandante, vinculándolo en un cuerpo cierto y determinado, singularizado, o sea la tercera parte de la finca de "Terreros".

Cuando Amelia Giedelman vendió a su hija Susana los dos inmuebles mencionados en el testamento, se operó el fenómeno jurídico de que trata el artículo 1193 del C. Civil que en su inciso segundo dice así: "La enajenación de las especies legadas en todo o en parte por acto entre vivos, envuelve la revocación del legado en todo o en parte, y no subsistirá o revivirá el legado, aunque la enajenación haya sido nula, y aunque las especies legadas vuelvan a poder del testador".

La asignación, pues, hecha al demandante, quedó revocada totalmente, por la venta de Amelia a Susana y ya se ha visto que el demandante en el predio de "Terreros" sólo tenía derecho según el testamento a una tercera parte y a esa tercera parte estaba limitada su vocación sucesoral de acuerdo con el acto testamentario de que se ha hecho mérito. No pue-

de además interpretarse aisladamente la cláusula tercera del testamento, prescindiendo de la cláusula cuarta, que condiciona o subordina a la tercera, porque de no ser así las cosas, no se cumpliría con la voluntad de la testadora, que es el factor que prima y debe salvarse en todo acto testamentario válidamente otorgado.

Luego si la intención del actor es la de que con la declaratoria de nulidad impetrada, reviva la cláusula testamentaria que le asignó una parte, en un cuerpo cierto, en el predio de "Terreros", no podría triunfar, ante el imperio del artículo 1193 que acaba de citarse.

Consideradas las cosas por otro aspecto resulta esto: Si se acusa de nulidad la venta hecha por Amelia a Susana, en cuanto ésta era menor de edad el día del contrato, y careció de representación legal, se tendría el caso de una nulidad relativa, que sólo podría invocarla Susana que no es la demandante y el actor no se ha presentado como sucesor de ésta ni tampoco esa representación sería viable desde luego que Susana existe y no le ha trasmitido ningún drecho al demandante, artículo 1743 del C. Civil. Además Susana Giedelman ratificó o saneó esa nulidad relativa al enajenar, cuando era mayor de edad, y a los pocos días de la venta que le hizo Amelia, de esos dos inmuebles. No se ve además cómo Susana pudiera entablar esa acción que la perjudica. Es cierto que la expresada Susana se presentó como coadyuvante pero esa coadyuvancia, que es tangencial, no le da ni completa la personería al actor.

La prohibición consignada en el artículo 1852 del C. Civil no incide en el caso de este pleito por cuanto tal artículo se refiere a las ventas entre cónyuges no divorciados y entre el padre y el hijo de familia y según el artículo 53 de la Ley 153 de 1887, la patria potestad es el conjunto de derechos que la ley reconoce al padre legítimo sobre sus hijos no emancipados, potestad que le corresponde a la madre legítima cuando muere el padre. Cierto es que el artículo 7º de la Ley 95 de 1890 presumió el reconocimiento por parte de la madre respecto de los hijos concebidos por ella siendo soltera o viuda, pero esa presunción no le dio la patria potestad por cuanto entre los derechos y obligaciones entre los padres y los hijos naturales, que determinaron los artículos 59 a 64 de la Ley 153 de 1887, no se le dio a la madre natural el de la patria potestad. Fue éste un vacío que vino a llenar el artículo 14 de la Ley 45 de 1936.

Mas suponiendo que así no fueran las cosas, se observa esto: La señora Amelia Giedelman murió en el año de 1916, es decir, cuando regía el artículo 15 de la Ley 95 de 1890 que prohibía alegar la nulidad absoluta al que hubiere ejecutado el acto o contrato nulo. De modo pues que dicha señora no tuvo nunca acción para impetrar esa nulidad y no puede por lo tanto hoy el demandante impetrarla, porque nunca radicó ella en cabeza de la señora Amelia.

De todo lo anterior se desprende que los cargos hechos en el capítulo que se estudia, no son operantes para casar la sentencia, por lo mismo que por cualquier lado que se contemple el asunto, el actor carece del derecho que ha impetrado y que éste no existe. No hubo violación tampoco de los artículos 7º de la Ley 95 de 1890, 1852 del C. Civil a que se refiere el segundo cargo, por lo que ya quedó expuesto.

Inoficioso parece a la Corte estudiar los cuatro cargos restantes que contiene el recurso, porque ellos no pueden tener cabida, sino en el caso en que el actor tuviera la personería sustantiva para incoar la acción y ya se ha visto y explicado por qué no la tiene.

No obstante la Corte se refiere a ellos:

Dice el recurrente que el fallador violó los artículos 740, 741, 742, 745, 756, 759 del C. Civil por haberlos interpretado erróneamente al aplicarlos al caso del pleito en una forma contraria a su propio contenido. Se basa este cargo en que la escritura 664 de 14 de agosto de 1916 se registró después de la muerte de la vendedora Amelia Giedelman, por lo cual, dice el recurrente, estando vigente la nor-

ma testamentaria de la señora Amelia el día en que ésta murió, no pudo efectuarse después de su muerte la tradición, porque ya no existía la voluntad del tradente. Mas a esto observa la Corte, que como se ha decidido varias veces, el registro se retrotrae a la fecha en que se otorga la respectiva escritura. Es imposible, en efecto, que la tradición inscrita, dado nuestro régimen de registro, se verifique coetáneamente, en el mismo instante en que los interesados firman la escritura. Vendido un inmueble, el vendedor tiene la obligación de hacer la tradición de aquél y el comprador por su parte, está interesado en el mismo sentido. Por eso éste, con frecuencia, hace las diligencias del caso. Pesa sobre el vendedor la obligación de hacer que se efectúe la tradición escrita, obligación que pasa a sus herederos. En el caso de autos, la compradora, como sucesora de la vendedora, tenía esa obligación y la cumplió, y al cumplirla se retrotrajo la inscripción al día de la venta, porque en virtud del contrato la vendedora tuvo el **animus** de desapoderarse de lo vendido, y desde el día de la venta, en virtud de ese **animus**, se reputa que lo vendido salió de su patrimonio.

En virtud de lo anterior, el cargo que se estudia, no puede prosperar.

Respecto del cargo consistente en que cuando se verificó el registro de la escritura 664, uno de los bienes vendidos en ella, el local de la carrera 7ª estaba embargado, es un extremo que no sólo no está demostrado sino que de autos aparece lo contrario. Los certificados del Registrador de Instrumentos Públicos, que obran a los folios 4 y 7 del cuaderno número 4 dan cuenta de que la escritura 664 fue registrada el 30 de agosto de 1916 y que el embargo que pesaba sobre el local de la carrera 7ª fue cancelado el 11 de mayo de ese año. Por último, la afirmación en que se basa el tercer cargo a la sentencia, o sea que la señora Carrizosa de Ricaurte conocía la edad de Susana, cuando contrató con ésta, es un extremo no demostrado plenamente y por lo tanto el cargo basado en tal afirmación no puede prosperar. El estudio de las normas citadas en el cargo no es procedente sino establecido el hecho básico de la acusación. Además, la ratificación hecha por Susana a la señora Carrizosa de Ricaurte, saneó, como ya se dijo, cualquier nulidad que hubiera podido existir.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación en lo Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia recurrida. Las costas del recurso a cargo del recurrente.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la **Gaceta Judicial** y devuélvase el expediente al Tribunal de su origen.

Isaías Cepeda. — José Miguel Arango. Hernán Salamanca. — Liborio Escallón. Ricardo Hinestrosa Daza.—Fulgencio Lequerica Vélez. — Pedro León Rincón, Secretario en ppdad.

ACCION DE SIMULACION DE UN CONTRATO Y OTRAS. — INCONGRUENCIA. REGIMEN PATRIMONIAL CONFORME A LA LEY 28 DE 1932. — ACCIONES PETITORIA Y REIVINDICATORIA.

1.—No parece, ni es aceptable, la consideración de un recurrente de que no hay consonancia entre lo pedido y lo fallado, cuando la decisión de fondo es completamente adversa a las pretensiones del demandante, porque todas las sentencias absolutorias adolecerían de la tara de incongruencia, ya que no armonizan con las pretensiones del demandante. 2.—La Corte, interpretando la ley 28 de 1932, que cambió el régimen de la sociedad conyugal, ha establecido en varias decisiones, que ese estatuto no se aplica a toda clase de sociedades conyugales, no liquidadas, bien sea a las establecidas con anterioridad a su vigencia, o a las formadas con posterioridad a ella, y que en esta situación el marido ha dejado de ser el único administrador de los bienes sociales, y ya no es dueño, respecto de terceros de dichos haberes, y no puede disponer de ellos con independencia absoluta de la mujer. Y en reciente fallo, la Corte ha ratificado de manera definitiva la anterior doctrina, sosteniendo que a la mujer le compete la acción reivindicatoria, a favor de la sociedad conyugal, de los bienes enajenados por el marido únicamente, sin consentimiento de la mujer. 3.—De larga data ha distinguido la Corte la acción petitoria para que se declare la propiedad exclusiva de una cosa, de la acción reivindicatoria o de dominio. Esas acciones son diferentes, pues en la reivindicatoria el demandante, apoyándose en que es dueño de la cosa a que se refiere el litigio, pide que se le restituya, y en la petitoria pide que se le declare dueño de la cosa materia del litigio. En la acción reivindicatoria lo que se pide es la restitución de una cosa, y en la petitoria lo que se pide es una declaración de propiedad. Tienen algo de común estas acciones, pero son en el fondo diferentes. 4.—El error de hecho es el que aparece de manifiesto, con la sola lectura, sin que para probar su existencia haya de recurrirse a diversos razonamientos, porque desde que éstos entraren en juego para demostrar el error éste ya deja de ser manifiesto para convertirse en una cuestión debatida, sujeta a diversas apreciaciones. 5.—El acta de remate con su auto de aprobación se equiparan a una escritura pública y la persona cuyo dominio se transfiere es el tradente y el juez su representante legal (artículo 741 del C. C. y 1502 del C. J.), de donde se desprende que el acta de remate es título suficiente para reivindicar, cuando el demandado no le opone otro registrado con antelación, o la correspondiente excepción de prescripción adquisitiva, ya sea ordinaria o extraordinaria. No es necesario para que prospere la acción reivindicatoria que el título que se exhiba para ello tenga que llenar los requisitos del artículo 653 del C. J., porque la ley para la ley no exige para la viabilidad de esta acción que se acredite la suficiencia del título. 6.—En derecho colombiano no puede sostenerse la aserción de que para que prospere una acción reivindicatoria es indispensable demandar la nulidad del contrato por el cual la cosa que se reivindica fue enajenada, porque si bien el artículo 1784 del C. C. da acción reivindicatoria cuando se pronuncia la nulidad, cierto es también que la acción reivindicatoria puede intentarse sin demandar la nulidad del respectivo contrato, porque en esta acción se comparan títulos y de esa comparación resulta la preferencia o prevalencia de unos sobre otros. Si prevalecen los del demandante la acción pros-

pera; si los del demandado, se le absuelve de la demanda, sin necesidad de establecer acción de nulidad, que difiere esencialmente, por sus caracteres extrínsecos de la acción reivindicatoria.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil—Bogotá, marzo veinticuatro de mil novecientos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. José Miguel Arango)

Antecedentes procesales

Rosaura Caracas, cónyuge legítimo de Leopoldo Jiménez, demandó a éste y al doctor Laurentino Quintana para que previo el trámite de un juicio ordinario se hicieran, en síntesis, las siguientes declaraciones judiciales:

1º Que es inexistente, por simulado, y consiguientemente sin valor legal alguno, el contrato de compraventa celebrado entre Leopoldo Jiménez y el doctor Laurentino Quintana, que consta en la escritura pública número 1217 de fecha 17 de diciembre de 1937, otorgada en la notaría segunda de Popayán.

Subsidiariamente:

2º Que la sociedad conyugal Leopoldo Jiménez-Rosaura Caracas, tiene mejor derecho que el doctor Laurentino Quintana a los bienes inmuebles que figuran en la escritura atrás relacionada.

Subsidiariamente:

3º Que se declare rescindido por lesión enorme, sufrida por la parte vendedora, el contrato de compraventa celebrado entre Leopoldo Jiménez y el doctor Laurentino Quintana, por medio de la escritura pública número 1217 de diciembre de 1937, de la notaría segunda de Popayán.

Se demandaron igualmente las prestaciones correspondientes a cada una de las acciones incoadas.

En marzo de 1940 el juez del Circuito de Popayán desató la litis declarando:

Primero. La sociedad conyugal forma da por Leopoldo Jiménez y Rosaura Caracas, es dueña conforme a las respectivas escrituras de compra traídas a este juicio, de los siguientes inmuebles: a) Una finca de campo llamada "Boca de Timba", situada en el distrito de Buenos Aires y deslindada como allí se hace constar; b) Un lote de terreno situado en el mismo punto de "Boca de Timba" del mismo distrito, por los linderos allí señalados; c) Un terreno llamado "Loma de Timba", del mismo distrito, alinderado como allí se dice. Estos inmuebles son los mismos que figuran en el contrato de compraventa que consta en la escritura número 1217 de 17 de diciembre de 1937, de la Notaría de Popayán, otorgada por los señores Leopoldo Jiménez y el doctor Laurentino Quintana.

Segundo. Condénase al demandado doctor Laurentino Quintana a restituír a la aludida sociedad conyugal Jiménez-Caracas, tres días después de la ejecutoria de esta sentencia, los inmuebles a que se refiere el punto primero de este fallo.

Tercero. Condénase asímismo al demandado doctor Laurentino Quintana a pagar a la sociedad conyugal Leopoldo Jiménez-Rosaura Caracas desde el 17 de diciembre de 1937 los frutos naturales y civiles de los bienes aludidos en los dos puntos anteriores. Su importe se fijará de acuerdo con el procedimiento que establece el artículo 553 del Código Judicial.

Cuarto. No se hace condena de deterioros porque ellos no han tenido lugar.

Quinto. Ningún pronunciamiento se hace en relación con el lote descrito en el punto d) del hecho tercero de la demanda porque no se ha traído el título a que se refiere este punto.

Sexto. Cancélese la inscripción de la demanda.

Séptimo. No se condena en costas a ninguno de los demandados.

Sentencia del Tribunal

Ambas partes interpusieron recurso de apelación del fallo dicho para ante el Tribunal Superior de Popayán, y esta entidad, en decisión de 14 de diciembre de 1940, resolvió:

1. Pertenece a la sociedad conyugal formada por Leopoldo Jiménez y Rosaura Caracas los siguientes bienes: a) Los derechos adquiridos por medio de la escritura pública 7 de 21 de abril de 1928, por los linderos allí especificados. b) El derecho de dominio adquirido por Leopoldo Jiménez por medio de la escritura pública número 51 de 9 de septiembre de 1929, por los linderos en ella especificados. c) El derecho de dominio adquirido por medio de la escritura número 53 de 14 de septiembre de 1929 por los linderos allí especificados. d) Un derecho de dominio adquirido por remate del 6 de marzo de 1930, en el Juzgado del Circuito de Santander, dentro de los linderos consignados en la respectiva diligencia de remate.

2. El doctor Laurentino Quintana M. restituirá a la sociedad conyugal Jiménez-Caracas, una vez ejecutoriada esta sentencia, los inmuebles determinados en los apartes b), c) y d) del punto primero de este fallo.

3. Condénase igualmente al demandado doctor Laurentino Quintana M. a pagar a la sociedad conyugal Jiménez-Caracas los frutos civiles y naturales de los bienes a que se refieren los apartes b) c) y d) del punto primero de este fallo, desde el día de la contestación de la demanda en adelante.

4. No hay lugar a hacer ninguna de las otras declaraciones solicitadas en el libelo de demanda de fecha 23 de septiembre de 1938. Cancélese la inscripción de la demanda.

Sin costas.

Queda en estos términos sustituído el fallo de primera instancia.

Recurso de casación

Ambas partes interpusieron recurso de casación y como él está debidamente aparejado, se procede a decidirlo.

Para llegar a estas conclusiones jurídicas, el Tribunal de Popayán consideró: Que antes de entrar en vigencia la ley 28 de 1932, por el hecho del matrimonio, se contraía sociedad de bienes entre los cónyuges y que el marido tomaba la administración de los de la mujer; que a la sociedad así formada ingresaban todos los muebles o inmuebles, que los cónyuges aportaban al matrimonio o que durante él adquirieran, con excepción de los aportes y las adquisiciones a título gratuito de bienes raíces y de otros expresamente determinados en el art. 1781 del C. Civil; que el marido era jefe de la sociedad conyugal y administraba libremente los bienes sociales y los de la mujer, y se reputaba, respecto de terceros, dueño de los bienes sociales, como si ellos y sus bienes propios formasen un solo patrimonio, de manera que durante la sociedad los acreedores del marido podían perseguir tanto los bienes de éste como los sociales; que la mujer por sí sola no tenía derecho alguno sobre los bienes sociales durante la sociedad; que después de que entró en vigencia la ley 28 de 1932, mejoró la situación jurídica de la mujer casada y le otorgó la plena capacidad en todo lo relacionado con la administración y disposición de sus bienes, pues ya no necesitaba de la autorización del marido, ni la del juez, para esa disposición; que la sociedad conyugal constituída bajo la vigencia del código, subsiste, sea que ella se haya liquidado provisionalmente o nó; que terminaron para el marido las facultades que tenía de administrar y disponer libremente de los bienes que formaban la antigua sociedad conyugal; que para la enajenación de éstos era indispensable que tanto el marido como la mujer comparecieran al acto de la enajenación.

El recurrente demandado no comparte estas tesis jurídicas del tribunal y las ataca en casación por los motivos que se irán puntualizando a medida que se entre en el estudio del recurso.

El primer cargo, basado en el artículo 520 del Código Judicial, se refiere a la falta de consonancia de la sentencia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes.

Apoya este cargo el recurrente en el numeral 3º del artículo 209 del Código Judicial que dice: "En una misma demanda se

pueden ejercitar varias acciones, siempre que concurran los siguientes requisitos: ..... 3º Que las acciones no sean contrarias e incompatibles entre sí. Sin embargo, pueden proponerse subsidiaria y condicionalmente dos remedios contrarios, siempre que los derechos sean tales que no se destruyan por elección o que por cualquier otro motivo no se consideren incompatibles", porque considera que la acción de simulación, que se adujo como principal en la demanda pugna y es incompatible con la acción subsidiaria de lesión enorme que se alegó como segunda subsidiaria; y que por tanto no ha debido aceptarse la demanda tal como se formuló, con violación evidente del numeral 3º del artículo 209 del Código Judicial en cita.

Para refutar el anterior concepto, le basta a la sala recordar que el asunto suscitado en casación por el recurrente, es decir si la demanda se ajustaba o no a la disposición del artículo 209, no fue materia que se discutiera en ninguna de las instancias del juicio, como tampoco lo fue de una previa excepción sobre inepta demanda. Ni el juez de primera instancia, ni el Tribunal repararon en la tacha que hoy hace el recurrente. Es por tanto un medio nuevo que escapa al recurso de casación.

Pero para mayor abundamiento se anota que la sentencia guarda perfecta armonía con las peticiones impetradas en la demanda.

En efecto: En ella se pidió, como acción principal la de simulación del contrato celebrado entre Jiménez y el doctor Quintana, y como segunda subsidiaria la rescisión por lesión enorme del mismo contrato. Estas dos acciones no se excluyen ni son incompatibles, porque si se declara probada la acción principal no hay para qué entrar a decidir la subsidiaria por lesión enorme, y si no se declarare comprobada la primera, el contrato queda intacto y en este evento, puede estudiarse si en su celebración se incurrió en alguna de las causales, que según la ley, dan lugar a la rescisión por lesión enorme.

El fallador resolvió negativamente la primera petición de la demanda y afirmativamente la segunda acción subsidiaria, respecto de la declaración de dominio y de restitución de los bienes, materia del litigio.

Falló, pues, en consecuencia con las pretensiones del demandante, puesto que resolvió favorablemente la primera acción subsidiaria, con todas las consecuencias que de ella se derivan.

No parece, ni es aceptable, que el recurrente considere que no hay consonancia entre lo pedido y lo fallado, cuando la decisión de fondo es completamente adversa a las pretensiones del demandante, porque todas las sentencias absolutorias adolecerían de la tara de incongruencia, ya que no armonizan con las pretensiones del demandante. Basta anunciar así la tesis para reconocer el sin valor de los razonamientos del autor del recurso, por este aspecto.

Como primer cargo, de lo que el recurrente intitula capítulo segundo, se formula el quebrantamiento por violación directa del artículo 1º de la ley 28 de 1932 y de los artículos 762, 764, 765, 776, 785, 740, 950 y 951 del Código Civil.

Para sostener estas violaciones alega el recurrente que el artículo 1º de la ley 28 de 1936 no se aplica a las sociedades conyugales existentes antes de la vigencia de la mencionada ley; que por tanto ellas se rigen por las disposiciones pertinentes del Código Civil, lo que vale decir que las sociedades conyugales existentes cuando entró a regir la ley 28 de 1932, no liquidadas, se regulan por las disposiciones del Código Civil, y que por tanto el marido es el administrador de los bienes de esa sociedad y dueño, respecto de terceros de todos los bienes sociales y por consiguiente no es necesario que la mujer concurra al otorgamiento de la escritura por virtud de la cual se perfecciona el contrato de la venta de los bienes raíces de la sociedad conyugal.

También conceptúa el recurrente que fueron quebrantados los artículos 950 y 951 del Código Civil porque se le recono-

ció a la mujer el derecho de demandar la reivindicación de los bienes raíces enajenados por el marido pertenecientes a la sociedad conyugal, como si la mujer fuera dueña de ellos, ya que la acción de dominio corresponde al que tiene la propiedad plena o nuda, absoluta o fiduciaria de la cosa, y la mujer no tiene la propiedad de la cosa que reivindica.

Para confutar estos reparos ha de advertirse que la Corte, interpretando la ley 28 de 1932, que cambió el régimen de la sociedad conyugal, ha establecido en varias decisiones, que ese estatuto se aplica a toda clase de sociedades conyugales, no liquidadas, bien sea a las establecidas con anterioridad a su vigencia, o a las formadas con posterioridad a ella, y que en esta situación el marido ha dejado de ser el único administrador de los bienes sociales, y ya no es dueño, respecto de terceros de dichos haberes, y que no puede disponer de ellos con independencia absoluta de la mujer.

En reciente fallo de la Corte, la Sala ha ratificado la doctrina anteriormente expuesta, de manera definitiva, y ha sostenido que a la mujer le compete la acción reivindicatoria, a favor de la sociedad conyugal, de los bienes enajenados por el marido únicamente, sin consentimiento de la mujer.

Ese proveído, de fecha 20 de octubre de 1937, prohijado por sentencia de 28 de noviembre de 1941, dice así:

"..... Por haber perdido el marido, desde la fecha indicada, el carácter de jefe de la sociedad conyugal, y por lo tanto el de dueño exclusivo ante terceros de los bienes sociales, perdió también de manera lógica y necesaria sus antiguas facultades dispositivas y administrativas sobre el conjunto de los bienes de la vieja sociedad conyugal, los cuales vinieron así a quedar, por el fenómeno de la aparición de otro jefe con iguales facultades a las del marido, bajo el gobierno simultáneo de los dos cónyuges. Significa esto, de consiguiente, que para disponer de tales bienes los dos cónyuges deben obrar conjuntamente, si es que la masa social está indivisa por no haber ocurrido ellos a verificar la distribución provisional de esa masa, conforme al derecho que les otorga el comentado artículo 7º

"A la Corte esta doctrina se le presenta incuestionable y se impone ante el efecto inmediato que debe tener una ley encaminada a dar a la mujer capacidad plena, efecto que pugna abiertamente contra toda supervivencia del antiguo poder exclusivo del marido en relación con bienes sobre los que la mujer tiene también su derecho indubitable de socia.

"El mismo artículo 7º de la ley sirve para aclarar el alcance general del artículo 1º, en el sentido explicado. El legislador, porque dispuso su alcance general, sin exceptionar a las sociedades constituídas antes, aun permitió la distribución extrajudicial de los bienes sociales, a fin de ofrecerles a los cónyuges un medio fácil de acomodarse al nuevo estatuto. De otra manera, si la masa de bienes de las viejas sociedades debiera continuar gerenciada por el marido solo, el artículo sería incongruente con el artículo 7º, pues éste carecería de objeto. La científica interpretación de un cuerpo de normas debe ser siempre armónica, de modo que un precepto que guarde relación con los demás y todos se concatenen y expliquen entre sí. Interpretando con entera desvinculación las dos suposiciones citadas, se rompe la armonía doctrinaria de la ley 28, en fuerza de que resultaría exótico y sin razón el que de un lado se consagrara el principio de que un determinado orden de cosas continuara rigiéndose por normas abrogadas, y de otro lado se sentara un principio contrapuesto, dándose normas reguladoras para liquidar aquel estado de cosas.

"Todo el raciocinio precedente decide a la Corte a sostener como necesaria para la validez del acto jurídico, la intervención conjunta de marido y mujer en lo tocante a cualquiera disposición o administración de bienes, cuando éstos pertenecen a las sociedades conyugales que la ley 28 encontró ya formadas, y que bajo su vi-

gencia no han sido liquidadas provisionalmente, conforme al artículo 7. Naturalmente esta doctrina sobre invalidez de actos jurídicos ejecutados por uno solo de los antiguos cónyuges, sin la intervención personal del otro o sin su mandato, no se aplicaría en algunos casos, como serían, por ejemplo, los relativos a disposición de títulos al portador; los regulados por normas peculiares, como, en sus casos, algunos instrumentos negociables (artículo 3º de la ley 46 de 1923), y los en que se aplican determinadas doctrinas jurídicas que conduzcan excepcionalmente a la aludida validez.....

"De todo lo dicho en la exposición anterior se desprende que la mujer, como socia y por lo tanto partícipe en los bienes de la sociedad conyugal existente cuando entró a regir la ley 28, tiene personería propia e independiente del marido para demandar la nulidad o inexistencia de los contratos celebrados por el marido tendientes a extraer bienes de esa sociedad de manera ilegítima; y la reivindicación de esos bienes está bien demandada para la sociedad, porque de la sociedad conyugal son y a la sociedad conyugal deben volver".

Para rebatir los argumentos relativos a la infracción de los artículos 950 y 951, basta observar que los bienes enajenados por Jiménez no eran propios, ni de él ni de su cónyuge, la señora Caracas. Pertenecían y pertenecen a la sociedad conyugal, y para ésta reivindica la señora Caracas, no para sí propia, de suerte que no ha podido quebrantarse los artículos 950 y 951 del Código Civil porque se reivindicó para la sociedad conyugal que es la que tiene la propiedad plena o absoluta de los bienes enajenados por Jiménez.

En lo que dice relación al quebrantamiento del artículo 1871, por indebida aplicación al caso del pleito, el Tribunal de Popayán asentó lo siguiente:

"Siguiendo este orden de ideas se deduce que al enajenar Leopoldo Jiménez los derechos de dominio que pertenecían a la sociedad conyugal habida entre él y Rosaura Caracas, no trasmitió al doctor Laurentino Quintana otros derechos que los que él tenía sobre dichos bienes; y, como en la época en que se hizo esa venta ya no era representante legal de su mujer ni administrador de la sociedad conyugal, por más que esa sociedad no se hubiera liquidado, vendió cosa ajena, razón por la cual la Caracas tiene acción de dominio para obtener que esos bienes vuelvan a formar parte del patrimonio social".

El autor del recurso afirma que el sentenciador de Popayán aplicó indebidamente el artículo 1871 al caso del pleito, porque los bienes vendidos por Jiménez habían sido adquiridos como de su exclusiva propiedad y los títulos de esas adquisiciones fueron correspondientemente registrados y por lo tanto él enajenó lo que era de su exclusiva propiedad.

Para rechazar el cargo basta recordar, como ya se ha visto, que los bienes enajenados por Jiménez fueron adquiridos a título oneroso durante la existencia de la sociedad conyugal constituída entre Jiménez y la Caracas, por el hecho del matrimonio, y que esa sociedad ni se ha disuelto ni se ha liquidado al tiempo de la enajenación, de suerte que los bienes adquiridos por Jiménez lo fueron para la sociedad conyugal y no para él, de donde se deduce que vendió cosa que no le pertenecía y por consiguiente es venta de cosa ajena. En estas condiciones obró bien el Tribunal al considerar esa enajenación como venta de cosa ajena.

Considérase igualmente violado el artículo 2637 del Código Civil que señala los objetos que tiene el registro de instrumentos públicos, disposición violada, dice el recurrente, a virtud del error en que incurrió el Tribunal al decidir que la venta hecha por Jiménez a Quintana, era venta de cosa ajena, desde luego que la propiedad de las cosas estaba inscrita en favor de Jiménez.

Se observa: Puede suceder que el registro de las propiedades que Jiménez le vendió a Quintana, estuviera hecho en nombre del vendedor, pero no debe olvidarse que esas adquisiciones hechas por

Jiménez le fueron en ese entonces para la sociedad conyugal, que era la dueña, y por consiguiente el registro ha de entenderse extendido a favor de ésta.

Respecto de la violación de los artículos 950 y 951 del Código Civil relativos a reivindicación, cabe observar que fueron rectamente aplicados por el sentenciador de Popayán, como que se ha demostrado que esos bienes son del dominio de la sociedad conyugal Jiménez-Caracas y que la cónyuge tiene personería suficiente, como ya lo ha resuelto la Corte en la sentencia atrás citada, para reivindicar a favor de la sociedad conyugal. Idéntica observación se hace respecto de la violación de los artículos 762, 764, 765, 776 y 775 del Código Civil, relativos todos a la posesión.

El segundo cargo se hace consistir en la violación del artículo 946 del Código Civil, a causa de un error de interpretación, ya que dicho artículo considera la acción reivindicatoria y la acción de dominio como una misma, sin distingos de ninguna naturaleza, y el Tribunal al hacer referencia a los bienes relacionados en la escritura pública número 7 de 21 de abril de 1928, consideró que la acción instaurada era la de dominio, como acción petitoria, y no como reivindicatoria, y por ello declaró el dominio a favor de la sociedad conyugal Jiménez-Caracas, sin ordenar su restitución.

No puede decirse que esa decisión del fallador de Popayán quebrante la disposición del artículo 946 invocado por el recurrente.

De larga data, con aquiescencia de Tribunales y abogados, la Corte por vía de doctrina, que ha entrado definitivamente a la jurisprudencia patria, ha distinguido las acciones petitorias y reivindicatorias y así ha dicho en repetidos fallos:

"La petición para que se declare que la propiedad exclusiva de una cosa pertenece al demandante no es acción reivindicatoria sino petitoria. Estas acciones son diferentes: En la reivindicatoria el demandante, apoyándose en que es dueño de la cosa a que se refiere el litigio, pide que se le restituya, y en la petitoria pide que se le declare dueño de la cosa materia del litigio. En la acción reivindicatoria lo que se pide es la restitución de una cosa, y en la acción petitoria lo que se pide es una declaración de propiedad. Tienen algo de común estas acciones, pero son en el fondo diferentes". (Casaciones, 23 de septiembre de 1910, 16 de julio de 1918 y 3 de julio de 1924, etc., etc.)

En el caso sometido hoy a la decisión de la Sala, el Tribunal de Popayán aplicó la antedicha doctrina de la Corte, que hoy nuevamente se ratifica y confirma por el presente proveído. En consecuencia se rechaza el cargo.

Tercer Cargo. — Consiste en el error de hecho en que incurrió el sentenciador al apreciar la escritura número 51 de 9 de septiembre de 1929, por la cual Eugenio, Julio, Noé y Justiniano Mosquera vendieron a Jiménez derechos de tierra radicados en los terrenos "Boca de Timba" y "Loma de Timba".

El recurrente considera que esos derechos no son cuerpo cierto y que por consiguiente escapan a la acción reivindicatoria, todo con violación del artículo 635 del Código Judicial y 949 del Civil.

Es evidente que la redacción de la escritura 51 mencionada es anfibológica en su primera parte, pues ella al respecto dice: "Que a título de venta transfieren al señor Leopoldo Jiménez de este vecindario **el derecho de dominio** que cada uno de los exponentes tiene en el terreno llamado "Boca de Timba" y "Loma de Timba". Luégo sigue el instrumento consignando los linderos de uno y otro lote y agrega: "Que los derechos de tierra que vende por los linderos que dejan demarcados, los hubieron los exponentes por habérseles adjudicado en el juicio de sucesión Popo de Mosquera, según consta de las correspondientes hijuelas que en copia entregan al comprador; que de dichos derechos de tierra no se reservan parte alguna y que todo lo venden con sus anexidades, usos y dependencias en la cantidad de $ 400 oro". Más adelante agregan "que en esta virtud se obligan al saneamiento del inmueble vendido" y el comprador manifiesta

"que aprueba y acepta la presente escritura por estar arreglada al contrato celebrado con los vendedores y estar ya en posesión y dominio del terreno que se le da vendido".

Estas cláusulas tomadas no aisladamente sino en su conjunto, no dejan en el ánimo del juzgador una convicción cierta y profunda de que lo vendido fueran acciones y derechos en determinado terreno y no un cuerpo cierto, y en tales circunstancias no cabe el error de hecho, que es el que aparece de manifiesto, con la sola lectura, sin que para probar su existencia haya de recurrirse a diversos razonamientos, porque desde que éstos entraren en juego para demostrar el error éste ya deja de ser manifiesto para convertirse en una cuestión debatida, sujeta a diversas apreciaciones. No prospera el cargo.

Idéntica contestación se da al cargo cuarto formulado por el recurrente respecto de la apreciación de la escritura número 53 de 13 de septiembre de 1929. Con este instrumento pasa algo similar a lo que acaeció con la escritura 51 atrás mencionada y los razonamientos que se hicieron al estudiar este instrumento sirven para el estudio de aquella escritura. En consecuencia se rechaza este cuarto capítulo de acusación.

Quinto Cargo. — Se tacha el fallo por quebrantamiento de la ley en sus artículos 946, 949, 950 y 951 del Código Civil y 635 del Código Judicial, violación a que se llegó por la apreciación errónea de la prueba consistente en el acta de remate del lote de terreno denominado "Loma" y "Boca de Timba" que remató Jiménez el 16 de marzo de 1930, ante el juzgado del Circuito de Santander (Cauca), acta que por sí sola fue considerada como suficiente título de reivindicación, ya que de ella no se deduce que lo rematado sea un cuerpo cierto ni que él pertenezca a la sociedad conyugal.

Se observa: El acta de remate con su auto de aprobación se equiparan a una escritura pública y la persona cuyo dominio se transfiere es el tradente y el juez su representante legal (artículo 741 del Código Civil y 1052 del Judicial), de donde se desprende que el acta de remate es título suficiente para reivindicar, cuando el demandado no le opone otro registrado con antelación, o la correspondiente excepción de prescripción adquisitiva, ya sea ordinaria o extraordinaria.

No es necesario para que prospere la acción reivindicatoria que el título que se exhiba para ello tenga que llenar los requisitos del artículo 653 del Código Judicial porque la ley para la viabilidad de esta acción, no exige que se acredite la suficiencia del título.

Cierto es que del acta de remate se dice que la finca que se va a rematar la integran unos derechos en el predio denominado "Loma" y "Boca de Timba", frase ésta, de donde deduce el recurrente, que el acta de remate no hace referencia a un cuerpo cierto y determinado, susceptible de ser reivindicado, por faltarle la condición "de cuerpo cierto y determinado".

Basta pasar los ojos por esa diligencia para llegar al convencimiento, como así se dice en ese documento, que lo que se va a rematar fue la finca embargada en el juicio ejecutivo de Leopoldo Jiménez contra Manuel María Popó y determinada por linderos precisos, en su mayor parte arcifinios, como reza la diligencia, en cuyo contexto se encuentran locuciones repetidas que hacen referencia a la finca embargada, materia del remate.

Así, pues, no se puede decir que el sentenciador de Popayán hubiera incurrido en evidente error de hecho, al dar por sentado que lo rematado por Jiménez en el ejecutivo contra Manuel Paría Popó, no fuese un cuerpo cierto. Este remate fue debidamente aprobado, por sentencia que hoy está ejecutoriada.

En el acta de remate se hace constar que el remate se hizo por cuenta de un crédito del ejecutante que ascendía a la suma de $ 623.34, y de este aserto deduce el recurrente, que se quebrantó el artículo 1792 del Código Civil por cuanto el bien rematado no entró a formar parte del haber social, de acuerdo con el numeral 6º de la mencionada disposición.

Para que este numeral pueda aplicarse, es indispensable que se compruebe que se pagó a cuenta de capital constituído antes del matrimonio Jiménez-Caracas, comprobación ausente de este proceso.

No prospera por consiguiente el cargo quinto de la acusación.

Sexto Cargo. — Repara el recurrente que el Tribunal no resolvió la nulidad por simulación del contrato de venta entre Jiménez y Quintana que fue sometida a la decisión judicial, y sin hacer esa declaración ordenó la restitución, con quebrantamiento del artículo 1784 del Código Civil.

Parece que el recurrente quisiera indicar que es indispensable, para que prospere una acción reivindicatoria, demandar la nulidad del contrato por el cual la cosa que se reivindica fue enajenada. Esta aserción no puede sostenerse en derecho colombiano, porque si bien el artículo 1784 da acción reivindicatoria cuando se pronuncia la nulidad, cierto es también que la acción de reivindicación puede intentarse sin demandar la nulidad del respectivo contrato, porque en esta acción se comparan títulos y de esa comparación resulta la preferencia o prevalencia de unos sobre otros. Si prevalecen los del demandante la acción prospera, si los del demandado, se le absuelve de los cargos de la demanda, sin necesidad de establecer acción de nulidad, que difiere esencialmente, por sus caracteres intrínsecos de la acción reivindicatoria.

Es cierto que el tribunal no resolvió nada sobre prestaciones a favor de Quintana, cuestiones que no fueron solicitadas por el demandado en una demanda de reconvención. Además, este silencio no priva a Quintana de su derecho que podrá hacerlo valer cuando se le brinde la debida oportunidad, de acuerdo con las disposiciones pertinentes sobre poseedor de buena o mala fe.

Séptimo Cargo. — El autor del recurso acusa la sentencia por violación de los artículos 949 y 1783 del Código Civil por infracción directa, por cuanto no dijo nada respecto de la casa construída por Jiménez sobre un terreno al que lo vinculaban sus derechos herenciales, considerando que ella entraba o podía entrar a fomar parte del haber de la sociedad conyugal.

Esta acusación carece en absoluto de fundamento. En la demanda no se hizo petición alguna en relación con esa casa, ni la sentencia falló nada al respecto, de suerte que ésta no pudo causar agravio al señor Jiménez ni al doctor Quintana, respecto de la casa que se dice construída por Jiménez. Es por tanto un medio nuevo.

Ultimo Cargo. — El último cargo es por violación de la ley, a falta de apreciación de una prueba.

El recurrente hace una larga disquisición para demostrar que en la sociedad conyugal Jiménez-Caracas no hubo gananciales, porque la señora abandonó el hogar y no contribuyó con sus cuidados, sus esfuerzos y sus consejos a acrecentar el haber social, y que por consiguiente ella no tiene derecho a los aumentos que hayan adquirido los bienes sociales.

Dice así el recurrente, en síntesis:

"Con base pues, en los anteriores conceptos acuso la sentencia recurrida de ser violatoria del artículo 1º de la ley 28 de 1932, infracción directa a que fue inducido el tribunal sentenciador por el error de derecho de creer que en los matrimonios existentes el 1º de enero de 1933, continuaban formando parte de la sociedad conyugal de bienes, todos los adquiridos por cada uno de los cónyuges a título oneroso, sin tener en cuenta la situación de hecho existente en el matrimonio Jiménez-Caracas, ni la índole de la reforma para el caso".

"Acuso también la sentencia recurrida por ser violatoria de ley por falta de apreciación de la prueba testimonial, copiosamente aducida en los autos, con la que se demuestra que la demandante Rosaura Caracas abandonó al marido en forma definitiva desde años antes a la primera adquisición de los derechos que Jiménez vendió a Quintana, que aquella no contribuyó ni siquiera con aporte moral a la adquisición de dichos derechos y a su valimento, que ni siquiera contribuyó a la crianza,

educación y establecimiento de los hijos".

La disertación que hace el recurrente para sustentar su tesis, podría ser valedera para la reforma del código civil respecto de gananciales de los cónyuges, pero existiendo, como existen disposiciones pertinentes sobre la constitución, administración y liquidación de la sociedad conyugal, hay que concluír, forzosamente, que la sociedad conyugal se constituye por el hecho del matrimonio; que todos los aumentos que adquieran, frutos, réditos que provengan de los bienes sociales o de los bienes propios de cada uno de los cónyuges, hacen parte del patrimonio social y forman la porción que la ley ha reconocido con el nombre de gananciales.

Se advierte, además, que no se está estudiando el asunto relativo a la liquidación de la sociedad conyugal de donde se concluye que los argumentos expresados por el recurrente son exóticos al presente.

Bastante se ha dicho en este fallo respecto de la interpretación del artículo 1º de la ley 28 de 1932, para volver en este último capítulo de acusación a repetir lo asentado al comienzo de esta decisión de la Corte. Bien hizo el tribunal de Popayán en no tomar en cuenta las declaraciones citadas por el recurrente sobre ausencia de la señora Caracas del hogar, porque ellas en ningún caso podrían alterar las disposiciones del Código Civil sobre régimen matrimonial. El cargo es por lo tanto infundado.

Recurso del demandante

Queréllase igualmente el demandante de que el tribunal infringió la ley civil al no considerar al doctor Quintana como poseedor de mala fe, para el efecto de las prestaciones mutuas, y para sustentar el reparo dice que el doctor Quintana al celebrar el contrato con Jiménez, sabía que éste estaba casado con la señora Caracas; que los bienes que iba a enajenar pertenecían a la sociedad conyugal, por haber sido adquiridos durante ella a título oneroso; que sabía también, perfectamente, como abogado que es, que desde que entró a regir la ley 28 de 1932 el marido dejó de ser único administrador de los bienes sociales y por lo tanto tenía que obrar de consuno con su mujer para la efectividad de las enajenaciones que de ellos se hiciera.

El sentenciador para no reconocerle a Quintana el carácter de poseedor de mala fe, razonó así: "Se dirá acaso que de lo que se trata aquí es de un error de derecho, y que, por consiguiente, constituye una presunción de mala fe que no admite prueba en contrario; o en otros términos, que el doctor Quintana al comprarle a Leopoldo Jiménez los bienes cuya restitución debe decretarse en este fallo, sabía perfectamente que éste era casado, y, por lo tanto, cualquier enajenación que hiciere carecía de valor.

"A esto se observa: Es verdad que hoy no queda la menor duda de que en realidad el marido no puede enajenar por sí solo los bienes pertenecientes a la antigua sociedad conyugal, por no ser el representante legal de la mujer casada mayor de edad, ni el administrador único de la sociedad; pero también es cierto que antes de que la Corte interpretara la ley sobre régimen patrimonial en el matrimonio, el concepto de muchos juristas acerca de este punto no era uniforme, pues se trataba de un punto de interpretación, especialmente cuando los bienes pertenecían a sociedades conyugales que se habían formado con anterioridad a la vigencia de la ley 28 de 1932, ya que no era aventurado sostener que respecto de esas sociedades el marido seguía siendo administrador de los bienes pertenecientes a ella".

Es inobjetable la argumentación del tribunal. No se remite a duda que antes que la Corte fijara el alcance de la ley 28 de 1932 y sus proyecciones sobre las sociedades conyugales y su administración, constituídas antes de la vigencia de ese estatuto, jueces y abogados discreparon sobre si esa ley se aplicaba a las sociedades existentes o a las formadas con posterioridad a su vigencia, de suerte que no se sabía a ciencia cierta si el marido continuaba siendo el único administrador de

los bienes sociales antes de la ley 28, o si necesitaba la concurrencia de la mujer para los actos de enajenación de bienes sociales, y en esta situación no puede decirse, con absoluta certeza, que el doctor Quintana sabía que Jiménez no podía enajenar los bienes sociales por sí mismos, para que pueda considerársele como poseedor de mala fe. No se opone a esta consideración el hecho, no probado en autos de manera fehaciente, que el doctor Quintana al celebrar el contrato con Jiménez tuviera conocimiento de la sentencia del 20 de octubre de 1937 de la Corte Suprema, en la cual se fijó el alcance y proyecciones de la reforma sobre el estatuto de la mujer casada, porque, dado por sentado ese conocimiento, él no implica necesariamente que el doctor Quintana quedara absolutamente convencido de la tesis sostenida por la Corte y que obrando en sentido contrario tuviera la plena conciencia de que había adquirido los bienes materia del litigio, de persona que no tenía capacidad legal para enajenarlos.

Se rechaza, por tanto, el cargo formulado por el demandante recurrente.

Apoyada en los basamentos anteriores la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

F a l l a :

1. No se infirma la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Popayán de fecha catorce de diciembre de mil novecientos cuarenta.

2. Sin costas por ser ambas partes recurrentes.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente al tribunal de origen.

Isaías Cepeda — José Miguel Arango— Liborio Escallón — Ricardo Hinestrosa Daza — Fulgencio Lequerica Vélez—Hernán Salamanca — Pedro León Rincón, Secretario.

ACCION PETITORIA DE DECLARACION DE UNA PATERNIDAD NATURAL

La ley 45 de 1936 tiene alto fin social, no puede menos de interpretarse de una manera restrictiva, ceñida a su contexto literal, porque ésta es mandamiento de excepción que exige interpretación restrictiva.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Civil — Bogotá, marzo veinticinco de mil novecientos cuarenta y dos.

Magistrado ponente: doctor José Miguel Arango.

Antecedentes

Ana Marín, mujer soltera, mayor y vecina de Copacabana, demandó ante ese Juzgado al señor Paulino Sierra M., para que previa la ritualidad del caso, se declarara judicialmente la paternidad natural del menor Francisco Jaime Marín, que afirma la demandante es hijo de ella y del demandado.

Fundamentó su acción en los numerales 2º y 4º de la ley 45 de 1936 y en las disposiciones pertinentes del Código Judicial.

Finalizada la instancia, el juez del circuito dicho, en sentencia de 26 de enero de 1940 falló así:

"No hay lugar a hacer la declaratoria solicitada por Ana Marín en su escrito de noviembre 21 de 1938, por no estar suficientemente probados los hechos fundamentales de la demanda.

"Sin costas".

De este proveído apeló la demandante, y el Tribunal de Medellín, en fallo de 25 de marzo de 1941 decidió:

"1º Se declara no probada la excepción de inepta demanda que alegó el demandado.

"2º Se declara que el Sr. Paulino Sierra Mazorra es el padre natural del impúber Francisco Jaime Marín, bautizado en la iglesia parroquial de la Veracruz de esta ciudad, el 27 de junio de 1934; y que, en consecuencia, le incumben los derechos y obligaciones que a dicho estado civil asignan nuestras leyes. No se condena en costas".

Casación

No se conformó el señor Sierra con estos mandamientos judiciales e interpuso el correspondiente recurso de casación, que hoy ha de decidirse, por estar aparejado en legal forma.

Para formar un concepto cabal y concreto de las decisiones, tanto de primera como de segunda instancia, es de importancia suma, transcribir el documento que se dice suscrito por el señor Sierra dirigido a la Marín, que ha sido la prueba primordial alrededor de la cual, y con fundamento en ella, han basado los sentenciadores sus fallos de primera y segunda instancia.

El billete o misiva, en su parte pertinente, que es la que analizan tanto el juez como el Tribunal, está concebido así:

"Ana hay te mando para el niño diez pesos. Ana me valgo de la ocasión para decirte que no me gusta nada las relaciones tan estrechas que entiendo tienes con esa muchacha que está donde Elvira, después si me das tiempo te explico por qué ..... Ana: de nuevo te digo que no vuelvas a pensar en eso de que te vas porque tú ya tienes idea de lo que yo te pienso ..... Y si tú en algo me estimas a mí recíbeme los consejos que no te pesa, todo lo arreglaremos pues yo estoy resuelto a hacer hasta lo último para que tú quedes contenta, te lo prometo, yo compensa-

ré tu mal, yo ya estoy más que todo preocupado por hacerte compañera de mis días, yo también me sacrificaré, te convencerás de ello si no insistes con tus cuentos".

El fallador de Medellín conceptuó que de esa carta o misiva se desprendía, sin lugar a duda, que ella contenía una promesa de matrimonio o de esponsales; que mediante esa promesa hubo seducción y que ésta se efectuó como consecuencia necesaria de la promesa que Sierra le había hecho de contraer con ella matrimonio; que ese billete es un principio de prueba por escrito procedente del presunto padre, que hace verosímil la seducción; y que en el proceso existen manifestaciones o confesiones extrajudiciales de Sierra en que reconoce su paternidad con relación al hijo de la Marín.

Al reconocer Sierra judicialmente ese billete dijo: "No es cierto el contenido de la carta, ni la firma que no la he estampado, pues aun cuando la letra se parece mucho a la mía, puedo asegurar que en alguna parte de ella está alterada como: "Hay te mando para el niño diez pesos", seguramente y no tengo seguridad plena si yo le dirigí o no la carta a la preguntante".

La carta en cuestión, a juicio del señor Libardo Parra Toro, a quien el Tribunal considera como entendido en el arte o ciencia de la grafología, está escrita con una letra idéntica a la letra con que Julio Sierra escribió, en presencia de Juez y Secretario, algo que consta en el folio 38 del cuaderno principal.

Recurso

El recurrente considera, en primer término, que la sentencia es violatoria de la ley sustantiva (numerales 2, 3 y 4 del artículo 4º de la ley 45 de 1936) por infracción directa, o aplicación indebida o interpretación errónea y en segundo término, por haberse incurrido en alguna de las causales de nulidad de que trata el artículo 448 del Código Judicial.

Por razón de método se principiará el estudio del recurso de casación por el examen de la causal sexta de las señaladas en el artículo 520 del Código Judicial.

Sostiene el autor del recurso que el Tribunal incurrió en causal de nulidad en la tramitación del juicio, puesto que admitió la demanda de la señora Ana Marín C. sobre el renocimiento de la filiación natural de su hijo sin que esta demanda hubiera sido presentada por conducto de un abogado titulado, de acuerdo con el inciso 2º del artículo 12 de la ley 45 de 1936.

Es evidente que la demanda fue presentada directamente por la peticionaria sin que interviniera para nada en estas actuaciones un abogado titulado, pero también es un hecho incontrovertible, que el juez de circuito en auto que está ejecutoriado, resolvió suspender la tramitación del juicio hasta que se cumpliera por parte de la demandante los requisitos ordenados por el artículo 12 en cita.

En cumplimiento del auto del señor juez, la señora Ana Marín nombró como apoderados para que la representaran, a los doctores Gregorio Agudelo y Humberto Carrasquilla, inscritos como abogados titulados, de acuerdo con la respectiva nota del secretario del juzgado de Girardota, lugar donde se seguía el juicio, quienes fueron reconocidos como apoderados de la mandante, sin contradicción de la parte demandada.

Dice el artículo 448 del Código Judicial, que son causales de nulidad en todos los juicios: ..... 2ª La ilegitimidad de la personería en cualquiera de las partes, o en quien figure como su apoderado o representante, pero no hay nulidad por ilegitimidad de la personería cuando, entre otros casos, se ha resuelto en auto ejecutoriado que es legítima la personería de la parte, de su apoderado o de su representante, de acuerdo con el artículo 450 de allí.

No se remite a duda que si en un juicio sobre filiación natural las diligencias judiciales con tal fin, no se surten precisamente por medio de un abogado titulado, el proceso queda viciado de nulidad por ilegitimidad de la personería, pero esta nulidad puede subsanarse en conformidad

con la ley y esto es precisamente lo que acaece en el caso de autos, según se ha visto en lo dicho atrás.

Por consiguiente la nulidad en que pudo incurrirse por haberse iniciado la acción judicial sobre filiación natural, sin que mediara entonces la intervención de un abogado titulado, ha sido saneada de conformidad con las disposiciones pertinentes del Código Judicial, ya citadas.

Por tanto se rechaza el cargo.

Tampoco prospera la acusación por no haber intervenido el Ministerio Público, porque éste no tiene personería para ello sino en tanto que el hijo o quien ejerza su patria potestad o guarda, no haya intentado la correspondiente acción. En el caso de autos, estableció la demanda la madre en ejercicio de la patria potestad, de manera que no se justifica la intervención del Ministerio Público en nombre y representación del presunto hijo natural.

Además el Ministerio Público intervino en el asunto y dio su concepto favorable a la casación.

La primera causal la sustenta así el apoderado del demandado:

El Tribunal incurrió en error de hecho y de derecho al apreciar la carta dirigida por Sierra a la Marín, porque vio en ella una promesa de matrimonio hecha por aquél a ésta con el objeto de seducirla, dándole aplicación al numeral 2° del artículo 4° de la ley 45 de 1936. Esa promesa la deduce el Tribunal de estas palabras: "Yo ya estoy más preocupado por hacerte compañera de mis días, yo también me sacrificaré, te convencerás de ello si no insistes con tus cuentos".

La Corte considera que este reparo del recurrente es justo. Partiendo del supuesto de que la frase transcrita sea una promesa de matrimonio hecha por Sierra a la Marín, no se deduce forzosamente y de manera evidente, que en virtud de ella fuera aquella seducida y que ilusionada por ella se plegara a las exigencias ilícitas del señor Sierra. Si existe la promesa, su existencia no implica forzosamente que haya seducción. Pudo la mujer consentir en esas relaciones ilícitas voluntariamente, sin que la promesa de matrimonio hubiera sido causa inmediata de su desliz, porque éste en más de las veces es término fatal de una pasión fisiológicamente irresistible.

Es de suma importancia para la solución de este asunto, poner de relieve que la misiva de que se trata, si fuere una promesa de matrimonio, acaeció tiempos después del nacimiento del niño, hecho de que forzosamente se desprende que la promesa no fue la causa inmediata de la seducción.

La ley 45 de 1936, que tiene alta finalidad social, no puede menos de interpretarse de una manera restrictiva, ceñida a su contexto literal, porque ésta es mandamiento de excepción que exige interpretación restrictiva.

Existen en el expediente comprobaciones de que la Marín antes de tener relaciones ilícitas con Sierra, fue una mujer honesta, pero también obran declaraciones de testigos hábiles, no tachados por la demandante, que aseveran que la Marín antes de tener relaciones sexuales con Sierra, concedía sus favores a otros hombres, con anterioridad en siete años, a la fecha del nacimiento del impúber Francisco Jaime Marín.

El Tribunal conceptuó que la carta en referencia contiene una confesión inequívoca de paternidad de Sierra con relación al impúber Francisco Jaime, hijo de la Marín.

Este basamento también del Tribunal se ataca en casación por error de hecho y de derecho en la apreciación de esa prueba, y a fe, que en este reparo también tiene razón el recurrente.

En efecto: La frase que mira el Tribunal como una confesión inequívoca de paternidad natural "Ana hay te mando para el niño diez pesos". En puridad de verdad Sierra no reconoce allí de manera inequívoca que sea padre natural de Francisco Jaime. Tampoco puede considerarse como una confesión, porque la carta en esa parte, como expresamente lo dijo Sierra al reconocerla judicialmente, estaba alterada, de suerte que el demandado, sin

contradicción por parte del demandante rechazó esa frase y éste no se tomó el trabajo de probar su autenticidad, es decir, rearguida de falsa esa expresión era al demandante a quien le correspondía la carga de la prueba de que esa frase, tachada de falsa o de alterada, por Sierra, sí había sido escrita por el autor de la carta. De esto se concluye que en el expediente no existe carta u otro escrito del pretendido padre que contenga una declaración **inequívoca** de paternidad.

En cuanto a la aplicación del numeral 4º del citado artículo 4º de la ley 45 de 1936, hay que observar que no se ha traído a los autos la comprobación de que el hijo de la Marín hubiera nacido después de ciento ochenta días, contados desde que empezaron sus relaciones sexuales con Sierra, o dentro de los 300 días subsiguientes a aquel en que cesaron, comprobación ésta indispensable para fundamentar la presunción de paternidad natural.

En la aplicación de este numeral y en las pruebas que apreció el Tribunal, se incurrió evidentemente en error de hecho y de derecho como lo afirma el recurrente.

Es conveniente advertir que en el proceso hay una declaración del ex-alcalde Joaquín Tamayo que establece que ante él, en su carácter de alcalde de Copacabana, manifestó el señor Sierra que tenía un hijo en la señora Ana Marín; pero esta manifestación de Sierra no puede tenerse en cuenta porque tiene que hacerse, como lo ordena la ley, ante un juez y no ante un empleado administrativo.

La Sala habrá de casar la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Medellín, de acuerdo en un todo con el concepto del señor Procurador General de la Nación. Como juez de instancia y fuera de las razones expuestas atrás, prohija las aducidas por el juez del circuito que falló el asunto en primera instancia, que rezan:

"La boleta que, como principio de prueba escrita, fue presentada al juicio, merece varios reparos, los cuales quitan a dicha boleta el carácter de principio de prueba escrita como emanada de Paulino Sierra. Y aunque se la tuviera como de tal individuo, tampoco es ella suficiente, en su contenido para llevar al ánimo del fallador la convicción y hacer verosímil la seducción de que — se dice — fue víctima la demandante.

"Una boleta, una carta, etc., para que pueda reputarse como principio de prueba escrita en contra de la persona a quien se atribuye, tiene que haber sido reconocida o no impugnada por ésta, o que al menos se haya acreditado plenamente por otros medios, su autenticidad. Lo primero no ofrece dificultades, basta con que no se haya impugnado, pero en el segundo caso la cuestión varía, porque cuando se impugna, entonces surge la obligación de quien la presenta, de acreditar que sí es auténtica. Esta probación es bastante difícil, siendo el medio más común el de cotejo de letras o firmas (artículos 653 y 654, C. J.)

"Practicado este cotejo, manifestaron, uno de los peritos principales y el tercero, que la boleta en mención era de puño y letra de Paulino Sierra. Esta circunstancia no quita a la prueba de cotejo el valor de prueba incompleta (artículo 656, C. Judicial). Pero en gracia de discusión, dando al dictamen pericial el valor de indicio vehemente y grave, y agregando el que surge de la vacilante negativa dada por Sierra cuando se le puso de presente la boleta escrita por él, tampoco se tiene con ella el principio de prueba escrita que exige la ley, porque el contenido de la misma no hace verosímil la seducción.

"Qué dice la tan citada boleta? El firmante dice a Ana que está enfermo; que no mandó lo que se le pedía por tal o cual razón; que no le gustan las relaciones que tiene con una muchacha; que le preocupa la idea de que ella abandone la casa de los padres; que no se deshonre y que le reciba los consejos que él está resuelto a hacer hasta lo último para que quede contenta; que él compensará su mal y que se preocupa por hacerla compañera de sus días.

"No encuentra el Juzgado en la síntesis anterior, manifestación alguna que entra-

ñe seducción mediante promesa de matrimonio. En ella se habla de "hacerla compañera de sus días" pero esta manifestación no implica tampoco seducción. También se lee "yo compensaré tu mal", mal que no se explica en qué consiste y que a las claras no permite interpretar seducción con promesa de matrimonio.

"Ocurre observar que donde se lee "Ana ahí te mando para el niño 10^{00}" no da lugar a pensar en un reconocimiento formal da paternidad. El artículo 2º señala taxativamente las formas de reconocimiento entre las cuales no figura esta clase tan sui-géneris como la que podría creerse encierra esa frase. Por demás no se explica en la boleta cuál o de quién es el niño, pues bien podía ser o no ser un regalo para cualquier niño. Huelgan más comentarios en cuanto a la negativa que habrá de darse a la declaración de paternidad por seducción bajo promesa de matrimonio solicitada por la señora Marín en favor del menor Francisco Jaime de igual apellido.

"Dice el numeral 3º del artículo 4º que hay lugar a la declaración judicial de paternidad natural "si existe carta u otro escrito cualquiera del pretendido padre que contenga una confesión inequívoca de paternidad".

"Jurídicamente no es sostenible que del contenido de la boleta, del espíritu y letra de la misma, pueda desprenderse "una confesión inequívoca de paternidad".

"Se ha transcrito la síntesis de lo que en ella está escrito y en lugar alguno de ese papel se encuentra alusión por parte de quien lo firma con respecto a un niño que pueda identificarse en la persona de Francisco Jaime Marín.

"Por confesión inequívoca no debe entenderse confesión expresa sino confesión que no sea dubitativa o admita otra interpretación. Siendo esto así hay que concluír que aun admitiendo que la boleta hubiera sido escrita por Sierra, en manera alguna puede sostenerse que su contenido entraña una confesión inequívoca de paternidad. En ella se habla de un niño a quien se envía una suma de dinero lo que no quiere decir que por el hecho del envío se esté diciendo a las claras que ese niño es hijo del remitente".

En mérito de las consideraciones expuestas la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

F a l l a :

1. Infírmase la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Medellín con fecha veinticinco de marzo de mil novecientos cuarenta y uno.

2. Se confirma en todas sus partes el fallo de primera instancia que lleva fecha veintiséis de enero de mil novecientos cuarenta.

3. Sin costas.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Isaías Cepeda — José Miguel Arango — Liborio Escallón — Ricardo Hinestrosa Daza — Fulgencio Lequerica Vélez — Hernán Salamanca — Pedro León Rincón, Secretario.

ACCION DE PERJUICIOS.—RESPONSABILIDAD POR DENUNCIOS CRIMINALES

1.—La facultad que otorga a los ciudadanos el art. 12 de la nueva ley de procedimiento penal (artículo 1614 del C. J. abolido), no es ilimitada, sino que debe ejercerse sin abusar del derecho. 2.—En dos casos bien distintos tienen ocurrencia en asuntos de esta naturaleza el fenómeno jurídico del abuso del derecho: cuando se ejerce con la única intención de causar daño sin motivo legítimo, esto es, concretamente en el sentido de la legalidad, pero injustamente, lo que sucede en los actos propiamente abusivos, y cuando el derecho se ejerce de una manera mal dirigida, es decir, distinta de su propia y natural destinación o fuera de sus límites adecuados, casos éstos en que la intención maliciosa cede su lugar preferente a la desviación en el ejercicio del derecho como elemento constitucional de la culpa y que constituyen los llamados actos excesivos. En ambos casos la actividad es evidentemente contraria al derecho, ilícita constitutiva de culpa.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, veinticinco de marzo de mil novecientos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Isaías Cepeda)

Se va a decidir hoy el recurso de casación interpuesto por Jesús María Bona C. contra la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, en el juicio ordinario seguido contra él por Gerardo Blanco y Ernesto Camejo, sobre indemnización de perjuicios.

Los antecedentes de este negocio son los siguientes:

En el mes de julio de 1931 el señor Gerardo Blanco, diciendo obrar como comisionado del revolucionario venezolano general Arévalo Cedeño, exigió a Jesús María Bona C., por conducto de Roque Puerta, una contribución voluntaria de 10 novillos, para el sostenimiento de las fuerzas del mencionado general. Bona entregó los novillos, que fueron vendidos por Blanco.

En el mes de noviembre de dicho año Bona puso un denuncio criminal contra Blanco, por estafa de los diez novillos, ante el Alcalde de Cravo Norte, denuncio en virtud del cual se siguió la investigación correspondiente y fue detenido Blanco por algún tiempo.

Ese asunto terminó por auto de sobreseimiento definitivo dictado por el Juez del Circuito de Arauca, el 23 de febrero de 1933.

Con motivo del denuncio dado por Bona contra Blanco, éste consideró que los perjuicios que había sufrido valían $ 4.200.00 y facultó al señor Ernesto Camejo para que exigiera de Bona el pago de esa cantidad, extrajudicial o judicialmente.

Camejo dirigió algunas cartas a Bona para reclamarle, en nombre de Blanco, el pago de dichos perjuicios, pero Bona presentó esas cartas a la autoridad para que investigara la estafa que según él se le quería hacer, y rindió declaración jurada al respecto ante el Alcalde de Arauca el 22 de agosto de 1932.

Esta nueva investigación terminó también por auto de sobreseimiento definitivo dictado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo el 24 de noviembre de 1937.

El 31 de agosto de 1938 los señores Ernesto Camejo y Gerardo Blanco, por me-

dio de apoderado, presentaron demanda ordinaria contra el señor Jesús María Bona C., ante el Juez del Circuito de Arauca, en la cual pidieron que por sentencia definitiva se declare:

"Primero. Que Jesús María Bona C. debe pagar a Gerardo Blanco o a quien legalmente lo represente, la cantidad de diez mil pesos ($ 10.000.00) en que estima los perjuicios que sufrió a causa de una denuncia penal que contra él formuló temerariamente el citado señor Bona ante el Alcalde de Cravo Norte el día catorce de noviembre del año de 1931, por el supuesto delito de tentativa de estafa y hurto de ganado mayor;

"Segundo. Que Jesús María Bona C. debe pagar a Ernesto Camejo la cantidad de cinco mil pesos ($ 5.000.00), suma en que justiprecia los perjuicios que recibió a causa de la denuncia criminal que por el delito de tentativa de estafa Jesús María Bona C. le formuló ante la Alcaldía de Cravo Norte por haber servido de apoderado a Gerardo Blanco y prestado sus servicios profesionales a fin de conseguir que el citado Bona le indemnizara unos perjuicios que por su culpa había recibido;

"Tercero. Que se condene a pagar a Jesús María Bona C. los gastos y costas que ocasione el presente juicio, en caso de oposición".

El demandado contestó oponiéndose a los hechos y al derecho alegados, y propuso la excepción perentoria de prescripción de la acción, fundándose en el art. 2358 del C. C.

El juicio terminó en la primera instancia con la sentencia de fecha 9 de marzo de 1939, cuya parte resolutiva dice:

"I.—Declárase probada la excepción perentoria de prescripción invocada y alegada por el demandado (artículo 343 del C. Judicial);

"II.—Absuélvese al demandado de los cargos de la demanda y del pago de los perjuicios cobrados; y

"III.—Condénase a los demandantes a pagar las costas del presente juicio".

Apelado este fallo por los actores y surtida la tramitación de la segunda instancia, el Tribunal, por sentencia de 17 de mayo de 1940 lo revocó y en su lugar resolvió:

"Condénase al demandado Jesús María Bona C. a pagar a los demandantes Gerardo Blanco y Ernesto Camejo el valor de los perjuicios que les causó con ocasión de los hechos relacionados en la demanda, en la cantidad que se fije mediante el respectivo procedimiento legal (art. 553 del C. J.), suma que no podrá exceder de la fijada en la demanda por los actores.

"Condénase en costas al demandado".

Consideró el Juzgado de primera instancia que no aparece en autos la prueba de los perjuicios materiales y morales sufridos por Blanco y Camejo, y estimó que aunque estuvieran demostrados "como el denuncio dado por Bona no es un delito ni una culpa, la comprobación de ellos sería inocua, porque no establece ningún vínculo jurídico entre los demandantes y el demandado", y cita al respecto unos párráfos de la sentencia de la Corte, de fecha veinticuatro de agosto de mil novecientos treinta y ocho.

Luégo agrega:

"Suponiendo que hubiera alguna responsabilidad civil, está prescrita, como lo alega el demandado, porque de mil novecientos treinta y uno, año en que dio el denuncio Bona, a mil novecientos treinta y ocho, año en que cobran los perjuicios, hay transcurridos más de tres años que son los necesarios para prescribir la acción por indemnización de perjuicios (Código Civil, artículo 2358)."

El Tribunal, en la sentencia objeto del recurso, manifiesta que no está de acuerdo con el concepto expresado por el Juez a quo, según el cual el uso que Bona hizo del derecho que consagraban los artículos 1613 y 1614 del anterior Código de Procedimiento Penal, no le puede acarrear responsabilidad alguna, porque en sentir del Tribunal "esos preceptos legales no pueden eximir de ninguna manera de sus consecuencias a quienes lo hacen de modo aventurado y temerario, imputando im-

prudentemente hechos delictuosos, que no lo son, a determinada persona. El uso indebido y excesivo que el expresado Bona hizo de esa atribución legal no se justifica, ya que el resultado de las investigaciones, terminadas con sobreseimiento definitivo a favor de los denunciados-demandantes, evidencian la falta de prudencia de parte de aquél al pretender darle carácter delictuoso a hechos que intrínseca y moralmente carecen de él".

Acerca de la prueba de los perjuicios reclamados dice la sentencia:

"Los demandantes comprobaron con el lleno de las exigencias de los artículos 593 del Código Judicial y 1757 del Código Civil, mediante las copias de las providencias de última instancia, sobreseimientos definitivos en su favor en las diligencias sumarias adelantadas en virtud de los denuncios presentados en su contra por el demandado, la inexactitud de los cargos delictivos a ellos imputados y en cuya razón sufrieron los perjuicios demandados y de los que debe responder el demandado en fuerza de las consideraciones que preceden. Es de advertir que por hoy la Sala no podrá hacer la condenación por suma determinada, pues no obstante que en esta instancia se solicitó y fue practicado el avalúo respectivo, en dicha diligencia los peritos no explicaron ni fundamentaron debidamente su dictamen, el que, por otra parte, no fue puesto en oportunidad en conocimiento de las partes, deficiencias que le restan el mérito probatorio necesario para ser acogido en conformidad. Esa justipreciación se hará, llegado el caso, por los medios legales adecuados.

Resta agregar, para concluír, que la excepción de prescripción alegada por el demandado y acogida por el señor Juez a quo es del todo improcedente, pues la disposición legal invocada como fundamento se refiere a terceros responsables, y en el presente caso la acción es directa y no tiene cabida la interpretación que pretende dársele para inhibir los resultados del juicio".

El recurso

Contra la citada sentencia del Tribunal interpuso recurso de casación el señor apoderado de Bona, y la acusó por considerarla violatoria de las siguientes disposiciones legales:

I. Del artículo 471 del C. J., "que es una disposición sustancial procesal, infringida directamente por falta de cumplimiento"

Agrega el recurrente que la sentencia tiene errores de hecho que constan de modo evidente en los autos, a saber:

a) En la parte motiva no hace la historia de los hechos que se controvierten en este juicio;

b) No hace análisis de las pruebas;

c) Falla sin pruebas sobre la intención temeraria y maliciosa, atribuída al demandado al dar su información sobre hechos delictuosos, y sin pruebas sobre la culpa, sobre el perjuicio y sobre la relación de causalidad entre la culpa y el perjuicio;

d) No hace estudio ninguno en este juicio para ver si por los hechos demandados se puede encontrar alguna relación de derecho que lleve a la condena del pago de perjuicios, y se limita a tomar como fundamento la sentencia dictada por la Corte en el juicio seguido por Eulogio Castañeda contra Luis Alberto Villamizar; y

e) Condena al pago de perjuicios, pero como no fueron comprobados ni en cuanto a su existencia ni en cuanto a su valor dentro del término probatorio del juicio, ordena, más allá de lo pedido en la demanda, que los aprecie el demandante y sean regulados en el incidente establecido por el artículo 553 del C. J.

II.—Violación directa del artículo 17 del C. C., porque estima el recurrente que el Tribunal aplicó en este juicio, por vía reglamentaria, la sentencia dictada por la Corte en el juicio de Eulogio Castaño contra Luis Alberto Villamizar.

III.—Violación indirecta del art. 1757 del C. C., por errónea interpretación de las pruebas.

Considera el recurrente que el Tribunal estimó que las copias de los autos de so-

breseimiento dictados en los sumarios contra Blanco y Camejo son pruebas de que Bona tuvo la intención de perjudicarlos con el denuncio, y también pruebas de la culpa, del perjuicio y de la relación de causalidad entre la culpa y el perjuicio.

IV.—Violación del artículo 2341 del C. C., por aplicación indebida.

Dice el recurrente:

"El abuso se reduce, al fin y al cabo, según Mazeaud y otros expositores, a la culpa en el ejercicio de un derecho. El art. 2341 del C. C. no entraña presunción de culpa ni presunción de responsabilidad, y quien quiera demandar por perjuicios, si aspira a fundar su derecho en el art. citado, debe demostrar en juicio controvertido la temeridad, imprudencia o ligereza. En los cargos anteriores se ha demostrado que no hubo prueba sobre la culpa, sobre el perjuicio, ni sobre la relación de causalidad entre la culpa y el perjuicio. Tampoco se comprobó el móvil ilegítimo de Jesús María Bona al dar su queja, ni se señaló y mucho menos se comprobó cuál era la acción que aconsejaba la técnica jurídica a este señor, para que surja de ahí que la acción penal intentada era la acción equivocada. Sin todas estas pruebas no se puede afirmar por el Juzgador que hubo culpa en la ejecución de un derecho y que es aplicable la teoría del abuso".

Estudio de los cargos

Estima la Corte que el estudio del expediente da margen suficiente para aceptar como fundado el cargo de violación de los artículos 1757 y 2341 del C. C., y por ello reduce a ese punto el análisis del recurso, como lo dispone el artículo 538 del C. Judicial.

En sentencia de fecha veinticuatro de agosto de mil novecientos treinta y ocho, dijo la Corte:

"El artículo 1614 del abolido código de procedimiento penal, vigente a la época en que ocurrieron los hechos que originaron este litigio estatuía: 'Todos los colombianos, con las excepciones establecidas en los artículos 90 y 656 del Código Penal, están obligados a denunciar a los funcionarios de instrucción los delitos o culpas que sepan que se han perpetrado, siendo éstos o éstas de aquellos en que puede y debe procederse de oficio, y dar sobre los mismos todas las noticias que tengan y puedan servir para comprobar el hecho y descubrir los delincuentes o culpables'.

"Esta norma legal obligatoria de cooperación ciudadana para el mantenimiento del orden jurídico y social, recogido en lo principal en el artículo 12 de la nueva ley de procedimiento penal, ya ha sido estudiada por esta superioridad en sus alcances como posible fuente de responsabilidad civil desde el punto de vista del ejercicio abusivo del derecho, o del deber legal que ella consagra. 'El conocimiento que den los particulares a los funcionarios de instrucción de delitos o de simples culpas, y de las noticias que tengan y que puedan servirles para comprobar el hecho y descubrir los delincuentes o culpables, lejos de constituír un proceder indebido, ilícito, está erigido por la ley en una obligación para los ciudadanos. Ella ha visto en el concurso de los particulares un medio imprescindible para conocer y castigar las infracciones y conservar el orden social. Quien use de su derecho o cumpla así con su deber, según doctrina general, a nadie daña, ni incurre en responsabilidad. Es más, la ley considera encubridor al que, a sabiendas, no denuncia el hecho a la autoridad, pudiendo hacerlo.

'Pero el cumplimiento de éste como de todo derecho requiere que se ejercite normalmente, con buena fe, y en tal forma que se acomode al espíritu de la institución jurídica del denuncio. Toda extralimitación en el uso, que lo haga anormal y fuera de los propósitos de ella, es ya reprensible y no merece protección, porque entonces no tiende a poner a las autoridades en mejor capacidad para proteger a todas las personas residentes en Colombia en sus vidas, honra y bienes, y asegurar el respeto recíproco de los derechos naturales, previniendo y castigando los delitos (artículo 19 de la C. N.).

'Desde luego la apreciación de las circunstancias que muestren como anormal el ejercicio de este deber ciudadano, la extralimitación de los móviles y de los fines que inducen al denuncio, la temeridad y la malevolencia, en una palabra, el abuso del derecho, es cuestión de hecho que corresponde al Juez en cada caso deducir de elementos objetivos demostrados en el proceso, por medio de los cuales se llegue al pleno conocimiento de los objetivos que asistieron al denunciante, teniendo en cuenta que la ley requiere el concurso de los particulares, cuya iniciativa no debe restringirse, pero tampoco usarse para fines que satisfagan únicamente intereses o pasiones personales. En este caso, el uso del derecho tiene por fin no los de la ley, sino los de dañar a otro, lo que entraña responsabilidad civil.

'Lo que la ley colombiana exige al denunciante es que no falte a la verdad en su relato y que dé sobre las culpas y delitos que denuncie todas las noticias que tenga y que puedan servir para comprobar el hecho y descubrir los delincuentes y culpables. El demandante no se obliga a probar su relato (artículo 1613 del C. de Procedimiento Criminal). Ello corresponde a la autoridad. El denunciante no incurre en pena de calumnia sino en la de falso declarante o perjuro, en su caso, si se prueba que ha faltado a la verdad, en su denuncio (artículo 753 del C. P.). De manera que la ley ha limitado penalmente el derecho, más aún, el deber que ha impuesto a los ciudadanos de colaborar con los funcionarios públicos en el conocimiento e investigación de los delitos'. (G. J., Tomo XLII, pág. 460).

"En dos casos bien distintos, según los autores, tiene ocurrencia el fenómeno jurídico del abuso del derecho cuando se ejerce con la única intención de causar un daño o sin motivo legítimo, esto es, correctamente en el sentido de la legalidad, pero injustamente, lo que sucede en los actos propiamente abusivos, y cuando el derecho se ejerce de una manera mal dirigida, es decir, distinta de su propia y natural destinación o fuera de sus límites adecuados, casos estos en que la intención maliciosa cede su lugar preferente a la desviación en el ejercicio del derecho como elemento constitucional de la culpa, y que constituyen los llamados actos excesivos. En ambos casos la actividad es evidentemente contraria al derecho, ilícita, constitutiva de culpa. Los hermanos Mazeaud al estudiar la cuestión de si el autor de un denuncio inexacto o de una queja injustificada compromete su responsabilidad civil, la resuelven afirmativamente para los casos en que el denuncio ha sido dado por maldad o con previo conocimiento de su falta de fundamento, porque entonces ven una culpa delictual; pero consideran que fuera de estos casos de innegable malicia, no se puede establecer como principio la responsabilidad civil del denunciante en todos los casos en que su denuncio no prospere, en el sentido de que no alcance una realidad punitiva. 'Si se admite la responsabilidad del que formula un denuncio —dicen— se expone a graves peligros a todos los que su conciencia incita a poner ciertos hechos en conocimiento de la justicia o de un particular. Esto ya sería suficiente para rechazar una solución tan absoluta. Pero existe otro argumento en la definición misma de la culpa, porque el denunciante no incurre en ella sino cuando un individuo normal hubiese obrado de modo distinto de como él lo hizo. Para condenar al autor de la queja, los tribunales exigen que ésta haya sido puesta temerariamente, a la ligera, sin verificaciones suficientes. Es preciso anotar una tendencia en la jurisprudencia a mostrarse muy severa contra el denunciante. Este no obra a menudo sino para el bien público; de modo que es excesivo exigirle entonces que se entregue personalmente a investigaciones profundas antes de designar la persona que crea culpable. El interés general quiere que la justicia pueda ser informada por los ciudadanos' ". (G. J., Tomo LXVII, páginas 56 y 57).

No encuentra la Sala razones suficientemente fundadas para variar la jurisprudencia anotada, máxime cuando en el

caso de estudio no aparece prueba alguna de la temeridad, ligereza o imprudencia con que Bona procediera a poner en conocimiento de las autoridades los hechos respectivos.

Al contrario, según las declaraciones del denunciante Bona, él supo por el señor Víctor Cortés, Alcalde de Cravo-Norte, que el general Arévalo Cedeño "se había dirigido a la Comisaría en correspondencia en que negaba haber autorizado a nadie para solicitar en su nombre ganados ni ninguna clase de elementos".

Esta afirmación de Bona aparece corroborada por el dicho del testigo Eliécer Caldas Herrán, llamado a declarar por los demandantes, quien explica que a la sazón era Secretario del señor Víctor Cortés, Alcalde de Cravo-Norte, y expone:

"Meses después el señor Alcalde Víctor Cortés me dijo: 'Escriba usted una resolución, porque hay que moralizar la región', y como subalterno de él procedí inmediatamente a hacerla, la cual debe obrar como auto cabeza de proceso en la investigación correspondiente. Don Jesús Bona se hallaba en el hato de Caño-Rico, de su propiedad, y el señor Alcalde Cortés lo mandó llamar para que ratificara el denuncio, el cual no fue dado por don Jesús Bona sino por orden del señor Alcalde".

A esto se agrega que según las declaraciones rendidas por los señores Salomón Castellanos, Leopoldo Lomónaco, Isaías Bello, Marco Antonio Gómez, Juan López, Julián Matar y Antonio José Delgado Gómez, Gerardo Blanco no ha sido persona de muy buenos antecedentes, sino que más bien ha tenido mala reputación, y aunque al dicho de esos testigos se opone el de otros, en mayor número, conforme a los cuales Blanco sí ha sido persona correcta y cumplida en sus compromisos, lo cierto es que de acuerdo con un certificado que obra en autos, expedido por la Dirección de la Cárcel del Circuito de Arauca el 19 de octubre de 1938, Blanco estuvo detenido en esa cárcel, en dos ocasiones, como sindicado de los delitos de hurto de ganado mayor y de estafa y falsificación de firma, antes de estarlo por virtud del denuncio dado por Bona.

De otro lado, tampoco hay prueba plena de los perjuicios materiales y morales sufridos por Blanco, y se ignora en qué consistieron tales perjuicios, porque aparte de saberse que Blanco estuvo detenido por razón del primer denuncio dado por Bona, detención que se deduce del aludido certificado de la Dirección de la Cárcel de Arauca y de la copia del auto de sobreseimiento dictado con ocasión del segundo denuncio de Bona, no existen otros elementos probatorios que demuestren tales perjuicios. Ni siquiera se trajo al expediente copia auténtica del auto de sobreseimiento proferido por el Juez del Circuito de Arauca en las diligencias ocasionadas por el primer denuncio. De ese auto se habla incidentalmente en el de fecha veinticuatro de noviembre de mil novecientos treinta y siete, dictado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo en el sumario ocasionado por el segundo denuncio presentado por Bona, contra los señores Ernesto Camejo y Gerardo Blanco. No hay, por tanto, pruebas suficientes para sostener que Bona hubiera hecho un uso abusivo de su derecho, en lo relativo al primer denuncio que se ha venido estudiando, ni, en consecuencia, para fundar una sentencia condenatoria contra él.

En lo atañedero al segundo denuncio, conviene advertir que conforme a la parte petitoria de la demanda sólo el señor Ernesto Camejo solicitó perjuicios, pues la petición de Blanco se limitó a los que dijo haber sufrido con ocasión del primer denuncio de Bona. De consiguiente, únicamente cabe estudiarse si Camejo recibió los perjuicios que demanda.

Acerca de este punto tampoco existe prueba de la temeridad y malicia con que procediera Bona, ni de que el señor Camejo hubiera recibido los perjuicios reclamados, pues ni siquiera hay constancia de que él hubiera sido detenido por ese motivo.

Cuando aún no se había dictado auto

de sobreseimiento en favor de Blanco, por el primer denuncio dado por Bona, el señor Camejo le dirigió unas cartas a Bona para reclamarle, como apoderado de Blanco, los perjuicios que éste decía haber sufrido, en la primera de las cuales le decía:

"Como muy bien se ve, Blanco puede ejercitar contra usted dos acciones: la una criminal, por perjurio, toda vez que usted juró en la Alcaldía de Cravo-Norte una declaración en que hacía aparecer a Blanco como estafador, hecho que ha quedado completamente desvirtuado con los documentos que arriba menciono; y otra, la Civil, por los enormes perjuicios que le ocasionó la injusta declaración de usted".

Camejo le dice a Bona, además, que Blanco estima en $ 4.220.00 los perjuicios sufridos, y que él, como apoderado de Blanco, está dispuesto a entrar en un arreglo amigable, y le agrega: "Pero si esto no fuere posible, entonces pasaré por la pena de iniciar y adelantar la acción judicialmente, respaldado por los comprobantes que obran en mi poder, con el aditamento de presentar en debida forma denuncio criminal contra usted por perjurio".

Bona presentó las cartas de Camejo al Alcalde de Cravo-Norte, para que se investigara si se trataba de hacerlo víctima de una estafa, y a iniciativa del Alcalde se adelantó la investigación correspondiente, sin que resulte probado en el presente juicio que ella ocasionara perjuicios a Camejo.

Es suficiente lo dicho para concluír que la Corte encuentra fundado el cargo de violación de los artículos 1757 y 2341 del C. C.

En consecuencia, debe casarse la sentencia para absolver al demandado, previa reforma de la sentencia de primer grado, la cual no puede aceptarse en lo referente a la declaratoria de prescripción de la acción, por las razones que al respecto aduce la sentencia del Tribunal.

Tampoco es el caso de hacer condenación alguna en costas.

En razón de lo dicho, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia proferida en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, con fecha diez y siete de mayo de mil novecientos cuarenta, y previa reforma de la de primera instancia, pronunciada por el Juez del Circuito de Arauca el nueve de marzo de mil novecientos trienta y nueve, absuelve al demandado Jesús María Bona C. de todos los cargos formulados contra él por los señores Gerardo Blanco y Ernesto Camejo, en su demanda presentada el treinta y uno de agosto de mil novecientos treinta y ocho.

Sin costas en las instancias ni en el recurso.

Cópiese, publíquese, notifíquese y devuélvase el expediente.

Isaías Cepeda — José Miguel Arango— Liborio Escallón — Ricardo Hinestrosa Daza.—Fulgencio Lequerica Vélez.—Hernán Salamanca. — Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

SE INFIRMA EL AUTO RECLAMADO

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Civil. Bogotá, marzo veintiséis de mil novecientos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Ricardo Hinestrosa Daza).

El presente juicio ordinario surgió del de deslinde y de la oposición iniciada y formulada por The Western Andes Mining Company como dueño de la finca Montebonito, contigua a la de El Pozo, cuyo dueño es el señor Juan de la Cruz Piedrahíta, contraparte.

Ya en curso en el Tribunal Superior de Manizales la segunda instancia, obtuvo entrada el señor Alfredo Suárez O. como coadyuvante de aquella Compañía, por haberle comprado la dicha finca de Montebonito.

Contra la sentencia del Tribunal en esa instancia recurrió en casación este señor y no la Compañía. De esta circunstancia dedujo la Corte que el recurso no había sido interpuesto por parte legítima, y se abstuvo de considerarlo en el fondo y decidirlo, en tal virtud. Así lo decidió en providencia de 20 de octubre último contra la cual el apoderado de Suárez oportunamente pidió reposición y su reemplazo por la declaración de que esta Sala ha de conocer y decidir en el fondo.

Ordenado y surtido el traslado correspondiente, según el artículo 488 del C. J., el abogado de la contraparte se opone a esa reposición y solicita se mantenga la providencia reclamada, adhiriendo a los conceptos expresados en ella acerca de la coadyuvancia en general y aduciendo como precedente en igual sentido la cita de varias sentencias de esta corporación, de una de las cuales destaca esta frase: "Los coadyuvantes no son partes en el juicio, por lo cual no tienen el derecho de interponer el recurso de casación".

Para establecer el sentido de una frase dada y, en general, la realidad de un precedente y su alcance, así como su aplicabilidad a tal o cual caso, preciso es estudiar el conjunto de que esa frase hace parte, pues al tomarla aisladamente se corre el riesgo de asignarle significación distinta de la efectiva, a más de que sería muy ocasionado a error no tomar en consideración las peculiaridades de cada caso con las consiguientes coincidencias y discrepancias, contrastes y analogías.

Esa sentencia de 1926 contempló la jurisdicción, en atención a tratarse de un juicio de que en primera instancia había conocido el Tribunal Superior sobre la base de que era parte el respectivo Departamento. La Corte halló que éste no era parte y declaró la consiguiente nulidad. En la mira de reforzar las razones que la condujeron a esa conclusión, trajo a cuento sentencias en que se había visto cómo en un juicio dado no puede entenderse que la Nación sea parte litigante por la sola circunstancia de ser accionista de la sociedad que sí lo es. Y fue ocasional y tangencialmente como estampó con este motivo las frases atrás copiadas. Vistas así a su verdadera luz, no tienen el alcance que el opositor les asigna.

Más todavía: para respaldarlas trae allí mismo la Corte la cita aludida de sentencias en este sentido, de ellas la de 6 de junio de 1899 (G. J., Tomo XVI, pág. 120), y lo que en este otro fallo se encuentra no es, ni con mucho, el respaldo que el opositor le atribuye a su tesis, porque lo que allí dijo la Corte no fue que la coadyuvancia no bastaba para dar personería, sino que en el pleito allí fallado la sentencia recurrida no perjudicaba al coadyuvante recurrente y de ahí dedujo la negativa. Al respecto dijo que la Corte "ha estableci-

do con razón la doctrina de que no basta que una persona intervenga en un juicio coadyuvando la acción del demandante o defendiendo la causa del reo, si por otra parte la sentencia que haya de recaer en el pleito no ha de perjudicar al coadyuvante por ministerio de la ley.....".

De su lado, la sentencia de 29 de marzo de 1938 (G. J., Tomo XLVI, páginas 264 a 267), citada también por el opositor, establece con toda claridad la distinción entre la coadyuvancia meramente adhesiva simple y la litis consorcial.

La del presente caso tiene pecularidades que obligan a decidir el recurso ahora pendiente en la forma que el reclamante solicita, y entre aquéllas se destaca con fuerza decisiva la siguiente: Suárez compró a Montebonito, de suerte que fue aduciendo en debida forma la correspondiente escritura pública como solicitó y obtuvo su entrada al pleito. Obtener que un predio se deslinde y que se fijen mojones para señalar sus linderos es facultad que la ley confiere a quien en él tenga un derecho real principal, el de dominio u otro: tales las palabras del C. J. en su artículo 862 con que comienza el Título que esa obra dedica al juicio de Deslinde y Amojonamiento. Integran una acción los recursos correspondientes a su ejercicio. Así, si tras de un juicio especial de deslinde sobreviene uno ordinario por la oposición de que habla el artículo 870 de esa obra, es claro que el titular de la acción lo es de los recursos pertinentes, entre los cuales figura el de casación, condicionado por el artículo 519, ibídem.

Estas breves consideraciones bastan para hacer ver que a Suárez sí le asiste la personería que la providencia reclamada le echó menos. En otras palabras: lo cardinal, lo de fondo, que es, en lo tocante a personería, por obra de lo ya dicho en relación con el artículo 862 del C. J., la calidad de dueño, no puede desaparecer arrollada por una circunstancia de detalle como la de no haber ingresado al litigio tal dueño sino como coadyuvante de quien era el dueño cuando el litigio se trabó y que, andando éste, dejó de serlo y, por ende, dejó su puesto a la persona a quien le vendió, es decir, a quien traspasó el dominio y con él sus acciones consiguientes. Así las cosas, desconocerle a Suárez su acción, tanto valdría como desconocerle su dominio. A que se agrega que, desinteresado el vendedor por el hecho decisivo de haber vendido en condiciones como las atestiguadas por la escritura de compraventa en el presente caso, la causa inicialmente sostenida por él quedaría sin quien la sostuviese.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, infirma su propia providencia de veinte de octubre de mil novecientos cuarenta y uno y en su lugar declara que es el caso de entrar esta Sala a conocer y decidir en el fondo el recurso de casación en el presente juicio. A este fin volverá el expediente al despacho una vez que este auto quede ejecutoriado.

Cópiese y notifíquese.

Isaías Cepeda — José Miguel Arango— Liborio Escallón — Ricardo Hinestrosa Daza — Fulgencio Lequerica Vélez—Hernán Salamanca — Pedro León Rincón, Srio. en ppd.

ACCION DE NULIDAD DE UNOS TESTAMENTOS Y DE RESTITUCION DE BIENES.—FIRMA INCOMPLETA DEL TESTADOR EN TESTAMENTOS ABIERTOS.—INHABILIDADES DE LOS TESTIGOS DE LOS TESTAMENTOS SOLEMNES Y ABIERTOS. — QUE DEBE ENTENDERSE POR AMANUENSE DEL NOTARIO. — ERROR DE HECHO EN CASACION

1.—De acuerdo con el artículo 208 del C. J. el actor puede corregir su demanda; pero no hay norma que obligue a hacer una nueva demanda *in integrum* cuando se corrige la primitiva. 2.—La Corte, con un criterio racional que tiende a salvar siempre la voluntad del testador, ha decidido que la ley no exige que se haga constar en los testamentos solemnes el cumplimiento de las formalidades a que aluden los artículos 1071 a 1074 del C. C., inclusive, y que por lo tanto del hecho de que no se deje constancia de ellas no se deduce que no se hayan cumplido. Y sobre el alcance del artículo 1075 del C. C. há mucho tiempo que la Corte, guiada por el criterio de que se ha hablado, decidió, y es hoy jurisprudencia casi universal, que "los testamentos abiertos pueden ser válidamente firmados por el testador con firma no entera, con tal que sean conocidos el Notario y las demás personas que intervienen en su otorgamiento y que el espíritu de la ley que exige, y no como indispensable, la firma del testador en el testamento, no puede ser otro que el de que ese documento, que ha de producir sus efectos después de la muerte de aquél, lleve consigo una señal inequívoca de su autenticidad". 3.—En tratándose de las inhabilidades de los testigos y refiriéndose al numeral 9º del artículo 1068 del C. C. que prohibe a los amanuenses del Notario ser testigos del testamento, la Corte, en sentencia de casación pronunciada en 1922 decidió que los amanuenses del Notario a quienes la ley prohibe ser testigos de instrumentos solemnes son los empleados que tiene permanentemente en su oficina y no quien ocasionalmente escribe el instrumento o acta; y posteriormente, en sentencia de 18 de marzo de 1936, estudió por todos sus aspectos el asunto fijando el alcance que debe darse al vocablo amanuense del Notario, empleado por el numeral 9º del artículo 1068 del C. C. y decidiendo que no puede confundirse al simple copista con el empleado del Notario ocupado en forma permanente por éste y pagado en forma constante y las más de las veces, por no decir siempre, a sueldo fijo. Se fijó en ese fallo la calidad de dependiente del Notario, como amanuense, y el simple carácter de amanuense pero sin esa dependencia como empleado, para decidir que quien no tenga esa dependencia, que caracteriza el empleado, puede ser testigo del testamento. 4.—Para que el error de hecho, que produce la violación de la ley incida en casación, es preciso que sea manifiesto y que se señale en qué consiste. 5.—El derecho real de herencia no es materia de la reivindicación sino de la acción de petición de herencia que consagran los artículos 1321 a 1326 del C. C. 6.—Para explicar en parte el artículo 1324 del C. C. don Andrés Bello dijo en una nota que el heredero vencido no está en el caso de restituír, si el precio de lo enajenado le corresponde por algún concepto en la herencia, como legítima, cuarta de libre disposición, etc. Es pues una especie de compensación lo que en principio se establece. Pero la jurisprudencia y la doctrina han sacado mayores consecuencias del artículo, que de una manera expresa consagra el principio del enriquecimiento sin causa, principio que se deriva en nuestra legislación de normas generales como las contenidas en los artículos 5º y 6º de la ley 153 de 1887 o de textos expresos como el cita-

do y también para casos específicos, como los contenidos en los artículos 2313, 2314 del C. C. Por eso el heredero que de buena fe paga una deuda del causante, con bienes de la sucesión, no puede ser obligado a restituír el precio de la enajenación porque entonces habría un empobrecimiento sin causa en contra de quien hace el pago y un enriquecimiento también sin causa a favor de los otros herederos; lo mismo puede decirse cuando el heredero, en cumplimiento de la volutad del causante, hace ciertos pagos a terceros, a título gratuito. Por eso la responsabilidad del heredero por la enajenación de las cosas hereditarias no le atañe sino en cuanto se haya hecho más rico o sea en cuanto por aquéllas haya aumentado su patrimonio, y esto delimita el alcance del artículo 1324, el cual no significa que el heredero no responda por toda clase de enajenaciones, lo que sería inadmisible, porque redundaría en perjuicio de los herederos de mejor derecho, sino que esa responsabilidad se termina y se convierte en la no restitución del precio de las enajenaciones, cuando éstas no han aumentado el patrimonio del heredero vencido, ni éste tuvo siquiera la intención de enriquecerse con las enajenaciones que hizo sino que las condicionó en la forma dicha, porque, subraya la Corte, no es de toda enajenación de la que no responde el heredero vencido sino de aquéllas hechas en el sentido taxativo que acaba de expresarse.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación en lo Civil. — Bogotá, abril ocho de mil novecientos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente, Dr. Liborio Escallón)

Alejandro Cadena C., fallecido en la ciudad de Bucaramanga, otorgó testamento solemne nuncupativo, instituyendo como heredera universal a la señora Edelmira Peña de Cadena con el cargo de pagar unos legados a Bethsabé Cadena de Ortiz, Emma Cadena de Carrillo y a los hijos de Francisco Botero y de la señora Josefina Cadena de Botero. Así consta de la escritura número 800 de 2 de diciembre de 1932 otorgada ante el Notario 1º de Bucaramanga (fojs. 49 del cuaderno 2º). En este testamento figuran como testigos instrumentales Elvira Mantilla e Isabel Reyes.

El mismo Alejandro Cadena C. otorgó un nuevo testamento en que revocó el anterior, instituyendo heredera universal de todos sus bienes, a su esposa la señora Peña de Cadena. Así consta igualmente de la escritura 265 de 28 de febrero de 1936, pasada ante el Notario 1º de Bucaramanga. En ese testamento figuran también como testigos instrumentales las prenombradas Elvira Mantilla e Isabel Reyes (fojs. 15 del mismo cuaderno).

Con base en este último testamento se inició el correspondiente juicio de sucesión del señor Cadena C., hasta llegar a la liquidación de la herencia y adjudicación de la totalidad de los bienes relictos, a la señora Peña de Cadena. Dicho juicio fue protocolizado en la Notaría Primera de Bucaramanga, por escritura pública número 1328 de 7 de septiembre de 1937 (fojs. 52 a 69 ibídem).

Emma Cadena de Carrillo, Ana Bethsabé Cadena de Ortiz, Ana Josefina Cadena de Botero y Luis Alfredo Cadena, es decir los mismos a quienes don Alejandro había designado como legatarios en su primer testamento, y que posteriormente, y según se verá, recibieron o adquirieron bienes que fueron del causante, entablaron por medio de su apoderado, doctor Saúl Luna Gómez juicio ordinario, para que con citación y audiencia de la viuda y heredera del señor Cadena C., se hicieran estas declaraciones:

Que son nulos como actos testamentarios los instrumentos otorgados por ante el Notario Primero del Circuito de Bucaramanga, bajo los números 800 de 1932 y 268 de 1936 en que aparece el señor Alejandro Cadena expresando su última voluntad; que como consecuencia es nulo el juicio sucesorio del expresado señor Cadena, nulo el registro de la partición o adjudicación hecha a favor de la heredera señora Peña de Cadena. Que los bienes

que fueron inventariados y adjudicados en el juicio de sucesión de Cadena deben ser restituídos a los herederos intestados de dicho señor, como representantes de esa sucesión, después de haber liquidado la sociedad conyugal existente entre Alejandro Cadena y la señora Edelmira Peña de Cadena; que la restitución debe comprender los frutos naturales y civiles de esos bienes. Solicitaron además que se ordenara la cancelación del registro de la partición y se librara la orden respectiva al Notario ante quien se protocolizó el juicio.

La demanda fue corregida en oportunidad en el sentido de que en vez de la restitución de los inmuebles señalados en ella bajo los números 7, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16 y 17, se hiciera la del precio por el cual la demandada enajenó esos bienes. Se debió esta corrección a que la demandada manifestó al contestar el libelo que no era poseedora de tales inmuebles.

Efectivamente, anticipa la Corte, según está comprobado en autos, tales inmuebles fueron traspasados por la señora Peña v. de Cadena al señor Ernesto Ordóñez, quien a su turno los traspasó a los demandantes, o sea a los mismos a quienes el causante había designado como legatarios en su primer testamento.

El hecho básico y fundamental de la demanda, es este: Las ya mencionadas Isabel Reyes y Elvira Mantilla, quienes firmaron ambos testamentos como testigos instrumentales, han tenido desde antes de 1932, durante ese año y durante los seis siguientes, el carácter de empleadas del Notario Primero Luis González Mutis ante quien se otorgó el testamento. Como empleadas de aquél han obedecido sus órdenes como sus subalternas o subordinadas y han considerado a dicho Notario como su patrón o Jefe de la Oficina.

Las demandantes comprobaron en el curso del proceso que son hermanas legítimas del fallecido señor Alejandro Cadena C., y de ahí se deriva su personería sustantiva para ejercitar la presente acción, personería que está fuera del debate en este recurso, y además, como se dijo, establecida legalmente.

El Juez de primera instancia, 2º del Circuito de Bucaramanga, en sentencia de 12 de mayo de 1939 decretó las declaraciones impetradas; consideró, para efecto de las restituciones a la demandada como poseedora de buena fe y por eso aquéllas sólo fueron decretadas desde el día quince de mayo de mil novecientos treinta y nueve, fecha de la contestación de la demanda; no ordenó librar la orden de cancelación al Notario donde se protocolizó el juicio y no hizo condenación en costas.

Apelado el fallo por ambas partes, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, en sentencia de 24 de mayo de 1940 confirmó la del inferior, adicionándola en el sentido de que se comunique al Notario Primero de dicha ciudad, que han sido declarados nulos los testamentos demandados, así como también el correspondiente juicio de sucesión, para la anotación al margen de la respectiva matriz.

También ambas partes recurrieron en casación y pasa hoy a decidirse sobre la suerte del recurso.

El Tribunal fundó su sentencia en lo siguiente: En que está plenamente acreditado en los autos que Elvira Mantilla e Isabel Reyes eran empleadas del Notario Primero de Bucaramanga Luis González Mutis, no sólo el día en que el señor Alejandro Cadena C. otorgó su testamento sino en lapsos anteriores y posteriores a esa fecha. En que las expresadas Elvira e Isabel autorizaron como testigos instrumentales el testamento del señor Cadena, testamento que escribió Elvira Mantilla. Establecido este hecho y no habiendo duda alguna sobre la autenticidad de las firmas de las dos testigos, el Tribunal aplicando los artículos 1068, 1070, y 11 de la Ley 95 de 1890, decretó la nulidad impetrada, no sin haber antes estudiado y llegado a la conclusión de que las testigos del testamento no podían considerarse, en el caso de autos, como copistas accidentales, sino que por lo que aparece del expediente, tenían el carácter de ama-

nuenses y empleadas permanentes y subordinadas del Notario ante quien se otorgó el testamento.

El Tribunal como consecuencia de la nulidad decretada ordenó a la demandada la restitución de los bienes herenciales y para el efecto de la restitución de frutos la consideró como poseedora de buena fe y no la condenó en costas.

El fallador no encontró demostrada la excepción propuesta por el personero de la parte demandada consistente en que los demandantes carecen de acción para pedir la restitución del precio, por la enajenación que hizo la demandada y se funda para ello en que se trata de una verdadera acción de simulación, que no puede prosperar en la forma en que se propuso, entre otras razones porque la demandada no celebró contrato alguno con los demandantes sobre la transferencia de los bienes, cuyo precio se demanda.

Por vía de método, la Corte entra en primer término a estudiar la demanda del recurrente apoderado de la demandada.

En el capítulo primero alega la causal segunda del artículo 520 del C. Judicial, o sea no estar la sentencia en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes.

Se funda, en síntesis, esta alegación, en lo siguiente: En que habiendo corregido la primitiva demanda el actor, en el sentido de pedir que en vez de la restitución de ciertos inmuebles, que había enajenado la demandada, devolviera ésta el precio que recibió por tales bienes, la primitiva demanda desapareció. Sostiene el recurrente que entonces ha debido fallarse de acuerdo con la segunda demanda, y no con la primera, y que por no haber procedido así, el Tribunal violó el artículo 22 de la Carta Fundamental.

La Corte considera: El demandante presentó su primitiva demanda en la que ejercita la acción de nulidad de los dos testamentos otorgados por el señor Cadena C. y pide la restitución de los bienes que enumera en el libelo. Expresa asímismo los hechos en que lo apoya y cita las disposiciones que dan base a su acción.

Notificada la demanda y ante la manifestación de la demandada de que había enajenado algunos de los bienes relacionados en el libelo, el apoderado de la parte actora manifestó que en vista de esa situación y haciendo uso del derecho consagrado por el artículo 208 del C. Judicial prescindía de pedir la restitución de los bienes relacionados bajo los números 7, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16 y 17 y que en su lugar pedía la restitución del precio recibido por la demandada, en virtud de la venta que hizo de esos bienes.

El Juzgado admitió la corrección de la demanda y sobre esa base siguió el juicio.

No estima la Corte que la corrección de la demanda en el caso de autos dejara sin vigor la primera o la hiciera desaparecer, porque en la corrección no se varió la acción ni la demandada, ni tampoco cambiaron los actores, ni se modificó el fundamento de derecho, y los hechos fundamentales quedaron los mismos. De modo que la corrección debe relacionarse con la demanda primitiva y entonces lo único que resulta es la prescindencia de perseguir unos bienes, para perseguir el precio en que fueron enajenados, como consecuencia de la acción de nulidad entablada desde el principio. El actor hizo uso del derecho que consagra el artículo 208 del C. Judicial y no hay norma que obligue a hacer una nueva demanda **in integrum**, cuando se corrige la primitiva.

Estando la corrección ajustada a la ley, por cuanto no había necesidad de repetir en ella los fundamentos de hecho y de derecho, habiendo admitido dicha corrección y formádose sobre esta base y sobre la primera demanda la litis contestatio y habiendo girado el debate sobre la primitiva demanda y sobre su corrección y recaído el fallo sobre esas dos piezas, estudiadas y estimadas en conjunto, como un solo libelo, no pudo haber violación del artículo 22 de la Carta, citado por el recurrente, lo cual hace ver que el cargo que se estudia no puede prosperar.

En el capítulo segundo, y en el subsi-

dio, alega la primera causal de casación y señala como violado el artículo 1068 del C. Civil en su numeral 3º, por cuanto en su concepto el Tribunal incurrió en errores de hecho y de derecho dándole por eso una aplicación indebida o interpretación errónea a dicha norma, en el numeral citado, debido a la mala apreciación de las pruebas de donde deduce la inhabilidad de las testigos instrumentales Isabel Reyes y Elvira Mantilla.

En vista de esta acusación la Corte cree del caso estudiar tanto la cuestión de derecho, como la de hecho, refiriéndose al principio que condiciona la inhabilidad de los amanuenses del Notario para servir como testigos instrumentales en los actos testamentarios.

Cuestión de derecho

El acto solemne del testamento requiere para su validez y eficacia ciertos requisitos de fondo y de forma, que cuando no se cumplen o se omiten entrañan la nulidad del acto. Cuando éste adolece de los primeros, se produce lo que los tratadistas llaman nulidades internas, por oposición a las nulidades causadas por la omisión de ciertas solemnidades. La ley fija y determina el modo de otorgar los testamentos y sanciona con nulidad, ya por defectos de fondo o de forma, el acto testamentario. Mas siendo las nulidades de carácter taxativo y teniendo en cuenta las graves consecuencias que acarrea la declaratoria de nulidad de un testamento, el legislador en textos expresos ha modificado el rigor de los antiguos principios y la jurisprudencia se orienta cada vez más hacia un criterio de amplitud, dentro del estrecho círculo constituído por la ley al respecto. Como anota algún expositor, es con verdadera repugnancia, como se llega en algunos casos a decretar la nulidad de un testamento, especialmente cuando estando intactos y siendo inobjetables los elementos o factores de fondo, únicamente se ataca el acto por errores u omisiones de forma. Es casi por vía de excepción, que se decreta la nulidad de un acto testamentario, porque en muchas ocasiones la voluntad y el querer del testador rectamente expresados, quedan sin eficacia y hasta burlados. Cuando se trata de un acto contractual, y se ventila sobre su nulidad, o sobre el alcance de las cláusulas del pacto, los mismos contratantes se presentan al juicio ya para defender sus puntos de vista, ya para explicar, ayudados de otros factores, el sentido de cláusulas tachadas de ambiguas o de vagas. Y esto no puede suceder en tratándose de un testamento, por lo mismo que quien lo otorgó es totalmente ajeno al debate. La trascendencia que engendra el decreto de nulidad de un testamento, es con frecuencia mayor que la de la nulidad de un contrato.

En relación con todo lo anterior y en corroboración a ello y por lo que hace a la legislación y jurisprudencia colombianas es oportuno observar que el artículo 11 de la Ley 95 de 1890 mitigó, en parte, el rigor de los principios, al reemplazar el artículo 1083 del C. Civil, modificando el artículo 1073, el 1080 y el 1081 de la misma obra. Al lado de esto la Corte, con un criterio racional, que tiende a salvar siempre la voluntad del testador, ha decidido "que la ley no exige que se haga constar en los testamentos solemnes el cumplimiento de las formalidades a que aluden los artículos 1071 a 1074 del C. Civil, inclusive y que por lo tanto el hecho de que no se deje constancia de ellas, no se deduce que no se hayan cumplido". Sobre el alcance del artículo 1075 del C. Civil, que preceptúa que termina el acto testamentario con las firmas del testador y los testigos y por la del notario si lo hubiere, há mucho tiempo que la Corte, guiada por el criterio de que se ha hablado decidió, y es hoy jurisprudencia casi universal, que "los testamentos abiertos pueden ser válidamente firmados por el testador con firma no entera, con tal que sean conocidos el Notario y las demás personas que intervienen en su otorgamiento y que el espíritu de la ley que exige, y no como indispensable, la firma del testador en el

testamento, no puede ser otro que el de que ese documento, que ha de producir sus efectos después de la muerte de aquél, lleve consigo una señal inequívoca de su autenticidad". "El vocablo firma, ha dicho esta Corporación, no es equivalente a firma entera".

En tratándose de las inhabilidades de los testigos y refiriéndose al numeral 9º del artículo 1068 del C. Civil que prohibe a los amanuenses del Notario ser testigos del testamento, la Corte en sentencia de casación pronunciada en 1922 (**Gaceta Judicial**, Tomo XXXIX, pág. 130), decidió que los amanuenses del Notario a quienes la ley prohibe ser testigos de instrumentos solemnes son los empleados que tiene permanentemente en su oficina y no quien ocasionalmente escribe el instrumento o acta; y posteriormente, en sentencia de 18 de marzo de 1936 (G. J., Nros. 1911-12), estudió por todos sus aspectos el asunto fijando el alcance que debe darse al vocablo amanuense del Notario, empleado por el numeral 9º del artículo 1068 del C. Civil y decidiendo que no puede confundirse al simple copista con el empleado del Notario ocupado en forma permanente por éste y pagado en forma constante y las más de las veces, por no decir siempre, sueldo fijo. Se fijó en ese fallo la calidad de dependiente del Notario, como amanuense, y el simple carácter de amanuense pero sin esa dependencia como empleado, para decidir que quien no tenga esa dependencia, que caracteriza al empleado, puede ser testigo del testamento.

No obstante que el Código Civil Francés exige menos formalidades para los testamentos que el colombiano, y que en aquél no existe la prohibición consagrada en el numeral 9º del artículo 1068 de nuestro Código, prohibición que algunos critican y que hace por lo menos pensar en una reforma o modificación de tal norma, en beneficio de la primacía de la voluntad del testador, de la realidad y de la verdad de las cosas, los notarios franceses, como lo observa Planiol, a quien cita acertadamente el Juez de primera instancia, conscientes de su responsabilidad, y ante la severidad de la ley, por las omisiones o descuidos notariales, rehusan prestar sus servicios para el otorgamiento de los llamados testamentos auténticos que equivalen a los nuncupativos colombianos y optan por enviar un proyecto de testamento al testador para que éste lo transforme en testamento ológrafo.

En cuanto a la nulidad de los testamentos por la intervención de ciertos testigos, máxime cuando la inhabilidad de éstos no es de carácter permanente y general, sino particular, la jurisprudencia y la doctrina francesas como lo observa Josserand, han consagrado el principio de la habilidad putativa de todos los testigos por aplicación del apotegma **error communis facit jus**, principio que acepta y consagra nuestro código pero limitada esa habilidad a un solo testigo según el art. 1069 in fine del C. Civil.

La razón de lo anterior es la siguiente: El testador generalmente se confía en absoluto, en cuanto al lleno de las formalidades externas, a lo que hace el Notario; mejor dicho, el testador no influye, no se mezcla en la realización de tales formalidades y es ajeno a ellas. Sucede entonces, que en ocasiones, por descuido, incompetencia o negligencia del Notario, viene a ser nulo un testamento, por omisión de ciertas formalidades, o violación de ciertas normas externas, a todo lo cual fue ajeno, quien confiado en el Notario, consignó su última voluntad, cuyo cumplimiento y ejecución tiene mucho de trascendental y hasta sagrado.

Muchas de las causales de inhabilidad consagradas en el artículo 1068 del C. Civil fueron tomadas por el señor Bello de la Ley 9ª, Título 1º, Partida 6ª, y vale la pena observar que el ilustre autor del Código Civil Chileno, quiso apartarse del rigor de los principios que al respecto contenía la norma española, y por eso entre otras no propugnó la prohibición consagrada en el numeral 17 del artículo 1068, en la forma en que quedó definitivamente sino que con un criterio menos estrecho sostuvo que el testamento podía ser nulo cuando la mayoría de las personas que

autorizaban o concurrían al acto eran las beneficiadas con el testamento. Desgraciadamente ese principio, como otros que reducían las inhabilidades de los testigos no fueron aceptados, sino que se modificaron.

Es oportuno anotar, como se hizo ya, que en el Código Francés no existe la inhabilidad del numeral 9º citado, que es de origen español; que sólo existe al respecto la inhabilidad de los llamados "clercs", especies de sustitutos y aprendices de notario y que no obstante que esa prohibición se refiere a un solo individuo, ha sido y es muy criticada por los doctrinantes.

Cuestión de hecho

El carácter de Notario Primero de Bucaramanga, de Luis González Mutis está plenamente acreditado en los autos y no ha sido materia de controversia, así como tampoco el que tuviera esa calidad cuando el señor Alejandro Cadena C. otorgó los dos testamentos acusados de nulos. En su primera declaración, que corre al folio 29 del cuaderno número 8, declaró este funcionario lo siguiente: "He tenido a mi servicio, en mi carácter de Notario, los mismos copistas que dejó mi antecesor, o sean la señorita Elvira Mantilla y la señora Isabel Reyes, y más tarde la señorita Alicia Cadena, la señorita Ana Ordóñez, que fueron reemplazadas después, por la señorita María Luisa Mantilla y por la señora Rosalvina de Patiño". En declaración posterior que corre al folio 94 vta. ibídem, tal funcionario fue más explícito y declaró así: "Durante el ejercicio de mi empleo como Notario Primero de este Circuito, las escrituras originales en el protocolo las escriben los empleados correspondientes de la Oficina, y a falta de ellos el Notario, cuando es necesario y urgente. Es claro que las señoritas Isabel Reyes y Elvira Mantilla, cuando han sido escribientes en mi oficina, reciben mis órdenes y las obedecen".

Isabel Reyes, uno de los testigos de los testamentos, declaró, fols. 3 vto. ibídem, que desde el año de 1927, hasta la fecha de la declaración, 13 de junio de 1939, está trabajando en la Notaría Primera de Bucaramanga, "como empleada de dicha Notaría"; que trabaja desde antes de las ocho de la mañana, que su trabajo consiste en escribir a mano copias, originales o índices y que su sueldo se lo paga el Notario por semanas en dinero efectivo. Agregó que "en ocasiones en que hay mucho trabajo sí me da el Notario las llaves o yo se las pido, porque él llega un poquito más tardecito. Cuando hay trabajo suficiente salgo de las cinco en adelante, pero cuando hay poco sí salgo temprano, muchas veces a las cuatro de la tarde. Nunca he cerrado la Oficina de la Notaría por la tarde. Unicamente he dejado de trabajar fuera de los días de fiesta religiosa o civil, el mes de mayo del año pasado en que estuve temperando y luego cuando he estado enferma que nunca ha sido más de medio día. Actualmente tengo un puesto especial en el local de la Notaría, donde habitualmente trabajo, y ese puesto queda en la sala contigua a la que ocupa el Notario, es decir, divididos por un tabique. Las escrituras en que aparezco firmando como testigo instrumental las firmo inmediatamente después de la lectura y de que hayan sido firmadas por los interesados y luego lo hace el Notario en presencia de los otorgantes".

Elvira Mantilla, otro de los testigos de los testamentos, declara en síntesis lo mismo que la testigo Reyes y dice además: "Trabajé en la Notaría Primera de Bucaramanga, desde mucho antes de ser Notario el doctor Luis González Mutis, trabajé también con Carlos Valencia Estrada. Es verdad que yo trabajaba en la Notaría Primera de Bucaramanga, muchas veces antes de las ocho de la mañana y otras veces después, como había varios que tenían llaves unas veces abría la Oficina y otras no, pero yo no era la única encargada de abrir la Oficina... El sueldo me lo pagaba el Notario semanalmente según el trabajo en dinero efectivo".

Ante estas pruebas, aún consideradas como exclusivas y únicas, es imposible

aceptar que el Tribunal hubiera incurrido en error de hecho evidente o en error de derecho en la apreciación de las pruebas y hubiera violado por esa causa el numeral 9º del artículo 1068 del C. Civil. El elemento subjetivo en casos como estos tiene un valor definitivo, por cuanto el patrón o superior y sus empleados o dependientes, son los que están en mejor capacidad para estimar sus respectivas calidades y cuando existe la subordinación u obediencia de los segundos respecto del primero, subordinación que los constituye en sus empleados o dependientes.

De modo que con las tres declaraciones que acaba de citarse se comprueba hasta la evidencia que las dos testigos eran amanuenses del Notario ante quien se otorgó el testamento, en el sentido que la jurisprudencia le ha dado a este término, según las sentencias ya transcritas. No eran pues la Reyes y la Mantilla simples copistas, trabajadoras accidentales de la Notaría, sino que tenían el carácter de empleadas amanuenses del Notario. La doctrina pues emanada de las sentencias mencionadas sobre el particular no es aplicable a este caso, para considerar a las testigos como simples copistas. Mas el Tribunal no solamente tuvo en cuenta estas pruebas, en cuya apreciación la Corte no halla error, sino que estimó diez declaraciones de personas muy conocidas en la ciudad de Bucaramanga, de abogados especialmente, quienes afirmaron que habían conocido a las dos testigos mencionadas, por un espacio aproximado de seis años, como empleadas de la Notaría Primera de esa ciudad. En otros términos, era un hecho público y ostensible el carácter de empleadas de Isabel y Elvira en la Notaría y aun suponiendo que tales declaraciones adolecieran de alguna vaguedad, ésta quedaría disipada ante las declaraciones del Notario y de las testigos instrumentales.

Aún más: El Tribunal tuvo en cuenta también la diligencia de inspección ocular practicada en la Notaría Primera, y en ella quedó establecido el carácter de empleadas de las testigos, por cuanto se demostró que ellas intervenían ya escribiendo los instrumentos, ya como testigos de todos los actos que pasaban ante el Notario, en tiempo anterior, en el mismo día y en tiempo posterior al en que se otorgó el testamento. Se estableció que Elvira Mantilla en su calidad de empleada de la Notaría escribió los dos testamentos cuya nulidad se impetra, que Isabel Reyes, conjuntamente con la Mantilla los suscribió como testigo y que el mismo día del otorgamiento de uno de los testamentos o sea el 28 de febrero de 1936, la Mantilla escribió varios instrumentos.

Para que el error de hecho, que produce la violación de la ley incida en casación, es preciso que sea manifiesto y que se señale en qué consiste. En el caso presente no encuentra la Corte tal error, pero ni siquiera uno leve que tuviera eficacia para casar el fallo y por otra parte no se encuentra cuál haya sido la apreciación indebida o la falta de apreciación de determinada prueba.

Por estas razones la acusación no puede prosperar y entonces se concluye que siendo la Reyes y la Mantilla empleadas del Notario González Mutis, cuando el señor Cadena otorgó sus dos testamentos, y habiendo sido dichas señoritas testigos de esos instrumentos públicos, contravinieron a lo dispuesto en el numeral 9º del artículo 1068 y por lo tanto esa contravención acarrea la nulidad de esos actos, los dejó sin valor alguno según el artículo 11 de la Ley 95 de 1890, conclusión fatal ante los términos claros y expresos de la ley y que pone de relieve la responsabilidad de los Notarios, y en general de los funcionarios públicos por su negligencia, ignorancia o descuido, y el de sus dependientes, empleados o amanuenses. Acusa el recurrente la sentencia por aplicación indebida de los artículos 2º de la Ley 50 de 1936, ordinal 9º del artículo 1068 del C. Civil, artículo 11 de la Ley 95 de 1890, y artículos 1740, 1746 y 955 del C. Civil. Estas violaciones, en sentir del recurrente, dependen de que el Tribunal cometió error de hecho evidente en la apreciación de la demanda, porque ella no daba

base para las condenaciones que hizo, y agrega que en las demandas, la primitiva y la corregida, no se sabe para quién se pide.

La Corte considera: Los demandantes se presentaron en este juicio como herederos abintestato del señor Alejandro Cadena y pidieron para la sucesión de este señor, representada por sus herederos. Por eso la tercera declaración dice muy claramente lo que sigue: "que los bienes que fueron inventariados y adjudicados en el juicio sucesorio de Alejandro Cadena, en el Juzgado Primero de este Circuito Civil, que fue protocolizado bajo el número 1328 de 7 de septiembre de 1937, de la Notaría Primera de Bucaramanga, deben ser restituídos a los herederos intestados de dicho señor Alejandro Cadena, como representantes de esa sucesión mortis causa, después de haber liquidado la sociedad conyugal entre el señor Alejandro Cadena y la señora Edelmira Peña de Cadena".

El Tribunal, al conformar la sentencia del inferior y por fuerza del decreto de nulidad de los testamentos demandados, ordenó la restitución de los bienes que dejó el señor Cadena, a la sucesión intestada de éste, representada por sus herederos.

Luego teniendo en cuenta lo pedido y lo decretado, conclúyese rectamente que el Tribunal no incidió en error de hecho en la apreciación de la demanda, y por el concepto que se estudia. No pueden prosperar, entonces, los cargos al respecto.

Decretada la nulidad de los testamentos otorgados por Alejandro Cadena y demostrada la personería de los actores, hermanos del de cujus, era consecuencial la restitución de los bienes ocupados por la demandada, también en su calidad de heredera de Cadena, restitución que debía hacerse, como se decretó, a la sucesión de Cadena, que vino a quedar ilíquida, por quedar sin efecto los testamentos que éste otorgó y por ende las adjudicaciones que se hicieron a la demandada, como heredera testamentaria de Cadena, en virtud de su mismo testamento.

Prosperando la acción de nulidad, venía como consecuencia y de acuerdo con el artículo 1321 del C. Civil la restitución de los bienes herenciales. El derecho real de herencia no es materia de la reivindicación sino de la acción de petición de herencia que consagran los artículos 1321 a 1326 del Código Civil y es indudable que esta acción, como consecuencia de la nulidad impetrada, fue la establecida por la parte actora. No comparte por lo tanto la Corte, el concepto del fallador de Bucaramanga de que en este juicio sólo se trata de la acción de nulidad y que como consecuencia de ella los bienes relictos deben volver a la sucesión ilíquida del señor Alejandro Cadena C., y no lo comparte por cuanto se ve claro de autos que los demandantes herederos abintestato de Cadena dirigieron su demanda contra el heredero instituído, la viuda del señor Cadena, y es su intención hacer valer su derecho de herederos, enfrente del derecho exclusivo de heredero testamentario que le fue asignado por el testador, a la demandada. De otra manera no se comprendería cuál pudiera ser entonces el alcance y sentido de la tercera declaración de la demanda que ya quedó transcrita, ni cuál la finalidad práctica de este litigio.

A este respecto el recurrente tiene razón en la acusación del fallo; pero no puede llegarse hasta la casación de él sino únicamente a rectificar el concepto, porque aceptada la acusación al respecto se llegaría siempre a la misma conclusión, o sea a la restitución de los bienes, y entonces sería inoficioso casar la sentencia, para volver a resolver sobre el particular lo mismo que resolvió el fallador de segunda instancia, como lo ha sostenido la Corte en varios fallos.

El personero de la parte demandada propuso la excepción de carencia de acción de los demandantes para pedir la restitución del precio, por las enajeciones que de algunos bienes había hecho la demandada, enajenaciones que en definitiva vinieron a favorecer a los demandantes gratuitamente, con el fin de cumplir algunos

encargos secretos que el testador señor Cadena C. hizo a su esposa la demandada.

El Tribunal estimó que esa excepción entrañaba una súplica de simulación y que este fenómeno no podía prosperar en forma de defensa tal como fue presentado. Por eso apenas se refirió, pero sin analizarlas y considerarlas desde el punto de su valor probatorio, a algunas de las pruebas que en apoyo de la defensa propuesta adujo la parte demandada. El Tribunal no obstante reconoce que el demandado al proponer esa defensa "no ha pretendido obtener que se decrete en este juicio la nulidad de los contratos de compraventa, por simulación".

La estimación de que se ha hecho mérito, da motivo al recurrente para acusar el fallo por violación, por no aplicación, del artículo 1324 del C. Civil, la cual proviene de que el Tribunal no sólo erró respecto de la manera de apreciar la excepción propuesta, sino de que no tuvo en cuenta las pruebas que la sustentan. El recurrente advierte que no se trata con la defensa propuesta de que se declare la simulación de los contratos sino que va encaminada a demostrar que con las enajenaciones que hizo la demandada no se enriqueció ésta.

La cuestión de hecho en que se sustenta la defensa es la siguiente en síntesis: El testador Alejandro Cadena ordenó a su mandataria y heredera, la señora demandada, que traspasara gratuitamente varios bienes a sus hermanos de él que son hoy los demandantes. La señora demandada cumplió el encargo por intermedio del señor Ernesto Ordóñez C., quien traspasó ciertos bienes a los demandantes. Con esos traspasos, la demandada no se hizo más rica, luego no está obligada a la restitución del precio que se demanda por concepto de tales traspasos, al tenor de lo dispuesto por el artículo 1324 del C. Civil.

La Corte considera: Dice así la norma que acaba de citarse: "El que de buena fe hubiere ocupado la herencia no será responsable de las enajenaciones o deterioros de las cosas hereditarias, sino en cuanto le hayan hecho más rico; mas habiéndola ocupado de mala fe, lo será de todo el importe de las enajenaciones o deterioros".

En el estudio de este cargo parte la Corte de la base de que la demandada ha ocupado de buena fe la herencia, por lo que se dirá al tratar este punto, que se relaciona con uno de los capítulos de la acusación de la parte demandante recurrente.

Don Andrés Bello insertó una nota al pie de la norma que acaba de transcribirse, para explicarla en parte; dice al respecto que el heredero vencido no está en el caso de restituír, si el precio de lo enajenado le corresponde por algún concepto en la herencia, como legítima, cuarta de libre disposición, etc. Es pues una especie de compensación lo que en principio se establece. Pero la jurisprudencia y la doctrina han sacado mayores consecuencias del artículo, que de una manera expresa consagra el principio del enriquecimiento sin causa, principio que se deriva en nuestra legislación de normas generales como las contenidas en los artículos 5º y 8º de la Ley 153 de 1887 o de textos expresos como el que se ha citado y también para casos específicos, como los contenidos en los artículos 2313, 2314 del C. Civil. Por eso el heredero que de buena fe paga una deuda del causante, con bienes de la sucesión, no puede ser obligado a restituír el precio de la enajenación porque entonces habría un empobrecimiento sin causa en contra de quien hace el pago y un enriquecimiento también sin causa a favor de los otros herederos; lo mismo puede decirse cuando el heredero, en cumplimiento de la voluntad del causante, hace ciertos pagos a terceros, a título gratuito. Por eso la responsabilidad del heredero por las enajenaciones de las cosas hereditarias no le atañe sino en cuanto se haya hecho más rico o sea en cuanto por aquéllas haya aumentado su patrimonio, y esto delimita el alcance del artículo 1324, el cual no significa que el heredero no responda por toda clase de enajenaciones,

lo que sería inadmisible, porque redundaría en perjuicio de los herederos de mejor derecho, sino que esa responsabilidad se termina y se convierte en la no restitución del precio de las enajenaciones, cuando éstas no han aumentado el patrimonio del heredero vencido, ni éste tuvo siquiera la intención de enriquecerse con las enajenaciones que hizo sino que las condicionó en la forma dicha, porque, subraya la Corte, no es de toda enajenación de las que no responde el heredero vencido sino de aquellas hechas en el sentido taxativo que acaba de expresarse.

Barros Errázuris (Derecho Civil, Tomo V, página 327), al comentar el artículo 1267 del C. Civil Chileno, igual al 1324 del Colombiano, se expresa así: "Respecto de las cosas que no conserva en su poder (el heredero vencido), por haberlas enajenado, destruído o deteriorado, hay que distinguir si era poseedor de buena o mala fe. En el primer caso no será responsable de las enajenaciones o deterioros, sino en cuanto se haya hecho más rico, es decir, **deberá restituír el precio líquido que recibió efectivamente por las enajenaciones**". (Subraya la Corte).

Los expositores contemporáneos se han ocupado también de esta cuestión y la jurisprudencia ha limitado el rigor y alcance de ciertos principios.

Josserand (Cours de Droit Civil, Tomo III, págs. 588 y siguientes), al tratar sobre la acción de petición de herencia y la validez de los actos de enajenación hechos por el heredero aparente y después vencido, sienta las siguientes bases: 1ª Los actos de administración ejecutados por el heredero vencido subsisten siempre; 2ª las enajenaciones de muebles, también subsisten porque la entrega o posesión de ellos viene a ser título para los terceros adquirentes. Respecto de las enajenaciones de inmuebles se expresa así: "Una lógica implacable conduciría en esta eventualidad a sacrificar al tercero adquirente; en efecto, él ha contratado con un **non dominus**, él no puede adquirir derechos de que su autor no estaba investido; **nemo plus juris in alium transferre potest, quam ipse habet**... Si el derecho se considera como una ciencia exacta, esta solución se impondría por el rigor matemático; pero es una ciencia social y no debe de servir de conducto a la injusticia. Sería injusto despojar a un adquirente que ha tratado en las condiciones que acabamos de suponer con un individuo que tenga las apariencias de un heredero, o sea de un propietario de la cosa vendida. Todo heredero aparente a quien la opinión pública da el carácter de sucesor, debe poder ejecutar sobre los bienes hereditarios, actos definitivos oponibles al heredero verdadero..... El errór común e invencible crea el derecho; **error communis facit jus**; este antiguo axioma, que hace parte integrante de verdades jurídicas eternas, de la super legalidad, viene a delimitar la máxima estrictamente lógica: **nemo plus juris in alium transferre potest.**

Esta teoría del expositor citado, seguida por la generalidad, se apoya en el principio contenido en el artículo 136 del Código Civil Francés que fija y determina las prestaciones a que tiene derecho el ausente, cuando habiendo sido presumido muerto, reaparece. Pues bien, ese mismo principio lo consagra el artículo 109 del Código Civil Colombiano, como lo estatuye en su numeral 4º que preceptúa que "En virtud de este beneficio (rescisión del decreto de posesión definitiva), se recobrarán los bienes en el estado en que se hallaren, subsistiendo las enajenaciones, las hipotecas y demás derechos reales, constituídos legalmente en ellos".

Y vale la pena observar que ese principio es aplicable sin tener en cuenta el enriquecimiento de los que hayan gravado o enajenado los bienes.

La jurisprudencia francesa, como lo observa Josserand, acogió el principio y lo generalizó, según se ve de innúmeros fallos desde 1880 hasta la fecha. "La opinión contraria, anota el tratadista mencionado, que se atiene a la aplicación estricta de la regla **nemo plus juris**... que había sido consagrada en numerosos fallos por la Corte de Apelación y que es

aceptada por la jurisprudencia belga, está cada vez más desalojada; no se hace el derecho a golpes de axiomas".

Consideradas así las cosas y a la luz de los factores probatorios que al respecto existen en los autos y del modo como debe considerarse la excepción propuesta por la demandada y la intención que la condiciona, se tiene lo siguiente: Los demandantes en este juicio son: Emma Cadena de Carrillo, Luis Alfredo Cadena, Ana Bethsabé Cadena, casada con Luis Modesto Ortiz, Ana Josefa Cadena de Botero, hermanas de Alejandro Cadena, y Ortiz cuñado de éste.

La señora demandada ha sostenido que para cumplir con un mandato u orden del causante Alejandro Cadena, traspasó varios de los bienes que le fueron adjudicados en la sucesión de su esposo, o sean los marcados bajo los números 7, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16 y 17 de la demanda, a los expresados Cadenas, sus cuñados, a título gratuito, y que para cumplir esa orden se valió del señor Ernesto Ordóñez G., quien recibió las escrituras respectivas y luego se las otorgó a los hermanos de Alejandro Cadena.

De las escrituras 886 de 11 de septiembre de 1937 y 1006 de dicho año, corridas ante el Notario Segundo de Bucaramanga, aparece la señora Edelmira Peña v. de Cadena vendiendo varios de los bienes que le fueron adjudicados en la sucesión de su marido Alejandro Cadena C. (fols. 21 a 23 y 30 a 32 del cuaderno número 8), al señor Ernesto Ordóñez C.

El señor Ernesto Ordóñez C. traspasó casi en seguida esos bienes a los demandantes así: a Emma Cadena de Carrillo los relacionados en las escrituras 911 y 1037 de 20 de septiembre y 26 de octubre de 1937 (fojs. 24 a 25 v. y 35 a 36 v. del cuaderno citado); a Josefina Cadena de Botero los relacionados en las escrituras 922 y 1036 de 22 de septiembre y 26 de octubre de 1937, de la expresada notaría (fojs. 26 a 26 v. y 33 a 34 v. ibídem); a Luis Alfredo Cadena el señalado en la escritura 930 de 23 de septiembre de 1937, notaría citada (fojs. 28 a 29 v. ibídem).

Se tiene entonces establecido ciertamente en los autos lo siguiente: Varios de los bienes que le fueron adjudicados a la demandada Edelmira Peña v. de Cadena en la sucesión de Alejandro Cadena C., pasaron al dominio de tres hermanos de éste, es decir, de tres de los demandantes. Están establecidos, pues, dos extremos indudables: a) los bienes que se adjudicaron a la demandada en la sucesión de su marido, determinados en los numerales del libelo de que ya se ha hecho mérito; b) esos bienes pasaron al dominio de tres de los demandantes, hermanos del causante.

Establecido esto y teniendo en cuenta los términos de la excepción propuesta, debe examinarse el proceso empleado para el traspaso de esos bienes.

La demandada sostiene que ese traspaso lo hizo a título gratuito, para cumplir con un mandato o recomendación de su marido, y que se valió del señor Ernesto Ordóñez C., como intermediario.

La parte demandada presentó al respecto varios testimonios de personas verdaderamente calificadas, de alta y merecida reputación moral en la ciudad de Bucaramanga, por lo que se ve de autos, para comprobar su aserto.

En efecto: El señor Alejandro Ordóñez C. (fjs. 8 a 9 del cuaderno número 8), declara en síntesis: Que una vez terminado el juicio de sucesión del señor Alejandro Cadena C., la viuda de éste fue a su casa y le suplicó le aconsejara cómo hacía para cumplir algunos encargos secretos de su esposo, entre los cuales figuraba el de transferir a título gratuito a las señoras Josefina Cadena de Botero y Emma Cadena de Carrillo, al señor Luis Cadena C., y al señor Luis Modesto Ortiz, cuñado de su esposo, algunos de los bienes que habían pertenecido a éste, y que el declarante le manifestó que consultara el asunto con un abogado. Que en uno de los primeros días de septiembre de 1937 Josefina Cadena de Botero y Emma Cadena de Carrillo se trasladaron a la casa de habitación del declarante y le suplicaron les permitiera a su hijo Ernesto Ordóñez C. para que les

sirviera de intermediario para la transferencia de algunos inmuebles de los que le pertenecieron al señor Alejandro Cadena C., transferencia que les iba a hacer a título gratuito la señora Edelmira Peña v. de Cadena a las citadas Josefina y Emma y a Luis Alfredo Cadena C., alegando las expresadas señoras como razón para pedir ese servicio la de que si la señora Peña de Cadena les hacía directamente tales escrituras, bien a título de venta o de donación, tendrían que pagar por ser parientes entre sí, el impuesto de donaciones que era crecido y que ellas no contaban con dinero ni con bienes de ninguna otra clase para atender a esos gastos. Declara además que después de consultar el problema con un abogado, quien le manifestó que ninguna responsabilidad le aparejaba el hecho de que su hijo sirviera de intermediario y accediendo a las reiteradas súplicas de las nombradas señoras, convino en que su hijo Ernesto aceptara las escrituras pero con la condición de que pasados algunos días traspasara los mismos bienes a las personas a quienes se iban a transferir, y que en tal virtud su hijo Ernesto aceptó los traspasos que de varios bienes le hizo la viuda del señor Cadena y luego a los pocos días traspasó esos mismos bienes a Josefina, Emma y Luis Alfredo Cadena.

Dos puntos básicos y esenciales de esta declaración están demostrados en los autos con instrumentos públicos, a saber: El traspaso de varios bienes hecho por la viuda de Alejandro Cadena a Ernesto Ordóñez C. y el traspaso a los muy pocos días de esos mismos bienes a Emma, Josefina y Luis Alfredo Cadena.

El Sr. Ernesto Ordóñez C. (fjs. 12 ibid.) declara que accedió a ser intermediario para el traspaso de los bienes, por haber en ello convenido su padre y en virtud de las súplicas de las expresadas Emma y Josefina y que en tal virtud aceptó las escrituras 886 y 1006 de 11 y 15 de septiembre de 1937, ya citadas, y algunos días después traspasó esos inmuebles a Josefina, Emma y Luis Alfredo, transferencias todas que se hicieron a título gratuito y en cumplimiento de encargos secretos del señor Alejandro Cadena "pues, dice el declarante, ni yo le pagué á la señora Edelmira Peña v. de Cadena el precio estipulado en dichos instrumentos, ni los señores Luis Cadena, Josefina Cadena de Botero y Emma Cadena de Carrillo me pagaron a mí suma alguna por concepto del precio que se hizo figurar en las escrituras".

El doctor Efraím Enrique Otero (fojs. 41 a 42 ibídem), quien ventiló el juicio de sucesión de Alejandro Cadena y fue apoderado de la viuda y heredera de éste, dice así: "En alguna ocasión don Alejandro Ordóñez, cuya salud se encontraba un tanto quebrantada, según me lo informó él mismo (el doctor Luis Modesto Ortiz), me comunicó que la señora Edelmira deseaba, para cumplir algunos encargos secretos de su difunto marido, traspasarles algunos bienes a sus cuñados, pero como éstos no tenían cómo pagar el impuesto de donaciones, dicha señora quería que don Alejandro Ordóñez o uno de sus hijos le aceptara las respectivas escrituras para que luego las traspasara a los verdaderos destinatarios, y me consultó que si esa operación podía acarrearle alguna responsabilidad al intermediario, a lo que le manifesté que ninguna responsabilidad le aparejaba desde luego que lo que hacía era prestar un servicio como mandatario. También la señora Edelmira Peña de Cadena me mandó llamar alguna vez a su casa de habitación con el objeto de consultarme cómo hacía para transferirles algunos de los bienes de la sucesión de su marido a sus cuñadas las señoras Josefina Botero y Emma Carrillo, en forma que no aparecieran adquiridos por la sociedad conyugal. Le manifesté que podía hacerlo a título de donación para lo cual, si los bienes valían más de dos mil pesos, tenía que hacer las diligencias de insinuación, y le hice el cálculo de lo que valía el impuesto respectivo. Me replicó que ellas no tenían cómo pagar ese impuesto ni los demás gastos, que era mejor transferírselos en venta, pero que cómo lo hacía. Le contesté que bastaba que en la escritura

se hiciera constar que dichas señoras adquirían los bienes para sí y no para la sociedad conyugal..... Después me informaron los mismos señores don Alejandro Ordóñez y el doctor Luis Modesto Ortiz, que la señora Edelmira le iba a transferir algunos inmuebles al Sr. Ernesto Ordóñez C., hijo de don Alejandro, porque éste se comprometió a prestar ese servicio con la condición de que lo más pronto posible devolvería tales bienes a sus verdaderos destinatarios, las señoras Josefina Cadena de Botero y Emma Cadena de Carrillo y al señor Luis Cadena, hermanos de don Alejandro Cadena, y que la botica se la había transferido la señora Edelmira al doctor Luis Modesto Ortiz, y, si mal no recuerdo, yo hice por encargo del doctor Luis Modesto Ortiz, la minuta para la escritura por la cual la señora Edelmira le traspasó la droguería a dicho doctor Ortiz, quien se manifestó desagradado porque en la transferencia no se comprometían (sic) los muebles de la botica". Observa de paso la Corte que de autos se deduce rectamente la voluntad del causante Alejandro Cadena C. por favorecer a su cuñado el doctor Ortiz, llevándolo a Bucaramanga y traspasándole la droguería.

Las declaraciones de los señores Abraham Serrano, José Manuel Méndez y Antonio Domínguez S. corroboran de una manera clara, directa y precisa, tanto lo aseverado por la demandada, como lo declarado por los señores Alejandro y Ernesto Ordóñez C.

En frente de los elementos probatorios anteriores se encuentran las posiciones absueltas por los demandantes. Examinadas éstas con toda detención, si por un lado se destaca cierta ambigüedad, distanciada de lo categórico y preciso, por el otro, los absolventes no dicen, ni confiesan, ni afirman que pagaran directamente el precio de las distintas ventas, sino que ordenaron al doctor Luis Modesto Ortiz que entregara el precio de las compras al vendedor señor Ordóñez. El señor Luis Alfredo Cadena (fojs. 16 del citado cuaderno), dice así al respecto, al preguntársele qué suma entregó al señor Ernesto Ordóñez, en qué clase o especie de moneda, en cheque o crédito y ante quiénes: "Yo ordené al doctor Luis Modesto Ortiz que le entregara la suma de mil quinientos pesos moneda legal colombiana. Ignoro en qué forma le entregaría el citado doctor la dicha suma, si en dinero efectivo, o en cheque, o en crédito alguno, así como también ignoro cuándo, ni en qué lugar ni en presencia de quién o de quiénes". La señora Josefina Cadena de Botero, al ser interrogada sobre el mismo punto, contestó (fojs 11 del cuaderno de pruebas del demandado en segunda instancia): "Ese era un dinero que me tenía el doctor Luis Modesto Ortiz y él pagó ese dinero, y no sé en qué especie de moneda lo pagó ni delante de quién o quiénes". En las mismas posiciones confiesa la absolvente que durante diez meses Alejandro Cadena y la señora Edelmira le ayudaron con treinta pesos mensuales.

La señora Emma Cadena de Carrillo, también en posiciones (fojs. 35 vto. ibídem), afirmó que había pagado el precio de la compra y al ser interrogada en qué especie de moneda hizo el pago, cómo, cuándo y delante de qué personas, contestó que no recordaba.

La Corte para apreciar el valor de estas pruebas observa: Josefina y Luis Alfredo Cadena, en las posiciones que absolvieron, no se atienen a lo aseverado por ellos en las respectivas escrituras de compra al señor Ernesto Ordóñez y lo desvirtúan. En éstas dijeron que habían pagado el precio y que de manos de ellos lo había recibido el vendedor. En las posiciones aseveraron que dieron orden al señor Ortiz para que le entregara a Ordóñez el precio y que no saben cómo cumplió éste su cometido. La aseveración, pues, hecha en las escrituras queda totalmente desvirtuada y no hay explicación en los autos, ni del mandato que le dieron al señor Ortiz los compradores, ni por qué Ordóñez dio por recibido el precio, no habiéndoselo entregado, y es extraño además que los absolventes ignoren si se hizo el pago y

en qué forma se hizo. Por lo que hace a la absolvente Emma, es también extraño que no recuerde, en un negocio que le atañe tan directamente, cuándo y en qué forma y en qué especie de moneda hizo el pago a Ordóñez, cosa poco explicable en verdad, tanto por lo dicho, como porque es difícil que en un lapso muy corto relativamente, el que medió entre el otorgamiento de la escritura y la absolución de las posiciones, se hubiera borrado, se hubiera esfumado totalmente de su memoria, la forma y circunstancias de pago en un negocio que para ella era de verdadera trascendencia e importancia.

Ante las dos series de pruebas al respecto, las de la demandada y las del demandante, la Corte se inclina hacia las primeras por las siguientes razones: Porque está comprobado que parte de los bienes de la sucesión de Alejandro Cadena pasaron a los demandantes, hecho indiscutible; porque se ha acreditado plenamente que el señor Ordóñez fue el intermediario, entre la demandada y los demandantes, para la transferencia de algunos bienes sucesorales; el señor Ordóñez fue un verdadero mandatario sin representación; porque dos de los demandantes desvirtúan lo que aseveraron en las respectivas escrituras públicas respecto del precio y la otra no da una explicación satisfactoria sobre el particular.

Todas las pruebas de la parte demandada forman una serie de indicios no necesarios pero que son graves, precisos y conexos y demuestran que con las transferencias de los bienes que hizo la demandada al señor Ordóñez y éste a los demandantes, no se hizo más rica, sino que cumplió una orden o mandato de su difunto esposo. Esas pruebas estimadas como indicios y dándoles el valor que les asigna el artículo 665 del C. Judicial, demuestran la afirmación de la demandada, en que se apoya la excepción que propuso y que ha sido materia de este capítulo.

Al concluír que la demandada no se enriqueció con esas transferencias, la Corte no se pronuncia ni puede pronunciarse sobre el extremo de la simulación, porque de eso no se trata en este juicio y porque no se juzga en este fallo sobre la validez o eficacia de los contratos en que constan esas transferencias, validez y eficacia que quedan en pie. El artículo 1324 del C. Civil no requiere la invalidez de los contratos; por el contrario, parte de la base de contratos válidamente celebrados y que permanecen en pie.

De las pruebas analizadas y de la situación jurídica que revelan, dedúcese que parte de los bienes dejados por Alejandro Cadena, pasaron, para cumplir con un mandato suyo, a poder de los demandantes, sus herederos, factor éste que indudablemente tendrá que influír, según las normas legales, cuando se haga la liquidación y partición de la masa herencial.

Se concluye de todo lo expresado que el Tribunal violó directamente el artículo 1324 del C. Civil, por no haberlo aplicado al caso del pleito y lo violó también a través del elemento probatorio, por error manifiesto de hecho, puesto que no apreció, ni valoró, ni estimó, como era del caso, las pruebas en que se funda la excepción.

Esto conduce a la casación parcial del fallo en el sentido de negar las peticiones de la demanda en lo referente a la restitución del precio de los bienes que pasaron a poder de los demandantes en la forma y por los motivos ya dichos.

Prosperando el cargo que ha dado lugar al estudio precedente, procede la sentencia de instancia, al respecto, cuya motivación acaba de ser expuesta.

Recurso del demandante recurrente

El Tribunal consideró a la demandada como poseedora de buena fe para la restitución de los frutos. El recurrente considera que esa apreciación infringe directamente los artículos 673, 713 y 718 del C. Civil, que viola el artículo 1395 de la misma obra; que aplicó indebidamente el art. 964 de dicho Código en sus incisos 3º y 4º, que interpretó erróneamente el artículo 1746 ibídem y violó por aplicación indebida el art. 8º de la Ley 153 de 1887.

La Corte considera: La buena fe es la conciencia de haberse adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos, exentos de fraude y de cualquier otro vicio, enseña el artículo 768 del C. Civil. La buena fe se presume excepto en los casos en que la ley establece la presunción contraria y en los demás deberá probarse. (Artículo 769 ibid.). A la restitución de los frutos y al abono de las mejoras en la petición de herencia, se aplicarán las mismas reglas que en la acción reivindicatoria (art. 1323 ibid.).

A la luz de los anteriores principios legales debe estudiarse la acusación. La señora demandada adquirió la herencia en virtud de testamento de su esposo en el que ella para nada intervino. Con ese testamento inició el juicio de sucesión y sobre él fueron hechas la adjudicación y la partición de los bienes. No hay prueba ninguna en los autos de que durante el juicio sucesorio se hubiera debatido sobre la validez o nulidad del testamento. La señora demandada, sobre un acto público, ostensible y válido, y sin contradicción de terceros, siguió, como se ha dicho, el juicio de sucesión de su marido. Ha sido necesario un largo proceso para dejar sin eficacia el testamento, por informalidades no previstas, por quien debería preverlas, el Notario. No se trató en este debate ni podía tratarse, ni de fraude cometido por la demandada, que hubiera inducido al otorgamiento del testamento, ni por otro vicio que la demandada hubiera podido evitar, por lo mismo que era ajena al acto testamentario.

Lo anterior hace ver que la demandada adquirió los bienes hereditarios de buena fe, que esta presunción la acompaña y que la parte contraria no suministró ninguna prueba que la destruyera.

Basta lo anterior para deducir que la apreciación y conclusión del Tribunal, respecto de la buena fe de la demandada no peca contra las normas señaladas por la parte demandante recurrente, como violadas por la sentencia.

Finalmente la demandada no puede ser condenada en costas, tanto por lo que acaba de expresarse, como porque desde luego que se niega una de las peticiones de la demanda, su oposición no puede calificarse de temeraria.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación en lo Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, DECLARA PROBADA LA EXCEPCION propuesta por la demandada, en tal virtud CASA PARCIALMENTE la sentencia recurrida, REVOCANDO en lo pertinente la de primera instancia, en el sentido de NEGAR, como NIEGA, la restitución del precio de los bienes marcados en la demanda con los números 7, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16 y 17, que enajenó la demandada, restitución de la que por tanto queda ABSUELTA.

En todo lo demás se CONFIRMA la sentencia recurrida.

Sin costas ni en el juicio ni en el recurso.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la **Gaceta Judicial** y devuélvase el expediente al Tribunal de su origen.

Isaías Cepeda. — José Miguel Arango. Liborio Escallón. — Ricardo Hinestrosa Daza.—Fulgencio Lequerica Vélez.—Hernán Salamanca. — Emilio Prieto H., Ofl. Myr. en ppdad.

PERJUICIOS. — LA CULPA Y SU APRECIACION.—ERROR EN LA APRECIACION DE LAS PRUEBAS.—ABUSO DEL DERECHO.—DENUNCIO Y EMBARGO DE BIENES DE TERCEROS EN JUICIO EJECUTIVO

1.—El concepto estimativo de la diligencia, prudencia y reflexión cuya falta constituye la culpa, es un proceso mental del sentenciador que escapa a la casación, como en lo general sucede con la apreciación de los indicios. Bien puede suceder que la Corte suponga que en un litigio dado habría hallado culpa donde el Tribunal no la encontró o que donde éste la encuentra no la habría hallado ella, y sin embargo no podría romper por eso solo el fallo del Tribunal, siendo así que para casar por violación de ley sustantiva, cuando a ella se llega por mala apreciación de pruebas, se necesita que haya en ésta error de derecho o error de hecho que aparezca de modo manifiesto en los autos, y este concepto de error no puede recaer sobre las inducciones o deducciones derivadas de la estimación psicológica, por decirlo así, de pruebas como las que figuraron en el asunto a que alude el proceso. Cuando ellas de suyo establecen ciertos hechos y el Tribunal sentencia desconociéndolos o cuando ellas no los establecen y el Tribunal sentencia en forma que implica que están demostrados, es cuando incurre en el error a que se refiere la ley para establecer causal de casación, si de él se ha derivado quebranto de disposiciones sustantivas. 2. — El abuso del derecho implica como punto de partida un derecho legítimo y efectivo en cuyo ejercicio se ha llegado más allá de donde corresponde a su finalidad o se le ha desviado de ella. Entre nosotros aquella locución no designa simplemente una teoría, sino que ya determina disposiciones legales, como la del art. 283 del C. J. y la del 294 del mismo. 3.—Cuando equivocadamente se denuncia para el pago de una ejecución un bien de persona no obligada al pago, para quejarse ella del perjuicio que esto le haya causado le basta su calidad de dueño del bien y de extraño a la deuda, sin necesidad de que, si el denunciante fue el ejecutante, éste haya incurrido en exceso al ejercitar el derecho que le confiere el art. 2488 del C. C., por haber ya bienes suficientes en la traba ejecutiva. Esos perjuicios se los ha de indemnizar quien se los causó si obró culposamente. Así las cosas, el concepto de abuso del derecho resulta improcedente, salvo en cuanto pueda servir como detalle corroborador del error de conducta del denunciante que, no sólo lo fue de bienes de terceros sino que a ello procedió innecesariamente.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil. — Bogotá, abril nueve de mil novecientos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Ricardo Hinestrosa Daza)

Rafael Jiménez G. demandó en vía ordinaria a Rafael Duque H. sobre indemnización de perjuicios en el Juzgado Civil del Circuito de Armenia, donde Duque fue absuelto el 22 de agosto de 1939 en fallo confirmado por el Tribunal Superior de Pereira en el de 6 de agosto de 1941, contra el cual el actor interpuso casación, recurso que ahora se decide por estar tramitado debidamente.

Duque ejecutó por suma de pesos a Tomás Vélez y Ernesto Jiménez y denunció para el pago como de ellos un almacén que se embargó y depositó y que se libertó de la traba ejecutiva a solicitud del actual demandante como su poseedor.

Los perjuicios de que ahora se trata son los que éste afirma haber sufrido, tanto materiales como morales, por la referida persecución de su almacén.

La demanda inicial aduce como principal fundamento el abuso del derecho que cometió Duque y la responsabilidad en que incurrió causando con su conducta culposa los perjuicios aludidos. El Tribunal absuelve por no hallar culpa en la gestión de Duque al denunciar el almacén creyendo que era de sus ejecutados, y también porque estimó que no ocurrió propiamente lo que se entiende por abuso del derecho y porque, si hubiera ocurrido, el reclamo consiguiente correspondía a tales ejecutados y no al actual demandante que no tiene la representación de ellos y que obra en nombre propio.

La demanda de casación invoca el motivo 1º de los del artículo 520 del C. J. y dentro de él formula separadamente seis cargos que se resumen así:

1º Error en la interpretación de la demanda al atribuírle como razón exclusiva la teoría del abuso del derecho, con lo cual el Tribunal dejó de estudiar la responsabilidad por culpa y de aplicar los artículos 2341 y 2356 del C. C. y 34 de la ley 57 de 1887.

2º Violación del artículo 693 del C. J. al aceptar el dicho de Tomás Vélez y Ernesto Jiménez sobre que Rafael Jiménez era sólo administrador del almacén, sin que las declaraciones de aquéllos se recibieran ni ratificaran en este juicio.

3º Violación de los artículos 637 y 645, del 697 y del 632, todos del C. J., por haber desconocido el dominio del actual demandante sobre dicho almacén, desoyendo los documentos privados, las declaraciones de testigos y los instrumentos provenientes de funcionarios públicos que obran en el proceso para demostrar aquél.

4º Violación de los artículos citados del C. Civil por haber absuelto al demandante en razón de no haber sido parte en el juicio ejecutivo en que ocurrió, con la persecución aludida del almacén, el abuso del derecho que figura entre los elementos fundamentales de su demanda.

5º Violación del artículo 999 del C. J. que requiere que no se hayan ofrecido bienes suficientes para el pago en una ejecución, como elemento necesario para que el ejecutante denuncie bienes, y de las mismas disposiciones sustantivas ya citadas, por no haber hallado el Tribunal intención cuasi delictual en Duque de causar disminución en el patrimonio de Rafael Jiménez con la persecución de su almacén, denunciado en dicho juicio ejecutivo cuando ya había bienes embargados en cantidad más que suficiente para el pago.

6º Interpretación errónea del artículo 283 del C. J. y consiguiente violación, por este otro motivo, de los artículos citados del C. Civil, en cuanto el Tribunal para absolver se fundó en que, caso de abuso del derecho, la acción consiguiente sería de los ejecutados, y el actual demandante no lo era.

El Tribunal no dejó de estudiar la responsabilidad por culpa, aunque a la verdad estudió lo tocante a la noción o teoría del abuso del derecho con detenimiento, sin duda por el especial relieve que a ésta dio el demandante desde su demanda inicial a todo lo largo de las instancias. Pero detenerse en considerar esa teoría no ha significado, repítese, dejar de considerar la responsabilidad por culpa ni incurrir en la errónea interpretación de la demanda que le atribuye el recurrente. Y no es aceptable, por tanto, el cargo a que acaba de aludirse ni, por lo mismo, el de violación por esa causa de las citadas disposiciones sustantivas.

Tomás Vélez y Ernesto Jiménez contrataron con Duque como se ve en la escritura pública número 604 de 3 de diciembre de 1935, tomándole mercancías hasta por $ 3.000 a crédito renovable, pagaderas en letras, y aseguraron sus obligaciones con la hipoteca que allí mismo constituyeron. Se estipuló que los recibos de mercancías serían firmados por Rafael Jiménez. Al reconocer las letras que Duque presentó como recaudo al incoar su referida ejecución, los deudores afirmaron ser Rafael Jiménez sólo administra-

dor del almacén, sugiriendo que a ellos y no a él pertenecía. El Tribunal en el presente juicio acoge esa afirmación, sin que Ernesto Jiménez y Tomás Vélez hubieran venido a declarar aquí como testigos. De ahí el cargo de violación del artículo 693 del C. J. Dando por sentado que por no ser éstos parte en este juicio ni haberlo sido el actual demandante en aquella ejecución, no pueda acogerse el dicho de ellos formulado en la diligencia de reconocimiento judicial de las letras, ello significa simplemente que se descarta ese elemento probatorio; pero de ahí no se deduce argumento para la casación, tanto porque quedan en pie las pruebas restantes, cuanto, cardinalmente, porque la absolución del demandado no proviene de que el demandante no sea reconocido por el Tribunal como dueño del almacén, sino de que no estima culposa la conducta de Duque al denunciarlo como de sus ejecutados para el pago en aquel juicio ejecutivo. No prospera, pues, el cargo.

Esta misma consideración basta para desechar el cargo 3º, relativo, como ya se vio, a las pruebas con que el recurrente estima acreditada en este juicio la calidad de propietario de Rafael Jiménez respecto del almacén. Se repite que la absolución no obedece a que este señor no sea dueño de ese bien, sino al concepto de no haber sido culposa la conducta de Duque al denunciarlo para el pago.

Otro tanto cabe observar sobre el 4º cargo, puesto que, proviniendo la absolución de la falta de culpa en Duque, no incide en casación lo que el recurrente encuentra objetable en el Tribunal cuando éste, con toda razón, advierte que si hubo abuso del derecho en la denuncia del almacén, la acción procedente no corresponde a Rafael Jiménez que no era parte en el juicio ejecutivo y que, de otro lado, no necesita esa noción de abuso ni el hecho mismo de éste para su acción como tercero, la que procede del perjuicio que sufrió con dicha denuncia.

Del propio modo, no incide en casación lo observado por el Tribunal con motivo del artículo 283 del C. J., a favor del cual un ejecutado puede conjurar o hacer cesar un embargo excesivo de bienes. El Tribunal lo que observa al respecto es que cuando se incurre en tal exceso el ejecutado puede valerse del medio que esa disposición le procura; pero, como bien se ve, esto es muy distinto de que por citar la posibilidad de ese recurso y por decir a quién lo confiere la ley, fuera por lo que el Tribunal pronunció sentencia absolutoria. De ahí que se rechace el cargo 6º.

El cargo 5º contiene un ataque más acentuado y, éste sí, procedente, puesto que mira al concepto de culpa y puntualiza las pruebas de que, al decir del recurrente, se deduce la falta en Duque de la prudencia, diligencia y previsión que a todos obliga en un caso como el suyo. En efecto: el recurrente alega que Duque sabía desde que aceptó la hipoteca que era suficiente lo hipotecado para respaldarlo y sabía la presentación que de ello hicieron los deudores para el pago apenas se les intimó el mandamiento ejecutivo, y arguye que si a pesar de esto denunció Duque el almacén, su actitud fue "imprudente e ilegal y peca por falta de diligencia y cuidado". Agrega el recurrente la cita, para lo tocante a error de apreciación, de la escritura constitutiva de la hipoteca, ya citada aquí; del auto ejecutivo de 12 de marzo de 1937, en el que se ve que la deuda ascendía por principal a $ 2.090.77; de las diligencias de intimación del mismo, en las que se ve la presentación u oferta de lo hipotecado a fin de que se embargase, y el memorial sobre denuncia del almacén hecha inmediatamente después de ese ofrecimiento, de donde se desprende que en esta denuncia procedió Duque irreflexivamente. También cita el avalúo de lo hipotecado, que fue de $ 7.500, en la mira de hacer ver la suficiencia antedicha. De todo ello deduce la violación, por estos otros conceptos, de los tantas veces citados artículos 2341 y 2346 del C. C.

Como se ve desde luego, ninguna de esas pruebas establece de suyo la culpa. Consistiendo ésta, al decir del mismo recurrente y como lo advirtió enfáticamen-

te la demanda inicial, en la falta del cuidado y diligencia de un buen padre de familia, se trata de un concepto estimativo de esa diligencia, prudencia y reflexión; de indagar si Duque tuvo o no ese cuidado de un buen padre de familia o del varón fuerte, el hombre razonable o la persona prudente colocada en iguales circunstancias, según las expresiones favoritas de los comentadores. Inducir de las pruebas citadas por el recurrente que esa diligencia y prudencia mediaron o faltaron, es un proceso mental del sentenciador que escapa a la casación, como en lo general sucede con la apreciación de los indicios. Bien puede suceder que la Corte suponga que en un litigio dado habría hallado culpa donde el Tribunal no la encontró o que donde éste le encuentra no la habría hallado ella, y sin embargo no podría romper por eso solo el fallo del Tribunal, siendo así que para casar por violación de ley sustantiva, cuando a ella se llega por mala apreciación de pruebas, se necesita que haya en ésta error de derecho o error de hecho que aparezca de modo manifiesto en los autos, y este concepto de error no puede recaer sobre las inducciones o deducciones derivadas de la estimación psicológica, por decirlo así, de pruebas como las de que aquí se trata. Cuando ellas de suyo establecen ciertos hechos y el Tribunal sentencia desconociéndolos o cuando ellas no los establecen y el Tribunal sentencia en forma que implica que están demostrados, es cuando incurre en el error a que se refiere la ley para establecer causal de casación si de él se ha derivado quebranto de disposiciones sustantivas.

En el presente caso el Tribunal pesó las diversas pruebas que obran en el proceso, de un lado las que cita ahora la demanda de casación en su cargo de error al apreciarlas, y de otro, las ya aludidas aquí cuando se habló de las circunstancias que determinaron en Duque la creencia de que el almacén era de sus deudores, de ellas la estipulación de la escritura de hipoteca sobre intervención de Rafael Jiménez en el recibo de las mercancías; la fundada suposición de que las que tenía el almacén al denunciarlo eran, al menos en parte, las mismas entregadas por Duque en virtud del contrato de que provenía la deuda; el ser unas mejoras y no la finca misma lo hipotecado y, además, no poderse atribuír a Duque para cuando hizo la denuncia el conocimiento del dicho avalúo, que fue posterior, y no poderlo tampoco considerar obligado a anticipar como producto del futuro remate esa misma cantidad. Además, el Tribunal pone de presente que Duque no reclamó contra la providencia que levantó el embargo y secuestro del almacén, en lo que hace a este decreto, y se limitó a poner de presente que sus derechos en ese juicio en que era ejecutante estaban embargados para el pago en otro juicio en que el ejecutado era él.

Del análisis de todas las pruebas dedujo el Tribunal su referida opinión sobre que no faltaron a Duque la prudencia, diligencia y cuidado que el demandante le echa menos, y de ahí dedujo aquél que no había culpa, elemento generador, en su caso, de la responsabilidad establecida en los citados artículos 2341 y 2356.

Así las cosas, no es aceptable tampoco el cargo 5º.

De resto, el abuso del derecho implica como punto de partida un derecho legítimo y efectivo en cuyo ejercicio se ha llegado más allá de donde corresponde a su finalidad o se le ha desviado de ella. Entre nosotros aquella locución no designa simplemente una teoría, sino que ya determinó disposiciones legales, como la del citado artículo 283 del C. J. y la del 294 del mismo. Como ya se dijo, acierta el Tribunal al advertir que cuando alguien incurre en tal abuso la acción sobre indemnización de los perjuicios que haya causado con él corresponde a la víctima.

Por otra parte, cuando equivocadamente se denuncia para el pago en una ejecución un bien de persona no obligada al pago, para quejarse ella del perjuicio que esto le haya causado le basta su calidad de dueño del bien y de extraño a la deuda, sin necesidad de que, si el denunciante fue el ejecutante, éste haya incurrido en

exceso al ejercitar el derecho que le confiere el artículo 2488 del C. C., por haber ya bienes suficientes en la traba ejecutiva. Esos perjuicios se los ha de indemnizar quien se los causó si obró culposamente.

Así las cosas, el concepto de abuso resulta improcedente, salvo en cuanto pueda servir como detalle corroborador del error de conducta del denunciante que, no sólo lo fue de bienes de terceros, sino que a ello procedió innecesariamente.

Estos conceptos de orden general se exponen aquí a mayor abundamiento, en atención principalmente a la importancia que litigantes y juzgadores atribuyeron en las instancias a la noción de abuso del derecho. Por lo demás, concretando al caso en litigio, lo dicho acerca del concepto del Tribunal sobre ausencia de culpa en Duque y sobre que ese concepto, tal como aquí se formó por el Tribunal, no puede alterarse en casación, bastaría para no infirmar su sentencia.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, no casa la sentencia recurrida, o sea, la pronunciada en este juicio el seis de agosto de mil novecientos cuarenta y uno por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira.

Las costas del recurso son de cargo del recurrente.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

Isaías Cepeda. — José Miguel Arango. Liborio Escallón. — Ricardo Hinestrosa Daza.—Fulgencio Lequerica Vélez.—Hernán Salamanca. — Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

ACCION DE RESOLUCION DE UN CONTRATO DE PERMUTA. COMPRAVENTA Y PERMUTA.

Al contrato de compraventa se le aplica, en caso de incumplimiento de uno de los contratantes, lo dispuesto por el art. 1546 del C. C., pero este contrato no puede sujetarse a las disposiciones de los artículos 1887 y 1888, porque ellas se oponen a la naturaleza del contrato de permuta. En efecto, en el contrato de compraventa una de las partes se obliga a dar una cosa y la otra a pagarla en dinero, lo que constituye el precio. Este en el contrato de compraventa en la generalidad de los casos ha de ser todo en dinero. El dinero como precio en el sentido pecuniario que en la compraventa le asigna el artículo 1849 del C. C. es de la esencia de ese contrato. En la permuta no hay propiamente precio en el sentido ya indicado. Los contratantes se obligan a dar una especie o cuerpo cierto por otro, sin que se estipule precio. Si en el contrato de permuta no hay precio en la acepción que éste comporta en el contrato de compraventa, las más de las disposiciones del contrato de compraventa que se refieren al precio son extrañas y opuestas a la naturaleza de aquel contrato, de suerte que si estas premisas tienen un valor jurídico incontrastable, como lo tienen, las disposiciones de los artículos atrás memorados, que regulan en esos casos el precio, no pueden predicarse de un contrato en que éste no existe y por lo tanto su aplicación al contrato de permuta violenta su naturaleza. Comprometiéndose los contratantes en la estipulación sobre permutación o cambio, a dar un cuerpo cierto por otro, si se aplicaran a ese contrato las disposiciones de los artículos 1887, 1888 y 1889, no se sabría, y sería de todo punto imposible apreciar cómo se aumenta el precio proporcionalmente cuando la cabida real fuere mayor que la cabida declarada, porque, ya se ha visto que en el contrato de permuta no hay precio en el sentido que esta palabra comporta en el contrato de compraventa, es decir, una cantidad en dinero susceptible de aumentarse o disminuírse. Tampoco se ve la manera de rebajar o aminorar la extensión superficiaria, y en qué cantidad, de uno de los cuerpos ciertos que se permutan cuanto el otro cuerpo no ha podido ser entregado por los linderos especificados en el respectivo contrato de permuta. En estos casos la acción de resolución o desistimiento del contrato no puede ejercitarse sino cuando el precio de la cabida que sobre alcance a más de una décima parte del precio de la cabida completa. Para la aplicación de estas disposiciones se parte del supuesto de que pueda haber contrato de permuta por cabida o con sólo señalamiento de linderos.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, abril catorce de mil novecientos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. José Miguel Arango)

Antecedentes

Jorge Enrique Ulloa y Ana Luisa Zárate de Ulloa, demandaron al señor Sacramento Pinzón para que previas las formalidades rituales, se declarara judicialmente:

"1. Que queda resuelto el contrato de permuta que consta en la escritura pública número 405, otorgada en la notaría primera de Moniquirá el 25 de noviembre de 1936, por no haber cumplido el demandado la obligación de entregar la totalidad de la finca llamada "El Zocal" por los linderos que se expresan en la escritura que da cuenta del contrato de permu-

ta y además, por haber incumplido otras prestaciones que hicieron parte del contrato y que no se expresaron en la escritura.

"2. Que fuera de la declaratoria anterior, el demandado está en la obligación de pagar los perjuicios, incluyendo en ellos el lucro cesante y el daño emergente, provenientes no sólo del incumplimiento del contrato, por haber dejado de entregar la totalidad de la finca que prometió vender, sino por haber dejado de cumplir las otras estipulaciones que hicieron parte del contrato.

"3. Que como consecuencia de la resolución del contrato, el demandado debe entregar la finca llamada "La Cajita" con todas sus anexidades, usos y costumbres y mejoras y cultivos que ella tenía a la fecha del contrato.

"4. Que el demandado por el incumplimiento, debe pagar la cantidad de $ 5.000, suma ésta en que estimamos los perjuicios o el monto de la indemnización, o en su defecto, la cantidad que pericialmente se estime en este juicio o en otro separado".

Subsidiariamente solicitaron que se obligara al demandado a entregar la totalidad de la finca llamada "El Zocal" y a cumplir las demás estipulaciones que hicieron parte del contrato y que no se expresaron en la escritura, estipulaciones que los demandantes señalaron en el respectivo libelo de demanda.

Se opuso el demandado a las peticiones solicitadas en ésta y propuso como excepciones la petición de un modo indebido, carencia de acción y prescripción de las acciones intentadas.

El juez del Circuito de Moniquirá, en fallo de 24 de agosto de 1940, declaró probadas las excepciones perentorias propuestas, absolvió al demandado de todos los cargos de la demanda, y condenó en costas al actor.

Apelada esta sentencia por los demandantes, el tribunal superior del distrito judicial de Tunja, en proveído de 5 de mayo de 1941, reformó la sentencia de primer grado y resolvió:

"1º Declárase probada la excepción perentoria temporal de petición de modo indebido, y, en consecuencia, no se hace ninguna de las declaraciones impetradas en la demanda.

"2º Infírmase la condenación en costas del actor, decretada por el señor juez del conocimiento.

"Sin costas en la instancia".

De este fallo interpuso recurso de casación la parte demandante, el cual le fue concedido, y remitidos los autos a la Corte, se procede al estudio y decisión del recurso, por hallarse agotada la correspondiente tramitación.

Para poner en lumbre la cuestión de derecho que hoy va a decidir la Corte, conviene recordar que el Tribunal para llegar a la conclusión de segunda instancia, conceptuó que si bien el artículo 1546 del Código Civil que consagra de un modo general, el principio de que en los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria, en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado, afirmó también que esa norma generalísima estaba condicionada por disposiciones especiales contenidas en los artículos 1887 y 1888, que se refieren a las ventas de un predio rústico ya por cabida, ora como especie o cuerpo cierto, y que estas prescripciones deben aplicarse con preferencia, en virtud de lo estatuído por los arts. 5º de la ley 57 de 1887 y 1958 del Código Civil.

Recurso

La sentencia del tribunal se acusa en casación por error de hecho y de derecho y por violación directa del artículo 1546 del Código Civil y aplicación indebida de los artículos 1887 y 1888 de la misma obra, es decir, se hace valer el primer motivo de los señalados en el artículo 520 del Código Judicial.

Dice el recurrente que al contrato de permuta se le aplica, en caso de incumplimiento de uno de los contratantes, lo dispuesto por el artículo 1546, pero que este contrato no puede sujetarse a las disposi-

ciones de los artículos 1887 y 1888, porque ellas se oponen a la naturaleza del contrato de permuta.

Considera la Sala que el recurrente acierta en estos reparos.

En efecto, la compraventa que se considera como etapa final de la evolución jurídica del contrato de permutación, se distingue de ésta en que en aquél, una de las partes se obliga a dar una cosa y la otra a pagarla en dinero, y el dinero que el comprador da por la cosa vendida se llama precio. Este en el contrato de compraventa en la generalidad de los casos ha de ser todo en dinero. El dinero como precio en el sentido pecuniario que en la compraventa le asigna el art. 1849 del Código Civil es de la esencia de ese contrato. En la permuta no hay propiamente precio en el sentido ya indicado. Los contratantes se obligan a dar una especie o cuerpo cierto por otro sin que se estipule precio. Si en el contrato de permuta no hay precio en la acepción que éste comporta en el contrato de compraventa, como ya se ha hecho notar, las más de las disposiciones del contrato de compraventa que se refieren al precio son extrañas y opuestas a la naturaleza de aquel contrato, de suerte que si estas premisas tienen un valor jurídico incontrastable, como lo tienen, las disposiciones de los artículos atrás memorados, que regulan en esos casos el precio, no pueden predicarse de un contrato en que éste no existe y por lo tanto su aplicación al contrato de permuta violenta su naturaleza.

Comprometiéndose los contratantes en la estipulación sobre permutación o cambio, a dar un cuerpo cierto por otro, si se aplicaran a ese contrato las disposiciones de los artículos 1887, 1888 y 1889, no se sabría, y sería de todo punto imposible apreciar cómo se aumenta el precio proporcionalmente cuando la cabida real fuere mayor que la cabida declarada, porque, ya se ha visto que en el contrato de permuta no hay precio en el sentido que esta palabra comporta en el contrato de compraventa, es decir una cantidad en dinero susceptible de aumentarse o disminuírse. Tampoco se ve la manera de rebajar o aminorar la extensión superficiaria, y en qué cantidad, de uno de los cuerpos ciertos que se permutan cuando el otro cuerpo no ha podido ser entregado por los linderos especificados en el respectivo contrato de permuta. En estos casos la acción de resolución o desistimiento del contrato no puede ejercitarse sino cuando el precio de la cabida que sobre alcance a más de una décima parte del precio de la cabida real o cuando la cabida que falte alcance a más de una décima parte del precio de la cabida completa. Para la aplicación de estas disposiciones se parte del supuesto de que pueda haber contrato de permuta por cabida o con sólo señalamiento de linderos.

Puede suceder, y es de alguna ocurrencia, que en la permutación los contratantes señalen la cabida de los cuerpos permutados, pero esta especificación no cambia la naturaleza del contrato porque en éste lo que tiene que darse en cambio de un cuerpo cierto es otro cierto, es decir, determinado por linderos, que es la manera como en el comercio humano y de conformidad con la ley, se hacen ciertos y se singularizan los predios, ya urbanos o rurales. También acaece que en el contrato de permutación se valoren en dinero los cuerpos permutados, pero esta fijación tampoco cambia la naturaleza de la permuta para convertirse en un contrato de compraventa, porque siempre se entiende permuta si una de las cosas permutadas vale más que el dinero que se agrega o suma a la otra cosa que se da en cambio. El contrato en este caso es de permutación, el cual distinguen los comentaristas con el nombre de permuta estimatoria, sin que por ello degenere en un contrato de venta, de tal suerte que ni aun en el caso de que se fije precio en dinero a los cuerpos permutados el contrato deja de ser de permutación o cambio, para convertirse en compraventa. Es de importancia suma traer a la memoria, que las partes no han disputado, en el litigio, sobre el carácter jurídico del contrato sometido a la decisión judicial. Celebraron

un contrato de permuta y hoy entienden que ese contrato fue el pactado y no otro.

Si las disposiciones de los arts. 1887, 1888 y 1889 del Código Civil que se refieren al precio de la cosa vendida ya como cuerpo cierto, ora con relación a su cabida, no son aplicables al contrato de permutación o cambio, fluye inexorablemente la conclusión de que el tribunal ha quebrantado tales mandamientos por aplicarlos a un contrato que por su naturaleza los excluye, y que la casación del fallo es un imperativo categórico.

La Corte como tribunal de instancia, además de las razones expuestas en casación, agrega las siguientes:

Aparece de la inspección ocular practicada en el juicio que el demandado Pinzón no entregó la totalidad de la hacienda denominada "El Zocal".

Esta diligencia de inspección ocular fue aprobada por el juez, quien hizo constar, de sus propias y directas percepciones que entre los linderos señalados a la hacienda de "El Zocal" y lo entregado al señor Ulloa hay una diferencia de 67 metros y que al pie de la misma finca se constató que se dejó de entregar, por parte del demandado Sacramento Pinzón, una zona de terreno que relacionan los títulos respectivos. Esta acta de inspección hace plena prueba de acuerdo con el artículo 730 del Código Judicial; a ello se agrega la confesión del demandado al contestar la demanda en donde expresamente dice que él permutó con la señora Zárate de Ulloa lo que entendió haber adquirido o poseído en razón de la compra que le hizo a Matilde Granados por escritura pública 2457 de 11 de noviembre de 1916, otorgada en la notaría segunda de Bogotá, cosa muy distinta del predio relacionado en la escritura de permuta, en lo que hace referencia a linderos.

De estas pruebas resulta que Pinzón no entregó la finca de "El Zocal" por los linderos que se hicieron constar en la escritura de permuta. Procede pues, la resolución del contrato.

En el proceso no hay datos suficientes para fijar los perjuicios causados por el incumplimiento del contrato, ni para fijar bases que establezcan su importe en cantidad líquida y no siendo posible ni lo uno ni lo otro, se deja a salvo el derecho para que el importe de esos perjuicios se fijen en la ejecución de la sentencia.

Basada en la exposición anterior la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, FALLA:

Infírmase la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Tunja con fecha cinco de marzo de mil novecientos cuarenta y uno, y revocando la del Juzgado de Moniquirá de fecha veinticuatro de agosto de mil novecientos cuarenta, resuelve este pleito así:

1º No están probadas las excepciones propuestas.

2º Declárase resuelto el contrato de permuta contenido en la escritura pública número 405, otorgada en la notaría primera de Moniquirá, el veinticinco de noviembre de mil novecientos treinta y seis, por no haber cumplido el demandado Sacramento Pinzón la obligación de entregar la totalidad de la finca llamada "El Zocal" por los linderos que se expresaron en la escritura de que da cuenta el contrato de permuta.

3º El monto de los perjuicios por el incumplimiento del contrato, si existieren, se fijarán al ejecutarse la sentencia.

4º Absuélvase al demandado de los demás cargos de la demanda.

5º Sin costas.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Isaías Cepeda. — José Miguel Arango. Liborio Escallón. — Ricardo Hinestrosa Daza.—Fulgencio Lequerica Vélez.—Hernán Salamanca. — Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

ACCION DE NULIDAD.—CARACTER JURIDICO DE LAS TERCERIAS DURANTE LA VIGENCIA DE LA LEY 105 DE 1890

Aun cuando el artículo 236 de la ley 105 de 1890 preceptuaba que las tercerías se tramitaban por el respectivo juicio ordinario, eso no significó nunca que una tercería tuviera todas las características de tal juicio. Así lo sostuvo la Corte en numerosos fallos y fundó jurisprudencia sobre el particular que acataron todos los jueces y tribunales.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación en lo Civil.—Bogotá, abril quince de mil novecientos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Liborio Escallón)

Francisco y Blanca Gregory M. como interesados y representantes de la sucesión de su padre Francisco Gregory Cardona, promovieron acción ordinaria contra Horacio Jaramillo Sanín, Santiago Nicholls G. y Blanca Murillo Hernández, para que se hicieran las siguientes declaraciones, que se sintetizan:

Que es nula y de ningún valor, por carecer de causa legal, la obligación que dio origen a la sentencia de prelación de créditos y de excepciones dictada por el Juez Primero del Circuito de Manizales con fecha 8 de octubre de 1932 dictada en el ejecutivo acumulado de doña Blanca Murillo H. contra Francisco Grégory y en la cual se estableció la tercería coadyuvante de Horacio Jaramillo S. contra Francisco Gregory y en donde se declaró probado el crédito por quince mil pesos ($ 15.000), a favor de Jaramillo y en contra de Grégory. Que es nula la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Manizales el 27 de marzo de 1933 por la cual se confirmó la de primera instancia. Que es nulo por falta de causa y de consentimiento la cesión que del documento otorgado por Grégory a favor de Jaramillo hizo éste a Santiago Nicholls G. Que es nulo y de ningún valor el documento fechado en Manizales el 10 de diciembre de 1923 por el cual Francisco Grégory se constituyó deudor de Horacio Jaramillo Sanín, por inexistencia del contrato y falta absoluta de causa. Que se declare nulo el registro de la sentencia del Tribunal de Manizales y que los demandados están obligados a pagar a los demandantes los perjuicios y gastos del juicio.

El Juez Segundo del Circuito de Manizales en sentencia de 6 de octubre de 1938, declaró no probadas las excepciones propuestas por uno de los demandados, Nicholls, e hizo las declaraciones solicitadas en el libelo y marcadas con las letras a, b, c, d, y e, y que son las esenciales de la demanda.

El Tribunal Superior de Manizales, fallo de 29 de noviembre de 1940, confirmó el del inferior con una reforma accidental en el sentido de que no declara nulo el registro sino ordena la cancelación de la inscripción.

El demandado Santiago Nicholls interpuso recurso de casación que le fue concedido y que habiéndose tramitado legalmente, pasa hoy a decidirse.

Los hechos básicos de la demanda son estos: Entre Francisco Grégory C., padre de los demandantes, y su esposa Blanca Murillo H., madre de los actores, se suscitaron varios juicios, entre ellos, el de separación de bienes y el de alimentos. La esposa de Grégory ejecutó a éste, y Grégory, para cercenar los bienes de la sociedad conyugal, suscribió un documento ficticio a favor de Horacio Jaramillo Sanín por la cantidad de $ 15.000 oro amonedado, al interés del 1¼ % mensual, pa-

gadero el 31 de diciembre de 1924 y otorgado el 10 de diciembre de 1923. Que Jaramillo Sanín cedió a Santiago Nicholls G. dicho crédito por valor recibido y así fue en definitiva como Santiago Nicholls se presentó haciendo tercería coadyuvante en el ejecutivo de Blanca Murillo contra su esposo Francisco Grégory. Que tal crédito se declaró probado en sentencia de 8 de octubre de 1932 confirmada por el Tribunal Superior de Manizales el 27 de marzo de 1933 que ordenó pagar con los bienes embargados los créditos a favor del ejecutante Murillo H. y del tercerista Nicholls G.

Que el 3 de abril de 1937 falleció en Manizales Francisco Grégory C. y horas antes de morir le entregó a su tío Arturo Nicholls una especie de apuntes u órdenes que dejaba, entre los cuales el en que constaba que el documento otorgado a favor de Horacio Jaramillo y cedido por éste a Santiago Nicholls era fingido y simulado y de ningún valor, constancia que dejó en su escritorio y que el señor Inspector Cuarto de Manizales encontró cuidadosamente guardado y firmado por Horacio Jaramillo Sanín el 10 de diciembre de 1923, precisamente el mismo día en que se suscribió el documento por valor de los $ 15.000 de que se ha hecho mérito.

Los demandantes además alegaron y adujeron pruebas durante el juicio encaminadas a demostrar que la cesión hecha por Horacio Jaramillo a Santiago Nicholls, también fue simulada.

Sobre las siguientes bases, a) existencia de la contraestipulación, de la cual aparece que el mismo día en que Grégory firmó el pagaré a favor de Jaramillo Sanín por quince mil pesos, éste firmó una constancia en la que dice que el mencionado documento es fingido, simulado y de ningún valor; y b) de las pruebas que obran en autos, que demuestran a juicio del Tribunal, que Santiago Nicholls sabía que el documento que le cedió Jaramillo Sanín no era real y verdadero sino simulado y ficticio, el fallador de Manizales llegó a la misma conclusión que el Juez de primera instancia y por ende confirmó la sentencia.

En el primer capítulo de su demanda de casación el recurrente sostiene que el Tribunal debió deducir la excepción perentoria de petición de modo indebido, aun cuando esa defensa no fue alegada, por cuanto lo procedente era el juicio de revisión de que trata el artículo 542 del C. Judicial. Se funda para esto en que las tercerías de acuerdo con el antiguo Código Judicial eran juicios ordinarios y en virtud de ese concepto señala como violados los artículos 236 de la Ley 105 de 1890 y 1030 del C. J.

La Corte observa: Aun cuando el artículo 236 de la Ley 105 de 1890 preceptuaba que las tercerías se tramitaban por el respectivo juicio ordinario, eso no significó nunca que una tercería tuviera todas las características de tal juicio. Por eso en innumerables fallos la Corte así lo sostuvo y fundó jurisprudencia sobre el particular que acataron todos los Jueces y Tribunales. En sentencia de fecha 26 de febrero de 1912, entre otras (Gaceta Judicial Nº 152, Tomo XXI), al fijar el alcance del artículo 236 de la Ley 105, dijo lo que sigue: "La tramitación del juicio ordinario que es aplicable a las tercerías en los juicios ejecutivos, es aquélla que no está expresamente modificada por la ley especial para las mismas. Así, por ejemplo, para el traslado de las tercerías (artículo 222 de la Ley 105 de 1890) no rige la tramitación del juicio ordinario de mayor cuantía (artículos 934 y 935 del C. Judicial) pues las tramitaciones aquí son diferentes, como lo son también en varios otros puntos. Es así como debe entenderse el artículo 236 de la Ley 105 de 1890, el cual dispone que toda tercería se sustanciará por los trámites del respectivo juicio ordinario".

Por otra parte, las sentencias que fallaron la tercería, llevan fechas 8 de octubre de 1932, la del Juez de Manizales, y 27 de marzo de 1933, del Tribunal de esa ciudad y por lo tanto fueron dictadas bajo la vigencia del actual Código Judicial (Ley 105 de 1931), que como es sabido considera a las tercerías como simples incidentes en

el juicio ejecutivo. El artículo 1228 del C. Judicial ordenó no obstante que las tercerías introducidas antes de la vigencia del nuevo estatuto, se regirían por la ley aplicable cuando se iniciaron, pero esto se refiere a su tramitación y como ya se ha visto, una sentencia que fallaba una tercería coadyuvante no podía considerarse en todos sus efectos con la de un juicio ordinario, dedúcese entonces que no hay asidero para deducir la excepción a que se refiere el recurrente, excepción que constituye por otra parte un medio nuevo, porque sobre ella no rodó ninguno de los extremos de este litigio.

No puede por lo tanto aceptarse el cargo.

En el capítulo segundo el recurrente acusa el fallo por violación del art. 473 del C. Judicial, puesto que sostiene que habiéndose estudiado por el Tribunal en el juicio de tercería el extremo de la simulación, existe cosa juzgada al respecto y por lo tanto no puede volverse sobre ese punto.

La Corte observa: Precisamente el artículo citado por el recurrente que establece la firmeza de la cosa juzgada, hace una excepción o mejor, da la norma en la interpretación de ese artículo, en la segunda parte del mismo que dice así: "Entiéndese esto sin perjuicio del recurso de revisión y de que pueda ventilarse en juicio ordinario un asunto que ha sido fallado en juicio especial, cuando así lo disponga la ley".

Es claro lo anterior, porque si así no fueran las cosas, sería imposible el recurso extraordinario de revisión como también el del juicio ordinario, referente a un juicio especial. Ya se ha dicho además que las tercerías no eran verdaderos juicios ordinarios en el régimen del antiguo Código. Los demandantes han atacado en este litigio las sentencias y los factores probatorios, en el juicio especial, ejecutivo de Blanca Murillo Hernández, contra Francisco Grégory al cual accedió la tercería coadyuvante introducida por Santiago Nicholls.

Se rechaza el cargo.

Fundado en la causal segunda el recurrente, en el capítulo tercero, acusa la sentencia por no estar en consonancia con las pretensiones deducidas por los litigantes.

Para rechazar este cargo, basta cotejar la demanda con la sentencia. En aquélla se pide la nulidad de las sentencias proferidas al fallarse la tercería coadyuvante de que se ha hecho mérito y la de los documentos en que aquéllas se apoyan. El Tribunal decretó todo lo pedido, no varió los términos ni de la demanda ni de la relación procesal, no condenó ni en más ni en menos ni dedujo ninguna acción no incoada ni menos aún condenó a cosa distinta de lo solicitado.

En el capítulo cuarto se acusa la sentencia por apreciación errónea de las pruebas. Como lo observa el opositor, el recurrente no dice si el error es de hecho o de derecho, ni cita las disposiciones sustantivas que en su concepto fueron infringidas por el fallador de Manizales.

Esto sería más que suficiente para rechazar el cargo, pero no obstante la Corte se refiere a los elementos probatorios aducidos por la parte demandante y a la apreciación que de ellos hizo el Tribunal.

Se observa en primer término que por el hecho de decirse en alguna parte de la demanda que el documento es falso, se comprende fácilmente que los actores se refieren al contrato, toda vez que hacen hincapié en la falta absoluta de causa en el pacto.

El documento suscrito por Francisco Grégory C. a favor de Horacio Jaramillo S. contentivo del contrato que se acusa de nulo por falta de causa dice así: "Conste que yo Francisco Grégory, mayor de edad y de este vecindario, me constituyo deudor del señor Horacio Jaramillo S., por la suma de QUINCE MIL PESOS ORO amonedado a la ley que hoy rige, cantidad que le he tomado a interés a razón del uno y cuarto mensual, que tengo recibida a mi entera satisfacción. Dicha suma con sus correspondientes intereses vencidos, la pagaré al señor Jaramillo, o a quien sus derechos represente, en esta ciudad, el treinta y uno de diciembre de mil novecientos veinticuatro, sin más plazo ni demora y

caso de no hacerlo así, serán de mi cargo los costos y costas de la cobranza, más los intereses a la rata del uno y medio mensual hasta el día que efectúe el pago, siendo liquidados estos intereses de retardo sobre el monto total a que asciende el capital con sus réditos, el día en que debían ser cubiertos. Para constancia firmo con dos testigos en Manizales, a 10 de diciembre de 1923. — FRANCISCO GREGORY. — Tgo., JESUS M. GUTIERREZ C.—Tgo., JESUS A. CARDONA T."

La contraestipulación al respecto, es de este tenor: "Yo Horacio Jaramillo S., mayor de edad y de este vecindario, hago constar que un documento privado, extendido en esta misma fecha por el cual Francisco Grégory se declara mi deudor de la suma de **quince mil pesos oro** amonedado —a la ley que hoy rige— no tiene valor alguno. En consecuencia, en ningún tiempo podrá procederse ejecutivamente ni en otra forma civil contra el supuesto deudor, pues este acto sólo se propone amparar intereses de dicho señor Grégory, y así firmo en Manizales a 10 de diciembre de 1923, ante dos testigos de confianza. **Horacio Jaramillo S.—Tgo. Jesús A. Cardona J. Tgo. Alpiniano Aristizábal**".

De esta constancia tuvieron conocimiento los familiares del señor Grégory cuatro horas antes de su muerte y fue encontrada entre sus papeles. Este fundamento de hecho de la demanda está plenamente comprobado en los autos.

El señor Horacio Jaramillo en diligencia que corre al folio 12 del cuaderno primero reconoció como suya la firma puesta al pie de la constancia anterior.

No obstante esto el demandado Nicholls tachó de falsedad dicha constancia, por aseverar que no era auténtica. En el Tribunal se suscitó el incidente y allí previa la intervención de peritos se llegó a una decisión completamente desfavorable para el señor Nicholls.

El Tribunal en vista de la contraestipulación de que se acaba de hacer mérito y de otras pruebas que la respaldan, concluyó que el contrato contenido en el documento, base de la tercería introducida por Nicholls, carece de causa.

Sentado lo anterior y ante lo preceptuado por el artículo 1766 del C. Civil, estudió si esa contraestipulación afectaba la situación jurídica de Nicholls, adquirida por el contrato de cesión y llegó a la afirmativa por cuanto estimó que está comprobada no sólo la simulación de tal contrato sino establecido que Nicholls tenía pleno conocimiento de que el documento en que constaba la obligación de Grégory y Jaramillo Sanín era también simulado.

Tuvo en cuenta el Tribunal varios factores, entre otros las cartas de 17 de diciembre de 1926, 7 de enero de 1927, 10 de marzo y 1º de agosto de 1927 cruzadas entre Francisco Grégory y su abogado Manuel Sencial, cartas que también tachó de falsas el demandado y cuya tacha tampoco prosperó. De esa correspondencia se deduce claramente que entre Grégory y su abogado Sencial, persona de toda su confianza y su asesor en todo, quien intervino en el otorgamiento del documento a favor de Horacio Jaramillo, se convino en que éste cediera simuladamente el documento, lo cual se efectuó no obstante que de una de esas cartas se trasluce claramente la poca confianza que para el efecto le tenía el señor Grégory al señor Nicholls. Estas cartas, como ya se dijo, unidas a otros indicios, llevaron al Tribunal a la conclusión de que Nicholls escogido al fin entre Grégory y su abogado Sencial, para figurar como cesionario del documento, tenía conocimiento de que el crédito que le cedía Jaramillo, carecía de causa.

El Tribunal se expresa así: "Los indicios que arrojan las pruebas y documentos que anteriormente se han examinado no dejan la menor duda de que Santiago Nicholls, cesionario de Horacio Jaramillo S. del documento otorgado a favor de Francisco Grégory, sabía o estaba en antecedentes de que el documento que se le cedía no era real y verdadero, sino que era ficticio y simulado, de donde resulta que obró a sabiendas de esto al aceptar la cesión y darle poder al abogado Sencial

para que siguiera el cobro del crédito constante en el documento cedido".

Esta apreciación del Tribunal como resultado de la estimación y valoración de las pruebas aducidas al respecto, no ha sido combatida eficazmente en casación, ni menos se ha señalado el error manifiesto de hecho o el error de derecho en que el Tribunal pudo incurrir al apreciar las pruebas sobre el particular y convertirlas en el soporte de su conclusión.

No hay por otra parte en autos, a juicio de la Corte, ninguna prueba que contradiga las anteriores, ni se ve en qué pudo consistir el error del Tribunal, al conexionar todos esos elementos probatorios entre sí, darles el carácter de indicios, y formar sobre ellos su convicción.

Hace el recurrente la observación de que el señor Horacio Jaramillo está incapacitado hace muchos años para hablar y moverse. Mas de que esto sea así, no es consecuencia necesaria de que tal fuera su estado cuando suscribió el documento y la constancia ni hay prueba de que en la fecha en que esos actos se realizaron, Jaramillo estuviera privado del uso de la razón. Por eso la observación sobre el particular no es eficaz para casar el fallo por el capítulo que se estudia. Además, la prueba de peritos, quienes concluyeron que la firma puesta en la constancia por Jaramillo es auténtica, unida a otras que existen en el proceso, es más que suficiente para sostener la conclusión del fallador, aún prescindiendo del reconocimiento que de su firma hizo Jaramillo.

El cargo que se estudia tampoco puede pues triunfar.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación en lo Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia recurrida. Las costas a cargo del recurrente.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente al Tribunal de su origen.

Isaías Cepeda. — José Miguel Arango. Liborio Escallón. — Ricardo Hinestrosa Daza.—Fulgencio Lequerica Vélez.—Hernán Salamanca. — Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

RECURSO DE CASACION CONTRA LA SENTENCIA DE GRADUACION DE CREDITOS EN UN JUICIO DE CONCURSO DE ACREEDORES

1.—El artículo 1084 del C. J. debe entenderse en relación con los insolventes por virtud de obligaciones civiles, porque los comerciantes sí pueden ser declarados en quiebra de oficio por el juez. La parte legítima puede ser el deudor mismo o cualquiera de sus acreedores. El concurso de acreedores es un juicio universal que atrae todos los juicios pendientes contra el concursado y que produce efectos "erga omnes". En el concurso de acreedores la masa de éstos es una persona jurídica desde el punto de vista legal. Los acreedores, por el efecto de la providencia de índole declarativa en que se declara abierto el concurso, pierden los medios o vías legales de ejecución de que ordinariamente disponen para la efectividad de sus créditos, y en lugar de esas acciones procedimentales que se les cierran, se les abre la de hacerse admitir en el concurso y participar en su liquidación. Los acreedores pueden hacerse parte en el juicio durante el término señalado en el ordinal 1º del artículo 1085 del C. J. Los que en un principio no pudieron acompañar la prueba de su carácter pueden volver a hacerse parte en el juicio, lo mismo que los acreedores nuevos que antes no se habían apersonado, durante el término de cuarenta días previsto en el inciso 1º del artículo 1089 ibídem. Ese término probatorio transcurre para estas tres hipótesis: 1ª La admisión: al acreedor que la pretende le corresponde probar la sinceridad de su crédito y pueden suscitarse controversias en relación con la existencia y la validez del crédito aducido. De tal manera que el acreedor admitido en el auto a que se refiere el artículo 1087 puede quedar excluído en la sentencia de graduación, como resultado de las pruebas; 2ª Discusión del crédito sometido a verificación: los demás acreedores, en vez de admitir el crédito sin protesta, lo controvierten en cuanto a su existencia, su veracidad, su validez, su cuantía, su naturaleza, etc. 3ª No compareciendo dentro del plazo legal normal: en este caso los acreedores que por primera vez se apersonan en el juicio y los que no fueron provisionalmente reconocidos, disfrutan del término de cuarenta días para el solo efecto de producir sus pruebas a fin de que se les tenga en cuenta en la sentencia de prelación. Como se ve, ese término lo aprovechan también los acreedores que integran la masa para controvertir recíprocamente sus créditos, o sea para lo previsto en la 2ª hipótesis, incluso los créditos de los nuevos y los de los rechazados primeramente. 2.—El argumento de que la sentencia de prelación en el ejecutivo hace tránsito a la cosa juzgada cuando se acumula a un concurso no es jurídico. En el concurso de acreedores puede revisarse la sentencia de excepciones o la de prelación de créditos pronunciada en un juicio ejecutivo.

Esa clase de sentencias tiene fuerza de cosa juzgada formal o adjetiva, pero no material o sustantiva, como lo indica en el artículo 473 del C. J. en relación con el 1030 del mismo código. La función de la fuerza material o sustantiva de la cosa juzgada, es positiva. De ella no gozan las sentencias a que se refiere el artículo 1030, las que se limitan a ser ley del mismo proceso pero no de otro. Cuando la sentencia no es impugnable, entonces lo que tiene es fuerza de cosa juzgada en su sentido formal, adjetivo o extremo. Naturalmente que no puede existir cosa juzgada en sentido material, sustantivo o intrínseco sin que haya cosa juzgada en sentido formal o externo, pero lo contrario sí es frecuente. La

sentencia de prelación en el ejecutivo, que el legislador expresamente despojó del aspecto positivo de la fuerza de cosa juzgada, porque permite que se revise por la vía ordinaria, tiene sólo fuerza formal o externa de cosa juzgada, porque se cumple y no es impugnable una vez transcurrido el plazo de su ejecutoria. Pero nada más porque sí es revisable en juicio separado. En el juicio de concurso de acreedores el juez del conocimiento no está vinculado a esa clase de sentencias y los terceros participantes en la masa pueden volver a discutir lo resuelto en ellas.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil. — Bogotá, abril quince de mil novecietnos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Fulgencio Lequerica Vélez)

Antecedentes

1. Por escritura número 220 de 13 de marzo de 1922, corrida ante la Notaría 5ª de Bogotá, el doctor Pomponio Guzmán permutó con el señor Francisco Peña la mitad de la hacienda denominada "Caracol", en el municipio de Pandi, formada por los lotes "Caracol", "Altamira" y "El Bosque". Por la cláusula 3ª de esa escritura el permutante Peña se obligó a dar por la mitad de las fincas que adquirió, un lote de café regulado así: 3.600 sacos de café de 62½ kilos cada uno, de primera clase, pilado, bien escogido, propio para la exportación, debidamente empacado, puesto en Girardot o en Peñalisa, entregas que debía hacer el comprador por partidas de 180 sacos cada una, a partir del 31 de julio de 1922, la primera; 180 sacos, el 31 de diciembre de 1922, la segunda, y así sucesivamente, en las mismas fechas de los años siguientes, hasta completar la última entrega que debía hacer el 31 de diciembre de 1931.

2. El señor Peña estuvo dando cumplimiento a la obligación contraída, aunque con demoras, hasta el año de 1929, y aun a cuenta del contado correspondiente al 31 de julio de 1930 abonó 128 sacos, que fue el último abono que hizo a la obligación que tenía contraída. Quedó debiendo, pues, del contado correspondiente al 31 de julio de 1930, 52 sacos, más los contados correspondientes al 31 de diciembre de ese año; 31 de julio y 31 de diciembre de 1931, a razón de 180 sacos cada uno, lo que da el total demandado, o sean 592 sacos.

Para asegurar el señor Peña el cumplimiento de todas las obligaciones contraídas para con el doctor Guzmán, constituyó a favor de éste hipoteca de primer grado sobre dos casas, una alta y otra baja, situadas en la calle 17 de esta ciudad, por los linderos expresados en la escritura número 220, ya citada.

El proceso

La Corporación Colombiana de Crédito, por medio de su apoderado, solicitó y obtuvo el embargo preventivo de la hacienda "Caracol", en el municipio de Pandi, y de las casas de la calle 17 de esta ciudad. Con base en esas diligencias preventivas se siguió el juicio ejecutivo correspondiente, y a él fue citado el doctor Pomponio Guzmán, en su calidad de acreedor hipotecario de primer grado, para que hiciera valer sus derechos.

En demanda presentada por el doctor Guzmán ante el Juzgado 4º del Circuito Civil de Bogotá, pidió en juicio de tercería que se le pagara lo siguiente: 1º la suma de $ 16.280.00 en que estimó en esa fecha —abril de 1934— a razón de $ 27.50 el valor de 592 sacos de café que había dejado de entregar su deudor señor Peña; 2º la suma de $ 1.000.00 en que estimó los perjuicios ocasionados por no habérsele entregado el café que recibió de la calidad y demás condiciones estipuladas al contraerse la obligación; 3º el valor del café que se le debiera a la fecha del pago, de acuerdo con las estipulaciones del contrato respectivo (o sea el café por la mora); y 4º las costas del juicio.

Surtida la tramitación de rigor correspondiente al juicio de tercería, el Juzga-

do, en sentencia de 3 de abril de 1936 condenó a Francisco Peña al pago de las sumas demandadas en las peticiones 1ª, 2ª y 4ª de la demanda, "no así en relación con la 3ª, o sea el valor del café que se debiere hasta la fecha del pago, porque ese valor no está expresado en cantidad líquida".

Días después de proferida la sentencia que acaba de mencionarse, la señorita María Elena Peña, por medio de apoderado se presentó a pedir que se declarara abierto el concurso de acreedores contra la sucesión de don Francisco Peña. Por estos días falleció el doctor Guzmán sin dejar apoderado en el juicio. Fue notificada la sentencia del Juzgado con posterioridad a la muerte del doctor Guzmán, y no se interpuso recurso alguno contra ella por parte de ninguno de los interesados en el proceso.

A principios de julio de 1936 se declaró abierto el concurso de acreedores, y de ahí en adelante siguió la tramitación propia de esta clase de juicios. Por auto de 1º de marzo de 1938, de conformidad con el art. 1087 del C. J., inciso 1º, se reconocieron como acreedores a la Corporación Colombiana de Crédito, a la señorita María Elena Peña, al doctor Pomponio Guzmán, a la señora Ana Bello y al Anglo South American Bank.

El Juez 8º de este Circuito, a quien correspondió el conocimiento del juicio de concurso de acreedores, profirió sentencia de primera instancia sobre graduación de los créditos presentados al concurso, con fecha 10 de abril de 1940.

En dicho fallo el Juez **a quo** declaró probados los créditos ya reconocidos en el juicio de tercería y los que se presentaron al concurso, pero el crédito del tercerista Guzmán, hoy de sus herederos, lo redujo a la cantidad de ocho mil quinientos cuarenta y cinco pesos con sesenta centavos ($ 8.545.60). Se fundó para hacer la reducción de dicho crédito a la mitad de lo que había sido antes reconocido, en las pruebas presentadas por la acreedora señorita María Elena Peña, entre otras en un dictamen pericial relativo al precio que tenían los 592 sacos de café que había dejado de entregar el deudor Peña al acreedor Guzmán.

La sentencia acusada

Contra ese fallo de graduación de primer grado se alzaron en apelación el curador ad-litem del menor Alvaro Fernando Peña, hijo del concursado; el apoderado de la acreedora María Elena Peña, y el apoderado del tercerista doctor Guzmán, hoy sus herederos.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, a quien correspondió conocer en segunda instancia, pronunció sentencia el 18 de febrero de 1941, en la cual reforma el fallo apelado en lo referente al crédito del doctor Guzmán, que hizo elevar nuevamente a la suma original de dieciseis mil doscientos ochenta pesos ($ 16.280.), por una parte, y mil pesos m/c. ($ 1.000.00) por otra, y sus costas particulares.

Como podrá verse, la reforma del Tribunal consistió en reconocerle al tercerista Guzmán la misma cuantía de su crédito que había sido antes fijada por sentencia de 3 de abril de 1936, en el juicio ejecutivo con tercerías. Se fundó el Tribunal en la consideración de que el crédito de Guzmán había sido ya fijado y regulado en sentencia definitiva y ejecutoriada, que había hecho tránsito de cosa juzgada en el juicio de tercerías acumulado con posterioridad al de concurso, y tal situación jurídica respecto del crédito de Guzmán no podía ser variada ni modificada en un juicio posterior. Agrega el Tribunal que la acreedora María Elena Peña, quien no figuró como parte en el ejecutivo, carecía de interés jurídico y de personería sustantiva para intervenir en una nueva regulación de la cuantía del crédito de Guzmán, dentro del juicio de concurso, circunstancia ésta que sirve al Tribunal de fundamento para haber desestimado las pruebas que con ese fin presentó la acreedora señorita Peña. Por último, dice la sentencia acusada en casación que la acumulación ordenada y en virtud de la

cual vino al juicio de concurso el de tercerías, no autoriza para que los juicios acumulados se retrotraigan en su secuela y se permita abrir nuevo debate judicial sobre cuestiones ya definidas y calificadas con anterioridad, sino que los respectivos procesos se acumulan en el estado en que se encuentren, para el solo efecto de recibir unidos una sola decisión definitiva.

El recurso

Contra el fallo anterior del Tribunal interpusieron recurso de casación los herederos del acreedor hipotecario Pomponio Guzmán, el curador ad-litem del heredero concursado y los apoderados de los acreedores María Elena Peña y Corporación Colombiana de Crédito. Como considera esta Sala que uno de los cargos formulados de consuno en casación por el concursado y la acreedora Peña es suficiente por su sólido fundamento jurídico para casar la sentencia acusada e infirmarla en su parte resolutiva, limita a esa tacha el estudio de conformidad con lo dispuesto en el artículo 538 del C. J.

Recurso del deudor concursado y de la acreedora María Elena Peña

Acusan, de consuno la sentencia por la causal 1ª del artículo 520 del C. J. y presentan este cargo:

A. Por ser violatorio de ley sustantiva, o sea por indebida aplicación del artículo 1089 del C. J.; y falta de aplicación de los 1084 a 1094 ibídem.

B. Por violación directa de los artículos 1757, 2488 y 2491 del C. C. y 202 y 412 del C. J.

C. Violación de los artículos 1602, 1603 y 1608 del C. C. al dejar de aplicarlos a este litigio.

Así concretan este cargo: "El Tribunal para llegar al extremo a que llegó de sustentar la tesis de que un acreedor no tiene facultad para probar contra una obligación del coacreedor, ni tampoco para hacer reducir las exageradas pretensiones de uno de ellos, se fundamenta en disposiciones del Código Judicial relativas al juicio ejecutivo; pero si hubiera tenido en cuenta que el de concurso de acreedores es un juicio universal, según la expresión legal, al que no le son aplicables las disposiciones sobre juicio ejecutivo, habría tenido que aplicar las que hemos citado como violadas por el fallo, es decir, que necesariamente habría admitido la personería de la parte acreedora, que en este caso es la señorita Peña, contra otro acreedor, y el derecho que como una consecuencia lógica le compete de atacar otro u otros créditos de los que figuran en el concurso, y mediante las pruebas pertinentes lograr no sólo la reducción sino lo que es más, su aniquilamiento o desaparición del concurso".

La Corte considera:

Conforme al artículo 1084 del C. J., el juez no puede declarar de oficio sino a petición de parte legítima, abierto concurso de acreedores a un insolvente. Esto se entiende en relación con los insolventes por virtud de obligaciones civiles, porque los comerciantes sí pueden ser declarados en quiebra de oficio por el juez. La parte legítima puede ser el deudor mismo o cualquiera de sus acreedores.

El concurso de acreedores no es en el fondo sino un medio colectivo de ejecución. Es un juicio universal que se inicia con la providencia a que se refiere el art. 1085 ibídem, la cual es por su naturaleza declarativa y tiene efectos **"erga omnes"**. Esto significa que atrae a ese proceso todos los juicios pendientes contra el concursado, salvo ciertas excepciones que no es del caso enumerar por ser ajenas a este proceso. En el concurso de acreedores la masa de éstos es una persona jurídica desde el punto de vista legal.

Los acreedores, por el efecto de la providencia de índole declarativa en que se declara abierto el concurso, pierden los medios o vías legales de ejecución de que ordinariamente disponen para la efectividad de sus créditos, y en lugar de esas acciones procedimentales que se les cierran, se les abren la de hacerse admitir en el

concurso y participar en su liquidación.

Durante el término previsto en el ordinal 7º del artículo 1085 citado, los acreedores que tengan la prueba que acredite sus derechos, pueden hacerse parte en el juicio de concurso. A éstos (artículo 1087 del C. J.), el juez les reconoce su carácter de acreedores.

Los que en un principio no pudieron acompañar esa prueba pueden volver a hacerse parte en el juicio, lo mismo que los acreedores nuevos que antes no se habían apersonado, durante el término de cuarenta días previsto en el inciso 1º del artículo 1089, ibídem. Es de advertir que el término probatorio dicho transcurre también para estas tres hipótesis: 1ª la admisión: al acreedor que la pretende le corresponde probar la sinceridad de su crédito y pueden suscitarse controversias en relación con la existencia y la validez del crédito aducido. De tal manera que el acreedor admitido en el auto a que se refiere el artículo 1087 puede quedar excluído en la sentencia de graduación, como resultado de las pruebas; 2ª discusión del crédito sometido a verificación: los demás acreedores, en vez de admitir el crédito sin protesta, lo controvierten en cuanto a su existencia, su veracidad, su validez, su cuantía, su naturaleza, etc. Es el caso de autos. Una acreedora discute en el concurso la cuantía del crédito presentado por el acreedor Guzmán; y, 3ª no comparecencia dentro del plazo legal normal: en este caso los acreedores que por primera vez se apersonan en el juicio y los que no fueron provisionalmente reconocidos, disfrutan del término de cuarenta días para el solo efecto de producir sus pruebas a fin de que se les tenga en cuenta en la sentencia de prelación. Como se ve, ese término lo aprovechan también los acreedores que integran la masa para controvertir recíprocamente sus créditos, o sea para lo previsto en la segunda hipótesis, incluso los créditos de los nuevos y los de los rechazados primitivamente.

El argumento de que la sentencia de prelación en el ejecutivo hace tránsito a la cosa juzgada cuando se acumula a un concurso no es jurídico. En el concurso de acreedores puede revisarse la sentencia de excepciones o la de prelación de créditos pronunciada en un juicio ejecutivo. Esa clase de sentencias tiene fuerza de cosa juzgada formal o adjetiva, pero no material o sustantiva. El artículo 473 del C. J. en relación con el 1030 del mismo Código así lo indica.

En la teoría del derecho procesal la fuerza de cosa juzgada material o sustantiva significa que cualquier juez está vinculado, en todo proceso futuro que se promueva, a la decisión contenida en una sentencia definitiva y firme. "Lo que se reconoce con fuerza material de cosa juzgada (en firme), no puede controvertirse de nuevo (con éxito, se entiende), y lo que se desestima con fuerza material de cosa juzgada, no se puede volver (con éxito) a hacer valer" dice James Golschmidt. (Derecho Procesal Civil). La función, pues, de la fuerza material o sustantiva de la cosa juzgada, es positiva. De ella no gozan las sentencias a que se refiere el artículo 1030, las que se limitan a ser ley del mismo proceso pero nó de otro, como en el caso de autos.

Cuando la sentencia no es impugnable, entonces lo que tiene es fuerza de cosa juzgada en su sentido formal, adjetivo o extremo. Naturalmente que no puede existir cosa juzgada en sentido material, sustantivo o intrínseco sin que haya cosa juzgada en sentido formal o externo, pero lo contrario sí es frecuente. Esto es precisamente el caso de autos. La sentencia de prelación en el ejecutivo, que el legislador expresamente despojó del aspecto positivo de la fuerza de cosa juzgada, porque permite que se revise por la vía ordinaria, tiene sólo fuerza formal o externa de cosa juzgada, porque se cumple y no es impugnable una vez transcurrido el plazo de su ejecutoria. Pero nada más, porque sí es revisable en juicio separado.

Ahora bien: en el juicio de concurso de acreedores, el juez del conocimiento no está vinculado a esa clase de sentencias y los terceros participantes en la masa pueden volver a discutir lo resuelto en ellas.

Agréguese a lo dicho que la acreedora Peña no intervino en el juicio de tercerías y, por tanto, el fallo de prelación proferido en aquel proceso y que graduó el crédito del doctor Guzmán no puede afectarla en ninguna medida ni menos perjudicar su crédito, según la vieja sentencia latina "RES INTER ALLIOS ACTA ALIIS NEQUE NOCERE NEQUE PRODESSE POTEST".

De manera que dicha acreedora no quedaba ni podía quedar vinculada a la providencia que hizo esa primera graduación y al llegar posteriormente a ser parte en el concurso de acreedores conservaba personería suficiente e interés jurídico legítimo para objetarla y discutirla.

Sentadas las anteriores premisas, considera esta Sala que la sentencia de prelación y graduación de 3 de abril de 1936, proferida en el juicio anterior de tercerías, no estableció ni puede establecer una situación procesal intocable e inmodoficable respecto del crédito hipotecario del dr. Guzmán, una vez abierto el juicio universal de concurso de acreedores y atraído a éste el ejecutivo con tercerías. Desde ese momento la masa constituye una persona jurídica indivisible y respecto de ella tienen igual facultad para obrar todos los acreedores aceptados en el concurso. Y sea la ocasión de rectificar la tesis del Tribunal, en lo relativo a las consecuencias procesales de la acumulación en los concursos, porque en los concursos de acreedores no se realiza en verdad ese fenómeno en la forma general y ordinaria que prevee y reglamenta el Código Procedimental; sino que deben seguirse las secuelas bajo una sola cuerda, porque la universalidad de la masa así lo exige y porque dado su carácter de universal atrae y llama para sí los demás procesos contra un mismo deudor y que persiguen unos mismos bienes. Pero de esto no puede deducirse con el carácter general y absoluto que pretende el Tribunal, que las providencias antes dictadas en los juicios acumulados son intocables en el concurso, fundándose en que los juicios sobre que versa no se retrotraen en su secuela, sino que se aceptan en su acumulación en el estado en que se encuentren cuando ésta se haya decretado.

De lo dicho concluye la Corte que es fundado y procedente el cargo presentado en casación, porque se hizo por el Tribunal una equivocada interpretación del artículo 1089 del C. J. y de los preceptos subsiguientes que regulan el procedimiento del concurso de acreedores. Consecuencia de tales infracciones y de la doctrina equivocada que informa la sentencia fue el error de hecho manifiesto en que incurrió al dejar de estudiar y apreciar las pruebas que dentro del término legal y con observancia de todas las formalidades trajo la señorita Peña para probar contra la cuantía del crédito del doctor Guzmán. Es procedente, por esa circunstancia, infirmar el fallo acusado y asumir las funciones de tribunal de instancia para decidir en definitiva la controversia.

Sentencia de instancia

En el concurso abierto a la sucesión ilíquida de Francisco Peña el Juez 8º de este Circuuito dictó en primer grado sentencia de relación y graduación de créditos, reduciendo el crédito hipotecario del Dr. Guzmán de la cantidad de $ 16.280 en que fue liquidado en la sentencia de tercerías a la de $ 8,545.00. Se fundó el Juez del conocimiento en varias pruebas documentales y en la pericial presentadas por María Elena Peña, durante el término probatorio del universal, para obtener la rebaja de dicho crédito. Procede examinar esos elementos probatorios, a efecto de resolver en última instancia sobre su fuerza demostrativa. Tales pruebas son:

a) Revista del Banco de la República número 26, del mes de diciembre de 1926, que contiene las cotizaciones del café en los años en que debía hacerse el pago por el deudor de las sucesivas y periódicas remesas de café estipuladas en el contrato de permuta a que alude la escritura número 220. Allí se lee que las cotizaciones del café tipo Girardot, pilado, de primera

clase, propio para la exportación eran las de $ 52.50 en julio y de $ 39.50 en noviembre de 1929, para la carga de 125 kilos netos.

b) Certificado de la Federación Nacional de Cafeteros sobre cotizaciones del café tipo Girardot, de primera clase, pilado, propio para la exportación. En él se deja constancia de que el 31 de julio de 1930 se cotizaba la carga de 125 kilos en $ 33.50 y cada saco de 62½ kilos en $ 16.75; y en 31 de diciembre de ese mismo año se cotizó a $ 38.60 la misma carga y en $ 19.30 el saco del mismo peso indicado.

Fue en este año cuando el deudor Peña dejó de hacer entregas en dos de las remesas de café por un total de 232 sacos, a que se había obligado.

c) Certificado de la misma Federación, sobre cotizaciones del café Girardot, de las mismas características y calidades antes especificadas, durante el año de 1931. Allí consta que el 31 de julio valía la carga $ 34.72 y cada saco $ 17.36; y en 31 de diciembre de tal año $ 26.72 la carga y $ 13.36 cada saco.

d) El dictamen pericial de los expertos Miguel Cancelado y José Méndez, en el cual se fija el precio del café debido por el concursado Peña, teniendo en cuenta precisamente las cotizaciones anteriores de la Federación de Cafeteros. En ese dictamen los peritos avaluaron los 592 sacos de café en la cantidad total de ocho mil quinientos cuarenta y cinco pesos con sesenta centavos ($ 8,545.60).

Considera la Corte que los certificados de la Federación Nacional de Cafeteros son suficientes en este caso especial para demostrar el precio o valor del café debido por el concursado Peña en los días 31 de julio y 31 de diciembre de 1930 y 31 de julio y 31 de diciembre de 1931, a efecto de poder fijar con precisión el saldo total insoluto del crédito hipotecario de Guzmán.

Al efecto, los certificados oficiales antes mencionados evidencian en este proceso cuál era el precio del café tipo Girardot en cada una de las fechas en que debían ser entregados, los que ascendían a las siguientes sumas:

Julio 31, 1930. 52 sacos debidos, a $ 16,75, c/u. ..... $	871.00
Diciembre 31, 1930. 180 sacos debidos, a $ 19.30, c/u. ...	3.474.00
Julio 31, 1931. 180 sacos debidos, a $ 17.36 c/u.	3.124.80
Diciembre 31, 1931. 180 sacos debidos, a $ 13.36, c/u.	2.404.80
Saldo total..... $	9.874.60

La sentencia de primer grado dictada en el concurso fijó el saldo pendiente del crédito de Guzmán en $ 8,545.00. Se fundó para hacer esa nueva regulación en el dictamen pericial rendido a petición de la acreedora María Elena Peña. Pero al hacer ahora la Corte en instancia un estudio estimativo de ese experticio encuentra que adolece de error manifiesto en cuanto a la fijación de los precios del café en las fechas antes indicadas y tal error consiste en que al hacer los peritos la valuación imputaron indebidamente a los 52 sacos debidos en 31 de julio de 1930 el precio o valor fijado por la Federación al café en 31 de julio de 1932; e igualmente imputaron a los 180 sacos debidos en 31 de diciembre de 1930 el precio o valor fijado en el certificado de la Federación al café Girardot en 31 de diciembre de 1932. Tan manifiesto error, que aparece palmario en los autos con sólo leer los dos certificados y el dictamen pericial, le resta todo valor probatorio al experticio en cuanto a la regulación del precio del café en las dos fechas indicadas, al tenor del artículo 721 del C. J., ya que de acuerdo con el contrato contenido en la escritura número 220 la última entrega ha debido hacerse el 31 de diciembre de 1931, y no debía tomarse en cuenta las cotizaciones de 1932. Pero desestimada la prueba pericial, por las circunstancias anotadas, quedan en pie los dos certificados de la Federación sobre los precios corrientes en cada una de las fechas en que se dejaron de entregar

las cantidades estipuladas y tal elemento probatorio tiene fuerza plena suficiente para establecer la cotización del café debido y para fijar definitivamente cuál era el saldo débito del crédito perseguido en el concurso. Habrá, por lo tanto, que reformar el fallo de primer grado, a efecto de establecer la nueva regulación de tal crédito en la cantidad de nueve mil ochocientos setenta y cuatro pesos, con sesenta centavos ($ 9,874.60).

Pretende la acreedora María Elena Peña que se le otorgue pleno valor probatorio a seis recibos exhibidos por ella y firmados por el arriero Benjamín Herrera, con los cuales aspira a comprobar que Ismael García, como causahabiente del concursado, hizo entrega en Girardot al Banco de Colombia de doscientos sacos de café, con imputación al crédito de Guzmán. Pero ocurre, como bien lo dice el Tribunal, que los recibos mencionados que se trajeron a los autos para tratar de comprobar la entrega de esa cantidad de café no están firmados por el acreedor Guzmán, ni por persona diputada por él para hacerlo. Por esta razón tales recibos no entrañan prueba alguna que obligue a Guzmán o a sus herederos, los que niegan haberlos recibido o haber autorizado su recibo a persona alguna, y en tal caso toda la carga de la prueba recae sobre quienes pretenden descontar del crédito el valor del café mencionado.

El único reparo fundamental que hace la sucesión del doctor Pomponio Guzmán, representado por su heredero Alvaro Guzmán Cortés, se hace consistir en que el Juzgador de instancia se equivocó en la interpretación del contrato de permuta con garantía hipotecaria contenido en la escritura número 220, así como en la de unas pruebas presentadas en las dos instancias del juicio universal de concurso de acreedores; para concluír que debido a tales errores y a esa equivocada interpretación de tales factores probatorios y documentales dejó de condenar a la sucesión deudora de Francisco Peña al cumplimiento de la cláusula penal estipulada en el contrato y que el acreedor Guzmán concretó de esta manera en la petición 3ª de su demanda como tercerista, en el juicio ejecutivo anterior al concurso: "También debe pagárseme el valor del café que se me debiera a la fecha del pago de acuerdo con las estipulaciones del contrato respectivo..."

Estimó el Juez del conocimiento que para que dicha petición surtiera efecto en aquel juicio especial y reuniera los requisitos legales era de rigor que se hiciera en un guarismo preciso su estimación en dinero, bajo juramento, por parte del tercerista, pues de otra manera no podía dar origen a un mandamiento ejecutivo de pago, por no tratarse de obligación de pago vencida, líquida y actualmente exigible. No se hizo así, en cumplimiento de preceptos procesales claros, y tampoco se pidió esa estimación en el término probatorio de la tercería; de manera que bien hizo el Juez al negarla en su sentencia de graduación de créditos que profirió el 3 de abril de 1936, cuando dijo: "... de suerte que la acción ejecutiva es procedente en cuanto a las dos primeras cantidades, no así en relación con la tercera, o sea el pago del valor del café que se debiera hasta la fecha del pago, porque este valor no está expresado en cantidad líquida".

Este fallo de graduación de 3 de abril de 1936 no fue oportunamente apelado ni reclamado por el acreedor Guzmán ni por sus herederos. Pero comoquiera que ya viene dicho que tal providencia no causa ejecutoria y no vincula al sentenciador del concurso, es preciso hacer el estudio de los elementos probatorios aportados por dicho acreedor, a efecto de decidir sobre su reclamo de que se liquide en el crédito el valor de los sacos de café debidos por concepto de la cláusula penal contenida en la escritura número 220.

El apoderado de los herederos del acreedor hace subir a 737 sacos de café los debidos por razón de la mora en las entregas que quedaron pendientes. Hace tal liquidación computando dicha pena a ra-

zón de un saco y medio de café por cada cien sacos que dejare de entregar y por cada mes o fracción de mes de demora. Este café, avaluado a $ 17.50, precio actual a su decir de cada saco (25 de mayo de 1938), vale según sus cuentas la cantidad de doce mil ochocientos noventa y siete pesos, con cincuenta centavos. ($ 12.897.50).

Pero resulta que tal cómputo o valoración la hace el apoderado del doctor Guzmán en memorial de 25 de mayo de 1938, sin que haya exhibido prueba alguna demostrativa de que en realidad cada saco de café costaba $ 17.50 en cada una de las fechas en que hace las liquidaciones parciales, respectivas, desde el 1º de agosto de 1930, fecha inicial de la mora, hasta el 31 de mayo de 1938, fecha que señala como etapa final de tales cómputos y precios del café. Los certificados de la Federación Nacional de Cafeteros, agregados al proceso, sólo se refieren a las cotizaciones de dicho grano, del tipo y calidad debidos, hasta el 31 de diciembre de 1932. A partir de esa fecha nada se conoce ni se sabe judicialmente sobre los precios y cotizaciones del café Girardot. Si el acreedor reclamante quería exigir el cumplimiento de la cláusula 3ª penal y atender la observación que le hizo el Juez 4º en su fallo de 3 de abril, es decir, que expresara en cantidad líquida el valor del café debido en virtud de la mencionada cláusula penal, ha debido demostrar suficientemente cuál era en realidad el precio o valor del grano en cada una de las etapas en que liquida tales cantidades, por concepto de mora en el cumplimiento de las entregas. Y esos precios o valores debían haberse comprobado en autos en la misma forma en que aparecen evidenciados los precios del café no entregado en 1930 y 1931, vale decir, con las certificaciones de la Federación que contuvieran las respectivas cotizaciones desde la fecha de la mora hasta el 31 de mayo de 1938, o con el pertinente avalúo pericial, al tenor de las disposiciones procesales que regulan la materia.

Conviene agregar que el doctor Guzmán no estimó en dinero la obligación contenida en la cláusula penal, como así se lo imponía imperativamente el artículo 1064 del C. J.; ni tampoco la señaló bajo juramento, tratándose de una obligación de dar, como también lo dispone el artículo 987 del mismo Código, ni obtuvo oportunamente su regulación. Faltan, por lo tanto, los elementos necesarios para una condena en dinero en el Concurso, cuya sentencia está más que todo destinada a regular los créditos en dinero y a proveer a que se solucionen con el producto de los bienes concursados. Pero es claro que para poder cumplir esta finalidad de los juicios de concurso es de rigor que el juzgador tenga a la vista tan importante elemento, que implica una relación directa en guarismos, de dinero a dinero.

No lo hizo así, ni ha presentado posteriormente prueba suficiente para demostrar ese factor o elemento estimativo y forzoso es concluír en instancia que "el valor del café", como textualmente se suplica en la petición tercera de la demanda de tercería, no aparece demostrado en una cantidad líquida, requisito necesario, según viene dicho, para que pueda hacer parte del saldo insoluto del crédito hipotecario del doctor Guzmán.

Fallo

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 18 de febrero de 1941 y reforma la de primera instancia dictada por el Juez 8º Civil de este Circuito en lo referente al punto a) del numeral segundo de su parte resolutoria, que queda así:

a) El crédito del tercerista doctor Pomponio Guzmán, hoy de sus herederos, por la suma de nueve mil ochocientos setenta y cuatro pesos, con sesenta centavos,

($9.874.60), por una parte, y un mil pesos, m. c. ($ 1.000.00), por otra, y sus costas particulares.

En todo lo demás se confirma la expresada sentencia de primer grado.

Sin costas en el recurso.

Cópiese, publíquese, notifíquese, insértese en la "Gaceta Judicial" y devuélvase al Tribunal de origen.

Isaías Cepeda — José Miguel Arango. Ricardo Hinestrosa Daza — Fulgencio Lequerica Vélez — Hernán Salamanca—El Conjuez, Juan Francisco Mujica—El Secretario, Pedro León Rincón.

ACCION DE NULIDAD DE UN TESTAMENTO. — APRECIACION DE PRUEBAS.—NULIDAD POR ILEGALIDAD DE LA PERSONERIA.—EN QUE CASOS AUTORIZA LA LEY EL TESTAMENTO NUNCUPATIVO ANTE CINCO TESTIGOS

1.—En tesis general, el análisis de las pruebas de un proceso corresponde exclusivamente a los sentenciadores de instancia, porque los detalles accidentales sobre que versan las tachas del testimonio son cosas de la libre apreciación de los jueces. La prueba testimonial, como las demás que autoriza la ley, no puede ser materia de acusación en este recurso extraordinario sino en cuanto su mala apreciación sea inductiva a un error de hecho, esto es, a una evidencia manifiestamente contraria a la que se tuvo demostrada por la prueba, o a un error de derecho por haberle otorgado un mérito o valor distinto del que le adscribe la ley.—2.—Ha sido reiterada doctrina de la Corte de casación la de que el derecho de accionar o de excepcionar con base en la nulidad por ilegitimidad de la personería no corresponde a cualquiera de los actores ni a cualquiera de los reos, sino privativamente a la parte mal representada, única en quien reside el interés legítimo para alegar la causal de invalidación como tal, o como motivo de casación. 3.—La ley autoriza el testamento nuncupativo ante testigos, sin la presencia del Notario, como lo estatuye el artículo 1071 del C. C., pero sólo en forma subsidiaria del nuncupativo solemne ordinario y para el caso excepcional de que en el lugar donde ha de otorgarse el testamento no hubiere Notario, o faltare este funcionario (artículo 1071 ibíd.). Fuera de esta situación especial de excepción, no puede válidamente testarse ante cinco testigos.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, abril dieciséis de mil novecientos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Hernán Salamanca).

Celmira Rosero, vecina de la ciudad de Pasto, otorgó testamento solemne ante cinco testigos en esa ciudad el día 3 de enero de 1936. La testadora falleció el día 4 siguiente, en las horas de la mañana. El Juzgado 3º Civil del Circuito de Pasto, previas las diligencias legales de rigor, en auto de 7 de febrero del año precitado declaró testamento nuncupativo el otorgado por Celmira Rosero y ordenó protocolizarlo e inscribirlo en el registro público.

En libelo fechado el 6 de diciembre de 1938, repartido al Juzgado 1º Civil del Circuito de Pasto, por medio de apoderado judicial, Sara Potosí Rosero, con interés de heredera abintestato, como sobrina de Celmira Rosero, demandó a Luis Alfonso Rosero, en su doble carácter de albacea y heredero, al guardián del Convento de Santiago, de la ciudad de Pasto, a Victoria Rosero de Henríquez, Rosa Pinchao, Catalina Celpud, Rafael y Epaminondas Romo y Tulio Rosero, como legatarios, para que en la sentencia definitiva de un juicio ordinario se declare que es nulo el testamento solemne abierto, otorgado por Celmira Rosero en Pasto, ante cinco testigos el 3 de enero de 1936, declarado nuncupativo por el Juzgado 3º del Circuito de Pasto en providencia del 7 de febrero del mismo año, la cual, en consecuencia, no puede producir efecto alguno; que se ordene la cancelación de las inscripciones del testamento y su protocolización; que se declare que la sucesión de Celmira Rosero es intestada, y que se condene en las costas del jui-

cio a los demandados si se oponen a las declaraciones impetradas.

Como fundamentos de su acción expone la actora, en síntesis, que Celmira Rosero vivía en la ciudad de Pasto desde mucho tiempo antes de su muerte, habiendo estado enferma de cuidado varios días antes de su fallecimiento, no obstante lo cual, y a pesar de existir en la capital de Nariño dos Notarios titulares en permanente ejercicio de sus funciones, ni Celmira Rosero ni ninguno de los familiares que con ella vivían o que estuvieron en su casa en los días de su enfermedad llamaron a ninguno de estos funcionarios para el otorgamiento del testamento, y que solamente el día 3 de enero de 1936 uno de los allegados de la Rosero se presentó por la mañana en la oficina del Notario 2º a decirle que fuera a autorizar el testamento de aquélla, pero a pesar de que tal funcionario manifestó que estaba listo a concurrir, no lo llevaron inmediatamente, sino que el interesado manifestó que volvería luégo con tal fin. No volvió inmediatamente, sino en la tarde del día en que falleció Celmira a informar al Notario de su fallecimiento y noticiarle de que ya no eran necesarios sus servicios. No obstante su enfermedad, la testadora Rosero estuvo hasta el último momento de su vida en capacidad de otorgar testamento ante cualquiera de los Notarios, de manera que si así no lo hizo, se debió exclusivamente a que no se le llevó el correspondiente funcionario.

No habiendo la causante Celmira Rosero dejado ascendientes ni descendientes legítimos ni naturales, ni hermanos legítimos ni naturales, sino parientes en tercer grado de consanguinidad, entre los cuales estála demandante Sara Potosí Rosero, son éstos los llamados a recoger la herencia en la sucesión abintestato.

Sobre estas bases y con la oposición de los demandados, se desarrolló el litigio hasta finalizar su primer grado con la sentencia del Juzgado de Circuito de fecha 20 de agosto de 1940, en la cual se declaró probada la excepción de ilegitimidad de la personería de la parte demandante absolviendo en consecuencia a los demandados, porque no habiéndose probado el matrimonio de Hipólito Rosero con Francisca Botina, ni su muerte, ni el nacimiento de María Soledad Rosero como hija de éstos, no se acreditó el parentesco de la demandante con la testadora, ni por consiguiente el interés que la habilitara para ejercitar la acción de nulidad de su testamento. No se hizo condenación en costas.

Sentencia acusada

La oportuna apelación de este fallo por el apoderado de la actora dio lugar a la segunda instancia del juicio que se surtió ante el Tribunal Superior de Pasto y que finalizó con la sentencia de 10 de mayo de 1941, en la que se revocó la recurrida y en su lugar se declaró la nulidad absoluta del testamento de Celmira Rosero, la invalidez de la providencia judicial que lo declaró nuncupativo y se ordenó la cancelación de sus inscripciones en el registro público. Respecto del pedimento para que se declarara intestada la sucesión de Celmira Rosero, se dijo que era improcedente por considerar que tal declaración correspondía hacerse en el juicio sucesoral previa la demostración de que la causante murió intestada. Tampoco se hizo condenación en costas.

La producción durante la segunda instancia de las pruebas sobre estado civil en cuya ausencia fundó el Juzgado la falta de personería sustantiva para demandar permitió al Tribunal el estudio y fallo de la cuestión debatida en el pleito. Con las correspondientes partidas de origen eclesiástico se comprobó, en efecto, la defunción de Hipólito Rosero y de María Francisca Botina, y respecto del hecho de haber sido éstos casados y haber tenido dentro de su matrimonio como hija a Soledad, se acreditó con prueba testimonial sobre posesión notoria del estado civil, habiéndose establecido previamente la inexistencia de las partidas principales respectivas y la imposibilidad de producir la prueba supletoria directa en razón de la

antigüedad de los hechos constitutivos. Probados de este modo estos estados civiles y demostrado como está que Celmira Rosero, la testadora, fue también hija del matrimonio Rosero-Botina, y que la actora Sara Potosí Rosero es hija legítima de Soledad Rosero cuyo matrimonio con Jorge Potosí, como su muerte, también se acreditó plenamente, consideró el Tribunal que quedaba satisfactoriamente establecida la relación de parentesco entre la demandante y la testadora en forma que le da un claro interés legitimante de su acción. "De suerte que, —dice la sentencia— siendo hermanas Celmira y Soledad Rosero, y Sara Potosí Rosero hija de la última, existe el parentesco entre la testadora y la demandante dentro del tercer grado de consanguinidad que sí le daría derecho a ser declarada como heredera de su tía en representación de Soledad Rosero, ya fallecida".

Descartada la excepción de ilegitimidad de la personería sustantiva, la cuestión sobre nulidad testamentaria la deduce el Tribunal sencillamente de haberse demostrado plenamente en el proceso la circunstancia de que en la ciudad de Pasto, residencia habitual de Celmira Rosero y lugar de su enfermedad y muerte, existen dos Notarios en permanente disposición de prestar sus servicios, como lo estuvieron el día 3 de enero de 1936 en que otorgó su testamento solemne la citada Rosero ante cinco testigos, de donde concluye la nulidad de tal acto con cita de los artículos 11 de la Ley 95 de 1890 y 1740 del C. C., porque en las aludidas circunstancias la ley no autoriza la forma excepcional que señala el artículo 1071 del C. C. para otorgar testamento solemne y nuncupativo.

En calidad de mero antecedente se recuerda en la sentencia que esta cuestión de la nulidad del testamento de Celmira Rosero ya había sido sometida a decisión de la justicia y que el pleito respectivo finalizó con sentencia de Casación proferida por esta Sala de la Corte el 18 de octubre de 1938, pero que no hay lugar a cosa juzgada, como se decidió en el incidente de excepciones dilatorias, porque la absolución a que en tal fallo se llegó no es referente a la cuestión de fondo sino que se basó en la circunstancia de no haberse demandado la nulidad contra todos los asignatarios instituídos en el testamento, lo cual se consideró que afectaba de ilegitimidad la personería de la parte demandada por no comprender la acción a todos los sujetos de la relación jurídica, como sí los comprende ahora la demanda originaria de este nuevo litigio.

El recurso

Oportunamente interpuesto por la parte demandada recurso de casación contra esta sentencia definitiva de segunda instancia, la Corte procede a decidirlo agotados como están los trámites correspondientes.

I.—Empieza la demanda de casación, con base en el primero de los motivos legales del artículo 520 del C. J., formulando reparos a la manera como el Tribunal apreció la prueba testimonial aducida para demostrar por posesión notoria el estado civil de casados de Hipólito Rosero y María Francisca Botina y el de Soledad Rosero como hija de este matrimonio, ya en cuanto a su mérito demostrativo como en su admisibilidad, y hace los cargos que en seguida se compendian:

Las declaraciones de los testigos Rafael Rosero, Manuel Botina y José Vicente Guzmán adolecen de un vacío completo sobre las circunstancias que la ley procedimental exige para que el testimonio humano preste valor probatorio, porque omiten decir las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que adquirieron el conocimiento de los hechos sobre que deponen, pues no dicen el nombre de los deudos y amigos y parientes del marido que aceptaron a la Botina como cónyuge de Hipólito y a Soledad como su hija, ni expresan los lugares, circunstancias y motivos en que presenciaron estos hechos. Dos de estos testigos, además, Guzmán y Botina, según la edad que declaran al deponer, en relación con la época de los sucesos que

testimonian, no tenían entonces sino 13 y 18 años, edad en que no es posible darse cuenta cabal de una situación tan importante como la matrimonial. El Tribunal se equivocó en la apreciación de esta prueba testimonial sobre posesión notoria porque admitió esta manera supletoria de probar el estado civil con el sólo certificado expedido por el párroco de la Inmaculada Concepción de Jongovito sobre inexistencia en sus libros parroquiales de las correspondientes partidas principales de matrimonio y bautizo, sin que se hubiera demostrado que en esa parroquia se casaron Hipólito y María Francisca y que allí naciera Soledad.

De estas consideraciones y razonamientos deduce el recurrente que el Tribunal incurrió en errores de hecho y de derecho al ameritar la citada prueba de testigos que lo condujeron a considerar a la demandante con interés jurídico para accionar de nulidad el testamento como sobrina legítima de la causante Celmira Rosero, violando de esta manera los artículos 66, 395, 396, 397, 399, 1041 y 1768 del C. C., 661, 696 y 197 del C. J., 85 y 87 de la Ley 153 de 1887, único de la Ley 60 de 1935 y 15 de la Ley 95 de 1890.

La Sala considera estos cargos.

Para demostrar la posesión notoria del estado de matrimonio de Hipólito Rosero y María Francisca Botina, en la imposibilidad de aducir la prueba principal por inexistencia y la supletoria directa por excesiva antigüedad de los hechos, adujo la demandante los testimonios de Rafael Rosero, José Vicente Guzmán y Manuel María Botina, quienes en sus declaraciones rendidas ante el Tribunal con observancia de los requisitos legales, afirman unanimemente que conocieron de vista, trato y comunicación a Hipólito Rosero y María Francisca Botina por haber tenido relaciones con ellos y haber sido sus vecinos en la ciudad de Pasto, donde vivieron siempre y donde tuvieron sus hijos, y que por este conocimiento personal y durante un lapso mayor de diez años les consta que se trataban recíprocamente como marido y mujer tanto en público como en privado, pues el varón atendía a los deberes de tal proveyendo a la subsistencia y vestido de la mujer y de los hijos, viviendo todos familiarmente en la misma casa y presentando a la mujer en sociedad y en familia, a amigos y parientes, como su legítima esposa, en forma que entre los que los conocieron y trataron fue un hecho indiscutible su matrimonio.

Respecto de la posesión notoria del estado de hija legítima de Soledad Rosero como hija de este matrimonio, los mismos testigos, expresando igual manera de la adquisición del conocimiento, afirman que Hipólito y María Francisca, durante su vida matrimonial que transcurrió en Pasto, procrearon varios hijos, a quienes conocieron personalmente a través de relaciones amistosas y de vecindad, llamados María Santos, José Antonio, Soledad, Camilo y Celmira Rosero, a quienes les consta por espacio de más de diez años, que sus padres trataban como a hijos legítimos conviviendo con ellos hasta su mayor edad, proveyendo a su alimentación, vestido y educación y tratándolos y presentándolos ante sus parientes y amigos como tales hijos en forma que todo el vecindario los reconoció en este estado y así los reputó siempre.

La principal consideración que sugiere el primero de los reparos que formula el recurrente contra esta prueba testifical, que el Tribunal halló ajustada a las disposiciones legales pertinentes para concederle mérito demostrativo, es que este criterio estricto de apreciación circunstancial de las declaraciones no consulta el objetivo y naturaleza de la casación respecto de análisis de pruebas, que en tesis general corresponde exclusivamente a los sentenciadores de instancia, porque los detalles accidentales sobre que versan las tachas del testimonio son cosas de la libre apreciación de los jueces. La prueba testimonial, como las demás que autoriza la ley, no pueden ser materia de acusación en este recurso extraordinario sino en cuanto su mala apreciación sea inductiva de un error de hecho, esto es, de una evidencia manifiestamente contraria a la que

se tuvo demostrada por la prueba, o de un error de derecho por haberle otorgado un mérito o valor distinto del que le adscribe la ley. Y en ninguno de estos casos puede colocarse la estimación que de las declaraciones contiene la sentencia. Por lo demás, no puede decirse exactamente que los testigos hayan omitido la expresión de ninguno de los requisitos que la ley exige para la validez del testimonio; en las exposiciones está dicho cómo y por qué supieron o conocieron los hechos sobre que deponen, con sus peculiaridades de tiempo, modo y lugar, y la circunstancia de haber podido hacer una declaración más minuciosa con la cita de lugares, motivos y nombres de que habla el recurrente, no le resta apreciabilidad a la prueba, bien aceptada por el Tribunal dentro de la facultad apreciativa que al efecto le concede la ley.

Respecto del reparo que se hace consistir en que los testigos Guzmán y Botina no tenían sino 13 y 18 años, como se deduce de la edad que dicen tener cuando declaran en relación con la época de ocurrencia de los hechos sobre que deponen, tampoco invalida el mérito de sus afirmaciones, porque fuera de no ser una verdad o dato obligatorio el que sobre sus años da un testigo al deponer, la ley no exige condiciones de edad en relación con el tiempo en que se rinde el testimonio, dejando a la facultad estimatoria de los jueces la capacidad moral y física de los deponentes. Por otra parte, este reparo, no agitado con ocasión del análisis probatorio de las instancias, pierde su significado en relación con testimonios rendidos por personas contra las que no se ha hecho valer ninguna tacha por falta de probidad ni de imparcialidad.

No menos infundado es el cargo referente a la inadmisibilidad de la prueba de posesión notoria por haberla aceptado con el simple certificado parroquial de inexistencia de las partidas principales sin demostrar que en la parroquia certificante ocurrió el matrimonio de Hipólito y Francisca y tuvo lugar el bautizo de Soledad.

La ley permite, en efecto, a falta de la prueba principal formada por las partidas civiles o eclesiásticas correspondientes, que el estado civil se pruebe por otros documentos auténticos, por declaraciones de testigos que hayan presenciado los hechos constitutivos del estado civil de que se trata, y en defecto de estas pruebas, por la posesión notoria del estado. En ninguna ilegalidad, en concepto de la Sala, incurrió el Tribunal al admitir la última de las formas probatorias que señala el artículo 395 del C. C., supletorias unas de otras y admisibles en el orden en que las presenta esta disposición legal, porque ya se vio que los testigos presentados por la demandante aseveran también el hecho de que Hipólito Rosero y María Francisca Botina pasaron toda su vida en Pasto, en la "sección de Santa Bárbara, parroquia de Jongovito" y que allí tuvieron todos sus hijos, de tal manera que habiendo ocurrido allí los hechos constitutivos de los estados civiles de que se trata, en época que por su lejanía no puede acreditarse por testigos presenciales, era procedente la prueba supletoria en la forma en que la admitió el Tribunal. En las anotadas circunstancias el certificado expedido por el Párroco de Jongovito, a cuya feligresía pertenecieron Hipólito, su mujer e hijos, era prueba suficiente de la inexistencia de las partidas principales. Es, en este caso, lo más que se puede exigir para esta prueba negativa, esto es, datos para poder deducir que en ese lugar debió existir la partida y no existe. La ley misma admite la posibilidad de que no se rinda prueba acerca de la falta de las partidas principales para la admisibilidad de la prueba supletoria, exigiendo una prueba más completa o perfecta de la posesión notoria del estado civil en el caso de no explicarse y probarse satisfactoriamente la indicada falta (artículo 399 C. C.). En el caso de autos, por otra parte, el demandado no niega propiamente la existencia de los referidos estados civiles, sino que se ha limitado a formular en el recurso de casación los preindicados reparos a la prueba que se adujo al respecto. Al fren-

te de la prueba testimonial, contra la cual, según se ha visto, no hay ningún serio reparo, nada hay en el proceso sobre hechos positivos que den base a ninguna sospecha sobre la veracidad de los testigos que no han sido tachados en forma alguna.

No existe ningún motivo legal de desestimación de la prueba de testigos presentada para demostrar la posesión notoria de los estados civiles de que se ha tratado, con motivo de personería de la actora y la cual revela satisfactoriamente los tres elementos jurídicos que tradicionalmente se han considerado como integrantes de la posesión notoria de un estado civil: el nombre, el tratamiento y la fama.

Por tanto, se rechazan los cargos.

II.—Se acusa también la sentencia por error de hecho y de derecho en que se dice incurrió el Tribunal en la apreciación de la partida de nacimiento de la actora Sara Potosí Rosero en razón de la diferencia de nombres de quienes allí figuran como padre y abuela materna (la demandante dice que es hija de Jorge Potosí y nieta de Francisca Botina y la partida reza que lo es de José Potosí y Francisca Rosero), de donde deduce el recurrente que no habiéndose demostrado la identidad de estas personas, la partida fue indebidamente apreciada como una de las pruebas para deducir el parentesco de la actora con la causante con violación de los mismos preceptos sustantivos señalados en el aparte anterior.

Se considera.

Este aspecto o detalle de la prueba relacionada con la personería de la parte actora se presenta por primera vez en el juicio como cargo en casación y se circunscribe a las diferencias de dos nombres entre los que señala la actora y los que contiene la partida de bautizo de Sara Potosí Rosero, visible al folio 19 del cuaderno número 4. No ha sido propiamente redargüida de falsa esta partida en el proceso, y en realidad está vigente la presunción de autenticidad y pureza que legalmente le corresponde y la ampara. Las partidas de estado civil no garantizan la veracidad de las declaraciones que contienen, de tal modo que ellas son susceptibles de impugnación y de prueba contraria. Dice el recurrente que no hay identidad personal entre la que aparece bautizada en la citada partida y la demandante, pero fuera de no deducirse esta falta de identidad de las referidas diferencias nominales que más parecen equivocaciones literales, esta falta de identidad entre las personas, es cosa que debe demostrarse por quien rechaza la partida probando el hecho de no ser una misma la persona a que el documento se refiere y la persona a quien se pretende aplicar, como lo estatuye el artículo 393 del C. C.

Y nada hay a este respecto en el proceso, ni el recurrente hace referencia a ninguna prueba enderezada a este fin. Por esto, no es admisible el cargo.

III.—Por el lado pasivo de la personería también se ataca la sentencia con fundamento en que la demanda se dirigió, entre otros, contra el Guardián del Convento de Santiago de la ciudad de Pasto, circunstancia en que hace pie el recurrente para acusar el fallo por el primero y por el sexto de los motivos legales de casación. Por el primero, porque el Tribunal violó los artículos 24, 25 y 26 de la Ley 57 de 1887 al aceptar la legitimidad de la personería del demandado sin haberse demostrado la existencia del Convento de Santiago, de Pasto, como persona jurídica perteneciente a las instituciones de la Iglesia Católica; y por el sexto, porque no se demostró que Fray Pacífico de Túquerres, con quien se surtió el traslado de la demanda, fuera el representante legal de dicho Convento, de donde deduce ilegitimidad de la personería como causa de nulidad.

Se considera esta doble acusación.

La presencia del Guardián del Convento de Santiago entre los demandados en este juicio obedeció a la sentencia proferida por la Corte en el pleito anterior sobre el mismo asunto, a que se hizo alusión al comienzo de esta decisión, y en que se resolvió que la cuestión de nulidad testa-

mentaria no podía controvertirse válidamente sino con audiencia de todos los asignatarios, a título universal o simplemente singular.

La cláusula primera de la memoria testamentaria de Celmira Rosero dice: "Que dejo unos dos lotes de terreno en el fundo Santa Bárbara, correspondiente a este Municipio, dejo un legado para la obra del panteón de Santiago la suma de cincuenta pesos oro a cargo de mi albacea tan pronto como le fuere posible". La institución de este legado es la que ha dado lugar a la intervención en juicio de Fray Pacífico de Túquerres, probablemente porque el Convento de que es Guardián en la ciudad de Pasto es encargado o director de la obra del panteón en ayuda de la cual legó la Rosero la suma de cincuenta pesos en su testamento, anulado en la sentencia que se acusa. No puede entenderse en estas circunstancias procesales que la Iglesia Católica, ni ninguna particular correspondiente a ella, ni asociación de la religión católica, en su calidad de personas jurídicas, esté demandada en este pleito y que en ese carácter y condición esté planteada la controversia de un derecho, de tal manera que es improcedente la cita, e imposible por consiguiente su quebranto, de las disposiciones legales que el recurrente señala como violadas.

Por lo que hace a la cuestión de nulidad adjetiva propuesta como base de la causal sexta de casación y vinculada a la legítima representación en juicio de uno de los demandados, ha sido reiterada doctrina de esta Sala que el derecho de accionar o de excepcionar con base en esta especie de nulidad por ilegitimidad de la personería, no corresponde a cualquiera de los actores ni a cualquiera de los reos, sino privativamente a la parte mal representada, única en quien reside el interés legítimo para alegar la causal de invalidación como tal o como motivo de casación.

Por estas breves razones, se rechazan también estos cargos.

IV.—Solamente el último capítulo de la demanda de casación, bajo el epígrafe "Error de derecho en cuanto a la nulidad del testamento mismo", hace referencia a la cuestión principal que originó el litigio, y se refiere a ella para atacar la sentencia que invalidó la memoria testamentaria de Celmira Rosero en cuanto aceptó el testimonio de Carlos Conto y Gustavo B. Ordóñez, quienes ejercían el cargo de Notarios Públicos en la ciudad de Pasto el 3 de enero de 1936, en lo relacionado con la circunstancia de que estos funcionarios estuvieron listos a prestar sus servicios en el día indicado a fin de que la testadora hubiera podido testar en la forma ordinaria que prescribe el artículo 1070 del C. C. para el testamento solemne y abierto. "Acepto desde luego —dice el recurrente— que había Notario en la ciudad de Pasto, pero niego que ese Notario o Notarios estuvieran expeditos para prestar sus servicios en la noche del 3 de enero de 1936, a la causante..." No se ha demostrado que estos testigos ejercieran el cargo de Notarios, pues no se trajo el decreto de su nombramiento correspondiente. Este error y el de haber aceptado sus dichos sobre que en el mencionado día estuvieron en Pasto listos a desempeñar sus funciones públicas condujeron al Tribunal a violar los artículos 1740, 1741, 1071 y 2578 del C. C.

Se considera.

La ley autoriza el testamento nuncupativo ante testigos, sin la presencia del Notario, como lo estatuye el artículo 1071 del C. C., pero sólo en forma subsidiaria del nuncupativo solemne ordinario y para el caso excepcional de que en el lugar donde ha de otorgarse el testamento no hubiere Notario, o faltare este funcionario. (Artículo 1071 Ib.). Fuera de esta situación especial de excepción no puede válidamente testarse ante cinco testigos, como ocurrió en el caso de autos. El hecho de que en la fecha en que Celmira Rosero testó, estaban los dos Notarios en la ciudad, expeditos para haber autorizado su testamento nuncupativo en la forma ordinaria aparece establecido en el proceso de manera fehaciente, con declaraciones rendidas por los propios funcionarios notariales, depositarios de la fe pública.

"Se deja constancia —dice la sentencia— de que la parte demandada no ha infirmado la prueba referente al estado civil de la demandante, ni tampoco las que se relacionan con el funcionamiento de dos Notarios en esta ciudad, ni lo que estos funcionarios afirman en lo atinente al testamento de Celmira Rosero". Los reparos que sólo ahora en casación se quieren hacer a esta prueba testimonial carecen de toda fuerza para invalidarlos; pero es que además de esta circunstancia, que ya sería bastante para desechar el cargo, es del caso recordar que es a quien pretende amparar su interés en una situación legal de excepción, como es el caso, a quien corresponde acreditarla plenamente, según regla conocida de derecho probatorio.

En fuerza de las razones que preceden, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto con fecha 10 de mayo de 1941, que ha sido materia de este recurso.

Costas a cargo del recurrente.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la **Gaceta Judicial** y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Isaías Cepeda — José Miguel Arango. Liborio Escallón — Fulgencio Lequerica Vélez—Ricardo Hinestrosa Daza — Hernán Salamanca—Pedro León Rincón, Secretario en propiedad.

ACCION DE SANEAMIENTO POR EVICCION

1.—De conformidad con los artículos 1893, 1894 y 1895 del C. C., la acción de saneamiento por evicción presupone la existencia de estos elementos esenciales: 1º Que el demandado directa o indirectamente, haya vendido al demandante la cosa evicta; 2º Que el demandante comprador haya perdido total o parcialmente el dominio y posesión del bien comprado directa o indirectamente al demandado, y 3º Que la cosa evicta en una sentencia sea la misma que el comprador demandante adquirió del demandado vendedor, directa o indirectamente.—2. — La sola inscripción de la sentencia produce el resultado previsto en el artículo 789 del C. C.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, abril veinte de mil novecientos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Fulgencio Lequerica Vélez).

Antecedentes

Mediante escritura pública número 110, de 7 de agosto de 1920, de la Notaría de La Vega, la señora Eva Mahecha de Basto, mujer casada con el señor Fideligno Basto, vendió sin licencia judicial a Francisco Guzmán "un terreno situado en jurisdicción de este Municipio, en la vereda llamada **Bulacaima** y que hace parte con otros comuneros o copartícipes del globo de tierra del mismo nombre", cuyos linderos se especificaron en el referido instrumento.

Por instrumento notarial número 95, de 24 de julio de 1922, de la misma Notaría, Francisco Guzmán le vendió a Gumercindo Linares un lote de terreno que es parte de mayor extensión que hubo el vendedor Guzmán por compra que hizo a la señora Mahecha de Basto, demarcado dentro de los linderos que allí se determinan. Esta venta se refirió solamente a parte del inmueble anterior.

Posteriormente, según aparece del certificado expedido por el Registrador del Circuito de Facatativá el 11 de octubre de 1940, se hicieron sobre la otra parte del mismo bien raíz las siguientes enajenaciones: por escritura número 140 de 1923 Guzmán vendió a Fideligno Basto un lote de terreno en la fracción de **Bulacaima**; por escritura número 156 de 1923, de la misma Notaría de La Vega, Fideligno Basto vendió a Obdulio Medina un lote que es parte del que adquirió por compra a Francisco Guzmán, por la escritura 140; por escritura Nº 237 de 1928 Obdulio Medina vendió a Ana Rosa Medina de Ortega el mismo lote anteriormente especificado; y, por escritura Nº 267, de 12 de diciembre de 1931, Notaría de La Vega, la señora Medina de Ortega vendió a Gumercindo Linares el lote a que aluden los instrumentos anteriores.

Así las cosas, la primitiva dueña, señora Eva Mahecha de Basto, promovió demanda civil ordinaria contra Francisco Guzmán y los demás causahabientes de éste en el dominio de tal inmueble suplicando que se decretara la rescisión de la venta hecha por aquélla a éste y se condenara a los actuales poseedores Gumercindo Linares y Fideligno Basto a restituírle las porciones de terreno que lo formaban y de que entonces se hallaban en posesión, junto con sus correspondientes frutos.

A esta demanda puso fin la sentencia de 12 de mayo de 1937, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá y cuyo recurso de casación fue de-

clarado desierto por esta Corte, en la cual se declaró la nulidad relativa y consiguiente rescisión de la compraventa primitivamente celebrada entre la Mahecha de Basto y Guzmán, de que trata la escritura número 110 de 1920. Como consecuencia ordenó la cancelación del registro de tal título original de venta, lo mismo que de las escrituras 95 de 1922, 140 y 156 de 1923, 237 de 1928 y 287 de 1931, en las que se hicieron las sucesivas enajenaciones de las dos partes en que fue dividido el terreno mencionado.

Registrada la anterior sentencia de rescisión, la actora Mahecha solicitó su cumplimiento respecto a la entrega del lote general objeto de la reivindicación y que era poseído en dos partes por los demandados Basto y Linares, entrega que le fue hecha por el Juzgado el 5 de noviembre de 1938.

Hasta aquí los antecedentes de este litigio que ahora toca estudiar a la Corte en virtud de recurso de casación.

El actual juicio ordinario

Ante el Juzgado 2º Civil del Circuito de Facatativá promovió Gumercindo Linares, desposeído ahora de la totalidad del fundo de "Bucalaima", demanda ordinaria contra Eva Mahecha de Basto y Francisco Guzmán, primitivos vendedor y comprador respectivamente de éste según escritura 110 de 1920, para que previos los trámites del caso se hicieran estas declaraciones:

1ª Que Eva Mahecha de Basto y Francisco Guzmán, están obligados a responder e indemnizar al actor del saneamiento por evicción del bien raíz a que se refiere la escritura número 110, de 7 de agosto de 1920; y 2ª Que, como consecuencia de la anterior declaración, están obligados a favor del actor, a las prestaciones que contemplan los arts. 1904, 1906 y 1907 del C. C., Capítulo VII, Título XXIII del Libro 4º.

El Juez **a quo** le puso fin en sentencia de primer grado de 8 de agosto de 1940, en la cual ABSOLVIO a los demandados de todos los cargos formulados en la demanda. Se funda este proveído absolutorio en la única consideración de que, a juicio del fallador de primera instancia, la parte actora no presentó ninguna prueba que demostrara sus pretensiones.

Sentencia acusada

En virtud de apelación del demandante Linares conoció de la segunda instancia el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, quien le puso fin en fallo definitivo de 29 de marzo de 1941. Esta es la sentencia acusada en casación y en ella se revocó la de primer grado para fallar el pleito así:

"Primero. No es el caso de hacer ninguna de las declaraciones que se han solicitado contra la señora Eva Mahecha de Basto, por lo cual se absuelve a dicha señora de los cargos de la demanda.

"Segundo. El señor Francisco Guzmán, mayor y vecino del Municipio de La Vega, está obligado a sanear al señor Gumercindo Linares las ventas que le fueron hechas a éste, por medio de las escrituras públicas Nos. 95 de 24 de julio de 1922 y 267 de 12 de diciembre de 1931, ambas de la Notaría de La Vega, mediante el pago de las siguientes prestaciones:

"a) El precio de compra dado por Linares en razón de dichos contratos, conforme a lo pactado en los respectivos instrumentos;

"b) Las costas que acredite hayan sido sufragadas por Linares en el perfeccionamiento de dichos contratos;

"c) El valor de los frutos que Linares deba restituír a Eva Mahecha, en razón del fallo pronunciado por el Tribunal y en que se produjo la evicción;

"d) El valor de las costas que Linares deba pagar o haya pagado en dicho juicio; y

"e) El aumento de valor que los lotes restituídos por Linares a la Mahecha hayan tenido al tiempo de la restitución, aun por causas simplemente naturales o por el simple transcurso del tiempo.

"El monto de estas prestaciones se fijará en incidente separado.

"Tercero. No hay costas en el juicio".

Dice el Tribunal que los demandados Guzmán y la Mahecha vienen a ser responsables, en principio, de la evicción sufrida por el actor, conforme al artículo 1897 del C. C., pero como el artículo 1747 del mismo Código estatuye que el que contrató con un incapaz no puede pedir restitución o reembolso sino en cuanto probare haberse hecho más rica con ello la persona incapaz y precisamente la vendedora Mahecha era incapaz entonces como mujer casada que vendió sin consentimiento del marido, no es posible condenar a ésta por no haberse demostrado esa circunstancia de haberse enriquecido con la venta. Por lo cual concluye que la condena al saneamiento por evicción sólo puede hacerse a cargo del otro demandado, Francisco Guzmán.

El recurso

Interpuso recurso de casación el apoderado del demandado Francisco Guzmán y acusa el fallo del Tribunal por las causales previstas en los ordinales 1º, 2º y 6º del artículo 520 del C. J., las que presenta en esta forma:

Primer cargo. PRIMERA CAUSAL. — Violación de ley sustantiva por error de hecho y de derecho manifiesto en los autos.

A. Dice el recurrente que para que la acción de saneamiento por evicción sea procedente es indispensable que el demandante haya perdido total o parcialmente la posesión de la cosa comprada, según el artículo 1893 del C. C. Con relación al bien que el actor Linares dijo haber comprado por escritura número 267 de 1931, no consta en autos tal adquisición, porque el dominio y posesión de los bienes raíces se adquiere por el registro del título respectivo (artículos 756 y 785 del C. C.). De manera que el actor ha debido presentar tal certificado de su nota de registro, conforme al artículo 635 del C. J. Como no presentó tal instrumento, ni se justifica la presentación que hizo del certificado del Registrador, como prueba supletoria (artículo 2675 del C. C.), hay que tener por no probada esa adquisición. De aquí se desprenden los errores de hecho y de derecho manifiestos en que incurrió el Tribunal al aceptar como comprobada la adquisición de dicho instrumento 267 y violadas tales normales legales.

B. Para que el actor Linares sufriera la evicción que alega respecto de los bienes adquiridos por escrituras 95 de 1922 y 267 de 1931 es menester, como viene dicho, que perdiera el dominio y posesión de tales bienes, los que no se adquieren ni pierden sino mediante la inscripción legal del título o su cancelación en la respectiva oficina de registro (artículos 789 y 2676 del C. C.) Pues bien, esto no se hizo, y antes, aparece del certificado del Registrador, en forma expresa y terminante, que la cancelación de las inscripciones de esas dos escrituras no se ha realizado. Como por otra parte tampoco aparece la prueba de la cancelación de esas dos escrituras en la respectiva Notaría, sostiene el recurrente que tales títulos de venta están actualmente vigentes a favor del actor Linares y por ese motivo éste no ha sufrido la evicción que alega. De allí que la sentencia ha incurrido en errores evidentes de hecho y de derecho al hacer las declaraciones condenatorias de dicho fallo.

C. Es requisito para que prospere la acción de saneamiento que se demuestre la identidad entre la cosa evicta por la sentencia y la cosa comprada por el comprador demandante. Para evidenciar esta falta de identidad basta comparar los linderos de la cosa evicta por la sentencia de 12 de mayo de 1937 con los linderos determinados en las dos escrituras de las adquisiciones que se dicen hechas por Linares, de las cuales sólo la número 95 de 1922 figura en el proceso. De tal estudio comparativo resulta con evidencia que la cosa evicta no es la misma que dijo haber adquirido el demandante. Aparece, en concepto del recurrente, un nuevo error manifiesto de hecho o de derecho en que la sentencia incurre. A consecuencia de tales errores considera violados, además de los textos legales antes citados, los artículos 1893, 1894 y 1895 del C. C.

La Corte considera:

Las cuestiones debatidas en este primer cargo de casación son tres, a saber: a) que no se ha comprobado que el actor Linares hubiera adquirido una parte o parcela de la cosa evicta por no haber exhibido la escritura número 267 de 1931; b) que para que el actor padeciera la evicción es menester que hubiera perdido el dominio y posesión jurídica de la cosa y no los ha perdido por estar vigentes las inscripciones de las dos escrituras 95 y 267 en la respectiva oficina de registro; y c) que no ha demostrado la identidad entre el fundo evicto por la sentencia del 12 de mayo de 1937 y la comprada por Linares en los dos instrumentos antes citados.

De conformidad con los artículos 1893, 1894 y 1895 del C. C., normas que estima infringidas el recurrente demandado, la acción de saneamiento por evicción presupone la existencia de estos elementos esenciales: 1º que el demandado, directa o indirectamente, haya vendido al demandante la cosa evicta; 2º que el demandante comprador haya perdido total o parcialmente el dominio y posesión del bien comprado directa o indirectamente al demandado; y 3º que la cosa evicta en una sentencia sea la misma que el comprador demandante adquirió del demandado vendedor, directa o indirectamente.

En cuanto al primer requisito, se ha agregado a este proceso copia auténtica de la sentencia de 12 de mayo de 1937, pronunciada en el juicio rescisorio seguido por la señora Mahecha de Basto contra Francisco Guzmán, Gumercindo Linares y los demás compradores sucesivos de las parcelas en que fue dividido el fundo que es materia ahora de la evicción. En dicho fallo condenatorio se tuvo a la vista la escritura 267 de 1931 y previa estimación de ese instrumento se declaró rescindida la compraventa del fundo "Bucalaima", realizada por escritura 110 de 1920; se declaró a la vendedora primitiva señora Mahecha de Basto dueña del bien evicto y se ordenó su entrega a la vendedora mencionada.

Es ese fallo judicial el instrumento legal que en realidad consumó la evicción y en su parte resolutiva se señalaron los linderos generales del predio, según constan en la escritura primitiva número 110. De manera que con tal prueba documental auténtica ha demostrado el actor Linares, de modo pleno y suficiente, sin necesidad de volver a exhibir la escritura número 267, que ha padecido la evicción del bien raíz que adquirió por los instrumentos 95 y 267, y que sí fue efectivamente el comprador o adquirente de las dos parcelas en que fue posteriormente dividido. Precisamente por estar la Mahecha sabedora de que Linares era el dueño de tales lotes fue por lo que lo señaló como demandado en el juicio rescisorio donde se produjo la evicción, exhibiendo entonces para demostrar sus pretensiones, copia de la escritura número 267, debidamente registrada. Y fue por la misma razón por lo que vencido Linares como demandado en aquel proceso, ahora se apersona como actor en este nuevo juicio de saneamiento, para exigir la respectiva indemnización compensativa por la evicción sufrida.

En lo referente a la segunda condición, existe en el proceso el certificado del Registrador de instrumentos públicos y privados del Circuito de Facatativá, y en ese documento auténtico consta que con fecha 18 de octubre de 1938, se registró en el Libro I, tomo 3º, partida número 1275, la sentencia de 12 de mayo de 1937, causa de la evicción. En ese fallo se dispuso en su ordinal 3º la cancelación del registro de las escrituras 110 de 1920, 140 de 1923, 156 de 1923, 95 de 1922, 33 de 1927, 237 de 1928 y 267 de 1931, en las que se hicieron las sucesivas trasmisiones del dominio del predio materia de la evicción.

En forma tal que el registro que se hizo de la sentencia sí produjo el efecto jurídico de cancelar automáticamente las inscripciones o registro de dichos instrumentos, dejándolas sin ningún valor y haciendo desaparecer, por ende, la posesión inscrita que de las dos parcelas podía tener el actor Linares. Si como lo dice el Registrador en el certificado, no aparece cons-

tancia en sus libros de que hayan sido cancelados materialmente por orden judicial las inscripciones de los títulos antes citados, esa circunstancia no le resta valor a la orden judicial dada en tal sentido en el fallo de 12 de mayo, el cual sí aparece registrado y contiene la orden de hacer esas cancelaciones. Basta el registro de la sentencia para que las cancelaciones de las respectivas inscripciones escriturarias se consideren hechas por ministerio de la ley. La sola inscripción de la sentencia produce el resultado previsto en el art. 789 del C. C.

Agréguese a lo dicho que en cumplimiento de lo dispuesto en el fallo tantas veces mencionado el Juez del Circuito de Facatativá procedió el 5 de noviembre de 1938 a poner a la señora Mahecha en posesión material de la totalidad del bien raíz evicto, según consta en la copia auténtica de la diligencia respectiva, que figura en autos. De manera que el actor Linares perdió la posesión jurídica en virtud del registro del fallo, y la material como consecuencia de la entrega judicial mencionada.

En lo tocante a la falta de identidad del fundo, carece de fundamento esta tacha porque si se confrontan la escritura número 110 y la diligencia de entrega se podrá ver que los linderos generales del terreno entregado a la Mahecha corresponden exactamente a los fijados al fundo en el instrumento de venta antes citado. Lo ocurrido es que el bien vendido a Guzmán fue subdividido por éste entre varios compradores, entre ellos a Linares, y al hacer los traspasos parciales hubo de acomodar los amojonamientos del terreno a la parcela negociada con cada adquirente. Prueba de esto fue que a la diligencia de entrega fueron citados Linares y Fideligno Basto, como poseedores actuales de partes del terreno evicto.

No son fundadas las tachas contenidas en este primer cargo. Se rechazan.

Segundo cargo.—La sentencia acusada no está en consonancia con las peticiones de la demanda.

Hace consistir la incongruencia en dos razones: 1ª en que el demandante había pedido que se condenara a responder del saneamiento del bien raíz a que se refiere la escritura 110 de 1920 y la sentencia condenó a sanear a Linares las ventas que le fueron hechas por escrituras 95 de 1922 y 267 de 1931; 2ª en que de conformidad con el artículo 1896 del C. C. cuando la obligación de amparar al comprador es sustituída por la de indemnización en dinero, la acción de saneamiento es indivisible. Y de conformidad con el artículo 1568 del mismo Código la solidaridad debe ser expresamente declarada en todos los casos en que no la establece la ley. Concluye que en cuanto condenó la sentencia acusada a uno de los demandados—a Guzmán—al total de lo reclamado de ambos, condenó a más de lo pedido y por consiguiente no está en consonancia con las pretensiones de los litigantes.

Considera la Sala de casación:

No existe la supuesta incongruencia entre lo pedido y lo fallado, a que se alude en la primera tacha, y antes bien, hay perfecta consonancia entre esos dos factores, porque el bien raíz a que se refiere la escritura número 110 es justamente el mismo a que aluden los instrumentos 95 y 267. Ya viene explicado antes que lo ocurrido fue que el comprador Guzmán dividió el fundo evicto en parcelas y éstas vinieron a dar a manos del último comprador, que lo es el actor Linares. De manera que sí se suplicó el saneamiento del bien raíz vendido en la escritura 110 y se condenó a sanear las ventas hechas por medio de las números 95 y 267, se ha fallado en sustancia sobre lo mismo pedido en la demanda y la condena guarda perfecta consonancia con lo pedido, sin excederlo en nada, ni menos decidir sobre cuestiones extrañas al juicio. Exactamente lo mismo resulta pedir el saneamiento por la compraventa realizada en la escritura número 110, que por las hechas en los instrumentos 95 y 267 tantas veces citados.

Tampoco existe la pretendida falta de concordancia por el hecho de que se absolviera a la Mahecha y se condenara a

Guzmán a responder por el total del saneamiento. La señora Mahecha no pudo ser condenada en virtud de lo dispuesto en el artículo 1747 del C. C., que prohibe condenar al incapaz que celebró un contrato, a menos que se probare haberse hecho más rico con éste. Tal circunstancia no pudo evidenciarse y esto produjo la absolución de la vendedora incapaz. Pero esa exoneración que de las resultas de la evicción le concede la ley no libra ni exonera a su vez, de su completa y total responsabilidad civil al otro demandado, ya que él adquirió de la Mahecha la finca evicta y luego la vendió a los sucesivos compradores; en forma tal que debe responder por la totalidad de la evicción como consecuencia de su imprevisión y de la culpa in-contraendo en que indudablemente incurrió al contratar con una persona incapaz.

No tienen, por lo dicho, aplicación al caso de autos los artículos 1568 y 1896 del C. C., citados por el recurrente. No es pertinente el primer precepto, porque no se está en presencia de una obligación divisible contraída a la vez por muchas personas, sino del deber de sanear una venta por parte de un anterior vendedor de la totalidad del fundo. También resulta impertinente la segunda norma alegada, porque no se trata en autos de una demanda instaurada contra varios herederos de un vendedor ya fallecido, ni de varios vendedores que por un solo acto de venta hayan enajenado la cosa evicta, únicos casos que prevé y reglamenta el artículo 1896 del C. C.

Son infundadas ambas tachas sobre inconsonancia. Se rechazan.

Tercer cargo. — Con fundamento en el ordinal 3º del artículo 448 del C. J. se alega la causal 6ª del artículo 520 ibídem y se tacha de nulidad la actuación, por no haberse citado al juicio a la señora Ana Rosa Medina de Ortega, la que al decir del recurrente debió ser emplazada por ser la que vendió al actor Linares una parcela del terreno, según la escritura 267 de 1931. Se considera violado, además, el artículo 1899 del C. C.

La Corte considera:

No era el caso en este proceso de citar a la señora de Ortega, como vendedora de un lote del bien evicto a Linares, porque el título adquisitivo de ella se originó de la venta que la Mahecha hizo a Francisco Guzmán por escritura número 110 y por eso debía ser éste quien respondiera de la evicción, ya que hizo los primeros traspasos de los que vinieron a desprenderse todos los demás, entre otros el posterior de la señora de Ortega a Linares por escritura número 267. De manera que si el primero y principal obligado era el demandado Guzmán, no había por qué ir a citar y emplazar en juicio a otros que derivaban su título adquisitivo de Guzmán.

Resulta igualmente impertinente la aplicación del artículo 1899 del C. C., que reglamenta un caso distinto al del proceso, ya que no ha sido Linares el demandado en este juicio para que se entregue como comprador la cosa vendida, sino que es él quien acciona para que se le responda de la evicción. Es en esa única hipótesis cuando tiene aplicación el texto mencionado. Y sea la ocasión de hacer presente que cuando Mahecha intentó el juicio de rescisión y demandó de Linares, de Guzmán y de otros la cosa vendida, entonces sí tenía operancia esa norma legal y a ella dio cumplimiento Linares haciendo citar y emplazar a la señora Medina de Ortega, su vendedora de una parcela del terreno, para que compareciera a defenderla.

Resulta de lo dicho que no se ha violado el artículo 1899 del C. C., ni se ha incurrido en la nulidad que consagra el ordinal 3º del artículo 448 del C. J. No incide la causal 6ª de casación y debe rechazarse el cargo por infundado.

FALLO:

Por todo lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la

ley, NO CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 29 de marzo de 1941.

Las costas del recurso son de cargo del recurrente.

Cópiese, publíquese, notifíquese, insértese en la **Gaceta Judicial** y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Isaías Cepeda. — José Miguel Arango. Liborio Escallón. — Ricardo Hinestrosa Daza.—Fulgencio Lequerica Vélez.—Hernán Salamanca. — Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

ENAJENACION DE UNA FINCA RAIZ HECHA POR EL CONYUGE ADQUIRENTE BAJO EL IMPERIO DE LA LEY 28 DE 1932

La Corte no halla que la facultad de libre disposición otorgada por la ley 28 de 1932 en su artículo 1º se limite a los bienes que hayan sido materia de la liquidación autorizada en su artículo 7º; ni encuentra circunscrita esa libre disposición a los bienes que constituían adquisiciones personales y no sociales a la luz del Código. Aquella facultad dispositiva se confiere a cada cónyuge sobre toda adquisición del mismo, sin distinción ni salvedad alguna en lo atañedero a adquisiciones posteriores al 1º de enero de 1933. Los bienes que eran sociales para dicho primero de enero y que no tenían porque dejar de serlo ante el solo hecho de regir la nueva ley, no pueden enajenarse, ya bajo ella, sino por ambos socios mientras dure y no haya habido liquidación que los traspase a uno solo de los dos; de ahí que sean infirmables y aun se hayan infirmado enajenaciones de bienes en esa situación hechas por el marido sin el concurso de la mujer o por ésta sin el concurso del marido. En contraste con esos bienes, los adquiridos por uno de los consortes a cualquier título durante el matrimonio bajo la vigencia de la nueva ley, son de la libre disposición del respectivo adquirente, de suerte que para la validez de su enajenación no se requiere la concurrencia o intervención del otro.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil. — Bogotá, veinte de abril de mil novecientos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Ricardo Hinestrosa Daza)

Se decide, por estar ya debidamente tramitado, el recurso de casación interpuesto por el demandante contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá de 10 de septiembre último, confirmatoria de la del Juzgado 8º Civil de este Circuito de 17 de abril anterior, que absolvió al demandado de los cargos de la demanda y declaró no haber lugar al estudio de la contrademanda en este juicio ordinario. Lo instauró Manuel Guzmán contra Cipriano Ríos Hoyos y se encamina a que se rescinda por ser relativamente nula la venta que a éste hizo la señora Josefina Vernaza de Guzmán de la casa número 5-90 de la calle 23 de esta ciudad por medio de la escritura número 3790, otorgada ante el Notario 1º de Bogotá el 30 de noviembre de 1938. Guzmán manifiesta demandar "en su carácter de miembro de la sociedad conyugal" y en nombre de la misma y a su solicitud de rescisión agrega la de restitución de la casa y pago de sus frutos. El demandado se opuso y formuló demanda de reconvención a fin de que, en el evento de prosperar aquellas pretensiones, se le devuelva el precio que pagó, se le abonen las mejoras hechas por él a la casa y se le cubra el mayor valor adquirido por ésta.

Es fundamento cardinal de la demanda el hecho de haberse formado desde el 11 de febrero de 1915, fecha del matrimonio de Guzmán y señora Vernaza, la consiguiente sociedad conyugal, existente aún, y la circunstancia de que ella vendió aquella finca por la citada escritura de 1938 sin intervención de su marido. Desde la demanda inicial del pleito hasta la de casación inclusive, la parte demandante ha sostenido la necesidad, legal de la intervención del marido en el contrato que ahora ataca y deducido de la falta de esa in-

tervención la nulidad relativa cuya declaración suplica. Tanto el Juzgado como el Tribunal han negado que haya nulidad por estimar innecesaria esa intervención del marido, de donde han deducido la carencia en él de la acción que ejercita y de la personería consiguiente, a la luz de la ley 28 de 1932 bajo cuya vigencia se celebró el contrato materia del litigio.

Conviene a la claridad de la exposición advertir que las partes no han discutido sobre el hecho, establecido, además, de modo fehaciente en dicho instrumento, de que en su otorgamiento brilla por su ausencia el señor Guzmán, pues la señora Vernaza fue el único otorgante por la parte vendedora; de modo que acerca de su matrimonio apenas hay allí la alusión implicada en la determinación de su estado civil en el encabezamiento de la escritura en cuanto dice: ".....compareció la señora Josefina Vernaza de Guzmán, mujer casada, mayor de edad y de esta vecindad".

Al decir esa escritura cuál fue el título de adquisición, expresa que fue la compra que la señora hizo a la Corporación Colombiana de Crédito por escritura número 1179 de 28 de julio de 1933, otorgada ante el Notario 3º de Bogotá. Efectivamente, por medio de esta escritura aquella entidad le vende a ella la referida casa, y es de advertirse que en esta compra e instrumento no figura tampoco el señor Guzbán, no intervino, no compareció, no se le nombra. Allí también apenas se alude al matrimonio cuando se dice: "Presente la señora doña Josefina Vernaza de Guzmán, mujer casada, mayor de edad y vecina de esta ciudad, a quien igualmente conozco de modo personal, dijo: a) que acepta la presente escritura y la venta que por ella se le hace....."

El recurso

Se invoca el motivo 1º de los del art. 520 del C. J. y dentro de él se acusa de violación de estas disposiciones legales:

a) del artículo 1781 del C. C., por no haberlo aplicado, en cuanto según él el haber de la sociedad conyugal se compone: "...5º de todos los bienes que cualquiera de los cónyuges adquiera durante el matrimonio a título oneroso"; de modo que la casa entró al haber social por haberla adquirido durante el matrimonio al título oneroso de compraventa la señora Vernaza, esto es, uno de los cónyuges. Además, ni siquiera se ha hablado de capitulaciones matrimoniales en que figurasen bienes propios de la señora destinados a un fin como esa compra, ni remotamente habló de esto la escritura citada de adquisición, como tampoco habla ésta ni habla la de venta de una subrogación que justificase el concepto de no ser la casa bien de la sociedad conyugal sino de la señora. Y, por otra parte, la ley 28 no disolvió las sociedades conyugales que encontró existentes al entrar a regir, ni la de que aquí se trata se ha disuelto ni liquidado definitiva ni provisionalmente. Por todo esto se quebrantó el trascrito precepto legal.

b) del artículo 1º de la citada ley 28 de 1932 por no haberse aplicado y haberse interpretado erróneamente, en cuanto la reglamentación que establece se concreta a las sociedades conyugales que se formaran bajo su vigencia, sin incluír las existentes ya cuando entró en vigor el 1º de enero de 1933. Como de éstas es la de que aquí se trata, erró el Tribunal al conceptuar que la señora podía vender el dicho inmueble como propio suyo y que Guzmán carece de personería para perseguirlo como social.

c) del artículo 7º de la misma ley por aplicarlo sin mediar la liquidación provisional de que habla, con la cual, y sólo así, cada uno de los cónyuges puede disponer libremente de lo que esa liquidación le adjudique. El Tribunal olvidó la diferencia entre las sociedades conyugales anteriores y las posteriores, en su formación, a dicho 1º de enero, y olvidó también la necesidad de esa liquidación, sin la cual estimó producido el estado de libre disposición por la señora sola que la sentencia afirma. Y por eso, no sólo estima innecesaria la intervención del marido, sino que le niega personería para reclamar contra

un acto dispositivo de ella sola sobre un bien perteneciente a la sociedad existente entre los dos.

ch) de los artículos 1758, 1759 y 1765 del C. C. y de los ya citados, por error de hecho y de derecho en la apreciación de ciertas pruebas que acreditan que la casa es bien social, a saber: las dos escrituras de 23 de septiembre de 1933 en que constan obligaciones aseguradas con hipoteca de dicha casa, escrituras en que comparecen ambos consortes; la póliza de seguros contra incendio del mismo inmueble, en la que figura como de ambos, y las declaraciones de los cuatro testigos que el recurrente cita, que acreditan que la señora no aportó a la sociedad ningún bien, al paso que Guzmán aportó un capital considerable con cuyos frutos e incremento se han cumplido las obligaciones inherentes al matrimonio. De aquí deduce con la fuerza de indicio necesario ante el artículo 663 del C. J. que la señora pagó la casa con valores de la sociedad conyugal. De ahí el cargo de violación de esta disposición y de las antedichas al reputar el Tribunal la casa como bien propio de la señora correctamente vendido por ella sola.

Quedan resumidos los cargos que contra la sentencia recurrida formula la demanda de casación.

Se considera:

La ley 28 de 1932 dio lugar a comentarios múltiples, interpretaciones diversas y graves dificultades en nuestro Foro, ya considerada en sí misma, ya en relación con el Código Civil. A varias de esas dificultades atendió esta Sala en su sentencia de 20 de octubre de 1937 (G. J., Tomo XLV, páginas 630 y siguientes). Los pleitos relacionados con esos problemas que posteriormente han llegado a la Corte, han determinado en cada caso nuevo estudio de las más de esas cuestiones, sin que haya modificado los conceptos que entonces expresó, por más que, cual corresponde a sus deberes de sentenciador, en tal estudio haya estado siempre lista a corregir un yerro, en cuanto en su labor desprevenida llegue a convencerse de haber incurrido en él. Entre esas cuestiones figuran las que una vez más se le presentan ahora con motivo del recurso en cuya decisión está, y acontece que ahora tampoco halla motivo para recoger o modificar sus aludidas conclusiones y conceptos.

Así, por ejemplo, no halla que la facultad de libre disposición otorgada por esa ley en su artículo 1º se limite a los bienes que hayan sido materia de la liquidación autorizada en su artículo 7º; ni encuentra circunscrita esa libre disposición a los bienes que constituían adquisiciones personales y no sociales a la luz del Código.

Por el contrario, ese artículo 1º dice: "Durante el matrimonio cada uno de los cónyuges tiene la libre administración y disposición tanto de los bienes que le pertenezcan al momento de contraerse el matrimonio o que hubiere aportado a él, como de los demás que por cualquier causa hubiere adquirido o adquiera....." Como se ve, aquella potestad dispositiva se confiere a cada cónyuge sobre toda adquisición del mismo, sin distinción ni salvedad alguna en lo atañedero a adquisiciones posteriores al 1º de enero de 1933, para concretar la reflexión al caso singular de este pleito.

Los bienes que la ley encontró adquiridos ya ese día tenían, cada cual, la situación que correspondía a las disposiciones legales hasta entonces vigentes, y así, podían ser unos de la sociedad, otros del marido, otros de la mujer; y es claro que los sociales no podían dejar de serlo por el solo hecho de entrar esa ley en vigor. Desaparecida la administración exclusiva del marido, quedaron en la administración conjunta de él y la mujer establecida por la misma ley 28, y del propio modo para su enajenación vino a necesitarse el concurso de la mujer, ya que el marido dejó de ser el dueño de los bienes sociales que era ante terceros según el artículo 1806 del Código. Claro es que los bienes que eran propios de la mujer o del marido entraron a aquella libre disposición personal establecida por la nueva ley, lo que no introducía novedad para los del marido, pero sí cambió fundamentalmente lo atañedero a los de la mujer, a lo que concurre,

por su lado, la plena capacidad civil que la nueva ley a ésta otorgó.

Si los consortes quieren acabar con esa situación de necesaria intervención de ambos en que quedaron los bienes sociales existentes para cuando la nueva ley entró a regir, ella en su artículo 7º les ofrece el medio sencillo de la liquidación provisional que conferirá a cada socio título sobre los que se le adjudiquen, los cuales, adquiridos por él así y ya bajo la ley nueva, pasan por ende a la situación establecida en la parte trascrita de su artículo 1º.

Pero las adquisiciones nuevas o, por mejor decir, las posteriores al 1º de enero de 1933, fecha en que la nueva ley entró a regir, no necesitan de esa liquidación para la libre disposición antedicha, la que les viene de suyo por ministerio de ese mismo artículo 1º.

Los bienes que eran sociales para dicho 1º de enero y que, como ya se dijo, no tenían por qué dejar de serlo ante el solo hecho de regir la nueva ley, no pueden enajenarse, ya bajo ella, sino por ambos socios mientras la sociedad dure y no haya habido liquidación que los traspase a uno solo de los dos; de ahí que sean infirmables y aun se hayan infirmado enajenaciones de bienes en esa situación hechas por el marido sin el concurso de la mujer o por ésta sin el concurso del marido. En contraste con esos bienes, los adquiridos por uno de los consortes a cualquier título durante el matrimonio bajo la vigencia de la nueva ley, son de la libre disposición del respectivo adquirente, de suerte que para la validez de su enajenación no se requiere la concurrencia o intervención del otro.

Las reglas de derecho a que obedece el artículo 71 de nuestro Código Civil obligan a reconocer que en cuanto haya incompatibilidad u oposición entre disposiciones del mismo y la ley 28, es ésta por su posterioridad la que debe prevalecer y aquéllas las que han de entenderse reformadas o abrogadas. En lo que unas y otra coexistan, debe buscarse la debida correspondencia y armonía a que el Código se refiere en su artículo 30.

Por eso, subsistiendo el régimen legal de sociedad conyugal entre marido y mujer constituída por el mismo hecho del matrimonio y habiéndose de reputar sociales los bienes que durante ella adquiera cualquiera de los cónyuges a título oneroso, según el trascrito numeral 5º del artículo 1781, y teniendo, por otra parte, cada cónyuge la libre disposición de los bienes que durante el matrimonio adquiera, al tenor del artículo 1º de la ley 28, en lo pertinente trascrito aquí también, la Corte conceptuó en su citada sentencia de 20 de octubre de 1937 y ha insistido en conceptuar en las que posteriormente ha dictado sobre este tema, que tales bienes han de figurar como sociales en la liquidación de la sociedad, en cuanto para entonces no haya ejercitado su potestad de libre disposición el cónyuge que los haya adquirido. Así se concilian esa calidad de sociales que les da el Código y esta libre disposición que a cada cónyuge confiere la ley. Y esta conciliación no es simplemente resultado de una labor interpretativa, sino ordenamiento de la misma ley, la cual en la primera parte o primer miembro de su art. 1º establece esa libre disposición y en el segundo miembro del mismo art. agrega: "pero a la disolución del matrimonio o en cualquier otro evento en que conforme al Código Civil deba liquidarse la sociedad conyugal, se considerará que los cónyuges han tenido esta sociedad desde la celebración del matrimonio y en consecuencia se procederá a su liquidación".

Por su pertinencia al caso de autos se entresacan y trasladan los siguientes párrafos de la referida sentencia de 20 de octubre:

".....antes de la disolución de la sociedad ni el marido tiene derecho sobre los bienes de la sociedad manejados por la mujer, ni ésta tampoco sobre los bienes de la sociedad manejados por aquél, dándole así (la ley 28), a cada uno de los esposos la calidad de dueño que antes competía exclusivamente al marido, a cuyo fin hubo de crearse la doble administración de los bienes, cuyo carácter de socia-

les no viene a revelarse ante terceros sino al disolverse la sociedad".

"Un inmueble adquirido hoy por la mujer a título oneroso durante el matrimonio, constituye un bien social que ella puede enajenar y administrar libremente en fuerza de su plena capacidad; pero virtualmente susceptible, en su carácter de bien social, de constituír uno de los elementos integrantes de la masa partible, como activo de la sociedad conyugal, si a tiempo en que ésta se disuelva no ha sido enajenado".

"La mujer casada y mayor posee plena capacidad civil desde la fecha citada (1º de enero de 1933), por ministerio de la propia ley que se la confirió sin atenuaciones ni reservas, como quiera que la capacidad de la mujer para administrar sus bienes rígese inmediatamente por la ley posterior (artículo 23 de la ley 153 de 1887). En virtud de esa capacidad la mujer está actualmente investida de toda personería".

"La administración de la sociedad conyugal competía exclusivamente al marido. Pero era un administrador que ante terceros dejaba de serlo para adquirir la calidad de dueño de los bienes sociales..... Además, como jefe de la sociedad conyugal administraba libremente no sólo los bienes sociales sino también los bienes propios de la mujer.... Él artículo 1808 recalcaba que la mujer por sí sola no tiene derecho alguno sobre los bienes sociales durante la sociedad".

"La ley 28 de 1932 consagró un nuevo régimen patrimonial entre esposos cerrando así el tradicional sistema hasta entonces imperante."

Habiéndose aludido a la insistencia de la Sala en sostener las opiniones expuestas en ese fallo de 20 de octubre de 1937 cuando quiera que se le han vuelto a presentar los problemas mencionados, conviene citar las sentencias respectivas. Ellas son: la de 29 de marzo de 1939 (G. J. Tomo XLVII, págs. 731 y 732), la de 18 de abril de ese año (G. J. Tomo XLVIII, páginas 40 y 41), la de 22 de agosto de 1940 (G. J. Tomo XLIX, páginas 483 y ss), la de 28 de septiembre del mismo año de 1940 (G. J. Tomo L, páginas 343 y ss.), la de 10 de julio de 1941 (G. J. Tomo LI, págs. 798 y ss.) y la de 24 de marzo de 1942 (G. J., tomo LIII, páginas 259 y ss.).

De lo expuesto se deduce, en suma, que si el cónyuge —marido o mujer— adquirente de un bien después del 31 de diciembre de 1932, lo enajena por sí solo antes de disolverse la sociedad conyugal, ejercita un derecho que la ley le confiere o atribuye.

Por tanto, no es admisible el cargo de violación de los artículos 1781 del C. C. y 1º de la ley 28 de 1932.

Del propio modo se encuentra inadmisible el de violación del artículo 7º de esta ley, en fuerza de las consideraciones precedentes, a las que se agrega que la liquidación provisional de que esta disposición habla es una facilidad que ofrece a los consortes, en quienes es potestativo aprovecharla o no; y no es en manera alguna un requisito necesario para la libre disposición de que con forzada insistencia tánto se ha hablado aquí comentando su art. 1º, tan repetidamente citado.

Claro es que cuando se aprovecha aquella facilidad se obtienen estas ventajas respecto de bienes que, siendo sociales cuando entró a regir la ley, al adjudicarse a tal o cual de los consortes quedan por ende en la administración exclusiva del respectivo adjudicatario y libre disposición del mismo; pero esto es muy distinto de lo concerniente a bienes adquiridos por uno solo de los consortes ya vigente la ley nueva, y no es, de otro lado, el problema del presente litigio, el cual versa sobre un bien que se halla en la situación de que acaba de hablarse.

El hecho de que en escrituras de obligación garantizada con hipoteca de la finca aquí discutida concurrieran ambos consortes y el de que a favor de ambos se extendiera la póliza de seguro, podrán significar que ellos espontáneamente así lo ofrecieron o que los acreedores así lo exigieron, o que ellos y la compañía de seguros entendieron que la casa era de

los dos cónyuges o que, siendo bien social, se necesitaba la concurrencia del marido, a pesar de haberla adquirido la mujer en la fecha ya citada; pero de ahí no se deduce que el sentenciador haya de tomar aquella supuesta opinión como pauta para decidir esta controversia y recurso.

Dando por sentado que el dicho de los testigos establezca de modo inconcuso que la señora Vernaza nada tenía cuando aparece comprando para sí, ello significaría que se endeudó con el dueño del dinero respectivo, y no que no comprara ella y no fuera ella el adquirente señalado en el instrumento de compra. Si, como reza la demanda de casación, ese dinero era de la sociedad conyugal y si la señora no se lo ha pagado, las acciones correspondientes a esta situación, extrañas del todo a este pleito, no son para ventilarlas aquí ni con terceros sino entre los dos cónyuges, cada uno por sí o por sus herederos en su caso, al liquidarse la sociedad conyugal.

No es, pues, admisible tampoco el cargo de violación de las disposiciones legales antedichas por error en la apreciación de las pruebas.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, no casa la sentencia pronunciada en este juicio el diez de septiembre de mil novecientos cuarenta y uno por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

Las costas del recurso son de cargo del recurrente.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

Isaías Cepeda. — José Miguel Arango. Liborio Escallón. — Ricardo Hinestrosa Daza.—Fulgencio Lequerica Vélez.—Hernán Salamanca. — Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

ACCION SOBRE MEJOR DERECHO A UNA HERENCIA

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, abril veintidós de mil novecientos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. José Miguel Arango)

Antecedentes

Ante el Juzgado Civil de Salazar se adelantaba la triple sucesión de Eusebio Rincón, su cónyuge Nicanora Cárdenas y Luis Rincón, hijo de este matrimonio. En dicho juicio fueron declarados como herederos de Eusebio Rincón, Nicanora Cárdenas, como hijos legítimos y hermano legítimo, Sabas, Félix, Chiquinquirá, Ovidio, Ernesto, y Vitalina Rincón.

Sin que hubiera terminado el juicio de sucesión, Fernando Acero Castro, en su carácter de cesionario de los derechos y acciones que le correspondan y puedan corresponder a Ovidio Rincón Cárdenas, en la triple sucesión de sus legítimos padres y de su hermano, estableció juicio civil ordinario para que mediante citación y con audiencia de Ernesto y Vitalina Rincón, aparentes herederos, se hicieran las siguientes declaraciones:

"1ª Que Vitalina Rincón y Ernesto Rincón, no son hijos legítimos ni legitimados de Nicanora Cárdenas de Rincón y Eusebio Rincón, y por lo mismo, no son llamados a la herencia de estos causantes, en virtud de existir como verdaderos hijos legítimos de los mismos señores, Sabas, Félix, Chinca y Ovidio Rincón Cárdenas del último de los cuales es subrogatario o causahabiente universal por cesión de su cuota el suscrito demandante.

"2ª Que Vitalina Rincón y Ernesto Rincón son solamente hijos naturales de María Nicanora Cárdenas, nacidos en su orden antes del matrimonio de esta señora con Eusebio Rincón, sin que éste por instrumento público, por acto testamentario ni en ninguna otra forma auténtica y legal, reconociera a los demandados Ernesto Rincón y Vitalina Rincón como hijos naturales suyos y sin que en ninguna de tales formas los hubieran legitimado los esposos Rincón Cárdenas en el acta de su matrimonio, ni posteriormente, y sin que tal fenómeno de la legitimación se hubiera efectuado en manera alguna o ipso jure.

"3ª Que la herencia de Eusebio Rincón, Nicanora Cárdenas de Rincón y Luis Rincón, corresponde exclusivamente a los descendientes legítimos de los dos primeros, con exclusión de los demandados y todo otro heredero que no tenga el mismo título.

"4ª Que Vitalina Rincón nació primero que Ernesto Rincón y ambos son hijos naturales o simplemente ilegítimos de María Nicanora Cárdenas habidos por ella, antes de su matrimonio canónico con Eusebio Rincón, celebrado el 4 de agosto de 1896.

"5ª Que pertenece en su integridad a la herencia de Eusebio Rincón y Nicanora Cárdenas de Rincón, la finca llamada 'La Vega', ubicada en 'Potreros', de la jurisdicción de Arboledas, que el causante Eusebio Rincón compró a Ernesto Rincón por la escritura número 541 de 12 de octubre de 1920, por los linderos en ella señalados.

"6ª Que los demandados deben pagar las costas judiciales y restituír lo que hayan percibido perteneciente a la herencia en virtud del carácter de herederos invocado por ellos sin serlo".

Agotada la tramitación de primera instancia, el juez del Circuito Civil de Salazar, decidió la controversia en sentencia de fecha 31 de julio de 1940, por la cual

absolvió a los demandados de todos los cargos de la demanda y ordenó se tomara nota de la parte resolutiva de ese fallo en el juicio de sucesión de Eusebio Rincón, María Nicanora Cárdenas de Rincón y Luis Rincón. No hubo condenación por costas.

Apeló de este proveído Fernando Acero Castro y tramitado el asunto en segunda instancia ante el Tribunal Superior de Pamplona, esta entidad, en proveído de 21 de julio de 1941, revocó el fallo de primera instancia y declaró:

"1º Que Ernesto y Vitalina Rincón no son hijos legítimos ni legitimados de Eusebio Rincón y María Nicanora Cárdenas de Rincón, ni por lo tanto hermanos legítimos de Luis Rincón Cárdenas;

"2º Que, en consecuencia, Ernesto y Vitalina Rincón quedan excluídos de la sucesión de los referidos causantes;

"3º Que pertenece a la sucesión de Eusebio Rincón el inmueble denominado 'La Vega' descrito en la demanda, y que este adquirió por compra hecha a Ernesto Rincón según la escritura pública número 541 otorgada en la notaría de Arboledas el 12 de octubre de 1920;

"4º Que Vitalina y Ernesto Rincón están obligados a devolver lo que hayan recibido a título de herederos en la sucesión de Eusebio Rincón, María Nicanora Cárdenas de Rincón y Luis Rincón Cárdenas;

"5º De esta sentencia se tomará nota en el juicio de sucesión de Eusebio Rincón, María Nicanora Cárdenas de Rincón y Luis Rincón Cárdenas, y

"6º Se condena a los demandados a pagar al actor las costas judiciales".

Recurso de casación

Los demandados interpusieron el correspondiente recurso de casación que les fue concedido, y aparejado en debida forma hoy se decide previas estas consideraciones.

El juez de la instancia libró el pleito a favor de los demandados, porque en primera instancia dejaron de acompañarse algunas pruebas esenciales para la decisión del punto controvertido, tales como las partidas de defunción de los cónyuges Eusebio Rincón y María Nicanora Cárdenas; las partidas de bautismo de Ovidio Rincón y la escritura número 32 de 7 de febrero de 1938, por la cual Ovidio Rincón vendió los derechos y acciones que le correspondieran en las sucesiones de sus padres y hermanos, al demandante Fernando Acero Castro, y otras, que el señor Juez relaciona en el cuerpo de su sentencia.

Estas deficiencias fueron subsanadas en segunda instancia, y el Tribunal basado en las partidas de bautismo de Vitalina y Ernesto Rincón y en que el nacimiento de éstos se efectuó antes del matrimonio de sus padres, consideró que no tenían la calidad de hijos legítimos. Además, como no aparece que sus padres hayan reconocido a estos hijos, ni por escritura pública ni por testamento, ni en el acta de matrimonio, no pueden considerarse tampoco como legítimos por no haber sido legitimados en ninguna de las formas que establece la ley.

En casación se le hacen al fallo estos reparos invocando el primero de los motivos señalados en el artículo 520 del Código Judicial: Violación de los artículos 223 y 248 del Código Civil y falta de apreciación de algunas pruebas, que en el estudio del recurso se irán precisando.

La violación de las disposiciones en cita, se hace consistir en que Fernando Acero Castro, cesionario de los derechos hereditarios de Ovidio Rincón Cárdenas, no tiene derecho para establecer la presente acción por carecer de interés actual ya que dejó pasar el término que la ley señala a los terceros para impugnar la ilegitimidad de un hijo (artículos 220 y 223 del Código Civil) y en concepto del recurrente ese interés actual surgió para el demandante, desde el momento en que quedó ejecutoriado el auto en que fueron declarados herederos en el juicio de sucesión de sus padres.

Para rebatir esta argumentación del recurrente basta observar que el demandante Acero Castro no pretende descono-

cer que Ernesto y Vitalina Rincón no sean hijos de Eusebio Rincón y María Nicanora Cárdenas. Con ese fin no se estableció la demanda. Ni la redacción de ésta en sus peticiones, ni los hechos en que se fundamenta, dan asa para considerar que el demandante solicitara de la justicia ordinaria la declaración de que Vitalina y Ernesto no fueran hijos de Eusebio Rincón y María Nicanora Cárdenas, que es en lo que consiste la impugnación de la paternidad, es decir que el hijo no ha podido tener por padre al marido, de acuerdo con las pertinentes disposiciones del Código Civil. Esa paternidad no la niega el demandante, lo que solicita es, que a pesar de ser hijos Ernesto y Vitalina Rincón de Eusebio del mismo apellido y María Nicanora Cárdenas, ellos no tienen el carácter de legítimos ni de legitimados por haber nacido antes del matrimonio de sus padres, sin que este matrimonio tuviera la virtud de legitimar a los hijos ipso jure, por no haber sido reconocidos como hijos naturales, ni habérseles concedido este beneficio por el acta de matrimonio o por escritura pública, pretensión ésta muy distinta de la impugnación de la paternidad.

Si el recurrente cree que la demanda instaurada por Acero Castro fue sobre la impugnación de la paternidad de Vitalina y Ernesto, la acusación en casación ha debido hacerse, desde este ángulo, por error de hecho en la interpretación de la demanda. Los sentenciadores de primero y segundo grado entendieron que la demanda era más bien sobre mejor derecho a la herencia que sobre impugnación de la paternidad, y situados en ese viso jurídico, la resolvieron de acuerdo con las disposiciones de la ley civil que dice qué personas tienen derecho a suceder en los bienes de una persona difunta. Entendido por los juzgadores que no se trataba de una acción de impugnación de la paternidad, los razonamientos del recurrente resultan baldíos mientras no se demuestre que la acción intentada fue la de impugnación, y este extremo no lo ha hecho valer ni lo ha probado el recurrente. Esto es suficiente para rechazar la acusación por la violación de los artículos de la ley civil señalados por el demandante en casación.

No sobra llamar la atención del recurrente a diversas jurisprudencias de la Sala de Casación sobre el alcance y valor de la declaración judicial que de herederos se haga en un juicio de sucesión, que así dicen:

"El carácter de heredero de una persona no se adquiere por la declaración judicial que se haga de ese carácter, sino por el hecho de la defunción del de cujus, que lo haya instituído tal, sin condición, o que por lazos de sangre se halla en caso de ser considerado heredero. El que promueve una acción, aduciendo su carácter de heredero legítimo, debe justificar ese hecho con las pruebas demostrativas de su parentesco con el difunto, que no son otras que las correspondientes actas del estado civil, o las pruebas supletorias de tales documentos. La declaración sumaria hay que respetarla mientras no se pruebe lo contrario, no tratándose de controversia en que se discute la calidad de heredero en competencia con herederos de mejor derecho como sería en acción de petición de herencia". (T. XXXI, página 347. T. XXIX, pág. 254. T. XLIX, pág. 554).

Los reparos que se le hacen al fallo del Tribunal de Pamplona por no haber considerado las pruebas contenidas en los instrumentos públicos que han actuado en el juicio, han de correr la misma suerte del cargo principal, es decir se rechazarán, porque con esas acusaciones pretende el recurrente comprobar que el demante Acero Castro dejó transcurrir el tracto señalado por la ley para la impugnación de la paternidad. Y ha de repetirse hasta el hostigo que en el presente juicio no se ha establecido una acción sobre impugnación de la paternidad.

Por todo lo anterior la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, FALLA:

1º No se infirma la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Pamplona de

fecha veintiuno de julio de mil novecientos cuarenta y uno.

2º Condénase al actor en las costas del recurso.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Isaías Cepeda. — José Miguel Arango. Liborio Escallón. — Ricardo Hinestrosa Daza.—Fulgencio Lequerica Vélez.—Hernán Salamanca. — Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

ACCION DE LIQUIDACION DE UNA SOCIEDAD

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, veinticuatro de abril de mil novecientos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Ricardo Hinestrosa Daza)

Los señores Germán Bravo, por sí, y Alberto Correa, como heredero del señor Horacio Correa, demandaron al señor Ricardo Holguín Arboleda a fin de que se le condene a liquidar la sociedad de hecho que el libelo precisa como se verá adelante, y a pagarles las cantidades también precisadas allí, así como los perjuicios causados por retenérselas y las costas del juicio.

Cursó la primera instancia en el Juzgado 5º Civil de este Circuito y la cerró el fallo de 2 de septiembre de 1940 decretando la liquidación y negando los demás pedimentos; y por apelación de ambas partes se surtió la segunda instancia ante el Tribunal Superior, cuyo fallo de 11 de julio de 1941 mantuvo esta negativa y reformó el del Juzgado negando también la súplica sobre liquidación. El apoderado de los demandantes interpuso casación contra esta sentencia, recurso que por estar tramitado debidamente aquí se decide.

Los antecedentes, siguiendo el relato del libelo, pueden resumirse así: varios contratos para conducción de correos nacionales se celebraron con el Gobierno por alguna de las personas prenombradas y en ocasiones, si no lo celebrró una de ellas personalmente, lo adquirió del contratista inicial; y para el desarrollo de ese negocio con el cumplimiento de las respectivas obligaciones y para el reparto de los emolumentos consiguientes, los señores Holguín, Bravo y Horacio Correa formaron una sociedad de hecho, la que comenzó el 19 de septiembre de 1925, fecha del documento privado que suscribieron ellos y las demás personas que allí figuran para el primero de los contratos aludidos, y duró hasta 1930.

El Juzgado analizó las pruebas pertinentes y de ahí dedujo que sí está demostrada la formación de la sociedad afirmada por los demandantes y, por ende, halló justificada la demanda de liquidación; y el Tribunal, por el contrario, la niega porque no encontró demostrado que hubiera tal sociedad sino sólo para el contrato atendido en el citado documento de 1925, y admite sobre ésta la afirmación del señor Holguín de que ella terminó por haber él reunido en sus manos las cuotas de todos sus consocios. De ahí que el Tribunal negase la demanda de liquidación. Cuanto a las súplicas restantes, él y el Juez estuvieron de acuerdo en que, teniendo como fuente las obligaciones respectivas la misma sociedad en mención, no hay lugar a decretar su pago, máxime no habiendo aducido los actores los comprobantes necesarios en ley al efecto.

El recurso

Se invocan los motivos 1º y 6º de los del artículo 520 del C. J.

Como es lo natural, debe ante todo estudiarse este último, puesto que cuando quiera que alegándose nulidad se pone en duda la firmeza de la actuación, lo procedente es establecer si efectivamente el proceso es inválido o si presenta terreno firme para nuevos trámites.

Dice la demanda de casación que ocurre nulidad, según el artículo 448 del C. J., por no haberse hecho una notificación personal al demandante. Pasa a verse cuál fue ella y qué dice esta disposición.

Su tenor en lo pertinente es este: "Son causas de nulidad en todos los juicios...

3º La falta de citación o emplazamiento en la forma legal de las personas que han debido ser llamadas al juicio".

Al presente fue citado y en él ha figurado el señor Holguín quien, por lo mismo, ningún reclamo ha formulado o podido formular porque su citación al juicio faltase. Conviene agregar que cuando la citación falta pero la persona respectiva ha figurado sin reclamo, no hay lugar a nulidad, según el artículo 450 de esa obra.

Lo dicho basta para rechazar el cargo por infundado.

A mayor abundamiento se anota que la notificación a que en casación se alude para atribuír a su falta la nulidad del proceso, es simplemente la que el Juzgado ordenó se hiciese al decretar como prueba pedida por los demandantes sobre exhibición de los libros de Holguín, la notificación personal que en la acción exhibitoria previene el artículo 299 de ese Código; y que, no habiendo los demandantes provisto a esa notificación, no surtiéndose ese incidente, no habiéndose exhibido consiguientemente los libros y no habiéndose podido realizar la inspección ocular y examen pericial de cuentas solicitados como pruebas por los actores, a esto condujo y a esto se redujo la falta de esa notificación.

No siendo ella para traer al juicio a dicho señor, sino para el fin de detalle probatorio antedicho, salta a la vista la improcedencia del cargo formulado dentro del motivo 6º de casación.

Ordenando los cargos formulados dentro del motivo 1º, se encuentran ante todo los siguientes, cuya prosperidad lleva a la Sala a no considerar los restantes, de acuerdo con los artículos 537 y 538 del C. J. Aquéllos son: violación de los artículos 2079 y 2083 del C. C., en relación con el 475 del C. Co., por error de derecho y manifiesto de hecho en la apreciación de las pruebas que el demandante señala y pasan a citarse.

Obra en autos la confesión del señor Holguín sobre la sociedad constituída al tenor del documento citado de septiembre de 1925, y el Tribunal la da por terminada ante la sola afirmación de Holguín en este sentido desprovista de toda prueba. Aceptar esta afirmación así y, de otro lado, no acoger ese documento, son errores de apreciación de estas pruebas que condujeron a desconocer la existencia de una sociedad de hecho y a negar la orden de su liquidación con quebranto de aquellas disposiciones.

Otro tanto ocurre con las posiciones absueltas por el mismo señor y con las cartas de él que originales obran en el expediente, así:

Formando los folios 1 a 5 del cuaderno 1º se halla la copia de las que absolvió en diciembre de 1932, en las que se trae a colación el tema, muy discutido entonces entre los interesados, por lo que se ve, de si entre Germán Bravo y Horacio Correa había habido o no sociedad. Interrogado Holguín sobre si había contratado con ellos para explotar los aludidos contratos de conducción de correos, dijo: "Asociación no hubo, aunque **sí celebramos negocios de cuentas en participación aislados**". Este calificativo, dado lo antedicho y el contexto de la pregunta respectiva y el texto de las demás respuestas, se refiere tanto a que Holguín no contrató con una sociedad que existiese entre Bravo y Correa, sino personalmente con éstos, cuanto a que la asociación de los tres no fue conjuntamente para todos los aludidos transportes de correos, sino para cada cual por separado.

En esas mismas posiciones, en las que afirma haber reunido en sus manos las cuotas de todos los asociados de septiembre de 1925, agrega: "**Después volví a ceder**, sin que mediara contrato ninguno, a Horacio Correa y a Germán Bravo **una participación** como remuneración de sus servicios".

Allí mismo al contestar la pregunta 9ª dice ser cierto lo que ésta afirma sobre que Holguín "admitió en el **contrato de asociación** la cláusula que dice que ninguno de los **socios** podrá cobrar honorarios por las funciones que desempeñe en favor de **la sociedad**".

En las posiciones absueltas por Holguín el 11 de julio de 1933 (Cuaderno 1º. fols. 9 y 10) la segunda pregunta dice: "Cómo es cierto que el absolvente se entendió tanto con Germán Bravo como con Horacio Correa para los efectos de celebrar licitación y acordar los medios de administrar esos contratos". Y contestó: "Es cierto. Me entendí con ellos como me entendí con varias otras personas; pero **eso no significa que me hubiera asociado a ellos sino en cuanto se refiere a los contratos que hayan existido,** y advierto que individualmente y no con Bravo & Correa".

Lo que en ese interrogatorio vino a figurar como pregunta tercera se refiere a que para entonces el señor Holguín había tenido por cosa de cinco años negocios con los señores Bravo y Correa en el ramo de correos nacionales en que estos dos estaban asociados entre sí; y Holguín respondió "es cierto" y agregó que estos señores negociaron con él individualmente, y que la sociedad de septiembre de 1925 se dividió en noventa acciones, así: treinta para cada uno de los señores Ricardo Holguín y Luis Calderón Tejada y diez para cada uno de los señores Bonifacio Vélez, Germán Bravo y Horacio Correa.

Allí mismo en la pregunta quinta se le interroga sobre si en los remates de las trasversales de Antioquia, del Atlántico, de Santander del Norte y de Boyacá fue Correa a las varias ciudades allí indicadas a organizar los servicios y hacer subcontratos con viáticos que Holguín le suministró por cuenta de la compañía o si fue Bravo el de esa actuación, y respondió: "Fue el señor Correa quien hizo esos viajes; pero no debe olvidar que se firmó un documento en el cual se estipuló que la dirección de los negocios estaría a mi cargo, que Correa se encargaría de organizar las líneas haciendo los viajes a que se refiere de acuerdo con las instrucciones que yo le impartiera, como en efecto le impartí, y que al señor Bravo sólo se le adscribieron las funciones de revisor. Al distribuír las funciones de cada cual me parece que lo que se tuvo en cuenta fueron las circunstancias y condiciones de cada uno".

En la pregunta octava se le interroga sobre si los negocios de correos los trataba con Bravo y con Correa, preferentemente con éste, y contestó: "Es cierto, los trataba en la generalidad de los casos para discutir detalles o la conveniencia o inconveniencia de contratar (sic) yo algunos contratos, lo cual no significa que al entenderme con el uno o el otro lo hicieran ellos como representantes de la sociedad Bravo & Correa".

Las cartas de Holguín que obran en autos y que detalladamente cita la demanda de casación en su cargo de error de apreciación de las pruebas se hallan originales formando los folios 6, 7, 46 y 47 del cuaderno 1º. En orden cronológico son de 20 de septiembre de 1929, de 8 del subsiguiente octubre, ambas dirigidas a Bravo, de 3 de diciembre de 1931 y de 27 de junio de 1932, dirigidas éstas al abogado de Bravo y de Correa. En ellas se encuentra lo siguiente: a Bravo le dice en la primera: "..... le reitero mi deseo de que usted **lo mismo que los otros socios,** se sirvan revisar los libros de contabilidad de los negocios de correos en que usted ha tenido participación, no sólo con el objeto de imponerse de la marcha de los negocios y del estado actual de las cuentas, sino también para que se sirva hacerme cualquiera indicación que le sugiera el estudio de dichas cuentas. Bien sabe usted que **dichos libros están y han estado siempre a la orden de los socios para su estudio y revisión".**

..... "Aprovecho esta ocasión para preguntar a usted si aprueba, **como han aprobado otros socios,** el que se siente una partida en los libros abonándome mis sueldos como administrador de cada correo a razón de $ 150 mensuales. No me he abonado dichos sueldos, aunque estoy autorizado por tres de los socios, por no haber tenido hasta ahora la autorización de usted".

En la de 8 de octubre le incluye un balance y liquidación del contrato de correos de Occidente vencido el 30 de mayo de 1929, y dice: "Al **repartir como dividendo** el saldo a mi cargo de $ 2954.60 y sentar

las partidas de liquidación, queda todavía un saldo repartible de $ 1606.87 que será distribuído cuando el señor Jesús Aguirre pague $ 1015.95 que resultan a su cargo". (Ha subrayado la Sala).

En la de 3 de diciembre dice al abogado de Correa & Bravo, entre otras cosas: "A dichos señores se les rindieron en tiempo oportuno sus cuentas, sin que hasta ahora hayan formulado un reclamo concreto. Lamento no estar de acuerdo con usted en la manera de apreciar la participación de aquellos señores en algunos negocios y creo que el error de usted consiste en creer que les correspondía como utilidad una suma fija mensual, siendo así que en mi concepto los negocios estaban sujetos a eventualidades"..... "Durante largo tiempo que tuve negocios con aquellos señores, ellos venían constantemente a mi oficina, intervenían en el manejo de fondos y arreglo de cuentas, examinaban los libros y hacían las observaciones pertinentes y tenían en mi oficina un empleado de su confianza que intervenía directamente en todos los negocios; durante todo ese tiempo no hubo ni la más pequeña diferencia; posteriormente, debido a desacuerdos entre los señores Bravo y Correa, no volvieron a mi oficina, pero todos los negocios continuaron marchando sin modificación....."

La última de dichas cartas, que es, como se vio, de 27 de junio de 1932, contiene la respuesta de Holguín a algunos reparos en las cuentas de los correos de Occidente, del Noroeste y del Norte. El señor Holguín agrega allí algunos reclamos, comenzando por recordar que no ha cobrado remuneración por los servicios de él y su hermano Jorge, "quienes durante los cuatro años — dice — estuvimos dedicados casi exclusivamente a la administración de estos negocios, los cuales fueron manejados en uno de los locales de mi casa de habitación. El local compañero estuvo arrendado durante ese tiempo a razón de $ 170 por mes".

En seguida se queja de no haber Bravo y Correa cumplido lo que pactaron sobre transporte de unos correos en el Norte, por lo cual caducó el subcontrato y se llegó a un pago de él por más de $ 4000, acerca de los cuales dice que se los debe en realidad "los socios del correo del Norte, lo mismo que algunas otras sumas que quedaron debiendo algunos subcontratistas". A estos respectos añade: "No he hecho el cobro de estas sumas a los antiguos socios por el temor de ver perdido cualquier esfuerzo que hiciera en tal sentido".

Allí también se lee: "Es de lamentarse que el señor Correa hubiera asumido una actitud muy en desacuerdo con la que en esta oficina se observó en toda época para con él, pues esto dio lugar a la pérdida de muy valiosos negocios de los cuales devengaba el mismo señor, sin mayor esfuerzo, crecidas utilidades".

Se han hecho estas trascripciones, en vez de extractar las piezas respectivas o citarlas y de aludir a su sentido, porque éste y el alcance de lo copiado se ven en las trascripciones en forma que consulta a la vez la fidelidad y la claridad.

Como se ve, son las palabras mismas del señor Holguín las que afirman la existencia de la sociedad de que fue gestor y cuya liquidación demandan sus socios. No se ha probado que a esta liquidación ya se procediese. A ella obligan disposiciones legales, tanto la del Código Civil relativa a una sociedad formada de hecho y que no puede subsistir como tal, ni como donación, ni como contrato alguno (artículo 2083), como la del de Comercio relativa a sociedad nula por no haberse llenado las formalidades debidas (artículo 475), caso que guarda con aquél completa analogía en lo atañedero a la obligación de liquidar. Al propio tiempo que la confirmación que esas aseveraciones del demandado dan a las de los demandantes sobre los hechos mencionados, demuestran la concurrencia de los elementos cuyo concurso produce un contrato de sociedad, ya a la luz de la definición contenida en el artículo 2079 de aquel Código en su inciso 1º, ya a la del artículo 2081 del mismo.

Y como el Tribunal no reconoció la situación acreditada en autos, incurriendo

en los errores de apreciación que le apunta el recurrente, y como de éstos se dedujo, por lo que acaba de decirse, el quebranto de estas disposiciones sustantivas, quebranto que es el motivo aducido en este recurso, es obvia la consecuencia legal de todo esto, o sea, la de que la sentencia recurrida debe casarse.

La que ha de reemplazarla tiene ya expuesta su motivación con lo hasta aquí dicho en relación con la existencia de la sociedad y pertinencia de la solicitud de que se liquide.

Cuanto a las restantes peticiones del libelo de demanda, se observa: ellas fueron negadas por el Juzgado y también por el Tribunal. Aquél dijo al respecto en su sentencia, después de despachar favorablemente la demanda de liquidación: "pero las otras nó, porque mientras no se haya liquidado la sociedad de hecho no puede haber saldo líquido, y sobre el cual pueda deducirse interés alguno". Y agrega: ".....las peticiones relacionadas con pago de cantidades determinadas son inconducentes y no pueden prosperar. Además, no se ha demostrado en forma legal que el señor Ricardo Holguín Arboleda deba o esté obligado a entregar las cantidades que se reclaman como retenidas por él. Y por tal motivo debe negarse la condenación a perjuicios....." "La condenación en costas en la primera instancia tampoco es aceptable, desde luego que varias peticiones del libelo tienen que ser negadas".

Refrendando estos conceptos el Juez aduce la jurisprudencia de los Tribunales condensada así: "Los miembros de una sociedad de hecho no pueden reclamar judicialmente el pago de un saldo determinado, porque la acción que la ley les concede no es otra que la de pedir la liquidación de las operaciones anteriores y la de sacar lo que hubieren aportado. Sin esa liquidación, el saldo por utilidades a favor de los socios es enteramente desconocido y mal puede por lo mismo demandarse su pago mientras la liquidación no lo demuestre de una manera cierta y segura, porque bien podría suceder que esa liquidación en vez de ganancias demostrase pérdidas".

El Tribunal llegó a su conclusión negativa, no ya porque la liquidación estuviese pendiente, sino por algo que ante su fallo es más decisivo, puesto que negó que hubiera siquiera sociedad por liquidar.

Por otra parte, si se objetara que las cantidades demandadas en las restantes súplicas del libelo como deuda líquida a cargo de Holguín por $ 7760 y $ 8820, respectivamente, para los demandantes por los contratos indicados como fuente de cada una, en el concepto de indebidamente retenidas por Holguín, se observa que, como deudas independientes de la sociedad y liquidación antedichas no pueden considerarse, en fuerza de los mismos términos de la demanda que, en su procedencia, la vinculan en relación de efecto y causa con los mismos contratos de conducción de correos que constituyeron el objeto de la sociedad. A que se agrega que, como anota el Tribunal, "en ninguna parte del expediente aparece prueba que obligue a tales declaraciones; ni Holguín se ha confesado deudor de lo que se le demanda, ni aparece prueba escrita legal y hábil que establezca lo contrario". En efecto: el proceso no arroja prueba de tales deudas líquidas a cargo de este señor y a favor de los demandantes, ni arroja prueba tampoco de la retención indebida que los demandantes aseveran.

Lo dicho indica que debe dejarse en pie del todo la sentencia de primera instancia que decretó el pedimento de liquidación y negó los restantes; e indica así mismo que, habiendo mantenido la de segunda instancia aquella negativa y reformado la del Juez sólo para negar la liquidación, el fallo del Tribunal, que ha de casarse como ya se vio, ha de conservarse, sin embargo, en cuanto negó lo que el Juez había negado. En otras palabras, la casación ha de ser sólo en parte.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la

República de Colombia y por autoridad de la ley, casa parcialmente la sentencia recurrida, o sea, la pronunciada en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el once de julio de mil novecientos cuarenta y uno, y confirma en todas sus partes la de primera instancia, esto es, la pronunciada por el Juzgado 5º Civil de este Circuito el dos de septiembre de mil novecientos cuarenta.

Sin costas en las instancias ni en el recurso.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

Isaías Cepeda — José Miguel Arango— Liborio Escallón — Ricardo Hinestrosa Daza — Fulgencio Lequerica Vélez—Hernán Salamanca — Pedro León Rincón. Srio. en ppd.

ACCION PETITORIA DE PAGO DE PERJUICIOS — TRANSACCION

Por el fenómeno de la transacción se verifica no sólo un desplazamiento sino una situación o modificación del pacto primitivo en virtud del nuevo acordado por los contratantes, y entonces las relaciones jurídicas entre éstos, lo mismo que todas las consecuencias que emanan de ellas, son regidas por el nuevo convenio en lo que sustituye al anterior. Y no solamente tiene la transacción, entre otros, el carácter y la naturaleza de que se ha hecho mérito, sino especialísimo y de excepción, o sea, el de producir el efecto de la cosa juzgada, por lo mismo que con ella terminan un litigio las partes o evitan un pleito. (Artículo 2483, C. C.) — 2. La sentencia ejecutoriada sobre el modo de cumplir un contrato y la transacción que las partes hagan al respecto tienen la misma fuerza, aunque procedan de fuentes distintas. En el primer caso, es el imperio del juez, que teniendo a la vista el contrato y estudiándolo, falla según las normas de derecho, sin poder apartarse de lo estipulado por las partes. En el segundo, la voluntad contractual movida por el deseo de prevenir o poner fin a un litigio, cede en sus pretensiones y modifica el pacto primitivo. Cuando la transacción se verifica dentro del pleito produce no sólo el efecto de variar y hasta eliminar los términos de la demanda y la misma naturaleza de la acción incoada, sino también de impedir al juzgador el fallo sobre lo que fue transigido. En esta última parte el efecto de la transacción es el mismo del desistimiento judicial. Lógicamente resulta entonces que todas las peticiones derivadas de una demanda, por la ejecución, cumplimiento o incumplimiento de un contrato, cuando se ha verificado la transacción quedan afectadas en la misma forma en que lo ha sido el objeto principal del convenio de transacción.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación en lo Civil — Bogotá, abril veinticinco de mil novecientos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente: **doctor Liborio Escallón**).

Según consta de la escritura pública 3290 de la Notaría Segunda de Bogotá, otorgada el 30 de noviembre de 1935, Bernardo González Bernal vendió a Raúl Salazar un lote de terreno y sus accesorios, lote de una cabida de 500 varas cuadradas, situado en el barrio de Las Cruces, marcado con el número 2-70 de la carrera 7ª y determinado por los linderos determinados en el instrumento. La porción de terreno objeto de la venta hace parte de otra de mayor extensión, de propiedad del expresado González Bernal de la cual debía segregarse en la forma convenida en la cláusula tercera de la escritura, en la cual se fijó el modo de contar o medir la cabida.

En la cláusula octava se estipuló que el comprador quedaba obligado a levantar por su cuenta, dentro del plazo de un año, las paredes medianeras que habrían de separar los predios del vendedor y del comprador, quien quedó autorizado para efectuar las demoliciones necesarias a efecto de llevar a término la construcción de las paredes medianeras, sobre las cua-

les, según se pactó, podría cargar edificaciones el vendedor González Bernal.

Surgieron discrepancias entre comprador y vendedor en el modo o forma del señalamiento de los ángulos que fijen las líneas divisorias sobre el terreno, por lo cual Salazar estableció la presente acción contra González, advirtiendo que el vendedor le hizo la entrega material de la porción que le enajenó, pero que no cumplió con la obligación de separarla de la parte que se reservaba para sí mediante el señalamiento sobre el terreno de los ángulos y líneas de separación entre lo vendido y lo que se reservaba, por lo cual, según el demandante Salazar, la entrega al comprador quedó incompleta.

Sobre estos antecedentes Salazar demandó a González Bernal para que, previa la tramitación de un juicio ordinario, se declare: 1º que el demandado está obligado a señalarle al demandante los ángulos y fijarle las líneas divisorias sobre el terreno de un lote que tenga un área de 500 varas caudradas, que tenga las dimensiones y especificaciones de que trata la escritura pública 3290 ya citada. Al respecto se expresa así: "Las estipulaciones de la escritura de donde se deben sacar las dimensiones de las líneas se encuentran especialmente en la cláusula tercera de la escritura y según ellas el lote debe ser un polígono de forma rectangular, dado que sus lados deben ser perpendiculares y paralelos entre sí, teniendo como base una linea de 45 y ½ varas y por una altura de 11 varas. 2º Que se señale término al demandado dentro del cual deba hacer el señalamiento de los ángulos y fijación de las líneas para proceder a hacer el encerramiento de dicho lote conforme está obligado a hacerlo, en la misma escritura. 3º Que se le condene a pagarle todos los perjuicios que le ha ocasionado por no haberle señalado los ángulos y trazado las líneas divisorias del lote comprado por el demandante, puesto que a causa de esa indeterminación de puntos de separación no ha podido el actor hacer las construcciones proyectadas para las cuales adquirió el lote".

Salazar estimó los perjuicios por el incumplimiento de González, hasta la fecha de la demanda en $ 2,000 y de esa fecha en adelante en $ 150 mensuales por cada mes que pase sin que haya hecho el señalamiento y trazado de las líneas, o en la suma que fijen peritos. Demandó además condenación en las costas del juicio.

González Bernal oportunamente contrademandó a Salazar para que fuera éste condenado a pagarle perjuicios por el incumplimiento de lo pactado en la cláusula octava de la escritura 3290 mencionada, por cuanto el contrademandado no levantó las paredes medianeras a que estaba obligado, según la precitada cláusula y estimó los perjuicios, por ese incumplimiento a razón de $ 200.00 mensuales desde el primero de diciembre de 1936, en que quedó constituído en mora, hasta el día en que cumpla con su obligación. En subsidio manifestó que se atenía al respecto, al dictamen pericial. Demandó, así mismo, la condenación a $ 300.00 a que fue condenado Salazar por el Tribunal Superior de Bogotá en las diligencias ejecutivas que el contrademandado adelantó contra el demandante, por el mismo concepto a que se refiere la demanda principal. Solicitó por último la condenación en costas.

Durante la tramitación de la primera instancia y en la diligencia de inspección ocular practicada el 13 de octubre de 1938 por el **Juez a quo**, se llegó entre las partes a una transacción y en virtud de ella los ingenieros que fueron designados como peritos para la práctica de la prueba, procedieron a localizar los cuatro vértices que sirven para fijar las líneas de demarcación y al efecto los fijaron sobre el terreno colocando las correspondientes señales.

En tal virtud, y ante el fenómeno jurídico de que se acaba de hacer mérito, el Juez de primera instancia, en sentencia de 25 de agosto de 1939, resolvió que no era el caso de declarar que el demandado está obligado a señalar los ángulos y fijar las líneas divisorias a que se refiere la primera petición de la demanda, por cuanto esta

obligación está ya cumplida. Por la misma razón decidió que no era el caso de fijar plazo para hacer el señalamiento de los ángulos y fijación de las líneas. Condenó al demandado González Bernal a pagar a Salazar los perjuicios ocasionados por el hecho de haber retardado la entrega material del predio vendido, consistente ese retardo y esa falta de entrega en no haber fijado los ángulos y trazado las respectivas líneas divisorias. Declaró que en los perjuicios se comprenden los ocasionados en el lapso que corre entre el 13 de noviembre de 1935 hasta el 13 de octubre de 1938, y que deben ser fijados con arreglo a lo dispuesto por el artículo 553 del C. Judicial. Por último absolvió al contrademandado Raúl Salazar de los cargos formulados contra él, por González, en la demanda de reconvención.

El fallo fue apelado por González Bernal y el Tribunal Superior de Bogotá en sentencia de 19 de abril de 1941 resolvió así el litigio:

1º Es válido y produce efectos legales el acuerdo transaccional suscrito por las partes el 13 de octubre de 1938 respecto de las acciones conexas de que se habla en la parte motiva. 2º En consecuencia es nula la actuación posterior del juicio referente a las mismas acciones, por falta de jurisdicción, nulidad de que son responsables el Juez y las partes por mitad. 3º Es nula también la sentencia apelada en los puntos 3º, 4º 5º y parte del 6º de la parte resolutiva. 4º Se confirma la sentencia en cuanto absuelve al demandante de los cargos de la segunda petición de la demanda de reconvención y por último las partes quedan indemnes respecto de las acciones que puedan derivar de hechos o causas posteriores a la transacción.

Ambas partes interpusieron casación y preparado debidamente el recurso pasa a decidirse:

El fallador de Bogotá, después de referirse a la transacción celebrada entre las partes, el 13 de octubre de 1938, se expresa así: "Y no cabe duda de que las dos partes litigantes en este juicio terminaron dentro de la antedicha diligencia la cuestión relacionada con el señalamiento de ángulos y fijación de líneas divisorias, planteada en las dos primeras súplicas de la demanda principal.

El artículo 2483 agrega que la transacción produce el efecto de cosa juzgada en última instancia, entre los contratantes (artículo 2484). Y el 473 del Código de Procedimiento Civil dispone que la **cosa juzgada** "hace absolutamente nula cualquier decisión posterior que le sea contraria, pronunciada en el mismo asunto y entre las mismas partes", bajo la salvedad o excepción que consagra el aparte segundo del mismo texto procedimental y que no es pertinente en este caso.

Ante textos legales tan claros y terminantes huelga todo comentario tendiente a demostrar que la controversia o litigio principal, pendiente entre el señor Raúl Salazar y el señor Bernardo González Bernal y relativa a sus diferencias por razón de los linderos del lote a que se refiere la escritura pública número 3290 ya conocida, quedó fenecida sin ulterior recurso en la diligencia que se cita de 13 de octubre de 1938.

Por ello, la Sala no encuentra razón legal que justifique la prosecución de la causa y su decisión judicial en primera instancia, en cuanto la materia controvertida haya sido objeto de esa transacción. Al contrario, según el artículo 146, ordinal tercero (3º), del Código Judicial, la jurisdicción se **pierde:**

"Por la terminación del juicio, diligencia, recurso o comisión". Y al tenor del artículo 148 **ibídem,** los Jueces de instancia usurpan jurisdicción "cuando hacen revivir procesos legalmente concluídos".

La falta de jurisdicción en el juzgador se traduce en **nulidad** de la correspondiente actuación, conforme a la regla primera (1ª) del artículo 448 del C. J., y en el presente caso ella es improrrogable e insusceptible de ratificación, al tenor del mandato imperativo del artículo 473 del Código Judicial.

No obstante, como a las peticiones **primera** (1ª) y **segunda** (2ª) de la demanda principal, que versan sobre las obligacio-

nes de hacer demandadas del vendedor, acumuló el señor Salazar una acción de perjuicios contra el mismo vendedor, y a ésta, respondió el demandado señor González Bernal con otra acción de perjuicios contra el comprador, y todas esas acciones derivan de la misma fuente, era necesario que el juzgador de primer grado examinara si estas acciones, conexas con la otra, también quedaron definitivamente resueltas en el convenio de transacción de 13 de octubre de 1938, antes de proceder a fallarlas, como lo hizo en la sentencia apelada.

A la Sala toca hoy dicho examen previo, porque si se opta por la afirmativa, es de elemental evidencia que toda la actuación del pleito, relacionada con las acciones conexas y desarrollada con posterioridad a la transacción, se halla afectada de nulidad por falta de jurisdicción".

Como corolario de lo anterior llegó a la siguiente conclusión: "En resumen: debe anularse todo lo actuado en este juicio sobre la demanda principal y la de reconvención, con excepción de lo relativo a la segunda petición de la contrademanda, a partir de la fecha de la transacción —13 de octubre de 1938— en adelante; debe confirmarse la absolución del demandante de los cargos que le deduce dicha segunda petición de reconvención; no hay lugar a costas del juicio a cargo de ninguna de las partes. La nulidad de la actuación comprende naturalmente la sentencia apelada de veinticinco de agosto de mil novecientos treinta y nueve, con la excepción anotada, y todo esto es consecuencia de la validez y eficacia del contrato de transacción procesal ocurrido el 1º de octubre de 1938".

Las partes recurrentes no disputan ante la Corte lo relativo a la determinación de los ángulos y a la fijación de las líneas, por cuanto ese hecho está realizado y cumplido. La disputa consiste en que no obstante el arreglo, Salazar pide que González le pague los perjuicios por la fijación de esos ángulos y líneas desde el 30 de noviembre de 1935 hasta el 13 de octubre de 1938 fecha del arreglo. Salazar, por lo tanto, sostiene la sentencia de primer grado, que en su concepto es la que debe primar, casando el fallo recurrido.

González Bernal a su turno impetra la reforma y por ende casación parcial del fallo, para que Salazar sea condenado a pagarle los perjuicios por no haber levantado las paredes medianeras, perjuicios que deben comprender el lapso corrido desde el 1º de diciembre de 1936 hasta el día en que el contrademandado levante las paredes.

Ambos recursos están enfocados sobre esas pretensiones, de modo que las dos primeras peticiones de la demanda principal están fuera del debate.

Hace el recurrente demandante seis cargos a la sentencia, cuatro de los cuales, fundados en la causal primera del artículo 520 del C. Judicial deben estudiarse conjuntamente porque se refieren a un mismo punto, enfocan una misma cuestión.

Dichos cargos son: a) violación del artículo 1610 del C. Civil por no aplicación de esa norma, por cuanto ésta dispone que debe pagar perjuicios quien está en mora de ejecutar un hecho o de cumplir un contrato; b) aplicación indebida de las disposiciones sobre transacción y especialmente del artículo 2483 del C. Civil por haberle dado al arreglo celebrado entre las partes durante el juicio un alcance que no tiene; c) error de derecho por cuanto el Tribunal le dio a la transacción una extensión que no tiene y d) error de hecho consistente en que el Tribunal estimó que la transacción fue total, con lo cual privó de un derecho al demandante o sea el de que se le reconozcan perjuicios.

La Corte considera: En el acta de inspección ocular mencionada se lee lo siguiente: "a continuación las dos partes interesadas en este juicio convinieron en transigir la diferencia que entre ellas se ha presentado, a insinuación amigable del doctor Rodríguez Peña, respecto a la determinación del punto de donde han de partir las once varas del costado oriental del lote que fue objeto de la venta; y convinieron al efecto, en que dicho pun-

to se determinaría colocando la correspondiente estaca once varas nueve centímetros contados desde el punto del eje de la pared medianera donde terminan las cuarenta y cinco varas y media del lindero sur.

González Bernal deja constancia de que los nueve centímetros que cede corresponden a la mitad de la mitad del grueso de la pared medianera, partiendo así la diferencia; y que al aceptar la transacción anterior lo hace con el fin exclusivo de evitarse que continúen los perjuicios que hasta la fecha se le han venido ocasionando por la no construcción de las paredes a que está obligado el señor Salazar, de acuerdo con la escritura. Saldada así la anterior diferencia los señores ingenieros procedieron a localizar los cuatro vértices que sirven para fijar las líneas de demarcación y al efecto los fijaron sobre el terreno colocando las correspondientes señales". Esta diligencia en la cual no hay ninguna constancia que contradiga la dejada por el señor González Bernal, fue firmada, por éste, por el demandante Salazar, por su apoderado, que es hoy el recurrente, por el Juez, los tres ingenieros y el Secretario.

En las controversias suscitadas por el cumplimiento o interpretación de un acto o contrato pueden distinguirse tres situaciones: La llamada judicial, o por vía de imperio en que las partes someten las divergencias a la resolución judicial. La arbitral, en que las partes se someten a la decisión de arbitradores, para que éstos fallen las controversias que hayan ocurrido entre ellas y la denominada transacción, en que las partes precaven un litigio eventual, cuando han ocurrido a la justicia, como es obvio, o ponen fin a uno pendiente, durante la prosecución del pleito.

En el primer caso la sentencia liga a las partes entre sí, y la resolución es para ellas la ley. En el segundo sucede lo mismo, cuando los arbitradores fallan de acuerdo con los factores acordados por los que han sometido la controversia a la decisión de aquéllos y en el tercero el vínculo jurídico se crea por la voluntad de las partes al celebrar el contrato de transacción. Cuando esto último resulta la ley primitiva del contrato no es la que generalmente determina el cumplimiento y modo de él sino que las partes modifican el primer pacto por otro, sin variar el objeto del contrato sino más bien acordando un nuevo modo de ejecutarlo o cumplirlo, cediendo cada una de sus primitivas pretensiones o puntos de vista. Existe, pues, o se verifica, por el fenómeno de la transacción, como observan los doctrinantes, no sólo un desplazamiento sino una situación o modificación del pacto primitivo en virtud del nuevo acordado por los contratantes y entonces las relaciones jurídicas entre éstos, lo mismo que todas las consecuencias que emanan de ellas, son reglas por el nuevo convenio en lo que sustituye al anterior.

Y no solamente tiene la transacción, entre otros, el carácter y naturaleza de que se ha hecho mérito, sino especialísimo y de excepción o sea el de producir el efecto de la cosa juzgada, por lo mismo que con ella terminan un litigio las partes o evitan un pleito. Este principio que caracteriza el contrato de transacción, elevado a la categoría de norma positiva en todas las legislaciones, es el artículo 2483 del C. Civil.

La sentencia ejecutoriada sobre el modo de cumplir un contrato y la transacción que las partes hagan al respecto tiene la misma fuerza, aunque procedan de fuentes distintas. En el primer caso, es el imperio del Juez, que teniendo a la vista y estudiando el contrato, falla según las normas de derecho, sin poder apartarse de lo estipulado por las partes. En el segundo caso, la voluntad contractual movida por el deseo de prevenir o poner fin a un litigio, cede en sus pretensiones y modifica el pacto primitivo.

Cuando la transacción se verifica dentro del pleito produce no sólo el efecto de variar y hasta eliminar los términos de la demanda y la misma naturaleza de la acción incoada, sino también de impedir al juzgador el fallo sobre lo que fue

transigido. En esta última parte el efecto de la transacción es el mismo del desistimiento judicial.

Lógicamente resulta entonces que todas las peticiones derivadas de una demanda, por la ejecución, cumplimiento o incumplimiento de un contrato, cuando se ha verificado la transacción, quedan afectadas en la misma forma en que lo ha sido el objeto principal del convenio de transacción.

En el caso de autos resulta esto: Hubo discrepancias entre González Bernal y Salazar respecto de la fijación de los ángulos y localización de las líneas del lote vendido por aquél a éste, no obstante que en la cláusula tercera de la escritura 3290 se fijó el modo de proceder al respecto. Las partes, durante el curso del litigio y en la inspección ocular de que se ha hecho mérito, llegaron a una transacción sobre el particular, lo cual no puede revocarse a duda, ni puede ser ahora, en el recurso, materia de contradicción, porque además de que bien claro se expresó ese fenómeno el día de la inspección y de que los peritos, de acuerdo con la transacción, fijaron los ángulos y las líneas, el demandante Salazar nada objetó al respecto.

Se produjo entonces el fenómeno jurídico de que se ha hablado anteriormente, o sea que las partes apartándose de la estipulación contractual a que se refiere la cláusula tercera de la escritura 3290, la sustituyeron por otra, la acordada el día de la inspección, que produjo como resultado la fijación de los ángulos y determinación de las líneas de acuerdo con el segundo pacto, y no con el primero. La ley primitiva del contrato, fue modificada por los contratantes.

La fijación o determinación de la línea pactada en la transacción, necesariamente influía sobre la determinación de las líneas por donde deben ir las paredes medianeras que deben encerrar el lote comprado por Salazar, luégo esas líneas no podían ser matemáticamente las mismas que resultarían al cumplirse lo pactado en la cláusula tercera de la ya citada escritura 3290.

Sí, pues, Salazar demandó perjuicios a González Bernal en el concepto de que la línea debía ser la determinada en la cláusula tercera y si esa línea fue variada por la transacción, es claro que Salazar perdió el derecho que pudiera tener para pedir perjuicios a González Bernal, sobre la base de que éste no cumplió su obligación derivada de la citada cláusula tercera, porque esa estipulación fue sustituída por el pacto de transacción. Y para ver lo imposible de la conclusión contraria, basta considerar que sería absurdo condenar a González Bernal por no haber determinado unos ángulos o fijado unas líneas que en virtud de la transacción no pueden ser idénticas, matemáticamente consideradas, a las que en principio se estipularon y sobre las cuales recaen las peticiones de la demanda.

Hace ver esto, como ya se dijo, que la transacción sobre el modo de ejecutar el contrato, vino a refluír sobre la petición de perjuicios, tal como fue incoada en la demanda.

La acción de perjuicios establecida por Salazar contra González, es conexa y subordinada a la acción principal que intentó, la de señalamiento de los ángulos y de las líneas y fijación del plazo para esta obligación de hacer. Desaparecida esa acción en la forma impetrada, y transigido el asunto sobre lo principal, refluyó la transacción sobre la acción subordinada y conexa.

El objeto del contrato no varió por la transacción ni la disputa se suscitó por la cabida sino por el modo de tomar unas medidas para tomar ángulos y líneas, es decir, sobre la ejecución del contrato que en definitiva, por acuerdo de las partes, vino a quedar modificado con la nueva fijación.

"La identidad del objeto sobre que se quiere transigir, en una transacción sobre linderos, no se afecta por la determinación de los linderos en los puntos disputados. La transacción nace siempre de conceptos encontrados y de duda sobre la

naturaleza y extensión de los derechos que tenga cada uno de las que la pacten", ha dicho la Corte (sentencia de 26 de junio de 1911, Tomo XIX, página 366 de la **Gaceta Judicial**). Esta doctrina, que es la misma sostenida al respecto por los modernos expositores, es pertinente a este caso, por cuanto los conceptos encontrados de las partes impidieron la ejecución del contrato desde el principio, y no fue sino en virtud de la transacción de que se ha hecho mérito, como pudo ejecutarse el pacto, de acuerdo con lo nuevamente estipulado.

Consideradas así las cosas y teniendo en cuenta las demás características de la transacción, a que se refiere el Tribunal, en los apartes transcritos, y que son exactos, se concluye que desde el punto de vista de los principios jurídicos, el fallador de Bogotá no pudo haber incidido en error al considerar la transacción verificada entre González Bernal y Salazar, como la consideró y al darle los efectos y alcance que les dio en su fallo.

Pasando ahora a los cargos concretos del recurrente Salazar, se tiene lo siguiente: No hubo violación del artículo 1610 del C. Civil, porque el sentenciador no sostiene en el fallo que la mora en un contrato no dé lugar a indemnización de perjuicios. El Tribunal no los dedujo en la sentencia porque habiendo las partes transigido, y habiendo quedado eliminada la petición principal, la subordinada tenía que seguir la misma suerte, y tampoco hubo violación de los artículos 1618 y 1619 del mismo Código, por la misma razón que acaba de expresarse o sea por los efectos jurídicos que produjo la transacción. Por este mismo motivo tampoco violó el fallador, por aplicación indebida, el artículo 2483 del C. Civil. Tampoco encuentra la Corte error de hecho o de derecho por cuanto si se trata de éste, ya se vio cuáles son los efectos de la transacción respecto de las acciones subordinadas, como la de perjuicios, y respecto del primero, el Tribunal interpretó la transacción dándole las consecuencias jurídicas del caso que son ya las expresadas.

El cargo que hace el recurrente de no estar la sentencia en consonancia con las pretensiones de las partes, no es válido, por ésto: Desde que hubo transacción, el fallador no podía decidir de acuerdo con los términos de la demanda y si el cargo consiste en que no hubo condenación a perjuicios, tampoco es válido, porque ya se vio y se explicó por qué esa acción subordinada no podía prosperar.

Tampoco es válido el último cargo de la demanda apoyado en el numeral 3º del artículo 520 del C. Judicial, o sea el de contener la sentencia, en su parte resolutiva, declaraciones o disposiciones contradictorias. El recurrente se expresa así: "Se contradice la sentencia, cuando declara nula la sentencia del señor Juez del Circuito y anula todo lo actuado y después confirma la sentencia del mismo Juez, en cuanto resolvió el punto segundo de las peticiones de la contrademanda, costas procesales que no había definido y era necesario definir".

Observa la Corte: No existen las contradicciones a que se refiere el recurrente. En la parte resolutiva no existe ninguna contradicción, no hay declaraciones contradictorias.

En efecto: el fallador de Bogotá declaró nula la sentencia apelada no total sino parcialmente. La nulidad recayó en cuanto el Juez de primera instancia dedujo la acción de perjuicios contra Bernal y absolvió de éstos a Salazar, perjuicios que en la contrademanda había pedido González Bernal. Este, además, acumuló una acción distinta en su contrademanda contra Salazar, o sea la que se condenara a éste a pagarle el valor de unas costas a que había sido condenado en un juicio distinto. El Juez **a quo** estimó improcedente esa acción, que nada tiene que ver en realidad con la principal incoada en este pleito ni con la petición primera de la contrademanda y el Tribunal confirmó esa resolución.

Teniendo en cuenta ésto, es preciso rechazar el cargo.

El demandado González Bernal acusa la sentencia invocando el numeral primero

del artículo 520 y señala como violados los artículos 146, numeral 3º del C. Judicial, el numeral 1º del artículo 448 y el artículo 473 de la misma obra y, además, los artículos 2469, 2483, 2485 y 1610 del C. Civil.

Toda la intención de este recurrente es la que sigue: que si bien el demandado González Bernal debe ser absuelto de los perjuicios que le deduce Salazar, éste debe ser condenado a los perjuicios que en la contrademanda le deduce González.

La refutación de los cargos de este recurrente sería una repetición de todo lo anterior, o sea, de las consecuencias y efectos jurídicos de una transacción. Si en virtud de ella González Bernal no puede ser condenado en perjuicios, es lógico entonces deducir la misma conclusión respecto de Salazar. Además, éste no podía levantar las paredes que encerraban su lote sin que antes se hubieran determinado los ángulos y líneas y esa determinación no vino a ser posible sino el día de la transacción acordada entre las partes y ese encerramiento, como es obvio, quedó condicionado al modo como las partes resolvieron sus diferencias al respecto, de modo que en la práctica hace que las líneas de encerramiento, no sean matemáticamente las mismas que las que hubieran sido de acuerdo con el pacto primitivo, o sea si la transacción no se hubiera verificado.

Los cargos, pues, de este recurrente, deben seguir la suerte de los del recurrente demandante.

De acuerdo con todo lo que se ha expresado, y con la misma tesis del Tribunal, ya transcrita en este fallo, técnicamente la parte resolutiva de la sentencia hubiera debido limitarse a declarar que en virtud de la transacción verificada entre Salazar y González Bernal, no había materia para el fallo.

Mas teniendo en cuenta las pretensiones de los recurrentes a las cuales se refirió ya la Corte, la parte resolutiva debe quedar intocada por efecto de la forma en que ha quedado delimitada la jurisdicción de la Sala por los términos en que planteó el problema en la demanda fundamental del recurso. Es cuestión de lógica, aun cuando prácticamente los efectos del fallo que hoy se confirma serían los mismos ante una resolución ajustada a la técnica.

En virtud de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación en lo Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia recurrida.

Sin costas por haber recurrido ambas partes.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la **Gaceta Judicial** y devuélvase el expediente al Tribunal de su origen.

Isaías Cepeda — José Miguel Arango. Liborio Escallón—Ricardo Hinestro Daza. Fulgencio Lequerica Vélez—Hernán Salamanca—Pedro León Rincón, Secretario en propiedad.

ACCION DE NULIDAD DE UN TESTAMENTO CERRADO. — APRECIACION DE LA PRUEBA TESTIMONIAL

1.—La jurisprudencia, en lo tocante a la validez y eficacia o a la nulidad de los testamentos, se orienta cada día más hacia un criterio de amplitud, en el sentido de proteger el consentimiento del testador en cuanto no se oponga a disposiciones expresas de la ley, y el mismo legislador ha atenuado el rigor de los antiguos principios, a fin de rodear de mayores garantías el respeto y el cumplimiento de la voluntad de aquél, para hacer más efectiva la libertad de testar. Como ejemplo de ello puede citarse el artículo 11 de la Ley 95 de 1890, que modificó los artículos 1073, 1080 y 1081 del C. C. en el sentido indicado.—2.—Si un Tribunal, en presencia de testimonios contradictorios que no permiten sacar una conclusión evidente en un sentido o en otro, se halla perplejo o en duda, debe prescindir de la prueba testimonial, por ser ineficaz en este caso, y absolver, con estricta aplicación de lo ordenado en los artículos 601 y 702 del C. J.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, veintinueve de abril de mil novecientos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Isaías Cepeda)

El recurso de casación que va a decidirse tiene los siguientes antecedentes:

El 11 de junio de 1934 el señor Arcadio Santacruz otorgó su testamento cerrado, el cual presentó con las formalidades legales al Notario del Circuito del Espinal el 19 del propio mes, como se hizo constar en la escritura número 129.

Según aparece del mencionado testamento, el señor Santacruz dispuso de sus bienes así: dejó un legado de $ 500 a la señora Ana Polonia Reyes de Santacruz y otro también de $ 500 a la señora Zoila Santacruz de Mesa; legó a la señora Adelaida Santacruz viuda de Reyes, de por vida, el usufructo de todos sus bienes raíces, usufructo que se consolidará con la nuda propiedad al morir la legataria, e instituyó como su único heredero universal al señor Aníbal Santacruz L., a quien nombró albacea con la tenencia y administración de los bienes.

Tres días después de otorgado el testamento murió el causante, señor Arcadio Santacruz, y el 14 de agosto del mismo año de 1934 murió el señor Aníbal Santacruz, instituído heredero de aquél. A Aníbal lo heredó su madre natural, Carmen León, con quien se ha seguido el presente juicio.

El 13 de octubre de 1934 los señores Adelaida Santacruz de Reyes, Rita Santacruz de Núñez, Zoila Santacruz de Mesa y Luis Santacruz E., demandaron, por medio de apoderado, ante el Juez del Circuito del Espinal, a la señora Carmen León y pidieron que, previos los trámites de un juicio ordinario, se hicieran por sentencia definitiva las siguientes declaraciones:

"Primera—Que es nulo, de nulidad absoluta, el testamento cerrado que otorgó el señor Arcadio Santacruz ante el Notario del Circuito del Espinal y los testigos señores José Ignacio Varón C., Luis Felipe Rodríguez U., Eladio María Díaz C., Pedro Campos y Nicolás Carvajal P., por medio del instrumento público número ciento veintinueve (129), de fecha diez y nueve (19) de junio de 1934, testamento que una vez cumplidas las formalidades legales de su apertura y publicación fue protocolizado en la misma Notaría del Cir-

cuito del Espinal con fecha nueve (9) de julio del propio año de mil novecientos treinta y cuatro (1934), bajo el número ciento cuarenta y dos (142), por cuanto el expresado señor Santacruz no podía otorgar testamento cerrado;

Segunda—Que, como consecuencia de la anterior declaración, la herencia del expresado causante Arcadio Santacruz debe liquidarse y distribuírse de acuerdo con las disposiciones legales que reglan la sucesión intestada;

Tercera—Que Adelaida Santacruz de Reyes, Rita Santacruz de Núñez, Zoila Santacruz de Mesa y Luis Santacruz E., son herederos **ab-intestato**, sin perjuicio de terceros, de Arcadio Santacruz, la primera personalmente, en su condición de hermana legítima del expresado causante, y los tres últimos en representación de sus respectivos y legítimos padres Emiliano Santacruz y Antonio Santacruz, hermanos legítimos del mismo causante;

Cuarta—Que es nulo el juicio de sucesión testada del señor Arcadio Santacruz, que cursa en ese Juzgado, tanto lo actuado hasta hoy como lo que se siga actuando; y

Quinta—Que la demandada Carmen León está obligada a pagar las costas de este juicio".

Posteriormente el señor apoderado de los demandados reformó, en tiempo, la demanda, en los siguientes términos:

"Que para el muy remoto e improbable caso de que no se hiciere la declaración **primera** de la demanda, pido, en subsidio, que se haga la siguiente:

Que es nulo, de nulidad absoluta, el testamento cerrado de fecha once de junio de mil novecientos treinta y cuatro (11-1934), que otorgó el señor Arcadio Santacruz ante el Notario del Circuito del Espinal y los testigos señores José Ignacio Varón C., Luis Felipe Rodríguez, Eladio María Díaz C., Pedro Campos y Nicolás Carvajal P. por medio del instrumento público número ciento veintinueve (129), de fecha diez y nueve de los mismos mes y año, testamento que una vez surtidas las formalidades legales de su apertura y publicación fue protocolizado en la propia Notaría del Circuito del Espinal con fecha nueve (9) de julio del presente año de mil novecientos treinta y cuatro (1934), bajo el número ciento cuarenta y dos (142), por cuanto ese testamento no fue un acto libre y espontáneo del señor Arcadio Santacruz, sino fruto de la coacción moral que se ejerció sobre éste.

Además de la declaración **primera** de la demanda, o de la subsidiaria que dejo puntualizada y de las restantes de la parte petitoria de la misma, que son comunes y consecuenciales de la **primera** y la **subsidiaria**, solicito que se hagan las siguientes, asímismo consecuenciales de la una y la otra:

Sexta—Que mis mandantes Adelaida Santacruz de Reyes, Rita Santacruz de Núñez, Zoila Santacruz de Mesa y Luis Santacruz E., en su calidad de herederos de Arcadio Santacruz, tienen derecho a que se les adjudique la herencia de dicho causante y se les restituyan los bienes hereditarios, tanto corporales como incorporales, lo mismo que los aumentos que posteriormente a la muerte del señor Arcadio Santacruz haya tenido la herencia; y

Séptima—Que la demandada Carmen León, como ocupante y poseedora de los bienes que constituyen la expresada herencia, está obligada a entregar a los demandantes dichos bienes con sus frutos naturales y civiles, no solamente los percibidos sino los que los actores hubieran percibido con mediana inteligencia y actividad, teniendo los bienes de la herencia en su poder. Si no existieren esos frutos, la demandada debe pagar el valor que tenían al tiempo de la percepción".

Alegan los actores, como razón fundamental de sus peticiones, que el causante Arcadio Santacruz no podía otorgar testamento cerrado, porque era ciego, y que, de otro lado, el testamento no fue un acto libre y espontáneo del señor Arcadio Santacruz, sino fruto de la coacción moral que se ejercitó sobre él.

La demandada contestó negando la mayor parte de los hechos fundamentales y

oponiéndose rotundamente a las peticiones formuladas.

Cumplidas las ritualidades propias de la primera instancia, vino la sentencia de fecha veinticinco de enero de mil novecientos treinta y siete, que decidió el pleito de acuerdo con las aspiraciones de la demanda, en lo tocante a la petición **primera** principal, a las consecuenciales de ella y a las solicitudes **sexta** y **séptima**, antes copiadas, y sin condenar en costas.

Apelado este fallo por el señor apoderado de la actora, subió el negocio al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, donde, en la oportunidad legal, se confirmó por sentencia fechada el diez y ocho de abril de mil novecientos cuarenta, sin condenar en costas.

Tanto la sentencia de primera como la de segunda instancia, después de hacer un examen minucioso de las muy abundantes y diversas pruebas traídas al juicio por ambas partes, concluyeron aceptando que el señor Arcadio Santacruz se hallaba en estado de ceguedad cuando testó, o que carecía de la visión necesaria para poder otorgar testamento cerrado conforme a la ley, por lo cual decidieron el pleito en la forma indicada, y se abstuvieron de estudiar lo relativo a la petición subsidiaria, o sea el cargo de que el testamento no fue un acto libre y espontáneo del señor Arcadio Santacruz, sino fruto de la coacción moral que se ejercitó sobre él.

El recurso

Contra el fallo del Tribunal interpuso recurso de casación el señor apoderado de la parte demandada, recurso que fue fundado oportunamente ante la Corte.

Cuatro cargos, a manera de **tesis**, formula el recurrente contra la sentencia acusada, los cuales se transcriben a continuación como los sintetiza la demanda, para mejor comprensión del problema en estudio:

"a) La acción de nulidad de un testamento, así sea abierto o cerrado, tiene su razón de **ser en la protección del consentimiento del testador.** Con ese fin de protección la concede la ley. La sentencia acusada no desconoce la paternidad del testamento, la autenticidad, el autor cierto, ni duda de que la verdadera y única voluntad del **de cujus** fue testar en favor de Aníbal Santacruz, en los términos del pliego cerrado que luégo fue el instrumento público número 142, otorgado en la Notaría del Espinal el 19 de junio de 1934. No obstante lo declara nulo, y con esa determinación falsea, en vez de proteger, la voluntad del muerto con lo cual violó la doctrina que informa los artículos 1055, 1064, 1067, 1073, 1076, 1078, 1080, 1082, la Ley 36 de 1931 y el artículo 11 de la Ley 95 de 1890, todos del Código Civil.

"b) Vistas la pruebas en conjunto, diré en síntesis: el Tribunal se propuso sentar esta misma conclusión: **'el testador no veía'.** Para concluír así tenía que proceder indiciaria, presuntivamente. Dividió los hechos indicadores en dos grupos: los que conducían a concluír que veía, y los que conducían a concluír que no veía. Hasta ahí fue muy bien. Pero a última hora, intempestivamente, como si estuviese cansado de razonar, prescindió de los hechos indicios que permitían concluír la visión del testador y precipitó su conclusión por la ceguera. Ahora bien: cuando el sentenciador, en presencia de pruebas contradictorias, y más si son indiciales, se encuentra perplejo —perplejidad que confiesa el Tribunal— lo procedente, en la técnica de nuestro sistema probatorio, es aplicar el artículo 601 del C. J., conforme al cual cualquier duda se resuelve a favor del demandado. El Tribunal hizo lo contrario: resolvió la duda a favor del demandante con lo cual violó, por falta de aplicación, el artículo 601 del Código citado, cuya índole es sustantiva y en este caso determinante, de lo cual resultó la violación de los artículos del Código Civil que protegen la voluntad del testador, artículos que ya he citado en la primera **tesis**... Al concluír que no veía, cuando, sin embargo, subsistían pruebas de visión, el Tribunal dejó de absolver, con violación del artículo 601 del C. J., violación directa e inmediata, y desconoció la única y verda-

dera y conocida voluntad del muerto, expresada en el testamento, con violación de los preceptos protectores del consentimiento del acto jurídico que es un testamento.

"c) El Tribunal, al adoptar la conclusión de que el testador estaba ciego, pasó inadvertida, sin apreciarla, una prueba que demuestra evidentemente que sí veía su escritura, como fue la de poner su firma, en presencia del Notario y testigos, en donde la rayita de lápiz indicaba, porque si fue capaz y hábil para ver la raya insignificante y pequeña necesariamente era capaz y hábil para ver y percibir su propia firma puesta a continuación. Y como esa prueba es de palpable evidencia, el error fue manifiesto o evidente en la apreciación de la prueba, que en esa forma aparece de autos. Cuál fue aquí la ley violada? Respondo: el conjunto de preceptos del Código Civil atrás citados y especialmente el artículo 1076, al tener a Santacruz por ciego, no siéndolo, y desconocerle la facultad de testar cerradamente; y el 1080, relacionado con el 11 de la Ley 95 de 1890, que protegen la voluntad del **de cujus** frente a frente de formalidades que aquí fueron perfectas. Y esa violación de la ley sustantiva de dónde proviene? De falta de apreciación de determinada prueba, que aparece de modo manifiesto en los autos (artículo 520, causal 1ª), y de error de derecho en la estimación de otras, como el peritazgo de médicos.

"d) Aparte del anterior error que aparece de modo manifiesto en los autos, la conclusión adoptada por el sentenciador sobre la ceguera de Santacruz viola la misma ley sustantiva por apreciación errónea, con error de derecho, al tomar cómo prueba plena dictámenes periciales no practicados en el testador sino en vecinos del pueblo que además de ser personas distintas al sujeto de autos (Santacruz), hacen el papel de enfermos de cataratas. Sobre experimentos bastante ridículos en esos pacientes, peritos, así médicos como grafólogos, edificaron sus opiniones, y esas opiniones inconducentes e inapropiadas fueron las pruebas que determinaron intempestivamente la duda del Tribunal en favor de la ceguera de Santacruz. Aunque las construcciones abstractas de esos peritos, de los médicos, sean ciertas en ciencia, y eso no lo sé ni el Tribunal tampoco, no están construídas sobre el paciente mismo de autos, son inadecuadas, inconducentes, y al adoptarlas el Tribunal viola las normas legales sobre indicios o presunciones y sobre peritazgo, conforme a las cuales el hecho indicado o el presumido debe apoyarse, como en plataformas de cemento armado, en hechos establecidos plenamente, que son los indicadores o punto de partida de la presunción de hombre, artículos 661 a 667 del C. J. En cuanto al dictamen pericial, existe el mismo vicio de que los expertos no conocieron ni estudiaron al sujeto cuya ceguera se estudia en autos, y entonces no podía ser juzgada esa prueba conforme al artículo 722 del C. J."

El recurrente desarrolla en seguida, ampliamente, en relación con las pruebas del proceso, los cargos que se dejan puntualizados.

La Corte considera:

La jurisprudencia, en lo tocante a la validez y eficacia o a la nulidad de los testamentos se orienta cada día más hacia un criterio de amplitud en el sentido de proteger el consentimiento del testador en cuanto no se oponga a disposiciones expresas de la ley, y el mismo legislador ha atenuado el rigor de los antiguos principios, a fin de rodear de mayores garantías el respeto y el cumplimiento de la voluntad de aquél, para hacer más efectiva la libertad de testar. Como ejemplo de ello puede citarse el artículo 11 de la Ley 95 de 1890, que modificó los artículos 1073, 1080 y 1081 del C. C., en el sentido indicado.

Teniendo en cuenta lo dicho, conviene ante todo advertir que en el presente juicio no se desconoce ni discute la autenticidad del testamento de Arcadio Santacruz, ni se ha demostrado que la voluntad de éste fuera disponer de sus bienes en forma distinta como lo hizo.

Los actores sostienen que Santacruz no podía otorgar testamento cerrado, porque era ciego, y, en subsidio, que el testamento no fue un acto libre y espontáneo de él, sino fruto de la coacción moral.

"Lo que constituye **esencialmente** el testamento cerrado —dice el artículo 1080 del C. C.— es el acto en que el testador presenta al Notario y los testigos una escritura cerrada, declarando de viva voz, y de manera que el Notario y los testigos lo vean, oigan y entiendan (salvo el caso del artículo siguiente), que en aquella escritura se contiene su testamento...."

Es un hecho no controvertido en el juicio que el señor Arcadio Santacruz cumplió estrictamente la solemnidad **esencial** de que habla el artículo que acaba de copiarse, como lo es también que dicho señor firmó de su puño y letra, en presencia del Notario y los testigos, la escritura en que consta la presentación del testamento cerrado y la cubierta de éste. Pero, alega el señor apoderado de los actores, que como el testador era ciego, esas firmas las estampó automáticamente, o al tacto.

Es preciso, por tanto, entrar a estudiar el haz probatorio levantado en el juicio, para sacar las conclusiones correspondientes.

Hecho un cuidadoso estudio de la sentencia del Tribunal y de los motivos de casación aducidos por el recurrente, en frente de las muy abundantes pruebas allegadas por ambas partes, es forzoso aceptar que la acusación es fundada, por las razones que a continuación se indican.

Rara vez se presenta un juicio en que se haya hecho valer, de parte y parte, tan nutrida prueba testimonial como éste, en el cual obra gran número de declaraciones, tendientes unas a demostrar que el testador no veía, y otras a comprobar que sí veía. El Tribunal hizo un análisis minucioso de dichas declaraciones y concluyó por aceptar la tesis de que el testador no veía, pero los razonamientos del Tribunal merecen serios reparos al recurrente, que la Corte no puede menos de compartir, por encontrarlos ajustados a los preceptos legales que regulan la materia.

"Un primer grupo de testimonios —observa el recurrente— establece hechos **indicadores de mala visión,** nunca de ceguera: el testador Santacruz tenía el paso incierto y vacilante; bajaba gradas con dificultad; levantaba los brazos para apoyarse; se abstenía de salir de noche y de día iba apenas a lugares cercanos y muy conocidos por él". "No desconozco, agrega el recurrente, esta verdad de autos, ni hay para qué. Tampoco el Tribunal dice que tal estado de una persona revele ceguera. La sola edad octogenaria de Santacruz explicaría por sí sola sus precauciones y su modo de andar".

En lo relativo a otro grupo de declarantes dice la sentencia:

"Interesantes, por la contradicción a que han dado lugar, son las siguientes circunstancias: a) la de que don Arcadio necesitaba de lazarillo; b) la de que no veía a las personas y por eso no las distinguía; c) la de que se daba cuenta de la moneda por aplicación del tacto; d) la de que no podía leer todo género de escrituras y la de que firmaba también al tacto".

Como afirma la demanda de casasación, "el Tribunal agrupa ordenadamente los testimonios que dicen que sí y los que dicen que no. A folios 23 vuelto a 25 vuelto del fallo, empezando por el dicho de Emperatriz Alvarez de Romero y concluyendo con el de Rafael Díaz M., corren los testimonios que permiten concluír que Santacruz necesitaba de lazarillo, que no veía a las personas, que conocía la moneda por el tacto, que no leía letra pequeña. Totalmente dicen lo contrario, y así lo reconoce el Tribunal, innumerables testigos, cuya lista empieza con Ernesto Lince y concluye con José Vásquez, referidos y en gran parte transcritos por el Tribunal, de folios 26 inclusive a 28 vuelto".

Refiriéndose a los testigos de la parte demandada que aseveran que don Arcadio Santacruz sí veía, que conocía a las personas, que podía leer, etc., dice el recurrente:

"Yo acuso esa apreciación de error evi-

dente de hecho, que aparece de modo manifiesto en los autos, y de error de derecho en la apreciación de la prueba testimonial. El Tribunal ha debido apreciarlos en toda su fuerza reveladora de que leía, porque son **responsivos, exactos y completos,** que son las condiciones de fondo que exige el artículo 688 del C. J. para que el testimonio tenga el valor de plena prueba que le asigna el artículo 697 **ibídem** y no **vagos, incoherentes y faltos de sentido,** que son los defectos contrapuestos por los cuales no vale el testimonio, intrínsecamente considerado, al tenor del 689 del mismo Código. Además, y ruego la atención a este respecto de la H. Corte de Casación, no era el demandado quien tenía que demostrar que el testador veía, quien tenía la carga de la prueba, no; era el demandante quien debía demostrar que el testador era ciego, pero de verdad, en forma que no podía leer su propio testamento; y como el Tribunal invirtió la carga de la prueba, por un lado, y por no haberla dado plena el demandante quedó **en la duda,** y habiendo duda sobre lo que éste debió probar sin embargo condenó, acuso el fallo de violador de los artículos 1757 del Código Civil; 593 del Judicial, sobre la carga de la prueba, y además del 601 de este mismo Código, y esas violaciones de los artículos 688, 689, 697, 593, 601 del C. J. y 1757 del C. C., que dieron lugar a la de antes citados sobre protección de la voluntad del testador, condiciones para otorgar testamento cerrado y formalidades esenciales del testamento".

Es de toda evidencia que el Tribunal no tuvo en cuenta las reglas de la sana crítica legal para apreciar los numerosos testimonios que obran en el expediente, como lo ordenan los artículos 601 y 702 del C. J., pues no dio a los de la parte demandada todo el valor legal que debe dárseles y antes, por el contrario, prescindió de apreciar varios, sin decir cuáles ni cuántos y sin expresar razón justificativa alguna que encuentre apoyo en la ley.

En efecto, sobre el particular dice la sentencia:

"En cambio, hay testimonios sobre ambas circunstancias: que lo veían con periódicos o documentos en la mano, y a la vez lo oían articular palabras correspondientes a lo que gráficamente tenía que haber en el papel. Tales los de Antonina Guzmán de Guzmán, Teodoro Pedroza, Marcelino Góngora, José Vásquez, Cosme Melo y Joaquín Charry.

Los testigos Charry y Melo últimamente nombrados y Antenor Olivar, afirman que lo vieron hacer anotaciones y firmar recibos; otros dos dicen haber advertido que Santacruz recibió un papel en el cual se le hacía un pedido de útiles de campo, unas grapas, y que impuesto Santacruz del contenido procedió a hacer el despacho. Y la circunstancia de que este hecho, según los testigos, ocurrió en los últimos días de la vida de don Arcadio, dejan el ánimo perplejo, porque constrasta lo reducido del número de testigos que hechos tan concretos presenciaron, con la apreciable cantidad de personas que afirman que don Arcadio Santacruz tenía que valerse de extrañas personas para hacer sus apuntamientos y cancelaciones, contraste aún más resaltante si se tiene en cuenta que en el acto más solemne de su vida, cuando iba a dejar en la depositoría pública la ordenación escrita de lo que debía hacerse con sus bienes después de sus días fue él mismo quien hizo presente la deficiencia física que lo aquejaba.

Aquí, aun cuando no les corresponde a los testigos determinar un estado patológico, si ello no pudiera establecerse en otra forma, habría que concluír que el mayor número de testimonios favorece a la parte actora, y que, en cuanto a la calidad, si bien los hay intachados e intachables entre los traídos por la parte demandada, **también los hay de antecedentes no abonados y por lo mismo sospechosos".**

Cabe observar que muchos de los testigos de la parte demandada deponen sobre hechos directos, positivos y concretos, de los cuales se deduce declaramente que el testador veía; en tanto que los de la parte actora relatan hechos negativos o indirectos, de los cuales podría deducirse, pero

no de manera completa, que el testador no veía; y en lo tocante a que no deben apreciarse los testimonios de personas cuyos antecedentes no han sido abonados, tal afirmación no encuentra respaldo en la ley. Si el Tribunal, en presencia de testimonios contradictorios que no permiten sacar una conclusión evidente en un sentido o en otro, se hallaba perplejo o en duda, ha debido prescindir de la prueba testimonial, por ser ineficaz en este caso, y absolver a la parte demandada, con estricta aplicación de lo ordenado en los artículos 601 y 702 citados.

Es igualmente incuestionable que tampoco constituyen plena prueba de que don Arcadio Santacruz era ciego, al tiempo de otorgar su testamento cerrado, los dictámenes de peritos, médicos y grafólogos, que obran en el expediente, ni los conceptos de carácter general emitidos por eminentes facultativos.

El Tribunal no tuvo en cuenta directamente el dictamen de los grafólogos, ni la opinión general emitida por los facultativos mencionados, que no tiene el carácter de peritazgo legal, pero sí le dio valor de plena prueba al concepto de los peritos doctores Bonilla y Reyes, que encuentra corroborado por aquéllos.

Ahora bien: como los doctores Bonilla y Reyes no eran, de un lado, especialistas en enfermedades de la vista, y, de otro, el dictamen rendido por ellos se refiere a un examen practicado no en el testador, Arcadio Santacruz, sino en dos individuos del Espinal que se tomaron como enfermos de cataratas, es preciso concluír que la prueba es inadecuada, ineficaz e inconducente, y por lo mismo no puede tener valor de plena (artículos 596, 722 y 724 del C. J.).

En frente de las pruebas que acaban de analizarse queda la resultante de haber firmado el testador, de su puño y letra, tanto el pliego que contenía su testamento cerrado como la cubierta de éste y la escritura de presentación, con la circunstancia, no discutida en autos—como atrás se dijo—de que las dos últimas firmas las estampó don Arcadio Santacruz en presencia del Notario y los testigos que concurrieron al acto, ante quienes hizo la manifestación **esencial**, conforme al artículo 1080 del C. C., de que dicha cubierta contenía su testamento o última voluntad.

La sentencia acusada no le da valor de plena prueba a este hecho, porque el Notario y dos de los testigos instrumentales declararon que don Arcadio Santacruz, cuando el Notario lo requirió para que firmara la escritura, pidió que le indicaran en dónde debía firmar, porque él ya no veía, y que el testigo Eladio María Díaz le señaló y retiñó con lápiz de tinta la línea en donde debía firmar. Aunque el dicho del Notario y los dos testigos de que se ha hablado aparece contrarrestado por el de los otros tres testigos instrumentales, el Tribunal desecha las declaraciones de Luis Felipe Rodríguez y Eladio M. Díaz, la de aquél porque dice que no recuerda haber oído la manifestación de don Arcadio, y la de éste porque considera probada la tacha de parcialidad que se le hizo.

Dando por probada plenamente la manifestación de don Arcadio, ocurre observar que la frase empleada por él, que es más o menos la que usa todo el que ya no tiene una visión perfecta, o el que necesita anteojos para leer o escribir, no puede tener la trascendencia necesaria para concluír que quien la emplea es completamente ciego. A ello se opone, además, en el caso de autos, el hecho concreto y evidente, como resulta probado en el juicio, de que el señor Santacruz estampó su firma en la cubierta del testamento y en la referida escritura de presentación, a continuación de las rayitas que alguien le trazó como indicativas del punto en donde debía firmar, lo cual indica claramente que sí veía, o, por lo menos, que si no tenía una visión perfecta tampoco era completamente ciego. Cabe también anotar que el mismo Notario no le dio importancia alguna a la manifestación de don Arcadio, de que ya no veía, porque si se la hubiera dado no le habría prestado sus servicios para otorgar testamento cerrado, porque él sabía, según se deduce de

su declaración, que el ciego no puede testar en esa forma.

De lo dicho se concluye que el recurrente demostró que la sentencia del Tribunal incurrió en error evidente de hecho, que resulta de manifiesto en los autos, y en errores de derecho en la apreciación de las pruebas, lo que hace prosperar el recurso e impone la casación del fallo acusado.

Al entrar en instancia es necesario estudiar la petición subsidiaria de la demanda, conforme a la cual el testamento no fue un acto libre y espontáneo del testador, petición que no consideraron el Juez ni el Tribunal por haber encontrado probada la principal que acaba de analizarse.

A ello procede la Corte.

El señor apoderado de los demandantes, para sostener que está probada la referida solicitud, alega que los testigos de la parte que representa, y especialmente los comprendidos en una lista de nueve, que empieza con el nombre del doctor José Manuel Vásquez y termina con el de Gerardo Charry, afirman que el señor Santacruz "fue hombre exageradamente tímido, apocado, pusilánime, a quien afligía cualquier contratiempo por insignificante que fuera y a quien preocupaba y afectaba hondamente la más leve contrariedad que tuvieran las personas de su familia". Dice que otros doce testigos, cuya lista empieza por Manuel Vera y termina con Fernando Durán, afirman que los hermanos de don Arcadio, Filomena y Adolfo Santacruz (muertos antes del otorgamiento del testamento), y su sobrino Aníbal, fueron personas de carácter fuerte y autoritario, que supeditaban a aquél, quien no se atrevía "a contrariarlos ni a ejecutar acto alguno capaz de fomentar el carácter irascible de los mismos".

Agrega que los testigos que declararon en el mismo sentido, en la segunda instancia, empezando por Emperatriz A. de Romero y terminando por Emiliano Mogollón, vienen a corroborar que la coacción ejercida sobre don Arcadio encontró campo propicio para que tuviera su efecto.

Estudiadas cuidadosamente las declaraciones de todos los testigos que acaban de citarse y teniendo en cuenta los puntos sobre que declaran, de que ya se habló, no es posible aceptar que ellas demuestren, en forma alguna, que el testamento de don Arcadio hubiera sido fruto de la coacción moral y no acto de su libre y espontánea voluntad.

El señor apoderado de los demandantes se apoya también en un concepto que sobre la debilidad de carácter y el estado mental de don Arcadio rindió el doctor Miguel Jiménez López. Pero ese concepto, de un lado, no tiene la calidad de peritazgo legal, y de otro se basa en datos incompletos, sin respaldo o pruebas suficientes, suministrados al doctor Jiménez López sobre la vida del señor Santacruz, a quien él no conoció ni examinó. Además, tal opinión está en total desacuerdo con la que expresaron los doctores M. A. Cuéllar Durán y Edmundo Rico. No puede, pues, dársele valor probatorio alguno.

Dice el señor apoderado que los testigos José Ignacio Varón y Nicolás Carvajal hablan de la coacción ejercitada sobre don Arcadio. La del primero suministra algunos datos sobre que Abel de J. León insistió ante don Arcadio para que otorgara testamento, aunque no expresa en qué sentido, y tal declaración, que no formaría por sí sola plena prueba, ni sirve para demostrar una coacción, aparece desvirtuada por el mismo testigo al ser repreguntado, pues expone serios motivos de grave enemistad personal de parte de él y de su hermano Enrique Varón para con Abel de J. León. El otro testigo, Nicolás Carvajal, depuso sobre el acto de presentación y firma del testamento, pero nada dice respecto de la coacción moral alegada (ver declaración folios 67 vuelto y 68 del cuaderno número 2).

El señor apoderado cita también otras dos declaraciones: la del Notario, señor Alcidez Núñez, marido de una de las demandantes, según él mismo lo afirma, quien expone sobre varios hechos anteriores al otorgamiento, y la de Mercedes Cardoso, sirvienta de la casa de don Arcadio y quien se refiere a una conversa-

ción que oyó entre Abel de J. León y don Arcadio, y algunas cosas que aquél le dijo a la declarante.

Estos testigos, que no concuerdan en el modo, tiempo y lugar, no forman plena prueba y sus dichos no pueden prevalecer legalmente sobre la manifestación libre, clara y perentoria que hizo don Arcadio ante el Notario y los cinco testigos instrumentales, de que en la cubierta que presentó el Notario se contenía su testamento o disposición de última voluntad, ni sobre el hecho de haber firmado en presencia de los mismos Notario y testigos la cubierta que encerraba el testamento y la escritura de presentación.

Como argumento de orden moral para demostrar la coacción alegada, se ha querido hacer valer el de que la llamada a suceder en todos los bienes del causante era la señora Adelaida Santacruz de Reyes, hermana legítima de aquél, y quien durante los últimos años de la vida de don Arcadio vivió con él y se consagró a prodigarle sus cuidados y atenciones. Pero ocurre que a dicha señora no la olvidó don Arcadio, sino que, por el contrario, le dejó, de por vida, el usufructo de todos los bienes raíces que él poseía, y, por otra parte, también hay constancia en el expediente de que Aníbal Santacruz, quien había sido apoderado general de don Arcadio, era quien le manejaba todos sus bienes y quien consiguió restaurar su capital, un tanto en peligro de desaparecer. Era, pues, natural que lo nombrara su heredero.

Lo expuesto es suficiente para concluír que no puede darse por probada la petición subsidiaria de la demanda y que es preciso absolver a la parte demandada.

No es el caso de hacer condenación en costas.

A virtud de las consideraciones que anteceden, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia pronunciada en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, con fecha diez y ocho de abril de mil novecientos cuarenta, y previa revocatoria de la de primera instancia, dictada por el Juez del Circuito del Espinal el veinticinco de enero de mil novecientos treinta y siete, absuelve a la parte demandada de todos los cargos que contra ella se formularon.

Sin costas en las instancias ni en el recurso.

Cópiese, publíquese, notifíquese y devuélvase el expediente.

Isaías Cepeda. — José Miguel Arango. Liborio Escalión. — Ricardo Hinestrosa Daza.—Fulgencio Lequerica Vélez.—Hernán Salamanca. — Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

PARTICION

1.—En la división o partición material de un fundo se aplican las reglas que rigen la partición de los bienes, a que se refiere el Título 10º del libro 3º del C. C. Pero esto no quiere decir que esa aplicación se extienda a todos los casos contemplados en dicho título. La aplicabilidad de esas normas, y así lo tiene resuelto la jurisprudencia, tiende a buscar en la división de un bien común las resultantes de equidad y hasta de comodidad a que se refieren las reglas dadas por el legislador en el artículo 1394. Pero hay otras, como la contenida en el artículo 1932, que se refieren principalmente al valor de la tasación por peritos como base para que el partidor de una herencia acomode a ella su trabajo. Y esa regla no es tampoco rígida por cuanto los interesados pueden convenir en otra cosa. Cuando en la división material de un fundo se prescinde del avalúo previo de éste, tal prescindencia no es óbice para que la partición sea aprobada. Se necesita para su aprobación la incidencia de otras circunstancias, especialmente de alguna de las determinadas en el artículo 1394. 2.—El avalúo a que se refiere el artículo 2338 del C. C. es una cuestión procedimental, de previo pronunciamiento dentro del juicio y que tiene lugar, cuando en la secuela de éste, antes de la partición, lo solicitan los interesados. Hay muchos casos en que esta solicitud no se hace y entonces toca al partidor estimar el valor del bien que divide, estimación que puede dar lugar a una objeción. Esto hace ver que la pretermisión del avalúo en el caso del artículo 2338 no es óbice para que una partición se objete ni menos se anule por ese concepto.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación en lo Civil.—Bogotá, abril treinta de mil novecientos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Liborio Escallón)

Inés Hurtado, por medio de su apoderado el doctor José Antonio López T., demandó la división material del predio denominado "Meneses" y del fundo "Chacapamba", parte integrante de aquel. Esos inmuebles están ubicados en el municipio de Buesaco y la acción fue dirigida contra los comuneros Rafael Paredes, Clelia Burbano de Paredes y Ester Hurtado de Rincón, quienes convinieron en la división impetrada y nombraron como partidor al señor Eliseo Gómez Jurado.

Este presentó su trabajo el cual fue objetado por los comuneros Rafael Paredes y Clelia Burbano de Paredes.

Prosperaron dos de las objeciones propuestas y el tribunal de Pasto resolvió en definitiva: que se rehiciera la partición señalando un solo globo de terreno para Inés y Ester Hurtado de Rincón y otro para los esposos Paredes Rubiano; que se dividieran, por haberlo pedido los interesados, los semovientes y herramientas destinadas al predio, y que no se hiciera segregación ninguna de terreno para venderla a Emilio Chaves.

Presentado el segundo trabajo los esposos Paredes propusieron nuevas objeciones, que el Juez a quo aceptó indebidamente y que se declararon no fundadas, aprobándose la partición.

El tribunal de Pasto ante quien los objetantes apelaron revocó la sentencia del inferior por cuanto el partidor no había cumplido con lo dispuesto en el punto b) del fallo que decidió las primeras objeciones, o sea por no haber dividido los semovientes y herramientas del fundo.

Subsanada la omisión, por el partidor, el Juez Segundo del Circuito de Pasto, en sentencia de 26 de mayo de 1941, aprobó el trabajo. Apeló del fallo el doctor Carlos Bedoya Cajiao apoderado de los cónyuges Paredes Burbano, y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto en sentencia de 25 de julio del año próximo pasado, confirmó la resolución apelada.

Interpuso entonces el expresado doctor Bedoya Cajiao recurso de casación, que debidamente tramitado pasa a decidirse.

En dos razones se apoya la sentencia recurrida: a) en que estando el trabajo de partición acomodado a las resoluciones que fallaron las objeciones, debe ser aprobado, según lo preceptúa el artículo 965 del Código Judicial, b) en que las nuevas objeciones propuestas no son pertinentes por cuanto el incidente sobre objeciones a una partición no puede tener lugar sino una sola vez.

Este último punto había sido ya fallado por el tribunal en auto de 4 de septiembre de 1940, en el cual dicha superioridad dijo lo siguiente: "Lo anterior significa que el incidente de objeciones no tiene cabida sino cuando el partidor presenta por la primera vez su trabajo. Y que reformada la cuenta por consecuencia de objeciones que tuvieron éxito total o parcial, la misión del juez limítase a verificar si la reforma encuadra dentro de las pautas que se le señalaron al partidor en el fallo admisorio de las objeciones. Es pues una mera labor de confrontación entre las reglas de dicho fallo y la cuenta rehecha total o parcialmente, según haya sido el alcance de los reparos admitidos". (Fojas 45 del cuaderno número 1).

La anterior es la doctrina de la Corte al respecto. (**Gaceta Judicial**, número 1949. Tomo XLVIII página 423).

El recurrente, fundado en la causal primera del artículo 520 del Código Judicial, ataca el fallo en la primera parte de su acusación, por violación de los artículos 1392, 1394 y 2338 del Código Civil.

Esos ataques están fundados en los conceptos que sustentan las segundas objeciones al trabajo de partición, que como se vio ya, no pueden ser consideradas.

Bastaría lo anterior para rechazar esos cargos por inoperantes en el presente recurso.

No obstante, por vía únicamente de estudio, la Corte hace algunas observaciones sobre el particular.

En la división o partición material de un fundo, se aplican las reglas que rigen la partición de los bienes, a que se refiere el Título 10 del Libro 3º del Código Civil. Pero esto no quiere decir que esa aplicación se extienda a todos los casos contemplados a dicho título. No; la aplicabilidad de esas normas, y así lo tiene resuelto la jurisprudencia, tiende a buscar en la división de un bien común las resultantes de equidad y hasta de comodidad, a que se refieren las reglas dadas por el legislador en el artículo 1394. Pero hay otras, como la contenida en el 1392, que se refiere principalmente al valor de la tasación por peritos como base para que el partidor de una herencia acomode a ella su trabajo. Y esa regla no es tampoco rígida por cuanto los interesados pueden convenir en otra cosa.

Cuando en la división material de un fundo se prescinde del avalúo previo de éste, tal prescindencia no es óbice para que la partición sea aprobada. Se necesita para su aprobación la incidencia de otras circunstancias especialmente de alguna de las determinadas en el artículo 1394 ya citado. La razón de lo anterior es la siguiente: el partidor al verificar su trabajo tiene en cuenta el valor del fundo o inmueble partible y de cada una de las porciones en que se divida. El partidor puede errar en esa apreciación y entonces sí podría ser viable la objeción al trabajo basado en ese error del partidor. Pero de esto no se trata en este caso ni se trató durante el proceso. La acusación consiste solamente en que no se dio cumplimiento previamente al artículo 1392 y por lo ya expuesto, la acusación, presentada en esa forma escueta y por ese concepto, no puede prosperar.

Pero hay más: intervinieron peritos en este juicio y llegaron a la conclusión de

que la manera como procedió el partidor fue la adecuada y que la forma como pretendía el doctor Chaves, antiguo apoderado de los esposos Paredes Burbano que se hiciera la partición, era impracticable: el tribunal en providencia de 12 de noviembre de 1937 (fols. 67 del cuaderno 4º), se expresa así: "Todas esas objeciones no son aceptables por las siguientes razones: porque los peritos señores Teodoro Gómez A. Arcesio Guerrero B., de acuerdo con las exposiciones de los doctores Hernando Chaves, Manuel J. Vélez, Juan Florencio Villareal, Sofonías Fajardo, y Nacor Bolaños y Alfonso Santander U., manifestaron en forma conteste y clara que la división en la forma que la pide el doctor Chaves es impracticable y demasiadamente costosa para las partes; porque no hay desmejoramiento, ni diferencia de precio entre el 'Alto Meneses' y 'El Bajo Meneses' que han de adjudicarse a cada uno de los comuneros".

Se ve por esto que el tribunal sí tuvo en cuenta que no había diferencia de precios o valores entre los lotes adjudicados, y apoyó su conclusión en las pruebas a que se refiere su providencia ya citada.

Aún en el caso de que fuera viable la acusación del recurrente, no prosperaría, porque la sentencia no está acusada por haber el tribunal incurrido en error de derecho o en error de hecho manifiesto en la apreciación de las pruebas.

De esto se deduce que el partidor no erró en el valor que asignó al predio y a cada una de las partes en que lo dividió.

La acusación fundada en el artículo 1394 es también improcedente, tanto por lo dicho como porque el recurrente no expresa en qué forma, de qué manera, ni por qué motivos se violaron las reglas que consagra esa norma (artículo 531 C. J.).

Respecto de la acusación fundada en la violación de la primera parte del artículo 2238 del Código Civil, son aplicables los razonamientos que ya quedaron expuestos, y eso sería suficiente para rechazar el cargo, porque como se ha dicho no pueden considerarse las segundas objeciones. No obstante, y también por vía de estudio, la Corte observa: El avalúo a que se refiere el precitado artículo 2338, es una cuestión procedimental, de previo pronunciamiento dentro del juicio y que tiene lugar, cuando en la secuela de éste, antes de la partición lo solicitan los interesados. Hay muchos casos en que esta solicitud no se hace y entonces toca al partidor estimar el valor del bien que divide, estimación, que como se dijo puede dar lugar a una objeción. Esto hace ver que la pretermisión del avalúo en el caso del artículo 2338, no es óbice para que una partición se objete ni menos se anule por ese concepto.

No habiendo las partes solicitado en tiempo oportuno ese avalúo, no puede suscitarse ahora esa cuestión y aun suponiendo que la pretermisión dicha fuera una informalidad, ésta no daría base para casar la sentencia. Además, como ya se expresó, el Tribunal partió de la base de que los predios eran del mismo valor, en cada una de las partes en que quedó dividido el que fue objeto de la partición y la apreciación del Tribunal no ha sido atacada por error de derecho ni de hecho.

El estudio anterior hace desaparecer el dilema que plantea el recurrente, y de él se deduce que aunque los cargos hubieran sido procedentes, como es decir, aun cuando se hubieran podido estudiar los cargos fundados en las segundas objeciones, éstos no habían podido prosperar.

En la segunda parte de su demanda el recurrente acusa la sentencia por la causal sexta del artículo 520, en el concepto de que existe incompetencia de jurisdicción, al tenor del artículo 87 del C. Judicial, por cuanto la primera sentencia proferida por el Tribunal en que se declararon fundadas las primeras objeciones ha debido ser dictada por los Magistrados en Sala Plural y no por un solo Magistrado.

La Corte observa a esto lo siguiente: Como lo tiene ya decidido, esta superioridad no considera en el recurso de casación sino la sentencia proferida por el Tribunal y materia de la acusación.

Si pues la sentencia que se revisa está

firmada por los tres Magistrados que componen la Sala, el hecho de que una providencia, que no es ni puede ser materia del recurso, no haya sido firmada por toda la Sala, puede ser una informalidad contra la cual se reclamó en su hora, reclamo que se le negó; pero no tiene incidencia en el recurso, por lo ya expresado.

En virtud de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación en lo Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley NO CASA la sentencia recurrida.

Las costas son de cargo del recurrente.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la **Gaceta Judicial** y devuélvase el expediente al Tribunal de su origen.

Isaías Cepeda. — José Miguel Arango. Liborio Escallón. — Ricardo Hinestrosa Daza.—Fulgencio Lequerica Vélez.—Hernán Salamanca. — Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

ACCION DE CUMPLIMIENTO DE UN CONTRATO Y DE RESOLUCION EN SUBSIDIO. REGIMEN PATRIMONIAL EN EL MATRIMONIO CONFORME A LA LEY 28 DE 1932. PERSONERIA SUSTANTIVA DE LA MUJER CASADA BAJO EL IMPERIO DE ESTA LEY

1. La ley 28 de 1932 consagró un nuevo régimen patrimonial en la organización y administración de la sociedad conyugal y entró a regir el 1º de enero de 1933. Pero la adopción en nuestro derecho positivo de tal reforma no produjo el efecto jurídico de hacer desaparecer para lo futuro el régimen de las sociedades conyugales, ni de liquidar las ya existentes, como lo ha dicho la Corte en numerosos fallos. Dedúcese de lo expuesto que los bienes que eran sociales el 1º de enero de 1933, y que no dejaban de serlo por la sola circunstancia de entrar a regir la ley 28 de 1932, no pueden enajenarse bajo el imperio del nuevo estatuto sino por ambos socios, mientras perdure la sociedad de bienes entre los cónyuges y no se haya realizado la liquidación provisional que permite el artículo 7º de la ley 28. De ahí que sean atacables las enajenaciones de bienes sociales hechas por el marido, con posterioridad al 1º de enero de 1933, sin el concurso o intervención de la mujer, o viceversa. Como corolario del mismo sistema consagrado en la reforma, los adquiridos por uno solo de los cónyuges a cualquier título, durante el matrimonio y bajo la vigencia de la nueva ley, son de su libre disposición y administración, en términos que para enajenarlos no se requiere de la intervención del otro cónyuge asociado. — 2. La mujer casada, bajo el régimen de la ley 28, tiene aptitud para ejercer todos los actos de la vida civil y para comparecer en juicio sin la asistencia del marido. Uno de los efectos jurídicos del nuevo sistema es la personería sustantiva de la mujer casada para accionar o para excepcionar en defensa del patrimonio social o del suyo propio, siempre que fuere necesario, sin necesidad de la intervención del marido o de la justicia, en subsidio. — 3. Mientras no se liquide definitivamente la sociedad conyugal en virtud de su disolución, o no se haga la liquidación provisional que permite el artículo 7º de la ley 28, no puede decirse que cada cónyuge tenga derecho exclusivo y directo de dominio, *in re*, sobre un bien social, ya que cada uno de éstos puede adjudicarse en su totalidad o en parte a uno solo de los socios en la partición, luégo de hacerse previamente las deducciones y compensaciones que ordena la ley, si fuere el caso. — 4. En tratándose de inmuebles no basta la tradición inscrita y el consiguiente registro de la compraventa para que se considere cumplida de manera completa la obligación que la ley (artículo 756, C. C.) impone al vendedor de hacer entrega al comprador de la cosa vendida, con la oportunidad que señala precisamente para estos casos el artículo 1882 del C. C.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Civil — Bogotá, abril treinta de mil novecientos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Fulgencio Lequerica Vélez).

Antecedentes

1. Lázaro Calvo Pulecio contrajo matrimonio católico con la señora Julia Lara el 23 de julio de 1928 y de este enlace matrimonial nacieron los menores Leonor, Ernesto y Gladys Calvo Lara.

2. Por medio de escritura número 73, de 11 de mayo de 1932, de la Notaría del Guamo, Lázaro Calvo Pulecio compró a la señora Trinidad Pulecio una casa de tapia y teja situada en el centro de la ciudad del Guamo, delimitada dentro de los linderos que determina el referido instrumento.

3. Por instrumento notarial número 253, de 30 de octubre de 1933, pasado ante la Notaría del Guamo, Lázaro Calvo Pulecio vendió a Hernando Calvo Pulecio, entre varios inmuebles, la casa de tapia y teja ubicada en el centro de la ciudad del Guamo a que alude la escritura anterior, por el precio de mil quinientos pesos, m/c. ($ 1,5000.00), que, según reza la escritura, el comprador pagó al vendedor y éste recibió a su entera satisfacción.

4. Lázaro Calvo Pulecio murió en Bogotá el 10 de enero de 1937 y la sucesión de éste se siguió en el Juzgado Civil del Circuito del Guamo hasta su liquidación y protocolización en la Notaría de dicho lugar, por escritura número 282, de 14 de octubre de 1938.

5. Ni el vendedor Lázaro Calvo Pulecio ni más tarde sus herederos hicieron entrega real y material del inmueble vendido y antes relacionado, habida consideración, según los hechos fundamentales de este litigio, a los vínculos de familia que ligaban al comprador con el vendedor y con sus herederos, por lo cual éstos siempre han conservado el goce y la posesión material del inmueble.

El litigio

El 20 de octubre de 1939 Hernando Calvo Pulecio presentó ante el Juzgado del Circuito del Guamo demanda ordinaria contra la sucesión ilíquida o liquidada de Lázaro Calvo Pulecio representada por su cónyuge sobreviviente, señora Julia Lara vda. de Calvo y los impúberes Leonor, Ernesto y Gladys Calvo Lara, representados por su madre legítima Julia Lara v. de Calvo, demanda que extendió igualmente y en su propio nombre contra la citada señora Lara de Calvo, para que el Organo Judicial le tutelara estas tres pretensiones:

a) La de cumplimiento del contrato de compraventa contenido en la escritura 253 de 1933; b) subsidiariamente, la de resolución de ese mismo contrato por incumplimiento de la parte vendedora; y c) subsidiariamente a las anteriores, la de amparo en la cuota de derecho de dominio y posesión pacífica de la cosa que adquirió y la de restitución del exceso del precio pagado junto con los frutos correspondientes. Tanto el cumplimiento como la resolución del contrato fueron suplicados junto con la indemnización de perjuicios, que hizo elevar a la cantidad de tres mil pesos m/ c. ($ 3.000.00).

A su vez la demandada señora Lara de Calvo presentó demanda de reconvención en la cual hizo las siguientes peticiones: 1ª que es inexistente y que es nulo de nulidad absoluta, por ser simulado y por falta de causa real, el contrato de compraventa contenido en la escritura número 253 antes citada; 2ª que se declare cancelado el registro de dicho instrumento; y 3ª que se declare que pertenece a la sociedad conyugal formada por Lázaro Calvo Pulecio y la contrademandante la casa a que se refiere el instrumento 253 y que es materia de este pleito.

El Juez del conocimiento falló este pleito decretando que no era el caso de hacer ninguna de las declaraciones principales y subsidiarias del libelo principal y absolviendo a los demandados de los cargos que en ese documento fueron formulados. Además declara que la casa que es motivo del litigio y de que trata la demanda de reconvención pertenece en dominio a la sociedad conyugal Calvo-Lara, y ordena la cancelación del registro del instrumento de venta tantas veces aludido. Agrega que no es el caso de hacer las otras declaraciones sobre inexistencia y nulidad

por simulación suplicadas en la demanda de reconvención.

La sentencia del Tribunal

Apeló del anterior fallo de primer grado la parte actora y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué puso fin a la segunda instancia por medio de sentencia fechada el 31 de marzo de 1941, en la cual reforma el fallo apelado y hace estas declaraciones, así extractadas:

Primera. La casa de habitación a que alude la petición D) de la demanda principal y 5ª de la de reconvención pertenece en dominio a la sociedad conyugal Calvo-Lara;

Segunda. El contrato de compraventa contenido en la escritura número 253 de 1933, por cuanto no ha sido invalidado, obliga hoy a los sucesores de Lázaro Calvo Pulecio o la herencia del mismo, en la parte en que ella está ilíquida, hasta la cuota parte que el vendedor transfirió y podía transferir;

Tercera. Con lo dicho se dejan a salvo al comprador Hernando Calvo Pulecio los derechos que como a tal le corresponden;

Cuarta. Se procederá a la cancelación del registro de dicha escritura; y

Quinta. No es el caso de hacer las otras declaraciones pedidas tanto en la demanda principal como en la de reconvención. Sin costas en las instancias.

Como podrá verse, la sentencia del Tribunal deja en pie y en todo su vigor la declaración básica del fallo de primer grado, consistente en que la casa vendida por el cónyuge Lázaro Calvo Pulecio al actor en este juicio es de propiedad de la sociedad conyugal y funda esta declaración en los hechos debidamente comprobados de que dicho inmueble fue adquirido en 1932 y la sociedad conyugal se constituyó en 1928, sin que por la vigencia de la ley 28 de 1932, nuevo estatuto sobre régimen patrimonial de dicha sociedad, se hubiera disuelto la sociedad propietaria del inmueble. Agrega que tampoco se comprobó que la sociedad conyugal Calvo-Lara se hubiera liquidado provisionalmente, conforme a la autorización consagrada en el artículo 7º de la mencionada ley.

La segunda declaración del Tribunal la funda en que el contrato de compraventa, si bien es cierto que no pudo trasmitir el dominio de la cosa vendida, por no estar investido de él el tradente vendedor y por tratarse de venta de cosa ajena, tal contrato al tenor del artículo 1871 del C. C. conserva dentro del sistema del Código colombiano toda su fuerza vinculatoria como pacto contractual y está destinado a producir obligaciones personales entre vendedor y comprador que permanecen vivas y operantes. Con tal fundamento hace la declaración de que dicho pacto obliga a los sucesores del vendedor hasta la cuota parte que éste podía transferir y transfirió.

Consecuencia jurídica de la declaración anterior es la que formula el Tribunal en el punto 3º de la parte dispositiva, dejando a salvo al comprador y actor en este proceso, Hernando Calvo Pulecio, los derechos que como a tal le corresponden.

Como se ve, el Tribunal acogió la petición principal de la contrademanda; desechó la pretensión principal del actor sobre cumplimiento del contrato; se abstuvo de acoger la primera súplica subsidiaria del libelo principal, relativa a la resolución de la compraventa; y acogió la petición 2ª subsidiaria, dándole validez y operancia al contrato hasta la cuota parte que el vendedor podía transferir en el referido inmueble.

El recurso

CAPITULO I

Se alza en casación el apoderado de la parte actora y en el Capítulo I la acusa por el motivo 1º del artículo 520 del C. J., que concreta en los siguientes cargos:

1º Error de hecho manifiesto y de derecho en la interpretación de la demanda, a consecuencia de lo cual el Tribunal violó los artículos 4º de la ley 28 de 1932, 752, 1016, 1343, 1602, 1603, 1829, 1830,

1832, 1877 y 2322 del C. C., y aplicó indebidamente el 1401 ibídem.

Tal error de hecho lo hace consistir en que "el Tribunal afirmó que el demandante había dirigido la demanda contra Julia Lara v. de Calvo únicamente en su condición de heredera de Lázaro Calvo Pulecio, con lo cual desconoce las palabras mismas empleadas en el libelo, en donde se lee: "Demando a la sucesión ilíquida o liquidada del señor Lázaro Calvo Pulecio, representada por su cónyuge señora Julia Lara v. de Calvo...; demando igualmente y en su propio nombre a la citada señora Julia Lara v. de Calvo"...

2º Hallándose el referido inmueble en indivisión con el actor Hernando Calvo Pulecio, al declarar el fallo que pertenece a la sociedad conyugal quebrantó los artículos 4º de la ley 28 de 1932, 1016, 1343, 1829, 1830, 1832 y 1932 del C. C., como consecuencia del doble error de hecho manifiesto y de derecho en que incurrió en la apreciación de la prueba aducida de la partición y liquidación de la sucesión de Lázaro Calvo Pulecio. Sostiene el recurrente que el no haberse relacionado en los inventarios de la sucesión la finca mencionada produjo el efecto jurídico de que la indivisión sobre el inmueble se concretara a sus únicos comuneros, que son la señora Lara de Calvo, a título de cónyuge supérstite y Hernando Calvo Pulecio como sucesor a título singular del cónyuge difunto. No haber tenido en cuenta esta circunstancia condujo al Tribunal a decidir lo resuelto en los puntos 1º y 2º de la parte resolutiva de la sentencia, con lo cual aplicó indebidamente el artículo 1401 del C. C. y violó los arts. 752, 1874 y 2322 ibídem.

3º Sostiene el recurrente que disuelta la sociedad conyugal y partidos sus bienes, el inmueble a que se refiere este pleito es **residuo divisible** según el artículo 1830 del C. C., ya que al liquidarse aquélla debieron hacerse las deducciones y compensaciones de rigor. Concluye que por haber declarado el fallo que ese bien pertenece a la sociedad conyugal violó los artículos 752, 1830, 1874 y 2322 del C. C., y aplicó indebidamente el 1401 de dicho estatuto.

Al estudiarse esos tres cargos sienta la Sala de Casación las siguientes premisas:

A.—El bien era de la sociedad conyugal cuando se vendió y el marido no podía enajenarlo por sí solo.

Al efecto, Lázaro Calvo Pulecio contrajo matrimonio católico el 23 de julio de 1928 con la señora Julia Lara y de este matrimonio nacieron los menores Leonor, Ernesto y Gladys Calvo Lara, a quienes representa actualmente su madre legítima, en ejercicio de la patria potestad. Estos hechos aparecen evidenciados en el proceso y a ellos ha dado su aquiescencia la parte demandada.

Por escritura 73, de 11 de marzo de 1932, pasada en la Notaría del Guamo, Lázaro Calvo Pulecio adquirió la casa de tapia y teja, situada en el centro de la ciudad del Guamo que es materia de este pleito. Posteriormente, por instrumento 253, de 30 de octubre de 1933, de aquella misma Notaría, la vendió a Hernando Calvo Pulecio por el precio de mil quinientos pesos moneda legal ($ 1.500.00).

De los hechos anteriores se desprende que el bien raíz adquirido por Lázaro Calvo Pulecio en 1932 pertenecía a la sociedad conyugal que desde 1928 tenía contraída con su mujer legítima, ya que de conformidad con el artículo 1781 del C. C. el haber de la sociedad conyugal se compone, entre otros bienes, de aquellos que cualquiera de los cónyuges adquiera durante el matrimonio a título oneroso.

La Ley 28 de 1932 consagró un nuevo régimen patrimonial en la organización y administración de la sociedad conyugal y entró a regir el 1º de enero de 1933. Pero la adopción en nuestro derecho positivo de tal reforma no produjo el efecto jurídico de hacer desaparecer para lo futuro el régimen de las sociedades conyugales, ni de liquidar las ya existentes, como viene dicho reiteradamente por esta Sala en numerosos fallos, entre otros en los de 20 de octubre de 1937 (G. J. Tomo XLV, pá-

gina 630) y de 29 de marzo de 1939 (G. J. Tomo XLVII, págs. 731 y 732).

Dedúcese de lo expuesto que los bienes que eran sociales el 1º de enero de 1933, y que no dejaban de serlo por la sola circunstancia de entrar a regir la ley 28 de 1932, no pueden enajenarse bajo el imperio del nuevo estatuto sino por ambos socios, mientras perdure la sociedad de bienes entre los cónyuges y no se haya realizado la liquidación provisional que permite el artículo 7º de la ley 28. Por eso la sentencia antes citada de 20 de octubre de 1937 sostuvo la tesis que pasa a transcribirse: "Sin abandonar el concepto de sociedad conyugal expresado en el código, la reforma cambia sí radicalmente el sistema de disposición y de administración. Con respecto a terceros ya no será el marido dueño de los bienes sociales como si ellos formaran con los suyos propios un solo patrimonio; ni tampoco el responsable único de las deudas sociales, a quien los acreedores tienen el derecho de perseguir para hacer efectivos sus respectivos créditos aun sobre sus bienes propios. En adelante cada cónyuge dispone y administra con entera libertad e independencia del otro, tanto respecto de los antiguamente llamados bienes propios como de los adquiridos particularmente por cada cónyuge después del 1º de enero de 1933".

"De esta manera la sociedad tiene desde 1933 dos administradores en vez de uno; pero dos administradores con autonomía propia cada uno sobre el respectivo conjunto de bienes muebles o inmuebles aportados al matrimonio o adquiridos durante la unión, ya por el marido ora por la mujer. Y cada administrador responde ante terceros de las deudas que personalmente contraiga, de manera que los acreedores sólo tienen acción contra los bienes del cónyuge deudor, salvo la solidaridad establecida por el artículo 2º, en su caso".

De ahí que en opinión de la Corte, y así lo ha sostenido sin rectificación alguna, sean atacables las enajenaciones de bienes sociales hechas por el marido, con posterioridad al 1º de enero de 1933, sin el concurso o intervención de la mujer, o viceversa. Como corolario del mismo sistema consagrado en la reforma, los adquiridos por uno solo de los cónyuges a cualquier título, durante el matrimonio y bajo la vigencia de la nueva ley, son de su libre disposición y administración, en términos que para enajenarlos no se requiere de la intervención del otro cónyuge asociado. Así lo dijo también el fallo de 20 de octubre, base de los posteriores, en este aparte: "Todo el raciocinio precedente decide a la Corte a sostener como necesaria para la validez del acto jurídico, la intervención conjunta de marido y mujer en lo tocante a cualquiera disposición o administración de bienes, cuando éstos pertenecen a las sociedades conyugales que la ley 28 encontró ya formadas, y que bajo su vigencia no han sido liquidadas provisionalmente conforme al artículo 7º".

De manera que si Lázaro Calvo Pulecio vendió el 30 de octubre de 1933, ya vigente la ley 28, un bien raíz perteneciente a la sociedad conyugal, sin la intervención y el consenso de su mujer legítima, no teniendo ya la administración libre y exclusiva del patrimonio social, hizo venta de cosa ajena, fuente de obligaciones personales únicamente para el cónyuge contratante y que lo vinculan en esa forma a él y a sus herederos o sucesores para con el otro contratante, que lo es el actor en este juicio, Hernando Calvo Pulecio.

B.—La cónyuge supérstite Julia Lara v. de Calvo sí tiene facultad para contrademandar que se restituya el bien vendido a la sociedad conyugal.

El artículo 1º de la ley 28 otorgó a la mujer casada y mayor de edad plena capacidad civil, suprimiendo la **capitis deminutio** a que la sometía el régimen anterior del Código Civil. Consecuencia de esa trascendental reforma es la aptitud de la mujer casada para ejercer todos los actos de la vida civil y para comparecer en juicio sin la asistencia del marido. Uno de los efectos jurídicos del nuevo sistema es la personería sustantiva de la mujer casada para accionar o excepcionar en defensa del patrimonio social o del suyo pro-

pio, siempre que fuere necesario, sin necesidad de la intervención del marido o de la justicia, en subsidio. Así lo consagró también la sentencia de 20 de octubre en estos apartes: "La mujer casada y mayor posee plena capacidad civil desde la fecha citada (1º de enero de 1933), por ministerio de la propia ley que se la confirió sin atenuaciones ni reservas, como quiera que la capacidad de la mujer para administrar sus bienes rígese inmediatamente por la ley posterior (artículo 23 de la ley 153 de 1887). En virtud de esa capacidad la mujer está actualmente investida de toda personería".

De manera que si el inmueble vendido al actor por virtud de la escritura 253 pertenecía al haber social, por haberlo adquirido el marido durante la sociedad conyugal, es claro y evidente que no podía venderlo él solo, sin conocimiento e intervención de la mujer asociada, ya vigente la ley 28. Por haberse enajenado sin la intervención de la señora Lara de Calvo ésta tenía plena personería para solicitar su regreso al patrimonio social porque de la sociedad conyugal era y a dicha sociedad debe volver. Fue en ejercicio de esa facultad como la mencionada cónyuge supérstite suplicó en la petición 5ª de la contrademanda que se declarase que el bien cuya restitución pedía pertenece en dominio a la sociedad conyugal; y fue por haberse comprobado esa circunstancia por lo que la sentencia acusada hizo tal declaración en el punto 1º de su parte resolutiva.

C.—El contrato de venta contenido en la escritura número 253 es válido y como tal debe producir efectos.

Considera paradójico el recurrente y así lo formula como un cargo en casación, que en la declaración primera del fallo acusado se reconociera la propiedad del bien raíz vendido a favor de la sociedad conyugal Calvo-Lara y a renglón seguido, en la declaración segunda condenatoria, se reconociera valor y fuerza contractual a la compraventa del referido inmueble.

No existe en realidad la comentada contradicción, porque si el bien raíz vendido fue adquirido, como lo fue, durante el matrimonio Calvo Lara, pertenecía a la sociedad conyugal y así era de rigor procesal declararlo en la sentencia, por estar suplicado en la petición 5ª de la demanda de reconvención. Pero como el cónyuge Lázaro Calvo Pulecio lo vendió en su totalidad al actor y en nuestra legislación, siguiéndose la tradición romana, la compraventa no es un modo de adquirir el dominio de las cosas, pero sí produce y hace nacer obligaciones personales entre los contrayentes, también es de rigor concluír que tal contrato conserva su fuerza vinculante entre las partes y es fuente de obligaciones personales que impone deberes y prestaciones a Lázaro Calvo Pulecio. Y fallecido el susodicho vendedor, los impone hoy a sus hijos legítimos, por ser sus herederos y sucesores ab-intestato.

Agréguese a lo dicho que el actor y ahora recurrente en casación tampoco solicitó en el juicio la invalidez de tal contrato, sino en primer término su cumplimiento y en subsidio su resolución bajo la forma de súplicas subsidiarias. La invalidez de tal pacto sólo fue pedida por la parte opositora en la contrademanda, pero por motivo distinto y no evidenciado en el proceso, como el de simulación. El mismo recurrente acepta hasta cierto punto esta conclusión del Tribunal cuando en su demanda de casación dice: "No niego que cuando Lázaro Calvo Pulecio vendió la casa, enajenó una cosa ajena, que pertenecía a una sociedad conyugal regular, porque el objeto de la operación fue un cuerpo cierto y no los derechos y acciones que correspondían al vendedor sobre la finca: a ese acto jurídico no concurrió la mujer, quien ya era co-administradora de la sociedad de bienes, por estar rigiendo la ley 28 de 1932, y no haberse liquidado antes provisionalmente esa sociedad".

D.—No existe estado de indivisión entre el actor Hernando Calvo Pulecio y la cónyuge supérstite, en virtud de la compraventa.

Está visto que el inmueble fue enajenado por el marido siendo de la sociedad conyugal. Como de conformidad con el

nuevo régimen de éste no podía disponer uno solo de los cónyuges, y a la vez ninguno de ellos tenía ni podía tener un derecho de cuota, proindiviso o de comunero sobre el citado bien, que en su totalidad pertenecía a la masa social como cuerpo cierto y como tal fue vendido, síguese de lo dicho que el vendedor no pudo trasmitir al actor ninguna cuota del inmueble y tan sólo se limitó a vender cosa ajena, fuente de obligaciones personales a su cargo y hoy a cargo de sus herederos. Porque bien sabido es, por otra parte, que mientras no se liquide definitivamente la sociedad conyugal en virtud de su disolución, o no se haga la liquidación provisional que permite el artículo 7º de la ley 28, no puede decirse que cada cónyuge tenga derecho exclusivo y directo de dominio, **in re**, sobre un bien social, ya que cada uno de éstos puede adjudicarse en su totalidad o en parte a uno solo de los socios en la partición, luego de hacerse previamente las deducciones y compensaciones que ordena la ley, si fuere el caso.

Así lo reconoce el recurrente cuando en su demanda de casación estampa esta frase: ".....porque el objeto de la operación fue un cuerpo cierto y no los derechos y acciones que correspondían al vendedor sobre la finca..." De donde es preciso concluír que al ser enajenada la finca la trasmisión del dominio no era eficaz en parte, sino ineficaz como tal en su totalidad. Es claro que la indivisión existe respecto de ese bien, por no haberse liquidado en la sucesión de Lázaro Calvo Pulecio dicha casa, pero es entre la cónyuge sobreviviente y los herederos del vendedor difunto.

E.—Liquidada la sucesión de Lázaro Calvo Pulecio, la finca vendida no es **residuo divisible** de ésta, como lo pretende el recurrente, y no es aplicable el artículo 1830 del C. C.

El caso contemplado por el artículo 1830 no ampara la solución que pretende el recurrente. En ese precepto se dispone que hechas las deducciones y compensaciones entre los cónyuges que son de rigor al liquidarse la sociedad conyugal, el residuo de bienes que constituyen los gananciales se dividirá por mitad entre los cónyuges. En los autos se está en presencia de una sociedad conyugal ya liquidada dentro de la sucesión del marido, pero en la cual se omitió un bien raíz de propiedad de la sociedad. Como en esa parte la masa social y la misma sucesión están ilíquidas, lo pertinente es proceder a liquidar y adjudicar dicho bien, al tenor de los preceptos legales que regulan esa situación. Pero es que ni aun aceptándose la tesis del recurrente, de que tal bien vendido al actor es un **residuo divisible**, se beneficiaría con esa hipótesis, porque como la compraventa no versó sobre una cuota o derecho proindiviso sino sobre un cuerpo cierto, y no trasmitió al recurrente un derecho **in re**, en todo caso ese residuo debe dividirse es entre la cónyuge sobreviviente y los hijos del vendedor fallecido, pero nunca entre la primera y el comprador Hernando Calvo Pulecio, quien sólo puede exigir de tales sucesores el cumplimiento de todas las obligaciones personales contraídas por su co-contratante o la resolución del contrato.

No puede tampoco aceptarse que la omisión de tal finca en los inventarios sucesorales constituya una ratificación tácita de la venta por parte de la señora Lara de Calvo, porque tal especie de ratificación no viene consagrada por la ley ni por la jurisprudencia; ni esa omisión, que pudo ser simple olvido, por sí sola induce aceptación; ni podía serlo por los herederos, por tratarse de menores de edad e incapaces para actos de esa naturaleza.

De lo expuesto concluye la Corte que son infundados los cargos antes estudiados y contenidos en el Capítulo I. Se rechazan.

CAPITULO II

Se acusa el fallo por error de hecho manifiesto y de derecho en la interpretación de la demanda y se hace consistir en que después de negar la petición principal, la de restitución del inmueble, debió detenerse a estudiar la primera subsidia-

ria, la de resolución del contrato, en vez de pasar por encima de ésta para decretar el cumplimiento parcial del mismo, con arreglo a la segunda subsidiaria. A su juicio, el Tribunal quebrantó los arts. 1546, 1587 y 1882 del C. C.

Agrega el recurrente que la acción resolutoria acumulada a la de cumplimiento, en la forma subsidiaria y subordinada en que la propone el actor, procede de acuerdo con el artículo 209 del C. J., violado también por el Tribunal. Son remedios contrarios, pero no incompatibles entre sí, ya que ambos presuponen la validez y asistencia del contrato bilateral. Por no haber decretado la resolución del mismo, siendo así que su cumplimiento se revela jurídicamente imposible, el Tribunal violó los artículos 1581, 1546 y 1882 del C. C., como resultado del error de hecho manifiesto y de derecho en la interpretación de la demanda.

Considera la Sala que es fundado y operante este cargo que se hace a la sentencia y que debe ocasionar la casación parcial por las razones que someramente pasan a exponerse:

Todo lo referente al mecanismo en su cumplimiento de las prestaciones recíprocas contraídas en los contratos bilaterales y conmutativos está expuesto en la sentencia de casación de fecha 29 de febrero de 1936 (G. J. Tomo XLIII, págs. 342 y 343), cuya doctrina se adopta y se da por reproducida en este fallo.

Para que el contratante comprador Hernando Calvo Pulecio pueda suplicar, como lo hace de manera subsidiaria en este proceso, la resolución de la compraventa, es indispensable dentro del referido mecanismo, que viene consagrado en los artículos 1546 y 1609 del C. C., que a su vez haya cumplido a cabalidad sus obligaciones contractuales. Así lo exige la simetría del pacto bilateral, que reposa sobre una idea moral y que se impone a las partes sin que éstas puedan renunciar a su aplicación por anticipado.

La realidad procesal impone a la Corte la conclusión de que el comprador sí cumplió satisfactoriametne su deber de pagar el precio de la compraventa. Al efecto, en la escritura 253 expresa el vendedor que el precio de esa venta lo tiene recibido a su entera satisfacción; fuera de esa circunstancia de reconocido valor probatorio, en el cuadro de posiciones rendidas en el proceso explica el actor pormenorizadamente el modo, el tiempo y el lugar del pago que en tela de juicio quiso poner la contraparte y que hasta cierto punto refrenda implícitamente en el cuestionario de las posiciones a que sometió al demandante.

Hay algo más sobre este mismo extremo del fiel cumplimiento de sus prestaciones por parte del actor: la defensa opuso como excepción la simulación del contrato y en su alegato de concusión de primera instancia dijo: "...deben hacerse por ahora las declaraciones sexta y siguientes de la demanda de reconvención, por reservarse para la segunda instancia la prueba sobre la simulación del contrato materia de las peticiones principales de la contrademanda". Pero resulta que no cumplió esta promesa porque en la segunda instancia no se pidieron pruebas por ninguna de las partes; luego la simulación quedó sin demostración alguna en el proceso, y hay que aceptar la presunción de pago a favor del comprador.

Dedúcese de lo expuesto que el actor cumplió como comprador con sus obligaciones bilaterales y puede ejercitar la acción opcional sobre resolución que le otorga el artículo 1546 del C. C., sin que pueda oponérsele con éxito la **"exceptio non adimpleti contractus"**.

Queda por estudiarse si el vendedor primero, o sus herederos con posterioridad, que constituyen la parte demandada en este pleito, cumplieron a su vez con la obligación de entregar la cosa vendida.

Oportunamente se hizo la inscripción del instrumento de venta en la Oficina de Registro de aquel Circuito (Guamo), con lo cual se realizó la tradición jurídica o inscrita a que en parte se refiere el artículo 756 del C. C. Pero es un hecho plenamente demostrado en el proceso y sobre el cual no han controvertido las partes ni

en las instancias, ni en casación, que la casa vendida no fue nunca entregada material o siquiera simbólicamente al comprador, la que aún permanece en poder de los sucesores de Lázaro Calvo Pulecio.

Es indudable que tratándose de inmuebles no basta la tradición inscrita y el consiguiente registro de la compraventa para que se considere cumplida a cabalidad de manera completa la obligación que la ley (artículo 756 del C. C.) impone al vendedor de hacer entrega al comprador de la cosa vendida, con la oportunidad que señala precisamente para estos casos el artículo 1882 del C. C. Esto es así porque el derecho de dominio que se pretende transferir por el modo legal adquisitivo de la tradición no es una entidad abstracta y meramente intelectiva, que se satisfaga con el mero cumplimiento de una formalidad rituaria y externa, más que todo destinada en lo general a establecer y conservar la historia de la propiedad raíz, a través de sucesivas y posibles transmisiones. De nada valdría al comprador saber que tiene la investidura teórica del dominio de un bien inmobiliario, si no lo ha colocado el vendedor en condiciones de ponerse en contacto directo con él, agregarlo a su patrimonio y poder ejercer con toda oportunidad sobre éste todos y cada uno de los atributos de tan importante fenómeno. Porque en realidad de verdad lo que vende y transmite el vendedor no es el derecho de propiedad como una entelequia jurídica, autónoma y separada de la cosa misma, sino la facultad de apropiar el bien vendido y ponerlo al servicio y al goce del nuevo dueño, sin trabas originadas por actos u omisiones posteriores del vendedor. De allí que el nuevo Código Judicial (Ley 105 de 1931), haya consagrado esa distinción entre la entrega material y la inscrita de la cosa inmueble vendida, cuando en el artículo 887 establece el procedimiento para obtener la primera, en todos los casos en que el vendedor no haya querido cumplir esa obligación.

Esta misma doctrina viene ya consagrada por la Sala de Casación en numerosos fallos, entre otros en el de 2 de febrero de 1940, que se transcribe en su parte pertinente, a saber: "Este era el tiempo debido por su cumplimiento, y en relación con la forma, no basta para la total satisfacción de la obligación de entregar la mera inscripción del título en el registro de instrumentos públicos, sino que es necesario, para complementarla legalmente, verificar la entrega material de la cosa vendida para realizar el derecho de goce del comprador. La ley de procedimiento civil (artículo 887 del C. J.) provee al cumplimiento forzado de esta obligación del vendedor de entregar materialmente la cosa vendida, cuando a pesar de la inscripción del título en la Oficina de Registro correspondiente, el tradente retenga materialmente la cosa en su poder". (G. J. Tomo XLIX, página 55).

Resalta de lo hasta aquí dicho que ni el vendedor, ni posteriormente sus herederos, han cumplido con la obligación contractual de hacer entrega material de la casa al comprador, a efecto de que pudiera vincularla a su patrimonio y ponerla en condiciones de producirle el debido rendimiento económico. Se han violado, por esa circunstancia, los artículos 1546, 1581 y 1882 del C. C. Es el caso de que prospere la acción de resolución del contrato, consagrada en forma opcional en el artículo 1546 e incoada por el actor bajo la súplica primera subsidiaria del libelo principal. Se hace necesario, dentro de la técnica de este recurso extraordinario, casar parcialmente la sentencia con el solo objeto de revocar las declaraciones condenatorias contenidas en los puntos segundo y tercero de su parte dispositiva, las que deben ser sustituídas por la declaración de resolución del contrato que ahora está **sub-judice.** Las demás decisiones del fallo acusado deben quedar en pie.

Ahora bien: la resolución del contrato debe acarrear, como consecuencia necesaria, la de indemnizarle los perjuicios al actor. No es el caso de decretar una indemnización compensatoria, que el actor hace elevar a tres mil pesos ($ 3.000.00), porque en los autos no se han demostrado que existen perjuicios de esa índole, ni

que la renuencia en la entrega del inmueble ocasionara por sí sola quebranto patrimonial al comprador distinto del moratorio. De manera que la indemnización reclamada debe, por esa circunstancia, reducirse al pago de perjuicios moratorios, liquidados según la regla que cansagra el artículo 1617 del C. C. y limitados a la devolución de la cantidad pagada como precio de la venta y a sus intereses legales desde la fecha del contrato hasta su devolución al actor. Son éstas las únicas observaciones que corresponde a la Corte hacer como tribunal de instancia.

Fallo

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA PARCIALMENTE la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué el 31 de marzo de 1941, con el exclusivo fin de revocar las declaraciones segunda y tercera de su parte resolutiva, las que se sustituyen por ésta:

Se declara resuelto, por incumplimiento por parte del vendedor, el contrato de compraventa contenido en la escritura pública número 253, de 30 de octubre de 1933, Notaría del Guamo, en lo que hace referencia únicamente a la venta hecha a Hernando Calvo Pulecio de una casa de adobe y teja de barro ubicada en el centro de la ciudad del Guamo, cuyos linderos constan en el punto a) de la cláusula segunda del referido instrumento de venta.

En consecuencia, se condena a la sucesión de Lázaro Calvo Pulecio o a sus herederos Leonor, Ernesto y Gladys Calvo Lara, representados por su madre legítima señora Julia Lara v. de Calvo, a devolver a Hernando Calvo Pulecio la cantidad de un mil quinientos pesos moneda legal ($ 1.500.00), como precio de venta, más los intereses legales de dicha suma desde el 30 de octubre de 1933 hasta la fecha del reintegro, que deberá hacerse seis días después de ejecutoriada la providencia que sobre cumplimiento de este fallo dicte el Juzgado de instancia.

Quedan en pie las demás declaraciones del fallo del Tribunal.

Sin costas.

Cópiese, notifíquese, publíquese, insértese en la **Gaceta Judicial** y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Isaías Cepeda — José Miguel Arango. Liborio Escallón — Ricardo Hinestrosa Daza — Fulgencio Lequerica Vílez—Hernán Salamanca—Pedro León Rincón, Secretario en propiedad.

ACCION DE INDEMNIZACION DE PERJUICIOS

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, abril treinta de mil novecientos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Ricardo Hinestrosa Daza).

El presente juicio ordinario de Benigno Osorio contra el Municipio de Villahermosa, sobre indemnización de perjuicios, tuvo su primera instancia en el Juzgado Civil del Circuito del Líbano, la que terminó con fallo condenatorio de 16 de febrero de 1940, y la segunda en el Tribunal Superior de Ibagué, quien confirmó aquél en el de 30 de agosto de 1941 contra el cual recurrió en casación el demandado.

Lo ha representado ante la Corte el Procurador General de la Nación, quien invoca el motivo 6º de los artículos 520 del C. J., sosteniendo que "el proceso es nulo por no haberse conferido en debida forma el poder con que el Municipio demandado ha sido representado en las instancias, tanto por no haberlo otorgado el funcionario que debía hacerlo, cuanto por no haberse celebrado el contrato requerido por el artículo 173 de ese Código, al que se refiere el artículo 252 del mismo.

Lo acontecido al respecto fue lo siguiente: al recibir el Personero Municipal de Villahermosa la notificación de la demanda inicial de la causa, puso de presente al Alcalde las dificultades que se oponían al desempeño por aquél de la consiguiente tarea, entre ellas la distancia de ese Municipio a la cabecera del Circuito donde el pleito iba a ventilarse, y le pidió que, de acuerdo con dichos artículos 173 y 252, contratase abogado al efecto. En seguida el Alcalde confirió poder y éste se decretó por el Juez en auto cuya reposición solicitó el demandante para evitar toda dificultad ulterior acerca de la personería del Municipio, echando menos el contrato aludido o su comprobación, indicando como insuficientes los comprobantes aducidos sobre la calidad oficial de dicho funcionario mandante y exigiendo que el poder lo confiriese no éste, sino el Personero. El Juzgado mantuvo su providencia; pero el Tribunal, al decidir la apelación subsidiaria, la revocó, desechando las más de las razones del apelante y acogiéndole solo la última, esto es, la de que el poder debía otorgarlo el Personero Municipal, en el concepto de ser este funcionario el que lleva y, por ende, puede delegar la representación del Municipio, al paso que al Alcalde es a quien compete la contratación del servicio.

Al volver el proceso al Juzgado, el Personero, aduciendo la comprobación de su cargo, confirió el poder a la misma persona a quien el Alcalde lo había conferido, y el Juez, no sin poner de presente la falta de contrato previo o, al menos, la de su comprobación en el expediente, y manifestando que estaba decidido por el Tribunal todo lo antedicho y llenada por el Municipio la única exigencia hecha por el Superior, cual era la de que el poder lo otorgase el Personero Municipal, decretó el poder por auto que quedó en firme.

Es verdad que, como acaba de insinuarse, nada se reclamó después sobre personería; pero no puede desconocerse que la actuación relatada aquí implica discusión al respecto y decisión de que el poder conferido, sobre las dichas bases y en la situación indicada, confería la representación suficiente en ley al abogado, en cuanto se lo otorgase, como se lo otorgó, el Personero Municipal.

No puede menos de recordarse, por tan-

to, que, si bien el citado Código establece entre las causales de nulidad en todos los juicios "la ilegitimidad de la personería en cualquiera de las partes o en quien figure como su apoderado o representante", en su artículo 448, en su artículo 450 dice que "no hay nulidad por ilegimidad de personería... cuando se ha resuelto en auto ejecutoriado que es legítima la personería de la parte, de su apoderado o de su representante".

Más todavía: cuando se pronunció la sentencia de primera instancia había cambiado la persona del Personero Municipal y quien a la sazón ejercía este cargo, acompañando los comprobantes atañederos al mismo, formuló en el Juzgado un memorial en que apela de aquélla y días después presentó otro al Tribunal en solicitud de espera para que quedase constituído el apoderado que el Municipio demandado se proponía nombrar en Ibagué para la segunda instancia.

Aunque para lo que se observará en seguida bastaría advertir que el Personero nada reclamó en esta ocasión respecto de la personería del abogado que venía representando al Municipio hasta entonces, no sobrará anotar que implícitamente hallaba esa representación correcta al no ejercitar en vista del fallo adverso otro recurso que el de apelarlo y el de gestionar por de momento en el Tribunal acerca de la aludida espera.

En la mira de completar información, se recoge este hecho: el nuevo apoderado fue el abogado a quien el abogado anterior sustituyó el referido poder, como se ve al folio 4 del cuaderno 7º. La primera actuación sobre poder ya citada se halla en el cuaderno 1º en los folios 55 a 57. En el mismo (folios 74 a 77) se halla lo tocante al poder conferido por el Personero. Los memoriales de éste, a que se ha hecho referencia, se hallan en el cuaderno 1º, folios 119 a 122, y en el cuaderno 7º, folio 1º.

El citado artículo 450 del C. J., dice en su numeral 4º que no hay nulidad por ilegitimidad de personería "cuando resulta claramente de los autos que el interesado ha consentido en que la persona que figura en el juicio como apoderado represente sus derechos, aunque carezca de poder o éste no se halle arreglado a la ley".

Si el Municipio, por medio de su Personero, elevó esos memoriales que implican lo ya dicho, la nulidad que pudiera haber en el evento de estimarse los hechos y omisiones anotadas por el señor Procurador General tal como este funcionario los estima en relación con la validez del proceso, tiene que reconocerse desaparecida.

La calidad de ratificación que tienen actos de esa clase les viene por ministerio de la disposición misma de la ley que acaba de transcribirse. A mayor abundamiento se observa que este artículo 450, en su inciso final, relativo al caso de falta de citación de quien debió ser citado al juicio y a la consiguiente nulidad dice que éste "no puede alegarse... cuando la persona o personas que no fueron citadas o emplazadas, debiendo serlo, han representado en el juicio sin reclamar la declaración de nulidad".

Y no cabe argüir que al Personero no le era dado ratificarla, tanto porque, como ya se dijo, no es que él formulara ratificación sino que a su gestión le da la ley este carácter y alcance, cuanto porque el artículo 460 del C. J. la ratificación que les veda es la de nulidad surgida de incompetencia de jurisdicción improrrogable, en las circunstancias allí establecidas.

Desaparecida la nulidad, aun estando por sentado que se produjese, por lo antedicho en relación con el artículo 450, no hay lugar a estudiar los hechos mismos de que el Sr. Procurador la deriva, esto es, si debe o no presentarse al Juzgado el contrato que se celebre según el Art. 173, si la ausencia de la prueba o la falta del contrato previo determinan nulidad, si el poder debe conferirlo el Alcalde o el Personero. Y no hay lugar a tal estudio puesto que, repítese, aún en el supuesto más favorable a las tesis del recurrente, esto es, de que lo hecho y lo omitido produjeron

la nulidad afirmada por él, desaparecida ya, mal podría declararse.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República dé Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia recurrida, o sea la pronunciada en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué el treinta de agosto de mil novecientos cuarenta y uno.

Sin costas, de conformidad con el artículo 576 del Código Judicial.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

Isaías Cepeda — José Miguel Arango. Liborio Escallón — Ricardo Hinestrosa Daza — Fulgencio Lequerica Vélez—Hernán Salamanca—Pedro León Rincón, Secretario en propiedad.

ACCION RESCISORIA POR LESION ENORME.—DICTAMEN PERICIAL

1.—En innúmeras decisiones de la Sala de Casación se ha aceptado la jurisprudencia de que el dictamen pericial, cuando es uniforme, explicado y debidamente fundamentado, hace plena prueba, pero es necesario que sea debidamente fundamentado. Esta condición la aprecia libremente el juzgador, y el superior no puede variarla sino en tanto que se compruebe que en esa apreciación se incurrió en verdadero error de hecho que aparezca de bulto o de manifiesto en los autos. 2.—La facultad que tiene un juzgador para dictar auto para mejor proveer, en el caso del art. 721 del C. J., no es materia de casación.—3.—Se ha repetido tesoneramente, y es cuestión que ya no se discute en casación, que todo fallo absolutorio está en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas en la demanda, cuando en él se han estudiado todas las cuestiones propuestas en la demanda.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, abril treinta de mil novecientos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor José Miguel Arango).

El doctor Víctor Salazar Caballero, obrando en nombre de la sucesión líquida de su padre Luis Salazar Díaz, promovió acción ante el respectivo Juez del Circuito, para que previas las ritualidades del caso se hicieran por la justicia ordinaria estas declaraciones:

"a) Que hay lesión enorme para el vendedor en el contrato celebrado entre el señor Luis Salazar Díaz y el doctor Roberto Restrepo, por la escritura número 598 de 13 de junio de 1936, de la Notaría Segunda de este Circuito, en razón de la diferencia de lo que recibió el vendedor por la cosa vendida y el justo precio de la misma;

"b) Que en consecuencia se declare rescindible, por lesión enorme para el vendedor, y a favor de la sucesión líquida del señor Luis Salazar Díaz, o de sus herederos, y en contra del doctor Roberto Restrepo, el contrato contenido en la escritura anteriormente citada;

"c) Que el doctor Roberto Restrepo debe, por tanto, completar el justo precio que para la finca vendida se establezca en este juicio, con deducción de una décima parte del mismo, o restituír dicha finca, purificada y libre de hipoteca y gravámenes, si los tuviere, en el término legal;

"d) Que el doctor Roberto Restrepo debe intereses o frutos, por causa de esta acción desde la fecha de la demanda, según que resuelva completar el justo precio de la cosa vendida, o restituír ésta;

"e) Que se le condene igualmente a pagar las costas del juicio, si a ello hubiera lugar".

Desató el litigio el señor Juez 2º Civil de Manizales, en providencia de 24 de agosto del año de 1939, declarando que no hubo lesión enorme para el vendedor Salazar Díaz en el contrato celebrado con el doctor Roberto Restrepo, que consta en la escritura número 598, otorgada en la Notaría Segunda de Manizales el 13 de junio de 1936, y como consecuencia de esta declaración, absolvió al demandado de todos los demás cargos formulados en la demanda.

De tal providencia recurrió en alzada para ante el Tribunal Superior de Manizales el apoderado de la parte actora, y esa entidad, en providencia de 12 de mayo de 1941, falló así:

Confírmase la sentencia recurrida de 24 de agosto de 1939, en cuanto absuelve al demandado de los cargos formulados en el libelo de demanda y ordena la cancelación de la inscripción de dicha demanda, y la reforma, en el sentido de declarar que no se hacen ninguna de las solicitudes demandadas en su parte petitoria porque ni la acción de rescisión por lesión enorme, ni sus consecuenciales, fueron demostradas".

Recurrió en casación el apoderado del doctor Víctor Salazar Caballero y tramitado este recurso en la forma prevenida por la ley, se decide previas estas reflexiones.

Se invocan como motivos de casación los señalados en los Nnumerales 1º y 2º del artículo 520 del Código Judicial, así: a) Por infracción directa y por falta de apreciación de la prueba consistente en el dictamen pericial practicado en primera instancia con violación directa del artículo 1946 y los artículos 721 del Código Judicial y b) Por no estar la sentencia de acuerdo con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes por cuanto el vendedor demandó la rescisión de una venta por causa de lesión enorme y suministró al juzgador los elementos probatorios de esa lesión, pero éste desobedeció el mandato de la ley, que le ordenaba hacer la regulación o decretar un nuevo avalúo, "y pasando por encima de ese mandato se apresuró a dictar sentencia absolviendo al demandado, entonces lo que pasa es que la sentencia no está en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas y oportunamente comprobadas por la parte actora", palabras textuales de la demanda de casación.

El primer cargo, como se ve, se hace consistir en la falta de apreciación de la prueba pericial practicada en primera instancia.

Esta tacha del recurrente está en abierta oposición con la sentencia de segunda instancia, ya que en el cuerpo de ella, el fallador de segundo grado apreció in extenso la prueba pericial practicada en la primera instancia y así dijo, refiriéndose a ella:

"Como la pericial que se aportó en la primera instancia de este juicio no constituye una base cierta para que el fallador pueda deducir de ella cuál era el verdadero valor del inmueble vendido por la escritura número 598, en la época en que este contrato se celebró, debido a que los tres peritos que actuaron en la diligencia de avalúo resultaron en la fijación del que en su concepto era el verdadero precio de la cosa vendida en el tiempo a que se hace referencia tan alejados unos de otros que ni siquiera se puede dar aplicación a lo dispuesto en el segundo inciso del artículo 721 del Código Judicial, de tomar el medio aritmético; y como por otra parte, tales dictámenes tampoco permiten hacer una regulación que se estime equitativa conforme a los demás elementos del proceso, porque como más adelante se demostrará no se desprende de ninguna de las pruebas circunstanciales que constituyen el acervo probatorio de la parte actora ningún elemento de fuerza tal que permita al fallador acoger uno u otro de los dictámenes en cuestión sin que se pueda incurrir en el peligro de hacer una estimación arbitraria, lo más procedente es desecharlos en su totalidad y entrar a dilucidar la prueba indiciaria que constituyen las declaraciones de los testigos y las otras a que ya se ha hecho referencia".

El Juez de primera instancia desechó también la exposición pericial por no estar los peritos de acuerdo. No pudo tomar el medio aritmético porque entre los dos extremos del avalúo había un exceso de un cincuenta por ciento de la cantidad menor, y no consideró prudente dictar auto para mejor proveer, ordenando nuevo avalúo porque, según el Juzgado, ello equivaldría a retrotraer la actuación "y a estar sujetos a nuevas demoras que no hacen gracia a la justicia".

Estas transcripciones hacen ver, sin lugar a duda, que los sentenciadores, tanto de primera como de segunda instancia, sí apreciaron el dictamen pericial, lo halla-

ron falto y por ello no les sirvió de base para acuantiar el valor o justo precio del fundo en el momento de celebrarse el contrato.

En innúmeras decisiones de esta Sala, se ha aceptado la jurisprudencia, de que el dictamen pericial, cuando es uniforme, explicado y debidamente fundamentado, hace plena prueba, pero es necesario que sea debidamente fundamentado, y ésta es condición que aprecia libremente el juzgador y que el Superior no puede variar sino en tanto que se compruebe que en esa apreciación se incurrió en verdadero error de hecho, que aparezca de bulto o manifiesto en los autos.

En el presente caso no se pudo tomar el medio aritmético, porque la diferencia entre los dos extremos excedía en un cincuenta por ciento de la cantidad menor. Procedió el fallador a hacer la regulación del precio de la cosa vendida, en el momento del contrato, pero no halló en el expediente probanzas que le dieran base para ello. Adviértese que esta solución no ha sido atacada en casación.

El Tribunal de Manizales desechó el dictamen pericial practicado en primera instancia y dio las razones para esè rechazo. Están consignadas en el cuerpo de su fallo, y contra ellas no ha habido ataque en casación. No creyó prudente hacer uso de la facultad de decretar un nuevo avalúo por medio de peritos porque, seguramente estimó que, habiéndose solicitado por el demandante una nueva diligencia pericial, era el caso de estarse a ella y no proceder de oficio. Por otra parte, es conveniente recordar que la facultad que tiene un juzgador para dictar, en el caso del artículo 721, auto para mejor proveer, no es materia de casación. Ese es un recurso que no obliga a los juzgadores y no da ocasión para hacerle reparo alguno en casación. Depende de su voluntad, no es obligatorio. Para mayor abundamiento se copia lo que el Tribunal de Manizales asentó en su proveído con relación a la prueba pericial. Así se expresó:

"La falta de demostración de la acción incoada por la parte actora se debe exclusivamente a la falta de interés o de diligencia por la misma en hacer practicar la prueba pericial que se decretó a petición de dicha parte, en esta segunda instancia, pero que por no haberse hecho practicar oportunamente, no pudo servir para que hubiera sido apreciada en el juicio".

Como el Tribunal no encontró debidamente fundamentados los juicios de los peritos, rechazó el dictamen, ciñéndose a la disposición del art. 721. No dictó auto para un nuevo avalúo pericial porque ello es facultativo y no obligatorio, proceder éste que en nada contraría la disposición del art. 721, ya que no se ha demostrado que el fallador de Manizales, al desestimar el dictamen pericial hubiera incurrido en error de hecho evidente en la apreciación de los fundamentos que adujeron los peritos para fijar el precio de la cosa vendida en el momento del contrato. Tampoco es materia de acusación el hecho de no ejercitar la facultad de decretar de oficio el nuevo avalúo de que habla el art. 721.

Como la única acusación por este aspecto, se refiere a la falta de estimación del dictamen pericial, y como esa prueba sí fue apreciada por el sentenciador, como se ha visto por lo transcrito, el cargo es infundado y por ello se rechaza.

El reparo que se le hace a la sentencia por incongruencia es del todo inaceptable. Se ha repetido tesoneramente, y es cuestión que ya no se discute en casación, que todo fallo absolutorio está en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas en la demanda, cuando en él se han estudiado todas las cuestiones propuestas en la demanda, como acontece en el caso de autos. Es inútil insistir en este motivo de casación, que igualmente se rechaza.

Por lo expuesto la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, FALLA:

1º No se infirma la sentencia proferida por el Tribunal de Manizales el doce de mayo de mil novecientos cuarenta y uno.

2º Las costas del recurso son de cargo del actor.

Notifíquese, cópiese, publíquese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente al Tribunal de origen,

Isaías Cepeda. — José Miguel Arango. Liborio Escallón. — Ricardo Hinestrosa Daza.—Fulgencio Lequerica Vélez.—Hernán Salamanca. — Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

SALA DE CASACION EN LO CRIMINAL

PROSPERA EL RECURSO DE CASACION INTERPUESTO POR HABERSE APLICADO UNA PENA MAYOR DE VEINTICUATRO AÑOS DE PRESIDIO.—NO PUEDEN INVOLUCRARSE LAS CAUSALES DE CASACION DE LA ANTIGUA LEY CON OTRAS DEL CODIGO VIGENTE AHORA. — CUANDO PUEDE CONSIDERARSE QUE HAY VEREDICTO NOTORIAMENTE INJUSTO

1.—No es posible involucrar causales de la antigua ley con otras de la que ahora rige. Bajo la vigencia de aquélla ocurrieron los hechos que se imputan a los reos (marzo de mil novecientos treinta y cinco), y se adelantó el proceso, de suerte que el antiguo Código y sus leyes complementarias (como la de casación), rigen los trámites y el recurso ante la Corte; los procesados podían acogerse a la ley nueva si la estimaban más favorable para ellos, pero no invocando conjuntamente causales de una y otra ley.

2.—También es doctrina repetida por la Sala en varios fallos la de que en los juicios por Jurado no puede considerarse el veredicto notoriamente injusto si tiene respaldo suficiente en las pruebas del proceso; y que la mera conjetura sobre posible equivocación en el veredicto no bastaría para declararlo injusto ni, menos, notoriamente injusto.

3.—Que no puede el juez imponer pena mayor de veinticuatro años de presidio, trátese de un solo delito o de un concurso real de delitos, resulta de lo dispuesto por el artículo 45 del nuevo Código Penal y del estudio sobre los antecedentes del mismo. Con efecto:

El anteproyecto de código de Ferri para el Reino de Italia permitía al juez pasarse, en ciertas circunstancias, del máximo de pena señalado por la ley para determinar delito; pero esta facultad era explicable dentro de un sistema subjetivista que establecía la sentencia a tiempo indeterminado y la prisión perpetua.

El Código Penal colombiano, aunque tomó como derrotero aquel anteproyecto de Ferri, no quebró por completo la tradición jurídico-penal que reconoce predominio al elemento objetivo; y tampoco adoptó la pena de prisión perpetua ni siquiera la sentencia a tiempo indeterminado.

La Comisión redactora del anteproyecto colombiano que vino a convertirse en el actual código propuso como pena máxima imponible la de treinta años de presidio, sin autorzar al juez sobrepasar ese límite.

La Comisión del Senado que estudió el anteproyecto y que lo propuso como proyecto al mismo Senado, estimó excesiva la sanción de treinta años teniendo en cuenta varios considerandos, entre otros el promedio de duración de la vida humana en Colombia; y resolvió bajar a veinticuatro años el máximo de pena imponible, sin establecer excepciones ni hacer distinción para el caso de que se trate de sancionar a un reo por varios delitos. La trayectoria recorrida por el legislador colombiano muestra que, apartándose del anteproyecto de Ferri, no sólo prescindió de establecer la prisión perpetua sino que aún consideró excesivo el término de treinta años para la pena de presidio, la cual restringió a veinticuatro años como máximo.

La ley más benigna es la que debe apli-

carse al procesado, aun cuando ella sea posterior al acto materia del juicio, según principio reconocido expresamente por los artículos 22 de la Constitución, 44 y 45 de la Ley 153 de 1887, 3º del Código Penal y 5º del Código de Procedimiento.

En el caso a que se refiere el proceso la pena que debió imponerse es la que establece el Código de 1936 y no la del Código de 1890, por señalar éste veinticinco años de presidio y aquel solamente veinticuatro. Por consiguiente, la sentencia recurrida, que se atuvo al Código Penal de 1890, hizo una indebida aplicación de éste y por esa razón se invalida.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, ocho de julio de mil novecientos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. José Antonio Montalvo)

Procede la Corte a decidir el recurso de casación que con el impropio nombre de apelación, interpusieron Carmen Antonio Maldonado y Guillermo Téllez contra la sentencia del Tribunal Superior de Pamplona que los condenó a veinticinco años de presidio por los delitos de asesinato y robo.

Téllez nada ha dicho para fundar el recurso.

Maldonado sí alegó ante la Corte invocando las causales 1ª, 2ª y 5ª de la Ley 118 de 1931; pero también aduce a manera de causal la "errada apreciación de las pruebas de imputabilidad", pensando quizá en la 2ª del nuevo Código de Procedimiento.

En otras ocasiones ha dicho esta Sala que no es posible involucrar causales de la antigua ley con otras de la que ahora rige. Bajo la vigencia de aquella ocurrieron los hechos que se imputan a los reos (marzo de mil novecientos treinta y cinco), y se adelantó el proceso, de suerte que el antiguo Código y sus leyes complementarias (como la de casación) rigen los trámites y el recurso ante la Corte; los procesados podían acogerse a la ley nueva si la estimaban más favorable para ellos, pero no invocando conjuntamente causales de una y otra ley.

Conviene anotar, por supuesto, que el único escrito tendiente a sostener esta casación por parte de los reos aun cuando alude a indebida aplicación de la ley penal y nulidad del juicio nada explica sobre el particular; y que las alegaciones se refieren todas al valor de las pruebas, con el intento de desvirtuar los testimonios que obran en contra de los procesados.

Tal crítica de las declaraciones resulta bien discutible por cierto, pues no es verosímil que distintos testigos, extraños entre sí, que deponen sobre hechos y episodios diferentes y cuyo móvil interesado no existe o no se conoce, se hubiesen confabulado para crear contra Téllez y Maldonado una serie de graves indicios.

La Corte se ha pronunciado repetidas veces en el sentido de que en los juicios por Jurado no puede considerarse el veredicto notoriamente injusto si tiene respaldo suficiente en las pruebas del proceso; y que la mera conjetura sobre posible equivocación en el veredicto no bastaría para declararlo injusto ni, menos, notoriamente injusto.

Y para el presente caso dice acertadamente el señor Procurador:

".....hay una abundante prueba indiciaria capaz de formar convicción en los jurados de que los responsables del homicidio y del robo fueron los dos condenados".

No prospera, pues, la casación por los aspectos que presentó uno de los recurrentes.

Debe ahora considerarse el asunto según lo plantea el señor Procurador Delegado, quien aduce la causal 1ª aunque fundándola en motivo distinto de los que el procesado alegó.

Opina el señor Procurador que la ley penal resulta mal aplicada en este caso por habérsele impuesto a los reos la pena de veinticinco años de presidio conforme al viejo Código y en la errónea creencia de serles más favorable que el nuevo, lo cual no es así puesto que el límite máximo de la pena de presidio en el nuevo Código

es el de veinticuatro años. Y pide que se infirme la sentencia para cambiar por ésta la pena que impuso el fallo recurrido.

Sobre este problema decidió la Corte en reciente sentencia (quince de junio de mil novecientos cuarenta y dos, casación de Arturo Herrera y Moisés Montoya), y en sentido favorable a la tesis que el señor Procurador propone también para el presente caso. Esta Sala dijo en la citada sentencia, refiriéndose al artículo 45 del Código Penal, lo siguiente:

Determina el artículo 45 el mínimo y el máximo imponible de cada una de las penas establecidas como principales en el Código.

Pero no se sabe si los autores de éste se propusieron solamente dar una norma general, con el ánimo de que luégo se sometiese a ella la cuantía de las penas en la parte especial del Código para las diferentes clases de delitos; o si quisieron con el artículo 45 fijar el máximo de pena imponible en todo caso aún en el de concurso de delitos y de reincidencia (artículos 31 a 34), así como el mínimo del cual no deba bajarse aún en aquellos casos en que la misma ley autoriza la imposición de una cuota parte de la pena, verbigracia cuando se trata de la sanción correspondiente al cómplice no necesario (artículo 20) o de la mitigada para el que delinque en estado de ira o de intenso dolor causado por grave e injusta provocación (artículo 28).

En algunas disposiciones de la Parte Especial se sobrepasa el límite fijado como máximo por el artículo 45: por ejemplo, en los casos de los artículos 161, 254 y 258 que señalan pena de prisión hasta por diez años, o de los artículos 317 y 391 que autorizan aumentos en la pena de prisión fijada por otros artículos, pues al imponer el máximo de la respectiva pena si se hacen esos aumentos la sanción excedería de los límites fijados por el artículo 45.

No está sometida, en el presente caso, a la Corte la cuestión de saber si el Juez debe ceñirse siempre a los términos mínimo y máximo fijados en el artículo 45, tratándose de cualquiera de las penas establecidas como principales; por ahora su estudio y decisión deben limitarse al punto de si la pena de veinticuatro años, puede sobrepasarse o no en una sentencia condenatoria que contemple el caso de un concurso real de delitos.

En el precitado fallo se examinan a espacio tres antecedentes de importancia relativos al origen y discusión del proyecto que vino a ser Código Penal colombiano de 1936, a saber: sistema que se proponía en el anteproyecto italiano de Ferri (año de 1921), anteproyecto que siguieron muy de cerca los autores de nuestro Código Penal; ideas de éstos sobre pena máxima imponible; y modificación que sufrió el proyecto de Código en el Senado acerca de ese mismo punto, la cual define claramente el propósito del legislador colombiano al respecto. Lo más pertinente de tal estudio puede resumirse así:

La Comisión colombiana que redactó el proyecto de Código Penal de 1936 tomó como derrotero el presentado por otra Comisión colombiana en 1924 y 1925; y éste tuvo como fuente de inspiración el anteproyecto elaborado para el Reino de Italia, en el año de 1921, por Ferri y otros hombres de ciencia de aquella Nación; pero en el Código nuestro no hay unidad de pensamiento tal que permita considerarlo como fiel trasunto del proyecto de Ferri; éste es integralmente subjetivista mientras que en el Código colombiano son bastantes las disposiciones en que se ve el ánimo de no quebrar por completo la tradición jurídico-penal que reconoce predominio al elemento objetivo.

El proyecto italiano (artículo 20) toma como fundamento único de la sanción la peligrosidad del delincuente y apenas asigna el carácter de elementos demostrativos de ella a la gravedad y modalidades del hecho delictuoso, los motivos determinantes y la personalidad misma del delincuente; mientras que en la ley colombiana parecen equipararse estos cuatro elementos: a) gravedad y modalidades del hecho delictuoso; b) motivos determinantes; c) circunstancias de mayor o menor peligrosidad "que lo acompañen"

(al hecho?), y d) personalidad del agente.

El anteproyecto de Ferri, aunque determina el máximo y el mínimo de cada una de las sanciones imponibles, confería al Juez la facultad de propasarse del máximo o bajar del mínimo, según que las circunstancias de mayor o menor peligrosidad fuesen más o menos numerosas (artículos 74 a 77); mientras que el Código colombiano no autoriza al Juez para salirse de los límites mínimo y máximo de la sanción aplicable en un caso determinado; por eso el artículo 45 que fija el mínimo y el máximo de las sanciones, hace diferir notablemente el sistema del que proponía el anteproyecto italiano de 1921 y aún podrá dejar sin aplicación en muchos casos los artículos 31 a 36 sobre concurso de delitos y reincidencia.

El anteproyecto italiano, a pesar de que aceptaba la condenación a tiempo indeterminado y la prisión perpetua, para el caso de concurso de delitos estatuía que se aplicara la sanción correspondiente al más grave, considerando los otros delitos únicamente como circunstancias de mayor peligrosidad; sólo a este título, no por el hecho objetivo del concurso mismo, podía pensarse, y eso interpretando el artículo 23 en relación con el 75 de aquel proyecto que en tal caso también estaba facultado el Juez para aplicar una sanción superior al máximo de la establecida para el delito más grave. En el Código colombiano no hay disposición que autorice expresamente al Juez para imponer una cantidad de pena superior al máximo de la respectiva sanción; y si es verdad que el artículo 33 dice: "Al responsable de varios delitos cometidos separada o conjuntamente y que se juzguen en un mismo proceso, se le aplicará la sanción establecida para el más grave, aumentada hasta en otro tanto", esto no significa que se suponga como base el máximo de la sanción correspondiente al delito más grave y que sobre ese máximo haya de hacerse el aumento.

La Comisión redactora del anteproyecto de Código Penal colombiano no acogió la pena de prisión perpetua, ni siquiera la sentencia a tiempo intedeterminado; y propuso como pena máxima imponible sin distinguir si se trataba de aplicarla por uno o por varios delitos, la de treinta años de presidio; la Comisión del Senado que estudió el anteproyecto y que lo propuso como proyecto al mismo Senado, estimó excesiva la sanción de treinta años teniendo en cuenta varios considerandos, entre otros, el promedio de duración de la vida humana en Colombia, y resolvió bajar a veinticuatro años el máximo de pena imponible, sin establecer excepciones ni hacer distinción para el caso de que se tratase de sancionar a un reo por varios delitos.

La trayectoria recorrida por el legislador colombiano muestra que, apartándose del anteproyecto de Ferri, no sólo prescindió de establecer la prisión perpetua sino que aún consideró excesivo el término de treinta años para la pena de presidio, la cual restringió a veinticuatro años como máximo.

La ley más benigna es la que debe aplicarse al procesado, aun cuando ella sea posterior al acto materia del juicio, según principio reconocido expresamente por los artículos 22 de la Constitución, 44 y 45 de la Ley 153 de 1887, 3º del Código Penal y 5º del Código de Procedimiento. En el caso a que se refiere el procesado la pena que debió imponerse es la que establece el Código de 1936 y no la del Código de 1890, por señalar éste veinticinco años de presidio y aquél solamente veinticuatro. Por consiguiente, la sentencia recurrida, que se atuvo al Código Penal de 1890, hizo una indebida aplicación de éste, y debe invalidarse.

Como el recurso prospera por la causal de indebida aplicación de la ley penal, incumbe a la Corte dar la sentencia que ha de reemplazar a la infirmada y para esto se considera:

Los delitos imputados a Carmen Antonio Maldonado y Guillermo Téllez, son los de asesinato y robo; de suerte que debe imponérseles, de acuerdo con el artículo 33 del nuevo Código Penal, la sanción corres-

pondiente al más grave, aumentada hasta en otro tanto.

El más grave, en el presente caso, es el de homicidio, que tiene asignada pena de quince a veinticuatro años de presidio por el artículo 363 **ibídem.**

El homicidio se cometió con premeditación, previa asechanza y alevosía, según el veredicto del Jurado y circunstancias que le dan la calidad de asesinato ante el Código de 1890; y esas mismas circunstancias (aún prescindiendo de la premeditación) caracterizan el hecho también como asesinato a la luz del nuevo Código (artículo 363, numeral 5º).

Si a esto se agrega el haber cometido el crimen por motivos innobles o fútiles (deshacerse de un acreedor), la preparación ponderada del delito y el tiempo, lugar y modo de ejecución de éste que, por lo sorpresiva, privó a la víctima de la posibilidad de defenderse, así como el haber obrado con la complicidad del otro previamente concertada, la concurrencia de estas circunstancias de mayor peligrosidad (Código Penal, artículo 37, numerales 3º, 5º, 6º y 9º), lleva a la aplicación de una pena superior a la mitad de la diferencia entre el máximo y el mínimo; de manera que no es excesivo imponer a cada uno de los reos la pena de veinte años de presidio por el asesinato.

Ahora: por el robo, cometido en despoblado, debe hacerse el aumento de sanción que ordena el artículo 33 del Código para el concurso real de delitos como es éste, aumento que no podría ser menor de cuatro años de presidio para Maldonado, atendidas no ya sólo las circunstancias de mayor peligrosidad sino la personalidad misma de este reo, que ha tenido cuentas con la justicia.

La Corte encuentra equitativo hacer una diferenciación de pena entre los dos reos, como la hizo el Juez de primera instancia, atendida la menor edad de Guillermo Téllez, quien declaró tener diez y ocho años cuando se le recibió indagatoria; y así, el aumento de la pena por razón del concurso de delitos, que es de cuatro años para Maldonado, se hace de dos años para Téllez.

Por lo que se ha expuesto la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, de acuerdo con el parecer del señor Procurador de la Nación, y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Resuelve:

1º INVALIDASE la sentencia del Tribunal Superior de Pamplona, fechada el veintiséis de junio de mil novecientos cuarenta, que impuso a Carmen Antonio Maldonado y a Guillermo Téllez la pena de veinticinco años de presidio;

2º Condénase a Carmen Antonio Maldonado, como responsable de asesinato en la persona de Rosendo Ibarra y robo, a la pena principal de veinticuatro años de presidio;

3º Condénase a Guillermo Téllez, como responsable de asesinato en la persona de Rosendo Ibarra y robo, a la pena principal de veintidós años de presidio;

4º Los reos Carmen Antonio Maldonado y Guillermo Téllez cumplirán la pena de presidio que a cada uno de ellos se impone, en la penitenciaría que el Gobierno determine y en la forma indicada por los artículos 43 y 45 del Código Penal. Como parte cumplida de dichas penas se tendrá el tiempo que los reos hayan estado detenidos;

5º Condénase a Carmen Antonio Maldonado y a Guillermo Téllez a la indemnización de los perjuicios causados por los delitos, y a las siguientes penas accesorias: interdicción de derechos políticos y funciones públicas por un lapso de veinticuatro años computables en la forma que previene el artículo 97 del Código Penal; pérdida de toda pensión, jubilación o sueldo de retiro de carácter oficial, y pérdida de la patria potestad si la tuvieren;

6º Entréguense al Estado las armas con que se cometieron los delitos, así como los bienes o efectos que provengan de la ejecución de ellos, sin perjuicio de los derechos de terceros; y

7º Hágase la publicación especial de la sentencia en la forma y términos prevenidos por los artículos 52, 53 y 54 del Código Penal.

El Juzgado de origen hará que se efectúe dicha publicación especial dentro de los treinta días siguientes a la ejecución de este sentencia, así como también dará cumplimiento al artículo 16 del Decreto número 944 de 1934 sobre anotación de ella en el registro del censo electoral permanente, para lo cual pasará comunicación tanto al Jurado Electoral del domicilio de los reos como a la Oficina de Identificación Electoral del Ministerio de Gobierno que funciona en Bogotá.

Cópiese, notifíquese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente.

José Antonio Montalvo — Campo Elías Aguirre — Absalón Fernández de Soto. Julio E. Argüello R., Secretario.

CONSULTA DE UN AUTO DE SOBRESEIMIENTO DEFINITIVO

El Código de Procedimiento que hoy rige no le dio a la Corte competencia legal para asumir el grado especial de jurisdicción que implica conocer por consulta de los sobreseimientos proferidos por Tribunales Superiores. Así lo ha explicado la Sala, en repetidos autos. Tales decisiones versan sobre asuntos iniciados a partir del 1º de julio de 1938, pues la Corte sí había venido conociendo por consulta de los autos de sobreseimiento dictados en negocios anteriores a tal fecha, ya que aquellos negocios debían seguir rigiéndose por el procedimiento anterior, de acuerdo con lo que dispone el artículo 722 del nuevo Código. Pero como este artículo fue declarado inexequible por la Corte en Sala Plena, queda en claro que el nuevo Código puede aplicarse en negocios antiguos cuando resulte ley más favorable al sindicado que el Código ahora vigente. En el caso a que aluden los autos la no consultabilidad del sobreseimiento resulta favorable al sindicado, por las razones que de modo insistente ha presentado a la Corte el señor Procurador de la Nación.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal—Bogotá, ocho de junio de mil novecientos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Antonio José Antonio Montalvo).

El Tribunal Superior de Bucaramanga dictó, con fecha diez y ocho de marzo de mil novecientos cuarenta y dos, auto de sobreseimiento definitivo, por hallarse prescrita la acción penal, en favor del doctor Víctor J. Cordero, ex-Juez 3º del Circuito de Málaga, acusado por detención arbitraria; y en providencia posterior, fechada el veintidós de abril último, dispuso el Tribunal que se consultara con la Corte aquel auto de sobreseimiento definitivo.

Se trata de negocio iniciado en octubre de mil novecientos treinta y uno, esto es, varios años antes de que entrase en vigencia la nueva legislación penal.

El Código de Procedimiento que hoy rige no le dio a la Corte competencia legal para asumir el grado especial de jurisdicción que implica conocer por consulta de los sobreseimientos proferidos por Tribunales Superiores. Esto lo ha explicado y demostrado la Sala, apartándose del concepto de la Procuraduría, y por cierto que limitando con toda claridad el alcance de su tesis, en repetidos autos aprobados por unanimidad en la Sala y sobre proyectos presentados por cada uno de los tres Magistrados que la integran. Una de esas providencias aparece publicada en la **Gaceta Judicial**, números 1964 y 1965, correspondientes a los meses de enero y febrero del año de mil novecientos cuarenta y uno.

Tales decisiones versan sobre asuntos iniciados a partir del 1º de julio de 1938, pues la Corte sí había venido conociendo por consulta de los autos de sobreseimiento dictados en genocios anteriores a tal fecha, ya que aquellos negocios debían seguir rigiéndose por el procedimiento anterior, de acuerdo con lo que dispone el artículo 722 del nuevo Código.

Pero en sentencia fechada el trece de mayo del año próximo pasado, la Corte en Sala Plena declaró inexequible el artículo 722 del nuevo Código de Procedimiento, "en cuanto sustrae los procesos iniciados antes del primero de julio de 1938, fecha de su vigencia, de la aplica-

ción de sus normas de carácter sustantivo, en los casos en que son más favorables al acusado que las reglas respectivas de la legislación anterior".

Al tenor de la precitada sentencia de inexequibilidad del artículo 722, dictada por la Corte Plena, queda en claro que el nuevo Código puede aplicarse en negocios antiguos cuando resulte ley más favorable al sindicado que el Código ahora vigente; y es lo cierto que la no consultabilidad del sobreseimiento resulta favorable al sindicado, como lo ha demostrado el señor Procurador de la Nación en varias vistas emitidas acerca de procesos que se hallaban en circunstancias análogas al de que ahora se trata (Luis Arcila Montoya, ex-Juez del Circuito de Andes, J. Rafael Velasco ex-Juez del Circuito de Santander, Cauca; Querubín Perdomo, ex-Juez del Circuito de Ibagué; Roberto Acevedo, ex-Juez Superior de Manizales, etc.).

En estas condiciones, se hace innecesario surtir el trámite de segunda instancia y la Corte debe declararse inhibida, de plano, para conocer de la consulta.

A virtud de los considerandos que preceden, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, se ABSTIENE de revisar el auto de sobreseimiento por prescripción que el Tribunal Superior de Bucaramanga ha remitido en consulta a la Corte, y ordena devolver a dicho Tribunal el expediente previa desanotación en los libros de la Secretaría.

Cópiese y notifíquese e insértese en la **Gaceta Judicial.**

José Antonio Montalvo — Campo Elías Aguirre — Absalón Fernández de Soto. Julio E. Argüello R., Secretario.

CAUSALES DE IMPEDIMENTO Y DE RECUSACION EN MATERIA PENAL

La esencia de las causales de recusación e impedimento se reduce a un presunto interés del Juez o Magistrado, ora en favor del reo o ya en su perjuicio. Según esto, la simple circunstancia de que el fallador haya atestiguado que es buena la conducta del sujeto sometido a una acción penal, no puede traducirse en interés por el reo, puesto que deponer aquéllo no alcanza a constituír, ni en la más rígida de las delicadezas morales, una inclinación del ánimo hacia el sindicado. De no ser así, siempre habría interés del fallador que va a juzgar al individuo *conocido*, respecto del cual *sabe de cierto* que es de buena o mala conducta. Tampoco semejante testimonio del Juez o Magistrado implica prejuzgamiento alguno en lo concerniente a la personalidad de la parte procesada. No es la conducta el sólo factor que determina esa personalidad, fuera de que cabe en el particular el mismo argumento *ab absurdo*, anterior: que siempre tendría un juicio anticipado de la personalidad del reo el Juez o Magistrado que va a juzgar al hombre por el bien conocido.

Saber de propias y directas percepciones quién es en el fondo el individuo sindicado, más bien no será para el fallador la ambicionable posesión de un valioso dato que ha de ayudarle a impartir justicia con mayores probabilidades de acierto?

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal—Bogotá, junio diez y nueve de mil novecientos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Campo Elías Aguirre).

Vistos:

En el sumario que por motivos de responsabilidad (abuso de autoridad o delito contra la inviolabilidad del domicilio) se le formó al Juez 2º del Circuito Penal de Manizales, doctor Aníbal Arango Escobar, uno de los Magistrados del Tribunal Superior que en esa ciudad funciona, doctor Bernardo Salazar Grillo, expidió esta certificación:

"Conozco personalmente al doctor Aníbal Arango Escobar y por ello aseguro bajo la gravedad del juramento, que dicho señor es persona honorable, muy juicioso, magnífico ciudadano, trabajador y buen amigo. Que, en mi concepto, su conducta social es inmejorable y no he llegado a tener conocimiento de que haya cometido faltas contra la dignidad ni contra su honor de caballero...".

Resultando:

El Magistrado doctor Salazar Grillo se declaró impedido para conocer de aquel proceso "por haber rendido declaración sobre la conducta del sindicado doctor Aníbal Arango Escobar", impedimento que el Magistrado doctor Victoriano Vélez, que en turno sigue, calificó como carente de fundamento legal.

Considerando:

Toca a la Corte decidir de plano la cuestión, según el artículo 74 de la Ley 94 de 1938.

Entre las causales de recusación o de impedimento que taxativamente enumera el artículo 73 **ibídem**, no figura el hecho que manifestó el doctor Salazar Grillo, y

bien se sabe que tal materia excluye las interpretaciones analógicas.

Por esa razón y porque el Código de Procedimiento Penal reglamentó de modo íntegro todo lo que se refiere a impedimentos y recusaciones, es por lo que viene a ser injurídica la especie en que se apoya el doctor Salazar Grillo: que el artículo 7º del citado Código permite aplicar al caso actual el impedimento de haber intervenido como testigo, consignado en la causal 9ª del artículo 435, Ley 105 de 1931.

Se repite que no es posible, en tesis legal, invocar analogías aquí.

Nótese también, que el artículo 7º de la Ley 94 de 1938 dice:

"Son aplicables al procedimiento penal, **en cuanto no se opongan a lo establecido en el presente Código**, o en leyes especiales, las disposiciones comunes a todos los juicios contenidas en el Código de Procedimiento Civil". (Subrayó la Sala).

Y es claro que ningún vacío existe por llenar acerca de impedimentos y recusaciones en asuntos penales, de donde se desprende la verdad de que el impedimento de quien fue testigo en el pleito se opone a las normas del capítulo VI, título II, libro I de la mencionada Ley 94.

Además, hay que convenir en que la esencia de las causales de recusación e impedimento se reduce a un presunto interés del Juez o Magistrado, ora en favor del reo o ya en su perjuicio. Y entonces la simple circunstancia de que el fallador haya atestiguado que es buena la conducta del sujeto sometido a una acción penal, no puede traducirse en interés por el reo, puesto que deponer aquéllo no alcanza a constituír, ni en la más rígida de las delicadezas morales, una inclinación del ánimo hacia el sindicado. De no ser así, siempre habría interés del fallador que va a juzgar al individuo **conocido**, respecto del cual **sabe de cierto** que es de buena o mala conducta.

Tampoco semejante testimonio del Juez o Magistrado implica prejuzgamiento alguno en lo concerniente a la personalidad de la parte procesada. No es la conducta el sólo factor que determina esa personalidad, fuéra de que cabe en el particular el mismo argumento **ab absurdum** anterior: que siempre tendría un juicio anticipado de la personalidad del reo el Juez o Magistrado que va a juzgar al hombre por él bien conocido.

Saber de propias y directas percepciones quién es en el fondo el individuo sindicado, más bien no será para el fallador la ambicionable posesión de un valioso dato que ha de ayudarle a impartir justicia con mayores probabilidades de acierto?

En mérito de lo dicho, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, RESUELVE:

No es impedimento legal el que manifestó el Magistrado del Tribunal de Manizales, doctor Bernardo Salazar Grillo y, por tanto, debe conocer del proceso contra el Juez 2º de ese Circuito, doctor Aníbal Arango Escobar.

Cópiese este auto y devuélvase el negocio.

Campo Elías Aguirre — José Antonio Montalvo— Absalón Fernández de Soto. Julio E. Argüello R., Secretario.

HOMICIDIO INVOLUNTARIO

El fenómeno interno de la intención de ocasionar la muerte de alguna persona no siempre puede establecerse con los únicos factores del medio o arma empleada y el sitio o lugar de la lesión. Ello es, en veces, un complejo problema que permite al Jurado, sin que el Jurado se salga de sus naturales atribuciones y derechos, admitir la intención de matar, o negarla, ya que si así lo fuese desaparecería la especie de homicidio de que se trata, en que el agresor causa la muerte de otro cuando sólo se propuso perpetrar un mal diverso o una lesión personal.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal—Bogotá, junio diez y nueve de mil novecientos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Campo Elías Aguirre).

Vistos:

El once de abril de mil novecientos treinta y siete, en la población de Moniquirá, Eustaquio Díaz Calderón le hizo un disparo con pistola a Domingo Fandiño, ocasionándole la muerte inmediata.

Se calificó como simplemente voluntario el homicidio en el enjuiciamiento, mas el Jurado a la pregunta respectiva dio esta contestación, por mayoría de cuatro votos: "Sí es responsable, pero de manera involuntaria".

El Juez de la causa (el 1º Superior de Tunja) condenó al reo a siete años de presidio, según la primera parte del artículo 610 del Código Penal de 1890, y el Tribunal Superior de ese Distrito Judicial, ya en vigencia el Código Penal de 1936, rebajó la sanción principal a seis años, de conformidad con los artículos 362 y 365 de dicho Código nuevo.

Recurrió en casación el defensor del homicida, y en la Corte el apoderado especial de Díaz C. alega la causal 4ª, en sus dos términos, y la 1ª, ambas del artículo 3º, Ley 118 de 1931.

La Procuraduría prescinde de analizar la causal 1ª y los puntos de vista del recurrente acerca de que el fallo y los cargos del auto de proceder no son armónicos, sostiene el acuerdo del veredicto y la sentencia e invoca la causal 5ª de aquella Ley 118, en uso de la facultad otorgada por el artículo 6º **ibídem.**

Pide la Procuraduría que la Corte invalide el fallo y disponga la convocación de otro Jurado.

La lógica indica que es preciso empezar por el estudio del motivo que el señor Procurador delegado presenta.,

Causal 5ª

"Ser la sentencia violatoria de la ley, por haberse dictado sobre un veredicto viciado de injusticia notoria, siempre que esta cuestión haya sido debatida previamente en las instancias".

Se cumplió aquí el requisito de tal controversia en los dos grados del proceso, de suerte que es menester el examen de los argumentos con que la Procuraduría sostiene su tesis de la causal 5ª.

El proyectil del arma que disparara Díaz Calderón sobre Fandiño penetró al nivel del segundo espacio intercostal anterior izquierdo del tórax, y salió fracturando la sexta costilla del lado derecho del tronco, después de perforar las masas musculares, los músculos intercostales, la pleura parietal, el lóbulo superior del pulmón izquierdo, las dos aurículas

del corazón y el lóbulo inferior del pulmón derecho.

De la clase y calidad del arma y de la localización de la herida deduce el señor Procurador delegado que "peca abiertamente contra la verdad procesal y contra la realidad jurídica" la calificación del homicidio involuntario con que los jueces de conciencia distinguieron el hecho cometido por Díaz Calderón, puesto que el disparo dirigido a la víctima no indica la mera intención de inferir un daño grave, mediano o leve, sino que "claramente se buscaba como resultado la supresión de la vida del agredido" No acepta la Sala el severo y rígido aserto del señor Procurador, pues en dónde está la prueba de la seguridad legal, tan clara, manifiesta y perceptible del propósito o intención de matar en el ánimo del reo, que racionalmente sea un absurdo desconocer que a Díaz Calderón lo asistió esa intención o propósito? Semejante prueba no existe. La supone el señor Procurador, apoyándose en dos circunstancias que, por sí, no constituyen plena demostración del ánimo de matar.

El fenómeno interno de la intención de ocasionar la muerte de alguna persona no siempre puede establecerse con los únicos factores del medio o arma empleada y el sitio o lugar de la lesión. Ello es, en veces, un complejo problema que permite al Jurado, sin que el Jurado se salga de sus naturales atribuciones y derechos, admitir la intención de matar, o negarla, ya que si así no fuese desaparecería la especie de homicidio de que se trata, en que el agresor causa la muerte de otro cuando sólo se propuso perpetrar un mal diverso o una lesión personal.

Y precisamente el homicidio ultraintencional ocurre porque resulta mortal la lesión, lo que quita toda importancia al simple detalle de que en el tórax recibió el balazo Domingo Fandiño.

La Sala no pretende cohonestar la respuesta de involuntariedad que dio el Jurado. Quizás se equivocó él en sus apreciaciones. Lo que la Corte asevera es que el posible error del Jurado no alcanza, por ser apenas posible, a formar la convicción de que le quepa al veredicto la tacha de notoria injusticia.

La causal 5ª de casación que invocó el señor Procurador, carece, pues, de fundamento.

Causal 4ª

"No estar la sentencia en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder, o estar dicha sentencia en desacuerdo con el veredicto del Jurado".

Se celebraron las audiencias en la causa contra Díaz Calderón el diez, once, catorce y quince de marzo de mil novecientos treinta y ocho, y ya rendido el veredicto cuatro de los Jurados, los de la respuesta por mayoría, expresaron en un memorial de veintidós del referido mes lo siguiente:

"Los suscritos ciudados colombianos, mayores de edad y vecinos de la ciudad de Tunja, certificamos que, habiendo actuado como Jueces de hecho en la causa contra Eustaquio Díaz C. por el delito de homicidio en la persona de Domingo Fandiño, al responder el cuestionario del señor Juez sobre la responsabilidad de éste, contestamos: 'Sí, pero involuntariamente'. Con esta respuesta quisimos solamente afirmar el hecho físico de haber sido Eustaquio Díaz quien dio muerte a Domingo Fandiño, pero al propio tiempo declarándolo absuelto de responsabilidad, en virtud de la demostración hecha por la vocería de haber obrado en forma refleja y en un acto de defensa personal.

"Nuestro error pudo consistir en que no siendo conocedores de las disposiciones de la ley penal, creímos que la explicación que dimos al veredicto afirmativo implicaba una absolución, pues nunca pensamos que la ley castigara o exigiera responsabilidad por un hecho en que la voluntad no interviene para nada.

"Como no ha sido pedida por el Juzgado explicación del veredicto, y sí hemos sido informados de que nuestro veredicto puede ser interpretado en forma condenatoria, damos esta certificación a petición del acusado, para cumplir con un escrúpulo de nuestra conciencia".

Sin duda de parte muy interesada en el proceso, distinta de los cuatro Jurados, serán la escritura y redacción de lo que acaba de copiar la Sala, documento ese que no sirve para interpretar como absolutorio el veredicto.

Escribe el señor Procurador:

"Está en lo cierto el personero recurrente cuando afirma que existe una diferencia notable entre los procesos civiles y los penales; pero el hecho de que en estos últimos se busque la **veritá vera**, como dicen los italianos, no puede significar que se prescinda de las leyes procedimentales y se permitan actuaciones estrambóticas y arbitrarias.

"Los jueces de conciencia están también sujetos a ciertas normas y sus funciones tienen límites. La actitud de aclarar, o mejor dicho, de borrar, **motu proprio** y extemporáneamente su propio veredicto, es abusiva e inaceptable.

"El sistema adoptado por los cuatro Jurados de Tunja no es original. Recuerda la Procuraduría por lo menos dos casos muy semejantes al presente:

"En la causa por homicidio, adelantada en el Distrito Judicial de Buga contra Pedro Joaquín Marmolejo, después de haberse proferido el veredicto 'Sí, pero involuntariamente', cuatro miembros del Jurado presentaron, sin solicitud del Juez, una explicación de esa respuesta.

"La Corte acogió entonces las siguientes palabras de la vista fiscal suscrita por el Procurador General de la Nación, doctor Rafael Escallón:

'La manifestación que más tarde hicieron cuatro de los miembros del Jurado sobre el alcance de su veredicto, carece en absoluto de valor legal, porque ellos ya no eran jueces, habían terminado esa misión y estaban sometidos a las fluctuaciones de criterio del simple particular que censura o aplaude los actos de la justicia sin responsabilidad alguna. Si se sentara el precedente que en este negocio se pretende, la impunidad aumentaría de manera incalculable'.

"La similitud de aquel negocio con el presente se relieva aún más si se considera que el defensor de Marmolejo alegó la embriaguez de éste al cometer el delito, y la explicación de los cuatro Jurados versaba sobre esa circunstancia y sobre la involuntariedad.

"En el juicio criminal seguido contra Alejandro Colmenares, por el delito de fuerza y violencia, en el Distrito de Pamplona, el Jurado contestó: 'Sí, en estado completo de embriaguez'. Más tarde, cuatro miembros de ese Jurado hicieron la siguiente manifestación a petición del defensor del acusado:

'Al responder afirmativamente a la primera pregunta hemos querido referirnos a la existencia de los hechos, esto es, que Colmenares trasladó por la fuerza de una parte a otra a Efigenia Puentes o Fuentes aunque no para abusar contra la voluntad de ella; y que tales hechos ocurrieron en estado de completa embriaguez, ocurrida involuntariamente, que lo privó del completo uso de la razón. Hablamos como miembros del Jurado de calificación en la causa seguida a Alejandro Colmenares y bajo la promesa legal prestada'.

"Llegado el expediente a la Corte, por haber interpuesto el reo el recurso de revisión, dijo la Procuraduría, siendo entonces Procurador el doctor Enrique A. Becerra, lo siguiente, que fue reproducido en el fallo respectivo:

'Cuanto a lo manifestado por cuatro de los miembros del Tribunal de hecho, ello no puede admitirse como demostración de la causal 5ª, porque está en contradicción con el veredicto que dictaron verdad sabida y buena fe guardada, y porque sería injurídico, inmoral y perjudicial para la administración de justicia sentar el precedente de que los jueces de hecho, una vez cumplida su sagrada misión de tales, pudieran intervenir de nuevo como simples particulares y ya sin responsabilidad alguna, en el resultado final de los procesos, que corresponde exclusivamente a los jueces de derecho'.

"No parecen necesarias nuevas razones para poder concluír que procedieron bien los falladores cuando desecharon la presunta aclaración de los cuatro miembros

del Jurado. Desconocido, con fundamento, el valor de la aclaración, la sentencia del Tribunal no está en desacuerdo con el veredicto."

En la demanda del doctor Luis Caro Escallón, apoderado de Díaz C. se discurre, además, sobre que aun descartando la certificación de los cuatro Jurados, siempre el fallo del Tribunal discuerda del veredicto que no deja de ser absolutorio, "en virtud de lo que se planteó y discutió en las audiencias públicas, especialmente en virtud de la tesis básica planteada por el vocero de la defensa".

Y entre otras cosas agrega:

"Las tesis planteadas por lá defensa fueron todas de absolución. Y ni el Fiscal, ni el defensor, ni el vocero, expresaron nada que se roce en lo más mínimo con el sentimiento de involuntariedad que tienen los artículos 610, 612 y 613 del Código Penal. Nadie se refirió, pero ni remotamente, al mal que hubiera querido causar el sindicado, supuesta la involuntariedad de su acción; o si ese mal fue grave, mediano o pequeño. En fin, repito, nada que no fuera el sentido de irresponsabilidad o de absolución".

Cómo compaginar ante la razón, sin invertir ni romper el recto criterio jurídico, las ideas de que en el veredicto que hace responsable a Díaz C. de homicidio involuntario con propósito de causar a Fandiño un daño diferente de la muerte, se asienta una absolución porque no fue materia del debate dicha preterintencionalidad?

No está, pues, en desacuerdo la sentencia con el veredicto.

El otro aspecto de la causal 4ª (no haber consonancia entre la sentencia y el auto de proceder), lo desarrolla así la demanda:

"En el auto de proceder, según se vio, la calidad máxima que se analizó y consideró fue la de un homicidio simplemente voluntario (parte motiva). En ella nada se dijo sobre la posibilidad de un homicidio involuntario, con tal o cual daño. Ahora bien: si bien es verdad que el llamamiento a juicio es genérico, no lo es menos que la sentencia no puede contener algo más grave que el máximo sentado o supuesto en la parte motiva del auto de proceder. El sindicado fue llamado a juicio por homicidio y se le consideró un homicidio simplemente voluntario, o sea, se le previno en la posibilidad de que fuera condenado a una sanción cuyo mínimo era de seis años. Y a la postre, después de surtido el juicio, el sindicado resultó condenado por un delito más grave del supuesto, por un delito que tenía señalado no el mínimo de seis años, sino el mínimo de siete años. Existe, por consiguiente, una patente desarmonía entre el auto de proceder y la sentencia. (No debe olvidarse que el Tribunal aceptó la imposición del artículo 610 del antiguo Código Penal y sólo lo sustituyó por otra disposición del nuevo Código)".

La sentencia del Tribunal no agravó la condición legal del reo, puntualizada en el enjuiciamiento. Por el contrario, lo favoreció aplicándole un precepto más benigno (el del 365 del Código Penal de 1936), que el correspondiente al grave homicidio voluntario reprimido por el art. 600 del Código de 1890, cuyo mínimo de seis años habría sido indispensable sobrepasar en la fijación de la pena merecida por Díaz C.

Tampoco prospera el recurso por el aspecto anterior.

Causal 1ª

"Ser la sentencia violatoria de la ley penal, por mala interpretación de ésta o por indebida aplicación de la misma".

El señor apoderado extiende su pensamiento del modo que sigue:

"Vamos a suponer, en gracia de discusión, que efectivamente el Juez Superior y el Tribunal pudieran entrar a estudiar el veredicto en cuestión. Prescindamos por el momento para tales efectos, también en gracia de discusión, de todo lo anterior: tenemos entonces que el artículo aplicable era el 614 del Código.

"Por qué? Porque lo menos que cabría admitir es que existía una duda muy se-

ria y muy fuerte entre cinco disposiciones del código penal, y por lo mismo, en virtud de que la duda siempre ha de resolverse a favor del sindicado, era forzoso aplicar la disposición más benigna, o sea el artículo 614.

".....

"El H. Tribunal tenía una plena prueba de que el homicidio, o mejor dicho, el hecho de la muerte, había sido en forma involuntaria. No tenía plena prueba de nada más. Y si un artículo del código penal, el 610 (sic), volvía ese homicidio involuntario absolutamente irresponsable, mejor dicho, inimputable, la aplicación de tal norma era indubitable".

Aquí retorna el señor apoderado al tema de que el veredicto es absolutorio, y menos es atendible, por ser en absoluto inconducente, la invocación de la causal 1ª.

Reza el artículo 614 del Código Penal de 1890:

"Si el homicidio involuntario fuere puramente casual y de una manera inevitable por parte del autor, no tendrá éste responsabilidad alguna".

Dígase si Eustaquio Díaz Calderón, en disputa con Domingo Fandiño, al sacar su revólver, dirigirlo hacia el cuerpo del occiso y dispararle a éste, no por acción culposa sino con intención de inferir un daño a la integridad personal de la víctima, obraría **casual e inevitablemente.**

En atención a lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema, oído el parecer del señor Procurador delegado y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO INVALIDA la sentencia del Tribunal Superior de Tunja que impuso a Eustaquio Díaz Calderón, quien dio muerte a Domingo Fandiño, la pena principal de seis años de presidio.

Devuélvase el proceso al Tribunal.

Notifíquese, cópiese e insértese en la **Gaceta Judicial.**

Campo Elías Aguirre. — José Antonio Montalvo. — Absalón Fernández de Soto. Julio E. Argüello R., Srio.

HOMICIDIO.—DECLARACION DEL OFENDIDO.—SU VALOR JURIDICO EN DERECHO PROBATORIO.— SANGRE FRIA

Aunque en el Código Penal de 1936 el homicidio no se desnaturaliza porque la persona contra quien se comete el delito fallezca en cualquier época, más allá del límite de sesenta días establecido en el art. 619 del Código Penal de 1890, eso no estorba la comparación de ambos códigos a fin de preferir el que sea menos gravoso. Si por heridas responde una persona, ellas no se truecan en homicidio porque se denominen lesiones personales.

En pruebas judiciales se sabe que la declaración del ofendido hace fe en cuanto se limita a señalar a la persona ofensora, mas no en lo tocante a los accidéntes, particularidades o circunstancias del hecho o agresión, pues si el propio interés obliga a no mentir en lo primero, como es natural y obvio, ese mismo interés, por fuerza de lo humano, en lo segundo lleva o puede conducir a la desfiguración de la verdad, callándola o exagerando el cómo y el por qué de la agresión u ofensa. En el caso a que se refiere el proceso no cabe duda de que Rosaliano López fue veraz cuando acusó a Simeón Flor Olave de haberlo herido, y en eso es digno de entero crédito porque en su interés estaba que la justicia exigiese la condigna responsabilidad a quien realmente lo había atacado; pero en tesis legal no vale la relación de las modalidades del encuentro, hecha por López, *el único que la hace*, ya que su propia conveniencia pudo inclinarlo a ocultar circunstancias que quizá lo perjudicaran o que disminuyeran la gravedad del acto criminoso de Olave.

Por el hecho de no conocerse el motivo de una agresión no es dable concluír que fue gratuita y que hubo verdadera cobardía en la acción delictiva. Ignorar el móvil no conduce a suponer lo inmotivado ni lo cobarde del acto.

Para la punibilidad de las heridas, golpes y malos tratamientos, la jurisprudencia tuvo como superfluo el requisito de la premeditación en los artículos 645 a 650 del Código Penal de 1890, pues de lo contrario no habrían podido reprimirse —como se reprimieron haciendo caso omiso de dicho elemento— las heridas que, v. g., se cometían en un acto primo o en riña, sin resolución anticipada de causarlas. La frialdad de ánimo es problema discutido y discutible en la premeditación, y eso cuando se trata del delito de homicidio, y al paso que algunos expositores de derecho penal creen necesario en la premeditación para matar el factor psicológico del *ánimo pacato*, otros, en cambio, no comulgan con esa teoría (que es pura teoría), del sereno proceder, de la frialdad espiritual, de la calma interior, en el sujeto que, con "circunspecta preparación", da muerte a alguien. No obstante, aun otorgándole a la tesis del señor Procurador delegado la condición *sine qua non* que él defiende, la *sangre fría* admite gradaciones. Puede ser mayor o menor. Y nótese que la circunstancia 3ª del artículo 117 del Código Penal antiguo, consiste, entre varios casos, en la *mayor sangre fría* que haya en la acción.

El proceso o procesos penales que se le sigan a una persona, de por sí no demuestran la calidad dañosa del comportamiento social de un hombre. Sin embargo, como agravante o como atenuante y para constituír simple indicio de responsabilidad, es jurídico y legal acreditar la conducta con prueba de testigos.

La Corte tiene sentada doctrina según la cual es injurídica la mezcla de distintas legislaciones penales al proferir una sentencia.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Ca-

sación Penal.—Bogotá, julio ocho de mil novecientos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente: Doctor Campo Elías Aguirre)

Para apreciar bien la materia a que el presente recurso de casación se contrae, la Sala juzga indispensable referir brevemente los hechos investigados y las actuaciones generales del juicio.

* * *

Sin ningún testigo presencial del suceso resultó herido Rosaliano López al amanecer del 31 de enero de 1938, en el paraje "El Palmar", del municipio de Dagua, y el agresor fue, con una **puñaleta**, Simeón Flor Olave.

Tenía López la herida, que era pequeña, de un centímetro de longitud y de dirección vertical, penetrante en la cavidad torácica, sobre la región hepática y un poco afuera del esternón.

Por los diez y siete exámenes de los médicos legistas, desde el 1º de febrero hasta el 25 de mayo (fs. 13 a 35), se conocen las alternativas de mejoría y agravación que iba experimentando el enfermo, quien al fin murió el 30 de ese mes de mayo de 1938, a caua de una pleuresía supurada, consecuencia directa de la herida (fs. 37 y 38).

Y puesto que la muerte de Rosaliano López no ocurrió dentro de los sesenta días que señalaba el Código Penal de 1890, en su artículo 619, se reputó el caso como una simple lesión que produjera incapacidad de por vida, según el artículo 620 ibídem.

Así, el Juez 2º del Circuito penal de Cali dictó auto de proceder contra Olave por el delito que detalla el capítulo sexto, título primero, libro tercero de aquel Código, auto que confirmó el Tribunal Superior respectivo, agregándole a la infracción circunstancias de asesinato.

El Juez condenó a Olave a **quince años de presidio**: el grado medio de seis a diez años que señala el primer inciso del art. 645, y los aumentos de una cuarta parte y de un cincuenta por ciento que ordenan los artículos 620 y 651.

Basó el Juez la calificación del grado medio en cuatro agravantes: "1º La mayor necesidad que tiene la sociedad de escarmientos, por la frecuencia de esta clase de delitos; 2º La sangre fría en la acción; 3º La indefensión de la víctima; 4º La mala conducta observada por el reo, antes de cometer el delito y el haber sido detenido, sindicado del ilícito de lesiones personales cuando se le seguía este proceso y en momentos precisamente en que se había fugado de la cárcel..."

Aceptó el Tribunal Superior de Cali el segundo grado del delito, prescindió de las circunstancias de asesinato y rebajó a diez años la pena de presidio. Se abstuvo, pues, de elevar la sanción en la mitad a que obliga el artículo 651 del Código de 1890.

* * *

Recurrida en casación la sentencia del Tribunal por el reo, éste no formuló demanda ninguna, mas, rigiéndose el negocio por la Ley 118 de 1931, el señor Procurador delegado, en ejercicio de la facultad que le otorga el artículo 6º de esa Ley, invocó la causal 1ª del artículo 3º, a saber:

"Ser la sentencia violatoria de la ley penal, por mala interpretación de ésta o por indebida aplicación de la misma".

* * *

Habría sido grande y eficazmente provechoso para el heridor de López el tema de la indiscutible favorabilidad de la ley penal **ex post facto** porque aun en las peores contingencias del Código de 1936 (artículos 375 y 379) siempre hubiera quedado Olave en situación de más moderada severidad.

La Procuraduría no planteó el asunto bajo ese aspecto, y la Corte no puede considerarlo de oficio o por su propia y sola iniciativa.

A propósito, el Tribunal expresó que "ni se ocurre a la comparación con las sanciones que, para las lesiones personales establece el Código Penal de 1936, por-

que el caso no está previsto en él sino como homicidio".

Claro está que en el Código Penal de 1936 el homicidio no se desnaturaliza porque la persona contra quien se cometa el delito fallezca en cualquier época, más allá del límite de sesenta días establecido en el artículo 619 del Código de 1890.

Pero eso por qué estorba la comparación de ambos Códigos a fin de preferir el que sea menos gravoso?

Por heridas responde Olave, y las heridas no se truecan en homicidio porque hoy se denominen lesiones personales. El cargo del enjuiciamiento subsiste en toda su significación, sin mudanza esencial alguna, y perfectamente se adapta, como debió ajustarse, a dicha denominación nueva.

* * *

Redujo la Procuraduría su reparo a combatir la calificación del delito en el grado medio, por creer que no existe sino una agravante: la indefensión de la víctima.

El Tribunal admitió tres de tales circunstancias: la indefensión del herido, la sangre fría del procesado en la acción y su mala conducta.

Y el señor Procurador alega:

"La primera circunstancia es incuestionable, pues el acusado acometió a López sin motivo inmediato explicable y lo hirió cuando estaba desprevenido e indefenso. Hubo verdadera cobardía en la acción delictiva.

"La segunda circunstancia no puede aceptarse en este caso como accesoria del delito de heridas, puesto que ella está contemplada como elemento constitutivo de la infracción en el artículo 645 del Código que aplicó el Tribunal. Ese artículo exige que el agresor obre no sólo con voluntariedad, sino también con premeditación; lo que quiere decir que la ley penal requiere aquí —si bien en forma anticientífica— la concurrencia de un dolo especial, en el cual queda comprendida naturalmente la premeditación, o la sangre fría, o el 'frigido pacatoque animo', de que hablan los autores clásicos.

"Por tanto, con la sola aplicación del artículo 645 citado, quedaba computada la circunstancia relativa a la frialdad del ánimo, y al considerarla de nuevo como accesoria, rompió el Tribunal el principio **non bis idem.**

"Y la tercera agravante, tampoco tiene esa calidad en el presente caso.

"En efecto, la mala conducta del reo la deduce el Tribunal de la existencia de varios sumarios que cursan contra él por delitos análogos al presente, uno de los cuales ya fue decidido con sobreseimiento definitivo (fs. 77 vto.), y por haberse fugado de la cárcel de Dagua.

"Como ya se ha dicho varias veces, el hecho de estar sumariada o encausada una persona no demuestra necesariamente su mala conducta, puesto que el sumario puede terminar con sobreseimiento definitivo, o la causa clausurarse con sentencia absolutoria, en la cual se reconozca plenamente la inocencia o inculpabilidad del acusado frente a las nuevas pruebas allegadas durante el plenario. Lo que propiamente sirve de índice para computar la mala conducta, y así lo ha resuelto constantemente la Corte, son las condenaciones anteriores sufridas por el reo y que no alcanzan a constituír reincidencias. (Véase casación de Rufiniano González, por homicidio. Sentencia de 21 de octubre de 1937).

"Tanto es así, que el nuevo código consagra como circunstancia de mayor peligrosidad, no la simple sindicación o el hecho de estar un sujeto procesado, sino 'el haber incurrido, anteriormente, en condenaciones judiciales o de policía'.

"Por otra parte, la fuga realizada por el acusado es un delito per se, y no una circunstancia agravante constitutiva de mala conducta. De ahí que el señor Alcalde de Dagua ordenase iniciar por separado investigación por el delito de fuga (fs. 36).

'Estuvo, pues, mal apreciada esta circunstancia como agravante.

"En tal virtud, quedando en firme una sola circunstancia contra el reo, la calificación de su delincuencia debió hacerse en el tercer grado, más el aumento de una

sexta parte diferencial, como lo tiene resuelto la H. Corte. (Art. 124 del C. P.).

"En este sentido, el Tribunal violó la ley penal, y la causal primera de casación resulta así plenamente establecida.

"Le corresponden, por consiguiente, a Simeón Flor Olave ocho años y cuatro meses de presidio, de acuerdo con los arts. 620 y 645 del Código Penal.

"En consecuencia, la Procuraduría pide a la H. Corte Suprema de Justicia, de manera muy respetuosa, que INVALIDE la sentencia del Tribunal Superior de Cali y condene a Simeón Flor Olave, como autor de lesiones personales y con aplicación de los artículos 620 y 645 del anterior Código Penal, a la pena principal de ocho años y cuatro meses de presidio y a las demás sanciones que señala este estatuto, en vez de la de diez años que contiene el fallo recurrido".

* * *

Que es incuestionable la indefensión de la víctima; que sin motivo inmediato explicable Olave agredió a López; que lo hirió hallándose éste desprevenido y que hubo clara cobardía en el delito, afirma el señor Procurador.

Nó. Se ignoran los pormenores del lance. No hubo testigos que lo presenciaran ni en su conjunto ni en sus detalles, de suerte que legalmente, y en conciencia también, el fallador carece de base cierta para asentar la indefensión del herido.

López asevera:

"...En ese momento me llamó Flor para fuera, y como éramos muy amigos y yo le tenía cariño, salí, y una vez afuera me tiró una puñalada que me pegó cerca a la tetilla del lado derecho. Al recibirla me caí al suelo, y la dueña de casa me cogió y me entró a la casa. La puñalada me la pegó con un cuchillito de crucero, sin decirme ni una palabra y sin que hubiera disgusto alguno y cogiéndome desprevenido y completamente desarmado..."

En pruebas judiciales sábese que la declaración del ofendido hace fe en cuanto se limita a señalar a la persona ofensora, mas no en lo tocante a los accidentes, particularidades o circunstancias del hecho o agresión, pues si el propio interés obliga o no mentir en lo primero, como es natural y obvio, ese mismo interés, por fuerza de lo humano, en lo segundo lleva o puede conducir a la desfiguración de la verdad, callándola o exagerando el cómo y por qué de la agresión u ofensa.

Por tanto, no cabe duda de que Rosaliano López fue veraz cuando acusó a Simeón Flor Olave de haberlo herido, y en eso es digno de entero crédito porque en su interés estaba que la justicia exigiese la condigna responsabilidad a quien realmente lo había atacado; pero en tesis legal no vale la relación de las modalidades del encuentro, hecha por López, **el único que la hace**, ya que su propia conveniencia pudo inclinarlo a ocultar circunstancias que quizá lo perjudicaran o que disminuyesen la gravedad del acto criminoso de Olave.

Fueron deponentes en el sumario, Simeón Guevara, José Alberto Salinas, Sebastián Mosquera, Flor o Flora Urbano, Luis Castro, Higinio Rivera, Leonidas Valencia y Miguel Angel Alvarez (fs. 1, 2, 5, 6 y 7 y v.; 11 v.).

Guevara, Salinas y Rivera, se hallaban lejos del sitio en donde el delito se cometió.

Mosquera, Castro, Valencia y Alvarez, sí estaban en casa de la Urbano, lugar del hecho, y no lo presenciaron. Castro alude a provocaciones de Olave dirigidas a López y Mosquera, a las dos a. m. Más tarde (la herida fue a las cuatro de la mañana) oyó que Olave llamó a López y que poco después exclamaba el último: "Por qué me tirás?". Y añade Castro: "Y no volví a oír más nada".

Flor o Flora Urbano atestigua:

"El lunes treinta y uno del mes de enero postrero me encontraba en mi casa de habitación sita en el Corregimiento de 'El Palmar' de esta jurisdicción, y como a eso de las cuatro de la mañana me levanté a hacer el café para el desayuno de los peones que tenía. Allí en mi casa se encontraban durmiendo en un zarzo los señores Luis Castro, quien se quedó allí porque bajaba de la finca con mucha gripa y

yo le dí posada; Miguel Angel Alvarez, Leonidas Valencia y Sebastián Mosquera peón de la casa. Alvarez y Valencia llegaron a mi casa acompañados por Simeón Flor Olave como a eso de las diez de la noche del día anterior, en busca de Rosaliano López y Sebastián Mosquera, quienes estaban jugando al naipe unos cigarrillos, y los señores antes mencionados, es decir, Alvarez, Valencia y Flor se quedaron allí, y Simeón Flor desde que llegó fue solicitando por Rosaliano y por Mosquera y comenzó a echarles ciertas sátiras y yo le dije que se dejara de eso porque no se encontraba en su casa sino en casa ajena, y que además él (Flor Olave), estaba borracho. Así las cosas, yo me fuí para la cocina y como Rosaliano estuviera levantado, yo le dije que me fuera a traer una latada de agua, y al salir Rosaliano, Flor Olave —quien había subido al zarzo a despertar a los que allí dormían— lo agarró de un brazo y lo sacó unos cuantos metros hacia afuera del patio, y en esos momentos venía yo de la cocina para adentro, y entonces ví y oí que cayó una persona al suelo y alumbrando yo con la vela que tenía en la mano vi que era Rosaliano y en el momento se paró y caminó unos tres metros de donde se encontraba Flor Olave y entonces oí que Rosaliano le dijo estas palabras: 'Era que me estabas tirando?', y vi entonces que Rosaliano se fue hacia atrás quedando boca arriba y se quedó quieto. Inmediatamente volví y lo alumbré y como lo viera echando sangre le dije a Flor Olave que aún continuaba parado en donde estaba antes estas palabras: 'Ya mataste al muchacho en sangre fría', a lo cual me contestó que no, que yo sería la que lo había cortado..."

Aparte de que la Urbano al fin y al cabo tampoco es sabedora, por directas percepciones, del desarrollo del conflicto, tal mujer ha mentido en punto esencial. Ella dice que cuando venía de la cocina para el interior de la casa, oyó y vió que una persona caía al suelo. Y no pasaron así las cosas. Recuérdese que la mujer había mandado a López, que era un hombre de raza negra, a traer agua. Pues bien, Luis Castro, que oyó el por qué me tirás, dicho por López a Olave, manifiesta: "Después de esto y como a los cinco minutos más o menos oí a la señora Flora —que se encontraba entre la sala y la cocina— que decía: 'Qué se habrá hecho el negrito que no volvió a aparecer? Sería que Simeón lo habrá matado?', y en seguida salió con la vela a buscarlo y lo encontró caído en el suelo con una herida en el lado derecho del pecho..." Luego Flor o Flora Urbano no vió ni oyó caer a una persona al suelo.

Es evidente que falta la prueba de la indefensión de López y de su actitud desprevenida ante el ataque.

Y por no conocerse el motivo de la agresión (defecto de la instrucción del proceso), será dable concluír que fue gratuita y que "hubo verdadera cobardía en la acción delictiva?". Ignorar el móvil no conduce a suponer lo inmotivado ni lo cobarde del acto.

Descartada la indefensión de la víctima, por iguales razones a las expuestas es menester desechar la agravante de "la sangre fría en la consumación del delito". Como nadie presenció el suceso no se puede sostener que Olave hiriera a López dentro de una tranquilidad inconmovible del ánimo.

El señor Procurador rechaza lo de la sangre fría dizque por ser un elemento constitutivo de la infracción del artículo 645 del Código Penal, que al exigir premeditación está requiriendo una característica de ésta cual es el "frigido pacatoque ánimo". "Por tanto, escribe la Procuraduría, con la sola aplicación del artículo 645 citado, quedaba computada la circunstancia relativa a la frialdad del ánimo, y al considerarla de nuevo como accesoria, rompió el Tribunal el principio non bis in idem".

Contesta la Corte:

a) Para la punibilidad de las heridas, golpes y malos tratamientos, la jurisprudencia tuvo como superfluo el requisito de la premeditación en los artículos 645 a 650 del Código Penal de 1890, pues de lo contrario no habrían podido reprimirse—

como se reprimieron haciendo caso omiso de dicho elemento— las heridas que, v. g., se cometían en un acto primo o en riña, sin resolución anticipada de causarlas;

b) La frialdad del ánimo es problema discutido y discutible en la premeditación, y eso cuando se trata del delito de homicidio. Y al paso que algunos expositores de derecho penal creen necesario en la premeditación para matar el factor psicológico del **ánimo pacato**, otros, en cambio, no comulgan con esa teoría (que es pura teoría), del sereno proceder, de la frialdad espiritual, de la calma interior, en el sujeto que, con "circunspecta preparación", da muerte a alguien;

c) No obstante, aun otorgándole a la tesis del señor Procurador delegado la condición **sine qua non** que él defiende, la **sangre fría** admite gradaciones. Puede ser mayor o menor. Y nótese que la circunstancia 3ª del artículo 117 del Código Penal antiguo, consiste, entre varios casos, en la **mayor sangre fría** que haya en la acción; y

d) La agravante analizada es inaceptable, pero porque se ignora cómo y por qué hirió Olave a López.

En lo que toca a la mala conducta del procesado sí satisface la argumentación del señor Procurador.

No es mala la conducta anterior de Simeón Flor Olave porque cursen contra él unos cuantos sumarios. Ya uno fue fenecido con sobreseimiento definitivo, y los otros pueden acabar de la misma manera o con sentencia absolutoria. Y es que el proceso o procesos penales que se le sigan a una persona, de por sí no demuestran aquella calidad dañosa del comportamiento social de un hombre.

Sin embargo, como agravante o como atenuante y para constituír simple indicio de responsabilidad, es jurídico y legal acreditar la conducta con prueba de testigos.

De otro lado, Brauliò Bautista, Simón Meneses e Israel Calambas, juraron, en el sumario, que fue buena la conducta de Olave.

Se fugó el reo de la cárcel de Dagua en mayo de 1938, no concluída aún la investigación, y bien examinadas las sentencias del Juez 2º Superior y del Tribunal de Cali, fácilmente se colige que ni el Tribunal ni el Juez tomaron la fuga como otro aspecto de la mala conducta de Olave.

Y a pesar de eso, el señor Procurador dijo:

"Por otra parte, la fuga realizada por el acusado es un delito **per se**, y no una circunstancia agravante constitutiva de mala conducta. De ahí que el señor Alcalde de Dagua ordenase iniciar por separado investigación por el delito de fuga (fs. 36).

"Estuvo, pues, mal apreciada esta circunstancia como agravante".

Ni el Juez ni el Tribunal, se repite, tuvieron en cuenta la fuga para sacar de ella un nuevo elemento de la mala conducta del procesado.

Además, cuál es el fundamento para afirmar rotundamente que "la fuga realizada por el acusado es un delito **per se**"? Fugado Olave antes de la vigencia del Código Penal de 1936, se sabe acaso si tal fuga es punible? No la efectuaría el reo en las condiciones del inciso segundo, art. 284 del Código Penal de 1890?

Y hay delitos **per se** que sí son agravantes.

* * *

Revisó el Tribunal la providencia de apertura de causa por apelación de Olave y su defensor, y como tal recurso se entendía interpuesto en lo desfavorable, el superior careció de poderes legales para hacer más oneroso el cargo con el aditamento de circunstancias de asesinato que no figuraban en el auto apelado.

Ya en el fallo, el Tribunal expresó:

"...En cuanto a las circunstancias que determinan la gradación de la pena, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 117, 118 y 120 del mismo Código, la Sala acepta como agravante la indefensión de la víctima, la sangre fría en la acción y la mala conducta del procesado. Las dos primeras son las que movieron al Tribunal a decir en la confirmación del auto de proceder, que 'el delito fue cometido

con circunstancias de asesinato'. Si se tiene en cuenta para graduar la pena, no tiene entonces cabida lo dispuesto en el artículo 651, pues los mismos motivos no pueden influír dos veces en la sanción imponible al reo. Por consiguiente, debe escogerse entre la graduación y la sanción del artículo últimamente citado..."

Y escogió las circunstancias para fijar el delito en el grado segundo.

Si el Tribunal "se salió del auto de proceder en este punto", optando por aplicar como agravantes las circunstancias, no puede decirse que las **desnaturalizó en un procedimiento irregular,** ni que **desacertadamente desviara la situación jurídica de Olave,** ni menos que la **sentencia no está en consonancia con el auto de proceder,** reprobaciones que contiene la vista del señor Procuradór.

Más bien al Tribunal, convencido de la existencia de las tres circunstancias, lo asistió el derecho de tomarlas, a su arbitrio, en el sentido de agravantes para el grado del delito, y no en el que autoriza el aumento del artículo 651 del Código de 1890, o a la inversa, con el jurídico propósito de eludir dos gravámenes de la pena provenientes de una misma causa o de igual origen.

Y cuando con apoyo y razón suficientes son rebajadas la entidad y la pena de un hecho o infracción a la cual se le asignaron en el enjuiciamiento determinados caracteres de mayor gravedad, eso no es sino justicia, y el fallo en que tal conclusión se adopte nunca entrañará discordancia con el auto de proceder.

* * *

Ni una sola circunstancia agravante, de las debatidas, resulta comprobada, y así la calificación del delito debió hacerse, y se hará, en el grado tercero.

La Corte no pronuncia el aumento de una sexta parte diferencial que solicita el Sr. Procurador Delegado (inciso último del artículo 124), porque la mayor gravedad del hecho tiene su sanción especial con la cuarta parte más que ordena el artículo 620.

Se justificó, por lo expuesto, la causal de aplicación indebida de la ley penal, que el señor Procurador propuso, y a Olave no le corresponde sino el mínimo del artículo 645 (primer inciso) elevado en una cuarta parte. Total: **siete años y seis meses de presidio.**

* * *

En lo concerniente a las penas accesorias los fallos de primera y segunda instancia adolecen de una notoria equivocación: se impusieron las del Código de 1936, debiendo ser las del Código que se aplicó para deducir la pena principal.

Es injurídica la mezcla de distintas legislaciones penales al proferir una sentencia, como en repetidas veces lo ha resuelto la Corte.

* * *

En atención a las razones que preceden y de acuerdo en parte con el parecer del señor Procurador Delegado, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, INVALIDA la sentencia del Tribunal Superior de Cali, objeto del presente recurso, y en su lugar decide:

Condénase a Simeón Flor Olave, por heridas a Rosaliano López, a siete años y seis meses de presidio en el establecimiento que el Gobierno señale; a la privación indefinida de los derechos políticos; a la pérdida del arma y de todo empleo público y de toda pensión; al pago de las costas y a la indemnización de perjuicios.

Devuélvase el proceso al Tribunal Superior de Cali.

Notifíquese, cópiese e insértese en la **Gaceta Judicial.**

Campo Elías Aguirre — José Antonio Montalvo — Absalón Fernández de Soto. Julio E. Argüello R., Secretario.

HOMICIDIO.—CUANDO PUEDE REPUTARSE UN VEREDICTO NOTORIAMENTE INJUSTO

Las decisiones de los jueces de conciencia no pueden reputarse injustas sino cuando aparezca palmariamente que ellas pecan contra la realidad procesal. En los juicios por Jurado le basta al juzgador de derecho examinar en la sentencia si el veredicto tiene o no respaldo en pruebas del proceso. No está obligado a establecer, además, que de acuerdo con los principios legales sobre la plenitud de las pruebas, los autos suministran la demostración plena y completa de la responsabilidad del acusado. La convicción moral, que es lo que la ley exige de los Jurados, no está subordinada a las condiciones predeterminadas en que se funda la certeza legal.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal—Bogotá, diez (10) de julio de mil novecientos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Absalón Fernández de Soto).

A la consideración del Jurado, reunido con ocasión de la presente causa, le fue sometido el siguiente único cuestionario que contestó afirmativamente, por unanimidad:

"Marco A. Parada es responsable de haberle dado muerte voluntariamente a Alberto Maldonado, por medio de heridas hechas con arma de fuego de pequeño calibre (revólver), que aparecen descritas en el reconocimiento pericial visible al folio 2, hecho ocurrido el día diez y seis de julio de mil novecientos treinta y dos, en el sitio de Las Coloradas, de la comprensión municipal de Suratá, y en la ejecución de ese hecho procedió el acusado con intención de matar?".

De conformidad con tal veredicto, el Juez del conocimiento (Primero Superior de Bucaramanga), en sentencia de 5 de julio de 1941, condenó al mentado Parada a la pena principal de seis años de presidio, dando aplicación, por considerarlo menos severo, al artículo 600 del Código Penal de 1890, y calificando la delincuencia en grado mínimo.

El Tribunal de aquel Distrito Judicial, al revisar por apelación dicho fallo, lo confirmó, por lo cual el defensor del reo recurrió en casación contra la sentencia de segunda instancia.

Las causales invocadas son la 1ª, 4ª y 7ª del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal (Ley 94 de 1938), las cuales se examinarán en el siguiente orden:

Causal 4ª—"Cuando la sentencia sea violatoria de la ley procedimental por haberse pronunciado en un juicio viciado de nulidad".

Este motivo de casación lo hace consistir el recurrente en el hecho de que la causa no se tramitó de acuerdo con las disposiciones del nuevo Código de Procedimiento, las cuales cree que lo hubieran favorecido, especialmente la referente a la facultad que tienen las partes de pedir al Juez que se formulen al Jurado otros cuestionarios. Considera, por consiguiente, que hubo violación del principio de que en materia penal la ley favorable se aplica de preferencia a la desfavorable, aunque sea posterior.

Este reparo no es atendible en casación. El ha debido hacerse valer oportunamente ante el Juez de la causa.

El recurrente da a entender en su escrito que el hecho de no haberse formulado al Jurado cuestionario separado sobre legítima defensa, no dio a los jueces

de conciencia oportunidad de pronunciarse al respecto.

El defensor del acusado sostuvo en los debates orales ante el Jurado que el homicidio había sido cometido en el caso de legítima defensa, lo cual, prácticamente, implicaba, como lo dice el señor Procurador, "la formulación del cuestionario respectivo".

Y como de acuerdo con el procedimiento anterior, el Jurado podía adicionar sus respuestas, al contestar afirmativamente, sin modificación alguna, el cuestionario sometido a su decisión, negó de modo implícito la legítima defensa planteada por el defensor.

De manera que la causal 4ª carece de fundamento.

La 7ª es del tenor siguiente:

"Cuando la sentencia se haya dictado sobre un veredicto evidentemente contradictorio".

La argumentación que al respecto hace el demandante es propia de la causal 2ª, ya que la injusticia del veredicto, a la cual se refiere, es una de las hipótesis implícitamente previstas en los términos latos de esa causal, cuyo examen hará la Sala a continuación.

Sostiene el recurrente que procedió en el caso de legítima defensa y que como el Jurado desconoció ese motivo de justificación, su veredicto es injusto.

Las decisiones de los jueces de conciencia no pueden reputarse injustas sino cuando aparezca palmariamente que ellas pecan contra la realidad procesal. En los juicios por Jurado —ha dicho la Corte— bástale al juzgador de derecho examinar en la sentencia si el veredicto tiene o no respaldo en pruebas del proceso. No está obligado a establecer, además, que de acuerdo con los principios legales sobre la plenitud de las pruebas, los autos suministran la demostración plena y completa de la responsabilidad del acusado. La convicción moral, que es lo que la ley exige de los Jurados, no está subordinada a las condiciones predeterminadas en que se funda la certeza legal.

Dos grupos de testigos hay en el proceso. El uno afirma que el acusado disparó su revólver contra Alberto Maldonado sin que de parte de éste hubiera habido ataque alguno que pusiera en peligro la vida de aquél. El otro grupo de declarantes, entre los cuales se halla el propio reo, indagado ocho años después de cometido el homicidio, expresa que Parada, al herir a Maldonado, obró en uso del derecho de legítima defensa.

Como lo observa en su vista el señor Procurador Delegado en lo Penal, "en el auto de proceder estudió el Juzgado las dos hipótesis, analizando el valor de los encontrados grupos de declarantes. En esa providencia el ánimo del Juez se inclinó más hacia la aceptación de la primera versión, expuesta por la víctima y por algunos testigos, y desechó, por lo mismo, la referente a la legítima defensa, dejando en último término al Jurado la apreciación definitiva sobre la causal de justificación alegada por el reo.

"Los jueces de hecho, por unanimidad, rechazaron la versión de la legítima defensa expuesta brillantemente en las audiencias, y declararon que Parada sí era responsable, es decir, dieron mayor valor a las probanzas de inculpación que a las de descargo.

"En estas circunstancias, no puede decirse que exista manifiesta injusticia en el veredicto".

Lo expuesto es suficiente para concluír que tampoco prospera la causal 2ª. Menos la 7ª que invocó el recurrente, confundiéndola con la 2ª, al exponer los fundamentos de la acusación.

Causal 1ª—"Cuando la sentencia sea violatoria de la ley penal, por errónea interpretación o por indebida aplicación de la misma".

Alega el recurrente que se le aplicó el nuevo Código Penal, que considera más desfavorable, no obstante que el homicidio lo cometió con anterioridad al 1º de julio de 1938.

El reparo carece en absoluto de fundamento. A Parada se le aplicó el mínimo del artículo 600 del Código Penal de 1890, precisamente porque esta disposición es

menos severa que la respectiva del nuevo Código, como fácilmente se deduce de la comparación de dicho artículo con el 362 de la Ley 95 de 1936.

De suerte que tampoco prospera la causal 1ª

De consiguiente, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, de acuerdo con el parecer del Procurador Delegado, y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, declara que no es el caso de infirmar, y NO INFIRMA, la sentencia del Tribunal Superior de Bucaramanga, fechada el 14 de noviembre último, por la cual se condenó a Marco A. Parada a la pena principal de seis años de presidio, como responsable de homicidio simplemente voluntario en la persona de Alberto Maldonado.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente. Publíquese en la **Gaceta Judicial.**

Absalón Fernández de Soto—José Antonio Montalvo — Campo Elías Aguirre. Julio E. Argüello R., Secretario.

PENA MAXIMA QUE PUEDE IMPONERSE CONFORME AL NUEVO CODIGO PENAL

El problema de la pena máxima en el Código de 1936, originado por la discordancia entre el texto del artículo 45 y otras disposiciones del mismo estatuto ha sido resuelto recientemente por la Corte. En el fallo sobre el particular, llegó a la conclusión de que la pena de presidio imponible no puede exceder de veinticuatro años, ya se trate de sancionar al reo por uno o por varios delitos. En dicha sentencia se hace un resumen de las razones que sirven de apoyo a la solución referida.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal—Bogotá, trece (13) de julio de mil novecientos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Absalón Fernández de Soto).

Con base en las causales 1ª, 2ª y 3ª del artículo 6º de la Ley 118 de 1931, Antonio José Estrada, preso en la cárcel de Buga, interpone recurso de casación contra la sentencia del Tribunal Superior de esa ciudad que lo condenó a la pena fija de veinticinco años de presidio, más las accesorias, como responsable de los delitos de asesinato y robo en la persona de Pablo Betancourt.

Según aparece del expediente, los hechos criminosos los cometió Estrada asociado de Angel María Torres, quien por la misma sentencia fue condenado a iguales penas. Con posterioridad al pronunciamiento de la condena, Torres se fugó de la cárcel de Buga.

Pablo Betancourt, vecino de Conto (Valle), era comerciante en café. Por razón de sus negocios viajaba frecuentemente a Buga, ciudad en la cual recibió del señor Camilo Barreneche la suma de $ 2.000 el día 25 de noviembre de 1936. Hizo gastos aproximadamente por valor de $ 300 y con no menos de $ 1.700 el mismo día emprendió viaje de regreso a Conto, siendo asaltado en el camino por dos malhechores, en el paraje denominado La Sorpresa o Tinajas del Municipio de Yotoco. Recibidos los primeros golpes, que le fueron dados con garrote, Betancourt trató de huír, pero perdió el gobierno de la caballería y cayó a tierra. Allí fue apaleado de nuevo y despojado del guarniel donde llevaba la suma de dinero ya mencionada. Betancourt recibió golpes mortales en la cabeza, a consecuencia de los cuales falleció al día siguiente.

Se estudiarán los motivos de tacha contra la sentencia, de acuerdo con la importancia de los efectos jurídicos que producirían, caso de hallarse fundados.

Causal 2ª—Su texto en la Ley 118 de 1931, que fue la invocada por el reo recurrente, dice así:

"Ser la sentencia violatoria de la ley procedimental, por cuanto se haya dictado sobre un juicio viciado de nulidad sustancial, según la ley".

Como fundamento de esta causal, alega el recurrente que el sorteo de jurados no se hizo en la forma prescrita por el artículo 276 de la Ley 57 de 1887. Afirma que "no se puso a la vista la lista de designados, ni se hizo la colocación en el orden de su numeración, ni se llenaron otras formalidades (no dice cuáles) porque no aparece en la diligencia visible a folio 25 (sic) del proceso".

En el folio 215 del primer cuaderno se halla el acta de sorteo del Jurado. Allí se lee: "Puestas de presente las listas y fichas correspondientes, las partes las encontraron conformes". Sigue la relación de las nueve fichas, sacadas a la suerte y de los nombres que a ellas correspon-

den. Luégo se mencionan los cuatro nombres de los recusados, dos por el Fiscal y dos por los acusados. Por último, en el acta aparece la nómina de los ciudadanos elegidos para constituír el Jurado, la cual corresponde exactamente a los cinco nombres que debían formarlo.

Carece, pues, en absoluto de respaldo este cargo contra la legalidad del proceso.

En el auto de enjuiciamiento cree hallar el reo otro motivo de nulidad. Dice que se les llamó a responder (a él y a Torres) por los delitos de homicidio y robo, "dándole al acontecimiento la denominación de asesinato, contra lo dispuesto por el artículo 345 de la Ley 105 de 1890".

El señor Procurador dice a este respecto lo siguiente, que es trasunto fiel de la realidad:

"Esta aseveración carece de exactitud y de seriedad. En el auto de proceder se abrió causa criminal contra Torres y Estrada "por los delitos genéricos de homicidio y robo que definen y sancionan el capítulo I, título I, libro III, y capítulo I, título III, libro III del Código Penal, respectivamente, según dice textualmente la parte resolutiva. En la parte motiva es verdad que el Juzgado afirma que el homicidio fue premeditado y estuvo acompañado de circunstancias de asesinato, lo que demuestra que el Juez de primera instancia cumplió con la obligación de formular de manera nítida los cargos de los cuales debían responder los procesados".

Como se ve, en ninguno de los dos aspectos alegados se encuentra base para la causal 2ª.

Causal 3ª—"Ser la sentencia violatoria de la ley, por cuanto haya habido error en la apreciación de la prueba del cuerpo del delito".

A este propósito sostiene el recurrente que hubo error en la apreciación de la prueba del cuerpo del delito de robo "porque —dice— no se demostró con prueba palmaria que en el momento de ser ultimado (se refiere a Betancourt) hubiera portado la cantidad de $ 1.700.00".

La Sala ha examinado cuidadosamente el punto, sin hallar en las abundantes pruebas recogidas asidero para esta objeción. De aquí que acoja el siguiente comentario del señor Procurador:

"Parece que el reparo sobre este punto pretende encaminarse a sembrar una duda sobre la cuantía de la suma que llevaba consigo la víctima cuando se realizó el ataque que le causó la muerte y que sirvió de medio para robarlo. Es decir, que según el reo el cuerpo del delito no está demostrado, porque nadie pudo contar el dinero en el momento en que los delincuentes ejecutaron los actos de violencia. Pero como se comprende semejante pretensión, en apariencia vivaracha, es sencillamente necia.

"En el expediente hay prueba superabundante de que el 25 de noviembre de 1936 Pablo Betancourt recibió de manos del señor Camilo Barreneche la suma de $ 2.000.00, de los cuales gastó inmediatamente más o menos trescientos pesos. El saldo lo conservó en su poder y con él salió de Buga, siendo las doce del día aproximadamente, con dirección a la población de Conto; pero al llegar al punto **La Sorpresa** fue atacado por dos malhechores que lo despojaron de aquella cantidad.

"Sobre el hecho de llevar consigo Betancourt la suma aludida, en el momento del ataque, existe la propia declaración de la víctima hecha ante el alcalde municipal de Yotoco, cuando se hallaba mortalmente herido y cercano a la muerte, declaración que está corroborada con los testimonios de Camilo Barreneche, que fue la persona que le dio el dinero a Betancourt, de Francisco Mejía que presenció la entrega, de Polo González, de Luis Osorio, de Pablo Mejía y de Bernardo Correa, quien sacó el dinero del banco por orden del señor Barreneche para entregarlo, como al efecto se entregó, a Betancourt, poco antes del viaje de éste".

Bastan las razones transcritas para deducir que carece también de base la acusación contra la sentencia desde el punto de vista de la causal 3ª.

La causal 1ª, que invocó en primer lugar el recurrente, no tiene base atendible

en la demanda, pues se limita a decir que en la sentencia se citaron varios artículos del Código Penal de 1890, menos el 598.

"El motivo alegado es inválido —observa con razón el señor Procurador— porque lo cierto es que el Tribunal, al aplicar la ley penal, impuso las penas correspondientes al asesinato y al robo, que fueron los delitos por los cuales se condenó al recurrente".

Pasa ahora la Sala a examinar la última parte del concepto de su colaborador Fiscal. Este funcionario, haciendo uso de la facultad que le daba el artículo 6º de la Ley 118 de 1931, amplía la demanda con base en la causal 1ª y se funda en un motivo distinto del invocado por el recurrente. A su juicio la ley penal no estuvo bien aplicada, pues los falladores de instancia incurrieron en error al considerar más favorable a los reos el Código Penal de 1890. La cuestión la plantea así:

"Tanto el Juzgado como el Tribunal, al analizar las disposiciones punitivas aplicables a los reos, opinaron que la legislación anterior les era más favorable, por cuanto la pena máxima contemplada en aquel estatuto no podía pasar de 25 años de presidio, a tiempo que de acuerdo con el Código nuevo la pena podía exceder de esos veinticinco años, teniendo en cuenta los artículos 363 y 33 de la misma obra.

"En ocasiones anteriores, la Procuraduría ha expresado el concepto de que la pena máxima imponible, según la Ley 95 de 1936, es la de veinticuatro años de presidio (artículo 45), aunque se trate de varios delitos.

"No cree este Despacho necesario repetir los argumentos en que funda su opinión a este respecto. Tan sólo observa ahora que si no se acepta esa tesis, se llegara lógicamente a la conclusión de que con el nuevo Código Penal se puede imponer a un delincuente hasta la pena de cuarenta y ocho años de presidio, si resulta responsable de dos o más delitos, lo que en la práctica significa que el legislador instituyó como pena el ergástulo.

"En consecuencia, tratándose en este caso de dos delitos de la mayor entidad y de un delincuente de sobresaliente peligrosidad, digno de la pena máxima, debe aplicársele al reo la pena máxima del Código nuevo, que es inferior a la pena máxima del Código viejo".

Concluye pidiendo que se infirme parcialmente la sentencia para modificar la pena principal decretada contra Estrada de acuerdo con las ideas expuestas en su vista.

El problema de la pena máxima en el Código de 1936, originado por la discordancia entre el texto del artículo 45 y otras disposiciones del mismo estatuto, lo acaba de resolver la Corte al decidir el recurso de casación interpuesto por Arturo Herrera y Moisés Montoya, asunto en el cual la Procuraduría había expuesto con más amplitud su opinión sobre el particular.

Como puede verse en ese fallo, la Sala, después de un atento estudio de dicho Código y de sus antecedentes, llega a la conclusión de que la pena de presidio imponible no puede exceder de veinticuatro años, ya se trate de sancionar al reo por uno o por varios delitos.

En dicha sentencia, cuya lectura completa será de la mayor utilidad para jueces, magistrados y abogados, se hace el siguiente resumen de las razones que sirven de apoyo a la solución referida:

1º—El anteproyecto de Código Penal italiano de 1921, fuente originaria del nuestro, a pesar de que adoptaba la condenación a tiempo indeterminado y la prisión perpetua, para el caso de concurso de delitos estatuía que se aplicara la sanción correspondiente al más grave, considerando los otros delitos únicamente como circunstancias de mayor peligrosidad; y sólo a este título, no por el hecho objetivo del concurso mismo, podía pensarse, y eso interpretando el artículo 23 en relación con el 75, que en tal caso también estaba facultado el Juez para aplicar una sanción superior al máximum de la establecida para el delito más grave.

2º—En el Código colombiano no hay disposición que autorice expresamente al Juez para imponer una cantidad de pena

superior al máximum fijado para la respectiva sanción; y si es verdad que el artículo 33 dice: "Al responsable de varios delitos cometidos separada o conjuntamente y que se juzguen en un mismo proceso, se le aplicará la sanción establecida para el más grave, aumentada hasta en otro tanto" esto no significa que se suponga como base el máximo de la sanción correspondiente al delito más grave para hacer sobre ese máximo el aumento.

3º—La comisión redactora del anteproyecto de Código Penal colombiano no acogió la pena de prisión perpetua, ni siquiera la sentencia a tiempo indeterminado; y propuso como pena máxima imponible —sin distinguir si se trataba de aplicarla por uno o por varios delitos— la de treinta años de presidio.

4º—La comisión del Senado, que estudió el anteproyecto y que lo propuso como proyecto al mismo Senado, estimó excesiva la sanción de treinta años, teniendo en cuenta varios considerandos, entre otros el promedio de duración de la vida humana en Colombia, y resolvió bajar a veinticuatro años el máximo de pena imponible, sin establecer excepciones ni hacer distinción para el caso de que se tratase de sancionar a un reo por varios delitos.

La trayectoria recorrida por el legislador colombiano muestra que, apartándose del anteproyecto de Ferri, no sólo prescindió de establecer la prisión perpetua, sino que aún consideró excesivo el término de treinta años para la pena de presidio, la cual restringió a veinticuatro años, como máximo.

La pena máxima, privativa de la libertad, ante el Código de 1936, no puede, pues, pasar de veinticuatro años, aunque se trate de sancionar al reo por varios delitos. Como el Tribunal, creyéndolo más favorable, aplicó el Código de 1890 e impuso a Estrada veinticinco años de presidio, es claro que incurrió en indebida aplicación de la ley penal y, por consiguiente, el fallo debe invalidarse por la causal 1ª, lo que impone a la Corte el deber de dictar la sentencia correspondiente.

Dicho queda que el Tribunal impuso a los reos veinticinco años de presidio, o sea el máximo de la pena que autorizaba el estatuto de 1890, para lo cual se fundó en la gravedad de los delitos cometidos y en las circunstancias que los rodearon. De acuerdo con el principio de aplicación de la ley penal menos severa, aunque sea posterior, la Sala impondrá el máximo autorizado por el artículo 45, en relación con el 36 y con el 363 de la Ley 95 de 1936. Para ello ha tenido en cuenta las siguientes razones:

La gravedad de los hechos delictuosos, según queda expuesto, al principio de este fallo (se trata de dos delitos: asesinato y robo);

El motivo determinante del homicidio;

Las circunstancias de mayor peligrosidad que concurren en Estrada, a saber:

a) El haber incurrido antes en condenaciones judiciales:

b) El haber obrado con la complicidad de otro, y

c) El lugar, el arma y el modo de ejecución del homicidio, datos demostrativos de una mayor insensibilidad moral en sus autores.

Cabe advertir que si los fundamentos expuestos no bastaren, por sí solos, para justificar el máximum de la pena, en este caso no habría lugar a considerar la posibilidad de una sanción media entre los dos extremos del artículo 363, pues a los veinticuatro años habría que llegar de todos modos a computar el aumento de la sanción por el robo y por ser Estrada reincidente (véanse copias de folios 87 v. a 105 v. del cuaderno 2º).

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, de acuerdo con el concepto del Procurador Delegado, y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, resuelve:

1º INVALIDASE PARCIALMENTE la sentencia del Tribunal Superior de Buga, fechada el 7 de junio de 1940, en cuanto impuso a Antonio José Estrada la pena principal y fija de veinticinco (25) años de presidio, y en su lugar se dispone:

2º CONDENASE al mismo Antonio José Estrada, natural de Mocatán (Caldas)

e hijo de Antonio María Estrada e Isabel Caro, como responsable de los delitos de asesinato y robo, a la pena principal de veinticuatro (24) años de presidio que cumplirá en la penitenciaría que determine el gobierno y en la forma indicada por los artículos 43 y 46 del código penal. Como parte cumplida de dicha pena se tendrá el tiempo que haya estado detenido.

3º CONDENASE al mentado Estrada a la indemnización de los perjuicios causados por los delitos, y a las siguientes sanciones accesorias: interdicción de derechos políticos y funciones públicas por un lapso de veinticuatro años computable en la forma que previene el artículo 97 del código penal; pérdida de toda pensión, jubilación o sueldo de retiro de carácter oficial y pérdida de la patria potestad si la tuviere;

4º Entréguense al Estado las armas con que se cometieron los delitos, así como los bienes o efectos que provengan de la ejecución de ellos, sin perjuicio de los derechos de terceros, y

5º En lo que respecta a Angel María Torres queda en firme el fallo del Tribunal.

Hágase la publicación especial de la sentencia en la forma y términos prevenidos por los artículos 52, 53 y 54 del código penal.

El juzgado de origen hará que se efectúe dicha publicación especial dentro de los treinta días siguientes a la ejecución de esta sentencia, así como también dará cumplimiento al artículo 16 del decreto número 944 de 1934 sobre anotación de ella en el registro del censo electoral permanente, para lo cual pasará comunicación tanto al Jurado Electoral del domicilio del reo como a la oficina de identificación electoral del ministerio de gobierno que funciona en Bogotá.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente. Publíquese en la Gaceta Judicial.

Absalón Fernández de Soto.—José Antonio Montalvo. — Campo Elías Aguirre. Julio E. Argüello R., Srio.

COLISION DE COMPETENCIAS

- I -

La disposición del artículo 50 de la ley 94 de 1938 fija la competencia para conocer de procesos por delitos sometidos a la jurisdicción de autoridades judiciales de distinta jerarquía, que deben ser fallados bajo una misma cuerda, por el Juez que tenga competencia para conocer del delito más grave, como, por ejemplo, cuando se trata de delitos de competencia del Juez Superior, del Juez del Circuito y del Juez Municipal (homicidio, lesiones personales en algunos casos y delitos contra la propiedad en otros, respectivamente), hipótesis en la cual le correspondería al primero de dichos funcionarios conocer de todos esos delitos, a menos que alguno o algunos de los sindicados estuvieren sometidos a fuero especial, caso en el cual se dividiría el proceso (artículo 51, *ibídem).*

- II -

La locución "en lugares distintos" empleada en el artículo 57 de la expresada ley, hace referencia al delito cuya ejecución comienza en un lugar y termina en otro diferente, como sería el caso —citado por uno de los miembros de la comisión que elaboró el proyecto de código de procedimiento penal— de un sujeto que causara varias heridas a otro, las primeras en Girardot (Cundinamarca), las segundas en Flandes (Tolima), a consecuencia de las cuales muriera. En tal evento se juzgaría al responsable, no por heridas ni en procesos distintos, sino en uno solo por el delito de homicidio y por el Juez Superior en cuya jurisdicción se hubiere formulado primero el denuncio, o se hubiere iniciado, también primero, la respectiva instrucción, y, en igualdad de circunstancias, por el Juez del distrito judicial en donde primero se hubiere aprehendido al sindicado.

- III -

La Corte no puede, al dirimir un incidente sobre colisión de competencias entre dos Jueces Superiores de distintos distritos judiciales, afirmar ni negar la existencia de los hechos materia de la investigación, ni avanzar concepto alguno sobre si ellos son delictuosos o no, o si constituyen una o dos infracciones penales, porque eso es de la exclusiva competencia de los jueces de instancia, y la Sala usurparía jurisdicción si se apresurase a entrar en tales apreciaciones, ya que no está fallando un recurso de casación, ni asunto de aquellos en que actúa como Juez de instancia.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal. — Bogotá, veintiuno de julio de mil novecientos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Absalón Fernández de Soto)

El 3 de julio de 1941 Jova Arredondo denunció ante la alcaldía municipal de Cartago a Manuel María Triviño por haberse raptado —dijo— a su hija natural Consuelo Cecilia, de 15 años de edad, con quien se fue a vivir a un hotel de la población de Montenegro, del departamento de Caldas.

Adelantada la investigación, el Juez Superior de Buga la calificó llamando a juicio a Triviño por rapto y por la infracción prevista en el artículo 326 del código penal.

Al revisar el Tribunal de ese Distrito Judicial tal providencia, la revocó por considerar que era al Juez Superior de Pereira, y no al de Buga, a quien tocaba conocer del asunto.

Fundóse para ello el Tribunal en que tratándose de la imputación de dos delitos conexos (rapto y acceso carnal con mujer

mayor de 14 años y menor de 16), consumados en Cartago y Montenegro, respectivamente, y estar este último reprimido con mayor severidad que el primero, la competencia para conocer de ambos correspondía al Juez Superior de Pereira, de acuerdo con lo estatuído en el artículo 50 del código de procedimiento penal, que dice así:

"Cuando en un mismo proceso deban investigarse y fallarse varios delitos sometidos a diversas competencias, conocerá de la causa del Juez o Tribunal que tenga jurisdicción para fallar el delito más grave".

El Juez de Pereira no aceptó la tesis del Tribunal. Con fundamento en el artículo 57 del expresado código arguyó que si en jurisdicción del distrito judicial de Buga se formuló el respectivo denuncio, se inició el sumario y se capturó al sindicado, era claro que la competencia para conocer del presente asunto aparecía asignada al Juez Superior de la citada ciudad. En consecuencia, devolvió a dicho funcionario el expediente, advirtiéndole que, caso de no aceptar sus razones, le provocaba, en forma negativa, colisión de competencias.

El Juez de Buga, apoyándose en los mismos argumentos expuestos por el Tribunal, no aceptó los de su colega de Pereira, planteándose así, en forma legal, el mencionado incidente entre tales funcionarios, el cual corresponde a la Corte dirimir. A ello se procede, mediante las siguientes consideraciones:

La disposición del artículo 50 **ibídem**, en la cual se fundan el Tribunal y el Juez de Buga para estimar que es al Juez de Pereira a quien corresponde conocer del presente proceso, no es aplicable al caso. Ella fija la competencia para conocer de procesos por delitos sometidos a la jurisdicción de autoridades judiciales de distinta jerarquía, que deben ser fallados bajo una misma cuerda, por el Juez que tenga competencia para conocer del delito más grave, como, por ejemplo, cuando se trata de delitos de competencia del Juez Superior, del Juez del Circuito y del Juez Municipal (homicidio, lesiones personales en algunos casos, y delitos contra la propiedad en otros, respectivamente), hipótesis en la cual le correspondería al primero de dichos funcionarios conocer de todos esos delitos, a menos que alguno o algunos de los sindicados estuvieren sometidos a fuero especial, caso en el cual se dividiría el proceso (artículo 51 de la Ley 94 de 1938).

Tampoco es aplicable a este asunto el precepto del artículo 57 de la referida ley, en el cual se basó el Juez de Pereira para considerar que era al de Buga a quien correspondía la competencia.

Ninguna de las contingencias previstas en esta última disposición ha ocurrido en el presente caso. Es evidente que los hechos de que da cuenta este informativo se realizaron en sitios diferentes: la evasión de la menor de la casa donde la había colocado su madre tuvo lugar en Cartago y el acceso carnal en Montenegro. Pero no es menos cierto que la locución "en lugares distintos" empleada en el artículo 57, hace referencia al delito cuya ejecución comienza en un lugar y termina en otro diferente, como sería el caso —citado por uno de los miembros de la comisión que elaboró el proyecto de código de procedimiento penal— de un sujeto que causara varias heridas a otro, las primeras en Girardot (Cundinamarca), las segundas en Flandes (Tolima), a consecuencia de las cuales muriera. En tal evento se juzgaría al responsable, no por heridas ni en procesos distintos, sino, como es obvio, en uno solo por el delito de homicidio y por el Juez Superior en cuya jurisdicción se hubiere formulado primero el denuncio, o se hubiere iniciado, también primero, la respectiva instrucción, y, en igualdad de circunstancias, por el Juez del distrito judicial en donde primero se hubiere aprehendido al sindicado.

De suerte, pues, que la controversia suscitada entre los jueces superiores de Pereira y Buga no se resuelve con ninguna de las disposiciones de los artículos 50 y 57 del mencionado código de procedimiento.

Para dirimir la cuestión se considera:

De la relación del denuncio dado por la madre de la presunta ofendida y de las pruebas recogidas se infiere que en el informativo se ha tratado de averiguar, en primer término, si se cometió el delito de rapto. Es de anotarse que, según lo revela el auto de fs. 66 a 75, se ha considerado la existencia del delito de corrupción, en la hipótesis prevista en el artículo 326 del código penal, como cargo imputable a Triviño independientemente del rapto.

La salida de Consuelo Cecilia Arredondo de la casa de Luis Betancourt, donde su madre la colocó, es hecho ocurrido en Cartago, en jurisdicción del Juez Superior de Buga.

A la Sala le basta considerar el incidente sometido a su estudio únicamente desde el punto de vista de la cuestión planteada a la autoridad judicial por la desaparición de la menor de la referida casa, en compañía del acusado Manuel Marcial Triviño, quien mantenía con ella relaciones amorosas. Cuestión que necesariamente debe resolverse de conformidad con la definición y reglas del capítulo del código penal correspondiente al rapto.

Así las cosas y de acuerdo con las reglas generales sobre competencia, la autoridad judicial que debe conocer de este proceso no puede ser otra que el Juez Superior de Buga (artículos 45, aparte h), y 55 del código de procedimiento penal.

Que el acceso carnal de Triviño con la Arredondo se hubiera efectuado en Montenegro, población perteneciente al Distrito Judicial de Pereira, es circunstancia que no afecta la jurisdicción del Juez de Buga la cual quedó fijada por el lugar donde la menor se hallaba bajo el cuidado de su madre, del cual salió, según se dijo, acompañada de su pretendiente.

Y en el supuesto de que se trate de dos delitos (rapto y acceso carnal en el caso del artículo 326 del código penal), la competencia también sería del Juez Superior de Buga, por haber sido este funcionario el primero que aprehendió el conocimiento del asunto, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 149 de la Ley 105 de 1931, aplicable por analogía al procedimiento penal, al tenor del artículo 41 de la Ley 94 de 1938.

* * *

La Sala no afirma ni niega la existencia de los hechos materia de la investigación, ni avanza concepto alguno sobre si ellos son delictuosos o no, o si constituyen una o dos infracciones penales, porque eso es de la exclusiva competencia de los jueces de instancia, y la Corte usurparía jurisdicción si desde ahora se apresurase a entrar en tales apreciaciones, ya que no está fallando un recurso de casación, ni asunto de aquellos en que actúa como Juez de instancia. La Corte decide aquí una simple colisión de competencias para señalar cabalmente cuál es el Juez a quien corresponde decidir esos puntos, que son la materia del auto sobre calificación del mérito del informativo.

Por la misma consideración la Sala se abstiene de examinar el punto que al margen de la discusión de este incidente suscitó el Magistrado ponente, sobre el posible vacío, en el articulado del capítulo relativo al rapto, cuando ocurre el caso de que la presunta ofendida, que presta su consentimiento para la sustracción o retención, es menor de 16 años y mayor de 14.

* * *

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, declara que compete conocer de este proceso al Juez Superior de Buga y no al de Pereira.

En consecuencia, envíese el expediente al primero de los nombrados y una copia de esta providencia al segundo de ellos.

Cópiese, notifíquese e insértese en la **Gaceta Judicial.**

Absalón Fernández de Soto.—José Antonio Montalvo . — Campo Elías Aguirre, Julio E. Argüello R., Srio.

SALVAMENTO DE VOTO

Insistentemente pedí a los señores Magistrados Fernández de Soto y Montalvo la adopción de una fórmula menos vaga, oscura y equívoca sobre la inexistencia de los delitos que se le atribuyen a Manuel Marcial Triviño, lo que no pude conseguir a pesar de mi empeño de buena fe.

Entiendo que para decidir una colisión de competencias en materia penal es indispensable fijar de modo exacto la naturaleza de los hechos en que consistan las supuestas o reales infracciones investigadas, a fin de tener así un necesario elemento de juicio en el estudio y resolución del problema.

Y como de tal modo estimo yo ese punto de tanta importancia, en vez de usurpar jurisdicción más bien la Corte cumple uno de sus deberes, con mayor razón en el caso de la actual pugna entre los Jueces Superiores de Buga y Pereira, puesto que a Triviño se le había abierto causa por rapto y por corrupción de menores.

Considerando que es preciso hacer todo aquello que tienda a alejar el peligro de un grave error judicial, mi conciencia y mis ideas me imponen la obligación de decir claramente que Manuel Marcial Triviño no cometió ni el delito de rapto ni el del artículo 326 del código penal.

* * *

RAPTO. El procesado no raptó, en tesis jurídica, a la menor Consuelo Cecilia Arredondo.

Descartadas del debate la violencia física o moral y las maniobras engañosas de cualquier género, Triviño dizque sustrajo a la muchacha con el consentimiento de ésta.

Frente a las diversas acepciones del verbo sustraer, podrá sostenerse que el hombre sacó a la Arredondo del hogar o que se la llevó de allí, si se sabe que ella, firmemente determinada a separarse de su madre por motivos poderosos y a irse con su novio o sola, le rogó a Triviño que se fueran juntos y al cabo obtuvo que él accediese a acompañarla, no obstante los prudentes reparos que le opuso a la menor?

Eso no es rapto. La sustracción implica una iniciativa del varón. Y porque la iniciativa y el esfuerzo pertinaz los tomó la mujer, ciertamente no fue que la Arredondo consintiera en abandonar la casa. Consentir es plegarse a la voluntad de otro, y quien condescendió al viaje fue Triviño.

Además, el código penal, en el rapto con consentimiento de la mujer, no contempla la ocurrencia de la raptada menor de 16 años y mayor de 14. La Arredondo tenía 15 años.

* * *

CORRUPCION. Para que sea delito el rapto consentido o no, requiere en el hombre el propósito de satisfacer algún deseo erótico-sexual en el cuerpo de la mujer o de casarse con ella.

Cuando ese deseo erótico-sexual se realiza por el aspecto de acceso carnal en que consiente una mujer mayor de catorce años y menor de diez y seis, no es posible que el coito, la exteriorización y la mejor prueba de aquel propósito, venga a constituír la concurrente infracción que, al lado del rapto, se le imputa a Triviño.

Por otra parte, el acceso carnal que reprime el artículo 326 del código penal nunca entrañará los caracteres de la corrupción de menores si se ejecuta con una mujer ya experimentada en el ayuntamiento ilícito, pues entonces no se la pervierte ni se le enseña un acto que ignoraba.

Y sucede que la menor Consuelo Cecilia

Arredondo "nada tenía que perder siendo que no era señorita" (son sus propias palabras), noticia que anticipadamente le comunicó al sindicado.

* * *

Admito que al Juez Superior de Buga corresponde conocer del proceso. Por qué?

Discurriré ahora concediendo que tengan alguna vislumbre de realidad las pseudo violaciones de la ley penal a que el negocio se contrae.

Serían conexas, y una, el rapto, es delito crónico, permanente, de consumación continua, que perdura mientras la persona raptada siga en poder del raptor.

El rapto no termina con el arrebato, la sustracción o retención de una mujer. Tanto, que el punto de partida para la prescripción de la acción penal por un rapto ha de ser el día en que cese la retención (casación de 20 de septiembre de 1940, **Gaceta Judicial** números 1964 y 1965, de enero y febrero de 1941, páginas 534 a 537).

"El delito permanente está constituído por una consumación que no se agota en un instante, sino que se prolonga; y se prolonga, no de un modo discontinuo como en los delitos continuados, sino de un modo continuo. En otros términos: en el delito instantáneo la violación del bien jurídico se realiza en un solo instante, como en el homicidio; en los delitos continuados se realiza en cada uno de los instantes en los que se divide la consumación, como en ciertos hurtos; en los delitos permanentes la violación del bien jurídico se verifica de un modo continuado, y la continuación comienza cuando la violación. De otra manera, en el rapto la consumación no consiste solamente en sustraer a la persona de la casa paterna, sino también en tenerla alejada de ella, de modo que el segundo instante es consumación como el último, y el último es consumación como el primero". Alimena, **Principios de Derecho Penal**, volumen I, página 511 de la edición española de 1915).

La mayoría señala el municipio de Cartago como el lugar en donde se consumó el supuesto rapto. No. En Cartago comenzó a consumarse y persistió la consumación en Montenegro.

De suerte que la regla del artículo 55 de la Ley 94 de 1938, en que la mayoría se apoya para afirmar que el rapto se consumó en territorio de Cartago, no sirve para resolver la colisión. Repito que la consumación se prolongó hasta Montenegro, continuamente, durante el lapso en que el hombre y la mujer vivieron juntos en ese pueblo.

La regla aplicable es la del artículo 56, por ser el rapto un delito crónico, de la especie de los permanentes y la conexidad entre ese hecho y el de la presunta corrupción, conduce a la unidad del proceso (artículo 54) adscrito a la jurisdicción del Juez Superior de Buga que previno en el conocimiento.

La letra y el contenido de los artículos 54 y 56 de la Ley 94 de 1938 hacen improcedente el principio del artículo 149 de la Ley 105 de 1931, que la mayoría citó. No hay por qué emplear el recurso del art. 41 de la referida Ley 94, cuando para el caso estudiado consigna esta ley una norma tan adecuada como la del artículo 56, en relación con la del artículo 54.

Campo Elías Aguirre

DECISIONES DE LOS JUECES DE CONCIENCIA

Las decisiones de los jueces de conciencia no pueden reputarse injustas sino cuando ellas contradicen palmariamente la realidad procesal. En los juicios por Jurado bástale al juzgador de derecho examinar en la sentencia si el veredicto tiene o no respaldo en pruebas del proceso. No está obligado a establecer, además, que de acuerdo con los principios legales sobre la plenitud de las pruebas, los autos suministran la demostración plena y completa de la responsabilidad del acusado. La convicción moral, que es lo que la ley exige de los jurados, no está subordinada a las condiciones predeterminadas en que se funda la certeza legal.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, veinticuatro de julio de mil novecientos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Absalón Fernández de Soto)

El Juzgado 2º Superior del Socorro, en sentencia de 17 de febrero de 1941, condenó a Isaías Matéus y Camilo Ariza a la pena principal de seis años de presidio como coautores de homicidio simplemente voluntario en la persona de Domingo Sierra dando aplicación, en tercer grado, al artículo 600 del código penal de 1890.

El Tribunal del Distrito Judicial de San Gil, al revisar por apelación dicho fallo, lo confirmó.

Contra la decisión de segunda instancia recurrieron en casación los reos.

Su apoderado ante la Corte, en escrito que no reúne los requisitos de una demanda sobre la materia, invoca la causal 2º del artículo 6º de la Ley 94 de 1938 (código de procedimiento penal), cuyo tenor literal es como sigue:

"Cuando por errada interpretación o apreciación de los hechos, en la sentencia se les haya atribuído un valor probatorio que no tienen, o se les haya negado el que sí tienen, o no se les haya tomado en cuenta a pesar de estar acreditados en el proceso, o cuando resulte manifiesta contradicción entre ellos; siempre que sean elementos constitutivos del delito, determinantes, eximentes o modificadores de la responsabilidad de los autores o partícipes, o circunstancias que hayan influído en la determinación de la sanción".

Sostiene el demandante, sin entrar en ninguna demostración, que la prueba testimonial recogida contra los reos es parcial e insuficiente. Sin embargo, considera justa la condena de Ariza, no así la de Matéus, pues estima que éste es sólo responsable de complicidad, con lo cual pretende que se descarte la figura jurídica del concurso recíproco.

Al respecto dice:

"En el numeral 2º del artículo 567 del código de procedimiento encontramos el remedio para esta injusticia que se ha cometido con Matéus, pues no me aparto de la justicia con que se ha condenado como autor a Camilo Ariza. En ninguna parte del expediente está demostrado este concurso recíproco con el cual se llevó a la cárcel durante seis años a Matéus. Ningún testigo, ningún indicio, ningún argumento, o conjetura nos lleva a esta conclusión fatal. El concurso recíproco debe estar demostrado previamente como en ello están acordes todos los expositores".

Las decisiones de los jueces de conciencia no pueden reputarse injustas sino cuando ellas contradicen palmariamente la realidad procesal. En los juicios por Jurado —ha dicho la Corte— bástale al juzgador de derecho examinar en la sentencia si el veredicto tiene o no respaldo en pruebas del proceso. No está obligado

a establecer, además, que de acuerdo con los principios legales sobre la plenitud de las pruebas, los autos suministran la demostración plena y completa de la responsabilidad del acusado. La convicción moral, que es lo que la ley exige de los jurados, no está subordinada a las condiciones predeterminadas en que se funda la certeza legal.

En este proceso hay prueba testimonial que muestra a Isaías Matéus como responsable, en concurso recíproco con Camilo Ariza, de las heridas de arma de fuego que causaron la muerte de Domingo Sierra.

En efecto, así lo afirman los testigos presenciales Alcides Ariza, Guillermo y Jesús Quitian (véanse declaraciones de fs. 3 a 4 v. y 11 v. a 12).

El señor Procurador, después de expresar en su vista que sólo por vía de amplitud entra a contestar el deficiente memorial con que se quiso sustentar la casación, examina aquellos y otros testimonios de cargo en los siguientes términos, que la Sala comparte:

"Basta reproducir en lo pertinente la declaración de Ariza, para que se vea lo fundado que es el veredicto:

" ....Ví también que los atacantes (se refiere a Camilo Ariza e Isaías Matéus) cogieron en medio a Domingo Sierra y así le dispararon ambos revólveres".

"Y la autopsia confirma ampliamente el dicho de los testigos, ya que hace factible la intervención de dos personas en la muerte de Sierra, puesto que éste recibió cuatro heridas causadas con revvólver, tres de ellas de naturaleza mortal (la de la cabeza, la del abdomen y la del tórax).

"Alfonso Sierra, hermano de la víctima, también les hace a los acusados el cargo directo de haber disparado sobre aquélla.

"Tobías Angulo, después de sonados los disparos, vió pasar a Isaías Matéus y Camilo Ariza por la carretera y oyó que el uno le decía al otro: 'pero si matamos al Domingo Sierra pero no quiso caer fue el Alfonso Sierra'.

"Cierto que los testigos Guillermo y Jesús Quitián eran cuñados del occiso; pero como este impedimento fue alegado ante el Jurado por los señores que sirvieron la defensa de los procesados, sin que los jueces de hecho aceptaran la supuesta parcialidad de estos declarantes ni la de los otros que comprometen a Matéus y Ariza síguese que no hay cómo desconocer sus afirmaciones, con razón tanto mayor careciéndose como se carece de una sola prueba que diga que los testigos faltaron a la verdad".

Por lo demás, es de advertirse que ni el vocero de los acusados ni su defensor sostuvieron en la audiencia pública que Matéus hubiera obrado como simple cómplice. Dichos abogados sometieron a la consideración del Jurado la tesis de la legítima defensa, o en subsidio el haber obrado ambos procesados en el acto mismo de recibir golpes y agresiones de parte del que murió, o, en último término, el haber procedido en riña provocada por Sierra o al menos sin saberse quién la promovió. De suerte que lo de la complicidad de Matéus es, como lo anota el mismo señor Procurador, un recurso de última hora que no da margen para atacar el veredicto como contrario a la evidencia de los hechos.

Lo expuesto es suficiente para concluír que carece de fundamento la causal alegada.

De consiguiente, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, de acuerdo con el parecer del Procurador Delegado, y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, declara que no es el caso de infirmar, y NO INFIRMA la sentencia del Tribunal Superior de San Gil, fechada el 4 de septiembre del año próximo pasado, por la cual impuso a Isaías Matéus y Camilo Ariza, a cada uno, la pena principal de seis (6) años de presidio, como responsables en concurso recíproco de homicidio simplemente voluntario en la persona de Domingo Sierra.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente. Publíquese en la **Gaceta Judicial**.

Absalón Fernández de Soto.—José Antonio Montalvo. — Campo Elías Aguirre. Julio E. Argüello R., Srio.

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

EXCEPCIONES

La inobservancia de un requisito como el del sorteo de peritos que les impone a los síndicos o recaudadores del impuesto de herencias una resolución administrativa, no está consagrada en la ley, ni en tal carácter podría consagrarla una simple resolución ministerial, como causal de nulidad del avalúo.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, junio diez y siete de mil novecientos cuarenta y uno.

(Magistrado ponente: Dr. Arturo Tapas Pilonieta).

En el juicio ejecutivo que la nación adelanta contra la sucesión de Manuel Antonio Ordóñez Serrano por suma de pesos proveniente de los impuestos de herencia y masa global, los representantes de la sucesión presentaron ante el juez ejecutor, que es el abogado síndico de esa renta en Bucaramanga un memorial de excepciones. Pasado el incidente a conocimiento de la Corte, ésta lo ha adelantado hasta tenerlo hoy en estado de proferir el fallo correspondiente, a lo cual procede a continuación.

* * *

Las excepciones son tres: inexistencia de título ejecutivo; error de cuenta y carencia de acción.

Todas tres se fundan en idéntica causa, según lo confiesa el mismo excepcionante tanto en el memorial de excepciones, como en el alegato de bien probado presentado ante la Corte; en este último dice: "Todas estas tres excepciones se fundan en los mismos hechos, o sea en el vicio que afecta los avalúos practicados en el juicio de sucesión, consistente en haberse efectuado por peritos que no tenían la calidad legal de tales, por no haber sido designados conforme a la ley, lo que hace ineficaz su dictamen y, consiguientemente, la obligación que en él pretende basarse para el cobro del impuesto".

Siendo lo anterior así, el hecho propuesto es en realidad lo único que está sometido a examen, aun cuando se le hayan dado diversas calificaciones jurídicas, las cuales como es obvio no lo alteran.

El excepcionante concretando más el vicio de que está afectada la diligencia de avalúo en el juicio de sucesión, agrega que el nombramiento de peritos para ese avalúo no se sujetó a las reglas dadas por la ley 63 de 1936, por cuanto el perito designado por el síndico recaudador no se hizo en la forma que tanto dicha ley como los decretos reglamentarios prescriben, y además por haberse desconocido el derecho de los herederos interesados, el cual les fue arrebatado por el juez al apresurarse a nombrar reemplazo, sin previo requerimiento y sin haber manifestado aquéllos si renunciaban a ese derecho.

De aquí se deduce la nulidad sustantiva del avalúo pericial, el cual por lo tanto no puede servir de base para fundar en él la liquidación de los impuestos que se están cobrando.

* * *

Examinando el proceso se tiene lo siguiente:

Por resolución de 14 de diciembre de

1939 el ministerio de hacienda refiriéndose al procedimiento que el abogado síndico de Bucaramanga adoptó para escoger el perito de la nación que había intervenido en la diligencia de avalúos de los bienes sucesorales de Manuel Antonio Ordóñez, encontrólo irregular por no haber observado el síndico la reglamentación prevista en la resolución número 141 de 14 de junio de 1938, dictada por el ministerio y la cual dispone que "cuando en los juicios de sucesión no se solicite el convenio de perito único, los abogados síndicos o Recaudadores procederán a hacer el nombramiento sorteado el candidato entre la lista oficial de expertos avaluadores" en la forma que se determina en la misma resolución. Afirma el ministerio que la "sindicatura no procedió de la manera que acaba de relatarse, sino que por sí y ante sí hizo el nombramiento, de lo cual dio aviso al juzgado, el cual también aceptó esta designación irregular y procedió a nombrar el perito que correspondía a los interesados por no haberlo hecho éstos oportunamente, y que "de lo anterior se deduce que el nombramiento de parte del síndico no se sujetó a las formalidades legales procedimentales de rigor en estos casos, lo que hace que el dictamen dado por el experto no deba ser tenido en cuenta para los efectos de la liquidación, pues sin tener valor los avalúos ella no puede basarse en un documento que no tiene vida legal".

El ministerio ordenó en consecuencia que por el juzgado se subsanara la irregularidad cometida por el síndico.

Pero el juzgado del circuito en auto de 25 de enero de 1940 no encontró aceptables las observaciones del ministerio, fundándose en que las irregularidades apuntadas no anulaban la diligencia de avalúos por tratarse de formalidades que concernían al síndico y cuya fiscalización no estaba a cargo del juzgado. Apelado este auto por el síndico, el tribunal lo confirmó, fundándose en que la intervención de los peritos en el avalúo se había ceñido a la ley, por lo cual no había ninguna nulidad; se ordenó de consiguiente que el recaudador cumpliera con el artículo 45 de la ley 63 de 1936 para el efecto de que la liquidación se declarase en firme.

El recaudador en resolución del 11 de mayo de 1940 avisó al juzgado que la liquidación había quedado en firme por no haber sido objetada en oportunidad.

* * *

De los hechos anteriores se desprende que en el proceso del juicio sucesorio de Ordóñez no hay ningún vicio fundamental que les quite a las personas que hicieron el avalúo el carácter que allí se les dio de peritos avaluadores.

De un lado las irregularidades apuntadas por el ministerio, que no son de fondo, sino de forma, en cuanto al sistema que adoptó el síndico para el nombramiento de perito por parte de la nación, si se consideran fundadas quedaron saneadas por los autos del juez y del tribunal en cuya virtud no fueron encontradas suficientes para repetir el nombramiento de expertos y el avalúo. Ese incidente quedó juzgado y sentenciado oportunamente por autos ejecutoriados dictados por los jueces comunes en ejercicio de sus funciones. Hoy no hay base para suscitar la misma cuestión, que tuvo en el proceso del juicio de sucesión un interés meramente adjetivo. Se trató allí de un problema de nulidad procesal; de tal suerte que carece de virtualidad para generar una nulidad sustantiva del respectivo acto judicial.

De otra parte, conforme lo dan a entender los autos del juez y del tribunal la inobservancia por parte del síndico del sorteo que le ordenaba hacer la resolución ministerial de 1938, no genera nulidad en el nombramiento de peritos, como quiera que tal formalidad no hace parte del procedimiento judicial, sino que corresponde al reglamento interno de la sindicatura, cuya vigilancia y sanción le incumbe a la autoridad administrativa.

En efecto, por dicha resolución el síndico en el caso especial de la sucesión de Ordóñez Serrano estaba obligado a sortear el perito que debía él nombrar, de la lista oficial de expertos, ante el administrador de hacienda. Hacer tal sorteo no era pues

función del juez; el cual para aceptar el perito, debía partir de la base de que el síndico estaba obrando con sujeción a sus propios y peculiares reglamentos.

Cuando el síndico hizo la designación de perito ninguna constancia existía de que los interesados hubieran solicitado el nombramiento de perito único. Constaba únicamente que ellos habían dejado pasar el tiempo que se les señaló para hacer el nombramiento que les correspondía. De esta manera el juzgado tenía que hacer la designación, de acuerdo con la ley.

Pero se repite, aun suponiendo que en el caso de la sucesión Ordóñez el síndico estaba obligado a sortear el perito de la nación, la inobservancia de esa formalidad en el estado actual de las cosas no acarrea ninguna consecuencia, menos aún la de erigirla en nulidad de la obligación ejecutiva. La sala acoge en el particular las palabras del señor procurador delegado en lo civil con las cuales él combate la existencia de las excepciones:

"En concepto del suscrito no proceden las declaraciones pedidas por el excepcionante por cuanto no aparece probado en el informativo el hecho básico sobre que descansan aquéllas, cual es el de la **nulidad del avalúo pericial** que concretó la liquidación del impuesto respectivo.

"En efecto, de la confrontación del caso controvertido con las disposiciones **especiales** pertinentes —que son las contenidas en los artículos 31 y 32 de la Ley 63 de 1936 y en los artículos 52 a 65 del Decreto número 1020 del mismo año— que tratan de la institución de los expertos avaluadores en los juicios especiales que tales estatutos comprenden, y de su formación y funcionamiento, resalta el hecho de que no puede someterse a dubitaciones que el argumento de nulidad que se pretende sacar valedero en el caso presente es absolutamente inoperante.

"Se observa en realidad, que los peritos que intervinieron en este caso fueron escogidos del "cuerpo oficial de expertos avaluadores", en completa armonía con lo preceptuado por las disposiciones que acabo de citar. Y son esas disposiciones las precisamente aplicables al caso **sub judice**, por su propia virtualidad, dado su origen jurídico-constitucional y legal. Sin que en nada pueda aducirse, con el carácter **esencial** que le da el excepcionante, que la inobservancia por parte del síndico ejecutor de lo preceptuado por la Resolución número 141 de 14 de junio de 1938, emanada del Ministerio de Hacienda, sobre "sorteo" del experto avaluador, haya de generar un efecto tan absoluto como lo es el de la pretendida nulidad del avalúo.

"Tal Resolución número 141 —autorizada con la sola firma del Ministro respectivo — **no** constituye una **norma de fondo** o **forma sustancial** en la creación de la obligación impositiva. La obligación fue creada, en el simple campo especulativo o ideal, por el órgano legislativo—cuya es la función—por medio del estatuto número 63 de 1936; luego, a tal obligación se la reglamentó, se la dio **materialidad**, por medio de actos típicos —decretos y resoluciones, en todo caso unos y otros emanados de la entidad constitucional "Gobierno"— en concordancia con lo estatuído con la fuente primera creadora de dicha obligación: la Ley 63, tantas veces citada, especialmente según el contexto del artículo 31.

"Esa Resolución **ministerial**, que no ejecutiva (la número 141), puede y debe tener su valor. Puede y debe ser un estatuto orgánico de la entidad que la emitió, de necesario cumplimiento por parte de los agentes subalternos de la misma. Pero, se repite, ella no constituye una norma de fondo o forma sustancial en la creación de la obligación impositiva, y, por la misma razón, su inobservancia **no puede generar la nulidad o inexistencia de dicha obligación.** Y es este último problema jurídico el que interesa y compete al Tribunal de justicia en el caso que se controvierte, ya que la cuestión administrativa sobre incumplimiento de una resolución ministerial le es completamente ajena.

"Tenemos, pues, que la inobservancia de un requisito como el del "sorteo de perito, no está consagrada en la ley, ni en tal carácter podría consagrarla una sim-

ple resolución ministerial, como causal de nulidad del avalúo. Por otra parte, en el caso de autos, todos los otros incidentes relativos a nombramiento, etc., de los expertos avaluadores se ajustan a los preceptos legales que sobre procedimiento son aplicables, **incluyendo los del Código del ramo,** cuya aplicabilidad al caso no es sólo corolario de un principio universal de procedimiento sino consecuencia inmediata de expreso mandato de la ley 63 de 1936 en su artículo 30".

Por lo expuesto, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara no probadas las excepciones propuestas por el ejecutado.

Continúe adelante la ejecución.

Publíquese, cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente a la oficina de origen.

Arturo Tapias Pilonieta — Aníbal Cardoso Gaitán — Juan A. Donado V. — Manuel Pineda Garrido, Srio.

INCIDENTE DE NULIDAD — CONSEJO ADMINISTRATIVO DE LOS FERROCARRILES NACIONALES Y SU REPRESENTACION ACTIVA Y PASIVA EN JUICIO

De la simple lectura del Art. 2º de la Ley 29 de 1931 se concluye que el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales tiene facultad para demandar en juicio y para actuar cuando se le demanda. Su personería no es solamente activa (para poder demandar) sino pasiva, para ser demandado, pues las excepciones se ejercitan precisamente en la posición pasiva que al Consejo corresponde, como en caso de autos. Si el Consejo puede presentar excepciones en juicio, también podrá representar a la Nación pasivamente. No considera la Corte que haya fundamento para creer que solamente corresponde al Consejo una personería activa, porque si éste hubiera sido el pensamiento del legislador, así lo habría consignado expresamente. Si no lo hizo se entiende que otorgó al Consejo una personería amplia y general que es la que armoniza mejor con el propósito de la ley, de que los ferrocarriles sean administrados con una completa independencia, si con un acto de administración se afectan derechos de terceros que deben discutirse ante el Organo Judicial, la atención del asunto debe corresponder al Consejo o a sus agentes, con lo cual quedarán mejor protegidos los intereses nacionales confiados al Consejo, ya que esta entidad está mejor capacitada que los señores Agentes del Ministerio Público para defender los de la Nación. Muy poca sería la independencia y autonomía del Consejo Administrativo si cuando quiera que se tratase de defender los intereses a su cuidado tuviera que solicitar el concurso del Ministerio Público. Habiendo recibido el Consejo un mandato para administrar los Ferrocarriles Nacionales y teniendo el carácter de persona jurídica autónoma para todo lo referente a esa administración, es claro que debe ser el legítimo representante de sus intereses, cuando tratan de afectarse en un juicio.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales — Bogotá, julio diez y ocho de mil novecientos cuarenta y uno.

(Magistrado ponente: doctor Aníbal Cardoso Gaitán).

En el presente juicio ordinario, promovido por el señor Manuel Salvador Patiño contra la Nación sobre indemnización de perjuicios, está para resolver el incidente de nulidad propuesto por el señor Procurador Delegado en lo Civil, fundado en el hecho de no haberse tenido como parte en el pleito al Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, que debía estar representado por el Administrador General como representante legal de esa entidad en virtud de lo dispuesto en los artículos 1º y 2º de la ley 29 de 1931.

La ley citada dispuso que el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales disfrutara de las prerrogativas y derechos de una persona jurídica autónoma, con facultad para presentarse ante los tribunales y autoridades de cualquier orden, con derecho para ejercitar cualquier acción o excepción que considere conveniente para la buena administración y desarrollo de los bienes a su cuidado.

El apoderado del demandante presentó un alegato tendiente a demostrar la no existencia de la causal de nulidad por ile-

gitimidad de personería, sostenida por el señor Procurador con base en los numerales 2 y 3º del artículo 448 del C. J.

En declaración solicitada por el apoderado del demandante y rendida por el doctor Mantilla Valenzuela, éste declara, que como empleado subalterno del Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales ha "solicitado algunas veces y con apreciables intervalos, de la Secretaría de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, que se me mostrara el juicio seguido por Manuel Salvador Patiño contra la Nación, representada esta última por los Agentes del Ministerio Público con el fin de informarme del estado del juicio y tomar a veces ligeros apuntes..... Yo no he ejercido dentro del juicio la defensa de la entidad demandada puesto que ésta ha estado representada por el señor Procurador Delegado en lo Civil, ni tampoco he representado en el mismo juicio al Consejo de Ferrocarriles puesto que esta entidad no aparece demandada".

En certificación dada por el señor Hernán Cuéllar Wallis, Administrador General de los Ferrocarriles Nacionales, declara que "la dirección en el juicio de Manuel Salvador Patiño contra la Nación, en lo tocante a la defensa de esta última, se ha llevado a cabo como aparece del mismo juicio por los respectivos Agentes del Ministerio Público, puesto que la parte demandada ha sido la Nación representada por dichos funcionarios". Declara más adelante, que la única intervención que ha tenido el Consejo ha sido **extrajuicio**, suministrando datos solicitados por el señor Fiscal del Tribunal Superior de Pereira y por el señor Procurador Delegado en lo Civil.

Por medio de auto de veintitrés de junio del año en curso y para los fines previstos en el artículo 455 del C. J. se dispuso oír al Consejo en la persona de su Administrador. En memorial presentado oportunamente, el señor Hernán Cuéllar Wallis en su calidad de Administrador de la empresa, declara que ninguno de los hechos ejecutados por el Consejo en el juicio hace suponer su representación ni pueden considerarse como manifestación de un ejercicio directo de los derechos procesales, ni siquiera como constitutivo de la especie de consentimiento prevista en el artículo 450 del C. J., consentimiento, que según tal precepto, debe resultar claramente de los autos. Y no ratifica lo actuado, y antes bien considera que la Corte debe hacer la declaración de nulidad a que el incidente se refiere.

De lo anterior se desprende que el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales no ha estado representado en este juicio ni por su Administrador General ni por apoderado.

La Corte considera:

Los artículos citados de la ley 29 de 1931 conceden al Administrador de los Ferrocarriles Nacionales la facultad de presentarse ante los tribunales a demandar en nombre de la Nación o a proponer excepciones en aquello que se refiere a asuntos relacionados con cuestiones del Consejo.

Al tratarse de un juicio como el presente, en que se solicita indemnización de perjuicios, debe considerarse que el hecho que lo ocasiona proviene de actos de carácter administrativos ejecutados por una empresa que puede presentarse ante los Tribunales a demandar en nombre de la Nación y a proponer excepciones en aquello que se refiera a asuntos administrativos.

El artículo 2º de la citada ley dice: "artículo 2º El Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales disfrutará de las prerrogativas y derechos de una persona jurídica autónoma, representada por el Administrador General; ejercerá todas las funciones con una completa independencia y podrá presentarse ante los Tribunales y autoridades de cualquier orden, y ejercitar cualquier acción o excepción que considere conveniente o necesaria para la buena administración y desarrollo de los bienes confiados a su cuidado".

De la simple lectura del artículo transcrito se concluye que el Consejo tiene facultad para demandar en juicio y para actuar cuando se le demanda.

De lo anterior, resulta evidente, que la personería del Consejo no es solamente activa (para poder demandar) sino pasiva (para poder ser demandado), pues las excepciones se ejercitan precisamente en la posición pasiva que al Consejo corresponde en el presente caso. Si el Consejo puede presentar excepciones en juicio, también podrá representar a la Nación pasivamente.

No considera la Corte que haya fundamento para creer que solamente corresponde al Consejo una personería activa, porque si éste hubiera sido el pensamiento del legislador, así lo habría consignado expresamente. Al no haberlo hecho se entiende que otorgó al Consejo una personería amplia y general que es la que armoniza mejor con el propósito de la ley, de que los Ferrocarriles sean administrados con una completa independencia. Y si con un acto de administración se afectan derechos de terceros que deben discutirse ante el Organo Judicial, la atención del asunto debe corresponder al Consejo o a sus agentes, con lo cual quedarán mejor protegidos los intereses nacionales confiados al Consejo, ya que esta entidad está mejor capacitada que los señores Agentes del Ministerio Público para defender los de la Nación en casos como éste. Muy poca sería la independencia y autonomía del Consejo si cuandoquiera que se tratase de defender los intereses a su cuidado tuviera que solicitar el concurso del Ministerio Público.

Habiendo recibido el Consejo un mandato para administrar los Ferrocarriles Nacionales y teniendo el carácter de persona jurídica autónoma para todo lo referente a esa administración, es claro que debe ser el legítimo representante de sus intereses, cuando tratan de afectarse en un juicio.

En cuanto a la afirmación hecha por el actor, de que el señor Procurador Delegado en lo Civil no puede proponer el incidente de nulidad que ha presentado en este juicio, debe considerarse que en el presente caso, se trata precisamente de definir a quién corresponde actuar como legítimo representante de la Nación. Al estar este punto por definirse, es dudosa tanto la representación del señor Procurador como la del Consejo, pero de todas maneras, la parte interesada en la anulación de lo actuado es la Nación, por no considerarse legítimamente representada en el juicio, ni haberlo estado desde que éste se inició. Por estas razones, la Corte considera que la afirmación en referencia carece de fundamento.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara nulo lo actuado en este juicio desde su notificación, por haber estado indebidamente representada en el juicio la parte demandada y por no haber sido llamada a juicio la entidad que debía comparecer en calidad de mandatario especial del Estado.

En obedecimiento a lo dispuesto en el artículo 458 del C. J. se condena en las costas del proceso así: en la primera instancia, la mitad los señores Magistrados del Tribunal Superior de Pereira, doctores Enrique Coral Velasco, Mariano Jaramillo y Tulio Eastman, y la mitad las partes en el juicio, sin comprender en ésta las que corresponden a la Nación, ya que ella no puede ser condenada por este concepto. Las costas en la segunda instancia se pagarán así: la mitad por el Magistrado sustanciador, doctor Aníbal Cardoso Gaitán y la mitad por las partes litigantes, con la misma advertencia hecha para las de la primera instancia.

Notifíquese, cópiese y devuélvase.

Arturo Tapias Pilonieta — **Aníbal Cardoso Gaitán**—**Juan A. Donado V.**—**Manuel Pineda Garrido**, Secretario.

ACCION DE INDEMNIZACION POR ACCIDENTES DEL TRABAJO

Aun cuando anteriormente la Sala había admitido que de los juicios sobre prestaciones sociales contra la Nación o los departamentos debían conocer los Tribunales de primera instancia, un estudio reciente la ha llevado a la conclusión de que el artículo 1º de la Ley 45 de 1939 es de aplicación general y que comprende así a la Nación como a los departamentos. Son los personeros municipales los que representan a la Nación y a los departamentos ante los jueces municipales o de circuito en las controversias contempladas en la ley mencionada.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Gegocios Generales—Bogotá, noviembre diez y nueve de mil novecientos carenta y uno.

(Magistrado ponente: doctor Arturo Tapias Pilonieta).

El señor Emilio Zárate, en libelo de fecha 16 de julio de 1940, demandó ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué al departamento del Tolima, y por los trámites del procedimiento verbal reglamentado en el título 46 del libro 2º de la Ley 105 de 1931, para que se hicieran contra la entidad demandada varias condenaciones en sumas de dinero provenientes de prestaciones sociales que el departamento le adeuda por servicios que le prestó como trabajador.

Surtida la tramitación de que tratan los artículos 1208 y siguientes del Código Judicial, el Tribunal desató la litis en sentencia de fecha 7 de octubre de 1940, cuya parte resolutiva dice así:

"Primero.—Que Emilio Zárate, como obrero de las carreteras del Departamento del Tolima, en el trazado y construcción de Mirolindo y Roncesvalles en el lapso comprendido entre el dos de junio de 1939 y el veinte de abril del presente año (1940), devengó un salario de ochenta centavos ($ 0.80) por día, en los días en que trabajó en ese trazado y construcción.

"Segundo.—Condénase al Departamento del Tolima a pagar al demandante Emilio Zárate los salarios correspondientes a las horas extras, junto con los recargos legales, que sirvió en la construcción de un muro de contención en la curva de "Martínez", municipio de Rovira, en virtud de haber trabajado diariamente doce (12) horas, entre las seis de la mañana y las seis de la tarde, en el lapso comprendido entre el dos de junio de 1939 y el 19 de julio del mismo año.

"Tercero.—Condénase al mismo Departamento a pagar a Emilio Zárate los salarios correspondientes a las horas extras junto con los recargos legales tanto para las horas diurnas como para las nocturnas, que sirvió como campamentero de la carretera Mirolindo-Roncesvalles, en el lapso comprendido entre el primero de noviembre de 1939 y el 10 de marzo de 1940, en virtud de haber trabajado Zárate quince (15) horas diarias, de las seis de la mañana a las nueve de la noche.

"Cuarto.—Absuélvese al Departamento del Tolima de las demás declaraciones pedidas en la demanda (segunda, tercera y cuarta)".

En virtud de apelación interpuesta por ambas partes contra la anterior providencia, vino el negocio a esta Corte, donde ha llegado el momento de resolver lo que sea legal.

Se trata de un juicio seguido por el procedimiento verbal, en que el demandante

como está dicho reclama del Departamento del Tolima varias sumas de dinero provenientes de indemnización por accidente de trabajo y remuneración por trabajo en horas extraordinarias, durante el tiempo en que el mismo demandante prestó servicios como trabajador a la entidad demandada, en el tiempo y en la forma detallados en el libelo de demanda.

Dice el artículo 1º de la Ley 45 de 1939:

"Las controversias que se presenten por razón de la aplicación de las leyes sobre accidentes de trabajo, pensiones de jubilación, seguros de vida obligatorios, jornales de trabajo y descanso dominical, se tramitarán de conformidad con el procedimiento señalado en el Título cuarenta y seis (XLVI) del Libro segundo (II) de la Ley 105 de 1931, siempre que la solución de dichas controversias no esté contemplada en un contrato colectivo escrito. Las solicitudes y actuaciones que se adelanten a este respecto estarán exentas de los impuestos de papel sellado y timbre nacional.

"La jurisdicción y competencia de los jueces ordinarios se regula por la cuantía del asunto y por la vecindad de las partes según las reglas generales del Código Judicial vigente".

Aun cuando anteriormente la Sala había admitido que de la clase de juicios como el presente contra la Nación o los Departamentos debían conocer los Tribunales de Distrito Judicial en primera instancia, por aplicación del artículo 76, numerales 1º y 2º del Código Judicial, un estudio reciente y más meditado de la disposición arriba transcrita, hecho en resolución del 28 de octubre último, dictada en el juicio de Raimundo Barrero contra el Departamento de Cundinamarca, ha llevado a la Sala a la convicción de que el artículo 1º de la Ley 45 de 1939 es de aplicación general y que comprende así a la Nación como a los Departamentos.

En efecto, el artículo ordena, haciendo excepción a los principios generales del Código, dos cosas: 1º Que por la naturaleza del asunto, cual es la de tratarse de garantías y derechos sociales, los juicios que se susciten tomen el procedimiento verbal que es más rápido y menos costoso para las clases trabajadoras; y 2º que la jurisdicción y competencia de los jueces ordinarios se regule únicamente por la cuantía del asunto y por la vecindad de las partes con el objeto de que a las clases favorecidas con las leyes de prestaciones sociales no se les dificulte entablar sus accciones de menor cuantía, así sea contra los departamentos o contra la nación desde sus propios lugares de trabajo, de donde son vecinos, y en condiciones las menos gravosas.

"Para aplicar con acierto la ley 45 de 1939 —dijo la sala en la resolución aludida del mencionado juicio de Raimundo Barrero— hay que atender a su finalidad eminentemente social, ya que ella se expidió con claros propósitos de crear un procedimiento especial que protegiera particularmente los intereses de las personas en cuyo beneficio rigen las llamadas prestaciones sociales.

"Pudiera argüírse que ese entendimiento de la ley deja de lado el fuero de jurisdicción consagrado en el artículo 76 del C. J. para la Nación y para los Departamentos. Y además que tal disposición no puede ser derogada por el Art. 1º de la Ley 45 de 1939, en forma implícita, pues ello contraría el principio de derecho de que en materia de jurisdicción las normas que la establecen han de resultar de disposiciones legislativas expresas. Mas a ese reparo se oponen con éxito estas razones que inclinan el parecer de la Corte:

"Al decir la ley 45 de 1939 que 'la jurisdicción y competencia de los jueces ordinarios se regula por la cuantía del asunto y por la vecindad de las partes' manifestó su voluntad, sin excepción, puesto que no expresó ninguna, de que todos los asuntos en que se ventilen controversias por aplicación de las leyes sobre accidentes de trabajo, pensiones de jubilación, seguros de vida, jornales y descanso dominical se regulen como allí se previene. 'El legislador es sabio', se dice, para significar con ello que al expedir una norma

no ignora la existencia de otra u otras relacionadas con la nueva disposición. Cuando dio el estatuto contenido en la ley 45, artículo 1º, sabía que una regla anterior, el artículo 76 del C. J., atribuía a los Tribunales Superiores de Distrito Judicial el conocimiento de asuntos en que tengan parte la Nación y los Departamentos, y sin embargo determinó claramente que en los juicios sobre prestaciones sociales que el artículo enumera, la jurisdicción y competencia de los jueces ordinarios se regulen por la cuantía del asunto y por la vecindad de las partes.

"Jueces ordinarios, jueces comunes, son expresiones de que se sirve el legislador para aludir a los del órgano judicial. No hay dentro de éste, jueces especiales, no ordinarios o extraordinarios. Luego al decir el artículo 1º de la ley 45 de 1939 que la jurisdicción y competencia de los **jueces ordinarios** se regula por la cuantía del asunto y por la vecindad de las partes, se refirió a la jurisdicción y competencia de todos los jueces y magistrados del Organo Judicial. La regla es pues general y por lo mismo ha de entenderse en el sentido de que todos aquellos funcionarios, sin excepción, conocen según ella previene, de los asuntos sobre prestaciones sociales que se ventilen ante dicho órgano.

"Así como el precepto citado señaló un trámite especial para los juicios, el del procedimiento verbal, del propio modo sustrajo a las reglas generales sobre jurisdicción y competencia, inclusive frente a la del artículo 76, los negocios judiciales de que se viene tratando. Bien mirado, el artículo 1º de la ley 45 de 1939 es una disposición expresa sobre jurisdicción y competencia por los jueces ordinarios para el conocimiento de los asuntos aludidos, porque expresamente allí se previene que fallan en razón de la cuantía y de la vecindad de las partes, y ha de entenderse que ese ordenamiento, protector de los intereses de los demandantes quiso el legislador que se cumpliera en todos los casos, para que así la ley tuviese una completa efectividad, sin pensar que habrían de mantenerse jurisdicciones especiales preestablecidas contrarias al objetivo buscado por el propio legislador, en beneficio de los trabajadores, y que no se alcanzaría si aquellas hubieran de considerarse vigentes después de expedida la ley en cuestión. Es contrario a la finalidad de la misma que el particular interesado tenga que ir hasta el Tribunal respectivo a demandar el reconocimiento de su derecho, pues ello implica considerables erogaciones —como el sostenimiento allí de un apoderado judicial para ese objeto, la formación más dispendiosa de las pruebas, etc.— lo que repugna a la previsión legislativa, que al declarar exentas las actuaciones correspondientes de los impuestos de papel sellado y timbre nacional, proclamó su empeño por librar de erogaciones a los interesados y facilitarles el despacho de sus pedimentos ante la justicia".

Más adelante en la misma resolución se afirmó:

"La ley 45 de 1939 dijo que todas las controversias sobre accidentes de trabajo, pensiones, seguros, jornales y descanso dominical se tramitarían por el procedimiento verbal —con excepción de las emanadas del contrato colectivo— y que la jurisdicción y competencia de los jueces ordinarios se regula por la cuantía del asunto y por la vecindad de las partes. Con lo cual sacó especialmente las controversias por accidentes de trabajo del conocimiento exclusivo de los jueces municipales para colocarlas, junto con las provenientes de pensiones, seguros, jornales, y descanso dominical, en el radio de decisión de los jueces ordinarios; agregando que la jurisdicción y, competencia en éstos se regula por la cuantía del asunto y la vecindad de las partes. Nada dijo sobre las acciones que se dirijan contra la Nación, los Departamentos y los Municipios. Y así, habría motivo para pensar que la disposición del artículo 15 de la ley 57 de 1915 está vigente en este punto y que consecuencialmente los negocios sobre accidentes de trabajo, cuando las acciones van dirigidas contra aquellas entidades públicas, han de ventilarse ante los jueces que correspon-

dan en atención a la calidad de estas personas. Pero no puede pasarse por alto que la ley de 1939 quiso, como en otra parte de estas consideraciones se observa, que la cuantía del asunto y la vecindad de las partes — sin exceptuar expresamente a la Nación, los Departamentos y los Municipios — decidiera de la jurisdicción y competencia para estos negocios.

"Conviene examinar a qué funcionarios corresponde llevar la representación de la Nación y los Departamentos en estos juicios en que se reclaman prestaciones sociales, por el interés práctico que el punto comporta.

"Si se trata de asuntos que por su cuantía van al conocimiento de los jueces municipales y del circuito, los Personeros municipales deben intervenir en su calidad de representantes de las entidades públicas.

"El artículo 178 del Código Judicial señaló las funciones judiciales de los Fiscales de los Juzgados de Circuito, que se atribuyeron por el 164 a los Personeros Municipales, por lo cual éstos tienen hoy las que el primer artículo les daba a aquéllos: 1º Llevar la voz del Ministerio Público en todos los negocios en que éste deba intervenir y que se ventilen ante los respectivos jueces'. Idéntica disposición consagra el artículo 179 acerca de los Personeros Municipales, para los asuntos que se surtan ante los jueces de esta clase. Aunque la tercera de sus atribuciones agrega: "Representar en juicio a los respectivos Municipios". Que es correlativa de ésta dada a los Fiscales de los Tribunales Superiores: "Promover y sostener las acciones necesarias para la defensa de los bienes del Estado o del Departamento, en asuntos de la competencia de los Tribunales Superiores respectivos, y representar al Estado o Departamento en las acciones que contra ellos se dirijan y que deban ventilarse ante dichos Tribunales, observando las instrucciones que se les den".

"Corresponde pues a los Personeros Municipales, como atribución judicial de los mismos, según mandato de las normas transcritas, llevar la voz del Ministerio Público en todos los negocios en que deben intervenir y que se ventilen ante los respectivos jueces y los del circuito. No hay una regla especial que les asigne la representación en juicio de la Nación y de los Departamentos para las acciones que éstos promuevan o contra éstos se dirijan. Sin embargo, la falta de disposición expresa no será óbice para que aquellos funcionarios puedan llevar la representación de las nombradas entidades en los juicios sobre prestaciones sociales".

Y efectivamente no hay dificultad en que los Personeros Municipales representen a la Nación y a los Departamentos ante los jueces municipales o jueces de circuito en las controversias contempladas en la ley 45 de 1939; de la misma manera que tiene que corresponder a esos funcionarios la representación de la Nación o de los departamentos, por ejemplo, en el juicio de sucesión (regla 5ª del artículo 152), en que no obstante el interés que puedan tener esas entidades la competencia para conocer ya del mencionado juicio, o ya de los que se promuevan con ocasión de él sobre derechos a la sucesión por testamento, desheredamientos, etc., reside en los jueces municipales o jueces de circuito según la cuantía; o en el juicio de concurso de acreedores o de cesión de bienes (ordinal 9º ibídem), de que también conoce el juez del domicilio del deudor aun cuando sean interesados el Estado o los departamentos.

En todos esos juicios la representación de la Nación o de los departamentos tiene que corresponder a los personeros municipales, porque de acuerdo con el artículo 169 del Código Judicial entre sus atribuciones **judiciales** está la de participar "en todos los negocios en que debe intervenir y que se ventilen ante los respectivos jueces". De consiguiente, a falta de otro representante más apropiado de la Nación o de los departamentos ante los jueces de circuito o municipales, sobre los personeros recae la obligación de contestar las respectivas demandas y defender a la entidad demandada.

Resolución

Por lo expuesto, se ve que el Tribunal no tuvo competencia para decidir la controversia planteada y por esa causa hay que revocar el fallo apelado.

A mérito de lo relacionado, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, REVOCA el fallo objeto de la apelación y decide que este asunto no es de la competencia de la Corte ni del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué.

Publíquese, cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente a la oficina de origen.

Arturo Tapias Pilonieta—José M. Blanco Núñez — Aníbal Cardoso Gaitán—Manuel Pineda Garrido, Secretario.

DURACION DE LA FIANZA

La fianza, como obligación personal accesoria que es, puede sufrir limitaciones, tanto en la cuantía como en el tiempo, en relación con la obligación principal, y como contrato debe interpretarse como mejor convenga a éste en su totalidad. Cuando en el documento en el cual se constituyó la fianza se dijo que ésta era provisional, así debe entenderse. Hay que investigar en ese caso el término de su duración.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, noviembre veintidos de mil novecientos cuarenta y uno.

(Magistrado ponente: doctor Aníbal Cardoso Gaitán).

En el juicio ejecutivo que la Nación adelanta contra Mario Valenzuela M., como deudor principal, y Juan de D. Alfonso Cardeñosa, como fiador, este último propuso excepciones que denominó de ineficacia del título ejecutivo, carencia de acción y falta de personería, y que fundamenta esencialmente en estos hechos: la fianza que prestó y que trata de hacerse efectiva tiene el carácter de "provisional"; los alcances deducidos a Valenzuela se refieren a cuentas que corresponden a un tiempo posterior a ocho meses después que prestó la fianza provisional, cuando ésta ya no se hallaba vigente. Como razón de derecho expresa que según el artículo 291 del antiguo Código Fiscal las fianzas provisionales no se extendían a un término mayor de noventa días.

Se observa:

En el "documento de fianza provisional", así denominado en su encabezamiento, el señor Mario Valenzuela,, nombrado para un cargo de manejo, declara varias obligaciones a favor del Gobierno Nacional, y en el punto noveno lo siguiente: "Para garantizar el cumplimiento de todas y cada una de las obligaciones expresadas, doy como fiador mancomunado y solidario a favor de la Nación, al señor Juan de Dios Alfonso Cardeñosa, mayor de edad, vecino de esta ciudad, cuya cédula de ciudadanía lleva el número 1725817, expedida en Bogotá, y quien declara que se obliga conmigo en la forma y términos expresados en este documento".

No se encuentra en el documento una afirmación expresa que limite la duración de la fianza. El documento fue suscrito el 23 de julio de 1937, y el mandamiento ejecutivo ordena pagar sumas por concepto de alcances correspondientes a los meses de enero, febrero, marzo y abril de 1938, que ascienden a cinco mil doscientos cincuenta y tres pesos veintinueve centavos ($ 5.253.29) moneda legal.

El señor Procurador Delegado en lo Civil dice que la nueva reglamentación legal sobre estas cuestiones nada preceptuó en materia de término de vigencia de las fianzas que se otorgaran con el carácter de provisionales, que no teniendo un término determinado ellas son de vigencia relativamente indefinida, y que el vínculo jurídico subsiste en toda su plenitud, mientras no se proceda a reemplazarlo por el de fianza definitiva.

Observa la Sala que la fianza, como obligación personal accesoria que es, puede sufrir limitaciones, tanto en la cuantía como en el tiempo, en relación con la obligación principal, y que, como contrato, debe interpretarse como mejor convenga a éste en su totalidad.

En el documento suscrito por los ejecutados, y en la cláusula especial donde se constituyó la fianza, aparece el señor Cardeñosa garantizando solidariamente el cumplimiento de las obligaciones sin limi-

tación alguna en cuanto al tiempo. Pero la obligación especial que contrae el fiador hay que entenderla como de fianza provisional, porque así se la denominó expresamente al comienzo del documento, como título del mismo: "Documento de Fianza Provisional". La intención de las partes no fue la de que la fianza prestada por el señor Cardeñosa fuera definitiva, sino provisional. Sólo que no se determinó el tiempo de este término provisional. Sin embargo, establecido en el contrato de fianza que ella era provisional, hay que estar a esta estipulación y ver si existen datos que puedan servir para saber cuál era el término provisional de su duración.

Como prueba traída al incidente en la Corte se encuentra en el expediente el oficio de la Contraloría General de la República número 14618, del tres de septiembre último, en el cual se expresa:

"Respecto al término o lapso que se acostumbraba admitir fianzas provisionales, manifiesto a usted que él era generalmente de sesenta días. Hoy no se admiten tales fianzas.

"A continuación transcribo a usted el oficio en que se comunicó la aprobación de la fianza mencionada y otro referente al requerimiento que se hizo para que el responsable otorgara su fianza en forma definitiva. Dicen así:

'Sección Contralor Auxiliar — Número 9967—Bogotá, 30 de julio de 1937.—Señor Ministro de Hacienda y Crédito Público—E. S. D.—En relación con su oficio número 2179, Sección Personal, de 26 de los corrientes, informo a usted que este Despacho aprueba la fianza provisional constituída por el señor Mario Valenzuela para garantizar su manejo en el cargo de Administrador de Aduana y Hacienda Nacional de Arauca. Este Despacho concede un término de sesenta días (60) al señor Valenzuela para que dentro de ese plazo proceda a otorgar la fianza hipotecaria definitiva con que debe garantizar su manejo en el cargo arriba mencionado.—De usted atento seguro servidor, por el Contralor General (F'do.), **Leopoldo Lascarro,** Contralor Auxiliar'.

'Sección Contraloría Auxiliar y Consejo Técnico—Número 13118—Bogotá, veinte de septiembre de 1937.—Señor Ministro de Hacienda y Crédito Público.—E. S. D. Me permito recordar a usted que el veintinueve de los corrientes vence el término de sesenta días concedido al señor Mario Valenzuela Mendoza, actual Administrador de Aduana y Hacienda Nacional de Arauca, para que dentro de ese plazo constituyera la fianza definitiva con que debe garantizar su manejo. Sabré agradecer a usted se sirva dictar las providencias del caso, a fin de que dicho empleado cumpla con ese requisito. Si pasados los sesenta días, el señor Valenzuela Mendoza no ha otorgado la fianza definitiva, la Contraloría le suspenderá el giro correspondiente, y pedirá a ese Ministerio la suspensión del pago de su sueldo y el cambio de tal empleado, de conformidad con el artículo 28 del decreto-ley 911 de 1932.—De usted atento servidor, por el Contralor General (Fdo.), **Leopoldo Lascarro,** Contralor Auxiliar'. "

El documento de fianza se suscribió el 23 de julio de 1937, y ya el treinta del mismo mes la Contraloría advertía que en el término de sesenta días se debía otorgar la fianza hipotecaria, y el 20 de septiembre, que el 29 de ese mes vencía el término de sesenta días concedido.

Hay fundamento bastante para entender qué el documento de fianza se extendió en el concepto que tenían las partes, y que era el de la Contraloría, de que la fianza provisional duraría dos meses solamente.

En estas circunstancias, es por lo menos dudosa, y no clara, la obligación del señor Cardeñosa después del mencionado término, y particularmente en cuanto al respaldo al principal obligado respecto de cargos referentes a manejos posteriores en más de ocho meses a la fecha de la fianza. No reúne por tanto dicho título las condiciones de claridad y exigibilidad contra el ejecutado Juan de Dios A. Cardeñosa, que se requieren según la ley.

En tal virtud, la excepción propuesta de ineficacia del título, debe prosperar.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara probada la excepción denominada de ineficacia del título ejecutivo y dispone cesar la ejecución contra Juan de Dios A. Cardeñosa.

Publíquese, notifíquese y cópiese.

Arturo Tapias Pilonieta—José M. Blanco Núñez — Aníbal Cardoso Gaitán— Manuel Pineda Garrido, Secretario.

COMPETENCIA EN JUICIOS SOBRE PRESTACIONES SOCIALES

La competencia y la jurisdicción en las controversias judiciales sobre accidentes de trabajo, pensiones de jubilación, seguros de vida obligatorios, jornales de trabajo y descanso dominical se regula por la cuantía del asunto y por la vecindad de las partes, y no por la calidad de los litigantes. Esta doctrina tiene su fundamento jurídico en el artículo 1º de la Ley 45 de 1939 cuyo fin, estrictamente social, tiende a que las clases obreras puedan hacer valer sus derechos nacidos de cuestiones del trabajo, ya sea contra los Departamentos, contra la Nación o contra simples particulares, desde sus propios domicilios y en las condiciones menos onerosas.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, noviembre veintiséis de mil novecientos cuarenta y uno.

(Magistrado ponente: doctor José M. Blanco Núñez).

Ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, los señores Luis A. Becerra y Lorenzo Gómez, entablaron demanda contra la empresa de propiedad nacional denominada "Ferrocarril Central del Norte —Sección Primera— para que con audiencia del señor Fiscal del mismo Tribunal, se condene a la Nación a pagar una suma de pesos por concepto del seguro de vida correspondiente al trabajador de la citada empresa, señor Bernardo Cortinez, alegando ser legítimos beneficiarios del seguro de vida obligatorio que conforme a disposiciones legales vigentes hubo de otorgar el referido empresario de ferrocarriles.

El Tribunal de la causa condenó al pago del seguro de vida, según lo solicitado en el libelo. Apelada esta providencia ha venido el negocio a esta Superioridad. En auto del 24 de octubre próximo pasado, estando el negocio en la segunda instancia para sentencia definitiva, esta Sala ordenó mandar poner en conocimiento de las partes, por medio de notificación personal las causales de nulidad contempladas en los ordinales 2º y 3º del artículo 448 del Código Judicial, motivadas, en sentir de la Sala, por indebida comparecencia de la parte demandada en el presente juicio.

En el estado actual del proceso, la Corte observa que se ofrecen a su estudio dos cuestiones principales, a saber:

1ª La relativa a la competencia del Tribunal y de la misma Corte para conocer en el presente juicio.

2ª La concerniente a la personalidad jurídica del Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales para obrar en juicio como organismo jurídico nacional autónomo o como representante legal de la Nación, en los litigios relacionados con la administración de los ferrocarriles de propiedad del Estado.

Entre estas dos cuestiones y de conformidad con elementales principios del Derecho Procesal, es la primera la que debe analizarse de preferencia, pues el juzgador ha de estudiar previamente si encajan dentro de su competencia y jurisdicción, las controversias y negocios sometidos por las partes a su decisión.

En el caso de autos, resulta que el demandante ha instaurado una acción judicial, cuyo origen o causa se hallan concretados en la constitución de un seguro de vida obligatorio; y que las pretenciones de la parte demandante se encaminan

a obtener la declaración de la existencia de una obligación derivada o pretendida por concepto de una prestación social.

Esta Sala, una vez más, reafirma en esta oportunidad la doctrina sustentada en numerosas providencias anteriores, según la cual la competencia y jurisdicción en las controversias judiciales sobre accidentes de trabajo, pensiones de jubilación, seguros de vida obligatorios, jornales de trabajo y descanso dominical se regula por la cuantía del asunto y por la vecindad de las partes, y no, por la calidad de los litigantes.

La referida doctrina tiene su fundamento jurídico en el artículo 1º de la Ley 45 de 1939, cuya finalidad, estrictamente social, tiende a que las clases obreras puedan hacer valer sus derechos nacidos de cuestiones del trabajo, ya sea contra los Departamentos, contra la Nación o contra simples particulares, desde sus propios domicilios y en las condiciones menos onerosas.

La citada disposición, vigente al tiempo de entablarse la presente demanda, es del tenor siguiente:

"Las controversias que se presenten por razón de la aplicación de las leyes sobre accidentes de trabajo, pensiones de jubilación, seguros de vida obligatorios, jornales de trabajo y descanso dominical se tramitarán de conformidad con el procedimiento señalado en el Título cuarenta y seis (XLVI) del libro segundo (II) de la Ley 105 de 1931, siempre que la solución de dichas controversias no esté contemplada en un contrato colectivo escrito. Las solicitudes y actuaciones que se adelanten a este respecto, estarán exentas de los impuestos de papel sellado y timbre nacional.

"La jurisdicción y competencia de los jueces ordinarios se regula por la cuantía del asunto y por la vecinad de las partes, según las reglas generales del Código Judicial vigente".

Como evidentemente se desprende, tanto del sentido claro y perentorio de sus términos como de la realidad social que trata de reglamentar este ordenamiento legal, no son competentes en primera instancia los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, por razón de la cuantía, para conocer de los juicios sobre prestaciones sociales.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, DECLARA Y RESUELVE que tanto ella como el Tribunal a quo carecen de competencia y jurisdicción para conocer del presente juicio, y en consecuencia REVOCA la providencia objeto del recurso.

Publíquese, notifíquese, cópiese y devuélvase.

Arturo Tapias Pilonieta—José M. Blanco Núñez — Aníbal Cardoso Gaitán—Manuel Pineda Garrido, Secretario.

APELACION DE UN AUTO

El auto por el cual se discierne a un curador ad-litem ese cargo, siendo de mera sustanciación, es inapelable.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, noviembre veintinueve de mil novecientos cuarenta y uno.

(Magistrado ponente: doctor José M. Blanco Núñez).

Con fecha 27 de octubre de 1939 el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá dictó auto ejecutivo por la suma de cuatrocientos sesenta y siete mil ciento noventa pesos con noventa y nueve centavos ($ 467.190.99) mas intereses legales desde el 17 de octubre de 1923, contra la compañía denominada "The Dorada Railway Company, Limited" y a favor del Departamento del Tolima, en cumplimiento de sentencias del mencionado Tribunal y de la Corte proferidas en las acciones instauradas por ese Departamento para obtener de la Compañía demandada el pago de participaciones que le corresponden en los transportes del ferrocarril de la Dorada, hechas las correspondientes liquidaciones por concepto de tales participaciones en juicio separado.

En el escrito del 9 de septiembre último del apoderado del Departamento del Tolima, se describen así los hechos concernientes al punto que es ahora objeto de la discrepancia:

"Tanto en ese juicio, como en el subsiguiente de liquidación de las participaciones del Departamento, la Compañía estuvo representada por el señor Sam Bendix Koppel, su apoderado general en Bogotá, de acuerdo con el poder escriturario otorgado en la Notaría 1ª de este Circuito por los instrumentos números 2722 y 2756 de 20 y 22 de noviembre de 1924. El señor Koppel ejerció voluntariamente estos poderes en dichos juicios. Mas ahora, al tratar de ejecutar los fallos anteriores, el mismo apoderado de la Compañía se niega a representarla, alegando que ya no es apoderado, y que aunque lo fuera, no acepta el poder en este nuevo juicio.

"El señor Koppel, para excusarse de la citación que le hizo el Tribunal, presentó la escritura número 3797 de 17 de noviembre de 1939, otorgada en la Notaría 5ª, en la cual aparece que su mandato fue revocado por el señor Jhon Hoppe Blacket a nombre de la Compañía. Temeroso de que la revocación del poder careciese de validez, ya que aparece posterior a la citación que le hizo el Tribunal y ya que el señor Blacket no tenía facultad para revocarlo, según se ve de la escritura número 83 de 1933 protocolizada en la Notaría de Honda, el señor Koppel manifestó al Tribunal que el verdadero apoderado, autorizado suficientemente para representar a la Compañía en Bogotá, era el señor Enrique Otero D'Costa.

"En mi carácter de apoderado del Departamento solicité que se hiciera concurrir al señor Otero D'Costa para que recibiera la intimación del mandamiento ejecutivo. El señor Otero D'Costa fue citado, y a su turno se excusó de comparecer, manifestando que tampoco aceptaba la representación de la Compañía. El Tribunal, en auto de 4 de junio de 1940, dispuso que se emplazara a la Compañía en los términos del artículo 317 del Código Judicial. Hecho el emplazamiento, por medio de edictos publicados en el Diario Oficial, la Compañía se abstuvo de

comparecer, y el Tribunal le designó como curador ad-litem al doctor Sinforoso Barrios, quien tomó posesión del cargo y a quien se autorizó para ejercerlo. El doctor Barrios tampoco quiere notificarse del mandamiento ejecutivo.

"Tomó posesión del cargo y bajo juramento prometió desempeñarlo; pero ahora se niega a ejercerlo alegando que está mal hecho su nombramiento. Bien podría anotarse una verdadera contradicción en el procedimiento del doctor Barrios; pero esto es aún menos grave que su pretensión de que se falle una excepción antes de que la acción ejecutiva haya sido notificada".

Por su parte, el curador **ad-litem**, nombrado en la presente actuación, en su escrito presentado en la misma fecha, 9 de septiembre último, se expresa así:

"En mi calidad de curador **ad-litem** de 'The Dorada Railway Co.', en el ejecutivo que le sigue el Departamento del Tolima, muy respetuosamente expongo:

"El mencionado juicio se encuentra al estudio de la Honorable Corte por virtud de recurso de apelación interpuesto y concedido contra el auto del 24 de agosto del año pasado, por medio del cual se me discernió el cargo de curador.

"A la Honorable Corte corresponde resolver la siguiente cuestión:

"En el presente caso debe intimarse el mandamiento de pago pronunciado contra 'The Dorada Railway Co.' al curador nombrado, o debe intimarse al apoderado que dicha sociedad tiene en el lugar o asiento principal de sus negocios?

"He venido sosteniendo que esa intimación debe hacerse en la persona de aquel apoderado, para lo cual debe comisionarse a uno de los Jueces de aquel lugar.

"En mi anterior escrito del 14 de septiembre del año pasado se encuentran las razones de orden legal en que apoyo aquella tesis, razones que omito repetir aquí pero cuya consideración ruego muy respetuosamente a la Honorable Corte.

"Esas razones son, en síntesis:

"Se trata —en lo que respecta a la parte ejecutada— de una sociedad domiciliada fuera de Colombia; dicha sociedad tiene lugar o asiento principal de sus negocios en Colombia, constituído legalmente conforme al artículo 272 del Código Judicial; allí tiene su apoderado o agente, o debe tenerlo, porque lo constituyó; tal apoderado o agente es quien legalmente tiene la representación de la sociedad en Colombia; luego a dicho representante —apoderado o agente— es a quien debe buscarse y citarse para hacerle a la sociedad la intimación del mandamiento de pago.

"En autos obra la documentación pertinente, fundamental de lo que en síntesis he expuesto.

"Y sólo en el caso de que la sociedad carezca de ese representante, apoderado o agente, en el lugar o asiento principal de sus negocios, habrá lugar a considerarla como persona ausente conforme al artículo 272 del Código Judicial. Y sólo en caso de ocultación de ese representante habrá lugar al nombramiento de curador conforme al artículo 1001 del mismo Código. Y por cuanto no se está en ninguna de estas circunstancias, no es posible, legalmente, el nombramiento de curador.

"Estas son, en síntesis, las razones en que apoyo mi reclamo".

Se considera:

Cuál ha sido la materia u objeto del recurso de apelación por parte del curador **ad-litem**? Fácil es verlo: el auto del Tribunal Superior de Bogotá, de fecha 24 de agosto de 1940, por el cual se discernió al doctor Sinforoso Barrios el cargo de curador **ad-litem** en este asunto, para el cual se le había nombrado por auto de nueve de agosto. Este auto es inapelable, porque no es interlocutorio, sino de pura sustanciación, ya que no hace más que darle curso progresivo a la actuación, mediante el discernimiento del cargo que se le había conferido por auto de 9 de agosto de 1940 y que ya él había aceptado (Código Judicial, artículos 466 y 487).

Por todo lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, RESUELVE que no es apelable el auto del 24 de agosto de 1940, por el cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá discernió el cargo de curador ad-litem al doctor Sinforoso Barrios en el ejecutivo que adelanta el Departamento del Tolima contra "The Dorada Railway Company Limited" por pesos. En cuanto a las demoras de que trata el apoderado de la entidad ejecutante, la Sala observa, en cumplimiento del artículo 187 del Código Judicial, que hubo demoras por parte del señor Magistrado sustanciador del Tribunal **a quo** al resolver, en once de marzo de 1941, el escrito presentado el 14 de septiembre de 1940, escrito por medio del cual el curador **ad-litem** pidió reposición y apelación en subsidio del auto de 24 de agosto de 1940.

Notifíquese, cópiese y devuélvase.

Arturo Tapias Pilonieta—José M. Blanco Núñez—Aníbal Cardoso Gaitán—Manuel Pineda Garrido, Secretario.

OBJECION A UN DICTAMEN PERICIAL POR ERROR GRAVE

El error grave debe ser ostensible, para lo cual debe recaer sobre circunstancias materiales u objetivas de la sujeta sometida a la pericia; como si tratándose de avaluar una casa de construcción antigua los peritos parten de la base de que es nueva; o una hacienda dedicada al engorde y cría de ganados, los peritos la aprecian como si estuviese dedicada, no a la ganadería, sino a la agricultura; o una joya en cuyo justiprecio debe jugar principalmente su valor de afección, los peritos la estiman como joya común, por su valor comercial, etc. En todos estos casos y sus semejantes podrá haber error grave, sujeto a comprobación y a la rectificación consiguiente. Dentro del error grave cabe también el error esencial, de que hablaba el antiguo código de procedimiento que rigió hasta el año de 1931, y que se refería, según lo entendió la jurisprudencia, a cualidades más fundamentales de las cosas, contentivas de sus atributos específicos, como si un anillo de oro se avalúa como de plata, o en vez de avaluar un caballo se avalúa un novillo. Pero en la tacha de error grave no puede caber más que lo dicho. Si con su pretexto se aceptase en el incidente de tacha discusión alrededor de las bases subjetivas que cada perito estime adecuadas para sacar sus deducciones, se prejuzgaría sobre el fondo mismo del dictamen, anticipándose fallo sobre aspectos propios de la sentencia definitiva; pues es en ésta donde se analiza el proceso intelectivo a que el experto acudo para formular la conclución que él juzga más acertada. Esto es lo que constituye la crítica del experticio, impropia de hacer en el incidente previsto en el artículo 720 del C. J.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, diciembre seis de mil novecientos cuarenta y uno.

(Magistrado ponente: doctor Arturo Tapias Pilonieta).

En el juicio ordinario que adelantan Francisco Ochoa L. y Bernardina Saldarriaga contra el Departamento de Antioquia, sobre indemnización de perjuicios, ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, el señor Fiscal de esta corporación objetó por error grave el dictamen que los peritos nombrados en el referido juicio rindieron a petición del apoderado de los demandantes sobre el monto del valor de los perjuicios materia de la demanda.

El Tribunal, en providencia de fecha 16 de junio del año en curso, declaró no probada la tacha de error grave propuesta por el Fiscal contra el aludido dictamen pericial.

El representante legal de la entidad demandada interpuso apelación contra la resolución del Tribunal a quo, motivo por el cual el negocio llegó a esta Sala, donde tramitado legalmente es llegado el momento de proferir la correspondiente decisión.

El auto acusado

El Tribunal estudió detenidamente el memorial de objeciones al dictamen pericial en referencia, llegando a la conclusión de que el señor Fiscal no había demostrado la existencia del error grave constitutivo de la tacha al experticio. So-

bre el particular se expresa así el Tribunal:

"Se trata de un dictamen sobre cuestiones extracontractuales que bien puede sufrir modificaciones reguladoras cuando a la utilidad de él se acuda a efecto de proferir el fallo definitivo, y será entonces cuando él venga a conjugarse y apreciarse con el desarrollo del proceso, con los puntos debatidos en éste y con todos los elementos probatorios allegados por las partes.

"No se ha evidenciado por el señor Fiscal el error grave, a juicio del Tribunal, opuesto por él como tacha a la primera partida en la exposición pericial. Sólo en atención a la demostración de aquél, a la cual podría llegarse, entre otras causas, probando la grave ignorancia de los expertos, o de quienes como tales figuran, en la cuestión o cuestiones propuestas, podría llegarse a desechar su exposición y a ordenar una nueva. No de otra manera podría procederse en estas cuestiones de gran relatividad y por ende sujetas a gran diversidad de apreciaciones. Por lo pronto aparece que la pericia de los nombrados es uniforme, explicado y fundamentado cada uno de los renglones en que han descompuesto su exposición, y de ello buen indicio aparece en la aceptación, por no considerar que en ello medie error grave, hecha por el señor Fiscal a la mayoría de las conclusiones de aquéllos.

"Y siendo lo anterior así, el Tribunal no encuentra establecido o probado el error grave constitutivo de la tacha opuesta al dictamen, muy menos si se tiene en cuenta que las conclusiones de éste no ligan irremediablemente al fallador para cuando sea llegado el momento de proferir su decisión de fondo".

Motivos de la Corte

El error grave debe ser ostensible, para lo cual debe recaer sobre circunstancias materiales u objetivas de la sujeta sometida a la pericia; como si tratándose de avaluar una casa de construcción antigua los peritos parten de la base que es nueva; o una hacienda dedicada al engorde y cría de ganados, los peritos la aprecian como si estuviese dedicada, no a la ganadería, sino a la agricultura; o una joya en cuyo justiprecio debe jugar principalmente su valor de afección, los peritos la estiman como joya común, por su valor comercial, etc. En todos estos casos y sus semejantes podrá haber error grave, sujeto a comprobación y a la rectificación consiguiente. Dentro del error grave cabe también el error esencial, de que hablaba el antiguo código de procedimiento que rigió hasta el año de 1931, y que se refería sobre el fondo mismo del dictamen, a cualidades más fundamentales de las cosas, contentivas de sus atributos específicos, como si un anillo de oro se avalúa, como de plata, o en vez de avaluar un caballo se avaluó un novillo.

Pero en la tacha de error grave no puede caber más que lo dicho. Si con su pretexto se aceptase en el incidente de tacha discusión alrededor de las bases subjetivas que cada perito estime adecuadas para sacar sus deducciones, se prejuzgaría sobre el fondo mismo del dictamen, anticipándose fallo sobre aspectos propios de la sentencia definitiva; pues es en ésta en donde se analiza el proceso intelectivo a que el experto acude para formular la conclusión que él juzga más acertada. Esto es lo que constituye la crítica del experticio, impropia de hacer en el incidente previsto en el artículo 720 del Código Judicial.

* * *

Y como en el caso de autos las objeciones contra el peritazgo se enderezan precisamente a destruír parte de las argumentaciones de los expertos, atacando a fondo algunas de las conclusiones a que han llegado en relación con los perjuicios patrimoniales de que se quejan los actores, sin que la tacha encaje dentro de lo que debe entenderse jurídicamente por error grave, según las ideas anteriormente expuestas por la Sala, resulta entonces ilegal tratar de justipreciar la obra de los expertos dentro de un simple in-

cidente de objeciones, porque la cuestión así planteada sólo compete resolverla al Juez cuando llegue el momento de proferir la decisión de fondo.

Por lo relacionado, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia CONFIRMA el auto de fecha 16 de junio del año en curso, dictado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, que ha sido materia de esta apelación.

Sin costas.

Notifíquese, cópiese y devuélvase el expediente a la oficina de origen.

Arturo Tapias Pilonieta—José M. Blanco Núñez—Aníbal Cardoso Gaitán—Hernando García Pachón, Oficial Mayor.

INCIDENTE DE DESEMBARGO

1.—El artículo 554 del C. J. se refiere exclusivamente al Estado y así debe entenderse, sin que el privilegio que él establece se pueda hacer extensivo a los Departamentos. 2. Los Departamentos pueden ser ejecutados sin que para ello se necesite la apropiación de la partida de dinero en el presupuesto departamental.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, catorce de marzo de mil novecientos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Aníbal Cardoso Gaitán).

Estando para dictar el Tribunal Superior de Ibagué providencia de pregón y remate en el juicio sobre ejecución de sentencia de condena pronunciada por la Corte Suprema de Justicia a favor del señor Ramón L. González y en contra del Departamento del Tolima el día 29 de abril de 1935, ésta última entidad propuso, por medio de apoderado y fundándose en la disposición contenida en el artículo 1019 del Código Judicial, incidente de desembargo de los bienes trabados en virtud del denuncio hecho por la misma parte ejecutada y de cancelación de la caución ofrecida para evitar denuncio y embargo de otros bienes departamentales.

Las razones aducidas por la parte ejecutada, para sustentar su pedimento, pueden sintetizarse de la siguiente manera:

Que el mandato del artículo 554 del C. J. por el cual se prohibe el embargo de los bienes del Estado, se hace extensivo, por los mismos motivos, a los Departamentos y, por consiguiente, estas entidades no pueden ser legalmente ejecutadas, ni sus bienes sometidos a embargo, secuestro y remate, y

Que el Organo Judicial no puede decretar erogaciones a cargo del Tesoro de los Departamentos ya que esta facultad corresponde exclusivamente a las respectivas Asambleas, como así lo disponen los artículos 52, 180, 184, 205 y 206 de la Constitución Nacional.

Este incidente fue definido en primera instancia por medio de la providencia de fecha 17 de octubre del año próximo pasado proferida por el Tribunal Superior de Ibagué de manera desfavorable a las pretensiones del Departamento. Contra dicha providencia se interpuso oportunamente el recurso de apelación, por lo cual la Sala procede a decidir sobre la legalidad de la misma, previos los siguientes considerandos:

Es un hecho claramente establecido tanto para la Carta Fundamental como para las distintas leyes que nos rigen la diferencia y personalidad propia de cada una de las entidades de derecho público, o sean, del Estado, los Departamentos y los Municipios en que está dividida la República, y el sometimiento de las mismas a las normas generales del derecho, salvo las limitaciones que la legislación les señala en razón de su naturaleza y atribuciones especiales.

Por tanto, la ley procesal es aplicable en su generalidad, tanto al Estado, como a los Departamentos y Municipios, y toda disposición que establezca fueros especiales en favor de cualquiera de dichas entidades constituye una excepción, que por consiguiente debe interpretarse de manera restricta, y no en un sentido amplio y analógico. De acuerdo con esto, el artículo 554 del C. J., cuando dispone que el Estado no puede ser ejecutado, se refiere exclusivamente a esta entidad y así debe entenderse, no dándole el alcance que pretende la parte promotora del incidente, es decir, que el privilegio por él establecido se haga extensivo a los Departamentos.

Además, el artículo 1003 de la misma obra, al disponer qué bienes departamen-

tales no son embargables, admite la prosperidad de esta acción para los no comprometidos en la enumeración taxativa que allí se hace, y los bienes a que se refiere el presente incidente no son de los contemplados en la disposición que se estudia. Por tanto, la solicitud de cancelación y desembargo deben negarse por este concepto.

En cuanto a la afirmación de falta de competencia de la justicia ordinaria para llevar a efecto el remate de los bienes departamentales, la Sala no la encuentra demostrada, y en el particular se remite a las razones expuestas en la providencia recurrida por considerarlas suficientes al esclarecimiento de la cuestión. Dice así la providencia aludida:

"El Gobernador —dice la Corte en fallo de 7 de julio de 1934— en su carácter de ordenador, no dispone libremente del Tesoro del Departamento. Su acción en materia de gastos, está subordinada a los respectivos presupuestos, salvo la facultad que en algunos casos le confieren las Ordenanzas de abrir créditos suplementarios o adicionales. Pero de que ésto sea así, puede decirse que los acreedores del Departamento no puedan efectivas (sic) por la vía judicial sus acreencias mientras la Asamblea no haya votado la partida del caso? En manera alguna, porque ello equivaldría a sujetar la efectividad de los créditos a cargo de los Departamentos a una condición no establecida por la Constitución y la ley, y que, por depender de la voluntad de la parte obligada, como que la Asamblea no es otra cosa que un órgano constitucional de la entidad Departamento, vendría a dejar sin eficacia práctica las obligaciones de los Departamentos".

"La misma Sala de Negocios Generales en fallo de 22 de septiembre del mismo año, dice:

'Aunque es cierto que el hecho de ser compelidas a cancelar sus deudas por la vía ejecutiva, puede ocasionar trastornos en el servicio público, tales trastornos pueden sobrevenir también con acciones ordinarias cuando llegue el momento de ejecutar las sentencias proferidas a causa de ellas, y habría que llegar a la conclusión también, de que tampoco tales acciones podrían promoverse para evitar dichos trastornos por más que sean remotos. Y nadie ha discutido siquiera que los Departamentos y los Municipios como la Nación misma no puedan ser demandados en juicio ordinario. Ni podría discutirse porque los ordinales 4º, 3º y 3º de los artículos 175, 176 y 179 del C. J. no dejan duda sobre el particular. Y es que no podía ser de otro modo, porque si el pago de una deuda de la clase de la que aquí se trata, ha de dejarse para cuando se pueda apropiar la partida correspondiente en el presupuesto, a pesar de la obligación de hacerlo, según el Código de Régimen Político y Municipal, sin compeler a ello en forma alguna a la entidad deudora, podría ocurrir que jamás se cancelara el crédito, porque nunca se destinara el dinero suficiente, y eso equivaldría a burlar el derecho del acreedor'.

"Hé aquí cómo el más alto Tribunal de la República demuestra la necesidad de que los Departamentos y los Municipios queden sometidos al fuero común para la efectividad de sus obligaciones civiles. No podía olvidar el legislador que tales entidades necesitan del crédito para su desarrollo económico, y que les sería difícil servirse de él si no pudieran ser constreñidas al pago como cualquier ciudadano, personalmente obligado.

Las anteriores razones muestran la legalidad de la providencia que negó el desembargo y cancelación de la caución ofrecida por el Departamento del Tolima.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, CONFIRMA el auto de fecha diez y siete de octubre de mil novecientos cuarenta y uno, dictado por el Tribunal Superior de Ibagué en este juicio.

Notifíquese, cópiese y devuélvase.

Arturo Tapias Pilonieta—José M. Blanco Núñez — Aníbal Cardoso Gaitán—Manuel Pineda Garrido, Secretario.

PERSONERIA PRIVATIVA DEL CONSEJO ADMINISTRATIVO DE LOS FERROCARRILES NACIONALES EN ASUNTOS REFERENTES A LA ADMINISTRACION DE ESTOS

1. Ha dicho la Corte, en reiterados fallos, que habiendo establecido la ley orgánica del Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales la representación especial y privativa de los intereses del Estado por esa entidad, dicha ley constituye una norma de imperativo cumplimiento para los jueces, por encima de controversias o conflictos que puedan llegar a presentarse entre dos o más pretendidos representantes de aquélla ante los Tribunales. La ley aludida, por la interpretación que de ella ha hecho la Corte en varias de sus decisiones, impone el reconocimiento de la personería exclusiva y privativa del Consejo en tales negocios. 2.— El Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales tiene patrimonio propio para los fines de la administración que se le ha confiado. Así como asume derechos y contrae obligaciones, puede adquirir bienes y enajenar de los que posee aquéllos indispensables para el ejercicio de su mandato. Que no tenga el Consejo un patrimonio como el de una persona natural cualquiera, con facultades de libre y total enajenación, no quiere decir que no tenga un patrimonio propio, que maneja con absoluta independencia y que se halla afecto a los resultados de su administración. 3.—Siendo los negocios del Consejo asuntos en que tiene parte la Nación, puede, por razón de ellos, ser demandado ese establecimiento público ante los Tribunales de Distrito Judicial.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales — Bogotá, marzo diez y ocho de mil novecientos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Aníbal Cardoso Gaitán).

El doctor Castor Jaramillo Arrubla, en extenso e interesante estudio, consignado en su memorial de reposición referente al auto de esta Sala en que se declaró la nulidad de lo actuado en el presente juicio, de Manuel Salvador Patiño contra la Nación, le pide a la Corte que revoque su providencia, en atención a las razones que ya había expuesto el reclamante, y que amplía y a las nuevas que ahora aduce.

En el orden en que aparecen expuestos, considera la Sala los argumentos aducidos.

"La **primera** razón es la de que el señor Procurador no puede pedir la nulidad. En mi memorial de 7 de febrero cito textualmente varias y fuertes doctrinas de la Corte que sustentan mi aserto. Ruego con todo respeto a la Honorable Corte los considere y medite. En el auto recurrido se trata de destruír, al final, y en breve párrafo, esta razón poderosa, pues dice la Honorable Corte que 'de todas maneras la parte interesada en la anulación de lo actuado es la Nación'. Entonces tenemos lo siguiente, que es un dilema estricto y ceñido. O la Nación ha estado bien representada por el señor Procurador y entonces no hay nulidad. O no lo ha estado, y entonces no puede proponer él mismo incidente de nulidad".

"La Corte lo ha dicho varias veces, y yo cito en mi memorial de 7 de febrero y transcribo y digo de dónde las he tomado, las doctrinas diversas en las que

he sostenido que la parte indebidamente representada no puede proponer incidente de nulidad. A esas tesis jurídicas, reiteradas, sabias, precisas, me atengo y solicito a la Honorable Corte las acepte nuevamente y mantenga".

"Lo que parece sostener en el auto de 18 de julio recurrido, es lo siguiente: El señor Procurador no representa en este juicio a la Nación. Pero para pedir la nulidad del juicio sí la representa. Entonces ha estado bien pedida esa nulidad y por tanto se decreta. Si la Nación es la interesada en la nulidad —como dice el auto— y el que la pidió fue el Procurador, entonces quiere decir que la Corte ha admitido esa representación para el solo efecto de la nulidad, pero no la ha aceptado para efectos del juicio".

"Si la Nación no ha estado representada en este juicio por el señor Procurador, como lo dice el auto, entonces tampoco la ha representado para pedir la nulidad, y esa nulidad ha estado solicitada por quien no representa a la Nación, y por lo mismo no puede decretarse. Que es lo que he sostenido desde un principio, de acuerdo con magníficas doctrinas de la Corte. Pero negar esa representación para efectos del juicio, y admitida para el incidente de nulidad es aberrante, cuando menos".

Dijo la Corte, en el auto a que la reposición se refiere y en el punto de que se trata, que el incidente de nulidad propuesto tiene por objeto definir a quién corresponde actuar como legítimo representante de la Nación, si al Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales o al señor Procurador Delegado en lo Civil, y que al estar por definir ese punto, "es dudosa tanto la representación del señor Procurador como la del Consejo"; y agregó que "de todas maneras, la parte interesada en la nulidad de lo actuado es la Nación, por no considerarse legítimamente representada en el juicio, ni haberlo estado desde que éste se inició".

Al aclarar su pensamiento la Corte, como lo hace ahora, aparecerá aún más de manifiesto que no hay base en sus conceptos para las contradicciones que cree encontrar el señor apoderado. En efecto, es evidente que al dilucidarse en juicio el punto de si el Consejo o el Procurador han de representar a la Nación, es dudosa la representación de ésta por cualquiera de ellos, antes de que el incidente se resuelva. El tiene por objeto, precisamente, el que se decida sobre ese punto. Y como hay dos personas, el Consejo y el Procurador, que se pretenden representantes en el juicio, no se incurre en impropiedad al decir que antes del fallo del incidente la representación de la Nación por uno cualquiera de aquéllos, es dudosa.

Lo que no significa que para el juez, en este caso la Corte, tal situación se mantenga, sino que antes bien, y al contrario, ha de aclararse o definirse en la decisión del incidente.

Cuando observó la Sala que lo importante de tener en cuenta para resolver el problema planteado es la circunstancia de que la nulidad de lo actuado es la Nación, significó que es secundario que dos personas, el Procurador y el Consejo, pretendan la representación de ella en el juicio, antes de la decisión del punto controvertido; porque habiendo establecido la ley orgánica del Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales la representación especial y privativa de los intereses del Estado, por esa entidad, dicha ley constituye una norma de imperativo cumplimiento para los jueces, por encima de controversias o conflictos que puedan llegar a presentarse entre dos o más pretendidos representantes de aquélla ante los Tribunales. La ley aludida, por la interpretación que de ella ha hecho la Corte en varias de sus decisiones, y en términos que no es necesario repetir aquí, pero a los cuales se remite ahora (Sentencias de 24 de julio y 26 de septiembre de 1940 —G. J. Tomo L, páginas 176 y 251— Autos de julio 18 y agosto 13 de 1941, en los juicios de Manuel S. Patiño y Ernesto Abello H. contra la Nación), impone el reconocimiento de la personería exclusiva y privativa del Consejo en negocios como el que se desenvuelve en este juicio. No importa que en un momento dado como ocu-

rre actualmente, no coincidan las apreciaciones que respecto a este juicio jurídico sostengan varios pretendidos representantes de la Nación en el juicio, y que la nulidad de proceso la hayan hecho visible uno o todos ellos, si un ordenamiento legal exige al juez tramitar y decidir la posible causal de nulidad antes de fallar el negocio y si la personería del Estado, conferida al Consejo, emana también de la ley.

"La segunda razón es la de que si la nulidad existente, debió pedirla el Consejo de los Ferrocarriles... Podría decirse que hay un memorial del Consejo en el que no allana la nulidad. Pero por qué intervino el Consejo? Por un auto de la Honorable Corte en que resuelve citarlo, "de acuerdo con el artículo 455 del Código Judicial". Pero resulta que ese artículo sólo se refiere a las "partes", y la Corte ha estado diciendo que el tal Consejo no ha sido parte en este juicio; por no considerarlo como parte declara precisamente la nulidad de lo actuado".

No debió pedir la nulidad el Consejo de los Ferrocarriles, como no era necesario que la pidiese el Procurador según lo ya expuesto. En el auto en que se dispuso oír al Consejo, se dijo:

"Siendo el Procurador Delegado en lo Civil y el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales representantes de la Nación según la ley, en asuntos que a ella interesan, y tratándose de decidir en el incidente de nulidad propuesto, a cuál de ellos corresponde la personería en el pleito, se hace necesario oír al Consejo antes de resolver el incidente y para los fines previstos en el artículo 455 del C. J.".

El propio auto indica como motivo que lo inspiró el de ser el Procurador y el **Consejo representantes de la Nación.** No se afirmó que uno de ellos o ambos fueran **partes** en el juicio, sino posibles representantes. A la vista se halla, pues, que el traslado no se dio a la parte ni a su representante reconocido, sino a sus posibles personeros. Con qué propósito? El auto no lo expresó con claridad. Pero por lo que se ha visto, aparece que apenas se hizo para ilustrar la decisión que hubiere de tomarse. En ningún caso para que la parte, que era la Nación, sin voceros hábiles en el juicio, hiciese la manifestación prevista en el artículo 455, que no podía hacerla. Además, el Consejo no es contraparte de la Nación ni del Procurador. Estimó la Corte que era conveniente oír otro de los posibles representantes del Estado, para mejor ilustrar y fundar su decisión. No puede, por tanto, sacarse de esta medida para la ilustración de su juicio, el argumento que presenta el señor apoderado, contra el contexto mismo del auto a que él se refiere.

"La tercera razón de mi memorial de 7 de febrero, es la de que existen dos argumentos en contra de la tesis última de esa Honorable Corte, de que el Consejo de Ferrocarriles es el representante de la Nación en juicios como éstos, y esos dos argumentos, ya expuestos en mi memorial citado y en sentencias de esa Honorable Sala, no han sido rebatidos. Voy a exponerlos nuevamente en la espera de que la Honorable Corte los considerara en esta reposición, y son:

a) El Consejo de los F. C. no tiene patrimonio propio, de modo que una sentencia que lo condene a pagar una suma de dinero se quedaría en el aire;

b) Para demandar al Consejo en casos de accidentes ferroviarios ocurridos en ferrocarriles de la Nación, tendría que entablarse la acción en Bogotá, lugar de su domicilio, lo que entrañaría, por una parte, un odioso centralismo, y por otra, una carga, un gravamen a los damnificados que de partes lejanas tendrían que viajar a conseguir un abogado en Bogotá, fuera de lo que dificultaría su defensa y pruebas para ser recogidas desde esta capital, habiendo ocurrido el accidente en regiones apartadas. Sencillamente, sería el entrabamiento del ejercicio de las acciones para los perjudicados, y como consecuencia su fallo adverso prematuro, lo que no ha sido propiamente el fin que se ha perseguido con la administración de justicia, pues el Código Judicial ha es-

tablecido jueces cercanos a los lugares de los hechos, y no un solo juez, un único juez para todo el país, residente en Bogotá, desde donde deben conocerse juicios sobre sucesos ocurridos en las más lejanas regiones de esta extensa república".

a)—Sí tiene patrimonio propio el Consejo de los Ferrocarriles Nacionales, para los fines de la administración que se le ha confiado. Así como asume derechos y contrae obligaciones, puede adquirir bienes y enajenar de los que posee aquellos indispensables para el ejercicio de su mandato. Que no tenga el Consejo un patrimonio como el de una persona natural cualquiera, con facultades de libre y total enajenación, no quiere decir que no tenga un patrimonio propio, que maneja con absoluta independencia y que se halla afecto a los resultados de su administración.

b)—Que la tesis de interpretación sentada por la Corte, sobre la personería privativa del Consejo en asuntos referentes a la administración de los Ferrocarriles Nacionales, conduzca a una centralización de los negocios en la capital de la república, en la hipótesis de que se establezca que es Bogotá el domicilio único del Consejo —es argumento que no puede destruír la construcción jurídica que sustenta dicha tesis, y que apenas podría poner de manifiesto un aspecto inconveniente de la aplicación de la ley, en cuanto ella resultara perjudicial u onerosa para determinados intereses. Aunque habría que observar que siendo los negocios del Consejo asuntos en que tiene parte la Nación, puede, por razón de ellos, ser demandado ese establecimiento público ante los Tribunales de Distrito Judicial (artículo 76, numeral 1º, C. J.).

"La cuarta argumentación de mi memorial de 7 de febrero es la de que con base en el artículo 232 del Código Judicial ya han representado a la Nación en estos juicios, en sus etapas principales, los señores Agentes del Ministerio Público. Ruego, entonces, con todo acatamiento a esa H. Corte considere ese argumento ahora, en este recurso".

Puesta de manifiesto una causal de nulidad antes de fallar, debe declararse por el juez, si se trata de un vicio insubsanable por la manifestación de las partes y éste es el caso del incidente.

"La quinta razón de mi memorial ya expresado, es la de que el señor Fiscal y el señor Procurador, al intervenir en este juicio, representaron al Consejo de Ferrocarriles, de acuerdo con acertada doctrina de la Corte, expuesta en fallo que allí cito expresamente. En efecto, la Constitución Nacional dice que la Nación estará representada en juicio por los Agentes del Ministerio Público, y siendo el Consejo de Ferrocarriles un organismo dentro del Estado, es claro que queda también representado por los señores Fiscal y Procurador. No puede pretenderse que el Consejo de los Ferrocarriles sea un Estado dentro del Estado, con órbita propia, sino que es un organismo administrativo dentro del Estado Colombiano y, por tanto, la doctrina de la Corte que cito en mi memorial de 7 de febrero tiene su fundamento jurídico sólido".

No representaron a la Nación en el juicio el Fiscal y el Procurador, porque su representación le compete al Consejo Administrativo de los Ferrocarriles, según lo ya expuesto en este auto y en las providencias que en él se citan.

"La sexta argumentación de mi memorial de 7 de febrero, es la de que el Consejo de los Ferrocarriles ha tenido la atención y vigilancia de este juicio, y que por lo tanto debe entenderse representado por él. Ruego nuevamente a esa H. Corte, con el más profundo respeto, considere esta razón ya expresada...".

La Secretaría de esa H. Sala, en certificado de 16 de abril de este año, dice que "sí es cierto que el doctor Roberto Mantilla Valenzuela ha concurrido en varias ocasiones a esa Secretaría con el fin de informarse del estado del juicio ordinario

de Manuel S. Patiño contra la Nación, por perjuicios". Luego está bien demostrada esa concurrencia de dicho abogado "en varias ocasiones" a informarse de este negocio. Yo pregunto: si el señor Procurador estaba llevando la representación de la Nación en este juicio, solamente, sin ayuda del Consejo, entonces a qué iba tánto el doctor Mantilla a la Corte?, a "informase y tomar apuntes" del presente juicio? Sencillamente, que el Consejo ha tenido a su cargo la vigilancia y atención y dirección y estudio y cuidado de esta actuación. No se ocurre otra interpretación de estas asiduas visitas, pues es de suponer que el doctor Mantilla es empleado del Consejo bastante ocupado como para ir "varias veces" a pasar el tiempo y distraerse, nada menos que estudiando expedientes en la Corte, y no cualquier juicio, sino este precisamente!.....

Y a continuación expresa el señor Administrador en su certificado, que se le han estado suministrando datos al señor Procurador y al señor Fiscal de Pereira, y que se le remitieron unas declaraciones de testigos al primero. Qué más puede decirse?...

Ese memorial del señor Mejía Botero, en papel con membrete del Consejo, y en el que habla en calidad de empleado de esa entidad, tiene fecha diez de abril de 1940. Como la demanda inicial de este juicio fue presentada el 23 de enero de mil novecientos treinta y nueve, yo pregunto: ,Por qué estaba el Consejo de los Ferrocarriles, un año después de la demanda, recogiendo pruebas en contra de mi poderdante, si dicho Consejo no era demandado? Qué tenía que ver el Consejo con este juicio, si allí no se le demandaba?...

Esencialmente, este argumento, ya contestado desde la providencia recurrida, consiste en que por haber suministrado datos el Consejo al Fiscal y al señor Procurador, tuvo en el juicio una ingerencia igual a la de apoderado de la Nación. No es necesario extenderse para poner de presente que ello no es así. Del propio modo como los funcionarios administrativos en general, los Ministros, por ejemplo, suministran a los Fiscales y a la Procuraduría datos, informes y estudios que les sirven para atender a la defensa de los negocios de la Nación, así también el Consejo Administrativo, por sus empleados y por otros medios, cooperó en este caso a la acción de los Agentes del Ministerio Público.

En este punto el señor apoderado recuerda que la Corte le negó la práctica de unas pruebas decisivas e importantes. Se observa que la negativa a su ordenación se pronunció por el Magistrado sustanciador y que el apoderado no reclamó de esa decisión, como pudo haberlo hecho recurriendo en súplica al resto de la Sala.

Observa el reclamante que el artículo 139 de la Constitución Nacional preceptúa que corresponde a los funcionarios del Ministerio Público defender los intereses de la Nación, lo que está en oposición con el mandato de la Ley 29 de 1931, que confiere representación al Consejo Administrativo, por lo cual debe aplicarse de preferencia la disposición constitucional.

Sobre esta consideración hay que advertir que el artículo 138 de la Carta previene que "el Ministerio Público será ejercido, bajo la suprema dirección del Gobierno, por un Procurador General de la Nación, por los Fiscales de los Tribunales Superiores de Distrito y **por los demás funcionarios que designe la ley**". (Se subraya). El Administrador General de los Ferrocarriles Nacionales ejerce las funciones de representación de intereses nacionales, y ello lo hace por designación de la ley, luego está colocado dentro del supuesto constitucional.

Además se tiene en cuenta que la disposición de la Ley 29 de 1931, que el recurrente estima contraria al Estatuto, ha

sido declarada inconstitucional por la Corte en fallo del diez y siete del mes en curso, proferido por su Sala Plena.

Las consideraciones que preceden reafirman a la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia en su concepto sobre la juridicidad de su providencia fechada en diez y ocho de julio último, y en consecuencia niega la reposición solicitada.

Notifíquese, cópiese y devuélvase.

Arturo Tapias Pilonieta—José M. Blanco Núñez — Aníbal Cardoso Gaitán—Manuel Pineda Garrido, Secretario.

NO SE REPONE EL AUTO ANTERIOR

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, marzo veinte de mil novecientos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Arturo Tapias Pilonieta).

El apoderado de la parte demandante en este juicio contra la nación, por perjuicios provenientes de hechos que se atribuyen a los Ferrocarriles Nacionales, interpone el recurso de reposición contra el auto de esta Corte, en virtud del cual confirmó lo resuelto por el Tribunal **a quo** consistente en que el proceso adolece de nulidad por estar indebidamente representada la parte demandada.

En el auto reclamado por el señor apoderado la Sala dijo, en síntesis, refiriéndose a la entidad conocida con el nombre de Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, creado por la Ley 29 de 1931, que se catalogaba jurídicamente entre las personas que el derecho administrativo denomina **establecimientos públicos**, esto es, dependencias de carácter oficial, organizadas por el Estado sobre bases técnicas, con personalidad jurídica especial para que puedan así atender, con mayor éxito, la adminstración de los bienes puestos bajo su cuidado.

Con este criterio la Sala estimó que siendo el Consejo el órgano creado por la ley para atender la gestión de lo atañedero a los ferrocarriles del Estado, y estando dotado este organismo de personería, se procedía incorrectamente y contra el querer mismo del legislador, atribuyéndole al ministerio público como se había hecho en el juicio, capacidad legal de representar judicialmente los intereses colocados al cuidado del Consejo, arrebatándole a éste dicha representación; lo que generaba la nulidad de procedimiento que el Tribunal había declarado.

El recurrente tomando frases aisladas del auto de la Corte, quiere hacerle decir que el Consejo, por ser un establecimiento público, se independiza radicalmente del Estado que lo creó, al punto de ser un estado soberano dentro de otro estado.

Empero las ideas de la Sala son nítidas. Citó las opiniones de Hauriou, Waline y Fleiner, para quienes el establecimiento público es una dependencia del Estado, dotada de personalidad jurídica, o un servicio público, independizado de los demás por razones técnicas; y en párrafo prominente dijo: "Cuando el Estado, para la mayor eficacia de la administración, organiza bajo bases técnicas y especiales una dependencia oficial, dotándola de patrimonio que debe manejar con independencia y autonomía, crea un establecimiento público, al cual queda así privativamente reservada la administración de ese patrimonio, con la función de velar por él".

De manera que el recurrente nada agrega a lo dicho por la Corte, y al contrario repite lo mismo que ella sustenta, cuando tratando de rectificarla, resume en los siguientes postulados el verdadero carácter jurídico del Consejo, según la norma legal que lo creó:

Primero. "El Consejo de Ferrocarriles es un establecimiento público y como tal una persona de derecho administrativo, o mejor un órgano del Estado que lo creó".

Segundo. "Como persona de derecho administrativo puede intervenir y resolver los negocios de carácter administrativo que atañen a los asuntos de su competencia, en forma autónoma o independiente".

Tercero. "El Consejo, no como establecimiento público que forma una persona distinta del Estado (la Sala diría más bien esencialmente distinta del Estado), sino como persona de derecho público que se confunde con el Estado mismo, puede intervenir ante los Tribunales y autoridades de cualquier orden para la defensa de los intereses que le están encomendados..."

Para llegar a estas conclusiones que son las mismas de la Corte, no valía la pena el esfuerzo de razonamiento que hace el recurrente cual si estuviese sacándola de un error doctrinario o rectificándole ideas, que el mismo recurrente termina aceptando, vencido por la realidad resplandeciente de ellas.

Empero, y aquí es donde empieza la discrepancia entre el distinguido abogado recurrente y la Sala, aquél termina el postulado tercero que en la transcripción anterior dejóse inconcluso así " .....pero la manifestación de este atributo (el de la defensa de los intereses que le están confiados al Consejo), debe exteriorizarse por conducto de los agentes del ministerio público, que en todo caso llevan la personería del Estado, cualquiera que sea el órgano por medio del cual se ejerce su soberanía".

La conclusión es pues manifiestamente equivocada. Si se conviene en que se creó el órgano encargado de la defensa, aún judicial, de determinados intereses nacionales, cómo se sostiene entonces que sea persona o funcionario distinto y extraño al órgano, el que ha de representar o defender tal interés?

Por ello la Sala emitió el siguiente concepto en el auto reclamado, anticipándose a destruír esa deducción, concepto que es fundamental y que el recurrente pasa por alto: "El Fiscal no representa la persona jurídica llamada Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales. Desde que esta entidad tiene un representante especial, el administrador general, es a éste a quien incumbe de modo privativo su representación. Es un personero legal, no convencional. Desde que existe el órgano con su personero, el Fiscal del Tribunal carece de poder para representar ese órgano, porque no es el funcionario que la ley ha previsto como el indicado por la naturaleza de su cargo para asumir con éxito la defensa del grupo de bienes nacionales que están bajo la custodia del Consejo Administrativo de los Ferrocarriles".

Por último, la Sala no puede menos de transcribir en esta providencia, la réplica del señor Procurador Delegado en lo Civil, a todas las argumentaciones del recurrente, porque desde el punto de vista en que él se coloca y que armonizan con los de la Sala constituyen un sabio e inconmovible razonamiento jurídico, destinado a combatir la tesis de que el agente del ministerio público pueda legalmente suplantar la representación que por derecho corresponde al Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, en la guarda y defensa de los intereses que le están confiados. Dice así el señor Procurador Delegado:

"El Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, llámese o no establecimiento público, es una entidad creada por la ley para administrar determinados bienes pertenecientes al patrimonio del Estado. Es un mandatario especial del Estado para la administración de dichos bienes.

"Para la cumplida ejecución de dicho mandato la misma ley dotó al Consejo de todos los **derechos** y prerrogativas de una **persona jurídica autónoma.** En tal carácter puede contratar, enajenar, adquirir, **comparecer en juicio,** en todo lo relativo a la administración de los bienes confiados a su cuidado.

"Que el Consejo es independiente o no? Que es intervenido, controlado, supervigilado por el Estado? No importa aquéllo. El hecho jurídico indiscutible es que puede ejercer y ejerce funciones de persona jurídica entre las que se cuenta la comparecencia en juicio, sea para demandar o excepcionar, cuando quiera que en el proceso estén comprometidos los intereses confiados a su cuidado.

"El Consejo administra, pues, un patrimonio del Estado, a manera de mandatario, dotado de los atributos de la personalidad jurídica. Sus actos o contratos lo obligan como mandatario, pero aprovechan o perjudican al Estado, por cuanto sus efectos se producen en un patrimonio de éste.

"Cuando quiera, pues, que se trate de un acto ejecutado en ejercicio de sus funciones de mandatario administrador del Estado, y que dé lugar al ejercicio de una acción civil, es necesario que el Consejo intervenga en el proceso. Para tal evento, precisamente, se le dotó de ese atributo propio de la persona civil: la comparecencia en juicio.

"El Consejo comparece entonces como mandatario administrador de los bienes confiados a su cuidado, por cuanto ese patrimonio se ve comprometido en el proceso. Va a **defender** ese patrimonio. Y esa defensa no es puramente facultativa para el Consejo. Es obligatoria porque es un deber moral y legal del mandatario defender los intereses confiados a su cuidado.

"En derecho administrativo las facultades se otorgan a los funcionarios para que llegado el caso cumplan sus deberes de tales. De tal suerte que es empírico decir que porque la ley ha dicho que el Consejo puede **comparecer** en juicio, es puramente **facultativa**, llegado el caso, dicha comparecencia. Repito: la facultad legal no es aquí sino un **medio** para que, llegado el caso, se cumpla una obligación por el respectivo funcionario.

"La ley ha querido que en estos casos no baste la representación general, común y ordinaria del Ministerio Público, de la misma manera que ha querido sustraer los ferrocarriles nacionales de la administración general, común y ordinaria del Estado. Y para ello ha dotado al Consejo del atributo de comparecer en juicio, a fin de que haga uso de él cuando quiera que en el proceso se vea comprometido el patrimonio puesto bajo su administración. Función ésta no facultativa sino de obligatorio ejercicio.

"La ley no ha dicho que el Consejo sea **representante legal de la Nación**, ni tal concepto se ha emitido por quienes sostenemos la tesis impugnada por el recurrente. El representante legal del Estado en juicio es el Ministerio Público. Pero en determinados casos, como el que se contempla, se exige la comparecencia de un mandatario especial, administrador del patrimonio que se ve comprometido en el juicio.

"Tampoco tiene el Consejo la calidad de un apoderado judicial. Es una calidad especialísima de mandatario administrativo. Calidad especialísima que conserva a pesar de las normas del Código Judicial, posteriores a la ley orgánica del Consejo, porque esas normas tenían que dejar vigente un régimen especial de administración de determinados bienes del Estado.

"Y se quebrantaría por completo ese régimen especial si se sometiera al régimen ordinario del Código Judicial, colocando el patrimonio ferroviario nacional, bajo la representación única, común y ordinaria del Ministerio Público.

"El hecho negativo de efectos procesales anulatorios es el siguiente: no se llamó al juicio al Consejo para que cumpliera su función de defender el patrimonio puesto bajo su cuidado. Cómo se califique ese hecho, no importa. Lo cierto es que se halla claramente señalado por la ley como causal de nulidad.

"Y no se subsana el vicio por la sola constancia que pueda haber de que el Consejo tuvo conocimiento extrajudicial de la existencia del proceso y no alegó la nulidad. No: el hecho que la ley exige para purgar el vicio es este otro: **haber representado en el juicio** sin reclamar el pronunciamiento de nulidad. Es, por tanto, una **gestión procesal a manera de parte contendiente** lo único que según la ley puede subsanar el vicio".

Finalmente, la tesis que aquí sustenta la Sala acaba de ser confirmada por la

Corte en pleno al decidir sobre la demanda de inexequibilidad de los artículos 1º y 2º de la Ley 29 de 1931.

Por las consideraciones expuestas la Sala niega la reposición impetrada contra su auto del trece de agosto último, pronunciado en el presente negocio.

Notifíquese.

..**Arturo Tapias Pilonieta** — Con salvamento de voto, **José M. Blanco Núñez**. **Manuel Pineda Garrido**, Secretario.

Salvamento de voto del doctor José M. Blanco Núñez, en el juicio promovido por Ernesto Abello H. contra la Nación.

En la demanda promovida ante la Corte Plena para que se declarara que son inexequibles los artículos 1º y 2º de la Ley 29 de 1931 que creó el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, con fecha diez y siete del presente mes, el suscrito Magistrado hizo el salvamento de voto que considera necesario reproducir en el presente por contener, en su esencia, la mayor parte de los conceptos que justifican su disentimiento con respecto a la providencia de sus ilustrados colegas de la mayoría de esta Sala de Negocios Generales, providencia por medio de la cual no accede a la reposición de la fecha trece de agosto de mil novecientos cuarenta y uno.

El salvamento de voto de que se trata, dice así:

"Al redactar el presente salvamento de voto, con el respeto que me merecen las muy doctas opiniones de mis distinguidos colegas de la mayoría, debo comenzar por reconocer la lucidez con que han expresado sus ideas en el fallo con respecto al cual tengo la pena de estar en desacuerdo en cuanto declara exequible el artículo segundo (2º) de la Ley 29 de 1931, por la cual se creó el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales.

Fundado en el texto y en el espíritu del artículo 1º de esa ley, he votado en favor de su constitucionalidad; no así en cuanto al artículo segundo, porque me parece que el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales no puede ser, constitucionalmente, más que un órgano creado para ejercer las funciones de agente del mismo Estado, con el fin de administrar parte determinada del patrimonio general perteneciente a aquél: los ferrocarriles nacionales.

Considerar el Consejo como en oposición con el espíritu y la letra del artículo primero y con otros de la misma ley, lo considera el artículo 2º de la Ley 29 de 1931, es considerarlo como un ser jurídico que pugna con la noción de unidad patrimonial, de jerarquía y de responsabilidad que es y debe ser base fundamental de nuestra estructura constitucional política y administrativa.

Fundándose en el artículo 2º de la Ley mencionada, el fallo considera al Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales como "un establecimiento público", como persona jurídica autónoma, representada legalmente por el Administrador General y destinada a administrar con total independencia los ferrocarriles de propiedad nacional, contiene los elementos esenciales que integran toda persona jurídica, como son la autorización del Poder Público por medio de la ley, la existencia de un patrimonio especial y una capacidad propia para el ejercicio de actividades civiles que le permiten comparecer ante los Tribunales y autoridades de todo orden accionando o defendiéndose judicialmente".

De lo expuesto, deduce el fallo que desde el punto de vista de la constitucionalidad de la ley que le dio nacimiento y organización (al Consejo de los F. Nacionales), no existe dificultad alguna, "porque no hay principio ni precepto de la Carta que impida la formación de estos establecimientos públicos de evidente utilidad, sancionados por la costumbre legislativa y explicados y justificados por el derecho administrativo".

Pienso que, entre nosotros, el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, y cualquiera otra institución aná-

loga, son meros órganos de expresión de la función, de la actividad administrativa del Estado como propietario único de los bienes nacionales, en orden a una mejor división del trabajo y a una mayor eficiencia de los servicios públicos, por la gran complejidad que entraña esa actividad dentro de las múltiples y diversas formas de las tareas del Gobierno, pero ni económica ni jurídicamente, puede considerarse al Estado quebrantado en su unidad y descartado de sus atribuciones soberanas, de sus obligaciones y de su responsabilidad por ese fenómeno —el de la creación de esos organismos— que, a pesar de la mayor o menor independencia administrativa que se les conceda para que ofrezcan un servicio más perfecto desde el punto de vista técnico y financiero, no deben constituír entes absolutamente autónomos frente al mismo Estado, o independientes de éste. Por lo menos, dentro de nuestra actual estructura constitucional creo que es así como hay que interpretarlo y aplicarlo por ahora. (Constitución, artículos 1, 2, 4, 52, 58, 115, ordinal 12 y 14, 128, 131 y 199 de la Codificación).

Por eso creo que no puede concebirse una persona jurídica cuya existencia emana y demanda del Estado, la cual está al mismo tiempo en posición excluyente ante éste, que es, precisamente, la persona jurídica de la cual aquélla deriva su existencia y sus poderes administrativos en lo que concierne a los bienes de propiedad del mismo Estado que le han sido destinados a la primera en administración, con vista a una simplificación de las funciones del Gobierno y a conseguir una mayor perfección técnica y mayor economía en su manejo, todo ello para atender mejor las necesidades colectivas de la comunidad, que nó, fines de lucro, ya que éste, en la mayoría de las veces, es incompatible con una recta noción de servicio público oficial.

Por otra parte, el Estado es responsable en cuanto en dueño de su patrimonio y lo administra, y porque tiene —él sí— una personalidad jurídica propia, autónoma y soberana que la Constitución le concede.

Si esa personalidad jurídica del Estado, como propietario y como administrador, se desplaza hacia un ente o sér jurídico distinto, **que adquiere** ese patrimonio o parte de él y el derecho de administrarlo con absoluta autonomía, ese ente será entonces, un sér, una persona moral **independiente y distinta** del Estado y, por tanto, éste último ya no podrá ser llamado a juicio civil ni condenado como responsable por actos que no se derivan de una actividad administrativa suya ni de ninguno de sus agentes, sino de esa otra persona jurídica distinta.

En otros términos: si el servicio público ha sido transferido en forma absoluta a otra persona que lo acciona como propio, si no está ya a cargo del Estado, éste no podrá ser responsable civilmente ante tercero por un mal funcionamiento de ese servicio. Al trasladarlo sin limitación a otra persona jurídica, quiere decir que, traslada a ésta —valga la frase— su propia culpa, llegado el caso, y, por ende, su propia responsabilidad, de tal culpa derivada por un mal funcionamiento de ese servicio.

Tendríase así comprometida la doctrina, muy sabia, y acertadamente establecida por la Corte en consonancia con nuestra actual estructura constitucional y legal, y con las normas jurisdiccionales de países de avanzado desarrollo jurídico, acerca de que las faltas ocasionadas por mal funcionamiento de un servicio público comprometen la responsabilidad del Estado, que acciona por medio de sus agentes tal servicio, doctrina que debe cobijar toda clase de servicios públicos, aún los accionados y poseídos por particulares, ya que, lo que le imprime la esencia de público a un servicio no debe ser su carácter oficial, sino la circunstancia de proveer a la satisfacción de las necesidades colectivas del pueblo, y ya que lo que se impone como carga al Estado como consecuencia de una omisión o de una ac-

tividad negligente de su parte o de sus subordinados, no hay razón para que no se imponga también a los particulares, con los mismos fundamentos; como —viceversa— no hay razón alguna para hacer de mejor condición a los particulares excluyéndoles de aquellas sanciones civiles que recaen sobre las entidades de derecho público por su comportamiento irregular o contra derecho ajeno.

La noción que se tenga acerca de la personalidad sustantiva del Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales como entidad autónoma, me parece, pues, que desde el punto de vista de la exequibilidad de la ley orgánica de ese Consejo está íntimamente vinculada "al problema jurídico sobre responsabilidad civil del Estado por los actos delictuales o cuasidelictuales ejecutados por los agentes y empleados al servicio de los Ferrocarriles Nacionales para determinar la personería del demandado en los litigios civiles en que particularmente se demanden indemnizaciones por culpa, y creo, igualmente, que tal noción tiene muy trascendentales repercusiones de orden jurídico en el problema de la responsabilidad civil de que se trate, pues si se acepta la tesis de la "completa independencia" del Consejo como persona jurídica autónoma distinta del Estado, la consecuencia parece clara: de ninguna manera el Estado podrá ser responsable civilmente por los actos ejecutados por personas que no son agentes o empleados suyos, sino de esa otra entidad dotada con propia y autónoma individualidad jurídica.

Tendríase así no sólo mermado, sino anulado el concepto de **unidad de responsabilidad**, que junto con el de **unidad patrimonial** y el de **unidad de jerarquía**, informa y configura desde el punto de vista constitucional, la noción de un Estado como el nuéstro, de tipo rígidamente presidencial, unitario y centralista.

Conviene citar aquí lo que esta misma Corte Plena ha expresado en reciente sentencia del 12 de diciembre de 1941 sobre estas materias:

"Ante todo —dice— conviene no perder de vista que el Estado colombiano se ha dado una organización política unitaria, y que es en la Nación donde esencialmente reside la soberanía. A las secciones —Departamento y Municipio— se les ha reconocido una relativa autonomía administrativa, pero deben ejercerla dentro de la órbita de acción que los preceptos constitucionales y legales le han señalado. Quiere esto decir que su vida y acción administrativas están restringidas por las susodichas normas, las que han sido promulgadas obedeciendo a un concepto de unidad de facultad, de determinación y de responsabilidad".

Pero no tiene menor trascendencia tampoco desde el punto de vista constitucional lo concerniente a esa misma noción de autonomía e independencia del C. A. de los Ferrocarriles Nacionales en lo relativo a la personalidad del Consejo para los fines de su comparecencia en juicio, pues si él es un sér jurídico distinto de la Nación, evidente es que de las controversias que se susciten por virtud de actos culposos ejecutados por los agentes o empleados de los Ferrocarriles Nacionales en ejercicio de sus funciones, no podrá conocer la Corte en segunda instancia, sino los Jueces de Circuito en primera instancia, y los Tribunales, en segunda; y a esto habría que agregar que como el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales tiene su única sede en Bogotá, o sería ante los Jueces de Circuito de esta ciudad y ante el Tribunal de Cundinamarca, donde tendrían que ventilarse todos los juicios relacionados con estas cuestiones, así se tratara del más lejano Municipio de la República, o, en el caso de promoverse el juicio respectivo ante el Juez del domicilio del querellante, veríase éste obligado a una lenta, costosa y complicada tramitación de su acción por medio de continuos exhortos y despachos entre su domicilio y Bogotá, por no tener allá el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales quién llevara su personería en tal juicio.

El fin descentralizador (patrimonial, regional o "funcionarista") que, según los

modernos expositores de derecho administrativo foráneo, inspira la teoría de la autonomía administrativa de los servicios públicos para beneficio colectivo, no sólo desaparecería por este aspecto para convertirse en un centralismo demasiado severo y oneroso, sino que padecería notable quebranto el saludable principio de economía procesal y de garantía individual de que la administración de justicia debe situarse siempre al alcance de todos los ciudadanos para facilitar a éstos los medios necesarios para que hagan efectivos sus derechos con la menor cantidad de demoras, de trabas y de gastos.

Punto sería éste también que no toca solamente el aspecto de la inconveniencia del artículo 2º de la Ley 29 de 1931, sino su carácter francamente opuesto a las normas de nuestra Carta, en materia de tánta entidad como es la relacionada con los títulos III y XV que tratan, respectivamente, "de los derechos civiles y garantías sociales" y "de la administración de justicia", y en los cuales se hallan las disposiciones de los artículos 15, 41 y 152 que, respectivamente también, dicen así:

"Artículo 15. — Las autoridades de la República están instituídas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en sus vidas, honra y bienes, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares".

"Artículo 41.—Toda persona tiene derecho de presentar peticiones respetuosas a las autoridades, ya sea por motivos de interés general, de interés particular, y el de obtener pronta resolución".

"Artículo 152.—Para facilitar a los pueblos la pronta administración de justicia, se dividirá el territorio nacional en distritos judiciales, y en cada distrito habrá un Tribunal Superior, cuya composición y atribuciones determinará la ley".

Se tendrá así, que el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales estará en una verdadera posición de privilegio con respecto a la misma Nación, pues mientras ésta estaría obligada a comparecer en la primera instancia de los juicios, ante el respectivo Tribunal del Departamento por conducto de su Fiscal, y ante la Corte, en segunda, representada por el Procurador, el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, no podría ser demandado sino en Bogotá, lugar de su sede. O en otros términos, mientras para acciones contra la Nación se les brinda a los interesados la oportunidad de promoverlas ante los Tribunales que se han creado en cada Departamento en desarrollo y cumplimiento del precepto constitucional de facilitar en forma pronta y eficaz la administración de justicia, para acciones contra el Concejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales no habría sino un lugar, la capital de la República, donde deben promoverse todas las acciones contra él, puesto que la ley nada ha dispuesto en contrario.

Esta variación de las reglas sobre organización judicial, sobre jurisdicción y competencia, variación que inmediata y lógicamente se presenta como consecuencia de la creación del Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales como persona jurídica autónoma, y distinta del Estado, puede constituír otro aspecto de la inconformidad del artículo 2º de la Ley 29 de 1931 con las normas constitucionales sobre esa materia (Constitución, artículos 142, 148, ordinal 3º, 152 y 156).

Pero se dirá que si el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales no tiene la "completa independencia" que le atribuya el artículo 2º acusado, no podría cumplir recta y provechosamente sus funciones de administrador de los ferrocarriles nacionales. Parece que esto nada debe probar ante la necesidad, que es primordial e insalvable, de atemperar su creación, organización y funcionamiento a las normas constitucionales. El debe moverse dentro de esas normas, pero creo que no debe confundirse la autonomía que el Consejo tenga como simple agente de la Nación en todo cuanto se relacione con el aspecto técnico y comercial del patrimonio nacional que se le ha confiado en administración según el artículo 1º de esa

ley, con la abrogación o la absorción, con carácter excluyente o privativo, de la personalidad sustantiva y adjetiva del Estado en la vida de relación de éste, jurídica, política y patrimonial en ese ramo de la administración pública, en circunstancias que de acuerdo con el espíritu de los artículos 128 y 131 de la Carta él (el Consejo) no puede ser más que una sección, una agencia administrativa del Ministerio de Obras Públicas, semejante, por ejemplo, a la "Dirección Nacional de Transportes y Tarifas", adscrita a ese Ministerio.

Y ello es así, porque de conformidad con los artículos de la Carta que quedan citados últimamente, la acción administrativa, de la cual es supremo jefe o autoridad el Presidente de la República en el Organo Ejecutivo se ejerce, en materia de los servicios públicos concernientes a ese Organo, por medio de los distintos **"Ministerios o Departamentos Administrativos"**, correspondiendo al Presidente la distribución de los negocios ante ellos, lo que no quiere decir que haya algo que le impida **contratar** en ocasiones la prestación de algunos de esos servicios por el sistema de concesiones, procedimiento que no implica una desmembración ni un desdoblamiento ni una resignación de la personalidad jurídica del Estado como entidad soberana, en un ente autónomo y distinto, sino, por el contrario, una afirmación de esa soberanía, porque para ello sí existe una expresa autorización del Constituyente para el Presidente de la República, cuando dice en el artículo 115 de la Carta que "Corresponde al Presidente de la República **como suprema autoridad administrativa,** celebrar contratos administrativos para la prestación de servicios y ejecución de obras públicas, con arreglo a las leyes fiscales y con la obligación de dar cuenta al Congreso en sus sesiones ordinarias".

No es mi propósito, pues, negar la conveniencia que, en ciertos casos, puede tener una efectiva descentralización de los servicios públicos, me refiero solamente al aspecto de la cuestión frente a nuestras actuales normas constitucionales en el caso concreto que es materia del presente fallo.

Por eso no deseo terminar estas atentas observaciones, sin hacer constar que ellas pueden ser equivocadas y que me he permitido hacerlas al fallo que las motiva, sólo en fuerza de la vacilación que en mi ánimo ha suscitado la referente a la constitucionalidad del artículo 2º de la Ley 29 de 1931, que —dicho sea de paso— es una ley anterior a la Ley 105 de ese mismo año, que trata de la jurisdicción y competencia de la Corte, de los Tribunales y de los Jueces de Circuito, así como de la organización y funciones del Ministerio Público, cuestiones éstas que considero vinculadas también, más o menos directamente, al aspecto constitucional de la ley de que se trata". Después de lo que queda expuesto en las anteriores líneas, poco es lo que resta por expresar para establecer las razones que tiene el suscrito para apartarse del muy respetable concepto de la mayoría de la Sala, en el caso concreto que ahora se contempla, o sea, en presencia de la nulidad que, en sentir de la mayoría de la Sala existe en el presente juicio porque se ha seguido con los respectivos Agentes del Ministerio Público y no, con el Administrador del Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales.

Ya el suscrito se permitió apuntar en su salvamento de voto por qué entiende que la cuestión de la personalidad jurídica autónoma del Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, si es cuestión que está íntimamente vinculada, desde el punto de vista de lo constitucional, con la relativa a la personalidad sustantiva de dicho Consejo, tanto para los fines de la determinación y liquidación de la responsabilidad, en los casos de juicios promovidos con motivos de actos delictuales o cuasidelictuales ejecutados por las personas naturales encargadas de accionar ese servicio, —personalidad sustantiva— como por el aspecto de la personalidad puramente adjetiva de la persona

que deba comparecer en esta clase de juicio.

La H. Corte Plena (con excepción del salvamento de voto de su muy distinguido Vicepresidente, doctor José Antonio Montalvo, y del que hizo el suscrito), ha tenido a bien resolver que también es constitucional el artículo 2º de la Ley 29 de 1931. Por tanto, esa resolución debe merecer el acatamiento de todos; pero como en esa misma sentencia se dice que la personería del Consejo para llevar la representación judicial, "es materia de interpretación de la ley para fijar su alcance y adaptarla a la realidad de la práctica forense y corresponde a los jueces y funcionarios públicos por vía de doctrina y son la obligatoriedad restringida que determina el artículo 17 del C. C." el concepto del suscrito tiene que desenvolverse en el presente salvamento de voto, con base en las mismas ideas que se permitió expresar en aquel salvamento, y por eso tiene que ser adversa su opinión a la muy respetable de sus honorables colegas de la mayoría de la Sala de Negocios Generales, cuando éstos declaran que existe nulidad procesal en el presente juicio, porque se ha seguido con el Agente del Ministerio Público, y no, con el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales.

Entendiendo, como entiende el suscrito, que el Consejo no es más que un agente o mandatario del Estado para la administración "técnica y comercial" de una parte de sus bienes —los ferrocarriles nacionales— entiende, como consecuencia que no puede existir en un juicio causal de nulidad por ilegitimidad de la personería porque ese juicio, como el presente, se haya promovido contra la Nación y se haya seguido por muy largo tiempo por cierto, y sin reclamo alguno hasta el actual, con intervención del respectivo Agente del Ministerio Público, pues siendo los ferrocarriles que administra el Consejo parte integrante del patrimonio del Estado, parte de los intereses nacionales, de acuerdo con el artículo 139 de la Constitución, "corresponde a los funcionarios del Ministerio Público, defender los intereses de la Nación".

Y quizá no vale que se diga que como de acuerdo con el artículo 138 de la misma Carta el Ministerio Público será ejercido por los allí designados (el Procurador y los Fiscales de los Tribunales), "y por los demás funcionarios que designe la ley", el artículo 2º de la Ley 29 de 1931, al decir que el Consejo disfrutará de las prerrogativas de una persona jurídica autónoma representada por el Administrador General, ha investido a éste de las funciones de Ministerio Público, porque parece que éste no puede ejercerse sino por funcionarios, esto es, por personas naturales, como los Procuradores, los Fiscales y los Personeros Municipales, mas no por personas colectivas o entes morales, como el Consejo de los Ferrocarriles, que es quien virtual y jurídicamente actúa por medio de la persona física de su Administrador.

Parece que no debe confundirse, porque son cosas distintas, la personalidad jurídica del Consejo —que es quien la tendría en los respectivos juicios— con la gestión material de la persona natural que como dignatario u oficial suyo, actúa a nombre de él. Así se tendría que, si de "funcionarios" con atribuciones y facultades del Ministerio Público se tratara para acomodar el caso al artículo 138 de la Constitución, este funcionario, así investido de Agente del Ministerio Público, no sería la persona que desempeña el cargo de Administrador del Consejo, sino el Consejo mismo, lo que no parece aceptable ni dentro de ese mismo artículo ni dentro de las demás disposiciones que organizan y regulan la institución del Ministerio Público entre nosotros.

Más aún, de acuerdo con el mismo artículo 138 en cita "El Ministerio Público será ejercido, bajo la suprema dirección del Gobierno".

Considerando el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales como persona jurídica autónoma, como un establecimiento público, podría demandar a la misma Nación, como así lo reconoce la

doctrina sentada por la Sala de Negocios Generales, en el auto de fecha 13 de agosto de 1941.

Llegado ese caso ¿a cuál de las dos entidades en colisión obedecería el Administrador del Consejo con funciones de Ministerio Público: a la Nación, conforme al artículo 138 de la Constitución, o al Consejo, conforme al artículo 2º de la Ley 29 de 1931?

Porque este caso no sería igual al de que un Municipio o Departamento demandara a la Nación, dado que aquí no existe incompatibilidad, pues se trataría de un mismo patrimonio: el patrimonio nacional, y de una misma causa jurídica: el interés patrimonial del Estado, que no puede concebirse como distinto del de los bienes adscritos a la administración del Consejo.

Llegado a este punto de la cuestión, se presenta a la consideración otro de los argumentos que se hacen valer en favor de la tesis de que el Consejo debe comparecer en juicio, en forma privativa, en casos como el del presente juicio, so pena de nulidad; y es el que se refiere al caso de la representación del Estado, de los Departamentos y de los Municipios por personas distintas de los Agentes del Ministerio Público (artículo 173 del C. J.); pero no debe olvidarse que esta disposición, que se apoya en verdaderos motivos de excepción, "distancia, o incompatibilidad de funciones, importancia excepcional del negocio u otro análogo", corrobora, antes que desvirtúa, la regla de que está prohibido sustituír a los Agentes del Ministerio Público por quienes no lo sean, salvo en esos casos determinados y excepcionales.

Es llegado el momento de repetir también aquí, lo ya expuesto en cuanto a la competencia en los juicios en que tenga interés la Nación, y que la Ley 29 de 1931 es anterior al actual Código de Procedimiento Civil, que atribuye al Procurador y a los Fiscales de los Tribunales la representación judicial de la Nación, ante la Corte y ante los Tribunales, respectivamente (artículos 175 y 176).

Parece que no está demás añadir que en esos casos de intervención judicial del Ministerio Público, conforme a la Constitución y el C. de P. Civil, no tiene por qué considerarse quebrantado el régimen especial orgánico de la administración del patrimonio ferroviario nacional, pues la intervención del Ministerio Público en los juicios que se originen de actos culposos ejecutados por los agentes encargados de accionar el servicio de los ferrocarriles de propiedad del Estado, es cosa muy distinta de la intervención —que en este sentido sí sería irregular— del Ministerio Público en la administración **técnica o financiera** de tal patrimonio.

Por otra parte, lo que está comprometido en juicio de esa naturaleza no es **singularmente** ese patrimonio, porque éste no se ha constituído o creado con afectación **específica** para responder a terceros en esos casos. Quien responde o debe responder es el Estado; y habrá de responder ante esas acciones, no sólo con esa parte de sus bienes, sino con la totalidad de su patrimonio, como cualquiera persona de derecho privado.

Las razones que quedan expuestas, amplían para el presente caso, parte de las que tuvo el suscrito Magistrado para no compartir el respetable concepto de la H. Corte Plena, cuando declaró exequible el artículo 2º de la Ley 29 de 1931, pues entiende que razones de orden patrimonial, jurisdiccional y jerárquico, dentro de nuestro vigente régimen constitucional, se oponen a la interpretación y a la aplicación de la Ley 29 de 1931 en el sentido que se ha resuelto.

Pero aunque así no hubiera opinado, tampoco podría adherir, después de ese fallo, a la providencia que motiva el presente salvamento de voto, pues, cree el suscrito, con todo respeto por la opinión de sus honorables colegas, que, a lo más, se tendría que, aunque las funciones o atribuciones de los Agentes del Ministerio Público no fueran con respecto a las del Consejo Administrativo de los Ferrocarriles, preferenciales, sino colaterales, no se justificaría el caso de una declara-

ción de indebida o ilegal representación judicial de la Nación por los unos o por el otro, desde luego que éste y aquéllos estarían investidos de la personalidad suficiente para representar al Estado en esta clase de juicios, tanto activa como pasivamente. Máxime, si el juicio, como en el presente caso, se ha venido siguiendo con el respectivo Agente del Ministerio Público, sin que hasta entonces se hubiera alegado nulidad por no haberse citado al Consejo de los Ferrocarriles. (Véase el artículo 232 del C. J.).

La idea de que el Consejo sea un establecimiento público, o una persona con propia y autónoma individualidad jurídica distinta del Estado, parece que conduciría rectamente a la siguiente conclusión: que el presente juicio no solamente sería nulo por haberse seguido con un Agente del Ministerio Público a nombre de la Nación, sino por no haberse seguido ante uno de los jueces de Circuito y el Tribunal de Bogotá, sede o asiento del Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, procedimiento éste que no estaría autorizado por la legislación actual, sobre competencia y jurisdicción.

José M. Blanco Núñez—**M. Pineda Garrido**, Secretario.

SE DECLARA INFUNDADA LA OPOSICION A UNA PROPUESTA DE EXPLORACION Y EXPLOTACION DE PETROLEO

Lo primero en el estudio de una titulación es saber cuál es la cosa a que se refiere un título. Y sólo a condición de que tal cosa sea identificable, cabe ahondar acerca de la situación jurídica que el título creó en relación con su objeto.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales — Bogotá, marzo veinte (20) de mil novecientos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Arturo Tapias Pilonieta).

El doctor Carlos A. Torres Pinzón, en su propio nombre, presentó ante el respectivo ministerio del despacho ejecutivo una propuesta para celebrar un contrato de exploración y explotación de petróleos de propiedad nacional en un lote de terreno que mide 12.609 hectáreas, y que está situado en jurisdicción del Municipio de Puerto Wilches, Departamento de Santander, terreno que el proponente considera baldío, aunque dentro de él se encuentran algunos colonos establecidos con cultivos pero sin títulos de adjudicación, y algunos particulares alegan títulos de propiedad anteriores a 1.873. Los linderos del lote están bien especificados en la propuesta, de acuerdo con los planos levantados al efecto. Según la demarcación, el terreno está delimitado en el costado Sur, por el río Sogamoso, desde el caserío de Pedral, hasta su desembocadura en el río Magdalena; se continúa por la orilla oriental del río Magdalena, aguas abajo, hasta un punto que está situado del mojón C, colocado en la desembocadura de los dos ríos, a 15.120 metros en línea recta; de este punto se sigue con rumbo sur y una longitud de 7.650 metros a dar al mojón E, localizado en los planos; de aquí al mojón A, colocado en la confluencia de la quebrada "Escudilla" y la quebrada "Vaivén"; y de este punto en línea recta, con las direcciones señaladas por el proponente, hasta el mojón puesto en el caserío del Pedral.

El ministerio, en cumplimiento de la ley dio los avisos públicos requeridos para el efecto de oír las oposiciones. En tiempo hábil se presentó ante el ministerio la "Empresa Agrícola de Santander", y por medio de apoderado se opuso a la celebración del contrato por referirse éste a terrenos que no son baldíos y que hacen parte del globo de mayor extensión conocido con el nombre de "La Polonia" y "Puerto Wilches", ubicado en el Municipio de Puerto Wilches, delimitado así:

"Por el oriente, la quebrada del 'Vaivén', desde sus cabeceras, en la parte en que se encuentra una trocha que conduce a 'El Pedral', hasta su desembocadura en la ciénaga de Yarirí; por el norte, la misma ciénaga de Yarirí, hasta el rincón de ésta, en donde desemboca el caño de Puente Grande, y de allí, siguiendo un caño seco en verano, hasta donde el caño atraviesa una cerca de alambre en el Puente Chiquito (este lindero del norte tiene la pequeña variación de que da cuenta la escritura número 20, de 21 de agosto de 1918, otorgada ante el Secretario del Concejo de Puerto Wilches, con funciones de Notario); por el occidente, la misma cerca de alambre que circula por detrás del caserío de Puerto Wilches, línea férrea por medio, y por el sur, con terrenos de la Compañía del Gran Ferrocarril Central de Colombia, sirviendo de lindero el caño de Pajaral, hasta llegar al Playón de Pa-

jaral o Ciénaga de Montecristo, y de ahí, línea recta, a buscar el primer lindero en las cabeceras de la quebrada de 'Vaivén Grande', lindando en esta parte con terrenos que fueron del señor Demetrio A. Cruz".

De los terrenos descritos se dice dueña la Empresa Agrícola de Santander, cuyo actual gerente es el señor José Lucas Dugand, la cual los adquirió por títulos que le dan derecho al suelo y al subsuelo, con petróleo y demás hidrocarburos que en tales terrenos se encuentran o existan, títulos que tienen un encadenamiento sin interrupción que se remonta a época anterior al año de 1873 y que establece con toda plenitud el dominio particular.

Para respaldar su derecho la Compañía opositora, exhibe un legajo de títulos, algunos de los cuales pertenecen a la época colonial.

El ministerio, en resolución del 27 de octubre de 1939, admitió la oposición, y en consecuencia, dispuso pasar el expediente a esta Sala de Negocios Generales de la Corte, para que aquí se decida por los trámites establecidos si la oposición es o no fundada.

Surtida la tramitación de rigor en la Corte, está el negocio para dictar el fallo de fondo, a cuyo pronunciamiento se procede.

CAPITULO I

Los títulos de la Compañía opositora

Según la parte opositora los terrenos de "La Polonia" y "Puerto Wilches", comprendidos en el goblo o lote de la propuesta de contrato de exploración y explotación de petróleos hecha por el doctor Carlos A. Torres Pinzón, salieron legalmente del patrimonio del Estado, desde mucho antes del año de 1821, pues su origen como propiedad privada, de que hay constancia, se remonta al siglo XVIII, conforme a los siguientes títulos que acreditan, de manera plena, el carácter de propiedad particular con anterioridad al 28 de octubre de 1873, según lo establece el artículo 10 de la Ley 160 de 1936:

"a) Venta hecha por el señor Juan Rodríguez de Silva a favor del señor Domingo Gutiérrez Lasso, con fecha 17 de mayo de 1720, ante el Alcalde Ordinario de San Juan de Girón, y composición de varias estancias de tierra hecha a favor del mismo señor Domingo Gutiérrez Lasso, por el Gobernador de Justicia Mayor, Capitán General de la Provincia y Juez de Composición de Tierras, con fecha 12 de octubre de 1725, títulos que fueron protocolizados en la escritura número 175 de fecha 5 de junio de 1874, otorgada en la Notaría del Circuito de Girón.

"b) Testamento del señor Domingo Gutiérrez Lasso, otorgado el 8 de septiembre de 1735, diligencias de inventarios, avalúos y partición de los bienes del propio señor Gutiérrez Lasso, los cuales comprenden el título de tierras en el hueco de los tres ríos Lebrija (Cañaverales), Sogamoso y Yariguíes, o sea el mismo título otorgado por el Juez de Composición de Tierras a favor del testador y cuyas tierras fueron adjudicadas a sus herederos, entre éstos al señor Francisco Gutiérrez Salgar, documentos protocolizados bajo la escritura número 1948 de fecha 7 de noviembre de 1924, otorgada en la Notaría tercera del Circuito de Bogotá.

"c) Venta hecha por el señor Francisco Gutiérrez Salgar a favor del doctor Carlos J. Delgado, conforme a la escritura número 194, de fecha 27 de junio de 1874 otorgada en la Notaría de Girón.

"d) Venta hecha por el doctor Carlos J. Delgado a favor del señor Demetric Antonio Cruz, conforme a la escritura número 209 de fecha 9 de septiembre de 1881, otorgada en la Notaría de Girón.

"e) Venta hecha por el señor Demetrio A. Cruz a favor del señor Adonías Vesga, conforme a la escritura número 220, de fecha 22 de septiembre de 1881, otorgada ante el Notario del Circuito de Girón.

"f) Venta hecha por el señor Adonías Vesga a favor del doctor Carlos J. Delgado, conforme a la escritura número 49, de 21 de enero de 1893, otorgada ante el Notario 1º del Circuito de Bucaramanga.

"g) Venta hecha por los señores Car-

los J. Delgado y Demetrio A. Cruz a favor del señor Eugenio Castillo, conforme a la escritura número 52, de fecha 21 de enero de 1893, otorgada ante el Notario 1º del Circuito de Bucaramanga.

"h) Traspaso hecho por el señor Eugenio Castillo a la sociedad denominada Eugenio Castillo & Cía., conforme a la escritura número 62 de fecha 25 de enero de 1893, Notaría primera de Bucaramanga.

"i) Traspaso hecho por Eugenio Castillo, como socio de Eugenio Castillo & Cía., a favor de la sociedad Rugeles Hermanos, conforme a la escritura número 76 de 25 de enero de 1894, otorgada ante el Notario primero del Circuito de Bucaramanga.

"j) Venta hecha por los señores Bartolomé y Eloy Rugeles, a favor de la sociedad Breuer,, Moller & Cía., conforme a la escritura número 1315 de fecha 16 de noviembre de 1904, Notaría primera de Bucaramanga.

"k) Venta hecha por la sociedad Breuer, Moller & Cía., a favor de los señores Eloy y Bartolomé Rugeles, conforme a la escritura número 449 de fecha 30 de abril de 1907, Notaría primera de Bucaramanga.

"l Venta hecha por los señores Bartolomé y Eloy Rugeles al señor Eugenio Castillo, conforme a la escritura número 666, de 17 de mayo de 1908, otorgada ante el Notario 1º del Circuito de Bucaramanga.

"m) Traspaso hecho por los señores Bartolomé y Eloy Rugeles, a favor de la sociedad Rugeles Hermanos, conforme a la escritura número 1159 de fecha 1º de agosto de 1913, Notaría primera del Circuito de Bucaramanga.

"n) Venta hecha por los señores Adolia Nieto de Castillo y Abigaíl Castillo, como sucesores de Eugenio Castillo, a favor de la sociedad Rugeles Hermanos, conforme a la escritura número 735 de 25 de abril de 1914, otorgada ante el Notario 1º del Circuito de Bucaramanga.

"ñ) Venta hecha por la sociedad Rugeles Hermanos, a favor del señor José Rosario Díaz, conforme a la escritura número 436 de fecha 3 de mayo de 1917, otorgada ante el Notario 1º del Circuito de Bucaramanga.

"o) Venta hecha por el señor José Rosario Díaz a favor del Banco Dugand, conforme a la escritura número 559 de 26 de septiembre de 1919, otorgada ante el Notario 2º del Circuito de Bucaramanga.

"p) Ratificación de la venta de los terrenos de 'La Polonia' y 'Puerto Wilches', hecha por el señor José Rosario Díaz, a favor del Banco Dugand, conforme a la escritura número 385 de 26 de septiembre de 1921, otorgada ante el Notario 2º del Circuito de Bucaramanga.

"q) Venta hecha por el Banco Dugand, a favor de la sociedad denominada 'Empresa Agrícola de Santander', conforme a la escritura número 1902, de fecha 15 de octubre de 1919, otorgada ante el Notario 2º del Circuito de Barranquilla.

"r) Nueva venta hecha por el Banco Dugand, a favor de la sociedad denominada 'Empresa Agrícola de Santander', conforme a la escritura número 2150, de fecha 1º de diciembre de 1926, otorgada ante el Notario 1º del Circuito de Barranquilla".

CAPITULO II

Examen de la titulación presentada

El señor Procurador Delegado en lo Civil, descorriendo el traslado que en la Corte se le dio del negocio, opónese a que se reconozcan las pretensiones de la Compañía, fundándose en la absoluta ineficacia de los títulos anteriores al año de 1873, en orden a acreditar dominio particular, siquiera sea sobre el suelo, dada la vaguedad e imprecisión de los terrenos a que esos títulos se refieren.

Dice el señor Procurador que si se examina el contenido de la titulación antigua, particularmente de la protocolización mediante el instrumento número 175, de 5 de junio de 1874, otorgada en la Notaría de Girón, "se verá al punto que los inmuebles de que allí se habla, muy especialmente los que se dicen cedidos a particulares en nombre de la Corona Española, no sólo se hallan absolutamente in-

determinados como cuerpos ciertos, sino que son insusceptibles de posterior determinación..... En presencia de aquella indeterminación absoluta de los inmuebles a que se refieren los títulos anteriores al 28 de octubre de 1873 insertos en la copia ya relacionada, es física y jurídicamente imposible establecer procesalmente el hecho de que el inmueble materia de la oposición está formado por aquellas composiciones o antiguas enajenaciones, o hace parte de ellas. Lo que también es de simple lógica natural: si no se conoce una cosa no puede saberse si es igual a otro, o si ésta se halla comprendida en aquélla".

De encontrarse fundado el reparo del señor Procurador, no se necesitaría avanzar más para negar la oposición. Porque lo primero es saber cuál es la cosa a que se refiere un título. Y sólo a condición de que tal cosa sea identificable, cabe ahondar acerca de la situación jurídica que el título creó en relación con su objeto.

Y para la Sala el reparo del señor Procurador es evidente. Ni examinados los títulos antiguos con el más benévolo de los criterios, dado su remoto origen, aportan luz alguna para deducir que ellos puedan recaer total o parcialmente sobre los terrenos materia de la propuesta de contrato del doctor Torres Pinzón.

Los documentos anteriores al año de 1873, con que la Compañía opositora pretende acreditar derecho de dominio privado sobre el petróleo materia de la oposición, hállanse protocolizados, el primer grupo en la escritura número 175 de 5 de junio de 1874, otorgada ante el Notario suplente del Circuito de Girón; y el segundo grupo en la escritura número 1984 de 7 de noviembre de 1924, otorgada en la Notaría tercera del Circuito de Bogotá.

El título más antiguo es una MERCED concedida en el año de 1645 a Lázaro de Quiñones Rincón.

El capitán Francisco Mantilla de los Ríos, Gobernador de la ciudad de San Juan de Girón, le concedió en merced al susodicho Quiñones un pedazo de tierra que éste pedía "que está en la quebrada de los "Pujamanes" y de la "Cutigata", dando vista a los "Cañaverales", correspondiente a dos **estancias de ingenio** "desde el pie de la loma que da vista a la quebrada de los "Pujamanes" y al valle de "Cutigata" desde una quebrada de poca agua que está al pie de la loma antes de llegar a un rancho que hicieron los soldados en las cabeceras de **Río Sucio**... corriendo el **Río Sucio** abajo de una banda y otra del dicho río hasta llegar a una vuelta que hace el dicho **Río Sucio** para correr derecho a los panes de azúcar que desde la vuelta que hace el dicho río se ha de cortar. El valle abajo a dar vista a la quebrada que llaman de "Cutigata" que entra en el **Río del Oro**...".

En el mes de junio de 1670, Lázaro Quiñones Rincón vendió a Gaspar Rodríguez de Silva las dos estancias anteriores que adquirió por merced. Por este título el primero enajenó al segundo "una estancia de ingenio en el sitio que llaman de "El Monte" desde una quebrada que está en el dicho monte, que es su primer lindero, toda la quebrada arriba hasta dar a la loma de los Cacaos, la cual dicha estancia es a mano derecha de la quebrada de los "Pujamanes". Y así mismo le vendió otra estancia de ingenio "a donde están y tengo sembrados unos árboles de cacao y su primer lindero ha de ser desde una quebrada grande que lleva siempre agua y entra en las cabeceras del **Río Sucio**, éste abajo hacia la parte de "Cutigata". El vendedor agrega que "las cuales estancias mías las hube por merced que se me hizo de ellas por el gobernador Francisco Mantilla de los Ríos".

En el mes de febrero del año de 1718 la viuda y los herederos de Gaspar Rodríguez de Silva le vendieron a Domingo Rodríguez Lazo una estancia de ingenio incluída dentro de lo comprado por aquél

a Lázaro Quiñones del Rincón. Por este título Juliana de Vergara, viuda y albacea del capitán Gaspar Rodríguez de Silva, y sus hijos Juan, Lorenzo y Francisco le otorgaron escritura a Domingo Gutiérrez Lazo traspasándole una estancia de ingenio "que es en el sitio de el CACAUAL, que hoy llaman de SAN JOSE, la cual está incluída en un título de dos estancias de ingenio que hubo y compró dicho difunto (Gaspar Rodríguez de Silva) del capitan Quiñones Rincon... linderos que son los siguientes: su primer lindero desde donde fueron los cacaos frontero de la quebradita de poca agua que desciende de una loma hacia la QUEBRADA BLANCA, quebrada abajo hasta donde alcanzare la frente a dicha quebrada y los largos hacia CUTIGATA".

Y en el año de 1724, Pedro Lorenzo, Francisco, Diego e Ignacio Rodriguez de Silva, herederos de Gaspar Rodriguez Silva y de su esposa Juliana Vergara la vendieron a Domingo Gutierrez Lazo "una estancia de ingenio en el sitio de SAN JOSE, montañas del CASIQUE, de esta jurisdicción, en la orilla de la QUEBRADA GRANDE, cabecera del RIO SUCIO" y "otra estancia de ingenio en sobras del capitán Lázaro de Quiñones por la parte de abajo" estancias que expresaron haber heredado de los dichos sus padres.

En el año de 1720 don Andres Felipe Mantilla de los Ríos le concedió en **merced** a Juan Rodriguez Silva, hijo de Gaspar Rodriguez Silva, vecino de Girón **tres estancias de ingenio**, en la misma jurisdicción, "la una en el sitio que llaman del PASO, en **sobras** de otra que fue proveída a Lazaro de Quiñones, perteneciente al dicho mi padre sobre que está impuesto el principal de la Capellanía de Joseph de Hortas Moralls, y la otra de este lado de la cuchilla a mano izquierda del camino que hacemos a esta vecindad, la frente y los largos para CAÑAVERALES".

Y en el año de 1721 Juan Rodriguez de Silva le vendió a Domingo Gutierrez Lazo el anterior terreno. "Una estancia de ganado mayor en el sitio de EL PASO en los montes del CASIQUE, **la cual hubo el otorgante por merced que le hizo el señor Gobernador don Andres José Mantilla de los Ríos**... y sus linderos se entienden por la parte de abajo con tierras del capitan Gaspar Rodriguez de Silva, ya difunto, camino arriba que hacemos de SAN JOSE para esta ciudad, la frente de dicho camino y largos para CAÑAVERALES".

En el año de 1725 Domingo Gutierrez Lazo pidió y obtuvo de Bernardo de Navas, Gobernador y Justicia Mayor y Juez de las Composiciones de Tierras del distrito de San Juan de Girón, la **composición** de sus tierras provenientes de "un titulo de **dos estancias de ingenio**, el cual por escritura pública que adjunto manifiesto me pertenece por merced de ella fecha a Lazaro de Quiñones. Item manifiesto otro título de **tres estancias de ingenio**, la merced fecha a Gaspar Rodriguez de Silva, en el cual por escritura pública me pertenece una estancia de ingenio, lindando con la supradicha de arriba. Item manifiesto otra estancia de ganado mayor con el tanto del titulo hecho por **merced** a Juan Rodriguez de Silva. Que todos los instrumentos y tierras son **cinco estancias** pertenecientes a mi derecho, sitas en las montañas del CASIQUE y juro por Dios N. S. no tener en dichas montañas mas tierras".

Todos los títulos anteriores mencionan pues como puntos de referencia, para indicar donde estaban situadas las tierras por ellos comprendidas las quebradas de PUJAMANES, CUTIGATA, que entra en el RIO DEL ORO, el Rio SUCIO, la quebrada BLANCA, y los sitios de EL PASO, SAN JOSE, CAÑAVERALES y las montañas del CASIQUE.

Por un mapa oficial de la extensa región comprendida entre los ríos Sogamoso, Lebrija y el Magdalena, y tomado del mapa tambien oficial del departamento de Santander, levantado por la oficina de longitudes, se sabe que la quebrada de Pujamanes, como el río Sucio son tributarios del río Sogamoso, pero a una distancia enorme de la desembocadura de éste en el río Magdalena; y que Cutigata es una quebrada que vierte sus aguas en el río

Lebrija, tambien a una distancia inmensa de la desembocadura de éste río en el mismo Magdalena.

No se sabe donde quedan las montañas del Casique y los demás puntos a que se refieren los títulos relacionados. Hay datos de que Cañaverales se llamaba tambien el río Lebrija en la época colonial.

Parece cierto que en la composición de tierras que se otorgó a Domingo Gutierrez Lazo, quedaron comprendidas todas o parte de las que por merced fueron adjudicadas a Lázaro Quiñones del Rincón en 1645, quien las traspasó luego a Gaspar Rodriguez de Silva, y los herederos de éste a Gutierrez Lazo; y las que adquirió tambien por merced en 1720 Juan Rodriguez Silva.

Y fijando la atención en el referido mapa oficial, las tierras materia de la composición a Domingo Gutierrez Lazo, tenían que estar entre las cabeceras del río Sucio, las quebradas de Pujamanes y Cutigata.

Empero con una ubicación sumamente vaga e imprecisa, porque esos ríos están muy lejanos unos de otros, corren en direcciones opuestas, como quiera que el Río Sucio y la quebrada de Pujamanes pertenecen al sistema hidrográfico del río Sogamoso, en tanto que la quebrada de Cutigata, desciende al valle del río Lebrija, es decir dos hoyas hidrográficas distintas, y que por lo tanto comprenden una dilatada región, que está más cerca de los centros poblados de Bucaramanga, Girón y la ciudad de Lebrija, que de las todavía más remotas tierras adyacentes a Puerto Wilches y riberanas del río Magdalena.

Por la manera como se alinderaron las estancias otorgadas en merced a Lazaro Quiñones del Rincón en el año de 1645, parece que se hallaran ubicadas en las cabeceras del Río Sucio, sobre la cordillera constitutiva del divortium aquarum del Sogamoso y del Lebrija, pues no otra cosa querrían decir las expresiones "desde el pie de la loma que da vista a la quebrada de los Pujamanes y al valle de Cutigata"; "a un rancho que hicieron los soldados en las cabeceras del Rio Sucio... corriendo el Rio Sucio abajo de una banda y otra del dicho río hasta llegar a una vuelta que hace el dicho río"; "el valle abajo a dar vista a la quebrada que llaman de Cutigata que entra en el Río del Oro".

La merced otorgada a Juan Rodriguez de Silva en 1720 lo fue en sobras de una de las estancias que antes se habían dado a Lazaro Quiñones, y tiene esta referencia: "de este lado de la cuchilla a mano izquierda del camino que hacemos a esta vecindad (la población de Girón), la frente y los largos para Cañaverales". No se sabe qué se quería significar con esta última expresión; pero si era que debía mirarse de frente el Cañaverales; y el Cañaverales era el mismo río Lebrija, las tierras de esta merced estarían, como las que fueron de Lazaro Quiñones a distancia remotísima de la zona riberana del Magdalena, en que están situadas las tierras materia de la propuesta de contrato de exploración y explotación de petróleos.

La composición otorgada en 1725 a Domingo Gutierrez Lazo comprendió las tierras a que se referían los títulos anteriores. Este titulo agrega que las estancias objeto de él estaban ubicadas todas en las montañas del Casique. Se ignora donde quedan o quedaban estas montañas. Quiza podían ser las que marcan el divortium aquarum de los sistemas hidrográficos del Sogámoso y el Lebrija, desde que alguno de los títulos materia de la composición habla de las cabeceras del río Sucio.

La indeterminación de los títulos examinados es pues completa. Y si se acude al sistema de hacer hipótesis más o menos fundadas sobre los pocos datos que esos titulos arrojan, se tiene, como está visto, que ellas conducen a situar los terrenos de Gutierrez Lazo en una región completamente distinta de la que señala la compañía opositora.

En el año de 1.735 hizo su testamen-

to en la ciudad de Girón, Domingo Gutierrez Lazo. Ese testamento figura en la escritura de protocolización Nº 1.984, de 7 de noviembre de 1.924, contentiva del segundo grupo de títulos anteriores a 1.873. Allí están el dicho testamento, el inventario de los bienes del causante y la adjudicación de ellos a los herederos. Existe además una escritura de venta otorgada por Pedro de Balduz a Lauren Gómez en el mes de agosto del año de 1.700.

En el testamento Domingo Gutierrez Lazo relacionó las tierras de que era dueño, entre las cuales estaban: "Ytem declaro por bienes míos **tres estancias de ingenio** en la quebrada de Cutigata, sus linderos las vertientes de las quebradas, en lo más llano donde se empieza a caminar; de un lado y otro. Ytem declaro por bienes mios **un título de tierras en el hueco** de los tres ríos de Lebrija, y río de Sogamoso, y de Yariguies hecho de merced por el señor Juez de Tierras, que por ser dilatadas, y dispersas **no se puede saber en número de estancias".**

El testador habla en primer lugar de las tierras que poseía en la quebrada de Cutigata. Ya se sabe que los títulos de la composición decretada en 1.725 mencionan esta quebrada como punto de referencia y donde podrían estar, en consecuencia, parte de las estancias a que esa titulación se refiere.

Pero se menciona tambien, como algo distinto de lo anterior, "un título de tierras en el **hueco** de los tres ríos" Sogamoso, Lebrija y Yariguies, hecho por el señor juez de tierras.

¿Ese título será el de la composición a que ya se hizo alusión? No parece, dada la mención especial que el testador había hecho de las tierras de Cutigata. Sin embargo como de estas tierras no menciona más que tres estancias, y las de la composición eran cinco, bien pudo suceder que el testador las dividiera como cosas distintas. Pero en esta hipótesis —y se continúa razonando a base de hipótesis ya que no hay otras bases— nada se habría adelantado en orden a mejorar la prueba por el hecho de que las tierras se localicen en el **hueco** de los tres ríos mencionados. La expresión **hueco** es tan amplia que comprende toda la inmensa región que se extiende entre los tres ríos, que son los puntos de referencia concretos. Hay que buscar otros datos para localizar dentro del llamado **hueco** las tierras de que habló el testador Gutierrez Lazo. Y el único dato ilustrativo que se ofrece es el de los títulos materia de la composición decretada por el juez de tierras en 1.725. Pues bien, ya se expresó en donde podían quedar ubicadas las tierras de la **composición**; y ciertamente la quebrada de Cutigata, el río Pujamanes y el Río Sucio quedan dentro del **hueco** de los tres ríos Sogamoso, Lebrija, y el Yariguies que desemboca en el Río Sogamoso, pues con el mismo nombre de Yariguies se encuentra otro río que desagua en la ciénaga de Yariguies, situada en la región del río Magdalena, el que a su vez recibe los desagues de aquélla.

Y a propósito de los dos ríos con el mismo nombre, a cuál de ellos pudo referirse el testamento? No cabe duda que al que tuviera la condición de formar **hueco** con el Sogamoso y el Lebrija, y este solo podría ser el que rinde sus aguas al Sogamoso.

El testador agregó que se trataba de estancias **dilatadas** y **dispersas** por lo cual no podía determinarse su número. Si en aquella época ni el mismo dueño conocía la extensión de sus tierras, ni sabía donde quedaban dentro de una gran extensión de tierras baldías, cubiertas por selvas impenetrables, ¿qué iban a estar, más de un siglo después, sus causahabientes en capacidad de determinarlas según la realidad de lo que tales tierras habían sido?

Dícese que el testamento guarda relación con la venta hecha por Pedro de Balduz a su yerno Laurean Gómez, en 1700, por lo tanto, treinta y cinco años antes de la muerte de Gutiérrez Lazo. Efectivamente Balduz vendió "sus tierras tituladas por la Real Junta de Su Magestad el Rey de España, de los **huecos** y **sobras** en-

tre los ríos Cañaverales y el Sogamoso y del Yariguies, las que son tres pedazos uno a lindar con mis tierras del Champan por el paxaral, el otro de los yariguies del Sogamoso (subraya la Sala), que tiene derechos de entradas y salidas al río por tierras de Notengo y Payoas, que ha de lindar con tierras del Río Sucio, y para el lado Pature a de dar al camino que pasa por los panes de azucar para esta ciudad, y el otro que es Carata, el cual resultó incierto, ha de lindar con tierras de Cañaverales, que son tituladas del Colegio de la Compañía de Jesús de la ciudad de Pamplona, a dar a la Chicuita del mismo colegio".

La oposición sostiene que en el año de 1735 las tierras adquiridas por Laureán Gómez aparecen como de propiedad de Domingo Gutiérez Lazo, según puede verse del testamento y del juicio de sucesión de este señor.

En realidad el testamento como acaba de verse hace alusión al título de las tierras ubicadas dentro del hueco de los tres ríos ya conocidos; de manera que puede aceptarse, en gracia de discusión, aun cuando no se sabe cómo vinieron las tierras a poder del testador, que se trate de las mismas. Con todo eso nada se adelanta en el camino de la determinación de los terrenos.

Lo vendido por Balduz fueron tres porciones distintas dentro de los huecos y sobras de los tres ríos. Una porción debía limitar con "mis tierras (del vendedor Balduz) del Campan por el paraxal". Nadie sabe cuáles son los terrenos a que corresponden estas dos denominaciones. Otra porción estaba en los Yariguies del Sogamoso "que tiene derechos de entradas y salidas por tierras de Notengo y Payoas, que ha de lindar con tierras del Río Sucio". Esta porción se concretaba un poco más, pues se colocó entre los ríos Sogamoso y Yariguies, lindando con tierras del Río Sucio. Empero esta determinación va contra la localización que el opositor le asigna a los terrenos de La Polonia y Puerto Wilches, pues si se atiene al título de la venta a Laurean Gómez en conexión con el testamento de Domingo Gutiérrez Lazo, sus derechos no van más allá del Yariguies, tributario del Sogamoso, que desemboca en éste después del Río Sucio, pero todavía a una gran distancia de lo que hoy día se señala como el área correspondiente a lo que fue de Balduz, Gutiérrez Lazo y actualmente de la compañía opositora, según el plano que se ha presentado de los terrenos de La Polonia y Puerto Wilches, que limitan por todo el lindero occidental, de gran extensión, con el río Magdalena, el cual nunca se mencionó en ninguno de los títulos antiguos, pero ni siquiera en la escritura que el 27 de junio de 1874 le otorgó Francisco Gutiérrez Salgar a Carlos J. Delgado, y que inicia la cadena de títulos en el siglo pasado, más de una centuria después de la muerte de Domingo Gutiérrez Lazo.

Por último, el tercer lote vendido por Balduz lo denomina Carata, "el cual resultó incierto, ha de lindar con tierras de Cañaverales, que son tituladas del Colegio de la Compañía de Jesús de la ciudad de Pamplona a dar a Chicuita del mismo Colegio". Además de que esta porción resulta incierta, al decir del mismo vendedor, se ignora cuáles eran las tierras tituladas a la Compañía de Jesús, lo mismo que lo que se qeuría designar con la denominación de la Chicuita y los panes de azúcar.

El título otorgado por Balduz adolece, de consiguiente, de una vaguedad completa en cuanto a las tres porciones de tierra de que allí se habla. Ya se vio que el testamento de Gutiérrez Lazo no es más claro; y en los inventarios de esta mortuoria tampoco hay nada que suministre mejores luces.

Ciento treinta y nueve años después del testamento de Domingo Gutierrez Lazo y de su muerte, el señor Francisco Gutiérrez Salgar, por medio de la escritura pública número 194 del 27 de junio de 1874, otorgada en la notaría del distrito de Girón dio en venta al doctor Carlos J. Del-

gado "cuatro estancias de tierra comprendidas en medio de los tres ríos Lebrija, Sogamoso y Yariguies, una ubicada en el punto denominado "Corata" y otra comprendida desde la "boca del tigre" a Payandé, situadas todas en Cañaverales, en jurisdicción de este circuito y del de Bucaramanga, y lindantes las cuatro primeras por todos cuatro puntos cardinales, **con tierras baldías**; la que está ubicada en Corata, **sin otro lindero fijo** que por una parte con terrenos de los herederos de Alonso Rodríguez Cornejo, y la que se encuentra entre la boca del Tigre y Payandé linda con estos mismos puntos. Cuyas estancias de tierra dice el otorgante las hubo por herencia paterna". (Lo subrayado es de la Corte).

Supóngase que sean estas tierras las mismas de que habla en su testamento Domingo Gutiérrez Lazo, que por herencia paterna llegaron a poder de Gutiérrez Salgar, directo descendiente de aquél. Continuaría la indeterminación imperando. Sin embargo, se obtienen dos datos que desvirtúan las pretensiones de la empresa opositora: 1º que todas las estancias vendidas estaban en Cañaverales; y 2º que lindaban todas con baldíos, salvo una parte de la ubicada en Corata, con terrenos particulares.

Si Cañaverales era el trayecto del río Lebrija, más próximo a las poblaciones de Girón y Bucaramanga, se confirma que las tierras no pasaban del Yariguies, del hueco, por grande que fuera su extensión. Por eso decía el vendedor que se trataba de estancias comprendidas entre los tres ríos Lebrija, Sogamoso y Yariguies.

Si las tierras daban hasta el Magdalena, conforme a la ubicación que les atribuye la compañía opositora, en lugar de decir don Francisco Gutiérrez que lindaban por todos sus costados con tierras baldías, era lo natural que hubiera mencionado el citado río, el que tampoco está mencionado en ninguno de los títulos precedentes.

Por último, como eran tierras que estaban más próximas a Girón y a Bucaramanga, que al río Magdalena, por eso don Francisco mencionó estos distritos, más bien que decir que las tierras estaban situadas en la región de aquel río.

Sigue luégo la escritura número 209 del 9 de septiembre de 1880, otorgada también en Girón, por medio de la cual el doctor Carlos J. Delgado vendió a Demetrio Antonio Cruz lo siguiente: "cuatro estancias de tierra comprendidas en medio de los tres ríos Lebrija, Sogamoso y Yariguies, ubicadas en jurisdicción del distrito de Lebrija, que lindan: por un costado, desde la boca del Yariguies, aguas arriba del río Magdalena hasta el punto de Perico en el mismo Magdalena, lindando con tierras del comprador; por el otro costado, una línea recta partiendo de la Ciénaga de Corredor a encontrar la quebrada del Salado, lindando con tierras del mismo comprador; por otro costado, el caño de Yariguies arriba a encontrar el nacimiento del mismo caño; y por el otro costado una línea del nacimiento del caño Yariguies a encontrar la quebrada del Salado que desagua en el caño de Pajatral".

El vendedor declaró que las cuatro estancias eran las mismas que en el año de 1874 había adquirido de Francisco Gutiérrez Salgar, según la escritura arriba citada.

Nótese sin embargo que las cuatro estancias se sitúan ahora colindando en una gran extensión con el río Magdalena, que nunca antes mencionaron los títulos. Y como Yariguies se toma el río del mismo nombre que vierte sus aguas en la ciénega de Yariguies, según los mapas oficiales, la cual a su vez derrama en el Magdalena.

Con estos linderos el Río Sucio, tributario del Sogamoso, que siempre fue nombrado en los títulos, la quebrada de Cutigata y el Pujamanes, se quedan fuera de la nueva área señalada; y en cambio surgen sin saber por qué nuevos puntos de referencia, anteriormente desconocidos, como la boca del Yariguies y el punto de

Perico sobre el río Magdalena, la Ciénega de Corredor y la quebrada del Salado.

En consecuencia, la indeterminación de los títulos antiguos presentados, anteriores al año de 1874, en relación con las hoy llamadas tierras de Puerto Wilches y La Polonia, es completa. Esos títulos no dan, como está demostrado, la más leve base para obtener su localización sobre el terreno con alguna probabilidad de acierto. La ubicación precisa que pretende hacerse de los terrenos comprendidos por los mencionados títulos, es caprichosa; pues la distancia que media entre los ríos Sogamoso y Lebrija, corresponde a una región indefinida, compuesta de extensas y hasta hace poco deshabitadas selvas, ríos, quebradas, valles, cordilleras, etc.

Se pretende justificar la identificación de las tierras que fueron de don Domingo Gutiérrez Lazo, con una inspección ocular practicada extrajudicialmente por el juez municipal de Puerto Wilches en el año de 1929. Efectivamente en aquella diligencia, llevada a cabo por solicitud de la Empresa Agrícola de Santander, consta que los peritos dijeron que después de recorrer el terreno conceptuaban que los actuales terrenos de La Polonia y Puerto Wilches son los mismos que Francisco Gutiérrez Salgar le vendió al señor Carlos J. Delgado.

Pero esta diligencia no vale nada. Fue practicada sin citar a la nación. Además los peritos afirman el hecho sin dar razones, diciendo sólo que hace más de treinta años que conocen la región. Lo cual no basta porque para llegar a la conclusión de los peritos, habría que recorrer la región entre el Sogamoso y el Lebrija; identificar con pruebas suficientes todos los sitios principales a que los títulos antiguos se refieren; determinar la extensión aproximada comprendida por dichos títulos; y luego sí tratar de obtener la verdadera ubicación de las mercedes que fueron de don Domingo Gutiérrez Lazo, a efecto de establecer cómo coinciden ellas con las actuales tierras de La Polonia y Puerto Wilches.

La pretendida prescripción adquisitiva de los terrenos alegada por el apoderado de la Compañía opositora, en el caso de que legalmente fuera admisible, no tiene ningún respaldo probatorio. Fuera de que para estudiar la defensa hay que partir de la base de la determinación de los títulos. Sin lo cual se ignora sobre qué tierras pudo haberse operado la prescripción con anterioridad al año de 1873.

Conclusión:

Lo expuesto es suficiente para negar la oposición. Siendo los títulos antiguos tan vagos e inciertos, es inútil avanzar más estudio, porque ineludiblemente deberá concluírse en que no se demostró que el inmueble materia de la oposición hubiera salido legalmente del patrimonio del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873 para reconocer la propiedad privada del petróleo contenido en el subsuelo de dicho inmueble.

CAPITULO III

Fallo:

A mérito de lo expuesto, la sala de negocios generales de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la república de Colombia y por autoridad de la ley, en uso de la atribución que le confiere el artículo 5º de la ley 160 de 1936,

RESUELVE:

No es fundada la oposición que la Empresa Agrícola de Santander hace ante el gobierno a la propuesta de contrato para la exploración y explotación de petróleo de propiedad nacional formulada por el doctor Carlos A. Torres Pinzón sobre el lote de terreno, situado en el departamen-

to de Santander, municipio de Puerto Wilches, y determinado en el respectivo memorial.

Publíquese, cópiese, notifíquese y remítase el expediente al correspondiente despacho administrativo para que allí siga el negocio su curso legal.

Arturo Tapias Pilonieta—José M. Blanco Núñez.—Aníbal Cardoso Gaitán.—Manuel Pineda Garrido, Srio.

DECISION DE UNA COMPETENCIA POSITIVA PROMOVIDA POR UN JUEZ DE CIRCUITO

Habiendo circunstancias constitutivas de domicilio en varios municipios, dice el artículo 152 del C. J., regla 5ª, es juez competente para conocer privativamente del juicio de sucesión el de aquel que corresponda al asiento principal de sus negocios.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales — Bogotá, veintiuno de marzo de mil novecientos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Aníbal Cardoso Gaitán).

El Juez Primero Civil de La Mesa provocó competencia positiva al Juez Tercero Civil de Barranquilla respecto al conocimiento en la sucesión de Braulio Patiño Cardoso. Dado al incidente la tramitación legal, es la oportunidad de que la Corte decida sobre él.

En los autos del Juez de La Mesa se afirma que a ese despacho corresponde el conocimiento porque el asiento principal de los negocios de Patiño no era a su muerte Barranquilla (se alude posiblemente al circuito judicial) y por la intención claramente manifestada por el causante de constituír en La Mesa su domicilio. En la decisión del Juzgado de Barranquilla se expresa que Patiño no tuvo domicilio en La Mesa, y que su último domicilio fue Galapa, donde residió por varios años.

La Sala considera:

Hay en el expediente prueba legal de que Braulio E. Patiño constituyó domicilio en La Mesa, en virtud de actividades que así lo acreditan, principalmente la de haber hecho varias obras conducentes al montaje del negocio de panadería en una casa que al efecto consiguió en esa ciudad. Este hecho se halla acreditado con los testimonios de Marco Aurelio Velandia, Fabián Zamora, Reinaldo Cruz Cortés, Pastor Gómez C. y Juan Plata, recibidas por disposición de la Corte, y con las declaraciones de Luis A. González, Roberto Umaña y Roberto Albornoz López, producidas en las diligencias sucesorias adelantadas por el Juez de Circuito de La Mesa. A lo que se agrega el hecho por los mismos medios acreditado y por el certificado del respectivo registrador, acerca de la compra que la señora llamada Celia Franki de Patiño, presunta esposa del causante, hizo en La Mesa de una casa que también se destinó al mencionado negocio de panadería.

En Galapa tenía también establecido domicilio el señor Patiño al tiempo de su muerte. La prueba de ello resulta de varias circunstancias: haber vivido algunos años allí, en casa que figura como adquirida por su presunta esposa Celia Franki de Patiño, estar cedulado como ciudadano vecino de ese municipio, y del certificado del alcalde de allí en que afirma el mismo hecho.

No tiene en cuenta la Corte los testimonios de Arturo Berdugo, Humberto Llanos Lobo, Manuel E. Gutiérrez y Celedonio Figueroa, por haberse producido sin la intervención del Juez de Barranquilla; como tampoco reconoce valor en este incidente a las declaraciones de Néstor Gómez, Carlos A. Téllez y Rafael Pomareda, recibidas por el Juez primero civil de Bogotá, y que no aparecen ratificadas. Los últimos testimonios estaban dirigidos a acreditar que Braulio E. Patiño había enajenado sus bienes en la costa atlántica cuando murió; y los primeros a establecer lo contrario,

que aún conservaba entonces sus propiedades y negocios allí.

Limitado el análisis de la Sala a las demás pruebas, en relación con las ya aludidas, llega al convencimiento de que Patiño tenía al morir domicilios en La Mesa y en Galapa, y que esta última localidad era el asiento principal de sus negocios.

No se halla demostrado qué inversiones de dinero hizo Patiño en La Mesa, pero puede entenderse que su cuantía, de las que él realizó personalmente, es reducida, y se limita al costo de las obras de construcción de un horno, una enramada y una pared, en casa ajena. La compra de otra casa que parece hicieron de común acuerdo los presuntos esposos, la efectuó personalmente la señora Celia Franki de Patiño. Según certificado del registrador de Barranquilla, aquel era dueño de un inmueble en Tubará, adquirido en el año de 1936, por un valor de $ 450.00 moneda legal, y que aun conservaba en 1940. Y en el expediente obran estos otros elementos probatorios, cuya importancia no puede desconocerse para acreditar negocios de Patiño: un documento suscrito por él con la Cooperativa Algodonera de la Costa Atlántica, en que manifiesta ser vecino de Tubará, según el cual recibe en préstamo de dicha entidad la suma de un mil cien pesos ($ 1,100.00), dando como garantía, fuera de cincuenta hectáreas sembradas de algodón, varios semovientes de su propiedad, que allí se especifican; documento que aparece suscrito en Barranquilla el 8 de noviembre de 1939; y una letra de cambio por la cantidad de un mil seiscientos cincuenta y ocho pesos veintitrés centavos ($ 1,658.23) girada por Ramón Urueta Méndez el 9 de octubre de mil novecientos treinta y siete para ser pagada el nueve de octubre de 1938 por Braulio Patiño C., aceptada por éste, según una firma al respaldo que dice: "B. Patiño C." La letra aparece cancelada. Estos últimos documentos están demostrando, sin lugar a duda, que Patiño tenía en la costa atlántica el asiento principal de sus negocios, ya que no se ha visto, aunque los tuvo también en La Mesa, la cuantía de los primeros se halla acreditada como mayor que la de los últimos. De donde infiere la Sala que Patiño tenía al morir el asiento principal de sus negocios en el municipio de Galapa.

Habiendo circunstancias constitutivas de domicilio en varios municipios, dice el artículo 152 del C. J., regla 5ª, es juez competente para conocer privativamente del juicio de sucesión, el de aquel que corresponda al asiento principal de sus negocios.

En atención a lo establecido por esta norma legal y las consideraciones que sobre las pruebas del incidente se han hecho, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, decide la competencia suscitada declarando, como declara, que es juez competente y privativo para conocer de la sucesión de Braulio E. Patiño el Juez tercero Civil de Barranquilla.

Notifíquese, cópiese y comuníquese esta providencia a los Jueces de Circuito de La Mesa y Barranquilla.

Arturo Tapias Pilonieta — Aníbal Cardoso Gaitán.—Fabio Hernández, Conjuez. **Manuel Pineda Garrido,** Srio.

TITULO EJECUTIVO

Para que un acto o documento preste mérito ejecutivo se necesita que provenga de título claro, expreso, actualmente exigible y que emane del deudor, de su causante o de una decisión judicial. La obligación puede ser de hacer o de dar un cuerpo cierto, o bienes de género, o una cantidad líquida de dinero. También prestan mérito ejecutivo los actos y documentos a que se refiere el artículo 40 del Código Postal y Telegráfico de la República.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales — Bogotá, veintitrés de marzo de mil novecientos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Aníbal Cardoso Gaitán).

El Juzgado Nacional de Ejecuciones Fiscales, en conocimiento de la resolución número 2742 dictada por el Ministerio de Correos y Telégrafos, con fecha veintinueve de diciembre de mil novecientos treinta y ocho, que deduce un débito por la cantidad de nueve mil veinte pesos ($ 9,020) al contratista de conducción de correos nacionales y encomiendas postales de la línea del Norte - Segundo grupo, señor Luis Eduardo Díaz Agudelo, inició el correspondiente ejecutivo, que igualmente se prosigue contra los fiadores solidarios de Díaz Agudelo, señores Francisco J. Camacho y José María Velásquez V.

De los autos de siete de octubre de 1939 y once de febrero de 1941, emanados del Juzgado ejecutante, apeló el apoderado de los demandados. Ambos autos tienen el carácter de ejecutivos, pero el segundo modifica al primero en cuanto rebaja la cantidad que se cobra, pues aparece un abono sobre la suma principal de nueve mil veinte pesos, que el señor Juez Nacional de Ejecuciones Fiscales, en provecho del ejecutado y obrando en la forma que esta clase de juicios exige, reduce de oficio.

Por la apelación interpuesta de los antedichos autos, llegó el negocio a la Corte, donde tramitado y agotado el procedimiento, sin observarse nulidad, se entra a decidir.

Se considera:

Para que un acto o documento preste mérito ejecutivo se necesita que provenga de título claro, expreso, actualmente exigible y que emane del deudor, de su causante o de una decisión judicial. La obligación puede ser de hacer o de dar un cuerpo cierto, o bienes de género, o una cantidad líquida de dinero. El artículo 40 del Código Postal y Telegráfico de la República establece así mismo que "toda escritura o documento de fianza prestará mérito ejecutivo, y para hacerla efectiva servirá de base la liquidación que forme la oficina a la cual deba rendir sus cuentas el empleado, y en caso de pérdida o extravío de valores, recomendados o encomiendas, la resolución que dicte la Dirección General de Correos y Telégrafos. Una vez hecha la liquidación del alcance por la oficina respectiva, o dictada la resolución por la cual se declare responsable de la pérdida o extravío de valores, recomendados o encomiendas, los procedimientos subsecuentes se seguirán por el Juez ejecutor".

El Juzgado Nacional de Ejecuciones Fiscales es competente para conocer del

asunto por atribución que especialmente le asigna el artículo 3º del Decreto 1315 de 1936: "Artículo 3º Los Jueces de Rentas y Ejecuciones Fiscales tendrán jurisdición en todo el territorio de la República, para exigir por jurisdicción coactiva el pago de los créditos a favor del Fisco Nacional, provenientes de responsabilidades de empleados de manejo, rentas e impuestos nacionales, contratos celebrados por la Nación con otras entidades públicas o con particulares, fianzas o cauciones análogas, sanciones pecuniarias, judiciales o administrativas, y en general, para la efectividad de toda deuda a favor del Estado, y cuyo importe deba ingresar a las arcas nacionales".

Alega el apoderado de los demandados que la Resolución número 2742, confirmada después por la de 27 de junio de 1939, número 1838, no tiene fuerza ni los requisitos que la ley exige para que se ejecute coactivamente.

La base legal para que el Juzgado Segundo Nacional de Ejecuciones Fiscales procediera, una vez remitida a su oficina la Resolución mencionada — que dicho sea de paso, en un principio se inició el juicio sin estar ejecutoriada la providencia ministerial, por lo cual la Corte revocó las primeras actuaciones del señor Juez — es el artículo 40 del Código Postal y Telegráfico vigente.

El artículo 40 determina: 1º que la escritura o documento de fianza otorgado por un empleado o contratista del ramo postal o telegráfico presta mérito ejecutivo, mediante liquidación, en los casos en que se deduzca alcance al empleado contratista, y 2º que la Resolución que dicte la Dirección General de Correos y Telégrafos en los casos de extravío o pérdida de valores, recomendados o encomiendas de que deba responder el contratista de conducción, también presta mérito ejecutivo.

En virtud de qué disposiciones, o de qué acto contractual responde el contratista Díaz Agudelo? Por virtud del artículo 94 del Decreto 85 de 1927, que dice: "La responsabilidad de los contratistas, mensajeros o conductores, empieza desde el instante mismo en que recogen las encomiendas o sacos contentivos de ellas y dan recibo, y termina, cuando a su debido tiempo han hecho la entrega de sus envíos y obtenido el cumplido o recibo en los correspondientes pasaportes. Parágrafo. Es entendido que el recibo y entrega de las encomiendas no puede hacerse sino en las oficinas o a las personas debidamente acreditadas para el efecto, de acuerdo con las disposiciones pertinentes en este decreto". Y por el nexo contractual firmado entre el Gobierno y el contratista Díaz Agudelo, que expresa: "El contratista se obliga: ..... i) A subsanar con solo la orden del Gobierno y sin que haya de mediar intervención judicial alguna, toda falta en los valores, de los correos de correspondencia y encomiendas, sea total o parcial, o consistente en el cambio de las especies o que éstas resulten falsas, entendiéndose que para los efectos de esta cláusula, no serán considerados como agentes del gobierno, el contratista, sus agentes, sus conductores o sus peones".

La ejecución está dirigida contra la persona obligada, seguida por el funcionario competente, proviene de título que la ley (artículo 40 del Código Postal y Telegráfico) reputa ejecutivo, con sus cualidades de expreso, claro, líquido en dinero ($ 5,625.40), más los intereses al doce por ciento (12%) sobre el valor porque se sigue la ejecución, y las costas del juicio.

Para el señor apoderado la Resolución que dicte la Dirección de Correos y Telégrafos en los casos de extravío o pérdida de valores, recomendados o encomiendas no prestan mérito ejecutivo conforme al artículo 40, porque según él, la dicha disposición es una invención del compilador de 1907. Trae como prueba una certificación del Jefe del Archivo Nacional, señor Enrique Ortega Ricaurte, en que manifiesta que examinados los decretos originales del Poder Ejecutivo, en el período transcurrido del primero de enero de 1890 al 31 de diciembre de 1893 no halló el decreto orgánico de los ramos postal y telegráfico dictado en 1892, a que se refiere el me-

morialista. (Véase folio 5 v. del cuaderno número 4).

El hecho lo hace concordar el señor apoderado con la anotación de la página 521 del Código Postal y Telegráfico, que dice: "Los artículos que se hallen en este Código sin referencia a otras disposiciones vigentes, pertenecen al Decreto Orgánico de los ramos postal y telegráfico, expedido en el año de 1892". Concluye el señor apoderado: puesto que el artículo 40 no tiene referencia a otras disposiciones, es porque hace parte del decreto orgánico aludido, pero como está certificado que el decreto no se halla entre los originales que expidió el Gobierno entre el 1º de enero de 1890 y el mes de diciembre de 1893, ni fue publicado en el Diario Oficial, el artículo 40 no vale por faltarle el requisito primordial: ser expedido por la autoridad competente.

El punto que en esta forma plantea el señor apoderado implica el juzgar no sobre los requisitos del mandamiento ejecutivo, sino sobre un hecho tendiente a desconocer el derecho, que debe intentarse como excepción y probarse a su tiempo en el incidente respectivo.

Para el efecto de considerar su viabilidad y los hechos inherentes al mandamiento ejecutivo, a la Corte le basta — en el juzgamiento que contempla — que la disposición número 40 del Código Postal y Telegráfico se halle incorporado en un volumen codificado que la República y el Organo jurisdiccional respetan en su autoridad y su vigencia. Lo cual no es óbice para que por la vía legal adecuada se demuestre la inexistencia de la disposición antedicha.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, CONFIRMA los autos objeto de la apelación, proferidos por el Juzgado Segundo Nacional de Ejecuciones Fiscales.

Las costas a cargo del apelante.

Notifíquese, cópiese y devuélvase.

Arturo Tapias Pilonieta—José M. Blanco Núñez — Aníbal Cardoso Gaitán—Manuel Pineda Garrido, Srio.

DESISTIMIENTO O RETIRO DE DEMANDAS POR PARTE DE LOS AGENTES DEL MINISTERIO PUBLICO

Los Agentes del Ministerio Público no pueden promover acciones ni desistir de las que hayan promovido, sino con orden e instrucciones previas del Gobierno. No sólo es esto lo que claramente se deduce de los artículos 169, 170 y 171 del Código de Procedimiento Civil, sino que es también principio que tiene su origen en el artículo 138 de la Constitución Nacional, según el cual el Ministerio Público se ejerce bajo la suprema dirección *"del Gobierno"*, entendiéndose por *Gobierno*, según el numeral 3º del artículo 53 de la misma Carta, "El Presidente y los Ministros, y en cada negocio particular, *el Presidente con el Ministro del respectivo ramo"*.

La Corte entiende que estas reglas, de orden legal y constitucional, deben comprender también el caso de que una demanda promovida por orden del Presidente de la República y del Ministro respectivo se pretenda "retirar" con los documentos presentados y sin dejar copia de ella, después de haber sido repartida, adjudicada, admitida y ordenado su traslado al demandado. Tal "retiro" en esas circunstancias, no es un acto sin importancia que pertenezca a la marcha ordinaria y normal del proceso, menos aún, si se ha ejecutoriado el auto en que se haya dado por surtida la notificación a los demandados.

En las circunstancias anotadas, no basta para "retirar" la demanda la sola orden del Ministro, sino que es necesaria también la del Presidente de la República, pues en ese negocio particular éste y aquél constituyen el Gobierno al tenor del artículo 53 de la Constitución Nacional.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales — Bogotá, marzo veinticuatro de mil novecientos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor José M. Blanco Núñez).

Los hechos de que da cuenta el presente negocio son, en síntesis, los siguientes:

a) Con fecha diez y ocho (18) de abril de mil novecientos cuarenta y uno, el Fiscal del Tribunal Superior de Pasto presentó ante éste demanda contra "la Sociedad Ordinaria de Minas", personalmente contra el señor Julio del Castillo y contra "la Sociedad Anónima Compañía Minera de Nariño, S. A.", para obtener ciertas declaraciones relacionadas con las minas de oro denominadas del **Telembí**.

b) Dicha demanda la promovió el señor Fiscal mencionado, a nombre de la Nación y debidamente autorizado por el Gobierno, o sea, por el Presidente de la República y el Ministro de Minas y Petróleos, conforme a Resolución número 1071 de diez y ocho de junio de mil novecientos cuarenta, que obra en autos.

c) Previo repartimiento, tal demanda fue admitida por el Tribunal Superior de Pasto, en auto de fecha 21 de abril de 1941, y, entre otras cosas, se ordenó que fuera notificada a los demandados. Al Fiscal se le notificó ese mismo día dicho auto.

d) El 29 de abril del mismo año, el Fiscal presentó ante el Tribunal un memorial, en el cual dijo lo siguiente:

"Me refiero a la presentación de la demanda ordinaria que con fecha 18 del presente mes entregué en la secretaría de ese Honorable Tribunal en nombre de la Nación contra el señor Julio del Castillo, mayor de edad y vecino de Barbacoas, y la Compañía Minera de Nariño, S. A., domiciliada en Barbacoas y representada por su gerente el señor Burton Iseno, demanda relativa a unas minas de oro en aluvión ubicadas en el lecho del río Telembí, Distrito de Barbacoas.

"Para fines procesales que convienen a la Nación, atentamente pido me sean devueltos el libelo de demanda y los documentos acompañados con el mismo.

"Esta devolución debe decretarse de plano por no haber sido notificada la parte demandada y no existir en consecuencia juicio alguno todavía ni interesado distinto de la Nación.

"De la demanda no debe quedar copia en la secretaría del H. Tribunal".

e) El Tribunal, por medio de auto de fecha treinta de abril, no accedió a la petición de "retiro" o "devolución" de la demanda y de los documentos presentados por el Fiscal, por estimar que habiendo sido ya admitida la demanda ésta no podía ser retirada sino mediante autorización del Gobierno, pues en concepto del Tribunal al caso deben aplicarse por analogía los artículos 170 y 171 del Código de Procedimiento Civil.

f) Con memorial de fecha dos de mayo el Fiscal pidió reposición de este auto, e interpuso apelación en subsidio; y para apoyar su solicitud de reposición presentó con dicho memorial un telegrama del Ministro de Minas y Petróleos de fecha 28 de abril, en el cual le daba instrucciones de pedir la devolución "del libelo de demanda y los documentos acompañados con el mismo".

g) El Tribunal negó la reposición pedida, y concedió para ante esta superioridad la apelación interpuesta en subsidio.

Oído el concepto del señor Procurador Delegado en lo Civil, es el caso de decidir el recurso y a ello procede la Sala, mediante las consideraciones siguientes:

Existe diferencia entre el caso de que una demanda sea promovida en nombre propio, y aquel en que ella sea promovida a nombre de otra persona. Más concreta o especialmente, existe marcada diferencia cuando se trata de acciones promovidas por Agentes del Ministerio Público. Estos, no pueden promover acciones ni desistir de las que hayan promovido, sino con orden e instrucciones previas del Gobierno. No sólo es esto lo que claramente se deduce de los artículos 169, 170 y 171 del Código de Procedimiento Civil, sino que es también principio que tiene su origen en el artículo 138 de la Constitución Nacional, según el cual el Ministerio Público se ejerce bajo la suprema dirección "del Gobierno", entendiéndose por Gobierno, según el numeral 3º del artículo 53 de la misma Carta, "el Presidente y los Ministros, y en cada negocio particular, el Presidente con el Ministro del respectivo ramo"—subraya la Sala.

En el estado actual del presente negocio se trata, pues, de dar cumplida aplicación a esos preceptos constitucionales y legales, y no, propiamente, de entrar a decidir si la petición de **retiro y devolución** de la demanda presentada por el señor Fiscal del Tribunal Superior de Pasto, envuelve o no un desistimiento de la acción de la cual el libelo respectivo es el instrumento o documento que sirve de medio de expresión y de prueba a tal acción.

En sentir de la Sala, conforme a las disposiciones de la Constitución y de la ley que quedan citadas, en telegrama del Ministro de Minas y Petróleos de fecha 28 de abril de 1941, mencionado en el punto f) de la presente providencia, no constituye suficiente autorización u orden para que el Fiscal del Tribunal Superior de Pasto pidiera la devolución del libelo y de los documentos de que se trata, después de presentados y admitidos, y no es suficiente autorización dicho telegrama porque tal autorización u orden ha debido darse por el Presidente de la República y el Ministro del ramo, quienes en ese caso especial constituían el Gobierno, a tenor de la

norma constitucional contenida en el artículo 53 que ya se dejó citado.

En este punto la Sala no encuentra razones suficientes que justifiquen hacer diferencia cuando se trate del desistimiento de una demanda o del retiro de ella, si esa demanda se ha promovido en virtud de órdenes o instrucciones del Gobierno impartidas a un Agente del Ministerio Público, porque en ambos casos se trata de instrucciones emanadas del Gobierno, el cual no está constituído por el Ministro, aisladamente, sino por éste y el Presidente de la República. Pero ni lo actuado por este último, tendría validez "mientras no sea refrendado y comunicado por el Ministro del ramo respectivo", según también lo establece el artículo 120 de la Constitución. La necesidad de obrar conjuntamente en estos casos el Presidente y el respectivo Ministro, es, pues, canon constitucional, y, por tanto, de indispensable observancia.

Por ello, se hace innecesario agregar más a lo expuesto, para que esta Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, confirme, como en efecto CONFIRMA, la providencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto que ha sido materia de la presente alzada.

Notifíquese, cópiese y devuélvase el expediente.

Arturo Tapias Pilonieta—José M. Blanco Núñez — Aníbal Cardoso Gaitán—Manuel Pineda Garrido, Srio.

NO SE REPONE EL AUTO ANTERIOR

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales — Bogotá, mayo veintisiete de mil novecientos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor José M. Blanco Núñez).

El señor Procurador Delegado en la Civil por medio del escrito que antecede, solicitó reposición del auto de esta Sala de fecha 24 de marzo último, por el cual se confirmó el del Tribunal Superior de Pasto, en que no accedió a que el señor Fiscal de dicho Tribunal, retirara, después de presentada, repartida y admitida, una demanda promovida por orden o instrucciones del Gobierno Nacional, contra la "Sociedad Ordinaria de Minas", contra el señor Julio del Castillo y contra la Sociedad Anónima "Compañía Minera de Nariño, S. A.", explotadora de las minas de oro del Telembí.

Puesta en conocimiento de la contraparte la solicitud de reposición, quien se opone a ella, se procede a resolverla, mediante las siguientes consideraciones:

Como claramente se ve en el auto del 24 de marzo, esta Sala no ha sostenido ni sostiene que la demanda promovida por el señor Fiscal del Tribunal de Pasto no hubiera podido ser "retirada", no importando en principio que dicha demanda esté o nó notificada a los demandados, pues es una facultad de todo el que promueva una demanda, una reconvención o un recurso, desistir con o sin el consentimiento del demandado. Lo que aquí se ha objetado es que en tratándose, como se trata, de una acción promovida por un Agente del Ministerio Público en cumplimiento de órdenes o instrucciones escritas del Gobierno Nacional, esto es, del Presidente de la República y el Ministro del ramo, por medio de una Resolución motivada, no basta la simple y sola orden de este último para "retirar" la demanda y los documentos, una vez principiada la instancia con el respectivo repartimiento, con la orden de que se diera traslado de ella a los demandados y con la de que se compulsara la copia respectiva.

El señor Fiscal del Tribunal de Pasto manifestó que la petición de devolución de la demanda y de los documentos con ella presentados no era un desistimiento, sino un "retiro" "con fines procesales", y que no se compulsara copia de ella, pero a la Corte le pareció, y le parece después de lo que se deja expuesto en este caso concreto, que este procedimiento, aun tratándose de simples mandatarios particulares, no está en armonía con la ley; con mayor razón, si se trata de Agentes del Ministerio Público, cuya actividad procesal, más restringida, como bien lo reconoce el señor Procurador Delegado en lo Civil, debe "desarrollarse de acuerdo con las instrucciones del Gobierno", que lo componen, en cada caso particular, "el Presidente con el Ministro del respectivo ramo" (artículo 53 de la Constitución). Y aunque es cierto, como lo anota el distinguido funcionario reclamante, que no es necesario que tales instrucciones del Gobierno se lleven por escrito al proceso cada vez que el respectivo Agente cumpla o ejecute un acto procesal, considera la Corte que sobre el particular no se puede formular una regla general, sino que esto depende de qué acto procesal se trate.

Para la Corte, no es un hecho sin importancia, o uno que pertenece "a la marcha ordinaria, y normal del proceso" el "retiro", temporal o nó, de una demanda que ya ha sido presentada y admitida judicialmente y de la cual se debe dejar copia en

el respectivo Juzgado o Tribunal, porque así lo ordena un texto legal: el artículo 224 del Código de Procedimiento Civil para fines de grande alcance y contenido jurídicos en la secuela del juicio, del cual esa demanda es base y prueba.

Por todo esto ha estimado ella que al presente caso deben aplicarse, porque en el fondo con él se relacionan estrechamente, los artículos 53, 138 de la Constitución, y 169, 170 y 171 del Código de Procedimiento Civil.

De acuerdo con el artículo 208 del Código citado, la demanda puede aclararse, corregirse o enmendarse, mas esta facultad no se entiende hasta el extremo de que, por vía de aclaración, corrección o enmienda de la primitiva, pueda presentarse una nueva demanda; pero si la primitiva demanda se ha "retirado", y si se ha retirado sin que de ella haya quedado en el Juzgado la copia ordenada por la ley, de qué manera se establece la comparación entre uno y otro libelo para conocer si se trata de una simple enmienda de la demanda primitiva, o de otra, nueva?

Está demás decir, por otra parte, que para aclarar, corregir o enmendar una demanda, no se necesita "retirar" del despacho del juez el libelo primitivo ni los documentos con él presentados, y que el señor Fiscal del Tribunal de Pasto no ha dicho que el retiro de su demanda fuera "temporal".

Lo dicho por él fue lo siguiente: "Para fines procesales que convienen a la Nación, atentamente pido me sean devueltos el libelo de demanda y los documentos acompañados con el mismo..... De la demanda no debe quedar copia en la secretaría del H. Tribunal".

Pero cabe otra observación:

Con fecha 3 de mayo de 1941 el Tribunal de Pasto no accedió a la reposición del auto de 30 de abril de ese año que denegaba la "devolución" de la demanda y los documentos, pero concedió apelación en efecto suspensivo para ante la Corte; y ese mismo día dictó otro auto el citado Tribunal, en el cual auto dio "por surtida a los demandados la notificación del auto de 21 de abril último (artículo 321 del C. J.)" — el en que se admitía la demanda y se ordenaba el traslado a los demandados—. Todo esto, en vista de que éstos se habían dado por notificados de esa demanda por medio de un memorial telegráfico.

Cierto, como lo anota el señor Procurador, que cuando se dio por surtida esta notificación de la demanda, ya el Fiscal había pedido la "devolución" de la demanda, pero no es menos cierto también que ese último auto fue notificado al Fiscal, sin que éste lo apelara; que, por tanto, se ejecutorió, y que, en consecuencia, la Corte, carece de jurisdicción para revisarlo.

Todas las razones que se dejan expuestas dan fundamento a la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, para no acceder, como no accede, a la reposición pedida contra su auto de 24 de marzo del presente año.

Notifíquese, cópiese y devuélvase.

Arturo Tapias Pilonieta—José M. Blanco Núñez — Aníbal Cardoso Gaitán—Manuel Pineda Garrido, Srio.

INCIDENTE DE NULIDAD DE UN JUICIO POR NO HABER SIDO PARTE EL CONSEJO ADMINISTRATIVO DE LOS FERROCARRILES NACIONALES

De la simple lectura del artículo 2º de la ley 29 de 1931 se concluye que el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales tiene facultad para demandar en juicio y para actuar cuando se le demanda, doctrina que en numerosos fallos ha consagrado la Corte. En consecuencia, adelantado un juicio sin que se haya citado y oído en él, cuando era el caso, al Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, se incurre en la causal de nulidad contemplada en el numeral 2º del art. 448 del C. J.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales. — Bogotá, veinticinco de marzo de mil novecientos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Aníbal Cardoso Gaitán)

Ha llegado el momento de decidir sobre el incidente de nulidad promovido por el señor Procurador Delegado en lo Civil en el presente juicio ordinario seguido por el señor Benjamín Suárez contra la Nación. El señor Procurador funda su pedimento en el hecho de no haberse tenido como parte en el pleito al Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales que debía estar representado por el Administrador General en su calidad de representante legal de esa entidad en virtud de lo dispuesto en los artículos 1º y 2º de la ley 29 de 1931.

Se opone a las pretensiones del señor Procurador el señor apoderado de la parte demandante, negándole al Consejo el carácter de persona jurídica y por tanto, su facultad de representar a la Nación en los juicios que pueden afectar el patrimonio que aquella administra en nombre del Estado.

La Sala considera:

Dice así el artículo 2º de la ley 29 de 1931 "El Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales disfrutará de las prerrogativas y derechos de una persona jurídica autónoma representada por el Administrador General; ejercerá todas las funciones con una completa independencia y podrá presentarse ante los tribunales y autoridades de cualquier orden, y ejercitar cualquier acción o excepción que considere conveniente o necesaria para la buena administración y desarrollo de los bienes confiados a su cuidado".

De la simple lectura del artículo transcrito se concluye que el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales tiene facultad para demandar en juicio y para actuar cuando se le demanda, doctrina consagrada en diferentes providencias de la Corte, y que se considera oportuno reiterar en la presente decisión.

El Estado, para mayor eficiencia en la administración pública, organiza, sobre bases técnicas, dependencias oficiales que dota de autonomía e independencia para que privativamente administren una parte de su patrimonio. Tal ocurre con el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, con patrimonio propio para los fines de la administración, con administración autónoma y personería jurídica otorgada por la ley.

El presente juicio se ha adelantado sin audiencia y citación del Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales. A las personas jurídicas no puede oír-

seles por medio de personas ajenas a su representación. Ellas hablan por medio de sus representantes legales. El Procurador y el Fiscal no representan al Consejo de los Ferrocarriles. Esta entidad tiene, por mandato de la ley, un representante especial, su Administrador General, a quien corresponde privativamente su representación. Existiendo un órgano especial con un apoderado propio, a él le corresponde intervenir y los señores Agentes del Ministerio Público no actúan.

En apoyo de esta interpretación se recuerda que recientemente la Corte en Sala Plena (marzo 17), decidió con idéntico criterio una demanda sobre inexequibilidad constitucional de los artículos 1º y 2º de la ley 29 de 1931, orgánica del Consejo Administrativo, declarando ser constitucionales esas normas que atribuyen al Consejo la administración de los Ferrocarriles y que le otorgan la personería en juicio.

Lo anteriormente expuesto pone de presente que se ha incurrido en este juicio en la causal de nulidad contemplada en el numeral 2º del artículo 448 del C. J., por haberse adelantado sin citación y audiencia del Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, declara nulo lo actuado en este juicio desde su iniciación por haber estado indebidamente representada la parte demandada.

En obedecimiento a lo dispuesto en el artículo 458 del C. J. y teniendo en cuenta que la Nación no puede ser condenada en costas, se condena en las del proceso así: en la primera instancia la mitad la cubrirán los señores Magistrados del Tribunal Superior de Cali doctores Carlos Arturo Escobar Q., Jorge Enrique Velasco y Marco Antonio Guerrero y la cuarta parte el demandante; en la segunda instancia, la mitad se pagará por el Magistrado sustanciador doctor Aníbal Cardoso Gaitán y una cuarta parte por el demandante.

Notifíquese, cópiese y devuélvase.

Arturo Tapias Pilonieta—José M. Blanco Núñez.—Aníbal Cardoso Gaitán.—Manuel Pineda Garrido, Srio.

ACCION DE DOMINIO — COSAS NO REIVINDICABLES — EXPROPIACION

1. Para que la acción de dominio prospere son necesarias cuatro condiciones: 1ª, cosa singular reivindicable o cuota determinada de cosa singular; 2ª, derecho de dominio en el demandante; 3ª, posesión material en el demandado, y 4ª, identificación de la cosa materia de la reivindicación, o sea que lo que se reivindica por el actor sea lo mismo que posee el demandado. 2.—No se puede reivindicar las obras que hacen parte integrante de un servicio público, o que han sido incorporadas a él en virtud de expropiación por parte del Estado. — 3. De ninguna manera debe entenderse que es una facultad que el Estado puede ejercer sin discreción ni como sistema, la que él en ocasiones puede tener por vía de excepción, y de excepción de muy rara ocurrencia, para ocupar o usar, temporal o definitivamente, la propiedad privada, prescindiendo de las formalidades de un juicio previo de expropiación, que es la regla general. Cuando tal cosa ocurre, se debe tratar de obras públicas, cuya urgencia, importancia y necesidad manifiestas, determinan esa actividad excepcional de parte del Estado, en orden a un fin de utilidad general o de interés público, ante el cual debe ceder el interés privado del propietario, quien no sólo no pierde, sino que conserva intacto su derecho a ser cumplidamente indemnizado por el menoscabo patrimonial que esa ocupación de hecho por parte del Estado le hubiese ocasionado.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales — Bogotá, marzo veintiséis de mil novecientos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor José M. Blanco Núñez).

Por medio de libelo presentado en cinco de julio de 1939 ante el Tribunal Superior de Pereira, el señor Arcesio Jaramillo promovió demanda contra la Nación como dueña de la empresa del Ferrocarril del Pacífico, para que se hicieran las siguientes declaraciones:

"a) Que me pertenece en pleno dominio un lote de terreno que ocupa la empresa del Ferrocarril del Pacífico entre el kilómetro 346 al 348, situado ese lote en el punto de "Murillo" de este Distrito, cerca a la estación Ortega Díaz en una extensión como de un kilómetro de longitud por diez metros de ancho y alinderado ese lote así: "De un mojón de piedra que está a la orilla de una quebradita, lindero con Eduardo Gallego se sigue zona abajo por la parte izquierda bajando, lindero con el suscrito hasta un mojón de piedra lindero con la finca del "Brillante" de propiedad de Juan B. Jaramillo; de aquí cruzando la zona en lindero con el mismo Jaramillo, se sigue zona arriba por la parte opuesta en lindero con lote de mi propiedad hasta llegar a ponerse en frente del primer mojón; de aquí, cruzando la zona al primer mojón punto de partida".

"b) Que la Nación, dueña como es de la empresa del Ferrocarril del Pacífico está obligada a pagarme el uso que ha hecho de mi lote de terreno desde que lo ocupó con la zona y rieles del Ferrocarril y los perjuicios que por la ocupación, cercas y obras nuevas haya causado en mi propiedad, lo mismo que por la retención de ese lote en su poder, uso y perjuicios que pro-

baré en el curso de este juicio o en otro en la forma prevista por la ley.

"c) Que tengo derecho a encerrar en la forma que más convenga a mis intereses el lote de terreno de mi propiedad alinderado y que me ha querido arrebatar la empresa del Ferrocarril del Pacífico.

"d) Como acción subsidiaria y para en caso de que no se hagan las anteriormente solicitadas pido que se declare que la Nación está obligada a pagarme el valor de la zona de mi propiedad ocupada con la obra del Ferrocarril del Pacífico en la extensión especificada y alinderada en el punto "A" anterior de esta demanda, lo que estimo que vale la suma de cuatro mil pesos m/l. o la que fije el Tribunal oído el concepto de peritos o el valor que a falta de elementos para la fijación, probare yo en forma legal, que vale el lote de terreno ocupado por el Ferrocarril, y

"e) Que en cualquiera de los dos casos, la Nación — República de Colombia — debe pagarme la cantidad de cinco mil pesos como perjuicios que se me han causado por la ocupación, trabajos, cercas, obras de banca, división del predio y otros perjuicios de que fuí víctima con los trabajos del Ferrocarril por mis propiedades y con la ocupación ilegal que efectuaron los agentes del Gobierno en ellos".

Como hechos, se alegaron los siguientes:

"1º La empresa del Ferrocarril del Pacífico, a mano fuerte se apoderó de la zona que reclamo y ya son inútiles las gestiones que se hacen para ante el señor Gerente de que pague las zonas, al menos, tanto la mía como otras varias.

"2º Por repetidas veces me he dirigido al señor Gerente suplicándole que se pongan los medios para que se me pague el valor de la dicha zona y no he tenido siquiera la respuesta de atención que como fórmula de entretenimiento es usual por los encargados de gestionar esos pagos.

"3º La poca seriedad de la empresa ha llegado hasta prometerme el pago si yo deshipocaba (sic) el lote comprendido o cogido por la zona en un Banco donde tenía toda mi propiedad gravada con esa garantía. Hice las gestiones para que la zona no quedara con gravamen y ni el agente cumplió con su promesa de pagarme, ni me volvió a contestar ninguna de mis comunicaciones.

"4º La faja que me arrebató el Ferrocarril del Pacífico hace parte del lote denominado el "Cabrero", que me correspondió en la partición de bienes que llevé a cabo con el señor Alfonso Jaramillo, según escritura que acompaño, esto en parte, y en otra parte, por compra que hice a herederos de Angel Cadavid, y estas ventas se desprenden del título del "Edén" por el cual el Gobierno Nacional adjudicó en mayor porción unos terrenos baldíos.

"5º La empresa del Ferrocarril del Pacífico tiene cercada la zona de mi propiedad alinderada en la primera parte petitoria de esta demanda y se niega a devolvérmela o a pagarme su valor.

"6º La misma empresa del Ferrocarril ha dado permiso al señor Gerente o Administrador de la empresa telefónica de larga distancia que pasa por esa zona, empresa extranjera que explota el negocio de comunicaciones entre Bogotá y Cali y lugares intermedios, para que colocara sus postes de teléfonos en mi predio y por esos postes y por causa de este permiso, los agentes de la empresa telefónica rozan mis sembrados y me causan graves perjuicios.

"7º La Empresa del Ferrocarril del Pacífico de propiedad de la Nación usa como de su propiedad la zona que me ha ocupado sin pagarme ni el valor de la faja ni otra indemnización y sin hacer uso del derecho de expropiación de acuerdo con la Constitución y demás leyes que regulan la materia, desde que se establecieron los trabajos de banca —año de 1924— hasta la fecha.

"8º Cuando se establecieron los trabajos de banqueo y otros encaminados a la construcción de la obra del Ferrocarril del Pacífico, reclamé contra el acto de apropiación de mis terrenos y se me prometió que la zona o faja se me pagaría inme-

diatamente se conviniera su valor o se apreciara por peritos, promesa que se me hizo cuando la obra era gerenciada por el General Alfredo Vásquez Cobo, pero hasta la fecha ni se ha promovido el nombramiento de peritos para el avalúo de esa zona o faja.

"9º La Nación es dueña del Ferrocarril del Pacífico porque así lo han reconocido las leyes 19 de 1921 en su artículo 1º y la 62 de 1922 en su inciso "a", también en su artículo 1º, lo mismo que en el inciso "d" de ese mismo artículo. Disposiciones estas que están concebidas así: en lo pertinente: 'Artículo 1º, ley 19 de 1921. La Empresa del Ferrocarril del Pacífico quedará bajo de la dependencia o administración de la Nación y su dirección y organización administrativa estarán a cargo de un Gerente que residirá en Cali.....' Artículo 1º, ley 62 de 1922. 'Art. 1º..... inciso 'a' dice: Que el Ferrocarril del Pacífico es propiedad de la República y está libre de hipotecas y gravámenes...' Y el inciso 'd' de esta misma ley: 'Que todas las rentas arriba mencionadas, así como el cincuenta por ciento de Aduana también referidas están libres de responsabilidad y gravámenes y pertenecen a la República. La ley, pues, ha reconocido que el Ferrocarril del Pacífico es propiedad de la Nación demandada y obra nacional.

"10. Yo soy dueño del lote de terreno que me arrebató el Ferrocarril del Pacífico por medio de sus agentes. Estuve en la posesión material antes del despojo o apropiación y hoy sólo tengo la posesión legal y en mi contra no se ha instaurado el juicio de expropiación y esa zona que alindero en el punto primero de la parte petitoria de esta demanda es la misma que me arrebató el Ferrocarril del Pacífico por medio de sus agentes".

El fiscal del Tribunal Superior de Pereira, en representación de la Nación, contestó la demanda, se opuso a que se hicieran las declaraciones pedidas por el demandante y pidió que se absolviera a la Nación.

El Tribunal a quo puso fin al juicio por sentencia de 24 de junio de 1940, absolviendo a la Nación de todos los cargos de la demanda, y apelada como fue por el actor esta sentencia, ha llegado el juicio a esta Superioridad, donde se entra a fallarlo, mediante las consideraciones que en seguida se pasa a expresar.

Como fundamento principal de su fallo, expuso el Tribunal a quo el siguiente:

"Tantas veces lo hemos dicho, pero aún no parece bastante, si volvemos a repetir lo que la Suprema Corte ha dicho, que no sólo por la alta autoridad de donde viene, mas porque resume en maravillosa síntesis la acción de dominio en todo su contenido: 'La acción de dominio está configurada por los siguientes factores: a) Cosa singular reivindicable o cuota determinada de cosa singular; b) Derecho de dominio en el demandante; c) Posesión material en el demandado; y d) Identificación de la cosa materia de la reivindicación, o sea que lo que se reivindica por el demandante sea lo mismo que posee el demandado...' (Casación de 7 de junio de 1938).

" 'Incumbe probar las obligaciones o su extensión, dice el artículo 1757 del C. C., al que alega aquéllas o ésta'. Corresponde estudiar si el actor en este juicio acreditó suficientemente su derecho, es decir aportó a la controversia aquellas circunstancias que hacen próspera una acción de dominio".

Se considera:

La Sala encuentra que es perfectamente fundado —como lo dice el Tribunal, acogiéndose a lo decidido por la Corte en Casación de 7 de junio de 1938— que el principal factor integrante de la acción de dominio es que haya "cosa singular reivindicable o cuota determinada de cosa singular", pero a la vez advierte ella que es precisamente este factor el que en el presente caso no fue especialmente considerado por el Tribunal a quo, pues se limitó a expresar que el carácter de no reivindicable del lote de terreno de la controversia, proviene de la falta de identificación de dicho lote.

Para la Sala, el carácter de no reivindicable de la porción o faja de terreno que se intenta recuperar por medio de la acción de dominio promovida en el presente juicio, proviene de la imposibilidad jurídica de reclamarla por medio de esa acción, por hallarse ya incorporada en el patrimonio nacional con el carácter de bien público, en atención a un acto de ocupación de hecho del Estado, acto que se realizó con fines de utilidad pública —la construcción del Ferrocarril del Pacífico— y que puede dar lugar a acciones distintas ante la justicia de lo Contencioso Administrativo para solicitar la indemnización a que hubiere lugar, conforme a las leyes sobre la materia, pero no, a la **acción de dominio,** porque no se puede reivindicar lo que ya hace parte integrante de una obra y de un servicio públicos.

Sobre el particular, la Sala ratifica la doctrina ya sentada en su fallo de 26 de septiembre de 1940 (G. J. número 1961, pág. 253), en el cual se dijo lo siguiente:

"Siendo uno de los requisitos indispensables para que la acción reivindicatoria prospere que se trate de cosa singular reivindicable, el Tribunal ha debido examinar en primer término, si es procedente tal acción tratándose de un inmueble que ha pasado a ser de uso público. De esta manera si se arriba a una solución negativa, no hay necesidad de entrar a examinar si se probó o no que la entidad demandada está en posesión del terreno que se trata de reivindicar. Claro está que si el bien ha pasado a ser de uso público, no podría exigirse prueba de posesión civil.

"....

"Reconoce el derecho público que cuando la autoridad pública o el interés social lo exijan, puede el Estado, mediante el lleno de las formalidades legales y por un acto de soberanía, proporcionarse un bien de propiedad particular para destinarlo a una obra o empresa pública. 'El mismo Estado de derecho —dice Fritz Fleiner— que tan eficazmente protege los derechos y el patrimonio de los ciudadanos, ha facilitado de otra parte el triunfo del principio según el cual la ley puede autorizar intromisiones en la libertad y propiedad de los ciudadanos cada vez que el interés público lo exija, pues sin estas intromisiones el Estado no es capaz de cumplir sus funciones'. Esas intromisiones constituyen el fenómeno de la expropiación propiamente dicha, esto es, la que se verifica normalmente, o sea, con el lleno de las formalidades legales.

"Pero como lo observa el expositor Pareja, 'hay otras que pudieran llamarse expropiaciones de hecho, que son las que las autoridades administrativas llevan a cabo para fines de utilidad pública, pero sin observar las formalidades legales; la ley 38 de 1918—continúa este expositor— contempla el caso de esta última y regula el modo de indemnizar a los perjudicados, dando al Consejo de Estado competencia para conocer de esas reclamaciones, cuando se dirijan contra la Nación'. Tal es el caso de autos: se trata de una expropiación de hecho, pero que no por serlo impide que el bien así expropiado adquiera la nueva categoría de bien de uso público, sustraído como tal, y según se deja dicho, al derecho común. Es pues, otro distinto del seguido, el camino que tiene el demandante señor Márquez para reclamar su derecho por la expropiación de que se ha hablado.

"Es pertinente la siguiente observación de Fritz Fleiner: 'Como el carácter público estriba exclusivamente en un acto administrativo, la afectación dada por un acto de derecho privado no puede cambiar el destino de la vía pública (por ejemplo, por medio de la acción reivindicatoria ejercitada por el propietario del inmueble ocupado por la carretera)'.

"En síntesis, por cuanto el bien materia de la acción reivindicatoria está ya afectado a un uso público, es decir, se ha convertido en un bien de uso público, y los bienes de esta naturaleza se caracterizan por no ser susceptibles de propiedad privada, como que están fuera del comercio, y por ser imprescriptibles, hay que concluír que contra ellos no procede acción reivindicatoria".

No está demás observar que lo dispuesto por la ley 38 de 1918 en sus artículos 1º y 2º, acerca de que de las expropiaciones y de los daños en propiedad ajena, por órdenes o providencias administrativas nacionales fuera del caso previsto en el artículo 33 de la Constitución, será responsable la Nación cuando hayan redundado en provecho suyo, y acerca de que corresponde al Consejo de Estado conocer de las reclamaciones que se intenten contra la Nación, por esos hechos, se halla actualmente confirmado por la ley 167 de 1941 (Código de lo Contencioso Administrativo) que entrará a regir el primero de abril próximo, en sus arts. 34, numeral 2º, y 261, que por vía puramente ilustrativa se citan aquí y que respectivamente dicen:

"Artículo 34.—Conoce privamente y en una sola instancia el Consejo de Estado de los siguientes negocios:

"....

"2º De las indemnizaciones a cargo del Estado por causa de trabajos públicos nacionales;

"....

"Artículo 261. — Las indemnizaciones que se reclamen del Estado con causa en trabajos públicos nacionales, se deciden en una sola instancia por el Consejo de Estado, cualquiera que sea el valor de lo reclamado".

También conviene hacer notar que de ninguna manera debe entenderse que es una facultad que el Estado puede ejercer sin discreción ni como sistema, la que él en ocasiones puede tener por vía de excepción, y de excepción de muy rara ocurrencia, para ocupar o usar, temporal o definitivamente, la propiedad privada, prescindiendo de las formalidades de un juicio de expropiación, que es la regla general. Cuando tal cosa ocurre, se debe tratar de obras públicas, cuya urgencia, importancia y necesidad manifiestas, determinan esa actividad excepcional de parte del Estado, en orden a un fin de utilidad general o de interés público, ante el cual debe ceder el interés privado del propietario, quien no sólo no pierde, sino que conserva intacto su derecho a ser cumplidamente indemnizado por el menoscabo patrimonial que esa ocupación de hecho por parte del Estado le hubiese ocasionado.

Los artículos pertinentes de las leyes 38 de 1918 y 167 de 1941, confirman esta doctrina y esta norma, que son, por otra parte, fieles trasuntos de los principios constitucionales que tutelan y garantizan el derecho de propiedad.

Por todo lo que se deja expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, REVOCA el fallo apelado, y en su lugar declara:

Primero.—El demandante señor Arcesio Jaramillo A. carece de la acción de dominio que ha promovido contra la Nación, porque no es actualmente reivindicable la porción o lote de terreno a que se refiere la demanda;

Segundo.—No corresponde a la Corte, sino al Consejo de Estado, conocer de la acción o acciones que el demandante Arcesio Jaramillo A., pueda tener para cobrar los perjuicios que alega haber recibido por los hechos materia de su demanda.

Sin costas.

Publíquese, notifíquese, cópiese y devuélvase el expediente.

Arturo Tapias Pilonieta—José M. Blanco Núñez.—Aníbal Cardoso Gaitán.—Manuel Pineda Garrido, Srio.

PENSION

1.—Tratándose de pensiones, cuyo conocimiento corresponde hoy al Consejo de Estado de conformidad con el artículo 4º de la ley 153 de 1938, ha sentado la Sala la doctrina de que tiene jurisdicción para conocer de ellas cuando la demanda haya sido instaurada antes de la vigencia de la citada ley. 2.—También ha sentado la Sala la doctrina de que la pensión debe pagarse desde la presentación de la demanda y no desde la sentencia, porque ésta no crea el derecho sino que se limita a reconocerlo.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, marzo veintisiete de mil novecientos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Arturo Tapias Pilonieta)

El señor Absalón Bedoya, en libelo de fecha 31 de agosto de 1938, demandó a la nación ante el tribunal superior del distrito judicial de Medellín para que mediante los trámites de un juicio ordinario de mayor cuantía y con citación y audiencia del respectivo agente del ministerio público, se le reconozca una pensión mensual de jubilación de ochenta pesos ($ 80) moneda corriente, por concepto de los servicios que el demandante prestó al Estado durante un período mayor de treinta años.

Corrido el traslado de la demanda al señor fiscal del tribunal **a quo**, dicho funcionario la contestó oponiéndose a la declaración solicitada por el actor, porque en concepto del fiscal "no se han probado los hechos que se expresan para cumplir las exigencias del artículo 2º de la ley 29 de 1905, y por lo tanto, no está acreditada la existencia del derecho que se invoca".

Surtida la tramitación de la primera instancia, el tribunal pronunció sentencia el día 1º de agosto de 1940, en cuya virtud se negaron las súplicas de la demanda y fue absuelta en consecuencia la nación de todos los cargos contra ella formulados en el libelo.

Por apelación interpuesta en tiempo por la parte demandante ha llegado el negocio a esta sala de la Corte para la tramitación y fallo del recurso. Estando agotados los trámites propios de la segunda instancia, seguida con audiencia del señor procurador delegado en lo civil, y no observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede dictar la correspondiente decisión.

El concepto del señor procurador delegado

En su vista fiscal el señor procurador delegado en lo civil de la nación se pronuncia en sentido favorable a las pretensiones del demandante, fundando así su concepto:

"El Tribunal Superior de Medellín absolvió a la Nación de los cargos formulados en la demanda por la deficiencia en las pruebas presentadas. Existía en primera instancia una ausencia de pruebas casi absoluta en lo referente a los treinta años de servicios exigidos, pero con la certificación de la Contraloría General de la República traída en esta instancia sobre tiempo pagado al señor Bedoya en destinos públicos, se establece el cumplimiento del referido requisito.

"Las otras exigencias de la ley también se han cumplido. Así las cosas, este Des-

pacho no se opone al reconocimiento de la pensión exigida por el señor Absalón Bedoya Restrepo".

Motivos de la Corte

Lo primero que debe definir la Corte es si tiene o no jurisdicción para conocer de negocios como el de autos, en atención a que el artículo 4º de la ley 153 de 1938 dispone que "El Consejo de Estado conocerá en lo sucesivo, privativamente y en una sola instancia, de todas las demandas sobre pensiones, recompensas y sueldos de retiro de que en la actualidad conoce la Corte Suprema de Justicia, sea en virtud de atribución y por procedimientos especiales o por los trámites ordinarios".

Sobre el particular esta sala ha sustentado la doctrina de que tiene jurisdicción para conocer de los referidos negocios cuando la demanda haya sido instaurada con anterioridad a la vigencia de la ley 153 en mención. (Véanse los fallos publicados en los siguientes números de la Gaceta Judicial: 1945, págs. 786; 1947, pág. 170 y 1949, pág. 573). Ahora bien; como el presente juicio ordinario fue promovido el 31 de agosto de 1938, es decir, varios meses antes de empezar a regir la precitada ley 153, cuya vigencia se inició el 8 de noviembre del mismo año, resulta entonces que la Corte no ha perdido la jurisdicción para conocer del presente negocio.

La sentencia absolutoria del tribunal de primer grado se basa en la consideración de que el demandante no acreditó en la forma legal la existencia de los hechos segundo y sexto del libelo, esto es, que el señor Bedoya le ha prestado servicios al Estado por más de treinta años y que el último sueldo por él devengado fue de $ 200 mensuales.

Dentro del término de prueba de la segunda instancia el demandante pidió y obtuvo la práctica de las pruebas que en su concepto eran suficientes para llenar el vacío anotado por el tribunal en el acervo probatorio de la primera instancia. Y en sentir de la sala el señor Bedoya ha logrado plenamente su propósito, como se desprende de las siguientes consideraciones:

La ley 29 de 1905, sobre reconocimiento de pensiones civiles a cargo del Estado, preceptúa en su artículo 2º:

"Los empleados civiles que hayan desempeñado destinos públicos por treinta años tendrán derecho, como pensión de jubilación, a la mitad del sueldo del último empleo que hubieren ejercido".

De conformidad con las copias debidamente autorizadas de los decretos y actas de posesión relativos a los cargos desempeñados por el señor Bedoya, y al tenor de la certificación de la contraloría general de la república sobre tiempo pagado al demandante en dichos cargos, documentos que obran en el expediente, resulta plenamente acreditada la afirmación del señor Bedoya en el sentido de que estuvo consagrado al servicio del Estado, con interrupciones de poca consideración, desde 1892 a 1927, desempeñando en forma más o menos continua y sucesiva los siguientes cargos:

a) Maestro de la escuela urbana de varones del Municipio de Bolívar en los meses de octubre, noviembre y diciembre de 1892 y enero a junio de 1893.

b) Oficial escribiente interino, oficial escribiente en propiedad y secretario en propiedad del juzgado municipal de Jericó, desde julio de 1893 a junio de 1896.

c) Administrador provincial de correos de la provincia de Suroeste (Antioquia) y personero municipal de Jericó, desde noviembre de 1896 a julio de 1898.

c) Escribiente del Senado de la República en los meses de julio a diciembre de 1899.

d) Secretario de la prefectura de la provincia de Zipaquirá y secretario general de la jefatura civil y militar de la misma provincia, desde el 1º de marzo de 1899 al 23 de febrero de 1900.

e) Fiscal 2º del circuito de Bogotá y

juez 8º del mismo circuito, desde el 17 de febrero al 31 de diciembre de 1902.

f) Fiscal 1º del juzgado primero superior en los meses de enero, febrero y marzo de 1903.

g) Subjefe de la sección primera del ministerio de gobierno de octubre de 1904 a noviembre de 1914.

h) Auxiliar de la administración general de correos de Bogotá, desde diciembre de 1914 a diciembre de 1923.

i) Jefe auxiliar de la sección segunda del ministerio de correos y telégrafos de enero de 1923 al 9 de noviembre de 1925.

j) Jefe de las secciones 1ª y 3ª del mismo ministerio desde el 10 de noviembre de 1925 al 10 de febrero de 1927.

En síntesis, el demandante ha cumplido el primer requisito de la ley 29 de 1905, esto es, que ha desempeñado cargos públicos por treinta años.

Las demás exigencias del estatuto en referencia aparecen cumplidas por el actor en la forma que pasa a expresarse:

Con las declaraciones de los señores Enrique Mesa T., Benjamín Valenzuela, David Toro, Manuel Ramírez A. y Froilán Toro, rendidas ante el tribunal de primera instancia, el señor Bedoya ha comprobado que en los destinos por él desempeñados se condujo con honradez y consagración. Los mismos declarantes aseveran que el demandante carece de medios de subsistencia y que ha observado en todo tiempo una conducta intachable.

Con el certificado expedido por el ministerio de hacienda y crédito público de fecha 20 de mayo de 1937 (fl. 5 del c. número 1), el demandante ha demostrado que no ha recibido pensión o recompensa ni está en el goce de ella.

De acuerdo con el certificado expedido por la administración de hacienda nacional de Medellín (fl. 23 v. del c. número 4), el señor Bedoya está a paz y salvo con el tesoro nacional.

Al fl. 2 del c. número 1 aparece la partida de bautismo del señor Bedoya, de acuerdo con la cual éste fue bautizado en la iglesia parroquial de Nuestra Señora de las Mercedes de Jericó el día 4 de julio de 1874. Lo que quiere decir que el demandante ha cumplido los sesenta años de que trata el inciso 5º del artículo 3º de la ley 29 de 1905.

Finalmente, de acuerdo con los certificados expedidos por la contraloría general de la república y el ministerio de correos y telégrafos (fls. 25 v. y 29 del c. número 4, respectivamente), el señor Bedoya devengaba la suma de $ 200 como sueldo mensual correspondiente al último cargo por él desempeñado.

Acreditado como está que el demandante ha cumplido con todos los requisitos establecidos por la ley 29 de 1905 para el reconocimiento de la pensión materia de este juicio, sólo queda por determinar la cuantía de la referida pensión. A este respecto observa la sala:

La precitada ley señala como base para la fijación de la cuantía "la mitad del sueldo del último empleo" que hubiere ejercido el solicitante de esa gracia. De tal suerte que al tenor de dicha disposición le correspondería al actor la cantidad de $ 100 mensuales, ya que el último sueldo por él devengado fue de $ 200.

Empero, de acuerdo con el artículo 9º del decreto legislativo número 136 de 1932 "ninguna pensión pagada por el Tesoro Nacional será mayor de $ 80 mensuales".

En consecuencia, al señor Bedoya sólo se le puede reconocer una pensión de $ 80 mensuales, por mandato expreso de la nueva disposición legal sobre la materia.

En lo atinente a la fecha inicial para el pago de la pensión solicitada por el actor, se reitera ahora la siguiente doctrina que ha sido sustentada en varias decisiones de esta misma sala:

"En concepto de la Sala, la pensión debe pagarse desde la presentación de la demanda y no desde la sentencia, porque ésta no crea el derecho sino que se limita a reconocerlo. Es justo reconocer al de-

mandante la gracia desde que él se dirigió a la autoridad competente para hacer efectivo su derecho, mediante el cumplimiento de las formalidades y requisitos exigidos por la ley. No existe ninguna disposición legal que reglamente lo relativo a la fecha en que debe empezar el pago de las pensiones, con excepción de los sueldos de retiro de los militares, que deben pagarse desde el día en que se produce la novedad de la baja. Pero el art. 421 del C. C. dice que los alimentos se deben desde la primera demanda, disposición que es aplicable por analogía, ya que la pensión viene a ser una gracia que concede el Estado para la subsistencia del empleado que carece de bienes de fortuna".

Resolución

A mérito de lo expuesto, la sala de negocios generales de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, de acuerdo con el concepto del señor procurador delegado en lo civil, revoca la sentencia de primera instancia pronunciada por el tribunal superior del distrito judicial de Medellín, y en su lugar falla este negocio así:

Decrétase a favor del señor Absalón Bedoya, vecino de Medellín, una pensión de jubilación de ochenta pesos ($ 80.00) moneda corriente, en forma mensual y con carácter vitalicio, por sus servicios al Estado como empleado civil durante treinta (30) años, que le será pagada por el Tesoro Nacional desde el día treinta y uno (31) de agosto de mil novecientos treinta y ocho (1938) en que fue presentado el libelo de demanda ante el tribunal de primera instancia. La pensión que por medio de este fallo se reconoce al beneficiario, queda sujeta a la pérdida y suspensión de conformidad con las leyes. Copia de esta sentencia será enviada a los señores ministros de gobierno y de hacienda y crédito público y al señor procurador general de la república.

Publíquese, cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al tribunal de su origen.

Arturo Tapias Pilonieta—José M. Blanco Núñez — Aníbal Cardoso Gaitán—Manuel Pineda Garrido, Secretario.

ACCION EJECUTIVA

La circunstancia de que no se haya apropiado en el presupuesto de un Departamento la partida necesaria para el pago de una suma de dinero a que fue condenado en sentencia ejecutoriada, no es óbice para la prosperidad de la acción ejecutiva, pues no sería aceptable ni ante la ley ni ante la justicia que pudiese quedar al arbitrio del mismo Departamento deudor el hacer ineficaz el cobro y la efectividad del crédito de su acreedor con sólo abstenerse de hacer en el presupuesto la correspondiente apropiación para atender a la solución de dicho crédito.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, marzo veintisiete de mil novecientos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. José M. Blanco Núñez)

El señor Gregorio Jaramillo, por medio de apoderado, demandó ejecutivamente al Departamento de Boyacá ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja para el cumplimiento de la obligación a que fue condenado en juicio que decidió la Corte en sentencia de fecha 2 de mayo de 1938.

El Tribunal de la causa, habiendo denegado la acción ejecutiva en auto del 19 de julio de 1941, por defectos anotados en el título del recaudo que se acompañó a la demanda, libró luego —en providencia del 29 de julio de ese año— orden de pago "en contra del Departamento de Boyacá, judicialmente representado por el señor Fiscal de esta Corporación, y a favor del señor Gregorio Jaramillo, mayor de edad y vecino de Bogotá, representado en este juicio por su apoderado judicial doctor Tobías Monroy, por la cantidad de veinte mil trescientos dos pesos sesenta y nueve centavos moneda legal ($ 20.302.69) m/l. y los intereses legales correspondientes desde el día siguiente a la ejecutoria de la sentencia que sirve de base a la acción hasta aquel en que se verifique el pago".

Resuelta en sentido desfavorable para la entidad ejecutada la reposición solicitada contra el citado auto ejecutivo, ha subido el negocio a esta superioridad para la decisión del recurso de alzada interpuesto en subsidio por el respectivo Fiscal del Tribunal.

Agotado el trámite que corresponde a la apelación, se procede a resolver lo que sea de justicia, mediante las siguientes consideraciones:

El título ejecutivo — presupuesto esencialísimo de la acción ejecutiva y su fundamento jurídico-legal — que sirve de base a la presente ejecución es, en el caso de autos, la providencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, proferida el 17 de marzo de 1941, cuya parte resolutiva es del tenor siguiente:

"Por lo expuesto, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, fija el monto de los perjuicios que el departamento de Boyacá debe pagar al demandante señor Gregorio Jaramillo, como cumplimiento de la sentencia dictada por esta misma Sala de fecha dos de mayo de mil novecientos treinta y ocho, en el juicio ordinario iniciado por dicho Jaramillo contra el departamento de Boyacá, en la suma de VEINTE MIL TRESCIENTOS DOS PESOS SESENTA Y

NUEVE CENTAVOS ($ 20,302.69) moneda corriente. En los términos anteriores quedan REFORMADAS la providencia que fue materia de apelación y el auto anterior de la Corte de fecha 5 de noviembre del año próximo pasado".

Este título lleva aparejada ejecución en virtud de lo dispuesto en el artículo 553 del C. J., inciso final.

De dicho título se deriva una obligación expresa, clara y actualmente exigible de pagar una cantidad líquida de dinero.

En concepto de esta Sala, la obligación que aquí se exige ejecutivamente no presenta oscuridad alguna en relación con el crédito a cargo del departamento de Boyacá ni ofrece o surge duda en relación a su exigibilidad actual.

Respecto a la causa de la obligación, ella es clara y expresa: nace del auto, ya citado, de la Corte Suprema de Justicia del 17 de marzo de 1941, en que se fijó el monto de los perjuicios a que fue condenado el departamento de Boyacá por sentencia del dos de mayo de 1938, a que hace referencia el propio auto. Este auto ha determinado de una manera cierta, precisa y clara, la cantidad líquida que debe pagar el citado departamento al señor Gregorio Jaramillo, y de acuerdo con la ley, por sí solo, presta mérito ejecutivo. Ha sido acompañado íntegramente en copia debidamente autenticada. No cabe, pues, la observación que hace el señor representante legal de la entidad demandada, sobre la ausencia del texto completo de la sentencia condenatoria contra el departamento, pues basta como suficiente título ejecutivo el auto de liquidación y monto de los perjuicios, a tenor del precitado artículo 553 del Código Judicial.

En lo que concierne a la exigibilidad de la obligación, anota el señor Procurador Delegado en lo Civil que el auto sobre fijación del monto líquido de la condena no aparece notificado en legal forma al Agente del Ministerio Público que representara al departamento demandado en el juicio respectivo, pues si el departamento estaba representado por un apoderado especial, — dice — esa circunstancia debió hacerse constar, para que tuviera validez la notificación por estado, que hizo la Secretaría de esta Sala de Negocios Generales.

Pero cabe observar que, en el caso de autos, existe la notificación personal al señor Fiscal del Tribunal Superior de Tunja de la providencia de obedecimiento a lo resuelto por la Corte en segunda instancia en relación con el incidente sobre la condenación de perjuicios, que se había hecho in genere en la mencionada sentencia de dos de mayo de 1938, y no consta que haya reclamación alguna sobre el particular por parte del Fiscal del Tribunal de Tunja, quien, por tal razón, quedó enterado personalmente de la existencia de la providencia de que se trata.

En concepto de la Sala, el mérito probatorio de las copias que ha presentado ante ella el apoderado del demandante para comprobar que el señor Procurador se excusó de intervenir ante la Corte, porque el departamento de Boyacá tenía constituído apoderado en el juicio, no puede ser apreciado ahora, pues la alzada debe decidirse con solo lo actuado ante el inferior en el momento de concederse el recurso; pero en concepto de la Sala no puede alegarse nulidad procedimental, conforme al artículo 450 del C. J., numeral 4, porque, como se ha dicho, consta de autos, que fue personalmente notificado el Fiscal del Tribunal de Tunja del auto de este Tribunal, por medio del cual se ordenó cumplir el de la Corte sobre aprobación de la liquidación relativa a los perjuicios reconocidos in genere en el fallo de dos de mayo de 1938, y porque el mencionado Agente del Ministerio Público no hizo reclamación alguna sobre este punto, conociendo, como se presume que conocía, la providencia de la Corte que se ordena cumplir.

Tampoco se opone a la exigibilidad de la obligación, el hecho de que en el presupuesto del departamento de Boyacá, no exista apropiación para el pago de la obligación a cargo de esa entidad.

Es oportuno aquí recordar la siguiente

doctrina de la Corte sentada sobre este particular:

"Ahora bien, si el que tiene a favor y a cargo del departamento una obligación, con título distinto de una ordenanza se presenta ante la justicia provisto de todos los elementos de convicción indispensables para que se condene al departamento al pago de lo que cree que se le debe, los encargados de impartirla habrán de hacer la condena. aunque no haya apropiación en el presupuesto. Tal ocurriría con el que hiciera valer ante los jueces un contrato de arrendamiento con el departamento, para el pago de los cánones correspondientes. Quien así se presenta en demanda de justicia no tiene por qué estar vinculado a la omisión en que se haya incurrido no incluyendo en el presupuesto el gasto que demanda el cumplimiento del contrato que se trata de hacer efectivo".

(Sentencia: 26 de septiembre de 1940, L, 245, 2ª)

En otros términos — agrega la Sala— no sería aceptable ni ante la ley ni ante la justicia, que pueda quedar al arbitrio del mismo departamento deudor hacer ineficaz el cobro y la efectividad del crédito de su acreedor, con sólo abstenerse de hacer en el presupuesto la respectiva apropiación para atender a la solución de dicho crédito.

Por todo lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, CONFIRMA el auto ejecutivo objeto de la presente alzada proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja.

Notifíquese, cópiese y devuélvase.

Arturo Tapias Pilonieta—José M. Blanco Núñez — Aníbal Cardoso Gaitán—Manuel Pineda Garrido, Srio.

HIPOTECA CONSTITUIDA POR UN DUEÑO APARENTE — DERECHOS DEL ACREEDOR HIPOTECARIO QUE NO HA INTERVENIDO EN EL JUICIO SOBRE NULIDAD DEL TITULO DEL HIPOTECANTE

Valiéndose del principio jurídico según el cual *"error communis facit jus"*, la jurisprudencia de otros países convalida las hipotecas constituídas por el dueño aparente, que exhibe un justo título de propiedad. Mientras las apariencias fundadas subsisten, el dueño del inmueble sigue siendo el propietario ante terceros y las hipotecas que conceda son válidas aunque después se anule el título. Entre nosotros no es dudoso que con igual principio se pueda llegar al mismo resultado cuando el título de propiedad se anula sin audiencia del acreedor, quien con pleno derecho le dio su confianza por ser un justo título de adquisición, rodeado de todas las apariencias de legalidad. Sería aberrante que la justicia dejase desamparada la buena fe del acreedor anulándole un derecho sin su intervención y por la mera voluntad de otros. Pero es del artículo 478 del C. J. de donde se desprende una amplia y sólida doctrina jurídica que salvaguardia el derecho de los acreedores hipotecarios. Según el sentido claro de este precepto, de los acreedores, los *personales* son los únicos contra quienes tienen efectos prácticos y perjudiciales las sentencias condenatorias del deudor. Los demás acreedores, *a contrario sensu*, entre los cuales están como principales los hipotecarios, quedan, por lo tanto, fuera del alcance de los efectos de la cosa juzgada reglamentada por el artículo 474, ibídem, respecto de las sentencias pronunciadas contra su deudor, en lo concerniente a su derecho real de garantía.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales — Bogotá, marzo veintisiete de mil novecientos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Arturo Tapias Pilonieta).

En la visita practicada el 29 de octubre del año de 1929 en la caja de la administración general de las salinas marítimas del Atlántico, por el visitador de rentas e impuestos nacionales, señor Guillermo Ruiz Rivas, encontróse, al verificar el arqueo un desfalco de $ 24,268.39 moneda corriente, el cual se elevó a alcance a cargo del cajero responsable señor Roberto E. Echeverri. Y en vista de la autorización contenida en el artículo 40 de la ley 42 de 1923, el visitador aceptó en nombre del gobierno la garantía hipotecaria constituída por instrumento público número 2514 de 7 de noviembre de 1929, pasada ante el notario primero del circuito de Barranquilla.

Por el referido instrumento el señor Echeverri, constituyóse deudor de la cantidad mencionada a favor del Estado, y comprometióse a pagarla en Barranquilla, en las oficinas de caja de las salinas marítimas del Atlántico, a más tardar el último día del mes de febrero de 1930, abonando el interés del uno por ciento mensual. En garantía del cumplimiento, la obligación fue caucionada con la fianza personal mancomunada y solidaria de las señoras Isabel María González v. de Salcedo, Antonia González Vengoechea y Josefa María González Vengoechea, quie-

nes además hipotecaron los derechos proindivisos que a cada una de ellas les corresponden y adquirieron de acuerdo con la escritura pública número 686 de 27 de julio de 1907, otorgada en la notaría primera de Barranquilla, sobre una casa de dos pisos y azotea, junto con el suelo en que está edificada, ubicada en la acera occidental de la calle Ancha, en su intersección con el callejón del Cuartel, de la misma ciudad, por los linderos detallados en el título.

En el año de 1927, cuando el señor Echeverri se encargó del empleo, aseguró el manejo de cajero con la fianza de la señorita Antonia González Vengoechea y señora Cecilia González viuda de Rodríguez, según lo que consta en la escritura pública número 3089 de 19 de octubre del mismo año, otorgada ante el notario 2º de Barranquilla.

Habiendo vencido el término de pago de la suma a que ascendió el alcance, el juzgado segundo nacional de ejecuciones fiscales libró mandamiento de pago contra el responsable señor Echeverri y sus fiadores Antonia y Josefa María González Vengoechea, Isabel M. González viuda de Salcedo y Cecilia González viuda de Rodríguez. Embargáronse en el juicio los derechos hipotecarios y dictóse sentencia de pregón y remate.

En tiempo oportuno el apoderado de los herederos y viuda del deudor Echeverri, de las ejecutadas González Vengoechea y González viuda de Salcedo, propuso un pliego de excepciones, el cual está propuesto también en nombre de la señora Josefina R. de Hanabergh, quien dice obrar como heredera y representante de la sucesión de la señora Josefina M. Vengoechea viuda de González.

Las excepciones

Las excepciones propuestas son las de **nulidad de la hipoteca, insuficiencia del registro de la hipoteca, nulidad de los títulos ejecutivos, nulidad del mandamiento ejecutivo, inexistencia de la obligación que se cobra, error de cuenta e ilegitimidad de la personería sustantiva de las demandadas como fiadoras.**

Todas las excepciones enumeradas se deducen de un solo y único hecho:

Que las señoras Isabel, Antonia y Josefa M. González Vengoechea no son dueñas de los derechos proindiviso que hipotecaron; por lo mismo, hipotecaron cosa ajena y por ello es nula tal hipoteca.

Ese es el hecho propuesto como exceptivo; de consiguiente como las excepciones consisten esencialmente en **hechos**, sin importar la denominación que les den las partes, resulta que en realidad la defensa de los ejecutados gira al rededor de la NULIDAD DE LA HIPOTECA CONSTITUIDA POR LAS FIADORAS, único problema sometido a controversia, y sobre el cual deberá rodar el fallo, porque los demás son mera acomodación de nombres, que no responden a ninguna realidad objetiva.

El **hecho** consiste en que las señoras González Vengoechea, hipotecantes, que aparecen comprando a la sociedad "González y Cía.", mediante la escritura pública Nro. 686 de 27 de julio de 1907, otorgada ante el notario primero del círculo de Barranquilla, sendos derechos o cuotas proindivisos, en la casa de la calle Ancha con el callejón del Cuartel; nunca poseyeron ni usufructuaron esa casa, pues la verdadera dueña de ésta era la señora Josefa María Vengoechea viuda de González, representada hoy por sus herederos. "La sucesión de la señora Vengoecha de González, por medio de sus representantes, demandó la nulidad de la venta que la sociedad "González & Cía." hizo a las señoritas González por la escritura 686, relacionada, y la consiguiente reivindicación de la casa materia de la hipoteca: Por sentencia de fecha 26 de julio de 1936 pronunciada por el Poder Judicial de Barranquilla y registrada el 15 de septiembre del mismo año, se decretó la nulidad de la venta de la casa en cuestión y su consiguiente reivindicación para la sucesión de la señora Josefa María Vengoe-

chea viuda de González. De forma que hoy por hoy la dueña y poseedora de la casa que aparece hipotecada es la sucesión de la mencionada señora, representada por sus herederos".

La cuestión de derecho

La solución del problema planteado en las excepciones radica en saber en qué grado el acreedor hipotecario puede ser perjudicado en su derecho por la sentencia que reconoce el dominio de la cosa hipotecada a favor de persona distinta del deudor hipotecario, quien es vencido en juicio seguido sin conocimiento ni participación de aquél.

Es por consiguiente un problema que rueda alrededor de los efectos jurídicos de la cosa juzgada en el caso propuesto.

En la escritura de hipoteca al gobierno nacional, originada en el alcance que se le halló al señor Echeverri, las señoras González Vengochea en calidad de dueñas de sendas cuotas en una casa de Barranquilla, las gravaron con el fin de afianzar la obligación del deudor principal. Ellas denunciaron allí su título de dueñas. La escritura pública número 686 del 27 de julio del año de 1907, otorgada en la ciudad mencionada.

Efectivamente, por medio de tal escritura el señor Aurelio A. González, en su calidad de socio administrador con derecho al uso de la firma social, de la casa de comercio denominada González & Cía., domiciliada en Barranquilla, enajenó a título de venta y por la cantidad de once mil dollares americanos, la casa de la calle Ancha, de que la sociedad era dueña, a las señoras Cecilia González de Rodríguez, Isabel María González, Dolores González, Josefa María González y Antonia González.

Se recordará que la escritura de hipoteca al gobierno nacional fue otorgada el 7 de noviembre de 1929, y en ella comprometieron sus derechos sobre la casa las señoras Isabel, Antonia y Josefa, dueñas cada una de una quinta parte del inmueble.

Varios años después de estar promovida la acción ejecutiva por el gobierno, la señora Josefina Rodríguez de Hanabergh, diciéndose interesada en el juicio de sucesión de la señora Josefina María Vengoechea de González, a título de cesionaria de varios herederos, presentó con fecha 28 de febrero de 1936 demanda civil ordinaria para que con audiencia de las herederas e interesadas en la misma sucesión, señoras Isabel González viuda de Salcedo, Antonia González Vengoechea, Josefa González Vengoechea, Dolores González viuda de Amaya y Esther Rodríguez de Cortísozz, se hicieran, en favor de la citada sucesión, estas declaraciones: primero, nulidad de la escritura ya mencionada número 686 por medio de la cual Aurelio A. González vendió en nombre de la sociedad González & Cía. la casa de la calle Ancha, a las señoras González en el año de 1907; segundo, cancelación de la citada escritura; tercero, la restitución de la casa de las señoras González a la sucesión demandante; y cuarto, nulidad de los gravámenes hipotecarios que cualquiera de las señoras González hubiera constituído sobre los derechos de que aparecían dueñas.

Las demandadas convinieron en que se hicieran las declaraciones pedidas y aceptaron todos los hechos de la demanda. Entonces el juez de la instancia, primero del circuito de Barranquilla, decretó las peticiones de la demanda, excepto la cuarta, con respecto a la cual guardó silencio. Naturalmente la sentencia, que fue proferida el 26 de julio del mismo año de 1936, no fue apelada por ninguna de las partes; y a los pocos días de dictada se registró.

Tal sentencia así obtenida es la que les sirve a las ejecutadas señoras González Vengochea, y a los herederos del deudor principal señor Echeverri para proponer en el presente juicio ejecutivo, en que se persiguen los derechos hipotecados por aquéllas, la excepción de nulidad de la hipoteca, en razón de que las señoras González gravaron un bien que no les perte-

necía, según se acredita con la sentencia de que se acaba de hacer mérito.

Será posible legalmente que la excepción prospere?

Para resolver el interrogante precisa determinar concretamente cuál es el alcance efectivo de la sentencia del juez de Barranquilla anulatoria del título de propiedad de las señoras González, y con el cual ellas se creyeron autorizadas, en calidad de dueñas, para gravar con el derecho real de hipoteca sus cuotas partes de propietarias en el inmueble.

Esa sentencia sustrae del patrimonio de las deudoras el bien que habían pignorado al gobierno nacional en seguridad del pago de una obligación ajena. El bien ya no es de las deudoras; la propiedad se reconoce por la sentencia en favor de la sucesión de la señora Josefa María Vengoechea de González, madre de las deudoras y por lo tanto su causahabiente.

Pero a la sentencia se le podrá reconocer el efecto que los excepcionantes persiguen, de haber producido la resolución del gravamen hipotecario constituído por las ejecutadas González Vengoechea cuando ellas aparentaban ser dueñas, exhibiendo el título de adquisición, título que luego ellas mismas consintieron en destruír, aceptando la demanda que les promoviera un tercero?

Nó. Porque la nación, acreedor hipotecario y dueña por ende del correspondiente derecho real accesorio sobre las cuotas partes gravadas del inmueble, estuvo ausente del juicio en que decidióse la nulidad, por cuya razón la sentencia allí proferida es para ella **res inter alios judicata.** No la perjudica. Sigue la hipoteca gravando el bien como si no se hubiese pronunciado sentencia.

En el presente caso, por si los principios superiores normativos del derecho y reguladores de la buena fe, no fueran suficientes a impedir el reconocimiento de todo valor contra el acreedor a una sentencia fraguada a sus espaldas, existen preceptos positivos concretos que iluminan con la más clara luz la solución del problema. El juzgador no tiene necesidad de remontarse en busca de apoyo, a los postulados generales de la justicia.

Uno de esos postulados enseña que **Error communis facit jus.** Valiéndose de este principio la jurisprudencia de otros países convalida las hipotecas constituídas por el dueño aparente, que exhibe un justo título de propiedad. Mientras las apariencias fundadas subsisten, el dueño del inmueble sigue siendo el propietario ante terceros y las hipotecas que conceda son válidas aunque después se anule el título. Entre nosotros no es dudoso que con igual principio pueda llegarse al mismo resultado cuando el título de propiedad se anula sin audiencia del acreedor, quien con pleno derecho dióle su confianza por ser un justo título de adquisición, rodeado de todas las apariencias de legalidad. Sería aberrante que la justicia dejase desamparada la buena fe del acreedor anulándole un derecho sin su intervención y por la mera voluntad de otros.

Empero, no es precisamente esa razón la que sírvele a la sala para desestimar la sentencia como fundamento de las excepciones propuestas.

Es del artículo 478 del código judicial, de donde despréndese una amplia y sólida doctrina jurídica, que salvaguardia el derecho de los acreedores hipotecarios.

El precepto dice: "El fallo dictado en favor o en contra de una persona aprovecha o perjudica a sus **acreedores personales**; pero estos gozan de un plazo de cuatro años para pedir, en juicio ordinario, que dicho fallo se revise, si alegan que hubo colusión en el pleito".

Según el sentido claro del precepto, de los acreedores, **los personales** son los únicos contra quienes tienen efectos prácticos y perjudiciales las sentencias condenatorias del deudor. Los demás acreedores, a **contrario sensu**, entre los cuales están como principales los hipotecarios, quedan por lo tanto fuera del alcance de los efectos de la cosa juzgada reglamentada por el artículo 474 ibídem, respecto de las

sentencias pronunciadas contra su deudor, en lo concerniente a su derecho real de garantía.

En esto el legislador colombiano aparece inspirado en lo que disponía la antigua legislación de Partidas, en la ley 20, título XXII, partida 3ª: "Si después que fuere empeñada una cosa, entrare en pleyto sobre ella el que la empeñó, non lo sabiendo aquel que la tiene a peños, non le empece el juyzio que siessen contra el que ge la auia empeñado".

Comentando Gallinal el artículo 479 del código de procedimiento del Uruguay que contiene una disposición igual a la ley de partidas, hace la siguiente muy atinada observación que también es aplicable en Colombia, y especialmente en este pleito: "si así no sucediera, podría el que ha hipotecado la finca o el campo, burlar a su acreedor haciendo entablar una demanda reivindictaoria por un tercero y si fuera condenado, la propiedad pasaría al tercero, caducando la hipoteca, porque nadie puede gravar una cosa con derechos reales, a no ser su propietario, y como por la sentencia resultaría que el que hipotecó no era propietario, la hipoteca sería nula".

Respecto a los acreedores simplemente personales es natural el principio de que la sentencia dada en contra de su deudor los perjudique, así como les aproveche si es favorable, consagrado por el artículo 478 transcrito. No correspondiéndoles más que una acción también personal, están sometidos a todas las contingencias buenas o malas que corra el patrimonio del deudor, el cual es la prenda común de sus acreedores. Salvo el caso de colusión en el pleito, toda vez que, en tal hipótesis, ejercitando el acreedor un derecho propio y excluyente con el del deudor, mal puede considerarse que éste haya representado legítimamente en el juicio a sus acreedores, a quienes les queda expedita por lo tanto la acción pauliana.

Por el contrario el acreedor hipotecario no debe estar sometido a la misma regla del acreedor personal. Por la naturaleza de su derecho aquél no mejora su posición de acreedor a causa del acaecimiento de un hecho que acreciente el patrimonio del deudor, pues la garantía está limitada a la cosa hipotecada. En cambio todo acto jurídico voluntario del deudor que tienda a afectar la prenda, amengua el derecho del acreedor exclusivamente. Ello impone que el acreedor hipotecario dueño de un derecho real válido **adversus omnes** sea citado al juicio en que se pretenda discutirle al deudor el carácter de dueño. Porque si ni por contrato está éste habilitado para comprometer en ninguna forma el derecho real de que se ha desprendido en beneficio de un tercero, tampoco lo debe estar para comprometerlo en el cuasi contrato o litispendencia judicial.

Bonnier, al igual que casi todos los expositores, es contrario a la idea de que la sentencia dada sin audiencia del acreedor hipotecario, sobre la propiedad del bien, lo perjudique, y explica así su pensamiento: "En cuanto a los sucesores por título singular, no pueden invocar, ni se puede invocar contra ellos, sino lo que se ha juzgado de acuerdo con su autor, y con anterioridad al acontecimiento que les ha trasferido sus derechos en todo o en parte. Sucede con las decisiones judiciales, como con las convenciones, que no pueden tener efecto, respecto de los terceros amparados de un derecho real sobre el inmueble, sino cuando son anteriores a la constitución de este derecho real".

"La misma razón existe en el fondo para decidir en lo relativo a los acreedores cuya hipoteca es anterior a la sentencia que ha rechazado a su deudor. La hipoteca, aun cuando no se consintiera ver en ella un desmembramiento de la propiedad, es incontestablemente un derecho real, cuya conservación no puede depender de la mayor o menor habilidad y celo del deudor en la defensa de sus intereses. Invocar, como se ha hecho con sobrada frecuencia, la máxima **Resoluto jure donantis, resolvitur jus accipientis**, es hacer evidentemente una petición de principio, puesto que se trata precisamente de saber si el deudor era o no propietario, si tenía o no el derecho de constituír una hipoteca".

Resumiendo. La sentencia proferida por el juez de Barranquilla, en que fueron demandadas las señoras González Vengoechea, y por medio de la cual con el consentimiento de éstas se anuló su título de propiedad sobre las cuotas partes del inmueble que le habían hipotecado a la nación, en calidad de dueñas, con justo título, de dichas cuotas, no perjudica ni afecta en lo más mínimo la acción hipotecaria de la nación. Por no haberse oído a ésta, resulta inoperante la cosa juzgada. Se advierte falta de "identidad jurídica entre las personas de los litigantes", tercera condición esencial de aquella, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 474 del código judicial.

Sentencia

Por las razones expuestas, la sala de negocios generales de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, RESUELVE:

Niéganse todas las excepciones propuestas en este incidente, basadas en el hecho que se dejó examinado.

En consecuencia, llévese adelante la ejecución con el remate de los bienes que están embargados.

Condénase a los excepcionantes en las costas del incidente. Tásense.

Publíquese, cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente a la oficina de origen.

Arturo Tapias Pilonieta—José M. Blanco Núñez.—Aníbal Cardoso Gaitán.—Manuel Pineda Garrido, Srio.

DILIGENCIAS VERIFICADAS POR JUEZ COMISIONADO

El espíritu y la letra de todas las disposiciones sobre diligencias que deben practicarse por comisión fuera del lugar de la causa, llevan a la conclusión de que debe evitarse que la autoridad comisionada tenga que estar pendiente —dentro del tenor literal de la comisión— de enviar al lugar del domicilio del comitente consultas o diligencias relacionadas con la ejecución de la misma comisión que le fue confiada.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, marzo veintiocho de mil novecientos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor José M. Blanco Núñez)

Por decisión judicial del 10 de junio de 1941 esta Sala revocó la providencia del Tribunal Superior de Bogotá por la cual éste denegó la declaración de nulidad pedida por el señor Fiscal del Tribunal Superior de Bogotá, nulidad que se hizo consistir en la falta de notificación personal a él, como representante legal de la Nación, del auto por el cual el Corregidor de Flandes, comisionado por dicho Tribunal para la práctica de una inspección ocular con peritos, señaló día y hora para la diligencia correspondiente.

Interpuesto oportunamente el recurso de reposición contra el primer auto citado —el de 10 de junio de 1941— y agotada la tramitación de que da cuenta el expediente, se procede a resolver en la siguiente forma:

Las razones que tuvo la Sala para revocar el auto del Tribunal, materia de esta alzada, fueron las siguientes:

1ª La notificación al representante legal de la Nación debió hacerse personalmente a tenor del artículo 312, numeral 2º, del Código Judicial, y por no haberse hecho en tal forma es ineficaz la notificación por estado, del auto del Corregidor de Flandes que señaló día y hora para la referida diligencia.

2ª Por ello hubo privación, con respecto al señor Agente del Ministerio Público, de los derechos que consagran los artículos 727 y 728 del C. J., concernientes a las observaciones, aclaraciones y ampliaciones que pueden pedir las partes en el acto de la práctica de una inspección ocular.

Pero con motivo del nuevo estudio que de este asunto ha hecho la Sala en virtud de la reposición pedida, encuentra ella que razones de orden legal, y aún de índole constitucional, además de poderosos motivos de conveniencia y equidad, militan en favor de la confirmación de la providencia del Tribunal, en el caso especial que aquí se contempla, y que, en sentir de la Sala, se coloca fuera del plano en que opera la regla general de que deben ser notificados personalmente los empleados públicos.

Con efecto, debe observarse, en primer lugar, que en este caso se trata de una diligencia que debía efectuarse por comisión en lugar fuera de Bogotá y que el Tribunal comitente se limitó a decretar la práctica de la inspección ocular sin señalar día y hora para llevarla a cabo, lo que hizo, indudablemente, porque tal diligencia, como se ha dicho, se debía practicar en un lugar distinto de Bogotá, y por medio de otra autoridad: el Corregidor de Flandes. Ese auto fue notificado personalmente al señor Fiscal del Tribunal Superior de Bogotá, quien nombró el perito que le correspondía designar y quien, por tal razón, al quedar en conocimiento de

que se había de practicar tal diligencia por comisión, debía estar pendiente del día y hora en que la autoridad comisionada señalara día y hora para practicar la diligencia, para concurrir a ese lugar, si lo consideraba conveniente.

El auto básico, la providencia capital en el presente caso era la en que se decretaba la práctica de la inspección ocular por medio del Corregidor de Flandes y se autorizaba a éste para dar posesión a los peritos y para reemplazarlos llegado el caso. La providencia del comisionado sobre señalamiento de día y hora para la práctica de la diligencia, era la consecuencia necesaria de la primera, el medio de obedecer y cumplir la que ya se había notificado personalmente en Bogotá por el Tribunal comitente al respectivo Fiscal.

El espíritu y la letra de todas las disposiciones sobre diligencias que deban practicarse por comisión fuera del lugar de la causa, llevan a la conclusión de que debe evitarse que la autoridad comisionada tenga que estar pendiente —dentro del tenor literal de la comisión— de enviar al lugar del domicilio del comitente, consultas o diligencias relacionadas con la ejecución de la misma comisión que le fue confiada.

No debe perderse de vista que, salvo los apremios a que él se refiere, y que no constituyen el caso de que aquí se trata, "En el adelantamiento y tramitación de los asuntos judiciales civiles, los Agentes del Ministerio Público se asimilan a los apoderados judiciales". (C. J., art. 169).

Si el Corregidor comisionado hubiera tenido que notificar personalmente al Fiscal del Tribunal de Bogotá el auto sobre fijación de día y hora para la práctica de la inspección ocular, decretada en auto ya personalmente notificado a dicho funcionario, habría tenido—puesto que en Flandes no había Agente del Ministerio Público— que enviar a su vez, al mismo Tribunal comitente o a otra autoridad de esta capital el despacho para que notificara tal providencia al Fiscal, y después se le volviera a enviar ese despacho a Flandes, lo que no sólo habría contrariado el precepto del artículo 135 del C. J., según el cual "Las autoridades a quienes un juez competente confiera una comisión se deben sujetar a su tenor literal", sino que enervaría y aun desvirtuaría el mismo objeto de la comisión, a tenor de lo dispuesto en ese mismo artículo, en las disposiciones sobre jueces comisionados y en los preceptos constitucionales, de preferente observancia, que contienen los artículos 41 y 152 de la Carta, acerca de que debe administrarse a los ciudadanos, **pronta y fácilmente**, la justicia que demande la efectividad de sus derechos.

Es en atención a las razones expuestas por lo que esta Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, REPONE su auto de fecha diez de junio de 1941, y en su lugar CONFIRMA el del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá que ha sido materia de la presente alzada.

Notifíquese, cópiese y devuélvase.

Arturo Tapias Pilonieta—José M. Blanco Núñez.—Aníbal Cardoso Gaitán.—Manuel Pineda Garrido, Srio.

SE REVÓCA EL AUTO APELADO

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales — Bogotá, veintiuno de abril de mil novecientos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Aníbal Cardoso Gaitán).

Solángel Desmoineaux de Badrán interpuso ante el Tribunal Superior de Barranquilla demanda ejecutiva contra el Departamento del Atlántico por la cantidad de mil novecientos treinta y dos pesos ($ 1,932.00) moneda legal colombiana, que el Gobierno departamental por la Ordenanza número 74 de 1939, reconoció a favor de la demandante.

Del libelo de demanda se dio traslado al Fiscal del Tribunal, quien a manera de excepción perentoria de ineficacia del título ejecutivo, presentó una exposición de hechos tendientes a sostener que el reconocimiento de deuda verificado en la Ordenanza número 74 de 1939 estaba derogado por el artículo 5º de la Ordenanza número 1º de 1940, que dice: "Deróganse todas las disposiciones contenidas en las ordenanzas expedidas en el año de 1939, mediante las cuales se decretan auxilios, gracias y reconocimientos de aumentos de sueldos correspondientes a vigencias anteriores, excepción hecha del artículo 19, Ordenanza 25 de 1939. Suspéndese hasta el 30 de abril del año en curso la vigencia del artículo 2º de la Ordenanza 38 de 1939".

Al negocio puso fin la sentencia del doce de noviembre del año próximo pasado, en que se absuelve a la entidad demandada de los cargos formulados por la señora Desmoineaux de Badrán, quien notificada de la providencia apeló ante la Corte Suprema de Justicia.

El Procurador, en su concepto del 19 de febrero del presente año, refiriéndose a este negocio, expresa: "A juicio del suscrito es equivocada la tesis del Tribunal, pues el artículo derogatorio que se trascribe se refiere a decretos de **auxilios, gracias y reconocimientos de aumentos de sueldos**, por ordenanzas expedidas en el año de 1939, al paso que el precitado art. 5º de la Ordenanza 74 de 1939 reconoció una deuda a cargo del Departamento y a favor de la demandante, **como heredera directa** de la señorita Blanca Desmoineaux, **maestra de escuela jubilada**, con derecho a pensión desde 1929, apropiando la partida correspondiente en el presupuesto".

Por haberse tramitado el negocio en la forma prescrita por la ley, sin observar nulidad, se procede a dictar el fallo.

La Sala considera:

Tiene por causa el título ejecutivo la Ordenanza número 33 de 1939, por cuya virtud, en cumplimiento de la ley sobre jubilación a los servidores del magisterio escolar, se reconoció a la señorita Blanca Desmoineaux la pensión correspondiente a la categoría de maestra, cargo que desempeñó por mayor espacio del requerido para obtenerla.

La pensión vitalicia a que fue acreedora la señorita Desmoineaux dejó de pagársele por algún tiempo anterior a su muerte, por lo cual tratándose de una real y justa deuda pasó como acreencia de la occisa a favor de su hermana la señora Solángel Desmoineaux de Badrán, en la partición herencial verificada por el juzgado 3º del Circuito Civil de Barranquilla.

Habría bastado la comprobación de lo anterior para que la heredera directa del

crédito contra el Departamento del Atlántico hubiese podido reclamar lo que correspondiera desde el día en que cesó el pago a la señorita Desmoineaux hasta la fecha de su muerte. Pero quizá con el propósito de hacerle más fácil el cobro a la señora de Badrán, la Asamblea dio fe de la deuda en la Ordenanza número 74 de 1939, artículo 5º, en que declara deudor al Departamento del Atlántico de la heredera señora de Badrán por la cantidad de mil novecientos treinta y dos pesos ($ 1,932) moneda corriente. Dice el citado artículo:

"Reconócese a favor de la señora Solángel Desmoineaux de Badrán, heredera directa de la señorita Blanca Desmoineaux, maestra de escuela jubilada, lo que a esta señorita quedó adeudándole el Departamento en concepto de la pensión que le concedió la Ordenanza número 33 de 1929, lo cual asciende a la suma de un mil novecientos treinta y dos pesos ($ 1,932.00). Para atender a este pago, ábrese al presupuesto de gastos de la actual vigencia un crédito extraordinario por la suma de un mil novecientos treinta y dos pesos ($ 1,932.00), que se imputará así:

DEPARTAMENTO DE EDUCACION PUBLICA. — Cap. ..... Jubilaciones. ..... Para pagar a la señora Solángel Desmoineaux de Badrán las mensualidades que el Departamento quedó adeudando a la finada Blanca Desmoineaux por concepto de la pensión concedida por el artículo ... de la Ordenanza número 33 de 1939.

Parágrafo. Caso de vencer la presente vigencia económica y no haberse expedido la correspondiente orden de pago, el Gobernador procederá inmediatamente en la siguiente vigencia a abrir el crédito administrativo por igual suma, sin otro requisito que la presente ordenación y con prescindencia de las disposiciones que regulan tales créditos". (Subraya la Sala).

Al expreso reconocimiento de la deuda en la forma anotada, le opone el señor Fiscal del Tribunal lo que dispuso la misma Asamblea por Ordenanza número 1º de 1940, artículo 5º, que deroga los auxilios, gracias y reconocimientos de aumentos de sueldos decretados el año anterior, o sea, en el año que se reconoce la deuda a la señora de Badrán. Pero como bien lo dice el señor Procurador, en la disposición 5ª de la Ordenanza 74 de 1939 no se reconoce auxilio o gracia a la heredera de la señorita Desmoineaux, sino una deuda con años de anterioridad, que como tal, no cabe dentro de los actos legislativos departamentales derogados.

En vista de los razonamientos que preceden, la Corte habrá de aceptar el derecho que la demandante tiene para reclamar del Departamento del Atlántico lo que le reconoció directamente por la Ordenanza aludida; que es la misma cantidad que por virtud de la ley y la ordenanza le quedó a deber a la señorita Blanca Desmoineaux.

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, REVOCA la providencia de doce de noviembre del año pasado dictada por el Tribunal Superior de Barranquilla, y en su lugar dispone que se adelante la ejecución presentada contra el Departamento del Atlántico.

Sin costas.

Notifíquese, cópiese y devuélvase.

Arturo Tapias Pilonieta—José M. Blanco Núñez — Aníbal Cardoso Gaitán—Manuel Pineda Garrido, Srio.

ACCION POSESORIA DE UNA MINA — ALCANCE DE LA JURISDICCION CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA ANTE LA JUSTICIA ORDINARIA EN ASUNTOS REFERENTES A LA PROPIEDAD O A LA POSESION — MINAS

1. Las sentencias del Consejo de Estado no pueden ser obstáculo a que los jueces ordinarios ejerzan la función que constitucional y legalmente les corresponde de manera privativa y exclusiva de decidir si una persona tiene la posesión de un inmueble y debe ser amparado en esa posesión. — 2. En nuestro derecho público no es posible jurídicamente que las autoridades administrativas tengan la potestad de fallar con alcances jurisdiccionales las controversias relativas al derecho de propiedad de los particulares ni al ejercicio de las acciones posesorias con que se ampara aquel derecho; principio que es innegable aun en los casos en que la propiedad provenga o se origine en actos de enajenación efectuados por el Estado, y que el conflicto esté por él provocado. La función administrativa, incluyendo en ella la que emana de los fallos jurisdiccionales del Consejo de Estado, en nuestro derecho está erigida con miras distintas de las de definir las acciones civiles provenientes de la propiedad y posesión de inmuebles. Si existe alguna materia de la atribución propia y excluyente de la justicia ordinaria es ésta. A la jurisdicción administrativa le está vedado invadirla. Si esto tratase de hacerse se violarían varios preceptos de la Carta fundamental que proclaman el principio de la separación de los tres órganos estatales por ella reconocidos. En consecuencia fallos pronunciados por los Tribunales administrativos sobre cuestiones referentes a la propiedad o a la posesión, como los que han sido aludidos por el señor Procurador, no tienen ni pueden tener el carácter de cosa juzgada que obligue a la justicia ordinaria. 3. Lo mismo que en el derecho civil en derecho minero la posesión puede ser *regular* o *irregular*, dividida esta última en *violenta* y *clandestina* (artículos 292, 295, C. de Minas). También existe en derecho minero la posesión llamada *ordinaria*, desconocida en derecho civil, que se adquiere por el aviso del que, según los artículos 8º, 79, 346 y 367, denuncia a la autoridad una mina con el fin de obtener del Estado su adjudicación; o por el que, a semejanza de lo que ocurre en el derecho común, ocupa materialmente una mina sin violencia ni clandestinidad (artículo 305). Y a diferencia de lo que ocurre en el derecho civil, en el minero pueden subsistir sobre una misma mina posesiones de varias clases y aun poseedores de una misma clase (artículo 306). Así la posesión ordinaria emanada del aviso en favor del avisante, subsiste con la posesión ordinaria de otra persona que ocupa mterialmente una mina sin violencia ni clandestinidad. Concurren en este caso dos posesiones ordinarias simultáneamente. De igual manera el avisante de una mina poseída por otro a título de poseedor regular, tiene el carácter de poseedor ordinario con los derechos de tál para el efecto de hacerse adjudicar la mina en el caso de que resulte dentro del juicio correspondiente que aquel poseedor no tiene de dicho carácter sino las apariencias, por haber abandonado, por ejemplo, la mina de que se trata y no haberla recobrado según la ley. La posesión ordinaria es inferior en el Código de Minas a la posesión regular, ya que la ley contempla a aquélla como la vía o el medio para alcanzar el siguiente grado más perfecto: el de la propiedad mediante la posesión regular. El poseedor regular que por cualquier causa pierde este carácter se convierte en poseedor ordinario siempre que conserve la tenencia material

de la mina (artículo 310), y con esta calidad puede recobrar nuevamente la propiedad, sin necesidad de que tenga que someterse al primitivo trámite administrativo, con solo pagar los impuestos de que esté en mora con sus intereses, cuando la pérdida de la posesión regular proviene de la falta de pago del impuesto debido (artículo 163). El Código ampara tanto al poseedor regular como al ordinario contra los actos injustos de terceros para hacer efectiva o conservar la posesión de las minas o de los derechos reales constituídos en su favor (artículo 320), y otros artículos del Código minero establecen el orden de preferencia que corresponde a los poseedores en las acciones de amparo. La acción consagrada por el artículo 331 que es exactamente igual a la que consagra el artículo 984 del C. C. en beneficio de los poseedores y tenedores del derecho común de bienes raíces. Y salvo esta excepción, las acciones posesorias sólo se conceden conforme al artículo 321. De la redacción de esta disposición se desprende que el poseedor regular o el que pretende serlo no está obligado en la acción posesoria a demostrar plenamente su condición de tál; le basta exhibir el título emanado del Estado con que esté poseyendo y la prueba de que en el último año pagó el impuesto de estaca, para que la autoridad le dé protección, frente a un tercero sin título o con título de fecha posterior al del poseedor. En lo que atañe al impuesto, el pago del año anterior es pues el único requisito, con lo cual la ley descarta implícitamente toda controversia alrededor del pago de otros años y del fenómeno del abandono de la mina a virtud de la falta o de la insuficiencia de pago de anualidades distintas. En lo tocante al título es suficiente al poseedor presentar el que le haya otorgado el Estado que le dé el carácter de dueño. La validez de este título no puede discutirse dentro del juicio sumario de amparo de minas. Por eso se da por satisfecha la ley, en lo relativo al pago de todos los impuestos causados, con que se justifique el pago de la anualidad anterior a la presentación de la demanda, no obstante que en derecho minero el pago cumplido y periódico de los impuestos equivale a la tenencia material de la mina (artículo 289); y por ello también cuando la acción de amparo se ventila entre dos poseedores regulares, dispone el Código que venza el que exhiba título más antiguo. Estos principios no se modifican o atenúan cuando el poseedor regular ejercita la acción de amparo contra el Estado. — 4. Es improcedente en los interdictos de amparo, sea entre particulares o sea contra el Estado, cuando el querellante demanda con la calidad de poseedor regular y la acredita sumariamente, según el artículo 321, determinar si por haber perdido dicha calidad, dejando de pagar, por ejemplo, una o varias anualidades distinta de aquella a que el precepto se refiere, se ha trocado en poseedor ordinario y si en esa nueva condición posee la protección que demanda.— 5. Quien exhiba un título que en su materialidad y condiciones externas compruebe la propiedad de una mina y justifique el pago del impuesto en el año anterior, con sólo esos dos factores, o el certificado de redención de la mina, suficiente también, tiene acción posesoria en calidad de poseedor regular aun contra el Estado, sin que en el juicio respectivo pueda avanzarse en un examen acerca de la validez intrínseca del título y del abandono de la mina por falta de otros pagos.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales — Bogotá, abril veinticinco de mil novecientos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Arturo Tapias Pilonieta).

El señor Julio del Castillo, por medio de apoderado, obrando en su propio nombre y en su calidad de presidente de la Sociedad Ordinaria de Minas, denominadas Telembí números 3, 4, 5, 6 y 7, presentó ante el tribunal superior de Pasto, un libelo de demanda en el cual promueve contra la nación, representada por el respectivo agente del ministerio público, la acción pertinente "para conservar la posesión" de las referidas minas, ubicadas en

el lecho del río del mismo nombre, en el municipio de Barbacoas, las cuales asegura son de propiedad del demandante y de la Compañía Ordinaria de Minas por él representada, y que en consecuencia "se decrete que la nación debe abstenerse, en lo sucesivo, de turbar o embarazar esa posesión, mediante las prevenciones del caso".

El demandante después de describir las minas por sus linderos afirma que él y la supracitada Compañía Ordinaria de Minas son dueños y señores de las minas descritas, mediante títulos registrados. Que los mismos son poseedores regulares de aquéllas. "Esa posesión ha sido amparada, dos veces, por el juzgado de circuito de Barbacoas contra actos de perturbación llevados a cabo en 1909 y 1939. Esa misma posesión ha sido reconocida y amparada por el propio gobierno nacional, en términos claros, consignados en la resolución de 3 de diciembre de 1910, proferida por el ministerio de obras públicas".

"Mi mandante y la citada Compañía Ordinaria de Minas son también poseedores ordinarios de las expresadas minas desde 1898 hasta la presente fecha, tiempo durante el cual han explorado y explotado dichas minas, directamente o por medio de concesionarios, conservando siempre la posesión material de ellas".

El querellante hace consistir la perturbación en que en los días 19, 20, 21, 22, 23 y 25 de junio del año de 1939, el secretario de gobierno del departamento de Nariño, a virtud de órdenes impartidas por el ministerio de la economía nacional turbó la posesión y violó los derechos de los dueños de las minas, ordenando suspender los trabajos de exploración y explotación que sobre ellas se adelantaban por la Compañía Minera de Nariño, entidad ésta que trabajaba en las minas a nombre del señor del Castillo y de la Sociedad Ordinaria de Minas que él representa, como cesionaria de los derechos conferidos a la Compañía Minera Chocó-Pacífico, S. A., por el señor del Castillo y la Sociedad Ordinaria. El secretario de gobierno del departamento de Nariño doctor Carlos Alvarez Garzón dio cumplimiento a las órdenes impartidas por el ministerio de la economía nacional, suspendió los trabajos que la Compañía Minera de Nariño ejecutaba en dos de esas minas, selló dos dragas, y extendió la orden de esa suspensión a todo lo largo del río Telembí, en donde están ubicadas las minas Telembí 3 a 7; todo esto mediante el empleo de la fuerza. "Es de advertir que no se llegó hasta el extremo de poner a otra persona, natural o jurídica, en posesión de esas minas"

"Estos actos de perturbación — continúa diciendo el querellante — tienen su origen y con la culminación de varias resoluciones administrativas, dictadas por los ministerios de industrias y de economía nacional, con motivo de las oposiciones hechas por mi mandante a concesiones otorgadas por el gobierno nacional a varias personas en el lecho del río Telembí, que abarcan y comprenden las minas Telembí 3 a 7 de propiedad del señor del Castillo y de la Sociedad Ordinaria que él representa, concesiones a las cuales se opuso, sin éxito alguno, a pesar de tener todo el derecho para ello".

El demandante invoca en apoyo de la acción los artículos 320, 321, 327, 328, 427 y 429 del Código de Minas.

La resolución del tribunal

El tribunal examinó las pruebas que con su demanda presentó el actor y en ellas encontró acreditada la perturbación respecto de las minas Telembí números 3 y 5, por lo cual, según lo que dispone el artículo 427 del Código de Minas, así lo declaró en proveído de fecha 8 de septiembre de 1939, ordenándole a la nación abstenerse de turbar la posesión ordinaria que los demandantes tienen sobre las citadas minas.

Dentro del término previsto por el artículo 431, ibídem, el personero de la nación interpuso el recurso de revocación contra el auto del tribunal, acompañando y haciendo practicar las pruebas que creyó oportunas a ese fin; en subsidio inter-

puso apelación ante la Corte. Igualmente el abogado de la parte actora impetró la reposición contra la misma providencia, en cuanto se había negado la protección posesoria con respecto a las minas Telembí números 4, 6 y 7, y no se había ordenado prestar la fianza preceptuada en la disposición mencionada.

El tribunal en fallo del 19 de junio de 1940 estudió los recursos. Encontró infundado el de la demandada. Y fundado el del demandante en lo relacionado con la protección posesoria a todas las minas. Mas en cuanto a la prestación de la fianza persistió en la negativa del primer fallo.

El negocio está ya en la Corte para conocer de los recursos de apelación pendientes. a lo cual se procede mediante las consideraciones de rigor.

CAPITULO I

Antecedentes del negocio

El gobierno nacional recibió algunas propuestas de contrato para explorar y explotar los metales preciosos existentes en sectores determinados del cauce del río Telembí. A las propuestas se les dio la tramitación prescrita especialmente en el decreto ejecutivo número 1343 de 1937, dictado con el fin de reglamentar "los contratos para la exploración y explotación de las minas de aluvión de metales preciosos de la reserva nacional y los artículos 1º, 2º, 3º y 4º de la ley 13 del presente año" (1937). Durante el proceso administrativo el señor Julio del Castillo se opuso a la celebración de los contratos, alegando que las minas solicitadas en concesión pertenecían a la Sociedad Ordinaria de Minas de que anteriormente se habló, y de que él es presidente. El ministerio de industrias y trabajo en resolución número 7 de 10 de enero de 1938 previo el estudio del caso y por considerar que las minas hacían parte de la reserva nacional declaró infundada la oposición, y, en consecuencia, dispuso proceder inmediatamente a celebrar el contrato de explotación propuesto por el señor Guillermo Caicedo V., advirtiendo además que los derechos de los opositores quedaban a salvo "para que los hagan valer ante la justicia ordinaria si así lo estimaren conveniente". El ministerio negó el recurso de revocación que contra esta resolución interpuso el opositor, en la de 17 de mayo del mismo año, en la cual además como nuevo ordenamiento dispuso: "Ordénase la suspensión inmediata de los trabajos de exploración y explotación que en la actualidad realiza la Compañía Minera de Nariño en el cauce y minas riberanas del río Telembí. Esta orden se llevará a término por conducto del ministerio de gobierno". Contra esta nueva orden también se pidió revocatoria, pero el ministerio la negó en resolución del 14 de junio del año ya citado.

Tanto las resoluciones que rechazaron las oposiciones como las que ordenaron la inmediata suspensión de trabajos, fueron acusadas ante el consejo de estado en demanda de nulidad de ellas. La acusación fue iniciada por el señor del Castillo en representación de la Sociedad Ordinaria de minas de que es presidente y por la Compañía Minera de Nariño. El consejo de Estado en dos sentencias del nueve de mayo de 1939 declaró que no eran nulas las resoluciones acusadas.

El 27 de mayo siguiente y por medio de telegrama número 23, dirigido por el ministerio respectivo, al gobernador de Nariño, se le ordenó a éste "dictar medidas necesarias para hacer efectivo cumplimiento disposiciones este despacho, extinguido ministerio industrias, según las cuales Compañía Minera Nariño debe suspender toda clase trabajos laboreo minas en cualquier sitio cauce río Telembí". Este telegrama fue complementado por los de 6 y 10 de junio, según los cuales era preciso impedir todo trabajo que la Compañía estuviera adelantando en el río Telembí, para cuyo efecto se debían retirar los elementos con que la Compañía estuviera ejercitando actos posesorios que "gobierno considera intolerables en bienes reserva nacional".

El gobernador de Nariño entonces dictó

una resolución comisionando a su secretario de gobierno para que notificase a la Compañía Minera de Nariño las órdenes impartidas por el ministerio e hiciera retirar los elementos de trabajo del cauce del río Telembí, aun haciendo uso de la fuerza, con el objeto de obtener a cabalidad el cumplimiento de las órdenes del gobierno nacional.

Los documentos en que constan estos hechos están a los folios 58 y 59 del c. número 3.

A continuación el secretario de gobierno de Nariño en los días 19 a 25 de junio dio cumplimiento a su encargo; suspendió los trabajos que la Compañía Minera de Nariño adelantaba en el cauce del río Telembí, selló dos dragas y prohibió que dichos trabajos continuasen. (Fls. 154 v. a 159 del c. número 1).

Este relato es la síntesis de los hechos principales antecedentes inmediatos de la presente acción posesoria.

Como el consejo de estado, según acaba de verse, pronunció fallo sobre la legalidad de las resoluciones ministeriales que le sirvieron al gobierno de apoyo para impedir por la fuerza que continuaran los trabajos de explotación de las minas del río Telembí por parte de la Compañía Minera de Nariño, arrendataria de ellas por contratos con Julio del Castillo y la Sociedad Ordinaria de minas que él representa, hay que ver si tal fallo enerva la acción posesoria, como tesoneramente lo ha venido sosteniendo el señor procurador delegado en lo civil.

Las resoluciones del gobierno y los fallos del consejo de estado crearon una situación cuya realidad ha de contemplarse por la corte, en el capítulo siguiente, para juzgar acerca de la prosperidad de la acción posesoria instaurada.

CAPITULO III

Viabilidad de la acción posesoria ante el poder judicial

La existencia de los supradichos fallos le da pie al señor procurador para proponerle a la corte la siguiente cuestión previa:

"El Consejo de Estado falló la acción en sentido adverso a las pretensiones del demandante, declarando la legalidad de las resoluciones acusadas, por no ser violatorias de derechos, sino antes bien, actos legítimos de administración pública.

"El fallo en referencia versó, pues, sobre la pretendida violación de la posesión minera, y declaró de la manera más explícita que no hubo tal violación.

"Los elementos, así objetivos como subjetivos, así de hecho como de derecho, que integraron aquel juicio son exactamente los mismos que forman la relación jurídico-procesal de la acción posesoria aquí ejercitada. La diferencia no es sino de nombres. Aquel juicio se llama de nulidad administrativa. Este, de protección posesoria. Pero el contenido jurídico y los sujetos, activo y pasivo, son unos mismos en los dos juicios. De donde se concluye sin lugar a duda que el Consejo de Estado falló sobre la pretendida perturbación posesoria atribuída al Estado, es decir, lo mismo que ha sometido el demandante en este juicio a la decisión de la justicia ordinaria.

"En armonía con el moderno concepto de la jurisdicción contencioso-administrativa, los fallos de ésta no se limitan a la declaración abstracta de ilegalidad o de validez de los actos administrativos. Sus efectos van más allá: restablecen el imperio del derecho violado, o legitiman el acto, autorizando su consumación. Producen, pues, tales fallos, efectos sustantivos.

"Síguese de aquí que el fallo del Consejo de Estado, a que me vengo refiriendo, no puede tenerse como un simple concepto sobre la legalidad de los actos demandados, carente de efectos jurídicos sustantivos para las partes que militaron en el respectivo juicio. No puede sostenerse tal cosa sin reducir hasta lo ínfimo el papel de una institución que en la vida moderna cobra cada día más prestancia, como es la jurisdicción contencioso-administrativa.

"Ahora bien: según claro y terminante precepto consagrado en el artículo 93 de la Ley 130 de 1913, "las sentencias definitivas ejecutoriadas de los Tribunales de lo Contencioso Administrativo son obligatorias **y no están sujetas a revisión por parte de la justicia ordinaria**" (subrayo).

"De donde se sigue que el mencionado fallo del Consejo de Estado, como Tribunal Superior de lo Contencioso Administrativo, es obligatorio en sus efectos jurídicos para las partes, y no puede ser revisado por la justicia ordinaria.

"Y qué otra cosa, sino la revisión de aquel fallo por la justicia ordinaria, implica el acoger una acción judicial encaminada a que se decida que hubo por parte del Gobierno perturbación, vale decir violación de un pretendido derecho, contra lo que de manera expresa decidió el Supremo Tribunal de lo Contencioso Administrativo? A dónde vendría a dar la firmeza, la obligatoriedad, la fuerza ejecutoria de estos fallos, consagrada de modo tan terminante por la ley?".

El señor procurador sostiene, pues, que los fallos del consejo de estado implican un juzgamiento por autoridad competente de las mismas cuestiones que ahora se le proponen a la corte y que ella tendría que estudiar en orden a calificar la procedencia de la acción posesoria, estudio que le está vedado hacer, como que tal cosa equivaldría a una revisión del pronunciamiento contencioso administrativo, en que se ejercitó una acción privada reparadora de plena jurisdicción, que no tuvo éxito, por lo cual hoy tampoco puede tenerlo ante la justicia ordinaria, a la que obliga el artículo 93 de la ley 130 de 1913.

Para la sala las sentencias del consejo de estado no pueden ser obstáculo a que los jueces ordinarios ejerzan la función que constitucional y legalmente les corresponde de manera privativa y exclusiva de decidir, si una persona tiene la posesión de un inmueble y debe ser amparado en esa posesión. Está pues la corte en desacuerdo con la tesis del señor procurador, y a ello muévenla las consideraciones que van en seguida.

Las resoluciones ministeriales no anuladas por el consejo de estado tuvieron por fin, según quedó dicho en el capítulo primero, decidir la oposición de Julio del Castillo y de la Sociedad de Minas que él representa, a la propuesta de contrato con el gobierno, de Guillermo Caicedo F. para la exploración y explotación de los metales preciosos que se encuentran en el lecho del río Telembí, en un trayecto de quince kilómetros, ubicados en el municipio de Barbacoas, entre los puntos indicados en la propuesta, en cuanto esa propuesta comprende y afecta las minas Telembí números 3 a 7, de propiedad de los opositores, según títulos otorgados por el Estado colombiano en los años de 1898, 1899 y 1906.

El gobierno, de acuerdo principalmente con las disposiciones pertinentes del decreto número 1343 de 1937 que reglamentó los contratos para la exploración y explotación de las minas de aluvión de metales preciosos de la reserva nacional y los artículos 1º y 4º de la ley 13 del mismo año, y apoyándose en lo que disponen los artículos 22 a 24 y 27 de dicho decreto, entró a calificar el valor legal de los títulos de propiedad que presentaron los opositores, y, como los encontró insuficientes en orden a acreditar el dominio y la posesión regular de las respectivas minas, consideró que éstas hacían parte de la reserva nacional y sobre esa base declaró infundadas las oposiciones. Con posterioridad a esta primera resolución, y ya dándole efectos prácticos a la idea consignada en ella de que las minas pertenecían a la reserva nacional, en un segundo proveído consecuencial del primero el gobierno dio orden de que la Compañía Minera de Nariño suspendiera toda labor de exploración y explotación en el cauce y minas riberanas del río Telembí, alegando: "Como el ministerio tiene conocimiento de que la Compañía Minera de Nariño adelanta trabajos de exploración y explotación en el cauce y minas riberanas del río Telembí, por medio de una draga y de taladro, es el caso de proceder a tomar las medidas para la suspensión de ellos ya

que se trata de una explotación ilegal y la exploración no es permitida en zonas de la reserva nacional, de acuerdo con el inciso 3º del artículo 4º de la ley 13 de 1937, sin previo contrato".

El consejo de estado ante quien en ejercicio de la acción privada se acusaron ambas resoluciones, hallólas ajustadas a los respectivos reglamentos: es decir, la primera, dentro de los poderes que el gobierno poseía a virtud del mencionado decreto 1343 de 1937, cuyo artículo 24 —declarado inexequible posteriormente en sentencia de la sala plena de esta corte, de fecha 21 de febrero del año próximo pasado —explicólo el consejo no obstante la insistencia del demandante en que ese precepto pugnaba con la constitución por concederle al gobierno la facultad de calificar el derecho minero de propiedad de los particulares frente al interés contrapuesto de la nación; por ello el consejo se pronunció en el sentido de que las pruebas presentadas por el opositor, en obedecimiento al artículo 27 del decreto, complementario del 24, no acreditaba que las minas reclamadas fueran de propiedad privada y hubieran salido en tiempo del patrimonio del Estado. Y la segunda providencia, contentiva de la orden de suspensión de los trabajos de exploración, tampoco resultó incorrecta a la luz de las facultades que el código fiscal le atribuye al gobierno de velar por la conservación y guarda de los bienes nacionales, ya que las minas que estaba trabajando la Compañía Minera de Nariño, en el cauce del río Telembí, pertenecían a la reserva nacional, según lo que se acababa de establecer.

Si a las providencias gubernamentales y del consejo de estado se les da el efecto de cosa juzgada ante la justicia ordinaria, que les atribuye el señor procurador, ese alcance resulta inadmisible por inconstitucional. En nuestro derecho público no es posible jurídicamente que las autoridades administrativas tengan la potestad de fallar con alcances jurisdiccionales las controversias relativas al derecho de propiedad de los particulares ni al ejercicio de las acciones posesorias con que se ampara aquel derecho; principio que es innegable aun en los casos en que la propiedad provenga o se origine en actos de enajenación efectuados por el Estado, y que el conflicto esté por él provocado. Porque la circunstancia de que sea el Estado el que administrativamente, como en el derecho de propiedad minera, actúa enajenando una cosa, es factor que no le arrebata al adquirente ninguna de las prerrogativas que salvaguardian a los demás propietarios, pues la propiedad que trasmite el Estado es tan seria y tan firme como la que trasmite cualquier particular; de modo que los propietarios de cosas que deriven sus títulos de actos de enajenación del Estado no deben estar menos favorecidos que los otros dueños. Así éstos como aquéllos adquieren siempre un derecho de carácter civil, sancionado naturalmente por acciones de la misma índole, cuyo conocimiento y decisión corresponde privativamente al poder judicial.

La función administrativa, incluyendo en ella la que emana de los fallos jurisdiccionales del consejo de estado, en nuestro derecho está erigida con miras distintas de las de definir las acciones civiles provenientes de la propiedad y posesión de inmuebles. Si existe alguna materia de la atribución propia y excluyente de la justicia ordinaria es esa. A la jurisdicción administrativa le está vedado invadirla. Para hacer lícita la intervención de los otros órganos del poder público en el conocimiento y fallo de las acciones civiles, ordinarias y sumarias, sobre la propiedad y posesión de inmuebles, habría que eliminar varios preceptos de la Carta fundamental que proclaman el principio de la separación de los tres órganos estatales por ella reconocidos.

Se repite que en manera alguna ocurre variación de este principio por el hecho de que la propiedad y la posesión provengan de actos directos del Estado. Siempre se tratará del derecho de propiedad privada, que es lo que el Estado se propuso otorgar al conferir un título de enajenación respecto de cualquier bien. Y a

éste respecto conviene recordar la doctrina eminentemente democrática y constitucional contenida en la sentencia de corte plena de fecha 21 de febrero del año próximo pasado, ya citada, que declaró inexequible por contrario a tal principio el artículo 24 del decreto 1343 de 1937, también ya mencionado, en dos de cuyos párrafos medulares se lee: "Los altos principios de equilibrio y de control dentro de los cuales se mueve todo Estado de derecho, principios recogidos y consagrados en la constitución colombiana, impiden que el Estado se convierta en juez y al mismo tiempo parte en los litigios de índole civil relativos a la propiedad privada con los particulares. En estos litigios las autoridades administrativas no son aptas para intervenir con autoridad de jueces, porque la Constitución les ha negado la respectiva potestad de administrar justicia fallando sobre las acciones que el Estado crea tener tendientes a modificar en su favor situaciones jurídicas preestablecidas.

"Esto sentado, la traducción al reglamento de la Ley 13 de 1937, requería la exacta interpretación del genuino alcance y significado de ésta amén de la fiel observancia del radio propio de la función administrativa, cuyos lindes son obstáculo para que desborde al campo de acción de la justicia ordinaria. Nada que amenguara en lo más mínimo los derechos adquiridos por las adjudicaciones hechas y conservadas anteriormente a las reservas podía estatuír el reglamento, porque no fue propósito de la ley debilitar esas adjudicaciones, ni del legislador cambiar el órgano natural encargado de fallar las acciones posesorias u ordinarias que el Estado tenga contra esas adjudicaciones". (**Gaceta Judicial** número 1966-1968).

Ideas que por lo demás son postulados en el derecho público de otros pueblos de más perfecta organización jurídica. La doctrina francesa cuyas orientaciones ha tratado de seguir la ley colombiana en el establecimiento de la jurisdicción de lo contencioso-administrativo, proclama que toda controversia que encarne la discusión de un derecho de posesión o de propiedad con el Estado; o que tienda a reparar las consecuencias de la privación de un derecho de propiedad privada, impuesta por la Administración pública en interés público, corresponde decidirla al poder judicial. Y refiriéndose Appleton en su tratado de Derecho Administrativo, concretamente a los litigios relativos a la posesión, dice que siendo estos litigios entre los particulares y la administración de la misma naturaleza de los que se traban sobre la propiedad, como quiera que es con el objeto de mejor proteger la propiedad que se protege la posesión, la jurisprudencia sostiene que la competencia le corresponde al Poder Judicial. Apunta luego dicho autor: **"Se admite por otra parte que los tribunales judiciales son competentes, aun en presencia de una excepción de dominio público opuesta en nombre del Estado para ordenar que se vuelva a poner en posesión al poseedor expulsado o perturbado con violencia y vías de hecho por los agentes del Estado con el pretexto de que el inmueble litigioso depende del dominio público; la restitución en efecto puede ser intentada aun por un simple detentador incapaz de prescribir".**

Hay más. Las acciones civiles posesorias, del tipo de la que se ejercita en el libelo de demanda, configúrase por una fisonomía especial, que es de ley. Así deben originarse necesariamente en **hechos de ejecución**—las perturbaciones o el despojo—los cuales en el presente caso fueron posteriores a las sentencias del consejo de estado. En segundo lugar están sometidas a términos especiales de prescripción: según los artículos 327 y 331 del código de minas las que tienen por objeto conservar la posesión de las minas prescriben al cabo de un **año** completo contado desde el **acto de molestia o embargo** inferido a ella, y las que tienen por objeto **recuperar la** posesión por **despojo violento** prescriben en seis meses contados desde el día en que el poseedor es lanzado. Y en tercer lugar tales acciones están gobernadas por trámites especiales, que deben seguirse ante los jueces comunes.

Con la tesis del señor procurador de que los pronunciamientos del consejo de estado agotaron las acciones posesorias que podían tener los que hasta entonces se presentaban como dueños de las minas, llegaríase a los siguientes inaceptables extremos: primero, que las acciones posesorias pueden decidirse con anterioridad a los **hechos de ejecución**, constitutivos del despojo o de la perturbación, lo cual es contrario a la noción misma de aquellas, que suponen actos determinados y concretos contra la posesión; es decir, se juzgaría por autoridad incompetente el derecho antes de existir; segundo, forzosamente los términos de prescripción anotados y la forma legal de computarlos quedarían burlados; y tercero, el procedimiento judicial y la competencia de los jueces comunes en lo que respecta a las acciones posesorias, sería sustituído por un procedimiento meramente administrativo adelantado primero en una dependencia gubernamental que dicta resolución, la que luego puede ser acusada ante el consejo de estado, quien al no anularla, entiéndese que falla también respecto de la acción civil del poseedor.

Y a todos estos extremos llegaríase no por obra de una reforma legislativa, sino por efecto de las disposiciones de un decreto reglamentario, el artículo 24 del decreto 1343 de 1937, que aunque declarado inexequible por la corte con posterioridad a los pronunciamientos con que pretende ampararse la cosa juzgada, no por ello maniata a la sala para considerarlo desde antes inaplicable por inconstitucional, según lo dispuesto en el artículo 12 de la ley 153 de 1887, en cuanto en ese decreto pudieran directa o indirectamente apoyarse conclusiones contrarias a los fueros del poder judicial y a las disposiciones normativas de las acciones posesorias en materia de minas.

Por lo tanto, de acuerdo con las ideas expuestas que parecen axiomáticas en los dominios del derecho, hay imposibilidad legal y constitucional de reconocerles a los fallos del Consejo de Estado, de que se ha hecho mérito, alcances de cosa juzgada de la acción posesoria que intenta en este juicio el demandante Julio del Castillo, en forma tal que el poder judicial carezca hoy día del poder de decisión sobre la referida acción. No se está así en el caso del artículo 93 de la ley 130 de 1913, invocado por el señor procurador.

CAPITULO IV

La acción posesoria del poseedor regular de una mina

El querellante demanda el interdicto posesorio tendiente a impedir que el Estado lo perturbe o embarace en la posesión que afirma tener sobre las minas TELEMBI números 3 a 7, consagrado por los artículos 427 a 432 del código de minas.

Siendo indiscutible, según dejóse establecido en el capítulo anterior, la competencia de la justicia ordinaria, para conocer y fallar en el fondo la acción, a ello se procede, con entera libertad ni sujeción a lo que administrativamente esté resuelto.

En derecho minero, como en derecho civil, la posesión es la **tenencia** de una cosa con ánimo de señor y dueño, sea que el dueño, o el que se da por tal tenga la cosa por sí mismo o por otra persona que la tenga en su lugar y nombre de él (artículo 289 del código de minas).

Y lo mismo que en el derecho civil, en el derecho de minas la posesión puede ser **regular** o **irregular**, dividida esta última en **violenta** y **clandestina**, según que se haya adquirido por la fuerza (artículo 292), o se ejerza ocultamente respecto de los que tienen derecho de oponerse a ella (artículo 295).

Pero además en el código de minas se reconoce otra clase de posesión llamada **ordinaria**, desconocida en el derecho civil, que se adquiere por el aviso del que, según los artículos 8º, 79, 346 y 367, denuncia a la autoridad una mina con el fin de obtener del Estado su adjudicación; o por el que, a semejanza de lo que ocurre en el derecho común, ocupa materialmente

una mina sin violencia ni clandestinidad (artículo 305).

Y a diferencia de lo que ocurre en el derecho civil, en el derecho minero sobre una mina pueden subsistir posesiones de varias clases, y aun poseedores de una misma clase (artículo 308). Así la posesión ordinaria emanada del aviso en favor del avisante, subsiste con la posesión ordinaria de otra persona que ocupa materialmente una mina sin violencia ni clandestinidad. Concurren en este caso dos posesiones ordinarias simultáneamente. De igual manera el avisante de una mina poseída por otro a título de poseedor regular, tiene el carácter de poseedor ordinario con los derechos de tal para el efecto de hacerse adjudicar la mina en el caso de que resulte dentro del juicio correspondiente que aquel poseedor no tiene de dicho carácter sino las apariencias, por haber abandonado, por ejemplo, la mina de que se trata, y no haberla recobrado según la ley.

Según el código, **posesión regular**, es la que tiene el dueño de una mina **titulada** que paga **puntualmente** el impuesto establecido (artículo 291 del código de minas).

Surgen pues dos elementos integrantes de la posesión regular. Título emanado del Estado, o sea el documento que expide la autoridad competente al denunciante de una mina, "para que pueda justificar con él que el Estado le ha cedido la posesión y propiedad de dicha mina" (artículo 70). Y pago puntual del impuesto establecido, porque la posesión regular "se conserva por el pago del impuesto" (artículo 303); lo que en otras palabras quiere decir que el pago del impuesto equivale a la tenencia material de la mina.

La posesión regular es la de mayor excelencia en el código. Constituye la culminación del proceso administrativo para adquirir del Estado la adjudicación de la mina y por eso se confunde con la propiedad. Quien tiene la posesión regular de una mina es propietario de ella **erga omnes**. La posesión ordinaria, en cambio es de inferior calidad, ya que la ley contémplala como la vía o el medio para alcanzar el siguiente grado más perfecto: el de la propiedad mediante la posesión regular.

El poseedor regular que por cualquier circunstancia pierde ese carácter se convierte en poseedor ordinario siempre que conserve la tenencia material de la mina (artículo 310), y con esta calidad puede recobrar nuevamente la propiedad, sin necesidad de que tenga que someterse al primitivo trámite administrativo, con sólo pagar los impuestos de que esté en mora con sus intereses, cuando la pérdida de la posesión regular proviene de la falta de pago del impuesto debido (artículo 163).

El código ampara tanto al poseedor regular como al ordinario con acciones posesorias a fin de mantenerlos en el goce de sus respectivos derechos contra los actos injustos de terceros que atenten contra este goce. Estas acciones tienen así por objeto "hacer **efectiva** o **conservar** la posesión de las minas o de los derechos reales constituídos en su favor". (Artículo 320).

El mismo estatuto establece el orden de preferencia que corresponde a los poseedores en las acciones de amparo: a) entre poseedores regulares prefiere el que tenga título más antiguo (artículo 325); b) "el derecho del poseedor regular es siempre preferible al de todo otro poseedor" (artículo 324); c) la acción que tiene por objeto hacer efectiva la posesión no puede ser ejercida sino por el poseedor regular (artículo 323); d) las acciones que tienen por objeto conservar la posesión corresponden también al poseedor ordinario (artículo 321); y f) el mero tenedor de una mina violentamente despojado de ella, tiene también acción para obtener que se le restablezca en la tenencia, sin que para ello necesite probar más que la violencia de que fue objeto (art. 331).

Esta última es una acción exactamente igual a la que consagra el artículo 984 del código civil en beneficio de los poseedores y tenedores del derecho común, de bienes raíces.

Y salvo esta excepción, las acciones posesorias sólo se conceden al que "ha conservado la posesión desde que la ad-

quirió, o que por lo menos tenga título y justifique el pago del impuesto en el año anterior". (Art. 321).

Conservar la posesión desde que la adquirió, es comprensivo tanto del poseedor ordinario como del poseedor regular. El uno como el otro en el primer momento, desde la demanda, pueden estar en capacidad de acreditar, el primero que desde que adquirió la posesión por ocupación o por aviso, la conserva en la actualidad; y el segundo, que tiene un título perfecto emanado del Estado, y siempre, y desde la época prevista en la ley ha pagado los impuestos sin interrupción, con lo cual acreditaría a plenitud que tiene el carácter de poseedor regular.

La condición subsidiaria de **tener título y justificar el pago del impuesto en el año anterior**, se refiere indudablemente y de manera exclusiva al **poseedor regular**, ya que la posesión garantizada con un título y el pago del impuesto, únicamente tiene que ver y obliga a esta clase de poseedores. El poseedor ordinario precisamente por la naturaleza de su posesión carece de un título adecuado, la mina no está todavía titulada, según lo que por esto entiende el tercer inciso del artículo 70, ni tampoco le ha llegado la oportunidad de pagar el impuesto de estaca, el que empieza a deberse cuando la autoridad hace entrega de la mina al que la ha denunciado y éste cumple el correspondiente trámite administrativo para obtener la adjudicación (artículo 23, ley 292 de 1875).

No existiendo otro poseedor a quien pueda referirse la segunda parte del art. 321, su verdadero contenido es este: el poseedor regular que por lo menos tenga título y justifique el pago del impuesto en el año anterior, podrá establecer una acción posesoria.

De consiguiente, de la redacción misma de la disposición se desprende que el poseedor regular o el que pretende serlo no está obligado en la acción posesoria a demostrar plenamente su condición de tal; bástale exhibir el título emanado del Estado con que esté poseyendo y la prueba de que en el último año pagó el impuesto de estaca, para que la autoridad le dé protección, frente a un tercero sin título o con título de fecha posterior al del poseedor. En lo que atañe al impuesto, el pago del año anterior es pues el único requisito, con lo cual la ley descarta implícitamente toda controversia al rededor del pago de otros años y del fenómeno del abandono de la mina a virtud de la falta o de la insuficiencia de pago de anualidades distintas.

Y en lo tocante al título, es suficiente al poseedor presentar el que le haya otorgado el Estado que le dé el carácter de dueño. Es suficiente la apariencia de una posesión regular, cumplida con la presentación del título y el recibo de pago del último impuesto. La naturaleza breve y sumaria del juicio posesorio, carente de término de prueba, en que las partes tengan toda la oportunidad para la defensa y el ataque, necesariamente impide el examen de fondo de los títulos, que envuelva una calificación de las condiciones intrínsecas de su validez. Teniendo ese carácter las acciones de amparo es impropio discutir dentro de ellas el derecho de dominio minero en su plenitud. Por eso la ley en lo relativo al pago de todos los impuestos causados, se da por satisfecha en la acción posesoria con que se justifique el pago de la anualidad anterior o la presentación de la demanda, no obstante que en derecho minero el pago cumplido y periódico de los impuestos equivale a la tenencia material de la mina (art. 289); y por ello también cuando la acción de amparo se ventila entre dos poseedores regulares, el código dispone que venza el que exhiba título más antiguo, con lo cual la ley consagra así una sencilla norma que evita el que el juzgador se comprometa en un análisis comparativo de fondo de los elementos jurídicos constitutivos de las dos posesiones enfrentadas en orden a determinar cuál de ellas merece en realidad el calificativo de regular con exclusión de la otra.

Parece inexplicable que la ley contemple, como la contempla el artículo 325,

una acción posesoria cuyos dos extremos sean dos poseedores regulares, siendo así que, confundiéndose la posesión regular con el dominio, es absurdo que existan dos dueños simultáneos de la misma mina, dado que el derecho de propiedad es exclusivo. En realidad no puede existir sino un poseedor regular y eso no lo olvidó el legislador. Pero en cambio, antes de que en el juicio ordinario se defina cuál es el poseedor regular, es jurídicamente posible que dos personas con pretensiones opuestas, fundadas en títulos distintos, ostenten entrambas signos aparentes de posesión regular. A esa apariencia de uno de los poseedores —ya que uno de los dos tiene que presentar mejor título que el otro a ser llamado poseedor regular—es a la que se refiere la ley confiriéndole validez y otorgándole beligerancia aún para vencer sumariamente en el interdicto al verdadero poseedor regular, si el título que éste exhibe es de fecha posterior al de su contrario. Lo que está pregonando de viva voz que en la acción posesoria, ni el título con que se posea, ni el pago hecho para conservar la posesión, pueden ser calificados en los elementos distintos de su materialidad, porque la ley quiere evitar que dicha acción se trueque en controversia de fondo alrededor del punto de a qué parte compete realmente el carácter de poseedor regular, en lo que se invadiría la función propia del juicio ordinario creado para ventilar, allá sí, las pretensiones encontradas de propiedad.

Estos principios están lejos de modificarse o atenuarse cuando el poseedor regular ejercita la acción de amparo contra el Estado. En verdad allí no hay dos dueños aparentes enfrentados. El Estado no es poseedor regular, sino dueño por derecho propio de las minas inadjudicadas. Pero en cambio el particular se enfrenta al Estado con un título otorgado por éste cuando podía darlo y una aparente situación de dueño, con el objeto de defenderse contra actos oficiales encaminados a desconocer por vías de hecho aquella situación. Debe gozar entonces ese particular de la protección posesoria ya que el Estado en materia de propiedad privada está obligado a respetarla y a buscar los cauces normales que a todos obligan, cuando quiera que llegue al convencimiento de que su derecho de propiedad prevalece sobre el del tercero que con fundado carácter de aparente dueño ocupa un bien. El Estado que ha conferido títulos serios de propiedad sobre un bien, al igual de los particulares, no puede, declarándose desvinculado de ellos y a pretexto de vicios que los invaliden, proceder por vías de hecho cual si esos títulos no existieran. Precisamente la acción posesoria vendría en tal caso, como entre particulares, a sancionar las vías de hecho, anulándolas, obteniéndose así el restablecimiento del equilibrio jurídico violado.

Y así como entre particulares, es suficiente que el poseedor enseñe el título adecuado con que posea y el comprobante del pago de la última anualidad de impuesto, con lo cual queda investido de la acción posesoria, en calidad no sólo de poseedor sino también de dueño de la mina que reza el título, es decir, de poseedor regular, de igual manera su posición no será distinta cuando accione contra el Estado. En el particular el código no ha establecido ninguna excepción, y eso que dicho estatuto expresamente contempla el caso de despojo violento por actos de autoridad. Ni podía establecerla, en fuerza de que la naturaleza sumarísima del juicio posesorio no cambia en atención a que el demandado sea persona de derecho público. De consiguiente con esta clase de contrapartes tampoco es correcto y equitativo tener presente para los interdictos de amparo otros factores que aquellos a que se refiere el artículo 321.

Por la misma razón, es improcedente en los interdictos de amparo, sea entre particulares o sea contra el Estado, cuando el querellante demanda con la calidad de poseedor regular y la acredita sumariamente, según el artículo 321, determinar si por haber perdido dicha calidad, dejando de pagar, por ejemplo, una o varias anualidades distinta de aquella a que

el precepto se refiere, se ha trocado en poseedor ordinario y si en esa nueva condición posee la protección que demanda. Porque tal determinación requiere más que un análisis superficial de los títulos y de los pagos, y ello conforme está dicho rompe los moldes del juicio posesorio, destinado principalmente a considerar y sancionar el agravio que por vías de hecho haya sufrido el legítimo poseedor, de parte de otro que apela ilícitamente a esas vías para desalojarlo, eligiendo caminos vedados a pretexto de que su derecho es prevalente.

Aunque ante una confrontación de calidades resulte cierto que este derecho es prevalente, por haber perdido el ocupante de la mina despojado o perturbado, la posesión regular, esa confrontación, fuera de la que permite limitativamente el art. 325 en cuanto a la antigüedad de los títulos, si de dos propietarios se trata, es inadmisible en las acciones posesorias, porque rompe el objeto propio de éstas, que así queda desplazado y convertido en controversia plena de propiedad, materia de los juicios ordinarios de minas. De consiguiente, puede acaecer, que el poseedor regular que ha perdido esta calidad por cualquier causa, gane la acción posesoria contra otro poseedor regular que sí retiene tal carácter, pero que para reivindicar la mina resuelve apoderarse de ella por vías de hecho, anticipándose al fallo de los jueces. Y bien está que así ocurra, porque nadie está facultado para hacerse justicia por su propia mano, procedimiento que precisamente es el que se busca anatematizar en los interdictos de amparo de la posesión.

El Estado tampoco escapa de la aplicación de estas nociones, a pretexto de que de él dimana la propiedad minera de los particulares. El Estado como propietario de las minas inadjudicadas, inadjudicables o abandonadas, carece también de poder para anticiparse al veredicto de los jueces arrebatándole al dueño de una mina, que prima facie revela serlo, su derecho.

Al reservarse la nación por distintos ordenamientos dictados desde el año de 1905 la propiedad de las minas de aluvión de metales preciosos ubicadas en los lechos y riberas de los ríos navegables, lo tuvo que hacer dejando a salvo los derechos adquiridos por particulares, conforme así lo declara expresamente el art. 1º de la ley 13 de 1937. Estos derechos se refieren naturalmente a minas adjudicadas antes de las reservas. Luego los decretos de reservas en nada han podido cambiar o modificar la posición jurídica de los dueños de minas tituladas por la nación cuando podían hacerlo. Si antes de las reservas la nación estaba obligada a discutir la eficacia de los títulos extrínsecamente suficientes que hubiera otorgado a terceros sobre minas ubicadas en las riberas o lechos de los ríos navegables, en un amplio debate controvertido y no podía consumar la desposesión antes de ese debate, después de las reservas tampoco está autorizada para desposeer como medida previa alegando y dando por sentado la ineficacia de los títulos aparentemente legítimos o supuesto abandono de las minas, dejando para luego el fallo judicial respectivo que declare que la mina no es de quien reza el título de adjudicación.

En suma, quien exhiba un título que en su materialidad y condiciones externas compruebe la propiedad de una mina y justifique el pago del impuesto en el año anterior, con sólo esos dos factores, o el certificado de redención de la mina, suficiente también como luego se verá, tiene acción posesoria en calidad de poseedor regular aun contra el Estado, sin que en el juicio respectivo pueda avanzarse en un examen acerca de la validez intrínseca del título y del abandono de la mina por falta de otros pagos.

En el presente juicio, se ejercita la acción posesoria conferida por los artículos 427 a 432 del c. de minas, que consagran el interdicto tendiente a impedir la continuación de los actos de un tercero que perturben o embaracen la posesión que alguno tiene de una mina.

El querellante presenta títulos de ad-

quisición emanados del Estado y el comprobante de la redención de las minas sobre que recae la querella. Demanda pues la protección en calidad de poseedor regular.

De consiguiente varios puntos restan todavía por examinar, de acuerdo con lo expuesto, a efecto de saber si el demandante tiene la acción posesoria incoada: primero, los títulos; segundo, el pago de la respectiva anualidad; y tercero, los actos de perturbación.

CAPITULO V

Los títulos

Las minas Telembí número 3 a número 7, objeto del interdicto, fueron adjudicadas en propiedad en el año de 1898, mediante títulos expedidos por el Estado, e inmediatamente después fueron redimidas a perpetuidad.

Consta en esos documentos que en enero del año de 1899 el gobernador del Cauca, encontrando completas las correspondientes diligencias administrativas de adjudicación, ordenó la expedición del título de las predichas minas, el cual al efecto se otorgó en favor de Isaac del Castillo y Clarence Eduardo Daugherty, en calidad éste de presidente de la sociedad, formada con el primero.

En el año de 1906 el señor Samuel del Castillo solicitó a la gobernación de Nariño se expidieran nuevamente los títulos de las minas, manifestando que los primitivos se habían perdido en el incendio ocurrido en Barbacoas cuatro años antes, a principios del año de 1902. Esta solicitud hízola el señor del Castillo en su calidad de miembro de la Sociedad Minera de que era presidente el señor Daugerhty. El gobernador de Nariño, hallando fundada y legal la solicitud, ordenó la nueva expedición de títulos. Todo esto consta en la escritura de protocolización número 180 de 28 de marzo de 1938, otorgada en la notaría primera del círculo de Pasto.

A estos títulos se oponen los siguientes reparos:

A) Que fueron expedidos a solicitud de quien no acreditó ningún derecho ni interés jurídico en su expedición;

B) Están expedidos por un funcionario incompetente para expedirlos;

C) No son la reproducción de los títulos originales ya que en ellos se introdujeron cambios fundamentales al expedirlos en favor de personas distintas de las que figuran en los documentos primitivos;

D) Son copias de copias;

E) Fueron registrados cuando ya estaban en vigor las reservas nacionales de las minas existentes en los lechos y riberas de los ríos navegables.

Dícese que estas irregularidades hacen ineficaces los títulos. Se impone pues el estudio de las tachas anteriores en el orden en que están propuestas.

— 1º —

En el año de 1906 no se expidió propiamente un nuevo título. Apenas se reprodujeron los primitivos documentos que en el año de 1899 se expidieron en favor de la Sociedad de Minas presidida por el señor Daugherty, documentos que originales reposaban en los archivos oficiales de la gobernación del Cauca. De consiguiente lo que en el particular existe es nueva copia del título original, por haberse quemado en el incendio de Barbacoas la que originariamente se dio a los interesados en comprobación de la propiedad de las minas.

El peticionario señor Samuel del Castillo solicitó que las nuevas copias se expidieran en provecho de Julio del Castillo, a quien, en la reorganización que por muerte del señor Daugherty, presidente que fue de la Sociedad, diósele a ésta, "elegimos los socios para reemplazarlo con tal carácter".

El gobernador de Nariño resolvió de conformidad la solicitud apoyado en el artículo 20 de la ley 292 de 1875.

Efectivamente la mencionada disposición autoriza expedir nuevamente el título de una mina en caso de pérdida del comprobante primitivo; derecho que de

acuerdo con el inciso 2º de la disposición posee la persona que justifique plenamente, a juicio del gobierno, que es representante por una causa legal de los derechos que tenía el primitivo denunciante sobre la mina.

El gobernador de Nariño encontró acreditado que por muerte de Daugherty, Julio del Castillo era el presidente actual de la Sociedad de Minas, a cuyo favor se había expedido el primer título. Eso es suficiente de acuerdo con la ley. Tanto más si se atiende a lo que dispone el artículo 284 del código de minas. Con el cual se legitimaba la intervención de Samuel del Castillo.

La objeción es pues de carácter muy adjetivo.

— 2º —

Esta objeción es todavía más débil.

Cuando se expidieron los títulos de 1899, el departamento del Cauca comprendía los territorios que posteriormente segregáronse para formar el departamento de Nariño, a cuya jurisdicción pasaron a pertenecer las minas.

El gobernador de Nariño actuó pues con plena competencia en la expedición del llamado nuevo título. Pero como los documentos originales estaban en Popayán, tuvo que acudir, como acudió, a que el gobernador del Cauca diera las respectivas copias.

Nada se ve de irregular en este procedimiento.

— 3º —

Menos admisible esta objeción.

Afírmase que para expedir los nuevos documentos la gobernación de Nariño no reprodujo, tomadas de los originales, las piezas que de acuerdo con la ley forman o componen un título de minas. Se sirvió para ello de copias expedidas por la gobernación del Cauca, y la reproducción no vino a ser otra cosa que copia de copia.

Las circunstancias obligaron a que el nuevo comprobante tuviera que expedirse teniendo por base las copias autorizadas por la gobernación del Cauca; reposando, vuelve a repetirse, en los archivos de esta gobernación los expedientes originales de adjudicación que se adelantaron en el año de 1899, el gobernador de Nariño, único competente en el año de 1906, por razón de la ubicación de las minas, para expedir el nuevo comprobante, debía pedir a la gobernación del Cauca copia de tales expedientes, con el objeto de autorizar el nuevo comprobante en un todo de conformidad con lo que en tales expedientes constara.

Por otra parte, los artículos 18 y 19 de la ley 292 de 1875, estatuyen lo que debe contener el título de una mina, consistente en la inserción de la copia de varias de las diligencias del respectivo expediente.

— 4º —

La cuarta objeción desenvuelve en términos distintos las ideas de las objeciones A) y C).

Que además de ser el nuevo título copia de copia se le introdujeron cambios fundamentales al expedirlo en favor de personas distintas de las que figuran en los documentos primitivos.

Con relación al segundo aspecto, examinando la primera objeción ya se vio la razón para que el comprobante se expidiera en favor de la Sociedad de Minas, representada por Julio del Castillo, en vez del señor Daugherty, quien en 1906 ya había muerto.

— 5º —

Se objeta que los títulos fueron registrados cuando ya estaban en vigor las reservas nacionales de las minas. El argumento se desarrolla así:

Puesto que en el año de 1906 cuando se hizo el registro de los nuevos títulos, ya regían los artículos 6º del decreto 1112 de 1905 y 2º del decreto 1322 del mismo año, que reservaron para la nación las minas situadas en los lechos de los ríos navegables, dicho registro carece de efectos,

no pudiendo llenar su finalidad legal, de medio de tradición para que los señores del Castillo adquirieran la propiedad de las minas.

Se considera

No está comprobado que los títulos expedidos en el año de 1899 se hubieran registrado antes del año de 1905. El demandante afirma que ese hecho no pudo comprobarse por la misma circunstancia del incendio de Barbacoas, que obligó a solicitar nuevos títulos, y que destruyó el archivo de la oficina de registro.

La falta de registro de los títulos de minas o el registro irregular los afecta de nulidad de acuerdo con el numeral 2º del artículo 94 del código de minas. Pero de acuerdo con el artículo 98 es una nulidad que puede sanearse, haciendo el registro, lo cual es permitido aun durante el curso del juicio en el cual se haga valer el título, según lo previsto en el art. 100.

En el presente caso aparece un título de adjudicación otorgado por el Estado en el año de 1899, que por pérdida vuelve a a reexpedirse en el año de 1906, siendo entonces registrado, sin que pueda saberse si el primitivo fue registrado antes de este último año.

La regla general es que el registro tardío sanea la nulidad. El título se convalida. De acuerdo con esto, aunque hubiera sido demorado el registro hasta el año de 1906, el título habría quedado saneado. De ello resulta que en su materialidad y condiciones extrínsecas el título revela **prima facie** que el demandante es el adjudicatario y poseedor de las minas.

Se arguye que en el caso de los títulos de las minas del Telembí el registro hecho en el año de 1906 no operó el resultado previsto en el artículo 98; al efecto se cita la sentencia de la sala de casación civil de la corte que declaró que "si antes del registro del título el Estado se reserva la propiedad exclusiva de ellas, como ocurrió con las que se hallan en los lechos de los ríos navegables, el adjudicatario no adquiere el dominio por el registro del título".

No entra a discutir la sala ni a examinar la exactitud de esta doctrina. Con base en ella, en el presente juicio no podría desestimar los títulos, porque el caso presenta particularidades especiales como la imposibilidad que existe de que se presente el título original oportunamente registrado, por causa de su destrucción en un incendio, hecho que en este interdicto es impropio de discutir, pues requiere múltiples pruebas para cuya producción no podía haber oportunidad. Como tampoco existió oportunidad, dado lo sumarísimo del procedimiento, de que se presentaran y discutieran otros hechos, con los cuales pudiera llegarse a una convicción cierta de que el registro de 1906 no pudo consolidar ningún derecho en favor de los querellantes, por razón de que no lo había, o habíase perdido, según la doctrina citada, expuesta en una sentencia a la que precedieron dos instancias correspondientes a la controversia amplísima del juicio ordinario.

Para los efectos de este juicio y de considerar a los querellantes como titulares de las minas, basta la presentación de los títulos con su registro hecho inmediatamente después de reexpedidos por pérdida de los primeros a causa de un incendio; y que la ley en esa forma les confiera validez.

De lo contrario en la acción posesoria resultaría decidido, contra todo derecho, lo concerniente a la nulidad de los títulos, la clase de ella, si absoluta o relativa, los efectos de la nulidad, en cualquiera de los dos casos, etc., cuestiones que atañen al fondo del derecho de propiedad minero. En el capítulo IV dejóse establecido cómo tal determinación es jurídicamente imposible en los interdictos posesorios.

CAPITULO VI

El pago del impuesto minero

En el capítulo IV se dijo y se demostró que para los efectos del juicio posesorio debe reputarse como poseedor regular a quien exhiba un título que en su materia-

lidad y condiciones externas compruebe la propiedad de la mina, y justifique el pago del impuesto en el año anterior, o el certificado de redención de la mina.

Las minas del Telembí, a que se contrae la querella aparecen redimidas a perpetuidad desde el 30 de enero de 1899, antes de que se expidiera el título de propiedad a los adjudicatarios, según los respectivos comprobantes de pago en la administración departamental de hacienda nacional de la ciudad de Popayán hechos por la cantidad de veinte pesos ($ 20.00) cada uno, de impuesto, correspondiente a una extensión de cinco kilómetros cuadrados por mina.

Es pues el caso de un poseedor regular que se presenta a defender la posesión que juzga no haber perdido, contra las vías de hecho del Estado, comprobando el pago del impuesto no con el recibo correspondiente a la última anualidad, sino con certificados de redención de las minas otorgadas antes de que se expidieran por la autoridad los títulos de propiedad.

La redención de las minas era un acto que en el año de 1899 estaba autorizado por el artículo 45 de la ley 292 de 1875, y se operaba pagando por duplicado, de una vez, lo que se debiera pagar en veinte años. Con lo que se aseguraba de modo permanente la propiedad de las minas, quedando libres del impuesto en lo sucesivo.

De consiguiente, con el pago que se hizo en 1899 los titulares de las minas pretendieron redimirlas a perpetuidad.

Pero se objeta que en los mismos documentos presentados por el querellante consta que el acto de la posesión de las minas se llevó a cabo en el mes de noviembre del año de 1898. No habiéndose cubierto el impuesto correspondiente a dicho año como lo exigía el artículo 45 precitado, por razón del "impuesto establecido" en el momento en que se pretendiera redimir la mina; basta este hecho para concluír que el pago de veinte anualidades que se hizo no podía producir el fenómeno de la redención a perpetuidad, porque no se había pagado el "impuesto establecido", porque cuando se hizo la consignación de las veinte anualidades se estaba debiendo el impuesto del año anterior, dado que las minas se entregaron a fines de noviembre de 1898.

Esta es en síntesis la argumentación alrededor de la cual giran las alegaciones tendientes a desconocer todo efecto al pago que se hiciera en enero de 1899 por concepto de redención. Se agrega que como la redención no se produjo, las minas se reputan abandonadas desde el año en que se dio la posesión, dado que el pago del impuesto es el medio contemplado por la ley para conservar la posesión regular de las minas; y si algún efecto produjo ese pago no puede entonces ser otro que el que en reciente sentencia de casación sustentó la Corte en fallo de 27 de abril de 1940, consistente en que cuando el pago de las veinte anualidades no surte los efectos de la redención, por no haberse cubierto los impuestos atrasados hasta el día en que se pretende redimir, no por eso cae la mina en abandono en ese momento, y en tal caso el pago que se hace debe imputarse a anualidades futuras, quedando la mina amparada por el lapso o número de anualidades a que alcance dicho pago. Pero aún en esta hipótesis haciendo las correspondientes imputaciones las minas volvieron al Estado en el año de 1918, pues por esta época ya existía el estatuto de la reserva nacional, que las hizo insusceptibles de apropiación particular por ningún medio.

Se considera:

Los efectos jurídicos de la alegada insuficiencia del pago no son para ser examinados y concretados en esta acción posesoria. El juzgador en ella tiene que colocarse, para definirla, frente a la situación aparente que entre las partes existía en el momento en que se ejecutaron los hechos sindicados de perturbadores o violatorios de la posesión.

Y esa situación aparente era con res-

pecto a los titulares de las minas, la de poseedores regulares: exhibían título fundadamente serio emanado del Estado, expedido en época en que el Estado podía otorgarlo; y un pago hecho apenas varios días después de que se dio posesión de las minas, pero antes de que se expidieran por la autoridad competente los respectivos títulos de propiedad, lo que ocurrió ya a mediados del año de 1899. El pago de la redención no era una operación aislada semejante a la de cualquier otro impuesto. Estaba íntimamente vinculado al título que con la plenitud de las formalidades legales se otorgó después; era así su principal consecuencia y aplicación. Los adjudicatarios intentaron con ese pago consolidar la propiedad de las minas. Por lo menos ese fue sin lugar a dudas su ánimo. La autoridad por su parte creyó suficiente entonces el pago, pues nada objetó al expedir posteriormente los títulos de propiedad.

En estas condiciones no puede ser en este proceso materia de examen y de sanción lo relativo a los efectos jurídicos que produjera la referida insuficiencia del pago, porque ella, en caso de que exista realmente, puede traducirse: o en el abandono de las minas por inexistencia total del acto de redención y consiguiente reversión del dominio de ellas al Estado; o en que no ocurra este fenómeno, sino que por consecuencia de la buena fe con que se hiciera el pago y asentimiento del Estado por varios años a la eficacia del acto de redención, éste se haya convalidado; o en que según la teoría citada de la Sala de Casación de la Corte, de que cuando el pago hecho de buena fe con fines de redención es insuficiente, la suma pagada debe imputarse a anualidades futuras o a las que se estén debiendo, pero sin que deba entenderse abandonada la mina, etc.

Ninguno de los efectos indicados y cualesquiera otros puede concretarse y definirse como cierto en este juicio sumarísimo, circunscrito únicamente conforme está ya dicho a calificar la licitud de las vías de hecho adoptadas por el demandado con el propósito de desconocer lo que el poseedor representaba como un derecho respetable cuando menos provisionalmente, en tanto que la autoridad judicial lo definía con carácter definitivo.

Pues bien; teniendo el pago por redención, efectuado con el ánimo de consolidar en cabeza de los adjudicatarios el dominio de las minas, efectos tan íntimamente relacionados con el derecho mismo de propiedad que se pretendió adquirir, puesto que obra a manera de elemento complementario del título de enajenación, al pago que se hizo de veinte anualidades debe dársele efectos provisionales en este juicio, por lo mismo que el Estado estaba obligado a dárselos, mientras la autoridad judicial, exclusivamente competente para resolver los litigios sobre la propiedad y posesión de minas no definiera concretamente los alcances y los resultados de la redención que se pretendió hacer.

Lo contrario conduce a una verdadera antinomia jurídica, pues que si el Estado, como antes se demostró y se sostuvo en la sentencia de Corte Plena del 21 de febrero de 1941 es inhábil para calificar administrativamente, y con fines prácticos de desconocimiento, los títulos de propiedad minera otorgados por él y revestidos de seriedad legal, no se ve por qué razón la inhabilidad desaparezca a través de una actuación ya consumada y en la que se comprometió merced a la idea de que sí tenía tal facultad, en cuyo ejercicio una vez que concretó el alcance jurídico de los títulos mineros en relación con el derecho de propiedad que tales títulos rezan, puso en práctica la conclusión que adoptara en el sentido de desestimarlos.

Por lo mismo tampoco es oportuno en este proceso determinar los efectos de la supuesta insuficiencia del pago por redención a causa de que se hizo según la tarifa establecida por la ley 14 de 1888, que era la que estaba vigente, pero sin atender a lo que se dice también se desprendía del artículo 313 de la ley 153 de 1887.

La insuficiencia del pago de los impuestos es susceptible de concluír en el abandono de la mina por el poseedor regular, cuando las cantidades que faltan tienen

alguna importancia. Pero el abandono de una mina, por insuficiencia en los pagos, cuando el poseedor tiene título y ha pagado el último impuesto, o exhibe el certificado de redención, acto de mayor trascendencia y entidad que el pago de la última anualidad, es fenómeno que no debe admitirse mecánicamente, haciendo sumas y restas en el juicio posesorio. Con estas operaciones apenas contemplaríase la parte mecánica del problema, única que estaría a la vista. Mas prescindiríase arbitrariamente de la determinación de otros elementos jurídicos, que en cada caso particular también pueden intervenir en función de configurar el abandono, como la buena fe en los pagos que se hayan hecho, la eficacia de ellos en orden a obtener la redención, o el fenómeno de la recuperación de la mina, la ausencia de claridad de las disposiciones legales en cuanto a las sumas que deben pagarse, de donde pudiera considerarse aceptable un pago insuficiente pero de cuantía legal dudosa, etc.; elementos múltiples y complejos que requieren para ser analizados acertadamente y con equidad, una controversia en forma, tanto de hecho como de derecho, y que por lo mismo es injusto que se juzguen de plano en el juicio posesorio.

Inspirada en ello la ley le asigna el carácter de poseedor regular en los interdictos posesorios a quien exhiba el título otorgado por el Estado formalmente suficiente, y compruebe el pago de la última anualidad del impuesto o que ha redimido la mina a perpetuidad. Habiéndose permitido esta operación con posterioridad a la consagración del artículo 321, debe surtir el efecto del pago de dicha anualidad, para dar la acción posesoria. Y la misma ley descarta del debate lo atinente a la nulidad del título y a la insuficiencia de los pagos.

CAPITULO VII

Los actos de perturbación

Se solicita en la demanda el amparo posesorio para que la nación se abstenga de "turbar o embarazar" la posesión regular del demandante sobre las minas descritas. Se citan las disposiciones legales que sustentan en derecho la demanda, figurando entre ellas los artículos 328 y 427 del código de minas, que consagran específicamente la acción que se intenta, y se pide que el interdicto sea fallado de conformidad con el artículo 429 del mismo código que establece el procedimiento para dicha acción.

Está comprobado que el demandante es un aparente poseedor regular de las minas Telembí números 3 a 7.

Por ende cualquier desconocimiento de esa posesión por actos de los agentes del Estado llevada a cabo sin facultad legal, por simple vía administrativa, entraña una perturbación, que justifica el respectivo interdicto judicial, que la haga cesar.

En el capítulo primero detalláronse los actos perturbatorios. Mediante ellos se le ordenó al arrendatario de las minas del Telembí suspender todo trabajo de exploración y explotación de las minas, a cuyo efecto funcionarios públicos sellaron las dragas. Todo esto está bien comprobado y nadie lo discute.

En capítulos anteriores se dejó demostrado que los títulos presentados y el pago por redención, les confiere a los querellantes el carácter de poseedores regulares o dueños aparentes de las minas. Ese derecho no podía así ser avasallado por el Estado con el objeto de recuperar por la fuerza las minas. Debía el Estado respetar una propiedad, que él mismo había dado, y que por las condiciones extrínsecas de los documentos que la respaldan, impedían que fuera el mismo Estado el que calificara los vicios o la insuficiencia de que pueden estar afectados. Obligado estaba a atenerse a ellos mientras el poder judicial desataba la controversia.

"La calificación de los títulos mineros — dicen los abogados Caicedo Martínez, Casas y Eustorgio Sarria en su TRATADO DE DERECHO MINERO COLOMBIANO — es función privativa del Poder Judicial, quien es el único que puede de-

cidir acerca de su validez o nulidad. El Poder Ejecutivo no podría, sin salirse del radio de sus atribuciones, decidir sobre la validez o nulidad de un título, porque si lo hiciera necesariamente tendría que calificar la propiedad o dominio de la mina, lo que corresponde exclusivamente al Poder Judicial. De modo que mientras este poder no declare nulo un título, las autoridades administrativas están en la obligación de respetarlo y de garantizarle a su dueño los derechos que se derivan de él, sin perjuicio de las acciones que puede intentar el que quiera atacarlo por la vía ordinaria ante el Poder Judicial. **Aunque el Poder Administrativo esté convencido de la nulidad de un título, no puede rechazarlo, porque el título mientras no lo anule el Poder Judicial tiene un valor legal** QUE NO ES POSIBLE DESCONOCER DE PLANO".

Ahora bien. El Poder Administrativo como consecuencia de la convicción que adquirió de que los títulos que amparaban la propiedad de las minas del Telembí, adjudicadas antes de toda reserva para el Estado de la propiedad minera, son insuficientes, ordenó al arrendatario la suspensión de los trabajos de exploración y explotación que adelantaba, y la desocupación de las minas, con lo cual perpetró un manifiesto acto de perturbación de la posesión regular que asistía a los adjudicatarios, posesión que en consecuencia debe ser amparada.

Y si se alega que el acto fue consecuencia de las resoluciones administrativas que el consejo de estado se abstuvo de anular por encontrarlas ajustadas al respectivo reglamento, se contesta que el argumento es vano, ante lo que ya está ampliamente demostrado a todo lo largo de esta sentencia, de que constitucional y legalmente el Poder Administrativo no podía ejecutar hechos que conllevara el desconocimiento de la propiedad de los querellantes, cuya definición, por tratarse de la posesión regular de unas minas, es función constitucionalmente privativa de la justicia ordinaria.

En consecuencia lo resuelto por el tribunal en cuanto decretó el amparo solicitado por el demandante, debe ser confirmado.

CAPITULO VIII

Apelación del demandante

El tribunal en el fallo de 9 de septiembre de 1939 dijo lo siguiente, en orden a negar la prestación de la fianza que estatuye el artículo 429 cuando como en el presente caso, debe declararse acreditada la acción:

"Como de conformidad con la parte final del artículo 429 del C. de Minas, habría que exigir a la parte demandada la prestación de fianza para que no repita los actos de turbación, en tratándose de la Nación, juzga el tribunal que es innecesaria esta medida, tanto en consideración a la jerarquía de esa alta entidad, como también de que está seguro de que el órgano ejecutivo — cooperador del órgano judicial — en ningún caso eludirá el cumplimiento de las decisiones de este último".

El demandante apela de esta negativa a que la Nación preste fianza de no repetir los hechos que constituyen la perturbación.

El tribunal no niega que la fianza esté consagrada por la ley. Solamente cree que el Estado por ser tal está eximido de esta clase de obligaciones.

En varias ocasiones ha dicho esta sala que esa idea es equivocada. En fallo de 15 de octubre de 1940, publicado en la **Gaceta Judicial** números 1964-1965, página 585, dijo lo siguiente de exacta aplicación en el caso actual:

"Conviene hacer notar que nuestra legislación procesal se inspira en el principio de que las partes deben estar en un mismo plano de garantías y que resultaría contrario a ese principio el que al Estado se le colocase en situación ventajosa privilegiada, cuando gestiona como entidad de derecho privado.

"En el orden procesal como en lo que atañe a la ley sustantiva, las disposiciones que consagran prerrogativas son de in-

terpretación restrictiva, es decir, no pueden extenderse a los casos no previstos. Con ellas parece romperse la igualdad jurídica de los contendientes, pero en el fondo obedecen o deben obedecer, a razones de orden público que están por sobre toda consideración de interés privado. Cuando la ley consagra en favor de alguna de las partes determinada prerrogativa, se presume que tiende en realidad a buscar el equilibrio de las fuerzas en pugna; tal ocurre con el privilegio de pobreza; pero las prerrogativas no se presumen; deben resultar de algún texto legal, y lógico que así sea, puesto que la norma es la igualdad jurídica de las partes".

En consecuencia en la parte apelada por el demandante habrá de ser reformado el fallo del tribunal.

CAPITULO IX

Sentencia

A todas las conclusiones anteriores ha llegado la sala después de un detenido análisis de las distintas tesis sustentadas por las partes, quienes en sucesivas y extensas réplicas y contrarréplicas, presentadas principalmente ante la Corte, prácticamente dejaron agotada la discusión de sus respectivos puntos de vista respecto a este valioso y difícil pleito, al que esta corporación le puso toda la atención que por su importancia requería. Ahora le corresponde a ella dictar la sentencia definitiva que le ponga término a la discusión.

La sala de negocios generales de la corte, administrando justicia en nombre de la república de Colombia y por autoridad de la ley, desata así los recursos de apelación pendientes:

1º CONFIRMANSE las resoluciones del tribunal de Pasto, dictadas en este juicio, en la parte en que por dichas resoluciones se decreta el amparo de posesión respecto a las minas Telembí números 3 a 7; y

2º REFORMAR las mismas resoluciones en la parte en que por ellas se negó la prestación de la caución, y en su lugar se dispone:

En el término que señale el tribunal de Pasto, constituya el Estado colombiano fianza, a satisfacción del mismo tribunal, de no repetir los hechos que constituyeron la perturbación.

Publíquese esta sentencia, cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al tribunal de origen.

Arturo Tapias Pilonieta—José M. Blanco Núñez — Aníbal Cardoso Gaitán—Manuel Pineda Garrido, Srio.

SALA CIVIL DE UNICA INSTANCIA

COADYUVACION EN LOS JUICIOS

De conformidad con el artículo 233 del C. J. la facultad de intervención en un juicio no la tiene cualquiera persona, sino sólo aquella a quien "conforme a la ley" aprovecha o perjudica el fallo. No todo interés, ni todo posible o eventual perjuicio o provecho, justifican la intervención de un tercero en un juicio. En cuestión tan excepcional y trascendental como la de permitir que un tercero se haga parte en un juicio ajeno, no puede estar y no lo está, de acuerdo con la legislación colombiana, al arbitrio del juez calificar las circunstancias de hecho o de derecho justificativas del interés de ese tercero para intervenir en el pleito ajeno, por el provecho o el perjuicio, presuntos, que el fallo que recaiga en tal pleito pueda proporcionarle a quien alegue tal interés. Este interés no puede resultar sino de aquellos casos en que, conforme a nuestra ley, pueda una sentencia aprovechar o perjudicar a aquellas personas que no fueron partes en el juicio, y cuando de modo indubitable, aparece creada, en forma legal, una relación jurídica que dé base a la admisión de la coadyuvancia. De ahí que esta cuestión no puede considerarse ni resolverse sino en la más estrecha relación o armonía con los artículos 473 y 474. Conviene agregar que el derecho que se otorga para pedir la declaración de nulidad absoluta de un acto o contrato "a todo el que tenga interés en ello", no autoriza el desconocimiento o la no aplicación de aquellas reglas de nuestro derecho procesal sobre la naturaleza y alcance de la cosa juzgada, y del derecho de intervención de terceros en un juicio, pues cuando regía el artículo 15 de la ley 95 de 1890 (hoy subrogado por el segundo de la ley 50 de 1936), regía también el artículo 863 del antiguo Código Judicial, disposición similar a la del artículo 233 del actual, y durante la vigencia de esas dos disposiciones, hoy sustituídas por las citadas, la jurisprudencia nacional, de manera uniforme, siempre reconoció que el derecho que concedía el mencionado artículo 863 no podía reconocerse sino "en los casos que *la ley* ha señalado y esos casos son los indicados en los artículos 847 a 857 del Código Judicial. 2.—No basta *la simple calidad de denunciante* de bienes ocultos del Estado para hacer que se estudie por el juzgador el "interés jurídico" que pueda investir al denunciante de la personalidad jurídica suficiente para que se le admita como coadyuvante en un juicio. Ni basta tampoco que se haya admitido el denuncio y dictado providencia en el sentido de ofrecer al peticionario el tres por ciento del producto de los bienes que deben rescatarse. Han de cumplirse, además, otros requisitos, como la prestación de la fianza respectiva y ha de celebrarse el *contrato* de rigor, para que el denunciante tenga tal carácter con los derechos consiguientes a que se estudie el interés jurídico que pueda otorgarle ese procedimiento.

Corte Suprema de Justicia.—Sala Plena en lo Civil. — Bogotá, noviembre veintisiete de mil novecientos cuarenta y uno.

(Magistrado ponente: Dr. José M. Blanco Núñez)

En el juicio promovido por el señor Procurador Delegado en lo Civil a nombre de la Nación en demanda de fecha veintisiete de mayo del presente año, contra The Tropical Oil Company, el señor Germán Molina Callejas se ha presentado ante esta Sala Plena en lo Civil por medio de escrito de fecha catorce de octubre último, escrito en el cual dice así:

"Propóngome coadyuvar y defender también, conforme al artículo 233 del Código Judicial, la causa de la Nación, y alegar, a la vez, con apoyo en los artículos 15 de la Ley 95 de 1890 y 343 del Código Judicial, la nulidad absoluta de los actos y contratos que obran fundamental y eficientemente, en el juicio ordinario que el señor Procurador promovió a nombre de la Nación, contra The Tropical Oil Company, en demanda de 27 de mayo último.

"Con tal propósito, subrayando lo de mayor pertinencia en cada punto, se han de considerar las siguientes cuestiones importantes: DERECHO DE INTERVENCION EN EL PLEITO.—FINALIDADES DE LA INTERVENCION.—INTERESES DEL SUSCRITO PARA ALEGAR LA ENUNCIADA NULIDAD ABSOLUTA—MOTIVOS GENERADORES DE ESA NULIDAD ABSOLUTA. — LA CORTE SUPREMA, EN TODO CASO, "AUN DE OFICIO", DEBE DECLARAR EN SU SENTENCIA ESA MISMA NULIDAD ABSOLUTA.—EXCEPCIONES PERENTORIAS.—OBLIGACIONES DE LA CORTE AL RESPECTO—CONSECUENCIAS NECESARIAS DE LA CONTROVERSIA. OTROS PUNTOS GENERALES.—CONCLUSION Y PETICIONES".

Cita a continuación párrafos de providencias de la Corte de 29 de marzo de 1938 (G. J. Nº 1939) y de 27 de agosto de 1940 (G. J. Nº 1961), y agrega lo siguiente:

"En vista de la anterior doctrina, es de estudiar "EL VINCULO JURIDICO" con el cual el suscrito está ligado con la Nación respecto de lo que es materia de la controversia, "EL INTERES DE DERECHO", el "NEXO" de aquella "RELACION JURIDICA" CON EL OBJETO DEL PLEITO". Y para esto cumple confrontar las cuestiones a que se contrae el denuncio de BIENES OCULTOS en que el suscrito finca el respectivo "VINCULO JURIDICO", con lo que es "OBJETO DEL PLEITO".

"Efectivamente: en memorial de 3 de agosto de 1933 y en la forma que pasa a transcribirse, fueron concretados los derechos o bienes nacionales comprendidos en el DENUNCIO DE BIENES OCULTOS inicialmente presentado en libelo de 27 de diciembre de 1928:

"**Primero.** — La acción de inexistencia jurídica del contrato de 6 de diciembre de 1905, a que se refieren especialmente los numerales 1 a 3 de este memorial.

"**Subsidiariamente: la acción de nulidad absoluta de ese mismo convenio.**

"**Mas subsidiariamente: la acción de caducidad del propio referido contrato de 6 de diciembre de 1905, e inclusive la acción de nulidad de las resoluciones del Ministerio de Obras Públicas de 17 de mayo y 29 de julio de 1905, de que especialmente trata el capítulo V de esta exposición.**

"**Segundo.** — **La acción de nulidad absoluta de todos los efectos producidos por el mencionado convenio de 6 de diciembre de 1905, bien como resultado de la acción de inexistencia jurídica, o bien a virtud de la acción de nulidad absoluta de ese mismo convenio.**

"**Tercero.** — La acción de inexistencia jurídica del contrato con The Tropical Oil Company, escriturado el 25 de agosto de 1919 en la Notaría 3ª de Bogotá, bajo el número 1329, y de que tratan los Capítulos VII a IX de este memorial.

"**Subsidiariamente a este punto tercero: la acción de nulidad absoluta de ese mismo convenio de 25 de agosto de 1919.**

"**Cuarto.** — La acción de inexistencia jurídica del contrato basado en la Resolución Ejecutiva de 13 de junio de 1921, de que especialmente se ocupa el Capítulo XI de este manifiesto.

"**Subsidiariamente a este punto cuarto: La acción de nulidad absoluta de la misma Resolución Ejecutiva de 13 de junio de 1921.**

"Quinto. — La acción de nulidad absoluta de todos los efectos producidos por los convenios de que tratan los precedentes puntos tercero y cuarto y sus correspondientes peticiones subsidiarias.

"Sexto. — La acción para obtener que, como consecuencia, o de la acción principal de los puntos primero, segundo, tercero, cuarto y quinto o de sus acciones respectivamente subsidiarias, vuelvan inmediatamente a la Nación, con las prestaciones e indemnizaciones de rigor, los bienes nacionales que son objeto específico de los mencionados contratos de 1905, 1919 y 1921, y así también pasen al dominio y libre uso de la Nación, sin lugar a prestación o indemnización a cargo de ésta, las obras, maquinarias, útiles y demás elementos que a la fecha del respectivo fallo judicial sobre inexistencia jurídica, nulidad absoluta o caducidad de los mencionados contratos, se hallen en la zona objeto de esos mismos convenios como constitutores de la Empresa, con derivación de y destinación a aquellos mismos convenios, en general.

"Séptimo. — La acción o derecho sobre las prestaciones de que especialmente trata el artículo 1747 del Código Civil.

"Octavo. — La acción o derecho de la Nación sobre el total de los gases naturales a que especialmente se refiere el Capítulo XII de este escrito, **inclusive el derecho a que pasen al dominio y libre uso de la República, las obras, maquinarias y demás elementos destinados a la explotación de dichos gases, sin ninguna indemnización por parte de la Nación, al respecto.**

"Para prevenir ajenos y equivocados criterios sobre las finalidades de la presente representación, antes de continuar, es de advertir que en ningún caso se pretende ni solicita declaración alguna judicial sobre la legalidad y fundamento propio del respectivo denuncio de bienes ocultos; sobre la calidad jurídica que los referidos bienes o derecho nacionales comportan a la luz de los artículos 28 del Código Fiscal y 1º de la ley 27 de 1925, ni sobre el alcance mismo que aquel denuncio pueda tener en este o aquel otro sentido; lo cual tampoco sería de la competencia de la Corte, ni aparente para que fuese discutido ni menos decidido en una incidencia procesal como la que aquí se promueve. También se hace constar que no se alega derecho adquirido sobre aquellos bienes nacionales, en el sentido estricto de ese término. Para la suerte positiva de la presente gestión, en concepto del suscrito, sólo precisa el considerar, **apenas considerar**, a base de las pruebas pertinentes, si entre la Nación y el suscrito denunciante de los bienes detallados existe o no **"relación jurídica"** que de por sí determine **"interés de derecho"**, que a la vez constituya **"nexo"** de aquella **relación** con **"el objeto del pleito"**. Nada más, nada menos.

"Es de anotar también, que sin que se operase la caducidad prevista y sancionada por el artículo 20 del Decreto 2963 de de 1936 y su similar del Decreto 553 de 1925, a raíz de la fijación en las diligencias del denuncio, por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, de la participación que al denunciante **"corresponde"** conforme a los artículos 29 del Código Fiscal y 3º de la ley 27 de 1935; dando un salto el Gobierno por sobre el artículo 21 del primero de tales Decretos, que sólo permitirían la medida en el evento concurrente de aquella caducidad de dicho denuncio, y cuando el suscrito denunciante se aprestaba a la prosecución normal del mismo, inesperadamente surgió la Resolución número 145 de 24 de mayo postrero, por la cual el Gobierno da instrucción al señor Procurador para instaurar el juicio de que se trata. Esto vino a determinar además, en contra de esa prosecución normal de aquel denuncio y en perjuicio también de las finalidades que le son propias, la **fuerza mayor** que se alega en memorial de 28 de junio último, dirigido al señor Ministro de Minas y Petróleos".

De lo que acaba de transcribirse y de otras partes más del escrito citado y del que presentó con fecha veintiuno del presente mes, resulta que el señor Molina Ca-

llejas alega que tiene interés en el presente juicio, por cuanto lo que se decida en este juicio —dice— puede aprovecharle o perjudicarle dado el **nexo jurídico** que, según sostiene también, existe entre "el denuncio de bienes ocultos inicialmente presentado en libelo de 27 de diciembre de 1928" y concretado "en memorial de 3 de agosto de 1933" y entre lo que es "objeto del pleito actual".

Se considera:

El artículo 233 del actual Código Judicial, que es semejante al artículo 863 del anterior, dice así: "Todo aquel a quien **conforme a la ley** —se subraya— pueda aprovechar o perjudicar una sentencia, tiene derecho a intervenir en el juicio, coadyuvando o defendiendo la causa que le interesa.

"Si alguno se opone a la intervención, se sustancia el incidente como articulación, debiéndose condenar en perjuicios y costas al que resulte vencido".

A diferencia del artículo 201 del Código de Procedimiento de Italia, al cual se refiere el profesor José Chiovenda en sus comentarios sobre derecho procesal civil, el artículo 233 de nuestro código judicial, subordina o condiciona a las disposiciones de la ley el provecho o el perjuicio que pueda hacer presumir realmente el interés jurídico del que interviene en el juicio que sigue una persona contra otra.

En términos más claros: la facultad de intervención en un juicio no la tiene cualquiera persona sino sólo aquella a quien **"conforme a la ley"** aprovecha o perjudica el fallo.

No todo interés, ni todo posible o eventual perjuicio o provecho, justifican la intervención de un tercero en un juicio. En cuestión tan excepcional y trascendental como la de permitir que un tercero se haga parte en un juicio ajeno, no puede estar y no lo está, de acuerdo con la legislación colombiana, al arbitrio del juez calificar las circunstancias de hecho o de derecho justificativas del interés de ese tercero para intervenir en el pleito ajeno, por el provecho o el perjuicio, presuntos, que el fallo que recaiga en tal pleito pueda proporcionarle a quien alegue tal interés. Este interés no puede resultar sino de aquellos casos en que, conforme a nuestras leyes, pueda una sentencia aprovechar o perjudicar a aquellas personas que no fueron partes en el jucio, y cuando de modo indubitable, aparece creada, en forma legal, una relación jurídica que dé base a la admisión de la coadyuvancia.

De ahí que la cuestión que se examina —la facultad que confiere el artículo 233 del Código Judicial —no puede considerarse ni resolverse sino en las más estrechas relación o armonía con los artículos 473 y 474 del mismo texto, sobre la cosa juzgada, artículos que respectivamente dicen así:

"473.—La sentencia firme dada en materia contenciosa, tiene la fuerza de cosa juzgada y hace absolutamente nula cualquier decisión posterior que le sea contraria, pronunciada en el mismo asunto y entre las mismas partes.

"Entiéndese esto sin perjuicio del recurso de revisión y de que pueda ventilarse en juicio ordinario un asunto que ha sido fallado en juicio especial, cuando así lo disponga la ley".

"474.—Para que la cosa juzgada surta efecto en otro juicio se requiere que la nueva demanda tenga el mismo objeto y se funde en las mismas causas que la primera y que haya identidad jurídica entre las personas de los litigantes.

"Se entiende identidad jurídica de personas siempre que las partes en el segundo pleito sean causahabientes a título universal de las que figuran en el primero, o a título singular por legado o por enajenación efectuada con posterioridad al registro de la demanda, si se trata de inmueble, o la notificación de ésta, si de muebles.

"Hay también identidad de personas en los casos de obligaciones solidarias o indivisibles".

En el caso que aquí se estudia, claramente se nota que está fuera de los requisitos que deben cumplirse en su totalidad, según los precitados artículos 473 y 474 del Código Judicial, para que haya lu-

gar a cosa juzgada, pues ni existe **identidad en el objeto** del asunto o juicio que se tramita ante esta Sala a nombre de la Nación y contra The Tropical Oil Company sobre declaración de "expiración del plazo de un contrato" y "el denuncio de bienes ocultos" a que se refiere el memorialista señor Molina Callejas, ni tampoco hay **identidad jurídica** entre éste y los mencionados litigantes, a tenor de la definición que de esta identidad hace el referido artículo 474 del Código Judicial, que acaba de leerse.

Por otra parte, el derecho que se otorga para pedir la declaración de nulidad absoluta de un acto o contrato "a todo el que tenga interés en ello", como lo insinúa también el memorialista, no autoriza el desconocimiento o la no aplicación de aquellas reglas de nuestro derecho procesal sobre la naturaleza y alcance de la cosa juzgada, y del derecho de intervención de terceros en un juicio, pues cuando regía el artículo 15 de la ley 95 de 1890 (hoy subrogado por el segundo de la ley 50 de 1936), regía también el artículo 863 del antiguo Código Judicial, disposición similar a la del artículo 233 del actual, y durante la vigencia de esas dos disposiciones, hoy sustituídas por las citadas, la jurisprudencia nacional, de manera uniforme, siempre reconoció que el derecho que concedía el mencionado artículo 863 no podía reconocerse sino "en los casos en que **la ley** ha señalado y esos casos son los indicados en los artículos 847 a 857 del Código Judicial". (Véase **Gaceta Judicial**, Tomo XXXI, página 240).

Es de hacer observar también que todo lo anteriormente expuesto se expresa en tesis general, pues aun cuando los documentos presentados tratan de un denuncio de **"bienes ocultos"** que alega haber formulado desde el año de 1928 el memorialista y del cual considera él que nace el interés o "vínculo jurídico" que justifica su propósito de coadyuvancia en el presente juicio de la Nación contra "The Tropical Oil Company", no está eso comprobado ante esta Sala en la forma que ésta pudiera entrar a estudiar y a resolver si en realidad un acto de tal clase puede constituír el **interés** o **vínculo jurídico** que la ley requiere, específicamente, para dar entrada a una coadyuvancia, porque tampoco se ha presentado el **contrato** que acredite que entre la Nación y el memorialista han nacido las relaciones jurídicas consiguientes a esa clase de actos, conforme a las disposiciones de las leyes y decretos sobre la materia. Tampoco dice el memorialista que ya haya celebrado ese contrato con el gobierno. No basta **la simple calidad de denunciante** de "bienes ocultos" del Estado, para hacer que se estudie por el juzgador el "interés jurídico" que pueda investir al denunciante de la personalidad jurídica suficiente para que se le admita como coadyuvante en un juicio. No basta tampoco que se haya admitido el denuncio y dictado providencia en el sentido de ofrecer al peticionario el tres por ciento del producto de los bienes a rescatar. Han de cumplirse, además, otros requisitos, como la prestación de la fianza respectiva y ha de celebrarse el **contrato** de rigor, para que el denunciante tenga tal carácter con los derechos consiguientes a que se estudie el interés jurídico que pueda otorgarle ese procedimiento. Pero nada de esto último ha comprobado el señor Molina Callejas. Todo lo contrario, los documentos presentados, emanados del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, comprueban que no hay la **fuerza mayor** que el memorialista alega, pues él tuvo posibilidad, o debe presumirse que la tuvo, para prestar oportunamente la fianza y para celebrar el respectivo contrato con el Gobierno, ya que se habían determinado la cuantía del asunto, el porcentaje respectivo y se había dado el nombre del presunto fiador.

Por todo lo que viene expuesto, se RESUELVE: declárase que no es admisible la coadyuvancia presentada en este juicio por el señor Germán Molina Callejas por medio de los escritos a que se refiere la presente providencia.

Notifíquese.

(Fdo.) **José M. Blanco Núñez.—Pedro León Rincón**, Srio.

ACCION DE NULIDAD DE UNA RESOLUCION EJECUTIVA.—CESION DE CREDITOS.

La cesión de créditos requiere que entre el cedente y el cesionario exista un contrato traslaticio de dominio, que puede ser venta, permuta, donación, etc., puesto que la cesión es apenas el modo de hacer la tradición del derecho personal del cedente al cesionario; contrato que se perfecciona entre éstos según las reglas generales, sin que se necesite para nada el consentimiento e intervención del deudor. Quien cede a otro un crédito personal por venta, permuta, etc., debe hacer la tradición del derecho cedido, la que con arreglo al artículo 33 de la Ley 57 de 1887 se efectúa por la entrega del título hecha por el cedente al cesionario, con la cual se consuma la transferencia del dominio del crédito y queda radicado éste en manos del cesionario. Termina con este acto la primera etapa de la cesión. El deudor es ajeno y extraño a la etapa anterior. Empero, como es él quien va a efectuar el pago, es de absoluta necesidad que se le dé conocimiento de la cesión, de lo cual surge la segunda etapa de ella, regulada por los artículos 1960, 1961 y 1962 del C. C. La notificación de la cesión no tiene otro efecto que dar publicidad a la cesión, ponerla en conocimiento del deudor y de terceros. Es por eso por lo que su omisión produce solamente los efectos señalados en el artículo 1963 ibídem, sin que afecte el contrato entre el cedente y el cesionario. La entrega del título perfecciona la cesión entre el cedente y el cesionario. Respecto de terceros una formalidad más debe intervenir para consumar esa transferencia; es la notificación del traspaso al deudor o que éste lo acepte. Por eso la omisión de dicha formalidad, erigida en interés y protección de los terceros, entre los cuales está el deudor, no invalida la tradición que el cedente le haya hecho al cesionario; pero respecto de dichos terceros el crédito se reputa subsistente en manos del cedente.

Corte Suprema de Justicia—Sala Civil de Unica Instancia—Bogotá, marzo veintiséis de mil novecientos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Arturo Tapias Pilonieta).

Por resolución ejecutiva número 1181 de 23 de octubre de 1940, autorizada por el señor presidente de la república, el gobierno revocó otra anterior del señor ministro de hacienda y crédito público, y en cambio dispuso lo siguiente:

"2º—Hacer saber al General Jorge Martínez Landínez que el Gobierno resuelve pagarle en especie, cediéndole el cuarenta y cinco por ciento (45 por 100), proindiviso, de la propiedad de los terrenos reivindicados por él como mandatario de la Nación, según contrato sobre denuncio de bienes ocultos ya citado, y en el cual se pactó dicho porcentaje como participación para el denunciante. Tales terrenos son los conocidos con el nombre de **Santiago de las Atalayas y Puebloviejo del Cusiana**, situados en Casanare, entre la cordillera y el río Meta, comprendidos dentro de los linderos y perímetros que se expresan en la diligencia de entrega a la Nación efectuada el 18 de octubre de 1938 por el Juez de Circuito de Orocué, comisionado al efecto.

"Este reconocimiento comprende el suelo y el subsuelo de los terrenos expresados, con exclusión del suelo en que se hallan mejoras, fundaciones, hatos, haciendas y caseríos, y de las setecientas ochenta y dos (782) hectáreas, ocho mil ciento cuarenta y dos (8.142) metros cuadrados, que no pertenecen a la Nación".

El contrato sobre bienes ocultos a que se refiere la resolución fue convenido por el general Martínez Landínez con el gobierno nacional en documento de fecha 22 de diciembre de 1920. En desarrollo de él el contratista, tras dilatado y controvertido juicio civil, reivindicó para la nación los terrenos de Santiago de las Atalayas y Pueblo Viejo de Cusiana, según sentencias del Tribunal Superior de Cundinamarca y Corte Suprema de Justicia, cuyo cumplimiento quedó consumado con la entrega que a la nación se le hizo de dichas tierras en diligencia practicada por el juez de circuito de Orocué el 18 de octubre de 1937.

Después de incidentes administrativos y otro juicio civil del general Martínez contra la nación, que es innecesario detallar, encaminados a definir cuestiones referentes al pago de la correspondiente participación de aquél, equivalente al 45 por 100 de que habla la resolución, se dictó ésta, que fue consentida por el general Martínez. Quedó así definitivamente establecida la forma de pago de los servicios prestados a la nación por el contratista de los bienes ocultos. Sólo quedaba pendiente el pago mismo, o sea el otorgamiento de la escritura de cesión.

Pero con anterioridad, pretendidos cesionarios de la participación que corresponde al general Martínez, le habían hecho al gobierno, por el conducto regular, la notificación judicial de los títulos en que ellos hacen consistir la cesión. Además, hubo un embargo judicial de dicha participación, comunicado oportunamente al gobierno.

Con el fin de definir su situación ante la notificación de las cesiones y del embargo, de una parte, y los requerimientos de pago del acreedor por otra, que alegaba la inoperancia de las cesiones y del embargo para retardar el otorgamiento de su título de comunero en los terrenos reivindicados, el gobierno profirió la resolución número 37 de 27 de enero de 1941, del ministerio de minas y petróleos, en la que después de varios considerandos dispuso:

"El Ministerio se abstiene de efectuar el pago de la participación que corresponde al General Martínez L. como denunciante del bien oculto del Estado conocido con el nombre de "Santiago de las Atalayas" y "Pueblo Viejo de Cusiana", ni a dicho General Martínez ni a los señores Francisco y Sergio Pombo, María Jiménez Pombo de Gutiérrez, Ana Jiménez Pombo de Pombo, Luis Jiménez Pombo, Ernesto Jiménez Pombo, Eugenia Otero v. de Pineda López y Francisco Pineda Otero, que se pretenden cesionarios de aquél en cuotas de la expresada participación, mientras no se decida definitivamente por el Organo Judicial sobre la validez o nulidad de las referidas cesiones y de las notificaciones de las mismas a la Nación y no se haya levantado el embrago que pesa actualmente sobre la participación del citado General Martínez L.".

Aun cuando el General Martínez reclamó de esta resolución, el gobierno la mantuvo firme y no la repuso. Esto dedidióse en la de fecha 31 de marzo de 1941.

Inconforme con esta situación el General Martínez propone la demanda civil ordinaria de cuyo mérito va a ocuparse la Sala Civil de única instancia de la Corte, por la atribución que le confiere el artículo 40 del Código de Procedimiento, comoquiera que la controversia se origina en un contrato celebrado por la Nación con un particular.

La demanda se encamina esencialmente a obtener la anulación de la resolución número 37 de 27 de enero de 1941, citada, con el objeto de que se pueda poner en práctica la ejecutiva número 1181 de 23 de octubre de 1940, mediante el otorgamiento de la escritura de cesión por la Nación al demandante, del cuarenta y cinco por ciento de las tierras de "Santiago

de las Atalayas" y "Pueblo Viejo del Cusiana".

El demandante solicita que, además de la nulidad impetrada, se declare que se halla vigente en todas sus partes la resolución ejecutiva premencionada y que "habiendo quedado convenido definitivamente y por mutuo acuerdo entre la Nación y yo la forma como debía verificarse el pago de lo que aquélla me debe por la participación que me corresponde en el bien a que se refiere la resolución ejecutiva número 1181 citada en el punto precedente y por obra de lo que en ella se dispuso y de la aceptación que yo hice de lo que en aquélla se decidió, el gobierno está en la obligación de hacerme el traspaso de la especie cedida, a darme el título legal de dueño y propietario de un cuarenta y cinco por ciento (45%) en los terrenos de "Santiago de las Atalayas" y "Pueblo Viejo del Cusiana", otorgándome la escritura correspondiente" para lo cual se le debe señalar el término de seis días.

El señor Procurador Delegado en lo Civil de la Nación se opone a la demanda y pide su denegación.

Agotados como están los trámites de la instancia, procede el pronunciamiento final.

CAPITULO I

Motivos de la resolución acusada

Para comprender exactamente los motivos que indujeron al gobierno a dictar la resolución número 37, en que declara que se abstiene de efectuar el pago de la participación que corresponde al General Martínez en el bien oculto del Estado, por él recuperado, mientras no se decida por el Organo Judicial sobre la nulidad o validez de las cesiones hechas y de las notificaciones de ellas a la Nación y no se haya levantado el embargo que pesa sobre dicha participación, conviene tomar la historia de los mencionados traspasos y de las respectivas notificaciones que se le hicieron al gobierno, de la misma resolución, en la cual encuéntranse transcritos los documentos contentivos de las cesiones y la lista de los pretendidos cesionarios o de sus herederos.

Dice así ella, la que como está advertido fue dictada por el ministro de minas y petróleos, dependencia gubernamental a la que ahora están adscritos los negocios sobre denuncio de bienes ocultos:

"Pide el General Jorge Martínez L. que este despacho resuelva las solicitudes pendientes de reconocimiento de cesionario en varias cesiones que le han sido notificadas judicialmente al Ministerio encargado de conocer en lo relativo a la participación que le fue señalada al General Martínez en el contrato celebrado con el Gobierno sobre denuncia del bien oculto conocido con el nombre de "Santiago de las Atalayas" y "Pueblo Viejo del Cusiana", contrato que lleva fecha 22 de diciembre de 1920.

"Dichas notificaciones, siguiendo el orden cronológico en que se han efectuado, son las siguientes:

"Primera.—Con fecha trece de noviembre de mil novecientos treinta y nueve notificó el Secretario del Juzgado 3º del Circuito Civil de Bogotá al señor Ministro de Hacienda y Crédito Público el auto de fecha veinticinco de noviembre de mil novecientos treinta y ocho de dicho Juzgado, que dice:

'Juzgado 3º del Circuito Civil.—Bogotá, veinticinco de noviembre de mil novecientos treinta y ocho.

Con exhibición de los documentos presentados con el anterior escrito, hágase al Gobierno Nacional, en las personas del señor Agente del Ministerio Público y Ministro de Hacienda y Crédito Público, la notificación de la cesión a que se refiere la solicitud. Tiénese al doctor Gabriel Paredes como apoderado de Ernesto Jiménez Pombo al tenor del anterior memorial-poder.

'Notifíquese.

(Fdo.) Juan Carrasquilla Botero. (Fdo.) Hernán Isaacs'.

Dicho auto aparece notificado al señor Fiscal 1º del Tribunal Superior de Bogotá. La notificación de que se trata se hizo a petición de los señores María Jiménez Pombo de Gutiérrez, Ana Jiménez Pombo de Pombo y Luis Jiménez Pombo en su propio nombre, y además el último diciéndose apoderado del señor Ernesto Jiménez Pombo, quien pretende ser además cesionario de los derechos herenciales del señor Pablo Jiménez y cesionario también con Ernesto Jiménez Pombo de los derechos herenciales de Arturo Jiménez Pombo en la sucesión de su padre, doctor Agustín Jiménez. Todos los peticionarios dicen obrar en su carácter de herederos del doctor Agustín Jiménez.

"El documento en que pretenden los cesionarios que consta la cesión cuya notificación solicitaron, es una carta dirigida por el General Jorge Martínez L. al doctor Agustín A. Jiménez, con fecha cinco de abril de mil novecientos veintiuno, en la cual le dice:

'Estimado doctor y amigo:

De conformidad con lo acordado entre los dos, reconozco a usted el cinco por ciento de la participación que me corresponde en la mitad del denuncio del bien oculto que constituye el latifundio denominado erróneamente 'Resguardo de Santiago de las Atalayas' y de 'Pueblo Viejo de Cusiana'... (la transcripción anterior se hace de la copia de la escritura pública número dos mil doscientos ochenta y uno (2.281) de diez y siete (17) de diciembre de mil novecientos treinta y seis (1936) de la Notaría Tercera del Circuito de Bogotá, sobre protocolización de documentos por Luis Jiménez Pombo). Pretenden también los nombrados señores Jiménez Pombo que se notifique al Gobierno la cesión que dicen hizo el señor Alfonso Uscátegui al doctor Agustín Jiménez. Pretenden que el título de esta última cesión es la carta dirigida desde París con fecha 21 de mayo de 1921 por el señor Alfonso Uscátegui al General Jorge Martínez L. en que lo autoriza para ceder al doctor Agustín Jiménez el cinco por ciento (5%) de lo que le corresponde (a Uscátegui) según documento que dice haber firmado con el General Martínez L., en el contrato de bienes ocultos que se refiere a los terrenos de 'Santiago de las Atalayas'. No figurando como contratista ni como cesionario del General Martínez el señor Alfonso Uscátegui, en estas diligencias, es claro que la cesión que éste autorizó no podrá tenerla en cuenta el Gobierno. Además, no hay constancia alguna en el expediente de que el General Martínez hubiera hecho uso de la autorización que le confiere el señor Uscátegui en la carta mencionada. Así, pues, la notificación de que se trata no puede entenderse sino con respecto a la cesión que el General Martínez haya hecho en su propio nombre de una cuota de su participación, equivalente al cinco por ciento de la misma, al doctor Agustín A. Jiménez.

"Segunda. — Los señores Francisco y Sergio Pombo pidieron al Gobierno los reconociera como cesionarios del General Jorge Martínez L. en la cuota de un diez por ciento de la participación que corresponde al General Martínez según el contrato sobre denuncia del bien oculto del Estado conocido con el nombre de 'Santiago de las Atalayas' y 'Pueblo Viejo de Cusiana'. El primer memorial elevado a este respecto lleva fecha 8 de noviembre de 1937. Dicha solicitud fue resuelta negativamente por aquel Ministerio por medio de la Resolución número 184 de 1937, diciembre 14. Posteriormente, elevaron un nuevo memorial en el que piden que el Gobierno manifieste si hace uso de la opción para pagar la participación dicha (la que corresponde al denunciante del bien oculto consistente en los terrenos de 'Santiago de las Atalayas' y 'Pueblo Viejo de Cusiana') y que se ordene el pago a los peticionarios de la cuota que ellos pretenden les fue cedida por el General Martínez en la participación mencionada. Este nuevo memorial fue resuelto por medio de la Resolución número 40 de 9 de agosto de 1940, en la cual se denegaron ambas peticiones. Ahora, por medio de memorial dirigido al Excelentísimo señor Presidente de la República, piden los expresados se-

ñores que se ordene el pago a ellos del diez por ciento de la participación del General Martínez. Acompañan copias de la diligencia de notificación de la cesión, que decretó y cumplió el Juzgado 7º del Circuito Civil de Bogotá. La notificación aparece hecha según tal constancia al señor Fiscal Primero del Tribunal Superior de Bogotá, con fecha 22 de julio de 1939. Se expresa allí que ella se hizo exhibiendo al señor Fiscal la copia de la escritura número 1485, de fecha primero de octubre de 1937, otorgada en la Notaría 5ª de este Circuito. Copia de tal escritura aparece agregada al expediente, junto con el primer memorial de los señores Pombos. En ella consta la protocolización que el señor Francisco Pombo hizo de un documento privado suscrito por los señores Jorge Martínez L., Sergio Pombo y Francisco Pombo, con fecha 21 de mayo de 1927, cuyas firmas aparecen reconocidas ante el Juez 5º de este Circuito. Tal documento, en lo pertinente, dice así: 'Entre los suscritos, a saber: Jorge Martínez Landínez, por una parte, que en adelante se denominará el cedente; y Sergio Pombo y Francisco Pombo, por la otra parte, que en adelante se llamarán los cesionarios compradores, todos mayores de edad, vecinos de esta ciudad de Bogotá, hemos celebrado el contrato contenido en las siguientes cláusulas: Primera. Martínez L. transfiere y enajena, a título de venta, a favor de los señores Sergio Pombo y Francisco Pombo, diez unidades o diez avas partes o diez centésimas partes de las cien unidades o avas partes en que de común acuerdo entre los contratistas han considerado y convienen en dividir el cuarenta y cinco por ciento (45%) que le corresponde al señor Gral. Martínez L. según el contrato sobre denuncia de un bien oculto que tiene celebrado con el Gobierno Nal., con fecha 22 de diciembre de 1920, publicado en el **Diario Oficial** de la República de Colombia, Nº 17.592 y 17.593, de fecha 9 de marzo de mil novecientos veintiuno, desarrollado según Resolución proferida por el Ministerio de Agricultura y Comercio número 431, de fecha 17 de enero de 1922, publicada en el **Diario Oficial** números 18.072 y 18.073, de fecha 20 de enero de 1922. Los derechos que le corresponden a Martínez L. según el contrato aludido (cláusula novena) deberán ser reconocidos y pagados por el Gobierno Nacional por haber cumplido el contratista Martínez L. las obligaciones que contrajo para con la Nación por el contrato de 22 de diciembre de 1920, obteniendo la restitución a favor de la Nación del bien denunciado como oculto según sentencia del Tribunal Superior de Cundinamarca, de fecha 11 de octubre de 1926 publicada en el **Registro Judicial**, órgano del Tribunal Superior, número 293, de fecha 15 de noviembre de 1926 (juicio ordinario de la Nación contra Barrera Neira & Cía.), sentencia que está para ser confirmada por la Corte Suprema de Justicia. De esos derechos adquiridos por el General Martínez L. transfiere, enajena y cede a perpetuidad a los señores Sergio Pombo y Francisco Pombo diez unidades o diez avas partes de las cien unidades o avas partes en que se estima dividido el cuarenta y cinco por ciento que le corresponde al General Martínez L. o sea el cedente vendedor, libres de limitaciones y gravámenes, embargos y con todos sus accesorios legales y libres de todo gasto o expensa posterior a la presente cesión y libres de toda obligación o erogación.—Segunda.—El precio de esta venta es la cantidad de veinte mil pesos ($ 20.000) que los compradores cesionarios pagan al cedente vendedor así: mil quinientos pesos en dinero ($ 1.500) de contado, que el cedente vendedor declara haber recibido a su completa satisfacción en esta misma fecha, y diez y ocho mil quinientos pesos ($ 18.500) que los compradores cesionarios pagarán en acciones de un valor equivalente a esa cantidad, de la sociedad que se ha de constituír para explotar y beneficiar los terrenos denominados 'Santiago de las Atalayas' y 'Pueblo Viejo de Cusiana'. En caso de que no se organice ni se constituya la sociedad exploradora de esos terrenos reconocidamente petrolíferos y en la cual aportará el General Martínez sus derechos prove-

nientes del contrato de 22 de diciembre de 1920 según convenios especiales y diferentes de este contrato quedan exonerados los señores Pombos o los compradores cesionarios de pagar el resto del precio estipulado aquí, y entonces el precio de las diez unidades o avas partes cedidas por Martínez L. a los Pombos será únicamente la suma ya recibida o sea la cantidad de mil quinientos pesos ($ 1.500), salvo el caso de que los compradores cesionarios prefieran, a su voluntad, restituírle al vendedor cedente el diez por ciento (10%) que les ha transferido obligándose Martínez L. a restituírles igualmente la suma recibida hoy con sus intereses bancarios. Tercera. La cesión de los expresados derechos a favor de los compradores cesionarios, es pura y simple y sin condición, no quedando a cargo de los compradores otra obligación que la de entregar las acciones de la compañía explotadora que se ha de constituír, equivalentes o de igual valor a la suma de diez y ocho mil quinientos pesos ($ 18.500.00), resto del precio estipulado, si esta compañía se organiza y constituye. Si no se constituyere no tendrán los compradores ninguna otra obligación y podrán ejercitar la opción de que se habló en la cláusura anterior". (La anterior transcripción se ha hecho de la copia de la escritura número 1485 de fecha primero de octubre de 1937 de la Notaría quinta del circuito de Bogotá, protocolización de un documento por el señor Francisco Pombo).

"Es de advertir, ante todo, que en el expediente respectivo no hay constancia de que se haya notificado judicialmente al Ministro del ramo correspondiente, esta cesión. Los señores Pombos consideran que la notificación judicial al señor Fiscal del Tribunal Superior es suficiente para tenerla como hecha a la Nación por ser dicho funcionario el representante de la misma, y que basta la notificación administrativa al Ministro respectivo, notificación que ellos hacen consistir en la presentación de su memorial y de la copia de la diligencia de notificación judicial al ya citado Agente del Ministerio Público.

"Tercera—Obra en el expediente el despacho número 634, librado por el Juez 4º Civil del circuito de Bogotá, el día 15 de octubre de 1939, en el cual se transcribe el auto de fecha trece de diciembre de mil novecientos treinta y nueve (sic) que dice: "Juzgado 4º Civil del Circuito.—Bogotá, trece de diciembre de mil novecientos treinta y nueve (sic). — Con exhibición de todos los documentos que se acompañan al anterior memorial, hágase al señor Procurador Delegado en lo Civil, en la calidad que se le asigna en dicho memorial, o sea la de representante de la Nación colombiana, que la señora Eugenia Otero v. de Pineda López y el señor Francisco Pineda Otero, mayores, vecinos de Bogotá, en su calidad de sucesores del señor Francisco Pineda López y por adjudicación que en legal forma se les hizo, son cesionarios del quince por ciento (15 por 100) de todos los derechos que el General Jorge Martínez L. tiene sobre el cuarenta y cinco por ciento (45%) de las cosas o de los derechos que adquirió en virtud del contrato que con el Gobierno Nacional celebró sobre denuncia de bienes ocultos consistentes en los terrenos situados en la Intendencia Nacional del Meta y denominados Santiago de las Atalayas y Pueblo Viejo de Cusiana o Cursiana. Por medio de despacho librado con los insertos necesarios, dése el aviso que se solicita al señor Ministro de Hacienda y Crédito Público. Reconócese al doctor Ricardo Sarmiento Alarcón como apoderado de la señora Eugenia Otero v. de Pineda López y del señor Francisco Pineda Otero, al tenor del poder acompañado. Notifíquese. — Luis Alberto Barragán—Rafael Contreras G.—Srio. en ppdad".

"Posteriormente, el doctor Ricardo Sarmiento Alarcón a quien se reconoció como apoderado de los señores Francisco Pineda Otero y Eugenia Otero, v. de Pineda López, presentó a este Despacho, el día 14 de noviembre del presente año, los documentos que en seguida se expresan y, originales, las diligencias de notifica-

ción de la cesión mencionada. Los documentos son los siguientes:

"a) Copia de la escritura pública número 3327 de 9 de diciembre de 1937, de la Notaría Cuarta del C. de Bogotá, por la cual confieren los señores Francisco Pineda Otero y Eugenia Otero v. de Pineda López poder al doctor Ricardo Sarmiento Alarcón para actuar en estas diligencias.

"b) Copia de la escritura pública número 1.170 de 8 de mayo de 1929, de la Notaría Cuarta del circuito de Bogotá, sobre protocolización del juicio de sucesión de Francisco Pineda López (hijuelas de Francisco Pineda Otero y Eugenia Otero v. de Pineda López). Aparece de dichas hijuelas que a la señora Eugenia Otero v. de Pineda López y Francisco Pineda Pineda Otero se les adjudicó en la mortuoria del señor Francisco Pineda López, a cada uno la "mitad del derecho que tenía el causante equivalente al quince por ciento (15%) de lo que corresponde al General Jorge Martínez L. en los bienes ocultos de que trata el contrato celebrado entre éste y el Gobierno Nacional, sobre los terrenos denominados Resguardo de Santiago de las Atalayas y Pueblo Viejo de Cusiana, derecho que fue adquirido por el causante conforme a documentos de fechas 23 de mayo de 1922 y 6 de mayo de 1926".

"c) Un ejemplar de cada uno de los números 18.072 y 18-073 y 18.084 y 18.085 del **Diario Oficial** de Colombia, correspondientes a los días 20 de enero y 27 de enero de 1922, respectivamente.

"ch) Original, el documento privado de fecha 23 de mayo de 1922 otorgado por Jorge Martínez L. y Francisco Pineda López, que en lo pertinente se transcribe a continuación: "Conste por el presente documento que nosotros Francisco Pineda López y Jorge Martínez L., ambos mayores de edad y vecinos de Bogotá, hemos celebrado el siguiente contrato:

"Francisco Pineda López sufraga los gastos que se hagan en las gestiones administrativas y judiciales que Martínez L. tiene que hacer para que el Estado entre en posesión de las tierras denominadas 'Resguardo de Santiago de las Atalayas' y de 'Pueblo Viejo de Cusiana', que éste denunció como bienes ocultos del Estado y que el Gobierno reconoció como tales por la Resolución número 431 del Ministerio de Agricultura y Comercio publicada en el **Diario Oficial** números 18.072 y 18.073 correspondientes al 20 de enero del año en curso.

"Jorge Martínez L. se compromete a ceder a Francisco Pineda López, en retribución de su apoyo financiero, el diez por ciento (10%) del cuarenta y cinco por ciento (45%) que la Nación reconoció al primero como participación de lo que recaude, según lo estipulado en el contrato de veintidós (22) de diciembre de mil novecientos veinte (1920) celebrado entre Martínez L. y el Ministro de Agricultura y Comercio, debidamente aprobado por el Presidente de la República, el H. Consejo de Ministros y el H. Consejo de Estado.

"De común acuerdo Pineda López y Martínez L. fijan en diez mil pesos oro ($ 10.000.00) el valor de los gastos, y establecen lo siguiente: cinco mil pesos oro ($ 5.000.00) entregará Pineda López a Martínez L. en diferentes partidas, según lo solicite éste, hasta el mes de abril de mil novecientos veintidós (1922); y cinco mil pesos oro ($ 5.000.00) en un solo contado, en el mes de mayo del mismo año.

"Martínez L. se compromete a hacer la cesión del diez por ciento que por el presente contrato reconoce a Pineda López, por escritura pública el mismo día que quede ejecutoriada la sentencia definitiva que declare a la Nación en posesión del mencionado globo de tierras, advirtiendo que el diez por ciento en referencia se tomará del total de lo que corresponde al cedente porque los gastos, se computan en la cantidad que da Pineda López y que la escritura se hará en favor del señor Pineda López o de la persona que él designe".

Al pie del expresado documento corren estas constancias: "Hago constar que los cinco mil pesos oro ($ 5.000.00) que me debía entregar don Francisco Pineda Ló-

pez hasta el mes de abril último, los tengo recibidos a mi entera satisfacción. Bogotá, mayo 23 de 1922. (Fdo.) **Jorge Martínez L.**".

"Bogotá, junio seis de 1922.—He recibido el total, o sean los otros cinco mil pesos oro ($ 5.000.00) valor de este documento. (Fdo.) **Jorge Martínez L.**"

"d) Original, el documento privado suscrito en esta ciudad por el general Jorge Martínez L. el día seis de mayo de mil novecientos veintiseis, que dice así: "Conste por el presente documento que yo Jorge Martínez L., mayor de edad, casado, vecino de Bogotá, cedo en forma real y perpetua al señor Francisco Pineda López, mayor de edad, casado, vecino de Bogotá o a quien sus derechos representare, un cinco por ciento más de mis derechos y acciones en el contrato de bienes ocultos de fecha 22 de diciembre de 1920, publicado en el **Diario Oficial** número 17.952 y 17.953, en la resolución número 431, publicada en el **Diario Oficial** del 20 de enero de 1922, número 18.072 y 18.073; en la Resolución del Ministerio de Gobierno, publicada en el **Diario Oficial** número 18.096 y 18.097 del 3 de febrero de 1922, Diarios Oficiales autenticados que se adjuntan al presente documento. Este cinco por ciento del cuarenta y cinco por ciento que me corresponde en el citado contrato de bienes ocultos, lo cedo además del diez por ciento del cuarenta y cinco por ciento que le cedí en el documento de fecha 23 de mayo de 1922, de manera que, el citado Francisco Pineda López, o quien sus derechos representare, tiene hoy cedidos por mí en forma real y perpetua, derechos y acciones en tal contrato por un total de un quince por ciento apreciando mis derechos y acciones en el citado contrato en cien unidades, para asignar quince de éstas a Pineda López y quedando así adicionado y aclarado el contrato de 23 de mayo de 1922. Se hace constar, que los gastos que se hagan, de ahora en adelante, para llevar a feliz término este negociado serán de cargo de los interesados en proporción a sus respectivos derechos. Tengo recibido del citado señor Pineda López a mi entera satisfacción en documentos que me otorgan derechos de un valor indeterminado, el valor de los derechos que le cedo, pero para los efectos fiscales aprecio este documento en un valor de un mil pesos ($ 1.000.00) moneda corriente. En fe de lo expuesto firmo el presente documento ante testigos en Bogotá, a los seis días del mes de mayo de mil novecientos veintiseis (1926). (Fdo.) **Jorge Martínez L.**—Testigos (fdo.) J. M. Mejía Pérez. (Fdo.) Alberto González".

"e) Varios memoriales del doctor Ricardo Sarmiento Alarcón en que pide al Juez del Circuito Civil de Bogotá notificar a varios funcionarios públicos la cesión a que se refieren los documentos privados mencionados en los apartes anteriores; originales, las constancias de las notificaciones hechas por el Juez 4º del C. de B. al Procurador Delegado en lo Civil, al Personero Municipal de Bogotá, al Procurador General de la Nación, al Fiscal Segundo del Tribunal Superior de Bogotá y Ministro de Minas y Petróleos. La constancia de notificación a este último funcionario, lleva fecha 25 de octubre de 1940.

"En realidad, como lo anota el general Martínez en el memorial que se ha citado al principio de esta providencia, están sin resolver las peticiones formuladas por los señores Francisco y Sergio Pombo, María Jiménez Pombo de Gutiérrez, Ana Jiménez Pombo de Pombo y Luis Jiménez Pombo, y Ricardo Sarmiento Alarcón, obrando como apoderado de Eugenia Otero v. de Pineda López y Francisco Pineda Otero, para que se les tenga como cesionarios del General Martínez L. en determinada cuota de la participación que a éste corresponda como denunciante del bien oculto conocido con el nombre de 'Santiago de las Atalayas y Pueblo Viejo de Cusiana', según se deja visto, y que se les haga el pago correspondiente. Así, que en esta providencia se resolverán todos los memoriales mencionados".

En seguida de lo transcrito, la resolución enumera las razones que ante el ministerio alegó el general Martínez para

oponerse al reconocimiento de las cesiones. Son dos que el ministerio sintetiza así: incumplimiento de las obligaciones a cargo de los presuntos cesionarios y a favor del general Martínez estipuladas en los documentos de cesión, e invalidez de tales cesiones por no haberse hecho en la forma que señala el artículo 33 de la ley 57 de 1887.

Indudablemente, agrega la resolución, los reparos hechos por el interesado son de fondo; a lo cual se agrega que cuando las notificaciones de los traspasos fueron hechas al gobierno, estaba registrado y vigente, como lo está todavía, el embargo de la participación del general Martínez decretado por el juez tercero del circuito de Bogotá en el juicio ejecutivo de Isaac Pulido contra aquél, el cual se comunicó al ministerio de hacienda y crédito público desde el 11 de junio de 1933.

La providencia ministerial concluye así: "En el presente negocio, la Nación es el deudor cedido. No obra como entidad de derecho público, sino en su carácter de contratista, esto es, como persona del derecho civil. Es un deudor sin prerrogativas especiales respecto de las cesiones que se le han notificado. No puede, pues, el Gobierno que la representa entrar a juzgar sobre la validez o nulidad de dichas cesiones. La cesión de crédito no requiere para su perfeccionamiento del consentimiento del deudor. La notificación que se ha de hacer al deudor de acuerdo con el artículo 1690 del Código Civil tiene por objeto el que la cesión produzca efectos con respecto al deudor y a terceros, pero de ningún modo se exige para que la cesión tenga validez entre el cedente y el cesionario. El Gobierno carece, pues, de facultad para juzgar de la validez o nulidad de las cesiones ya en sí mismas ya en cuanto a vicios o irregularidades de la notificación. Tal autorización compete privativamente al Organo Judicial. En todo caso, puesto que las partes interesadas están en desacuerdo este Ministerio, en fuerza de las circunstancias, debe abstenerse de hacer el pago a ninguno de los interesados mientras no se decida por la justicia ordinaria sobre la validez o nulidad de las cesiones y de las notificaciones de ellas, o mientras el presunto cedente no exprese su conformidad con el pago a los que se pretenden cesionarios de parte de su participación, pues, el pago ya al general Martínez L., ya a quienes se pretenden sus cesionarios, podría llegar a ser ineficaz en virtud de las sentencias del Organo Judicial, que decidieran las controversias entre el presunto cedente y los que se consideran sus cesionarios, teniendo así la Nación que pagar nuevamente".

CAPITULO II

Consideraciones de la Corte

Tanto en la demanda como en el alegato de conclusión el demandante sostiene que la resolución acusada es ilegal por dos motivos fundamentales: el primero que se traduce en una cuestión de carácter administrativo, estriba en que lo resuelto por el ministerio de minas y petróleos contraría y desconoce la situación jurídica que ya se había creado con la resolución ejecutiva, la cual versó sobre el mismo punto del reconocimiento de los cesionarios, que ésta negó; y el segundo, se reduce a una materia de derecho civil, relacionada con la validez de los traspasos y su notificación al gobierno.

Siguiendo el orden propuesto por el demandante, la sala examinará separadamente las dos causales de ilegalidad, empezando por la primera.

ASPECTO ADMINISTRATIVO

Para el demandante, el ministro de minas y petróleos, con la resolución que se transcribió anteriormente, reformó y anuló en sus efectos la dictada por el presidente de la república número 1181, reviviendo el problema de las cesiones que ésta había dejado resuelto definitivamente. "Aquella, la ejecutiva, había revocado la resolución ministerial 102 de 1940, en cuanto por ella se aplazaba la determinación del modo como debía hacérseme el

pago hasta tanto que no se comunicara al gobierno por el Organo Judicial las sentencias que declaren inválidas las cesiones o hasta que no se haga la petición por todos los interesados. Al disponer la Resolución que acuso que el gobierno se abstiene de hacer el pago de mi participación mientras no se decida definitivamente por el Organo Judicial sobre la validez o nulidad de las cesiones y de las notificaciones de las mismas a la Nación, se volvió atrás, se le dio nueva vida a un reclamo que ya en la resolución ejecutiva se había fallado definitivamente y que en resoluciones ministeriales anteriores estaba igualmente resuelto en actos ejecutoriados que deben considerarse como leyes que regulan el procedimiento administrativo en este caso especial".

Se considera:

La resolución ejecutiva número 1181 contiene como es evidente dos partes: por la primera revoca la número 102 de 13 de abril de 1940 dictada por el ministerio de hacienda y crédito público, quien conocía entonces de los negocios relacionados con los contratos sobre denuncio de bienes ocultos del Estado; y por la segunda, dispone pagarle al general Martínez en especie su participación del 45% en los terrenos por él reivindicados.

Dio origen a la resolución número 102, la petición que elevara el general Martínez al ministerio de hacienda, para que, haciendo uso el gobierno de la facultad que le concede el artículo 1º de la ley 128 de 1938, le pagase en especie la participación que le corresponde según el contrato de bienes ocultos. Mas el gobierno aun reconociendo que el contratista había dado solución satisfactoria a todas sus obligaciones, se abstuvo de decretar de conformidad la solicitud, "mientras todos los interesados no hagan de consuno tal solicitud, o hasta tanto no se le comuniquen por el Organo Judicial las sentencias que declaren inválidas las cesiones de cuotas de la mencionada participación y se ordene la cancelación del embargo que sobre dicha participación pesa". Y ello en atención a que al gobierno ya se le habían notificado los traspasos que de su participación había hecho el general Martínez.

Pero como éste insistiera alegando que la existencia de los traspasos no era valla que impidiera al gobierno optar por pagar en dinero o en especie, puesto que ésta era necesariamente una cuestión previa que tenía que decidirse antes del pago, se promulgó entonces la nueva resolución número 1181, que revocó la anterior y decretó el pago en especie. El gobierno le halló así la razón al reclamante: "Realmente —dice la nueva resolución— la solicitud del general Martínez se limita a que el gobierno decida si es su voluntad pagar en dinero la participación pactada con el peticionario, o si, prefiere, haciendo uso del derecho de opción que le reconoce el artículo 1º de la ley 128 de 1938 pagar dicha participación en especie. Es una cuestión que puede resolverse con anterioridad a la ejecución del pago mismo y que, por consiguiente, no está necesariamente vinculada a la decisión de la validez de las cesiones ameritadas en la providencia que se reclama, ni a la vigencia o cancelación del embargo judicial que sobre la participación del peticionario pesa. Como lo observa con fundamento el recurrente, las cesiones notificadas al ministerio de hacienda no son obstáculo para que el gobierno decida si hará el pago en especie o en dinero, porque los cesionarios, en el supuesto de la validez de su título, "validez que niego, lo serían del porcientaje, en mi participación sobre el valor comercial del bien oculto, sea cual fuere esa participación, pues no consta que yo hubiera estipulado que ella había, de ser en dinero", y "que un embargo impida al deudor entregar la cosa debida, esto es, pagar al acreedor mismo, se comprende; pero que ese embargo impida determinar la forma en que haya de hacerse el pago, es algo que no tiene fundamento en la ley". Téngase en cuenta, además, que la opción de pagar en dinero o en especie corresponde al Gobierno, que es el que debe manifestar su voluntad de hacer el pago de la participación en una u otra forma; pero en ningún caso al de-

nunciante. Así pues, no es que el acreedor convenga o no en cambiar la forma de pago; es que el deudor en este caso especial de la participación en las denuncias de bienes ocultos del Estado, tiene la facultad de imponer al acreedor la forma de pago que estime más conveniente a los intereses nacionales. **Basta lo dicho para sustentar la revocación de la resolución reclamada, como se dispondrá en la parte resolutiva de la presente providencia".** (Lo subrayado es de la sala).

La transcripción anterior acredita perentoriamente que el gobierno en la resolución ejecutiva número 1181 estuvo lejos de resolver lo relativo a los efectos de las cesiones y del embargo que se le habían notificado. Revocó sí la resolución número 102 de 1940, pero no para desconocer el efecto de aquellas notificaciones y embargo; hízolo meramente con el alcance de darle entrada a la solicitud del contratista de bienes ocultos, de que el gobierno escogiera la forma de pago de la participación, cuestión previa a la ejecución misma del pago. De esta suerte, lo que fue materia de la resolución revocada número 102, quedó pendiente sometido a futura decisión. Sobre el particular hay una claridad meridiana. No puede sostenerse entonces que la resolución número 37, dictada posteriormente por el ministerio de minas y petróleos, con el objeto ahora sí de fijar administrativamente la conducta del Estado frente a la notificación de las cesiones y del embargo, modificara o revocara una decisión anterior definitiva sobre el mismo punto; porque la resolución ejecutiva que se indica como reformada versó sobre un problema administrativo fundamentalmente distinto del atañedero a los efectos de las predichas notificaciones y embargo.

Debe pues descartarse la afirmación del demandante de que la resolución número 37 contraría la ejecutiva número 1181. Según las propias ideas del demandante, recogidas y prohijadas en esta última resolución, él no lo entendió así cuando provocó la revocatoria de la Nº 102 de 1940, basado en que el pedimento debía prosperar, como prosperó, con el fin de dar la oportunidad de decidir una cuestión previa, e independiente de la tocante con las cesiones y el embargo.

El gobierno de consiguiente estaba en la necesidad de definir su actitud frente a la notificación de las cesiones, resuelta como estaba la cuestión previa de la forma de pago de la participación. Debía, con posterioridad a la resolución número 1181 proveer sobre lo que había sido materia de la número 102 de 1940, revocada con el fin de definir aquella cuestión previa. Y a ello obedece la providencia gubernamental acusada cuya oportunidad es notoria, encaminada a decidir en qué grado la notificación de las cesiones y del embargo, impide al Estado, deudor, pagar al acreedor ante la pretensión de los cesionarios que se presentan como actuales titulares del crédito.

En consecuencia, y de acuerdo en esto la sala con lo sostenido por el señor procurador, la petición segunda del libelo de demanda de ninguna manera procede. Pídese allí que como efecto de la nulidad demandada de la resolución número 37 "se declare que se halla vigente en todas sus partes la resolución ejecutiva número 1181, de 23 de octubre de 1940 proferida por el gobierno nacional y aceptada por mí al ser notificado de ella". Está visto que las dos resoluciones en lugar de excluírse se complementan. Cada una crea una situación jurídica diferente. Sus efectos van también por rumbos distintos. Tienen vida propia e independiente. Siendo así no hay inconveniente en que tengan vigencia simultánea.

Póne de presente el anterior estudio que es inadmisible el primer motivo que alega el demandante en orden a obtener la nulidad de la resolución número 37.

ASPECTO CIVIL

El segundo motivo de nulidad alegado contra la misma resolución es ya de orden más sustantivo. Con él se plantea un problema de derecho común concerniente

al valor de las cesiones, de las notificaciones y del embargo.

Antes que todo es oportuno recordar el régimen de la cesión de créditos.

El proceso legal de toda cesión de créditos personales es conocido. En la cesión intervienen siempre tres personas: el cedente, acreedor y titular del derecho, que lo trasfiere a otro, mediante una convención; el cesionario, o persona que adquiere el derecho cedido y pasa a ocupar el lugar del acreedor; por último el deudor, sujeto pasivo del derecho cedido, quien en adelante queda vinculado con el cesionario.

En la cesión de créditos surge la necesidad de considerar dos series de actos, encaminados a producir cada uno su propio resultado. El primer acto se desarrolla entre cedente y cesionario, y tiende a dejar perfeccionada entre ellos la cesión; el segundo acto tiene por objeto al deudor, y dirígese a hacerle conocer la persona del nuevo acreedor.

La cesión de créditos requiere que entre el cedente y el cesionario exista un contrato traslaticio de dominio, que puede ser venta, permuta, donación, etc., puesto que la cesión es apenas el modo de hacer la tradición del derecho personal del cedente al cesionario; contrato que se perfecciona entre éstos según las reglas generales. sin que se necesite para nada el consentimiento o intervención del deudor.

Quien vende o enajena una cosa mueble está obligado a trasferir el dominio al adquirente por alguno de los medios de tradición fictos o reales indicados en el artículo 754 del C. Civil. Quien vende o enajena un inmueble está obligado a efectuar la tradición de él por el competente medio de la inscripción en el registro de instrumentos públicos. E igualmente quien cede a otro un crédito personal por venta, permuta, etc., debe hacer la tradición del derecho cedido, la que con arreglo al artículo 33 de la ley 57 de 1887 se efectúa por la entrega del título hecha por el cedente al cesionario.

Realizada la entrega del título por el cedente al cesionario se consuma la trasferencia del dominio del crédito y queda radicado éste en manos del cesionario. Terminá con este acto la primera etapa de la cesión.

El deudor es ajeno y extraño a la etapa anterior. Empero, como es él quien va a efectuar el pago, es de absoluta necesidad que se le dé conocimiento de la cesión, de lo cual surge la segunda etapa de ella, regulada por los artículos 1960, 1961 y 1962 del C. Civil.

Mas ni la notificación al deudor de la cesión, ni la aceptación de ésta por el cesionario, son requisitos o formalidades propias de la cesión, la cual queda perfecta, como está dicho, en el mismo momento en que el cedente hace entrega del título o documento en que consta el crédito al cesionario. La notificación no tiene otro efecto que dar publicidad a la cesión, ponerla en conocimiento del deudor y de terceros. Es por eso por lo que su omisión produce solamente los efectos señalados en el artículo 1963, ibídem, sin que afecte el contrato entre el cedente y el cesionario.

La entrega del título perfecciona la cesión entre el cedente y el cesionario. Respecto de terceros una formalidad más debe intervenir para consumar esa trasferencia; es la notificación del traspaso al deudor o que éste lo acepte. Por eso la omisión de dicha formalidad, erigida en interés y protección de los terceros, entre los cuales está el deudor, no invalida la tradición que el cedente le haya hecho al cesionario; pero respecto de dichos terceros el crédito se reputa subsistente en manos del cedente.

En el caso particular de autos sucedió lo siguiente:

a) Cesión al doctor Agustín A. Jiménez. Consta en una carta en la que el general Martínez le reconoce el 5% de la

participación que le debe pagar el gobierno por cuenta del contrato de bienes ocultos. La notificación de esta cesión se le hizo al gobierno judicialmente exhibiéndole la escritura número 2281 de 17 de diciembre de 1936, Notaría 3ª de Bogotá, que contiene la protocolización de la carta y de otros documentos.

b) Cesión a los señores Francisco y Sergio Pombo. Consta en el documento privado de fecha 21 de mayo de 1927, protocolizado mediante escritura pública número 1485 de 1º de octubre de 1937, otorgada en la Notaría 5ª de este circuito, por medio del cual el general Martínez trasfirió a los señores Pombo, a título de venta, por la cantidad de $ 20,000.00 que los compradores obligáronse a pagar en los términos detallados en el documento, "diez unidades o diez avas partes de las cien unidades o avas partes en que se estima dividido el cuarenta y cinco por ciento que le corresponde al general Martínez" en la participación por el denuncio de los bienes ocultos. La notificación de esta cesión se le hizo al gobierno por los señores Pombos, judicialmente, exhibiéndole la escritura de protocolización del documento.

c) Cesión al señor Francisco Pineda López. Consta en dos documentos privados; el primero otorgado el 23 de mayo de 1922 y el segundo el 26 de mayo de 1926. Por aquel el general Martínez prometió cederle a Pineda López, en retribución de un apoyo financiero que éste ofreció prestarle al general Martínez, el diez por ciento del cuarenta y cinco por ciento de la participación del general Martínez en el negocio de los bienes ocultos; y por el documento de mil novecientos veintiséis le cedió al mismo título otro cinco por ciento de la misma participación. En total la cesión es pues del quince por ciento. La notificación de esta cesión se le hizo al gobierno por los herederos del señor Pineda López exhibiéndole los dos documentos originales.

d) Por último, el 25 de agosto del año de 1933 el gobierno, por conducto del Ministerio de Hacienda y Crédito Público recibió un oficio del juez tercero del circuito en lo civil de Bogotá, comunicándole que en el juicio ejecutivo de Isaac Pulido contra Jorge Martínez L. se había decretado el embargo del 45% del valor de los bienes ocultos denunciados por el segundo conforme al respectivo contrato celebrado por dicho Martínez con la nación.

El problema que surge a consideración inmediata, vistos ya los hechos que motivaron la resolución ministerial acusada, puede plantearse así: Estaba facultado y tenía derecho el gobierno, a título de deudor, para calificar la legalidad y validez de las cesiones y de sus notificaciones, resolviendo por ende la situación conflictiva entre cedente y cesionarios ante la cual se encontraba, optando por pagarle al primero más bien que a los segundos conforme lo piensa el actor?

No. Está dicho que el deudor es completamente ajeno a los pactos que se hayan convenido entre el cedente y el cesionario con el fin de perfeccionar la cesión. Es un elemento pasivo que se limita a obedecer la voluntad del cedente contenida en el documento respectivo; y en tal calidad no puede dictaminar sobre la validez del contrato de cesión, ni de las notificaciones que haya recibido. Esas son controversias que deben definirse judicial o extrajudicialmente entre las partes contratantes, cedente y cesionario, y en manera alguna por el deudor, quien como no puede ser obligado a pagar dos veces, solamente debe pagar a aquel de los interesados que haya adquirido una situación jurídica inatacable y perfectamente regular.

Para que el pago sea válido, dice el artículo 1634 del Código Civil, debe hacerse al acreedor mismo bajo cuyo nombre se entienden todos los que le hayan sucedido en el crédito a título singular, o a las demás personas mencionadas en la disposición.

Quién es en el caso del crédito del general Martínez el acreedor? No lo podría determinar esta Sala, porque ello envuel-

ve la decisión de una controversia entre particulares, entre el general Martínez y los pretendidos cesionarios. Menos habría podido decidirlo la nación deudora, en la resolución acusada, ordenando que se tuviera como acreedor al general Martínez, basado en la ineficacia de las cesiones y de las notificaciones, con lo cual habría sentenciado sobre cuestiones que no le incumben como deudor.

Originariamente el demandante general Martínez es el acreedor. Pero antes de que se le haga el pago, varios terceros se presentan ante el deudor y con exhibición de sendos documentos de cesión firmados por el acreedor, le hacen judicialmente la notificación de ellos. El cedente alega que las cesiones son ineficaces, porque los cesionarios faltaron a las obligaciones que con él contrajeron. El deudor, sujeto pasivo de la obligación, carece de poder para zanjar esta dificultad que concierne no a él sino a otros. Para ello tendría que fundarse en que la razón está de parte del cedente o de parte del cesionario. Y con qué derecho lo hace? Si lo hiciera sobrevendría luégo el fallo de autoridad competente que desate ese litigio y el deudor quedaría expuesto a ser contradicho y a pagar dos veces. Tampoco el cedente puede alegarle al deudor que la notificación de la cesión es inválida, en razón de no habérsele exhibido el documento contentivo del crédito cedido que llevara una expresa nota de cesión firmada por el cedente. Tal invalidez también está fuera, por la naturaleza de la materia que entraña, del poder de apreciación del deudor. Esa materia pertenece al segundo acto consecuencial de la cesión, la publicidad ante terceros, incluyendo al deudor, cuestión que se resuelve en este interrogante: quién es ante terceros el actual dueño del crédito cedido, el cedente o el cesionario?

Por la misma razón que el deudor carece de facultad para pronunciarse sobre la invalidez del contrato de cesión, también está impedido para determinar el grado de validez de las notificaciones que se le hagan, por ausencia de formalidades.

"El pago hecho de buena fe a la persona que estaba entonces en posesión del crédito, es válido, aunque después aparezca que el crédito no le pertenecía". Es canon del artículo 1634 del Código Civil. El deudor de consiguiente procede válidamente pagándole la deuda al acreedor aparente. De la misma manera, cuando ante él se presentan acreedores con apariencias cada uno de serlo con exclusión de los demás, la más elemental prudencia le aconseja suspender el pago, mientras la justicia dice cuál es el verdadero acreedor. Y fue ésta la cauta actitud que el gobierno asumió en la resolución acusada. Ante el hecho evidente de que el acreedor originario bajo su firma hizo cesión de cuotas de participación en la remuneración que le corresponde como denunciante de un bien oculto de la nación, y que, estas cesiones le fueron notificadas judicialmente a la nación por los cesionarios, el Estado habría cerrado los ojos a la realidad manifestándose ignorante de esta nueva situación jurídica, la que, cuando menos, hace incierta ante terceros, incluyendo al deudor, la calidad jurídica del general Martínez de poseedor del crédito. El Estado obró correcta y legalmente. No podía ordenar pagarle al general Martínez, habiendo unas cesiones de por medio, sin exponerse a tener que repetir luégo el pago en el caso de que a la postre resulte que las cesiones son válidas.

Finalmente, la resolución acusada también se funda en la existencia del embargo.

El motivo está plenamente justificado por el artículo 1636 del código civil. Estando embargado el crédito, es nulo el pago que se le haga al acreedor, según el ordinal 2º de dicho artículo.

El punto es de tan meridiana claridad, que la Sala cree innecesario agregar más razones tendientes a justificar por ese aspecto la resolución acusada, número 37 de 27 de enero de 1941. La cual por ende es estrictamente legal por todos los aspectos examinados.

Sentencia

Por las razones expuestas, la sala civil de única instancia de la Corte Suprema de Justicia administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, RESUELVE:

Niéganse todas las declaraciones solicitadas por el demandante Jorge Martínez L. en el libelo de demanda.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

Arturo Tapias Pilonieta—José M. Blanco Núñez — Ricardo Hinestrosa Daza— Fulgencio Lequerica Vélez — El Conjuez, José del Carmen Mesa — Manuel Pineda Garrido, Srio. en ppdad.

ACCION PARA EL PAGO DE PERJUICIOS — IMPUESTOS FISCALES — RESPONSABILIDAD DEL ARRENDATARIO EN CASO DE DESTRUCCION POR SU CULPA DE LA COSA ARRENDADA

1. Lo que la ley busca en casos de pretendido fraude al fisco por la falta de estampillas correspondientes debidamente anuladas en los actos o contratos que deben llevarlas conforme al artículo 6º, numeral 14, de la ley 20 de 1923, es, no la nulidad del acto o contrato en su parte intrínseca, de derecho sustantivo, sino una sanción pecuniaria con la cual se da la ocasión de revalidar el documento. Cuando la ley dice que los actos o documentos que no han cumplido con los impuestos de papel sellado y timbre nacional carecen de valor legal y en juicio no pueden ser tenidos como prueba, está apenas calificando fiscalmente dichos documentos. En ellos el valor que les imprime la ley civil puede ser pleno e irrefutable, pero les falta el lleno formal del pago de los impuestos, que se verifica con el importe aumentado en la proporción que señala la ley. — 2. Los expositores separan las obligaciones "determinadas, precisas o de resultado" de las obligaciones "generales de prudencia y diligencia", para el efecto de saber cuándo se requiere la prueba de la ausencia de la culpa y cuándo la prueba del caso fortuito, de la fuerza mayor o de la causa extraña. (Véase sobre el particular la doctrina de la Corte en sentencia del 30 de noviembre de 1935, G. J. números 1905 y 1906). — 3. El artículo 2005, inciso 4º, se equipara en su contenido y efectos con el 1732 del Código Civil francés. Puede decirse con los tratadistas franceses que en este caso se trata de obligaciones de diligencia y prudencia en las cuales se debe emplear por el arrendador toda clase de cuidados respecto de la cosa dada en arrendamiento y que en el caso es admisible en su favor la prueba de la ausencia de culpa. Respecto del inciso 1º del susodicho artículo, el arrendatario tiene una obligación cierta, precisa y determinada: *devolver al arrendador el bien en el estado en que le fue entregado.* Y en el caso de destrucción de la finca por incendio, inundación, terremoto u otra causa cualquiera, cómo prueba el arrendatario que en ella no está comprometida su responsabilidad? En la legislación francesa el único medio de contraprobar la presunción de responsabilidad en el locatario es demostrando el caso fortuito, la fuerza mayor, o la causa extraña. En la legislación colombiana, en la que nada se dice al respecto, parece que se deja a juicio del juez exigir la prueba de la ausencia de culpa, o la del caso fortuito, según lo reclamen las incidencias del negocio.

Corte Suprema de Justicia — Sala Civil de Unica Instancia — Bogotá, cinco de mayo de mil novecientos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Aníbal Cardoso Gaitán).

Pedro Antonio Guzmán demanda de la Nación, ante esta Sala, el pago de los perjuicios que por inejecución del contrato

de arrendamiento firmado el 21 de febrero de 1933 considera le adeuda.

El libelo de demanda trae dos peticiones: la primera se encamina a obtener la declaración de responsabilidad del Estado en el acto que culminó con el incendio de una casa de propiedad del actor, situada en el municipio de Caucayá y que el día del acontecimiento estaba a cargo del Estado por contrato que un representante suyo había celebrado con el demandante. La segunda petición se endereza a solicitar la indemnización de perjuicios, consistentes en el daño emergente y el lucro cesante, ocasionados por la destrucción de la finca raíz a que se refiere el primer punto.

Los hechos presentados en apoyo del derecho son: 1º El día 21 de febrero de 1933 el demandante dio en arrendamiento a la Nación, representada en ese acto por el capitán del ejército José Copete, oficial de detall del departamento del Putumayo, guarnición de Caucayá, cuyos linderos son: por el norte, con la plaza principal; por el oriente, con casa de Isidoro Oviedo; por el sur, con el área de la población, y por el occidente, con una calle municipal. 2º El término del contrato fue de tres meses prorrogables o renunciables a voluntad de las partes, según la cláusula 4ª del documento que se acompaña a la demanda. 3º La Nación se comprometió a pagar como canon mensual de arrendamiento la suma de doce pesos. 4º La casa la recibió la Nación en buen estado, según lo declara el mismo contrato, cláusula 2ª, y se comprometió a devolverla en el mismo buen estado, salvo el deterioro natural. 5º Vencido el término del contrato la Nación siguió ocupando la casa y pagando los cánones de arrendamiento. 6º La Nación desde que recibió la casa hasta el día del incendio la tenía ocupada con la oficina de correos. 7º Guzmán, en su calidad de poseedor y dueño de la casa, la entregó al gobierno nacional. 8º La casa en referencia era de dos pisos, de madera, palmicha, tenía veinte metros de extensión en cada uno de sus costados, valía en la fecha del incendio la suma de dos mil pesos moneda corriente y producía un arrendamiento de doce pesos. 9º El demandante, por causa del incendio se vio privado de su renta y no ha podido reconstruír la casa. 10º La Nación el día 25 de febrero de 1934 fecha del incendio de la casa, la tenía en su poder, no con ánimo de señor y dueño, sino a título precario, por lo cual debe responder de los perjuicios causados a su dueño.

El señor Procurador Delegado en lo Civil — representante legal de la Nación— al contestar la demanda remitió todos los hechos a prueba, con excepción de la parte final del último, que negó, por considerar que la Nación no es responsable aunque hubiesen ocurrido los hechos relatados.

Concluído el procedimiento, es oportuno dictar el fallo que ponga término al juicio.

Se plantea a la Corte un caso de responsabilidad a cargo del Estado por la destrucción en un incendio de una casa situada en Caucayá, que el Gobierno Nacional tuvo arrendada con destino a la oficina del correo militar y nacional, como también al alojamiento de algunos empleados.

Hacen relación al incendio y a la manera como aconteció, los certificados del Administrador de Correos de Puerto Leguízamo (Caucayá) y del capitán Roberto E. Domínguez del batallón "Huila" número 19 de infantería, y las declaraciones de Enriqueta Guzmán de Muñoz y de Mercedes Marlés.

Exponen: Juan M. Roca: ....."El suscrito Administrador de Correos de este puerto certifica: que la casa de palma con paredes de madera, de segundo piso, entablada, con cinco piezas, cómoda, en la que actuaban las oficinas del correo militar y el nacional, que se quemó el día 25 de febrero del presente año, era propiedad del señor Pedro A. Guzmán, quien la tenía arrendada al comando de la guarnición a razón de doce (12) pesos men-

suales. Para que conste, firmo el presente certificado, a 25 de junio de 1934". — Capitán Roberto E. Domínguez ..... "Caucayá, junio 25 de 1934, certifico: que el día 25 de febrero del presente año, se incendió la casa en donde funcionaba la oficina de correos de este puerto".

Enriqueta Guzmán de Muñoz, al punto tercero dice: "personalmente conocí una casa de dos pisos, de cinco piezas espaciosas en el piso alto, una pieza y un salón en el piso bajo, construída sobre estacones de madera, las paredes guarnecidas de tabla y con techo de palmiche, muy bien construída y que era de propiedad del señor Guzmán, esposo de la peticionaria, situada dicha casa en la esquina norte de la plaza única del corregimiento de Caucayá, hoy Puerto Leguízamo, Comisaría Nacional del Putumayo. 4º Es cierto que como compañera que he sido de la peticionaria en varios negocios, fui en los primeros meses del año de 1933 a Caucayá con el objeto de ver la citada casa del señor Guzmán, esposo de la peticionaria, para comprársela, la paseé y le hice al señor Guzmán la propuesta de compra por la suma de dos mil quinientos pesos m. c. ($ 2.500.00). Igualmente es cierto que en el mes de febrero de 1934, me encontraba en el corregimiento de Caucayá y como unos ocho días antes del 25 de febrero fuí a ver la citada casa con el fin de ver si podía comprarla. 6º Es cierto, por haberlo presenciado, que el día 25 de febrero del citado año de 1934, como entre la una y dos de la tarde, me encontraba en la citada casa con el motivo de solicitar correspondencia en la oficina de correos que allí funcionaba, y en esa hora volví nuevamente a inspeccionar la casa, y estando en el patio presencié que la cocinera, de nombre Regina, que asistía al Administrador de Correos y sus dependencias, y quien estaba en la cocina, cuya puerta ancha daba precisamente frente al patio donde me encontraba, tomó un tarro que contenía petróleo que empleaba para prender fuego, derramó demasiado líquido sobre el fogón y al instante se levantó una llamarada que abrazó el techo de la casa e inmediatamente se desarrolló el incendio, que duró hasta que la casa quedó reducida a cenizas..." Mercedes Marlés, sobre el mismo punto, expuso: "Me consta por haberlo presenciado que el día veinticinco de febrero de mil novecientos treinta y cuatro, como entre la 1 y 2 de la tarde de dicho día, me encontraba yo con la Sra. Enriqueta Guzmán de Muñoz en la casa a que me he referido, con motivo de solicitar correspondencia en la oficina de correos, pues que allí funcionaba; en esa hora se nos ocurrió ver nuevamente la casa, y estando en el patio de ella, vimos que la cocinera, de nombre Regina, que asistía al Administrador de Correos y a sus dependientes, cogió un tarro que contenía petróleo, que empleaba para prender fuego, derramó demasiado líquido sobre el fogón y al instante se levantó una llamarada que abrazó el techo de la casa e inmediatamente se desarrolló el incendio que duró hasta que quedó la casa reducida a cenizas".

Obra en el expediente el contrato de arrendamiento firmado en Caucayá a veintiuno de febrero de 1933, entre Pedro Antonio Guzmán, propietario de la casa, y José Copete, Oficial de Detall del Destacamento del Putumayo. Fue extendido ante testigos, pero se hallaba sin estampillar, en papel común y por consiguiente, sin el requisito del registro en la Recaudación de Hacienda.

El Procurador Delegado dijo sobre el particular que no se había probado en forma legal la celebración del contrato de arrendamiento a que la demanda se refiere. Por qué? Porque de conformidad con el artículo 6º, numeral 14 de la Ley 20 de 1923, se extenderán en papel sellado los contratos que se celebren con el Gobierno Nacional, o con los Seccionales y Municipales, aunque no sean de valor determinado; y debe llevar estampillas de timbre nacional todo documento privado de deber sobre cualquier clase de contratos, fianzas, arrendamiento o negociacio-

nes de todo género, a razón de cinco centavos por cada cien pesos o fracción de cien pesos de su valor. (artículo 1º, numeral 6º del Decreto 92 de 1932).

El contrato, en la forma como aparecería en el expediente (en papel común, sin estampillas), que por lo visto no cumplía con las disposiciones legales, estando señalado a llenarlas, no "podrá ser tenido como prueba sino está provisto de las estampillas correspondientes debidamente anuladas". La ley busca en estos pretendidos casos de fraude al fisco, no la nulidad del acto o contrato en su parte intrínseca, de derecho sustantivo, sino una sanción pecuniaria con la cual se dá la ocasión de revalidar el documento.

Cuando la ley dice que los actos o documentos que no han cumplido con los impuestos de papel sellado y timbre nacional, carecen de valor legal y en juicio no pueden ser tenidos como prueba, está apenas calificando fiscalmente dichos documentos. En ellos el valor que les imprime la ley civil puede ser pleno e irrefutable, pero les falta el lleno formal del pago de los impuestos, que se verifica con el importe aumentado en la proporción que señala la ley.

"El impuesto de timbre tiene una finalidad meramente fiscal, el pago de una contribución, de un tributo, pago que cuando se omite, tiene sanciones, pero no tan extremas que invaliden o anulen o dejen inexistentes para siempre los documentos privados en que se encuentre expresado un acto jurídico. Si hoy la mayoría de los actos que adolecen de nulidad por efecto de vicios sustantivos pueden sanearse, con mucha mayor razón cuando las deficiencias no miran intrínsecamente al acto, sino de una manera adjetiva, como es la falta de pago de un impuesto de timbre. Por eso la Ley 20 de 1923, bajo cuyo imperio se celebró el contrato de promesa de venta en el inciso final del artículo 8º estableció la revalidación o legalización en que no se hubiere satisfecho el impuesto de timbre". (Gaceta Judicial, tomo 46, número 1.934, página 228).

Luego, conforme a esta doctrina y al deseo de aunar la justicia a la juricidad del acto, el referido documento puede ser admitido como prueba.

La Sala, para cumplir el mandato del artículo 1º del Decreto 92 de 1932, dispuso que el interesado cubriese los impuestos de papel sellado y timbre nacional correspondientes, y así aparece haberlo hecho ante la oficina recaudadora.

A mayor abundamiento de la prueba sobre existencia del contrato de arrendamiento entre la Nación y Guzmán, debe tenerse en cuenta que dicho convenio resulta confirmado en los testimonios de Luis Alberto Rozo Salinas y Marco Tulio Rojas, quienes dijeron ser cierto que el Capitán José Copete, en representación de la Nación, tomó en arrendamiento la casa materia de la litis y que ellos por percepción directa y por haber visto el documento, afirman que el contrato se celebró el día veintiuno de febrero de mil novecientos treinta y tres, por tres meses prorrogables o renunciables a voluntad de las partes contratantes y a razón de doce pesos mensuales. Lo acreditado por estos dos declarantes está en perfecta armonía con dos certificados de la Contraloría General de la Nación que reconoce haberse entregado a Guzmán el valor de los cánones de arrendamiento por el tiempo que la casa estuvo en servicio del Gobierno Nacional (folios 11 y 28 del cuaderno número 3). Como los dos certificados son del mismo tenor, se transcribe para mejor aclarar el punto, uno de ellos: "revisadas las cuentas de la guarnición de Florencia, así como las del destacamento del Amazonas, se comprobó que el señor Pedro A. Guzmán recibió el valor de los arrendamientos de la casa de su propiedad, destinada para el funcionamiento del correo militar, en Caucayá, durante el lapso comprendido entre los meses de febrero de 1933 a febrero de 1934, inclusive, a razón de doce pesos mensuales ($ 12.00)".

El señor Procurador Delegado en lo Civil, en las dos oportunidades que tuvo para rendir sus conceptos, dijo: "El in-

cendio que se dice haber destruído la casa materia del contrato, si tal hecho llegare a probarse, constituiría un **caso fortuito,** que liberta al deudor —en este caso el arrendatario— mientras no se pruebe que ocurrió por su culpa o durante su estado de mora (artículo 1604 del C. C.)... El arrendatario es responsable hasta de la culpa leve. No responde de la culpa levísima, porque el contrato de arrendamiento es de los que hacen reportar utilidad a una y otra parte (artículo 1604 ibídem). La culpa del arrendatario o de sus dependientes en el advenimiento del caso fortuito destructor de la casa arrendada, se halla sujeta a los preceptos de la ley anteriormente enunciados. De consiguiente, la responsabilidad del arrendatario en tal evento no se extiende sino hasta la culpa **leve.** El hecho a que se atribuye el incendio destructor de la casa materia del contrato de arrendamiento sobre que versa este juicio no puede calificarse sino de culpa levísima. Es un hecho de tan fácil ocurrencia en una persona **medianamente cuidadosa,** que para evitarlo se requiere la suma diligencia o **cuidado.** Máxime si se tiene en cuenta el nivel intelectual de la persona a quien se señala como autor directo del hecho de que se trata, y que por la naturaleza misma del oficio no puede exigirse la escogencia de persona de superior intelecto".

Se considera:

El representante de la Nación alega que hubo caso fortuito en el incendio de la casa del señor Guzmán y funda su afirmación en el contenido del artículo 1604 del Código Civil, que en sus incisos 1º y 2º dice: "El deudor no es responsable sino de la culpa lata en los contratos que por su naturaleza sólo son útiles al acreedor; es responsable de la leve en los contratos que se hacen para beneficio recíproco de las partes; y de la levísima en los contratos en que el deudor es el único que reporta beneficio. El deudor no es responsable del caso fortuito, a menos que se haya constituído en mora (siendo el caso fortuito de aquéllos que no hubieran dañado la cosa debida, si hubiese sido entregada al acreedor) o que el caso fortuito haya sobrevenido por su culpa".

Evidentemente el artículo 1604 del C. C., colocado en el título del efecto de las obligaciones, es la llave índice de los preceptos que regulan la responsabilidad contractual en que aparecen frente a frente una parte llamada deudora y otra denominada acreedora. Pero como disposición general que regula la materia contractual de la responsabilidad, no cabe ni es aceptable cuando un artículo especial regula el caso materia de la litis.

El señor Procurador Delegado asimila al arrendatario a la calidad de deudor para desarrollar con la base de acreedor y deudor el principio jurídico de la culpa. Y sostiene su tesis alrededor del artículo 1604 diciendo que por cuanto el contrato de arrendamiento reporta utilidad recíproca para las partes contratantes, la responsabilidad del arrendatario se extiende únicamente hasta la **culpa leve,** y como "el hecho a que se atribuye el incendio destructor de la casa materia del contrato de arrendamiento sobre que versa este juicio no puede calificarse sino de **culpa levísima",** resulta que a la Nación, no pudiendo comprometérsele sino por culpa leve, habrá de absolvérsele siendo que en estricto derecho es acreedora de otra especie de culpa, la levísima.

Por existir una disposición —el artículo 2005— que regula los deberes de arrendador y arrendatario, tal norma es de necesaria aplicación en el caso que se considera, y no la del precepto general que invoca el señor Procurador. El citado artículo 2005 del Código Civil establece: "El arrendatario es obligado a restituír la cosa al fin del arrendamiento. Deberá restituírla en el estado en que le fue entregada, tomándose en consideración el deterioro ocasionado por el uso y goce legítimos. Si no constare el estado en que le fue entregada, se entenderá haberla recibido en regular estado de servicio, a menos que pruebe lo contrario. En cuanto a los daños y pérdidas sobrevenidos durante el goce, deberá probar que no sobrevi-

nieron por su culpa, ni por culpa de sus huéspedes o subarrendatarios, y a falta de esta prueba será responsable".

Partiendo del principio general que regula las obligaciones, se requiere, para deducir responsabilidad contractual, que entre el arrendador y el arrendatario existe con validez plena un contrato al momento de la inejecución.

Separan los expositores las obligaciones "determinadas, precisas o de resultado" de las obligaciones "generales de prudencia y diligencia", para el efecto de saber cuándo se requiere la prueba de la ausencia de la culpa y cuándo la prueba del caso fortuito, de la fuerza mayor o de la causa extraña.

"Es menester distinguir entre las obligaciones 'determinadas precisas o de resultado' y las obligaciones 'generales de prudencia y diligencia'. En las primeras, los actos que el deudor debe ejecutar están estrictamente indicados en el contrato o en la ley supletiva, como cuando se trata, por ejemplo, de la obligación que tiene el que ha recibido a mutuo una suma de dinero de hacer el pago respectivo a su acreedor en un determinado día. En las segundas, en las obligaciones generales de prudencia y diligencia, el deudor se ha comprometido a poner solamente toda la diligencia necesaria y a tomar todas las precauciones razonables para llegar a un determinado resultado, que puede no ser alcanzado, a pesar de haber cumplido el deudor con sus deberes de prudencia y diligencia, como en el caso de un cirujano, que al operar a su cliente, no tiene la obligación determinada y precisa de curarlo sino la obligación de tomar todos los cuidados y precauciones aconsejados por la ciencia para evitar un fracaso y para procurar en cambio conseguir la curación del paciente. (Mazeaud, Tomo I).

"En las obligaciones determinadas o precisas hay inejecución, y por consiguiente culpa, cuando no se llega al resultado prometido. En cambio, en las otras —en las de prudencia y diligencia— no hay inejecución por el solo hecho de no haber sido alcanzado el resultado propuesto: sólo hay inejecución, y por lo tanto, culpa, cuando el deudor ha faltado a su obligación de ser prudente y diligente. (Mazeaud, Tomo I).

"Así: —sin desconocer que en unas y otras la inejecución implica culpa— media entre unas y otras, por lo que respecta a la culpa y a la prueba de la ausencia de ésta, una diferencia fundamental: cuando no se trata de obligación precisa sino solamente de la **obligación general de prudencia y diligencia,** los jueces, para determinar la existencia de la culpa tienen que entregarse a un examen de la conducta del demandado, investigar cómo se ha manejado éste, descubrir si hubo de su parte imprudencias o negligencias, y en cambio, cuándo la obligación del deudor es **precisa y determinada,** entonces, en caso de inejecución, la responsabilidad de éste se encuentra necesariamente comprometida por el solo hecho de no haberse alcanzado el resultado, a menos que se pruebe caso fortuito o fuerza mayor o causa extraña, sin que sea procedente ningún examen sobre la conducta misma del deudor. Con la ayuda de todas estas distinciones, esa doctrina reciente enfoca de esta suerte el problema de los artículos 1732 y 1733 del Código de Napoleón: 'Se sabe que el primero de esos textos liberta al arrendatario de su obligación de restitución **en cuanto prueba que no ha cometido culpa,** a tiempo que el otro (el 1733), enfocando el caso particular en que la restitución se ha hecho imposible por incendio, no descarga al arrendatario sino en cuanto éste último pueda establecer el caso fortuito. **Es que el arrendatario no tiene, en principio, en cuanto a la restitución, sino una obligación general de prudencia y diligencia, por lo cual es necesario apreciar su conducta para saber si hay inejecución'.** 'Por el contrario, en caso de incendio, los redactores del Código, para que el arrendatario fuera más atento, quisieron gravarlo con una obligación **determinada:** el arrendatario debe proteger la cosa arrendada contra los incendios; no le basta, en este caso, velar con diligencia; debe impedir la destrucción, el

deterioro, por el fuego, de la cosa que le ha sido alquilada, y hay por lo tanto inejecución desde que la destrucción se produce, a menos que ella sea el resultado de una causa extraña, de un caso fortuito'. (Sentencia de treinta de noviembre de 1935, G. J., números 1.905 y 1906).

Los artículos 1732 y 1733 del Título XIII, Capítulo II del Código de Napoleón, que tratan del contrato de arrendamiento, anteriormente citados, son del siguiente tenor: "Artículo 1732. El arrendatario responde de los daños o pérdidas que sobrevengan durante su goce, a menos que pruebe que tuvieron lugar sin su culpa... Artículo 1733. El arrendatario responde del incendio a menos que pruebe que aconteció por caso fortuito o fuerza mayor, o por vicio de construcción, o que el fuego ha sido comunicado por casa vecina".

El primer artículo hace responsable al arrendatario de los **daños o pérdidas** que sufra la cosa estando en su poder, salvo que demuestre conducta diligente, cuidadosa, vigilante y atenta; es decir, que pruebe verdadera ausencia de culpa en el hecho o hechos sobrevenidos. La prueba de la ausencia de culpa basta para declarar la no responsabilidad del arrendatario en las obligaciones generales de prudencia y diligencia. El segundo artículo (1733) sitúa la responsabilidad del arrendatario ante el hecho cierto y determinado de que la cosa arrendada perezca por **incendio,** y entonces —cómo puede el arrendatario demostrar que no le cabe responsabilidad en el acontecimiento? Probando que el incendio provino de caso fortuito, fuerza mayor, o causa extraña. Pues se considera que arrendador y arrendatario celebraron una obligación cierta, precisa y determinada de responder en caso de incendio por toda especie de culpa, hasta la culpa grave.

En Francia, donde existen estas dos disposiciones: la una que señala la responsabilidad del arrendatario en los casos de **pérdidas o daños** de la cosa alquilada, y la otra que determina la responsabilidad del locatario por el **incendio,** además que indica la prueba que tiene en uno y otro caso el demandado para eliminar los resultados del daño, son pertinentes los comentarios que alrededor de los artículos mencionados han hecho tratadistas como Josserand, los Mazeaud, Ripert, Demogue, Bonnecasse y Esmein. En nuestro derecho, donde no se encuentran las disposiciones del Código Civil Francés, se llega a conclusiones no siempre idénticas.

Dice el artículo 2005 del Código Civil colombiano, inciso 1º: "El arrendatario es obligado a restituír la cosa al fin del arrendamiento...; inciso 4º. En cuanto a los daños y pérdidas sobrevenidos durante su goce, deberá probar que no sobrevinieron por su culpa, ni por culpa de sus huéspedes, dependientes o subarrendatarios, y a falta de esta prueba será responsable".

Se equipara el contenido y efectos del inciso 4º del artículo 2005 del Código Civil Colombiano con el 1732 del Código Civil Francés. Puede decirse con los tratadistas franceses, que en este caso se trata de obligaciones de diligencia y prudencia en las cuales se debe emplear por el arrendador toda clase de cuidados respecto de la cosa dada en arrendamiento y que en el caso es admisible en su favor la prueba de la ausencia de culpa.

Respecto del inciso 1º del susodicho artículo, el arrendatario tiene una obligación cierta, precisa y determinada: **devolver al arrendador el bien en el estado en que le fue entregado.** Y en el caso de destrucción de la finca por incendio, inundación, terremoto u otra causa cualquiera, ¿cómo prueba el arrendatario que en ella no está comprometida su responsabilidad? En la legislación francesa ya se vio que el único medio de contraprobar la presunción de responsabilidad en el locatario es demonstrando el caso fortuito, la fuerza mayor, o la causa extraña. En la legislación colombiana, en la que nada se dice al respecto, parece que se deja a juicio del juez exigir la prueba de la ausencia de culpa, o la del caso fortuito, según lo reclamen las incidencias del negocio.

Trasladados los razonamientos legales que atañen a la responsabilidad en el

arrendatario, al asunto de Guzmán contra la Nación, se encuentra un convenio vigente hasta el día veinticinco de febrero de 1934, fecha de la destrucción por incendio de la casa materia de la obligación contractual, y que el acontecimiento tuvo por causa una excesiva cantidad de combustible (petróelo) que la empleada del servicio doméstico usó para prender fuego.

En climas ardientes como el de Caucayá, y en casas con techo de palma, constituye grave imprudencia utilizar el petróleo, en la forma en que se hizo, como elemento para prender fuego, máxime si ello se hace por personas que no se caracterizan, de ordinario, por su esmerado celo, atención y cuidado en el desempeño de sus tareas.

Como la Nación no allegó prueba de la ausencia de culpa de sus agentes en el incendio, como lo exige el artículo 2005, para exonerarse de responsabilidad, la Sala encuentra suficientemente establecida la de la Nación en el incendio de la casa que tenía tomada en arrendamiento al señor Pedro A. Guzmán.

Monto del daño

El daño consiste en la destrucción de la casa y en la renta que desde entonces ha dejado de obtener su propietario. Ambos perjuicios —el cesante y el emergente— fueron examinados y expresados en dictámenes extensos presentados por los peritos Luis A. Mariño Ariza y Ricardo Gutiérrez Mejía. Siendo igualmente precisos, claros y fundamentados, se transcribe en parte el rendido por Gutiérrez Mejía:

"Del expediente aparecen valiosos elementos de información sobre el valor de la casa, que son dignos de crédito. En primer término el precio que había pagado Guzmán al antiguo dueño de la casa, señor Perdomo, fijado en mil pesos colombianos de la moneda que existía en 1932. En segundo término están las declaraciones de las personas que conocieron en todos sus pormenores la casa aludida y quienes dicen que era la mejor del poblado en razón de la calidad de los materiales con que estaba construída y de las comodidades que brindaba, lo cual se confirma por el hecho mismo de que el Gobierno la hubiese escogido para instalar en ella las oficinas del servicio militar de que ya se ha hablado.

"Si en 1932 fue comprada en mil pesos, con una moneda que entonces tenía gran respaldo en el banco emisor y por consiguiente mayor poder liberatorio que hoy, es posible que en las actuales circunstancias la misma casa representara un valor que excedería del doble, pues con el decurso del tiempo y el activo progreso de las poblaciones del Putumayo, las fincas tienen que haber experimentado una apreciable valorización; aparte de que el alza del cambio entre nuestra moneda y el patrón oro sobrepasa el cincuenta por ciento del valor de un peso de 1932 y un peso en 1941. El canon de arrendamiento señalado en el contrato en la suma de doce pesos mensuales, expresa por sí solo que la finca no podía representar un valor menor de dos mil cuatrocientos pesos, pues la propiedad urbana ordinariamente produce un interés del medio por ciento mensual. Teniendo en cuenta todas las circunstancias anotadas, estimo que el precio de la casa de Guzmán bien podría fijarse en la cantidad de dos mil pesos, sin incluír el terreno donde se halla edificada.

"Por lo que se refiere al lucro cesante, estimo que el contrato es la norma suprema y de mayor eficacia para fijarlo, ya que si la casa hubiera continuado prestando servicio seguramente el canon del arrendamiento habría continuado igual, si no mayor, por causa del auge y más intenso comercio de la población. El lucro cesante es, pues, de doce pesos mensuales a contar de la fecha en que la casa se incendió hasta que el pago por parte de la Nación se verifique".

La indemnización del daño causado debe comprender el monto de la suma de dinero necesaria para reedificar la casa, procurando volverla al estado que tenía antes del incendio; y además, el valor de la renta de que ha estado y esté privado el

demandante, desde el incendio hasta el día del pago. El dictamen de los peritos se ajusta a las disposiciones legales sobre la materia, se halla debidamente fundamentado y, por tanto, se acepta por la Sala como prueba sobre el monto del daño en que habrá de condenarse a la Nación.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala Civil de Unica Instancia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

1º Declárase responsable a la Nación, en su calidad de arrendataria, de la destrucción por incendio de una casa de dos pisos, de paredes de tabla, con techo de palma, situada en la plaza principal del municipio de Caucayá, de propiedad del señor Pedro Antonio Guzmán;

2º Condénasele a pagar a Pedro Antonio Guzmán la cantidad de dos mil pesos ($ 2.000.00) moneda legal colombiana, por daño emergente, y lo que corresponde a razón de doce pesos ($ 12.00) mensuales, desde el día veinticinco de febrero de mil novecientos treinta y cuatro hasta el día del pago, en razón de lucro cesante.

3º Sin costas.

Publíquese, notifíquese y cópiese.

Aníbal Cardoso Gaitán—José M. Blanco Núñez—Fulgencio Lequerica Vélez—Hernán Salamanca—Arturo Tapias Pilonieta. Manuel Pineda Garrido, Secretario.

SALA PLENA

DECRETO NUMERO 1332 DE 1939, REGLAMENTARIO DE LAS LEYES 65 DE 1937 Y 142 DE 1938, ACUSADO COMO INCONSTITUCIONAL EN SUS ARTICULOS 2º, EN PARTE, Y 5º Y 6º.—QUE DEBE ENTENDERSE POR POTESTAD REGLAMENTARIA. CARACTER JURIDICO DE LAS GRACIAS Y RECOMPENSAS QUE OTORGA EL ESTADO

1. Es imposible que el legislador pueda abarcar en sus mandamientos todos los casos. Son tántos los particulares que pueden presentarse sobre cada especie dudosa, que forzosamente ha de conformarse aquél con expedir reglas generales, tan amplias como sea posible, que permitan dar solución a las cuestiones no previstas. Pero como a pesar de esto podrían presentarse serias dificultades en la ejecución de las leyes, se reconoce en el derecho público la facultad del órgano que tiene a su cargo esa ejecución, para expedir el reglamento o dar la orden que le permita llenar satisfactoriamente su cometido, esto es, *ejecutar* las normas y proveer bajo su responsabilidad. Esa es la potestad reglamentaria. Las medidas que dicta el Organo Ejecutivo por medio del decreto reglaméntario, es decir, en ejercicio de la potestad reglamentaria, deben conducir a la cumplida *ejecución* de la ley, como lo preceptúa el numeral 3º del artículo 115 del estatuto fundamental. Cuando así no sucede, cuando el conjunto de preceptos dictados para la ejecución de la ley, extralimita esa norma, el ejecutivo se aparta de su verdadera misión, invade campo reservado a otro órgano del poder público, el Congreso. Por eso se ha dicho que "cuando el reglamento extralimita la competencia constitucional del Ejecutivo equivale a una nueva ley, lo cual es contario a nuestros principios constitucionales". Toca a la ley estatuír sobre los principios, dar reglas amplias y generales; la labor de detalle para la cumplida ejecución de la ley, corresponde al Organo Ejecutivo por medio de los llamados decretos reglamentarios que han de dictarse, teniendo en cuenta que la misión fundamental de éste es asegurar la ejecución de la ley, pero no elaborarla.—2.—Los artículos 2º y 5º del Decreto acusado no son inconstitucionales.—3.—No siempre tienen el carácter de gracias o recompensas gratuitas las que el Estado concede a ciertas personas. Casos hay en que la concesión de tal beneficio tiene el verdadero carácter de acto compensador o conmutativo, que se funda o tiene su raíz en el reconocimiento y pago de un servicio prestado al Estado. 4.—El art. 6º acusado, modifica aditivamente las leyes relativas a las "recompensas" para los "antiguos militares" exigiendo nuevos requisitos o condiciones distintos de las que exigen tales leyes para la concesión de dichas "recompensas", esto es, porque rebasa la simple potestad reglamentaria que la Carta concede al Organo Ejecutivo. Valo

decir que cuando el artículo 3º de la Ley 7ª de 1938 establece que "para que se conceda el auxilio de que trata el artículo 2º de la misma "es preciso que los aspirantes comprueben" con las formalidades que el Gobierno exija, los servicios militares prestados por su causa y el grado militar que tuvieran en el Ejército en que fueron prestados dichos servicios", no puede entenderse por esas "formalidades" sino las meramente procedimentales para comprobar los dos requisitos que tal artículo exige, a saber: la prestación del servicio por parte del antiguo militar, y el grado que éste obtuvo durante la prestación de tal servicio, fuera de las tendientes a acreditar el enlistamiento de ese ciudadano en el Escalafón, como lo establecen las Leyes 65 de 1937, 7ª y 142 de 1938.

Corte Suprema de Justicia—Sala Plena. Bogotá, julio veinticuatro de mil novecientos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor José M. Blanco Núñez).

El doctor Carlos H. Pareja, en el ejercicio del derecho que a todo ciudadano otorga el artículo 149 de la Constitución Nacional, acusa los artículos 2º, en parte, y 5º y 6º del Decreto número 1332 de 1939 reglamentario de las Leyes 65 de 1937 y 142 de 1938, y pide a la Corte que los declare inexequibles.

TENOR DE LAS DISPOSICIONES ACUSADAS

Las disposiciones acusadas, dicen así:

"Artículo 5º—En consideración a la insuficiencia notoria de los bonos que el Gobierno puede emitir, en relación con el monto total de las recompensas que corresponden a los ciudadanos inscritos en el Escalafón de Antiguos Militares, el Ministerio de Guerra ordenará solamente el pago de una parte de las recompensas, en la siguiente proporción:

Generales, el	25 %
Coroneles, el	25 %
Tenientes Coroneles, el	28 %
Mayores, el	30 %
Capitanes, el	32 %
Tenientes, el	25 %
Subtenientes, el	38 %
Sargentos primeros, el	55 %
Sargentos segundos, el	65 %
Cabos primeros, el	85 %
Cabos segnudos, el	100 %
Soldados, el	100 %

"Artículo 6º—El Ministerio de Guerra ordenará el pago previsto en el artículo anterior, únicamente a favor de las personas que carezcan de bienes de fortuna suficienes para sus (sic) sostenimiento. No se entenderá que una persona está en tal caso, cuando ocupe un puesto público o particular con un sueldo superior a $ 80 mensuales.

"El Ministerio de Guerra podrá exigir todas las pruebas sumarias que estime necesarias para la demostración de que la persona que solicita el pago de la recompensa reúne las condiciones previstas en este artículo, y queda ampliamente facultado para apreciar el valor de las pruebas que se presenten".

La parte del artículo 2º que también se acusa es la que obliga, según se asevera, a estipular con el Banco de la República el pago a cada ciudadano inscrito en el escalafón de antiguos militares de "la parte de su recompensa que le corresponde de conformidad con el presente decreto, previa deducción del descuento, inicial de los bonos y del 15 por 100 destinado al fondo especial de auxilios, etc."

A juicio del demandante, las disposiciones citadas son inconstitucionales, porque exceden la potestad reglamentaria que al Presidente de la República reconoce la regla 3ª del artículo 115 de la Constitución "para la cumplida ejecución de las leyes". Considéralas, además, violatorias de derechos adquiridos que amparan los artículos 26 y 169 de la carta fundamental.

Motivos de la demanda

El demandante, después de transcribir los artículos de la ley 65 de 1937, 1º y 2º de la ley 7ª de 1938 y 1º de la ley 142 de 1938, se expresa de esta guisa:

"El artículo 5º del decreto acusado, al disponer que la recompensa se pague sólo parcialmente, conforme al porcentaje allí señalado, y que de ese porcentaje se descuente un 15 por 100 de toda la recompensa (aunque no desconozca el derecho a percibir más tarde el saldo de la recompensa), excede la potestad reglamentaria y viola la letra y el espíritu de las leyes reglamentadas, por cuanto que éstas manifiestan claramente que la recompensa debe pagarse íntegra, de una vez, en bonos a la par, con sólo la deducción inicial del 15 por 100 de esa recompensa, como se deduce del artículo 2º de la ley 7ª de 1938 que claramente habla de esa deducción sobre "el valor de la recompensa" y no sobre una parte de ésta; la aplicación del decreto en términos exactos, conduciría a la negación casi total de los derechos que establece, como se ve por el siguiente ejemplo: a los Generales se les pagará el 25 por 100 de la recompensa; de este porcentaje se deduce el 15 por 100 de toda la recompensa, conforme al artículo 2º de la ley 7ª y quedará al favorecido sólo un 10 por 100, y este 10 por 100 deberá disminuírse con un descuento adicional a favor del Banco de la República. El favorecido, o mejor, el perjudicado, recibirá tan sólo un 7 por 100, más o menos, de una recompensa, que por su naturaleza y por su carácter de recompensa y no, de pensión o auxilio debe cubrirse íntegramente, previa la única deducción autorizada por la ley.

"Ahora bien, el hacer obligatorio el descuento de los bonos en el Banco de la República, excede la potestad reglamentaria y viola la ley, que no establece tal cosa, pues el inciso 3º del artículo 3º de la ley 142 de 1938, simplemente faculta al Banco para descontar los bonos, pero no impone a los veteranos la obligación de descontarlos, lo cual no sería razonable, ya que a algunos les sería más ventajoso no hacerlo conservándolos como una inversión que producirá intereses y que podrá hacer efectivos sin descuentos en algunos sorteos de amortización previstos".

Considera el propio demandante que el artículo 6º del decreto también excede manifiestamente la potestad reglamentaria al imponer como condición para tener derecho al pago de la recompensa o de la parte de ella, que pretende pagarse, que el favorecido carezca de renta o de sueldo superior a $ 80 mensuales, y al exigirle presentar otras pruebas distintas de la inscripción en el escalafón, que es lo único que exigen los artículos 1º de la ley 65 de 1937 y 2º de la ley 7ª de 1938. La única excepción —se dice— es la del artículo 8º de la ley 65, según el cual, "esta ley no regirá para los militares que en alguna forma hubieren recibido remuneración por razón de sus servicios de carácter militar". Las leyes últimamente citadas, se dice, no hacen diferencia entre rentados o no rentados, ni entre empleados o no, y se observa, que por el contrario, el art. 4º de la ley 65 de 1937 no sólo no excluye del escalafón y de la recompensa, a los veteranos empleados o rentados, sino que ordena a la administración preferirlos para los empleos públicos, sin limitación de sueldos.

Las recompensas —dice el libelo— no son auxilios ni gracias del Estado, sino, como su mismo nombre lo indica, son compensaciones, indemnizaciones por servicios prestados o por sacrificios hechos en pro del Estado; la palabra recompensa significa compensación de una pérdida o indemnización de un daño; es, pues, derecho, no gracia; las pensiones pueden ser, a veces, gracias, lo mismo que los auxilios lo son siempre (un ejemplo los que el art. 2º de la ley 7ª da a los herederos de los veteranos fallecidos antes de la sanción de la ley; éstos son auxilios porque se reconocen a personas diferentes de las que sirvieron al Estado). La Corte y el Consejo de Estado en otro tiempo han dicho que las pensiones y recompensas son gra-

cias o auxilios, y no derechos; pero estos conceptos podían explicarse antes de regir el artículo 39 de la constitución que establece que "la asistencia pública es función del Estado y se deberá prestar", etc. Y si las pensiones y recompensas son formas de asistencia pública, y las leyes, en el caso de los veteranos no han exigido otras condiciones que la inscripción en el escalafón, esa sola inscripción constituye suficiente derecho a la recompensa y demás derechos reconocidos en las leyes".

Estima la demanda que ese carácter de derecho y no de gracia que tienen las pensiones y recompensas militares, se desprende rectamente del artículo 169 de la constitución, según el cual "los militares no pueden ser privados de sus grados, honores y pensiones, sino en los casos y del modo que determine la ley".

En concepto del demandante, el decreto acusado viola la disposición constitucional últimamente mencionada, por cuanto merma las recompensas, ya que establece una forma de pago que las hace ineficaces o no tan útiles a los veteranos como la ley dispuso que lo fuesen. Admite el demandante por vía de hipótesis, que las recompensas sean gracias del Estado; lo serían —dice— antes de ser reconocidas concretamente a determinadas personas, pero no cuando en virtud de un acto administrativo, como una resolución ejecutiva notificada y publicada, la recompensa se ha señalado y fijado a un individuo indicado con sus nombres y apellidos. Y esos actos de reconocimiento —continúa la demanda— indican que la recompensa se pagará de un solo contado y con sólo la deducción del 15 por 100 para el auxilio a las viudas y huérfanos de los militares muertos. De lo expuesto concluye el demandante que las recompensas constituyen derechos adquiridos que ampara el art. 26 de la constitución.

Parecer del señor Procurador General de la Nación

Sostiene este alto funcionario que la acción pública que se reconoce en el art. 142 de la carta fundamental "no es procedente cuando se trata de decretos ejecutivos reglamentarios de leyes, o sea, de decretos que expida el órgano ejecutivo en ejercicio de la potestad reglamentaria que le concede el numeral 3º del artículo 115 de la Carta Fundamental, para la cumplida ejecución de las leyes, como expresamente lo anota el demandante".

Sostiene, en síntesis, el representante del Ministerio Público que cuando la demanda tiene por base una extralimitación en la facultad reglamentaria de la ley, resulta clara una relación directa entre la ley y el reglamento, de donde concluye que la acción procedente es la de examen de esa relación, o sea, determinar si el reglamento es violatorio de la ley.

Dentro de esa relación directa —dice— entre la ley y el decreto reglamentario, no parece congruente con la técnica jurídico-procedimental, que se pretermita esta relación para emplazarla entre decreto reglamentario y constitución, dejando postergado o sin examen la ley, que es la materia reglamentada por el decreto. Si la ley es constitucionalmente operante, lo que debe examinarse es si el decreto reglamentario se ajusta a ella o no se conforma con ella. Y esta es una cuestión de pura **legalidad** cuyo conocimiento no compete a la jurisdicción constitucional que tiene la H. Corte Suprema de Justicia sino a la jurisdicción contencioso-administrativa encomendada al Consejo de Estado".

Para sustentar su tesis, el señor Procurador aduce el concepto formulado por el profesor Tascón en su importante obra de Derecho Constitucional, página 278, el cual puede resumirse así: cuando se ataca un decreto ejecutivo que se funda en una ley cuya constitucionalidad se reconoce (como en el presente caso), no es procedente la demanda de tal decreto por inconstitucional, sino que debe ser demandado por ilegalidad.

"De entenderse las cosas de otra manera, se incurriría en graves errores jurídicos y se establecería el caos en la jurisprudencia del país".

"Es cierto, dice el señor Procurador, que en toda acusación por ilegalidad de un decreto que se funda en una ley, va implícita la tacha de inconstitucionalidad, por exceso o por defecto. de la facultad reglamentaria que corresponde al Presidente de la República conforme a los numerales 2º y 3º del artículo 115 de la constitución; pero esta tacha implícita está subordinada al concepto primordial de que el reglamento se ajuste o no se ajuste a la ley, lo que necesariamente impone como cuestión previa el examen de la relación entre el decreto y la ley reglamentada, que no encuadra sino dentro del campo de la jurisdicción contencioso-administrativa, jurisdicción ésta, que como cuestión subordinada a la acción principal y directa del decreto, podría también examinar el punto constitucional relativo a la potestad reglamentaria del ejecutivo, con lo cual se daría claro sentido al artículo 78 de la ley 130 de 1913 en lo que se refiere a la revisión de los actos del Gobierno contrarios a la Constitución. Podría objetarse que la tesis que vengo sustentando conducirá al absurdo de que respecto de ningún decreto ejecutivo sería aplicable la jurisdicción constitucional que consagra el artículo 149 de la Constitución vigente (artículo 41 del Acto Legislativo número 3 de 1910); pero yo observo que es necesario distinguir entre los decretos que dicte el órgano ejecutivo, como reglamentarios de las leyes, en ejercicio de la potestad que le confiere el numeral 3º del artículo 115 de la Constitución, y otros decretos, que por facultad directa de la Constitución puede expedir el Ejecutivo, por propia y autónoma iniciativa. Dentro de la tesis que propugno, los primeros (los decretos reglamentarios de leyes), caen bajo la jurisdicción contencioso-administrativa, y son los segundos, o sean, los que el mismo Ejecutivo dicte por propia iniciativa (sic), los que quedan sujetos a la jurisdicción constitucional, que está encomendada a la Corte Suprema de Justicia. Entiendo que en esa forma quedan claramente delimitados los campos de acción de las jurisdicciones, sin riesgo de las posibles colisiones que he apuntado y permitiendo un acuerdo armónico entre el artículo 149 de la Constitución, y el art. 78 de la ley 130 de 1913".

Ya la Corte, en el fallo de la Sala Plena, de fecha 26 de junio de 1940 (Gaceta Judicial números 1957 y 1958), al considerar el reparo del señor Procurador, estimó "que sí tiene jurisdicción para conocer a fondo de la demanda, como lo ha hecho, porque los decretos acusados no han sido tachados de ilegalidad, caso en el cual correspondería el conocimiento al Consejo de Estado, sino como inconstitucionales, y por esto corresponde el conocimiento del asunto a la Corte según el artículo 149 de la Constitución. El ataque que ha hecho el demandante ha sido a fondo, enfocando la cuestión constitucional exclusivamente como es la que atañe a la limitación de los poderes públicos, a la potestad reglamentaria, a la creación o imposición de tributos, asuntos estos que están consagrados en varias normas constitucionales".

Y en fallo de la misma Sala Plena de 12 de marzo de 1940, se dijo: "El que hoy es artículo 149 de la Codificación Constitucional ha sido, sin mutación alguna, el mismo desde que se consignó en el Acto Legislativo número 3 de 1910. Salta a la vista, releyéndolo, que no contiene distinción alguna entre las leyes sobre las cuales versa la potestad y deber de la Corte Suprema de ser guardián de la Constitución, ni entre los decretos respecto de los cuales tiene misión igual. Desde este punto de vista no le sería dado a la Corte esquivar el cumplimiento de tan sagrada obligación a favor o pretexto de una distinción entre clases de leyes o, más concretamente aún, para el caso, entre clases de decretos, así sea, por ejemplo, la que sobre éstos presenta muy razonablemente el señor Procurador a que del propio modo se refiere el Consejo de Estado en su citada sentencia".

Y sobre el conflicto de jurisdicción que contempla el profesor Tascón, dijo esta Superioridad en fallo de 24 de abril de 1928:

"Cuando un mismo decreto ejecutivo es acusado por la doble causal de ilegalidad (que compete al Consejo de Estado), y de inconstitucionalidad (que corresponde declarar a la Corte), es decir, cuando existe conflicto de jurisdicción entre la autoridad administrativa y la judicial, se excluye la concurrencia de dos jurisdicciones para dar conocimiento preferente — se subraya — **a la entidad a quien, por supremacía, se confió en último término la guardia o incolumidad de los estatutos fundamentales.** En derecho colombiano, a partir de la reforma capital llevada a cabo por el constituyente de 1910, no puede ninguna decisión aventurarse a la posibilidad de dos fallos contradictorios entre sí, según queda insinuado anteriormente, lo que desde luego, implicaría la postergación de cánones por excelencia o principios de un orden más universal, contra expreso mandato del mismo constituyente. Por todo lo expuesto, hay que convenir en que la jurisdicción de la Corte Suprema debe prevalecer por la naturaleza misma de la cuestión debatida, según la cual tiene supremacía el principio de la jurisdicción privativa, y privativa es ésta para la Corte según el art. 41 del Acto Legislativo citado".

Bueno es hacer constar, además, que esta misma Corte, en sentencia de fecha siete del presente mes acaba de declarar que es inexequible el artículo 62 de la Ley 167 de 1941 que atribuía al Consejo de Estado el conocimiento de las demandas contra "los decretos, resoluciones y otros actos del Gobierno, los Ministros y demás funcionarios, acusados de inconstitucionalidad".

Sentado, pues, que sí tiene jurisdicción la Corte para conocer de la demanda presentada por el doctor Carlos H. Pareja, se entra en el fondo del asunto.

Exceden la potestad reglamentaria las disposiciones acusadas?

A ese interrogatorio ha de anteceder este otro:

Qué es la potestad reglamentaria?

Imposible que el legislador pueda abarcar en sus mandamientos todos los casos. Son tantos los particulares que pueden presentarse sobre cada especie dudosa, que forzosamente ha de conformarse aquél con expedir reglas generales, tan amplias como sea posible, que permitan dar solución a las cuestiones no previstas. Pero como a pesar de esto, podrían presentarse serias dificultades en la ejecución de las leyes, se reconoce en el derecho público la facultad del órgano que tiene a su cargo esa ejecución, para expedir el reglamento o dar la orden que le permita llenar satisfactoriamente su cometido, esto es, **ejecutar** las normas y proveer bajo su responsabilidad. Esa, la potestad reglamentaria.

Las medidas que dicta el órgano ejecutivo por medio del decreto reglamentario, es decir, en ejercicio de la potestad reglamentaria, deben conducir a la cumplida **ejecución** de la ley, como lo preceptúa el numeral tercero del artículo 115 del estatuto fundamental. Cuando así no sucede, cuando el conjunto de preceptos dictados para la ejecución de la ley, extralimita esa norma, el ejecutivo se aparta de su verdadera misión, invade campo reservado a otro órgano del poder público, el Congreso. Por eso se ha dicho que "cuando el reglamento extralimita la competencia constitucional del ejecutivo equivale a una nueva ley, lo cual es contrario a nuestros principios constitucionales".

"Toca a la ley estatuír sobre los principios, dar reglas amplias y generales; la labor de detalle para la cumplida ejecución de la ley, corresponde al órgano ejecutivo por medio de los llamados decretos reglamentarios que han de dictarse, teniendo en cuenta que la misión fundamental de éste es asegurar la ejecución de la ley, pero no elaborarla".

Precisados los límites en que debe mantenerse la potestad reglamentaria, se impone la confrontación de los textos acusados con las leyes reglamentadas y con

los preceptos constitucionales que se dicen violados.

Hecha esa confrontación se llega, sin mayor esfuerzo, a las siguientes conclusiones:

El artículo 5º del decreto acusado no se refiere, en verdad, a la totalidad de la recompensa concedida por la ley 7ª de 1938, pero esto no quiere decir, que tal disposición impida que el resto de las recompensas se cobre y perciba más tarde, y siendo esto así, como lo es, es lo cierto que tal artículo no traspasa la facultad puramente reglamentaria que al órgano ejecutivo concede la Constitución, puesto que no impide la ejecución de la ley que otorga las recompensas de que se trata.

Por las mismas razones que preceden, tampoco es inconstitucional el artículo 2º del mismo Decreto, en cuanto establece que se contrate con el Banco de la República la negociación de los bonos relativos a la parte de las recompensas que por la insuficiencia de la emisión autorizada se ordena pagar en esa forma, pues, ya se vio que el hecho de que se ordene pagar una parte de esas recompensas, no impide que se cobre y pague más tarde el resto, y porque la ley 142 de 1938 autoriza claramente al Gobierno para hacer la emisión de bonos de que se trata y para contratar con el Banco de la República la negociación y servicio de tales bonos.

Si el Gobierno está legalmente autorizado para contratar en ese sentido con ese Banco, obvio es que las relaciones jurídicas emanadas del contrato respectivo ligan con fuerza obligatoria a todos los beneficiarios de las recompensas de que se trata. La negociación de los bonos con el citado Banco y la obligación de entenderse con este Banco los agraciados una vez celebrado el contrato que la ley autoriza y una vez que el Banco haya hecho uso de la facultad de comprar tales bonos, son una consecuencia de la autorización concedida al Gobierno por la ley 142 de 1938.

El artículo sexto

Dispone el artículo 6º de la ley 65 de 1937: "Todos los ciudadanos que adquirieron grados en cualquiera de las actividades militares antes de 1904, tienen derecho a ser inscritos en el escalafón especial que se denominará Escalafón de antiguos militares".

Por su parte, el artículo 2º de la ley 7ª de 1938 dispone, como ya se vio, que los ciudadanos inscritos en el nuevo escalafón de antiguos militares, y que por tal inscripción tuvieron derecho a percibir la recompensa de que habla el artículo 1º de esta ley, dejarán en la Caja del Ministerio de Guerra el 15 por 100 del valor de su recompensa.

El Decreto acusado en su artículo sexto, establece que el pago parcial de las recompensas a que se refiere el artículo 5º lo hará el Ministerio de Guerra, únicamente "a favor de las personas que carezcan de bienes de fortuna suficientes para su sostenimiento", y que "no se entenderá que una persona está en tal caso cuando ocupe un puesto público o particular con un sueldo superior a $ 80.00 mensuales". Añade el artículo en análisis que el Ministerio de Guerra podrá exigir todas las pruebas sumarias que estime necesarias para la demostración de que la persona que solicita el pago de la recompensa reúne las condiciones previstas en este artículo, y queda ampliamente facultado para apreciar el valor de las pruebas que se presenten.

Se considera:

No siempre tienen el carácter de gracias o recompensas gratuitas las que el Estado concede a ciertas personas. Casos hay en que la concesión de tal beneficio tiene el verdadero carácter de acto compensador o conmutativo, que se funda o tiene su raíz en el reconocimiento y pago de un servicio prestado al Estado.

La Corte no puede menos que reconocer en el presente caso el celo del Organo Ejecutivo al tratar de ajustar a la reali-

dad social, económica y fiscal, el reconocimiento y pago de las recompensas decretadas por el Legislador en favor de los "antiguos militares".

Razones de equidad y de conveniencia nacional debieron militar en favor de la tesis desarrollada en el artículo 6º del decreto parcialmente acusado, acerca de la necesidad de no conceder las recompensas de que trata sino a las personas que carezcan de medios pecuniarios suficientes para su sostenimiento, pero además de otras normas legales, el mismo artículo 39 de la Carta se encargaría de establecer claramente, en la hipótesis, que el demandante admite, de que se tratara en estos casos de una simple liberalidad con base en el principio constitucional de la asistencia social— que el órgano Ejecutivo aquí ha excedido la potestad simplemente reglamentaria, al exigir como requisitos indispensables para el pago de las recompensas a los antiguos militares, los que se han exigido en el artículo 6º comentado.

Esa facultad sólo corresponde al Legislador, como bien se ve aun en la hipótesis de que fuera el caso del artículo 39 de la Carta, pues éste dice: "La ley determinará la forma como se preste la asistencia y los casos en que debe darla directamente el Estado".

Pero en ninguna de las disposiciones legales concernientes a las "recompensas" de que se trata se encuentran éstas condicionadas a la posición pecuniaria de los agraciados; y aunque esto pudiera ser lo natural, según se dijo, la voluntad del legislador no se ha expresado hasta ahora en la forma que lo hace el artículo 6º del Decreto acusado, en lo relativo a los antiguos militares, como sí lo hizo, por ejemplo, el mismo Legislador de 1938 en el artículo 2º de la ley 153 de ese año con respecto al auxilio concedido a las viudas e hijos de los ex-Presidentes de Colombia.

Se contempla, pues, el caso de que es inexequible por inconstitucional el artículo 6º acusado, porque modifica aditivamente las leyes relativas a las "recompensas" para los "antiguos militares" exigiendo nuevos requisitos o condiciones distintas de las que exigen tales leyes para la concesión de dichas "recompensas", esto es, porque rebasa la simple potestad reglamentaria que la Carta concede al Organo Ejecutivo.

Vale decir que cuando el artículo 3º de la ley 7ª de 1938 establece que "para que se conceda el auxilio de que trata el art. 2º de la misma, es preciso que los aspirantes comprueben "con las formalidades que el Gobierno exija, los servicios militares prestados por su causa y el grado militar que tuvieran en el Ejército en que fueron prestados dichos servicios", no puede entenderse por esas **"formalidades"** sino las meramente **procedimentales** para comprobar los dos requisitos que tal artículo exige, a saber: la prestación del servicio, fuera de las tendientes a acreditar el enlistamiento de ese ciudadano en el Escalafón, como lo establecen las leyes 65 de 1937, 7ª y 142 de 1938.

Resolución:

Por las consideraciones de que se ha hecho mérito, la Corte Suprema de Justicia, en Sala Plena, ejercitando la facultad que le concede el artículo 149 de la Constitución y oído el concepto del señor Procurador General de la Nación,

Resuelve:

Primero.—Son exequibles los artículos quinto (5º) y segundo (2º) —en la parte acusada— del Decreto Ejecutivo 1332 de 24 de junio de 1939, "por el cual se ordena una emisión de bonos de deuda pública y se determina la forma de pagar una recompensa a los antiguos militares inscritos en el Escalafón establecido por la ley 65 de 1937".

Segundo. — Es inexequible el artículo sexto (6º) del Decreto mencionado en el punto anterior.

Envíese copias de la presenta decisión a los señores Ministros de Guerra y de Hacienda y Crédito Público.

Publíquese, notifíquese, cópiese y archívese el expediente.

Campo Elías Aguire. — José Miguel Arango.—José M. Blanco Núñez.—Aníbal Cardoso Gaitán.—Isaías Cepeda—Liborio Escallón. — Absalón Fernández de Soto. Ricardo Hinestrosa Daza.—Fulgencio Lequerica Vélez. — José Antonio Montalvo. Hernán Salamanca.—Arturo Tapias Pilonieta.—Pedro León Rincón, Srio.

NOTA.—Por deseo del doctor José M. Blanco Núñez y por haber llegado tarde a la Relatoría la presente sentencia, se publica en este lugar.

LA DIRECCION

LA GUARDA DE LA CONSTITUCION

(Partes de un proyecto de sentencia presentado por el doctor José M. Blanco Núñez en el juicio de inexequibilidad del Decreto 1332 de 1939).

Los párrafos que a continuación se insertan, formaban parte del proyecto de sentencia, que en esta misma edición se publica y que fue elaborado y registrado el 20 de marzo último, para decidir la demanda propuesta a fin de que se declararan inexequibles los artículos 2º en parte, 5º y 6º del Decreto número 1332 de 1939 "reglamentario de las leyes 65 de 1937 y 142 de 1938 sobre recompensas a antiguos militares".

Habiéndose suscitado en ese negocio la cuestión de la competencia de la Corte, tanto por las razones que adujo el señor Procurador Gral. de la Nación, por una parte y primeramente, como por otra, y posteriormente, por la circunstancia de que desde el 1º de abril del presente año entró a regir el nuevo Código de lo Contencioso Administrativo, el proyecto de que se trata debía contemplar y tender a resolver, como cuestión previa, esa de la competencia de la Corte. Así lo hizo el proyecto en la forma que lo expresa la parte de él que ahora se publica y que no alcanzó a ser votada porque la mayoría de la Corte, entendiendo que podía haber un prejuzgamiento, decidió posponer la continuación de la discusión del citado proyecto por no existir en ese momento ante la Corte ninguna demanda de inexequibilidad contra el artículo 62 del nuevo Código de lo Contencioso-Administrativo, demanda que fue presentada días después; a lo que vino a juntarse el hecho de que posteriormente también, el señor Procurador General de la Nación, promovió ante la Corte contra el Consejo de Estado competencia privativa con motivo de la demanda de inexequibilidad presentada ante el Consejo contra el Decreto número 970 sobre aplazamiento de la fecha de instalación de las Asambleas Departamentales, incidente de competencia fundado también en que era a la Corte y no al Consejo de Estado, a quien correspondía privativamente el conocimiento de la acusación contra el expresado Decreto 970 del 15 de abril del presente año. (Véanse Gaceta Judicial número 1983, mayo de 1942, páginas 5 y 16, y el presente número de la misma, en que corre publicada la sentencia que declaró inexequible el precitado artículo 62 del Código de lo Contencioso Administrativo).

Los párrafos del proyecto de sentencia de que se trata son del tenor siguiente:

"..... .....
"..... .....
"..... .....
"..... .....

"Al llegar aquí, conviene agregar que esto que precede se había escrito en el actual proyecto, que ya estaba presentado por el Magistrado ponente desde el 20 de marzo del presente año, y que comenzó a discutirse en la última sesión de la Corte Plena del 26 de ese mes, o sea, antes del primero de abril, fecha desde la cual ha entrado en vigor la ley 167 de 1941 'sobre

organización de la jurisdicción contencioso-administrativa', cuyo artículo 62 dice así:

'Podrán ser acusados ante el Consejo de Estado o ante los Tribunales Administrativos, según las reglas de competencia señaladas en los dos anteriores capítulos, los decretos, resoluciones y otros actos del Gobierno, los Ministros y demás funcionarios, empleados o personas administrativas, por motivos de inconstitucionalidad o ilegalidad.

'Cuando un acto de carácter particular ha sido proferido por un funcionario, empleado o persona administrativa del orden nacional, y con él se viola un reglamento ejecutivo, habrá lugar a recurso ante la jurisdicción contencioso-administrativa'.

"No debe, pues, la Corte, en presencia de esta nueva disposición y DEL PRESENTE JUICIO, dejar de emitir su concepto, y lo hace, expresando que dicho artículo no puede ser aplicado por ella EN ESTE JUICIO por estar en abierta pugna con la Constitución, cuya guarda le está confiada por el artículo 41 del Acto Legislativo número 3 de 1910 (149 de la Codificación de 1936), que es del siguiente tenor:

'A la Corte Suprema de Justicia se le confía la guarda de la integridad de la Constitución. En consecuencia, además de las facultades que le confieren ésta y las leyes, tendrá la siguiente: Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los actos legislativos que hayan sido objetados como inconstitucionales por el Gobierno, o sobre todas las leyes o decretos acusados ante ella por cualquier ciudadano como inconstitucionales, previa audiencia del Procurador General de la Nación'.

"La oposición o incompatibilidad entre estas dos disposiciones es flagrante, en cuanto atribuye al Consejo de Estado el conocimiento por 'inconstitucionalidad' de los Decretos del Gobierno.

"Esta ley no ha sido aún acusada ante la Corte, pero ésta no puede ignorar que está ya en pleno vigor desde el primero de abril del presente año. Si la ley se presume conocida por el más modesto ciudadano desde el día en que debe entrar en vigor, el más alto Tribunal de la República —la Corte Suprema de Justicia— no podría alegar que ignora su existencia y operancia desde esa misma fecha, por el hecho de que no se haya acusado ante ella, en el caso de estimarse que viola la Constitución. Ni puede tampoco, por la misma razón, decidir o entrar a fallar la presente controversia ignorando, voluntariamente, la existencia de esa ley.

"Si la Corte es el Tribunal Supremo a quien el constituyente le ha confiado la guarda de la integridad de la Constitución, y si ella, y sólo ella es, por voluntad del mismo constituyente, la única entidad competente para decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los actos legislativos que hayan sido objetados como inconstitucionales por el Gobierno, o sobre TODAS las LEYES O DECRETOS acusados ante ella por cualquier ciudadano COMO INCONSTITUCIONALES — y este último es el caso de autos — la ley que otra cosa disponga, como lo dispone el precitado artículo 62 de la Ley 167 de 1941, que le arrebata a la Corte esa facultad y la transfiere al Consejo de Estado, es incompatible con esa norma de la Carta, y debe la Corte dejar de APLICARLA CUANDO EL CASO CONFLICTIVO ANTE ELLA SE HA PRESENTADO, COMO AQUI SUCEDE, para darle así preferencia al estatuto constitucional en virtud del terminante mandato de su artículo 150, que dice que 'En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley, se aplicarán de preferencia las disposiciones constitucionales'.

"Este caso, que bien podría llamarse de aplicación mecánica o automática de la Constitución por parte de la Corte, no genera, como a primera vista pudiera creerse, ninguna interferencia anómala en el principio general de que la actividad funcional de jueces y Tribunales, no debe ser oficiosa en materia civil. Es, simplemente, el cumplimiento de un deber que el más alto Tribunal de la República no puede eludir. Cuando éste, como aquí es el caso, aplica de preferencia la Constitu-

ción, antes que una ley abiertamente incompatible con aquélla, no sólo ejercita una de sus facultades más trascendentales, sino que cumple uno de sus deberes más sagrados. En este caso, no puede decirse que la Corte prejuzga, sino que juzga, y que juzga, inclinándose del lado que la mueve el cumplimiento de uno de sus deberes más premiosos e indeclinables, el de mantener incólume el estatuto fundamental de la organización republicana y democrática de la Nación. (Véase art. 6º, Ley 96 de 1936).

"Ahora, para evitar interpretaciones y decisiones caprichosas o arbitrarias con respecto al momento y modo en que se debe hacer uso de la facultad o de la necesidad de cumplir este deber de aplicar DE PREFERENCIA las normas constitucionales cuando exista incompatibilidad entre éstas y la ley, basta que se diga (como lo dice ahora la Corte), que tal incompatibilidad no sólo debe ser tan evidente, tan notoria y ostensible, que resulte y que resalte del texto mismo de la disposición legal que determina la situación conflictiva, como resalta tal incompatibilidad entre el artículo 62 de la ley 167 de 1941 y el 149 de la Constitución, sino también que esta situación de antagonismo entre la Constitución y la ley se halle SUB JUDICE, no propiamente porque exista ante el fallador una acusación contra la ley inconstitucional, sino porque ANTE EL EXISTA EN DETERMINADO ASUNTO QUE SE ENCUENTRE A SU DECISION, como existe en el actual, esta concurrencia anómala y simultánea de disposiciones constitucionales y de disposiciones legales determinantes de esa colisión por la notoria incompatibilidad que entre ellas exista. Este último es, precisamente, el caso que ahora contempla la Corte en presencia de lo dispuesto en el artículo 62 de la ley 167 de 1941 y del decreto aquí acusado como inexequible; y si por no haber ante esta corporación, una demanda para que se declare inexequible esa disposición legal, no pudiera la Corte cumplir el deber de reconocer y decidir que no tiene aplicación en el presente juicio, porque es manifiestamente contraria a lo dispuesto en la parte final del artículo 149 de la Constitución (41 del Acto Legislativo número 3 de 1910), la disposición del art. 62 de la ley 167 de 1941, ello querría decir entonces que tanto esa norma de la Carta como la del artículo 150 de la misma, serían completamente inoperantes, ya que si en presencia del caso conflictivo planteado ante ella —COMO AQUI AHORA SUCEDE— la Corte se pronuncia en el sentido de declararse incompetente para cederle esa competencia al Consejo de Estado, habría consagrado la preferencia de la disposición legal ante la de orden constitucional que le es contraria, lo que haría ineficaz la voluntad y el pensamiento del constituyente, que sólo a ella encomendó la conservación integral de sus normas y mandatos.

"El legislador no tiene la potestad de arrebatar a la Corte la facultad de decidir sobre la inexequibilidad de los decretos acusados ante ella como inconstitucionales, ni tiene tampoco la de exonerarla del deber de velar por la conservación, integral y actuante, del estatuto fundamental. Esto, sólo podrá hacerlo el Constituyente.

"Ni valga decir que cuando se dictaron las normas contenidas en el Acto Legislativo número 3 de 1910, no existía la jurisdicción de lo contencioso-administrativo, porque no debe perderse de vista que la existencia de los artículos 40 y 41 de ese Acto Legislativo —de los cuales se trata — no pudieron ser ignorados por el Constituyente de 1936, cuando ya sí existía el régimen de lo contencioso-administrativo, ni puede tampoco olvidarse que, lejos de ser eliminados tales artículos, figuran en la actual Codificación Constitucional de 1936, como los artículos 149 y 150 de tal Codificación. El Acto Legislativo de 1941, que restableció el Consejo de Estado, es también anterior al Acto Legislativo número 1 de 1936, que reprodujo estos artículos, según queda visto.

"Ni se diga tampoco que el artículo 62 de la ley 167 de 1941 no pugna con la Constitución porque el artículo 42 de ese

mismo Acto Legislativo número 3 de 1910 (164 de la Codificación), dice que "la ley establecerá y organizará la jurisdicción contencioso-administrativa', pues ni esta organización puede hacerse ni desarrollarse fuera del preciso marco constitucional, ni por ORGANIZACION podría entenderse, a menos que se admitiera una imposible contradicción de parte del Constituyente, el traslado o desplazamiento, hacia un Tribunal distinto de la Corte Suprema de Justicia, de la atribución a ésta señalada, privativa y expresamente, tanto para conservar la integridad de la Constitución, como para decidir las demandas por decretos acusados ante ella por cualquier ciudadano como inconstitucionales, previa audiencia del Procurador General de la Nación.

"También el artículo 156 de la Codificación de 1936 (156 de la Constitución de 1866), dice que 'la ley organizará los juzgados inferiores y determinará sus atribuciones', y, sin embargo, no por esto debe entenderse ni aceptarse que pueda una ley atribuír, por ejemplo, a un juez o Tribunal ordinario, las facultades y deberes a que se refiere el comentado artículo 41 (149 de la Constitución), del Acto Legislativo número 3 de 1910.

"Del mismo modo, por el hecho de que el artículo 171 de la Codificación (171 de la Constitución de 86), diga que 'la ley podrá organizar y establecer una milicia nacional', no por ello deberá entenderse ni aceptarse que pueda una ley disponer, por ejemplo, que los tribunales ordinarios o los de lo contencioso-administrativo o el Consejo de Estado, conozcan de las causas que por mandato del artículo 170 de la Constitución, deben conocer las 'cortes marciales o tribunales militares' por razón de los delitos cometidos por los militares en servicio activo y en relación con el mismo servicio.

"Todo lo que precede puede decirse también del artículo 137 de la Constitución, cuando le confiere al Consejo de Estado las atribuciones de que tal disposición trata 'y las demás que le señalan las leyes'. No por eso se entenderá que el Legislador, como ha sucedido en el caso del artículo 62 de la ley 167 de 1941, quede facultado para atribuír al Consejo de Estado, funciones que el Constituyente reservó, de modo claro y privativo, para la Corte Suprema de Justicia, funciones tales como las de que trata el artículo 149, vulnerado por el artículo 62 que se critica.

"Y así sucesivamente, podrían multiplicarse los ejemplos que continuarían comprobando que la esfera de acción del legislador está siempre limitada y condicionada por la suprema ley normativa, que es la Constitución, como estatuto fundamental de una Nación de régimen democrático y republicano.

"En este juicio, la Corte es privativa o exclusivamente competente porque en esa situación procesal la coloca en el presente caso, con legítimo título, el artículo 149 de la Constitución de la República, según se ha visto.

"El artículo 62 de la Ley 167 de 1941 no le da competencia al Consejo de Estado para conocer de esta clase de demandas de inconstitucionalidad contra Decretos del Gobierno (DE CUALQUIER CLASE QUE ESTOS SEAN), no obstante el carácter general con que ese artículo atribuye al Consejo el conocimiento de las demandas contra 'los decretos, resoluciones y otros actos del Gobierno... por motivos de INCONSTITUCIONALIDAD (se subraya) o ilegalidad'.

"La frase 'según las reglas de competencia señaladas en los dos anteriores capítulos', que se halla en tal artículo, no modifica la generalidad de su parte final que se ha dejado transcrita, ni atenúa su pugna con la Constitución, pues la verdad es que para conocer de demandas por 'INCONSTITUCIONALIDAD', de decretos (de cualquier clase que sean), resoluciones y otros actos DEL GOBIERNO, no sería competente el Consejo de Estado, (de acuerdo con lo dispuesto por el art. 149 de la Constitución, ni aún en el caso de que esos decretos, resoluciones y actos del Gobierno fueran de los que pongan fin 'a una actuación administrativa', pues el conocimiento y decisión de esta clase

de demandas están, sin distinción alguna, 'expresamente atribuídas a una jurisdicción distinta': la de la Corte Suprema de Justicia, por categórico mandato del mencionado artículo 149 de la Constitución (hoy de 1936), que es, como se dijo ya, posterior al Acto Legislativo de 1914, que restableció el Consejo de Estado.

"Cuando el Organo Ejecutivo rebasa la potestad simplemente reglamentaria o cuando ordena, prohibe o permite fuera de sus atribuciones constitucionales, o cuando excede las autorizaciones extraordinarias que el Legislador le ha concedido, su proceder es no sólo contrario a la ley, sino a la Constitución, porque hace entonces el papel de legislador, que sólo corresponde por mandato de la Carta al Congreso.

"En este caso, es la Corte el Tribunal a quien privativamente corresponde conocer de la respectiva acusación de inexequibilidad.

"No existiendo, pues, en concepto de la Corte, por las consideraciones que preceden, ninguna razón para que ella haya perdido por la vigencia del artículo 62 de la ley 167 de 1941, ni por las que ha alegado el señor Procurador General de la Nación, la competencia para conocer del presente juicio de inexequibilidad del Decreto número 1332 de 1939 acusado ante ella como inconstitucional, procede a fallar dicho juicio en uso de las atribuciones que le confieren los artículos 139 y 140 de la Constitución, que quedan ya comentados, y lo hace mediante las siguientes consideraciones:" .....

.....

.....

INDICE

Págs.

EDITORIAL—Iniciación de relaciones intelectuales entre la Corte Suprema de Justicia de Colombia y la del Perú 227

SALA PLENA

LEY 167 DE 1941, ORGANICA DE LA JURISDICCION CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA, ACUSADA COMO INCONSTITUCIONAL EN SUS ARTICULOS 62, 7º INCISO 2º, 8º INCISO 3º Y 24, INCISO FINAL.—Se declaran inexequibles el inciso 2º del artículo 7º y el inciso 3º del artículo 8º de la ley 167 de 1941, e inexequibles el inciso final del artículo 24 y el artículo 62 en la parte que señala al Consejo de Estado competencia y jurisdicción para conocer de la inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno, ambos de la misma ley 167 de 1941. Magistrado ponente, Dr. Aníbal Cardoso Gaitán 231

SALA DE CASACION CIVIL

ACCION RESCISORIA POR LESION ENORME DE UNA PARTICIPACION—Se casa la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el seis de diciembre de mil novecientos cuarenta, en el juicio ordinario de Ana Tulia Cajigas de Amaya contra los herederos de María Antonia Cajigas de Jiménez y el cónyuge supérstite, Servio Tulio Jiménez. Magistrado ponente, doctor Fulgencio Lequerica Vélez 241

Págs.

ACCION PARA EL PAGO DE PERJUICIOS—No se casa la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, el siete de diciembre de mil novecientos cuarenta, en el juicio por indemnización de Israel Korman contra Cinemas América, Jesús, Eduardo y Paulino Londoño. Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza 247

ACCION DE RESOLUCION DE UN CONTRATO. — PERSONERIA ADJETIVA—Se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín el veintiseis de julio de mil novecientos cuarenta, en el ordinario de la Sociedad Constructora del Tranvía Intermunicipal por la Carretera de Oriente, contra Julio Ramírez Urrea. Magistrado ponente, doctor Hernán Salamanca 251

ACCION DE NULIDAD DE UN CONTRATO Y DE RESTITUCION. — ENAJENACION DE ESPECIES LEGALES POR ACTO TESTAMENTARIO. — No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el veintiocho de marzo de mil novecientos cuarenta y uno, en el ordinario de Alfonso Giedelman contra Carmen Carrizosa de Ricaurte, Belén S. de Santamaría de Defrancisco, Carlos Umaña B. y sucesión de Manuel Umaña Camacho. Magistrado ponente, doctor Liborio Escallón 255

ACCION DE SIMULACION DE UN

Págs.

CONTRATO Y OTRAS.–INCONGRUENCIA. — REGIMEN PATRIMONIAL CONFORME A LA LEY 28 DE 1932. — ACCIONES PETITORIA Y REIVINDICATORIA.—No se infirma la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán de fecha catorce de diciembre de mil novecientos cuarenta, en el juicio seguido por Rosaura Caracas de Jiménez contra Leopoldo Jiménez y Laurentino Quintana. Magistrado ponente, doctor José Miguel Arango 259

ACCION PETITORIA DE DECLARACION DE UNA PATERNIDAD NATURAL.—Se infirma la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín con fecha veinticinco de marzo de mil novecientos cuarenta y uno, en el ordinario de Ana Marín contra Paulino Sierra M. Magistrado ponente, Dr. José Miguel Arango 270

ACCION DE PERJUICIOS.—RESPONSABILIDAD POR DENUNCIOS CRIMINALES.—Se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo con fecha diecisiete de mayo de mil novecientos cuarenta, en el juicio ordinario de Gerardo Blanco y Ernesto Camejo contra Jesús María Bona C. Magistrado ponente, doctor Isaías Cepeda..... 275

SE INFIRMA EL AUTO RECLAMADO.—Se infirma la providencia dictada por la Sala con fecha veinte de octubre de mil novecientos cuarenta y uno, en el juicio de deslinde entre The Western Andes Mining Company, Juan de la Cruz Piedrahita y Alfredo Suárez O. en la segunda instancia. Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza 282

ACCION DE NULIDAD DE UNOS TESTAMENTOS Y DE RESTITUCION DE BIENES. — FIRMA INCOMPLETA DEL TESTADOR EN TESTAMENTOS ABIERTOS. INHABILIDADES DE LOS TESTIGOS DE LOS TESTAMENTOS SOLEMNES Y ABIERTOS–QUE DEBE ENTENDERSE POR AMANUENSE DEL NOTARIO.–ERROR DE HECHO EN CASACION. — Se casa parcialmente la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga con fecha veinticuatro de mayo de mil novecientos cuarenta, en el juicio adelantado por Emma Cadena de Carrillo, Ana Berthsabé Cadena de Ortiz, Ana Josefina Cadena de Botero y Luis Alfredo Cadena contra Edelmira Peña de Cadena. Magistrado ponente, doctor Liborio Escallón 284

PERJUICIOS. — LA CULPA Y SU APRECIACION. — ERROR EN LA APRECIACION DE LAS PRUEBAS. — ABUSO DEL DERECHO. — DENUNCIO Y EMBARGO DE BIENES DE TERCEROS EN JUICIO EJECUTIVO—No se casa la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira el seis de agosto de mil novecientos cuarenta y uno, en el juicio de Rafael Jiménez G. contra Rafael Duque H. Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza.... 300

ACCION DE RESOLUCION DE UN CONTRATO DE PERMUTA. — COMPRAVENTA Y PERMUTA. Se infirma la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja con fecha cinco de marzo de mil novecientos cuarenta y uno, en el juicio ordinario entre Jorge Enrique Ulloa, Ana Luisa Zárate de Ulloa y Sacramento Pinzón. Magistrado ponente, doctor José Miguel Arango 305

Págs.

ACCION DE NULIDAD.—CARACTER JURIDICO DE LAS TERCERIAS DURANTE LA VIGENCIA DE LA LEY 105 DE 1890. No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales el veintinueve de noviembre de mil novecientos cuarenta, en el juicio de Francisco y Blanca Grégory M. contra Horacio Jaramillo Sanín, Santiago Nicholls G. y Blanca Murillo Hernández. Magistrado ponente, doctor Liborio Escallón... 309

RECURSO DE CASACION CONTRA LA SENTENCIA DE GRADUACION DE CREDITOS EN UN JUICIO DE CONCURSO DE ACREEDORES.—Se casa la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el dieciocho de febrero de mil novecientos cuarenta y uno, en el juicio de concurso de acreedores seguido a Francisco Peña. Magistrado ponente, doctor Fulgencio Lequerica Vélez... 314

ACCION DE NULIDAD DE UN TESTAMENTO. — APRECIACION DE PRUEBAS—NULIDAD POR ILEGALIDAD DE LA PERSONERIA—EN QUE CASOS AUTORIZA LA LEY EL TESTAMENTO NUNCUPATIVO ANTE CINCO TESTIGOS.—No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto con fecha diez de mayo de mil novecientos cuarenta y uno, en el juicio instaurado por Sara Potosí Rosero contra Luis Alfonso Rosero y otros. Magistrado ponente, doctor Hernán Salamanca 324

ACCION DE SANEAMIENTO POR EVICCION. — No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el veintinueve de marzo de mil novecientos cuarenta y uno, en el juicio ordinario de Gumercindo Linares contra Eva Mahecha de Basto y Francisco Guzmán. Magistrado ponente, doctor Fulgencio Lequerica Vélez 332

ENAJENACION DE UNA FINCA RAIZ HECHA POR EL CONYUGE ADQUIRENTE BAJO EL IMPERIO DE LA LEY 28 DE 1932. No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el diez de septiembre de mil novecientos cuarenta y uno, en el juicio de Manuel Guzmán contra Cipriano Ríos Hoyos. Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza.... 339

ACCION SOBRE MEJOR DERECHO A UNA HERENCIA. — No se infirma la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona de fecha veintiuno de julio de mil novecientos cuarenta y uno, en el ordinario de Fernando Acero Castro contra Ernesto y Vitalina Rincón. Magistrado ponente, doctor José Miguel Arango 345

ACCION DE LIQUIDACION DE UNA SOCIEDAD.—Se casa parcialmente la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el once de julio de mil novecientos cuarenta y uno, en el juicio de Germán Bravo y Alberto Correa contra Ricardo Holguín Arboleda. Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza 349

ACCION PETITORIA DE PAGO DE PERJUICIOS. — TRANSACCION.—No se casa la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá con fecha diecinueve de abril de mil novecientos cuarenta y uno, en el juicio ordinario instaurado por Saúl Salazar contra Bernardo González Bernal. Magistrado ponente, Dr. Liborio Escallón. 355

Págs.

ACCION DE NULIDAD DE UN TESTAMENTO CERRADO. — APRECIACION DE LA PRUEBA TESTIMONIAL.—Se casa la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, con fecha dieciocho de abril de mil novecientos cuarenta, en el juicio ordinario de Adelaida Santacruz de Reyes, Rita Santacruz de Núñez, Zoila Santacruz de Mesa y Luis Santacruz E. contra Carmen León. Magistrado ponente, Dr. Isaías Cepeda. 363

PARTICION. — No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto con fecha veinticinco de julio de mil novecientos cuarenta y uno, en el juicio de Inés Hurtado contra Rafael Paredes, Clelia Burbano de Paredes y Ester Hurtado de Rincón. Magistrado ponente, doctor Liborio Escallón 372

ACCION DE CUMPLIMIENTO DE UN CONTRATO Y DE RESOLUCION EN SUBSIDIO—REGIMEN PATRIMONIAL EN EL MATRIMONIO CONFORME A LA LEY 28 DE 1932—PERSONERIA SUSTANTIVA DE LA MUJER CASADA BAJO EL IMPERIO DE ESTA LEY—Se casa parcialmente la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué el treinta y uno de marzo de mil novecientos cuarenta y uno, en el juicio ordinario de Hernando Calvo Pulecio contra los herederos en la sucesión de Lázaro Calvo Pulecio. Magistrado ponente, doctor Fulgencio Lequerica Vélez 376

ACCION DE INDEMNIZACION DE PERJUICIOS.—No se casa la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué el treinta de agosto de mil novecientos cuarenta y uno, en el juicio de Benigno Osorio contra el Municipio de Villahermosa. Magistrado ponente, Dr. Ricardo Hinestrosa Daza..... 386

ACCION RESCISORIA POR LESION ENORME. — DICTAMEN PERICIAL—No se infirma la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales el doce de mayo de mil novecientos cuarenta y uno, en el juicio de Víctor Salazar Caballero contra Roberto Restrepo. Magistrado ponente, doctor José Miguel Arango 389

SALA DE CASACION EN LO CRIMINAL

PROSPERA EL RECURSO DE CASACION INTERPUESTO POR HABERSE APLICADO UNA PENA MAYOR DE VEINTICUATRO AÑOS DE PRESIDIO.—NO PUEDEN INVOLUCRARSE LAS CAUSALES DE CASACION DE LA ANTIGUA LEY CON OTRAS DEL CODIGO VIGENTE AHORA.—CUANDO PUEDE CONSIDERARSE QUE HAY VEREDICTO NOTORIAMENTE INJUSTO.—Se invalida la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona, fechada el veintiseis de junio de mil novecientos cuarenta, que impuso a Carmen Antonio Maldonado y a Guillermo Téllez la pena de veinticinco años de presidio. Magistrado ponente, doctor José Antonio Montalvo 393

CONSULTA DE UN AUTO DE SOBRESEIMIENTO DEFINITIVO.-La Corte Suprema se abstiene de revisar el auto de sobreseimiento por prescripción que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga remitió en consulta a esta Superioridad. Magistrado ponente, Dr. José Antonio Montalvo 399

Págs.

CAUSALES DE IMPEDIMENTO Y DE RECUSACION EN MATERIA PENAL.—Se declara que no constituye impedimento legal el propuesto por el doctor Bernardo Salazar Grillo, magistrado del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, y que por tanto, debe conocer del proceso seguido contra el juez 2º del circuito de Manizales. Magistrado ponente, Dr. Campo Elías Aguirre..... 401

HOMICIDIO INVOLUNTARIO—No se invalida la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja que impuso a Eustacio Díaz Calderón, quien dio muerte a Domingo Fandiño, la pena principal de seis años de presidio. Magistrado ponente, doctor Campo Elías Aguirre 403

HOMICIDIO. — DECLARACION DEL OFENDIDO. — SU VALOR JURIDICO EN DERECHO PROBATORIO—SANGRE FRIA.—Se invalida la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali que impuso a Simeón Flor Olave, como responsable de la muerte de Rosaliano López, la pena de diez años de presidio. Magistrado ponente, doctor Campo Elías Aguirre 408

HOMICIDIO. — CUANDO PUEDE REPUTARSE UN VEREDICTO NOTORIAMENTE INJUSTO—No se infirma la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, fechada el catorce de noviembre de mil novecientos cuarenta y uno, por la cual se condenó a Marco A. Parada a la pena de seis años de presidio como responsable de homicidio en la persona de Alberto Maldonado. Magistrado ponente, doctor Absalón Fernández de Soto..... 415

PENA MAXIMA QUE PUEDE IMPONERSE CONFORME AL NUEVO CODIGO PENAL. — Se invalida parcialmente la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, fechada el siete de junio de mil novecientos cuarenta, en cuanto impuso a Antonio José Estrada la pena principal y fija de veinticinco años de presidio por los delitos de asesinato y robo. Magistrado ponente, doctor Absalón Fernández de Soto 413

COLISION DE COMPETENCIAS— Se declara que es competente para conocer del delito de rapto imputado a Manuel María Triviño, el Juez Superior del Distrito Judicial de Buga y no el de Pereira. Magistrado ponente, doctor Absalón Fernández de Soto 423

SALVAMENTO DE VOTO, magistrado doctor Campo Elías Aguirre 426

DECISIONES DE LOS JUECES DE CONCIENCIA.—No se infirma la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil, fechada el cuatro de septiembre de mil novecientos cuarenta y uno, que impuso a Isaías Matéus y Camilo Ariza la pena de seis años de presidio, a cada uno, por el delito de homicidio en concurso recíproco. Magistrado ponente, Dr. Absalón Fernández de Soto 428

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

EXCEPCIONES. — Se declaran no probadas las excepciones propuestas en el juicio ejecutivo seguido a la sucesión de Manuel Antonio Ordóñez Serrano por la Nación. Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta 430

INCIDENTE DE NULIDAD—CONSEJO ADMINISTRATIVO DE LOS FERROCARRILES NACIONALES Y SU REPRESENTACION ACTIVA Y PASIVA EN JUICIO. — Se declara nulo lo actuado en el juicio ordinario de Ma-

Páginas

nuel Salvador Patiño contra la Nación, por estar indebidamente representada en el juicio la parte demandada. Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán... 434

ACCION DE INDEMNIZACION POR ACCIDENTES DEL TRABAJO.—Se revoca el fallo proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué el siete de octubre de mil novecientos cuarenta, en el juicio de Emilio Zárate contra el Departamento del Tolima. Y se decide que el asunto no es de la competencia del Tribunal ni de la Corte. Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta 437

DURACION DE LA FIANZA.—Se declara probada la excepción denominada de ineficacia del título ejecutivo, en el juicio seguido por la Nación contra Mario Valenzuela M. y Juan de Dios Alfonso Cardeñosa. Se dispone cesar la ejecución contra éste. Magistrado ponente, Dr. Aníbal Cardoso Gaitán 442

COMPETENCIA EN JUICIOS SOBRE PRESTACIONES SOCIALES. — Se declara que tanto la Corte como el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga carecen de competencia y jurisdicción para conocer del proceso adelantado por Luis A. Becerra y Lorenzo Gómez contra la Nación, y en consecuencia, se revoca la providencia dictada por el Tribunal. Magistrado ponente, Dr. José M. Blanco Núñez..... 445

APELACION DE UN AUTO. — Se resuelve que no es apelable el auto de veinticuatro de agosto de mil novecientos cuarenta, por el cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá discernió el cargo de curador ad-litem, en el ejecutivo que adelanta el Departamento del Tolima contra "The Dorada Railway Company Limited". Magistrado ponente, doctor José M. Blanco Núñez..... 447

Páginas

OBJECION A UN DICTAMEN PERICIAL POR ERROR GRAVE.—Se confirma el auto de fecha dieciseis de junio de mil novecientos cuarenta y uno, dictado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en el juicio de Francisco Ochoa L. y Bernardina Saldarriaga contra el Departamento de Antioquia. Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta 450

INCIDENTE DE DESEMBARGO. Se confirma el auto de fecha diecisiete de octubre de mil novecientos cuarenta y uno, dictado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, en el juicio de Ramón L. González contra el Departamento del Tolima. Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán 455

PERSONERIA PRIVATIVA DEL CONSEJO ADMINISTRATIVO DE LOS FERROCARRILES NACIONALES EN ASUNTOS REFERENTES A LA ADMINISTRACION DE ESTOS.—Se niega la reposición solicitada, por el doctor Cástor Jaramillo Arrubla, de la providencia de la Sala fechada el dieciocho de julio de mil novecientos cuarenta y uno, en el juicio ordinario de Manuel Salvador Patiño contra la Nación. Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán 457

NO SE REPONE AL AUTO ANTERIOR.—Se niega la reposición impetrada contra el auto de la Sala de trece de agosto de mil novecientos cuarenta y uno, en el juicio de Ernesto Abello H. contra la Nación. Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta..... 461

SALVAMENTO DE VOTO, magistrado Dr. José M. Blanco Núñez 465

SE DECLARA INFUNDADA LA OPOSICION A UNA PROPUESTA DE EXPLORACION Y EXPLOTACION DE PETROLEO.— Se resuelve que no es fundada la oposición que la Empresa Agrícola de Santander hace a la propuesta de contrato para la exploración y explotación de petróleo de propiedad nacional formulada por el doctor Carlos A. Pinzón Torres. Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta..... 473

DECISION DE UNA COMPETENCIA POSITIVA PROMOVIDA POR UN JUEZ DE CIRCUITO. Se declara que es juez competente y privativo para conocer de la sucesión de Braulio E. Patiño, el juez tercero del circuito de Barranquilla. Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán... 484

TITULO EJECUTIVO. — Se confirman los autos proferidos por el Juzgado Segundo Nacional de Ejecuciones Fiscales, en el juicio ejecutivo que la Nación le sigue a Luis Eduardo Díaz Agudelo y los fiadores, Francisco J. Camacho y José María Velásquez V. Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán 486

DESISTIMIENTO O RETIRO DE DEMANDAS POR PARTE DE LOS AGENTES DEL MINISTERIO PUBLICO. — Se confirma la providencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto fechada el treinta de abril de mil novecientos cuarenta y uno, en el juicio de la Nación contra la "Sociedad Ordinaria de Minas", Julio del Castillo y "Sociedad Anónima Compañía Minera de Nariño, S. A". Magistrado ponente, doctor José M. Blanco Núñez..... 489

NO SE REPONE EL AUTO ANTERIOR.—Petición del señor Procurador Delegado en lo civil. Magistrado ponente, Dr. José M. Blanco Núñez 492

INCIDENTE DE NULIDAD DE UN JUICIO POR NO HABER SIDO PARTE EL CONSEJO ADMINISTRATIVO DE LOS FERROCARRILES NACIONALES— Se declara la nulidad de lo actuado en el juicio ordinario de Benjamín Suárez contra la Nación por haber estado indebidamente representada la parte demandada. Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán..... 494

ACCION DE DOMINIO. — COSAS NO REIVINDICABLES. — EXPROPIACION—Se revoca el fallo proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira el veinticuatro de junio de mil novecientos cuarenta, en el juicio de Arcesio Jaramillo contra la Nación. Magistrado ponente, doctor José M. Blanco Núñez..... 496

PENSION.—Se revoca la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín el día primero de agosto de mil novecientos cuarenta, en el juicio ordinario de Absalón Bedoya contra la Nación. Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta 501

ACCION EJECUTIVA.—Se confirma el auto proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, con fecha veintinueve de julio de mil novecientos cuarenta y uno, en el juicio de Gregorio Jaramillo contra el Departamento de Boyacá. Magistrado ponente, doctor José M. Blanco Núñez 505

HIPOTECA CONSTITUIDA POR UN DUEÑO APARENTE. — DERECHOS DEL ACREEDOR HIPOTECARIO QUE NO HA INTERVENIDO EN EL JUICIO SOBRE NULIDAD DEL TITULO DEL HIPOTECANTE. — Se niegan las excepciones propuestas en el juicio ejecutivo que la Nación, por intermedio del juzgado segun-

do nacional de ejecuciones fiscales, adelanta contra Roberto E. Echeverri y sus fiadores Antonia y Josefa María González Vengoechea, Isabel M. González vda. de Salcedo y Cecilia González vda. de Rodríguez. Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta.. 508

DILIGENCIAS VERIFICADAS POR JUEZ COMISIONADO.—Se repone el auto de la Sala dictado el diez de junio de mil novecientos cuarenta y uno, en las diligencias comisionadas al Corregidor de Flandes. Magistrado ponente, doctor José M. Blanco Núñez..... 514

SE REVOCA EL AUTO APELADO—Se revoca la providencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla el doce de noviembre de mil novecientos cuarenta y uno, en el juicio ejecutivo de Solángel Desmoineaux de Badrán contra el Departamento del Atlántico. Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán 516

ACCION POSESORIA DE UNA MINA. — ALCANCE DE LA JURISDICCION CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA ANTE LA JUSTICIA ORDINARIA EN ASUNTOS REFERENTES A LA PROPIEDAD O A LA POSESION. — MINAS.—Se confirman las resoluciones del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, en la parte en que por dichas resoluciones se decreta el amparo de posesión respecto de las minas Telembí números 3 a 7, en el juicio de Julio del Castillo, Presidente de la Sociedad Ordinaria de Minas, Telembí, contra la Nación. Magistrado ponente, Dr. Arturo Tapias Pilonieta..... 518

SALA CIVIL DE UNICA INSTANCIA

COADYUVACION EN LOS JUICIOS.—Se declara que no es admisible la coadyuvancia presentada por el señor Germán Molina Callejas en el juicio de la Nación contra The Tropical Oil Company. Magistrado ponente, doctor José M. Blanco Núñez 539

ACCION DE NULIDAD DE UNA RESOLUCION EJECUTIVA. — CESION DE CREDITOS—Se niegan las declaraciones solicitadas por Jorge Martínez Landínez en el juicio que conforme al artículo 40 del código de procedimiento civil instauró contra la Nación. Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta 544

ACCION PARA EL PAGO DE PERJUICIOS.—IMPUESTOS FISCALES—RESPONSABILIDAD DEL ARRENDATARIO EN CASO DE DESTRUCCION POR SU CULPA DE LA COSA ARRENDADA.—Se declara responsable a la Nación, en su calidad de arrendataria, de la destrucción por incendio de la casa de propiedad del señor Pedro Antonio Guzmán, situada en el municipio de Caucayá. Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán..... 559

SALA PLENA

DECRETO No. 1332 DE 1939, REGLAMENTARIO DE LAS LEYES 65 DE 1937 Y 142 DE 1938, ACUSADO COMO INCONSTITUCIONAL EN SUS ARTICULOS 2º EN PARTE, Y 5º Y 6º.—QUE DEBE ENTENDERSE POR POTESTAD REGLAMENTARIA.—CARACTER JURIDICO DE LAS GRACIAS Y RECOMPENSAS QUE OTORGA EL ESTADO—Se declaran exequibles los artículos 5º y 2º en la parte acusada, del decreto 1332 de veinticuatro de junio de mil novecientos treinta y nueve, e inexequible el artículo 6º del mismo decreto. Magistrado ponente, Dr. José M. Blanco Núñez 568

EDITORIAL.-La guarda de la Constitución, por José M. Blanco Núñez 577

GACETA JUDICIAL

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

DIRECTOR: JULIAN MOTTA SALAS

"Saber las leyes non es tan solamente en aprender et decorar las letras dellas, mas en saber el su verdadero entendimiento".

SIETE PARTIDAS: PARTIDA 1a., TITULO 1o., LEY XIII).

"Summa itaque ope, et alacri studio has leges nostras accipite"
(Proemium Institutionum D. Justiniani).

TOMO LIII — Bogotá, agosto de 1942. — NUMERO 1986

RELACIONES INTELECTUALES ENTRE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA Y LAS DEL PERU Y ECUADOR

Lima, julio 20 de 1942.

Excelentísimo señor Presidente de la Corte Suprema de la República de Colombia.

Bogotá.

Con motivo de la gran efemérides americana en la que conmemórase la emancipación de Colombia, me es especialmente grato enviar el más cordial saludo a nombre de la Corte Suprema del Perú al respetable cuerpo de su digna presidencia, como expresión de solidaridad y comprensión en la realización de los altos fines de justicia, sentimientos que han inspirado los actos traducidos en los recientes e importantes mensajes cambiados entre Vuecencia y nuestro Embajador, señor Arenas, quien, como prestigioso abogado del foro peruano, ha sabido interpretar los propósitos e ideales de nuestras instituciones jurídicas en relación con las del continente. Sentimientos que han de estrecharse con la vinculación personal que se establezca en las próximas visitas de los miembros de ambas Cortes y afianzarse con el envío constante de nuestras publicaciones oficiales, contribuyendo así a la mejor marcha y progreso del Derecho en nuestros países.

CARLOS ZAVALA LOAIZA,

Presidente de la Corte Suprema.

RADIOTELEGRAMA

República de Colombia. — Corte Suprema de Justicia. — Presidencia. — Bogotá, julio 28 de 1942.

Señor Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, doctor Carlos Zavala Loaiza.

Lima.

Oportuna delicadeza tuvo su señoría cuando escogió la conmemoración de nuestro veinte (20) de julio de mil ochocientos diez (1810) para trasmitir a esta Corte su expresivo saludo en nombre de la Corte Suprema que vuecencia dignamente preside. Tenemos impagable deuda de gratitud con esa alta entidad y el embajador peruano en Bogotá, excelentísimo señor Arenas, quien ha puesto todo su entusiasmo a fin de que sea efectiva, como ya lo es, la amistosa relación de ambas Cortes, conexión íntima de donde se derivará un gran beneficio del Derecho en las dos naciones hermanas. Y hoy, en fausta efeemérides que el Perú celebra, la Corte Suprema de Colombia, animada por sincero afecto, también saluda a la Corte colocada bajo la meritoria dirección de vuecencia.

CAMPO ELIAS AGUIRRE,

Presidente de la Corte Suprema de Justicia.

Quito, julio 20/42.

Excmo. señor Campo Elías Aguirre, Presidente Corte Suprema.—Bogotá.

En recordación glorias comunes y en el deseo de iniciar con la alta representación científica de la Nación y como Nación hermana y vecina alguna forma de comunicación de ideas y colaboración en el sentido del estudio y mejoramiento de nuestras instituciones jurídicas, la Corte Suprema del Ecuador tiene a honra dirigirse a V. E. esta magna fecha rogándole hacer presente a los distinguidos miembros de la Corte Suprema de Colombia, el saludo afectuoso de los miembros esta Corte y el voto formulan por el bienestar sus colegas y la ventura personal V. E.

Atentamente,

Celio Enrique Salvador

Presidente Corte Suprema

República de Colombia. — Corte Suprema de Justicia. — Presidencia.

Radiotelegrama Nº 481.

Agosto 10 de 1942.

Señor Presidente de la Corte Suprema de Justicia del Ecuador.—Quito.

Con sentimientos de sincera y cordial amistad me complace manifestar a su excelencia que la Corte de Colombia acompaña a la Corte del Ecuador en el júbilo del glorioso aniversario que hoy conmemora esa nación hermana.

Campo Elías Aguirre

Presidente de la Corte Suprema de Justicia.

República de Colombia. — Corte Suprema de Justicia.—Presidencia. — Radiotelegrama.

Bogotá, julio 28 de 1942.

Señor Presidente de la Corte Suprema de Justicia del Ecuador, doctor Celio Enrique Salvador.—Quito.

Gracias por las nobles palabras de su

excelencia, contenidas en el telegrama que recibí tardíamente. La Corte Suprema de Justicia de Colombia también anhela, aprovechando el recuerdo y la celebración de nuestras comunes y gloriosas gestas emancipadoras, vincularse a la Corte Suprema del Ecuador, país por el cual todo colombiano guarda en su corazón entrañable cariño fraternal. La solidaridad y comunión del Derecho y de los impartidores de Justicia, darán calor y vida y plenitud a la trascendente conciencia continental que están perfeccionando las Américas para cumplir en el mundo sus altos destinos. Presento a su excelencia y a los demás dignos miembros de la Corte Suprema del Ecuador, el testimonio del profundo afecto de todos y cada uno de los Magistrados de la Corte Suprema de Colombia.

Campo Elías Aguirre

Presidente de la Corte Suprema de Justicia

SALA DE CASACION CIVIL

ACCION DE NULIDAD RELATIVA DE UN CONTRATO DE HIPOTECA POR MINORIDAD DE UNO DE LOS CONTRATANTES

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil. — Bogotá, abril treinta de mil novecientos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Hernán Salamanca)

Revela el proceso como antecedentes de este litigio los que pasan a expresarse sintéticamente:

Diciéndose ambos mayores de edad, y vecinos de Gachalá, Pablo Enrique Bernal y Rafael Ruiz suscribieron en el lugar de su vecindad, el documento privado que lleva fecha 18 de diciembre de 1936, por medio del cual el primero se constituyó deudor del segundo por la cantidad de $ 3.000, cuya procedencia indicaron como vinculada a diversos negocios que mencionan, y los cuales se obligó a pagar, en contados de $ 1.000, en mayo de 1937, febrero de 1938 y mayo de este mismo año. Se obligó Bernal a garantizar su deuda con hipoteca de un terreno de su propiedad en jurisdicción de Gachetá, para lo cual se convino en otorgar la correspondiente escritura pública dentro del plazo de tres días a contar de la fecha del documento.

El 29 del citado diciembre de 1936 se otorgó por los mismos la escritura pública número 721 ante el Notario de Gachetá, en la cual, para cumplir lo convenido en el documento privado, Bernal y Ruiz, diciéndose otra vez mayores, reprodujeron las cláusulas y condiciones determinadas en aquel instrumento, con la garantía hipotecaria convenida. En esta escritura pública se añadió como estipulación nueva la obligación de ratificarla por parte del deudor Bernal el día 1º de mayo de 1937, según se dejó establecido en la cláusula 3ª.

El 2 de septiembre de 1937, por medio de escritura pública No. 199, otorgada ante la Notaría de Junín, Pablo E. Bernal vendió a Josué Bernal Moreno el derecho de dominio indiviso que tenía en el inmueble hipotecado a Ruiz en garantía de su deuda. Y este comprador, en la misma fecha y por escritura número 200 pasada ante el mismo Notario, transfirió a título de venta a Manuel Darío Bernal el mismo inmueble que acaba de adquirir por compra.

En estas condiciones, y alegando que Bernal era incapaz por minoridad el día en que se obligó para con Ruiz, y que éste, con pleno conocimiento de la incapacidad lo obligó maliciosamente a celebrar el contrato, en libelo del 27 de junio de 1938, dirigido al Juzgado del Circuito de Gachetá y por medio de apoderado, Pablo Enrique Bernal y Manuel Darío Bernal demandaron a Rafael Ruiz para que en la sentencia definitiva de un juicio ordinario se declare que es nulo el contrato por medio del cual Pablo Bernal se constituyó deudor de Ruiz por la suma de $ 3.000 y garantizó su pago con hipoteca de una cuota de dominio en una finca en el Municipio de Gachetá, la cual, como contrato accesorio que es, debe ser anulada también, y que como consecuencia de las anteriores

declaraciones se invalide la escritura número 721 de 29 de diciembre de 1936 de la Notaría de Gachetá, en que consta el contrato, y se ordene su cancelación en el Registro con la correspondiente anotación en el protocolo notarial.

Desenvuelto sobre estas bases el litigio, el Juzgado del Circuito lo decidió en primera instancia por sentencia de fecha 20 de abril de 1939 haciendo las declaraciones de nulidad y sus consecuenciales solicitadas en la demanda, ordenando las restituciones recíprocas a fin de volver las cosas al estado anterior al contrato, y disponiendo la investigación sobre la posible responsabilidad en que hubieren podido incurrir Pablo Bernal y los miembros del Jurado Electoral de Gachalá, de acuerdo con la ley 7ª de 1934, por la expedición de la cédula número 1776795 en que se hace aparecer a éste como ciudadano.

Sentencia acusada

El segundo grado del juicio se surtió ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá por haber interpuesto el demandado recurso de apelación contra el fallo del Juzgado, el cual finalizó con sentencia del 21 de mayo de 1941, confirmatoria de la recurrida con una adición a las restituciones a que por efecto de la nulidad declarada quedaba obligado Pablo Enrique Bernal. En ninguna de las instancias hubo condena en costas.

La razón central en que funda el Tribunal la confirmatoria de la declaración de nulidad es la de haberse demostrado plenamente con la partida de bautizo expedida por el Párroco de Gachalá, en la cual aparece que Pablo Enrique Bernal nació el 29 de abril de 1916, que el día en que contrajo las obligaciones que constan en la escritura número 721 de 29 de diciembre de 1936 el actor Bernal no tenía aún la edad legalmente requerida para obligarse válidamente. Esta calidad de menor adulto no habilitado de edad que es el hecho originario de la rescisión pedida, es cosa aceptada por el demandado y no figura entre las cuestiones controvertidas en el pleito.

La pretensión del demandado en defensa de su contrato, celebrado con el menor se apoya en tres tesis, que en la sentencia se enuncian y estudian separadamente. Es la primera la que de que la buena fe con que contrató, consistente en su creencia de que Pablo Enrique Bernal era a la sazón mayor de veintiún años, lo ampara contra la acción de nulidad en virtud de la teoría jurídica contenida en la máxima **error communis facit jus**, puesto que por efecto de haber celebrado el actor Bernal varios contratos en la región fomentó el error común sobre su capacidad, error que en el caso del contrato se hizo más posible por el hecho de ser el demandante Bernal poseedor de cédula de ciudadanía expedida por la correspondiente corporación electoral. No consideró el Tribunal procedente esta defensa porque halló que el error que se aduce en el caso **sub judice** no ofrece los elementos de generalidad e invencibilidad, indispensables para amparar una situación irregular, con desconocimiento de las normas del derecho.

La segunda defensa del demandado se basa en la disposición del artículo 1744 del C. C., desechada también por el sentenciador en virtud de no haber hallado en el expediente prueba ninguna de maniobras maliciosas con que el menor hubiera inducido al demandado a creer en su mayoridad para celebrar el contrato de que se trata. La mera afirmación de ser mayor no excluye al menor del beneficio de la nulidad. "Además —se lee en la sentencia— el demandado Ruiz sí tenía, y esto se destaca de bulto en el proceso, el pleno conocimiento de la minoridad de Bernal, como se concluye de las declaraciones rendidas en la primera instancia por Guillermo Chaves B., Alejo Morales P. y Hortelio Patiño". Ante este conocimiento de Ruiz, nada significa para los efectos de este pleito el hecho de que Bernal fuera poseedor de una cédula de ciudadanía.

Por último, pretende el demandado que

no procede la acción de nulidad porque el demandante Pablo Enrique Bernal, siendo ya mayor, confirmó tácitamente el contrato en uno de los últimos días de junio o primeros de julio de 1937, cuando ordenó a su socio Guillermo Guevara que hiciera el pago de mil pesos a Rafael Ruiz por concepto de las obligaciones contraídas en la escritura 721, cuya nulidad se demanda. La desestimación que en la sentencia se hace de esta tesis de la confirmación tácita del contrato se funda en que los tres testigos que al respecto declararon (Castañeda, Cortés Peña y Bejarano), deponen por haber oído, de modo que sus declaraciones no pueden demostrar el hecho que se interpreta como ejecución voluntaria de la obligación de Bernal.

El recurso

Contra esta sentencia de segunda instancia se concedió por el Tribunal Superior el recurso de casación que oportunamente interpuso contra ella la parte demandada y que hoy decide la Corte, agotados como están los trámites de ley. La acusación contra la sentencia se apoya en el primero de los motivos del artículo 520 del C. J. y en ella se formulan los siguientes cargos, que la Sala agrupa por su conexidad para estudiarlos y decidirlos ordenadamente.

"Violación de los artículos 1740, 1741 y 2439 por cuanto fueron indebidamente aplicados, e infracción de los artículos 63, 1744 y 2341, todos del C. C., que no fueron aplicados debiendo serlo". Estas infracciones legales las deduce el recurrente como consecuencia de los errores de hecho y de derecho en que incurrió el Tribunal al apreciar la prueba testimonial formada por las declaraciones de Chaves, Morales y Patiño sobre las cuales asentó su certidumbre de que el demandado Ruiz tuvo conocimiento antelado de la minoridad de Pablo Enrique Bernal y que no obstante este conocimiento celebró con él el contrato que ahora se quiere rescindir. Sostiene el recurrente que el sentenciador no ha debido prestarles fe completa a estos testimonios, que él califica de inanes, porque los testigos no determinan las modalidades circunstanciales del hecho y "dejan en un discreto olvido" todo lo referente a tiempo, modo y lugar, fuera de que el dicho de Patiño está infirmado por el del propio Notario en cuya oficina trabajaba el testigo.

Incurre la sentencia en error de hecho al apreciar los instrumentos auténticos —escritura pública y cédula de ciudadanía— de los que se valió Pablo Enrique Bernal para dar maliciosamente la falsa apariencia de su capacidad civil para contratar, error que aparece de manifiesto en los autos al negar la existencia de las maniobras dolosas del menor Bernal siendo así que en el cuaderno de pruebas de la parte demandada obran los documentos que las demuestran inequívocamente. Violación directa de los precitados textos legales implica indudablemente el aceptar la verdad del hecho de la afirmación de mayoridad de Pablo Bernal, respaldada con la exhibición de su cédula de ciudadanía, pero negándole a esta maniobra la calificación legal de dolo que le corresponde.

De esta manera, ocultando engañosamente su incapacidad, el menor demandante se colocó en la situación del artículo 1744 del C. C. que le niega, como sanción a su dolo, el derecho de alegar la nulidad.

La Corte considera

Como se vio al hacer la síntesis de las razones fundamentales del fallo acusado, el Tribunal consideró que Pablo Enrique Bernal había ejercitado en las condiciones requeridas por la ley su acción rescisoria para obtener la invalidación de obligaciones que adquirió en estado de relativa incapacidad, y que no se había establecido probatoriamente la exceptio doli que establece el artículo 1744 del C. C. porque no se demostró que el menor se hubiera servido de ninguna maniobra

dolosa para inducir al demandado Ruiz a la celebración del contrato referido, y principalmente, porque se probó que éste tuvo oportuno conocimiento de que al tiempo en que se obligaba a su favor Pablo Enrique Bernal no había llegado a la edad legalmente requerida para prestar el consentimiento perfecto. Dada esta fundamentación, claro resulta que el estudio de los cargos, compendiados ya en lo que son pertinentes, comience y se circunscriba al ataque por errores en la apreciación de la prueba testimonial con que se acreditó aquél conocimiento de la minoridad por parte de Ruiz, pues si no se destruye la base de la convicción del Tribunal a este respecto quedan en campo de completa impertinencia todas las dilatadas argumentaciones que contiene la demanda en torno de la capacidad de la buena fe como creadora de derechos y de las consecuencias del dolo de los incapaces en el fenómeno de la nulidad.

La certidumbre judicial de que Rafael Ruiz sabía que Pablo Enrique Bernal era menor de edad cuando contrataba con él se asienta en las declaraciones de los testigos Guillermo Chaves, Alejo Morales y Hortelio Patiño, testigo, el segundo, del documento privado de 18 de diciembre de 1936, y testigo, el último, en la escritura pública otorgada el 29 de los mismos mes y año. Afirman estos declarantes, no tachados en ninguna forma en el juicio, en sus exposiciones rendidas legalmente en el término probatorio, que el conocimiento del hecho sobre que deponen lo adquirieron por haber intervenido personal y directamente en el negocio de que se trata. Estuvieron con los contratantes los dos primeros testigos en el lugar y al tiempo en que otorgaron el instrumento privado que fue antecedente de la escritura pública del 29 de diciembre, contentiva de las obligaciones cuya nulidad se demanda, y por haber estado allí presentes y haberlo oído de labios de Bernal como advertencia que le hacía a Ruiz, se expresan así:

Chaves: (F. 8 C. Nº 2). "... y me consta por haber oído al señor Pablo Enrique Bernal decirle al señor Rafael Ruiz que le faltaban unos pocos meses para cumplir veintiún años... Me consta que como el señor Rafael Ruiz exigiera al señor Pablo Enrique Bernal le garantizara la suma que le quedaría a deber en virtud de la promesa de contrato celebrado, a que vengo haciendo referencia, mediante el otorgamiento de hipoteca, el señor Pablo Enrique Bernal le manifestó el señor Rafael Ruiz que mediaba el inconveniente de ser menor de edad".

El testigo Morales dice: "(F. 9 C. Nº 2). Me consta presencialmente por haber intervenido y además como testigo, que el día 18 de diciembre de 1936, los señores Pablo Enrique Bernal y Rafael Ruiz celebraron la promesa de contrato o sea la misma que contiene el documento privado que encabeza estas diligencias... Me consta igualmente porque lo presencié y lo oí, que al exigirle el señor Rafael Ruiz al señor Pablo Enrique Bernal le garantizara la suma que en virtud de dicho contrato le salía a deber y a que hemos hecho referencia, mediante el otorgamiento de una hipoteca, el señor Pablo Enrique Bernal le manifestó que había el inconveniente de ser él (Bernal) menor de edad". Este testigo añade que a esta advertencia de Bernal contestó Ruiz que eso no era inconveniente y que en esas condiciones aceptaría la hipoteca.

Hortalio Patiño, testigo de la escritura y empleado, además de la Notaría en que se otorgó, afirma al folio 10 v. del C. Nº 2: "Sí es verdad que en la fecha porque se me interroga, estuvieron en la Notaría de este Circuito, Pablo Enrique Bernal y Rafael Ruiz, con el fin de que se les hiciera u otorgara una escritura de hipoteca, ,pero no recuerdo la suma porque dicha hipoteca se constituyó... Es cierto que al preguntar el señor Ernesto José Díaz en su condición de Notario, a los señores Bernal y Ruiz que si traían todos sus comprobantes, inclusive la libreta de servicio militar, Pablo Enrique Bernal manifestó a Ruiz, que él (Bernal) no tenía libreta de servicio militar,

porque él era menor de edad, manifestando también que no había pagado servicio militar... También es cierto que el señor Ernesto José Díaz, en su calidad de Notario, manifestó a los contratantes que sin la libreta de servicio militar, no podía prestarle sus servicios como Notario, para el otorgamiento de la escritura que deseaban... Al preguntar el señor Ernesto José Díaz al señor Bernal si tenía su cédula de ciudadanía, manifestó que sí y la presentó ante el señor Ruiz B., diciendo ser menor de edad...".

No encuentra la Sala que los ataques dirigidos contra la apreciación que el Tribunal hizo de esta prueba testimonial, referentes a falta de determinación circunstancial del hecho, de que no adolece como se ha visto, tengan ningún fundamento o capacidad para casar el fallo por haber sido medios conducentes a la violación de la ley sustantiva, pues en el justiprecio de su mérito no aparece que se haya quebrantado ninguna de las reglas legales que señalan el valor demostrativo de la prueba de testigos. No ha sido, como lo pretende el recurrente, infirmado el dicho del último de los testigos prenombrados por la declaración del Notario en cuyo despacho estaba empleado, porque si es verdad que este funcionario nada dice respecto de los puntos afirmados por Patiño, al final de su exposición dejó la siguiente constancia que pone a salvo la veracidad del testimonio: "En este estado, manifiesta el declarante, que hace la aclaración de que los señores Bernal y Ruiz, por el otorgamiento de la escritura a que se refieren las preguntas anteriores, se entendieron especialmente con el escribiente de la Notaría, señor Hortelio Patiño, quien escribió la matriz".

Tampoco es aceptable el cargo de error de hecho en su apreciación porque la contradicción manifiesta y total de la verdad que con ella se tuvo por establecida no resulta de los autos. Por el contrario, hay una circunstancia en el proceso, no analizada particularmente en la sentencia pero seguramente tenida en cuenta cuando afirma que el conocimiento que Ruiz tuvo de la minoridad de Bernal, fuera de lo que dicen a este respecto los testigos, es cosa "que resalta de bulto en el proceso". Es ella el contenido y significación de lo que se acordó en la cláusula tercera de la escritura como única estipulación nueva, porque en lo demás es la reproducción de los términos del instrumento privado, y que dice:

"Tercero.—Que una vez verificado o no el pago del primer contado, esto es el día primero de mayo de 1937, se obliga a ratificar la presente escritura por haberlo convenido así con el acreedor por tener en perspectiva un contrato para perfeccionarlo en esa fecha y en cuyo caso además de la ratificación, si fuere el caso se hará una rectificación o un nuevo título incluyendo ambos contratos".

Esta obligación de ratificar, esto es, de sanear el vicio de nulidad relativa que afectaba el contrato, (pues eso quiere decir ratificar) precisamente a raíz del cumplimiento de la mayor edad por parte de Bernal que la cumplía el 29 de abril de 1937, le comunica una especial verosimilitud a la prueba testimonial sobre que se basó el Tribunal para afirmar en su sentencia que Ruiz tenía conocimiento de la incapacidad relativa que afectaba a Pablo Enrique Bernal el día en que a su favor se obligó con garantía hipotecaria en la forma que reza el instrumento público de que se ha hecho mérito.

La cita del artículo 2341 entre las disposiciones que se dicen violadas por el Tribunal carece de toda pertinencia y relación con el caso de autos.

El conocimiento que Rafael Ruiz tuvo de la incapacidad que afectaba a su contratante deja sin base su tesis de que procedió por error, de la misma manera que hace imposible la imputación de dolo al menor, consistente en maniobras engañosas de que se valió para crear la apariencia invencible de que dice haber sido víctima el demandado.

El último cargo de la demanda se endereza contra la desestimación que el Tribunal hizo de la tesis presentada por el demandado en la segunda instancia, de que Pablo Enrique Bernal ratificó tácitamente el contrato sobre que versa la acción rescisoria por haber encargado a su socio Guevara, en el año de 1937, que pagara uno de los contados de su obligación hipotecaria a Rafael Ruiz.

El cargo es por "infracción de los artículos 1743, 1752 y 1754 del C. C. en cuanto no fueron aplicados debiendo serlo. Esta infracción es consecuencia de la omisión del sentenciador en apreciar las pruebas aducidas para establecer la ratificación tácita de los contratos".

Sobre este particular dice la sentencia: "La prueba de la confirmación tácita se reduce exclusivamente a las declaraciones de Juan Crisóstomo Castañeda, Aquilino Cortés Peña y Marcelino Bejarano C. (Cuad. 6), quienes afirman haber oído a fines del mes de junio o principios del mes de julio de 1937, en algún local destinado al expendio de licores de esta ciudad, a Bernal que le decía a un señor Guevara, con quien dicen tenía negocios Bernal, que le pagara la suma de mil pesos por cuenta del contrato cuya nulidad se pide a Ruiz. Estas declaraciones no pueden servir de prueba más que de las palabras, pero no demuestran la configuración de la modalidad jurídica de la confirmación del acto relativamente nulo que se viene analizando, pues ella debe consistir, como uniformemente lo exige la doctrina y la jurisprudencia, en hechos positivos cumplidos por la parte y que indiquen de manera clara la intención de renunciar a la acción de nulidad, como v. gr. la ejecución voluntaria del acto anulable, hecha ya durante la plena capacidad y con absoluto conocimiento de causa, porque tal ejecución no se comprendería sino existiera la intención de sostener el acto anulable".

La ratificación tácita como medio de inhibir la acción de nulidad no se mencionó en la contestación de la demanda ni a ella se hizo referencia ninguna durante la primera instancia del juicio. Solamente ante el Tribunal se propuso esta defensa en último lugar como se vio al enumerar sintéticamente los fundamentos del fallo acusado. Al estudiar las pruebas aducidas en demostración de este punto, dijo la sentencia que ellas se reducían exclusivamente a las tres precitadas declaraciones no para expresar que en el proceso no hubiera otras relacionadas indirectamente con la cuestión sino que esas eran las que de modo directo versaban sobre el hecho a que se quiere dar significado y valor de ratificación jurídica, estó es, al encargo o mandato que se dice dado por Pablo Enrique Bernal a su socio Guillermo Guevara para extinguir por pago una obligación para con Rafael Ruiz, de las originadas en el contrato sobre que versa este juicio. Es claro que no alegándose como significativo de ratificación un acto personal de Pablo Enrique Bernal sino uno ejecutado por otra persona en su nombre y por encargo suyo lo esencial que debe acreditarse es la existencia de esta relación de mandato para poder deducir de él consecuencias como si se tratara de la ejecución de un acto personal.

Los testimonios que al respecto analizó el Tribunal no fueron considerados como suficiente prueba de este encargo o mandato conferido por Bernal a Guevara, y de los elementos probatorios que no aparecen especialmente estudiados en la sentencia y en cuya omisión hace consistir el recurrente el error de hecho que se considera, no resulta tampoco establecido este vínculo jurídico que permita tener el pago verificado por Guevara como hecho por Pablo Enrique Bernal. De las posiciones absueltas por éste, como de las declaraciones rendidas por Juan Nepomuceno Bernal, Hortelio Patiño, Luis María Bejarano, Julio E. Martínez y otros, no mencionadas concretamente por el recurrente como pruebas desestimadas por el Tribunal, puede deducirse la verdad de que entre Bernal y Guevara existieron negocios de compañía, que éste entregó a Rafael Ruiz la suma de mil pe-

sos, de lo cual no existe recibo ninguno, pero mientras no se acredite que el pago fue hecho a nombre y por encargo del actor Bernal no es posible darle el significado de ejecución voluntaria por parte de éste de la obligación contratada, que es lo que a la luz del artículo 1753 del C. C. constituye la ratificación tácita, expresiva de la voluntad de renunciar la acción rescisoria. En esta situación probatoria, sobra advertir que es inaceptable el cargo por error de hecho, pues las pruebas que no aparecen mencionadas en la sentencia no dan base ninguna para respaldar una verdad manifiesta y contraria a la que adoptó el sentenciador.

En mérito de las consideraciones que anteceden, la Corte Suprema en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha 21 de mayo de 1941, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, que ha sido materia de este recurso.

Costas a cargo del recurrente.

Notifíquese, publíquese, cópiese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Isaías Cepeda — José Miguel Arango. Liborio Escallón — Fulgencio Lequerica Vélez — Ricardo Hinestrosa Daza—Hernán Salamanca—Pedro León Rincón, Secretario en propiedad.

ACCION DE NULIDAD POR SIMULACION

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, mayo cinco de mil novecientos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Ricardo Hinestrosa Daza).

Matías Avila R. demandó a Alejandro Riaño sobre nulidad por simulación y, en subsidio, resolución de los contratos detallados en el libelo, y el Juzgado Civil del Circuito de Ambalema, por ante el cual se surtió la primera instancia, la decidió el 19 de diciembre de 1940 con sentencia absolutoria confirmada por el Tribunal de Ibagué en la de 22 de septiembre de 1941 contra la cual recurrió en casación el actor.

Este vendió a su hija María Olinda Avila Tobar los bienes ubicados en Lérida y determinados en la escritura de 6 de marzo de 1919, reservándose lo que los litigantes han reputado usufructo vitalicio; la compradora los transfirió a su hermano Matías y a su cuñado Alejandro Riaño, y habiendo agregado éste después a su cuota la de aquél, obtuvo del primitivo vendedor, actual demandante, la renuncia de su aludida reserva, pagándole $ 2.000, en escritura de 11 de julio de 1923.

Lo pactado en todos los instrumentos que acaban de citarse forma la materia del presente juicio en sus acciones principal y subsidiaria.

El demandante se casó con Gregoria Tobar y durante el matrimonio adquirió a título oneroso los bienes aludidos y celebró los contratos hoy atacados, por lo cual, tratándose de bienes sociales, las acciones encaminadas a invalidar su enajenación y a recuperarlos son de la sociedad conyugal, y sin embargo de esto, Avila demanda en nombre propio y para sí, a lo que agregó el error de demandar a Riaño sobre el contrato de aquél con María Olinda y de prescindir de ésta. De todo ello dedujo el Juzgado la excepción que lo condujo a absolver y que llamó de petición de modo indebido. El Tribunal, abundando en los mismos conceptos, llegó a la misma conclusión, no sin calificar la excepción con nombre distinto, que fue el de ilegitimidad de la personería.

En casación se invocan los motivos 1º y 6º del artículo 520 del C. J.

El 6º, consistente en no estar la sentencia en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes, es inaceptable desde luego, tratándose de sentencia absolutoria, pues como repetidamente lo ha advertido la Corte, esto implica a la vez que nada de lo contenido queda por fallar y que no se extiende a más de lo pedido de la decisión.

En lo tocante al motivo 1º, lo presentado como demanda de casación para fundar el recurso carece de los requisitos exigidos por el artículo 531 del C. J.: el recurrente habla de falta de error o de apreciación de pruebas; pero no señala ninguna ni precisa el error, ni indica cuál o cuáles fueran las disposiciones sustantivas quebrantadas consecuencialmente. Tampoco dice cuáles lo fueran de modo directo por interpretación errónea, falta de aplicación o aplicación indebida. Con todo, como en el escrito sobre admisión del recurso y lo presentado en la mira o esperanza de fundarlo se citan los artículos 510 a 512 del C. Co. y el 1º de la ley 28 de 1932, se hacen a mayor abundamiento las siguientes consideraciones, no obstante que la ausencia de los aludidos requisitos bastaría para negar la casación.

Los bienes en referencia entraron a ser de la sociedad conyugal, al tenor del art. 1781 del C. C., numeral 5º, y para reputarlos propios del marido habría tenido que demostrarse alguna de las circunstancias excepcionales establecidas en el artículo 1783 de esa obra, lo que no se ha comprobado ni sugerido o alegado siquiera. Para 1919 en que el marido vendió y para 1923 en que pactó la referida renuncia, él era jefe de la sociedad conyugal, su administrador único y tenía, por tanto, plena capacidad para ello, la que no se le ha discutido.

Para entonces, rigiendo el art. 1806 del Código y habiendo la identidad allí establecida para ante terceros entre el patrimonio social y el del marido, no cabía durante la sociedad reclamar como la sentencia recurrida lo ha hecho en casos de esta clase. Pero, incoada esta demanda en 1939, es decir, bajo la vigencia de la ley 28 de 1932, sería injurídico y anacrónico pasar por alto la distinción de patrimonios y de situación legal que esa sentencia formula. Y es de hacerla de donde obligadamente se desprende la carencia en Avila de las acciones incoadas y el error en que incurrió al ejercitarlas en nombre propio y para sí, siendo el titular de ellas la sociedad, cuyo es el interés jurídico.

De ahí que, aun concediendo en gracia de hipótesis que la sociedad conyugal se rija por el Código de Comercio, no sea aceptable el cargo de violarlo en sus artículos 510 a 512 que dan la representación de la sociedad a los socios, en su caso, porque el Tribunal no ha dicho a Avila si la puede representar o no, sino que no demandó para ella.

El artículo 1º de la ley 28 no pudo quebrantarlo una sentencia que no lo toca. El confiere a cada cónyuge la libre administración y disposición de los bienes que para el 1º de enero de 1933 eran ya propios suyos y de los que adquiera después de este día, en que ella entró a regir. Y los bienes materia de este litigio no eran propios de Avila ni adquiridos con posterioridad a esa fecha.

Acreditado desde la demanda inicial que Avila es enfermo de lepra, ha litigado con las consiguientes prerrogativas. No hay lugar, pues, a condenarlo en costas.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, no casa la sentencia recurrida, o sea, la pronunciada en este juicio el veintidós de septiembre de mil novecientos cuarenta y uno por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué.

Sin costas.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

José Miguel Arango. — Isaías Cepeda. Liborio Escallón. — Ricardo Hinestrosa Daza.—Fulgencio Lequerica Vélez.—Hernán Salamanca. — Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

DECLARACION DE NULIDAD DE UN CONTRATO DE COMPRAVENTA. — DISPOSICIONES A QUE DEBEN SOMETERSE LAS COMPAÑIAS EXTRANJERAS CON NEGOCIOS ESTABLECIDOS O POR ESTABLECERSE EN COLOMBIA.—SU LEGALIZACION. LEYES QUE RESPECTO DE SOCIEDADES ANONIMAS HAN REGIDO EN LA REPUBLICA.—DECRETO NUMERO 2 DE 1906.

1.—Las compañías domiciliadas en el exterior con negocios permanentes establecidos o por establecer en Colombia, podrían hallarse en relación con el decreto legislativo número 2 de 1906 en alguna de estas situaciones: o los iban a establecer y entonces el decreto las comprendía claramente y tenían para llenar sus exigencias los seis meses de que él habla en el inciso 1º de su artículo 1º; o los tenían ya establecidos, y en este caso podía suceder que ya estuviesen legalizadas por haberse ajustado a las exigencias de las leyes anteriores al decreto, o que ningún paso hubieran dado en este sentido, caso en el cual tenían para llenar aquellos requisitos el año fijado por el mismo artículo 1º en su inciso 2º. Como la compañía demandada estableció negocios en territorio colombiano en 1900, su legalización tenía que ajustarse a la ley 42 de 1898 que era la a la sazón vigente. En derecho sería inaceptable que las omisiones de requisitos necesarios en una época dada se juzgasen a la luz de un sistema legal distinto del vigente en ella. Y lo extraño de semejante modo de juzgar cobraría mayor relieve si ese sistema distinto es posterior, si establece requisitos nuevos y sanciones nuevas más graves y si se guarda de abarcar con alcance de retroactividad las omisiones en que antes de él se haya incurrido. 2.—Ni las leyes 62 y 124 de 1888, ni la 42 de 1898 establecieron la nulidad de los contratos celebrados por compañías que faltasen a los requisitos necesarios según aquellas para que éstas se constituyesen o funcionasen en Colombia, pues la más severa de ellas, que es la 62, castiga la falta con la declaración de inexistencia de la compañía infractora. Se ve cuán aberrante sería que, habiéndose la compañía demandada acogido a estas leyes, que era lo que precisamente tenía que hacer y lo único que era dado exigirle, se le desconociera la situación legal en que se colocó y se la reputase bajo las exigencias y consiguientemente bajo las sanciones del decreto de 1906.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, dos de junio de mil novecientos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Ricardo Hinestrosa Daza)

Willy Schuttmann por medio de apoderado, como liquidador de Gerdts, Stubbs & Co., demandó a la United Fruit Company en vía ordinaria, por medio de libelo que, tal como en definitiva quedó formulado, se notificó el 6 de febrero de 1934, a fin de que se declare la nulidad de la compraventa celebrada entre esas dos compañías y se hagan las consiguientes condenaciones sobre restitución y pago de frutos.

Esa compraventa es la que se solemnizó por medio de la escritura pública otorgada ante el Notario 1º del Circuito de Santa Marta con el número 312, el 10 de julio de 1912, según la cual la sociedad hoy demandante transfirió aquel título a la sociedad hoy demandada, por precio total de $ 85.000, dólares, pagados al contado en oro americano, los varios bienes inmuebles ubicados en territorio que an-

tes correspondía al Municipio de Pueblo Viejo y que hoy corresponden al de Aracataca, a saber: a) la finca bananera llamada Bremen y Pepilla; b) un potrero de pasto sativo llamado El Recreo; c) el potrero Ojo de Agua, también de tales pastos; d) un solar en la cabecera de aquel Distrito y el botadero que por ese solar pasa; e) la mitad proindiviso de El Paraíso, también de pastos; f) una casa con su solar en dicha población de Aracataca; g) los derechos como cultivador en favor de la sociedad vendedora en la tierra nombrada La Vega; y h) el potrero de pastos denominado La Floresta. Cada una de estas fincas tiene su alinderación en aquel instrumento.

Iniciado y adelantado el pleito en el Juzgado 2º de aquel Circuito (Santa Marta), se decidió por el que vino a ser Juzgado Unico del mismo en lo Civil en sentencia de 16 de agosto de 1938 que declaró probadas las excepciones perentorias de ilegitimidad de la personería sustantiva del demandante y carencia de acción y absolvió a la compañía demandada de todos los cargos de la demanda.

Apelado ese fallo por la demandante, cursó la segunda instancia en el Tribunal Superior de ese Distrito Judicial, quien la cerró con su sentencia de 23 de octubre de 1940 que, revocando la del Juzgado, decretó todas las súplicas de la demanda, esto es: declaró la nulidad de la compraventa, reconoció al demandante vendedor su dominio sobre los bienes materia de aquélla, ordenó la cancelación de las inscripciones del citado instrumento número 312 de 1912 en los respectivos libros de registro y condenó al demandado a restituír esos bienes al demandante y a pagarle sus frutos desde la fecha del contrato anulado. No hubo condenación en costas.

Ambas partes interpusieron recurso de casación, a cuya decisión se procede por estar tramitado en legal forma.

El recurso del demandante versa sobre condena al pago de frutos, en cuanto el Tribunal no acogió la fijación que aquél sostiene haber quedado satisfactoriamente hecha en la instancia, y se encamina a obtener esa acogida o, al menos y en subsidio, a que se tracen bases para esa fijación ulterior aceptando las que surgen de las pruebas aludidas.

El recurso del demandado se encamina a obtener su absolución mediante la infirmación del decreto de nulidad.

Como es obvio, sólo quedando en pie esta declaración y sus aludidas condenas consecuenciales, tendrá procedencia y cabida el recurso del demandante, cuyo estudio mismo carecerá de objeto en el evento de que el del demandado prospere, siendo así que, como ya se dijo, versa sobre modalidades atañederas a la prestación de frutos y, por tanto, si ésta no se mantiene en pie, no hay lugar a discutirlas.

Debe advertirse desde luego que la nulidad sostenida por el demandante y declarada por el Tribunal no se deriva de falta o vicio en alguno de los elementos que configuran el contrato de compraventa o de los que lo solemnizan cuando se trata de inmuebles, sino exclusivamente se la hallan en la circunstancia de que a la fecha de su celebración la compañía compradora no había llenado aún los requisitos exigidos por el decreto legislativo número 2 de 1906 para que pudiera negociar en Colombia, por lo cual se ha aplicado ese decreto en su artículo 6º, que dice: "Son nulos los actos que se ejecuten o contratos que se celebren sin la observancia de las formalidades prescritas en este decreto".

Esta es la clave de la sentencia recurrida. Entró en el problema de fondo porque no halló probadas las excepciones que al juez, acogiéndolas, se lo impidieron y que fueron, como ya se dijo, la de carencia de acción e ilegitimidad de personería sustantiva del demandante. Esta, por defectos en la constitución, prórrogas y reformas de la sociedad Gerdts, Stubbs & Compañía y, además, por no poderse incluír un pleito como el presente en las labores que la ley asigna al liquidador; y aquélla, porque esta compañía procedió a la compraventa debiendo

saber el vicio que la invalidaba según su demanda de ahora, lo que le vedaría demandar la nulidad, según el artículo 15 de la ley 95 de 1890, vigente para la época del contrato y de la demanda.

El Tribunal, no sin expresar duda sobre la aplicabilidad de esta disposición estando vigente hoy la ley 50 de 1936, opina que la compañía demandante no estaba obligada a saber que la demandada no había cumplido los aludidos requisitos y que este incumplimiento no tiene por qué afectarla; y en cuanto a personería, después de analizar los aludidos reparos, formula como concluyente la reflexión de que la compañía demandante ha de entenderse en este proceso como en estado de liquidación y que las gestiones que lo informan por parte del liquidador no son ajenas al desempeño de este cargo.

Queda resumida en lo esencial, o al menos claramente esbozada, la sentencia materia del recurso.

En la forma más espaciosa y detenida los abogados de las partes contemplaron desde múltiples puntos de vista innúmeros problemas de los relacionados directa e indirectamente con el que constituye el meollo del litigio, y si así procedieron en las instancias, del propio modo con notable erudición lo han hecho en la Corte tanto en sus alegatos escritos cuanto en sus elocuentes exposición orales en la audiencia pública.

Así, han contendido sobre la constitucionalidad del citado decreto de 1906 por no contener medidas encaminadas a los fines que la Constitución señala para los decretos legislativos al conceder la facultad de dictarlos, y también sobre si su vigencia, aun respondida favorablemente aquella cuestión, hubo de cesar con la perturbación del orden público o pudo continuar más allá.

Se ha traído a colación la sentencia de le Corte Suprema que se abstuvo de declararlo inexequible y sosteniéndose que no hizo tránsito a cosa juzgada porque, no rigiendo aún cuando ella se pronunció la ley 96 de 1936, la Corte no pudo considerarlo sino desde el punto de vista único presentado en la acusación de entonces.

Se ha discutido sobre si en rigor jurídico cabe derivar nulidad de los contratos de una compañía por el hecho de que, si ella tiene su domicilio en país extranjero, no haya llenado las exigencias de nuestras leyes para incorporarse en Colombia; y se ha discutido así mismo sobre, caso de haber tal nulidad, cuál es la clase de ésta. El demandante sostiene que es absoluta porque determina incapacidad de esta índole, y el Tribunal llega a igual conclusión, no en el concepto de incapacidad, sino por razones de interés público relacionadas consiguientemente con la licitud del objeto, en cuanto son de ese orden las disposiciones sobre legalización de tales compañías. El demandado opina que sería relativa tal nulidad, por mirar esos requisitos a la calidad o estado de una de las partes, y niega la referida tesis de incapacidad recordando que la absoluta es exclusivamente, en nuestro derecho, la del sordomudo que no puede entender ni darse a entender por escrito, la del demente y la del impúber.

Alega también que, si hubiese nulidad absoluta, no la podría invocar el demandante por prohibírselo el citado artículo 15 de la ley 95 de 1890.

La excepción de prescripción la sostiene, no sólo considerando relativa la posible nulidad, a que corresponde rescisión con su respectivo cuadrienio, duplicado en su caso, sino también tomándola como absoluta, y para esto último se detiene a distinguir entre la nulidad como acción y la nulidad como excepción.

Sobre estos tópicos y otros de tan grave predicamento, como, por ejemplo, la separación de Panamá y situación de ese Departamento desde antes de ella hasta que fue reconocida, disertan profusamente los sucesivos abogados de las partes en instancias y casación. Concretando a ésta y para precisar mejor el recurso, se trascribe en seguida, aprovechando la claridad de su condensación, el resumen que

de su demanda formula el abogado de la compañía demandada, en su capítulo final que llama índice de las acusaciones. Dice:

"I. Indebida aplicación del artículo 6º del decreto 2 de 1906, porque ese artículo es inconstitucional, y porque aun suponiéndole exequible, su vigencia fue transitoria y expiró desde antes de celebrarse el contrato a que se refiere este pleito".

"II. Errónea interpretación en diversos sentidos e indebida aplicación del artículo 6º del decreto número 2 de 1906, suponiéndolo constitucional en principio, violación por errónea interpretación de la ley 42 de 1898 y de los artículos 469 y 470 del Código de Comercio y falta de aplicación del artículo 479, ibídem, por haberse incorporado en Colombia la United Fruit Company desde el año de 1900".

"III. Indebida interpretación y aplicación del artículo 1504 del C. C. por considerar el Tribunal que la United Fruit Company era persona absolutamente incapaz".

"IV. Violación, por errónea interpretación, del artículo 2º de la ley 42 de 1898, y violación de la ley 124 de 1888 por no haberse aplicado siendo el caso de hacerlo".

"V. Errónea interpretación e indebida aplicación de los artículos 6, 1519, 1523, 1740 y 1741 del C. C. y falta de aplicación de los artículos 1743, 1750, 1752 y 1754 del mismo, por haber estimado el Tribunal que se trataba de una nulidad absoluta, siendo evidente que, de existir el vicio, éste no implicaría sino una nulidad relativa".

"VI. Violación de los artículos 40 y 44 de la ley 153 de 1887 y 2º de la ley 50 de 1936 por errada interpretación e indebida aplicación de tales artículos, y de los artículos 1752 y 1754 del Código Civil, por no haberlos aplicado".

"VII. Violación del artículo 15 de la ley 95 de 1890, por haber admitido la acción de nulidad a quien intervino en el contrato, debiendo saber el vicio que le invalidaba, en el supuesto de que tales nulidad y vicio existieran".

"VIII. Nueva violación del artículo 15 de la ley 95 de 1890, por admitir el Tribunal una acción de nulidad de un contrato contra una Compañía que en concepto del mismo Tribunal no existía cuando se celebró ese contrato".

"IX. Nueva violación del artículo 15 de la ley 95 de 1890, por indebida aplicación, y violación del artículo 2356 del Código Civil, por falta de aplicación, porque la acción de nulidad absoluta prescribe en 20 años aunque la excepción perdure por 30".

"X. Violación de los artículos 535 a 538 del Código de Comercio por indebida interpretación y mala aplicación al caso del pleito, porque el liquidador Schuttmann carece de personería para intentar la acción propuesta".

"XI. Nueva violación de los artículos 15 de la ley 95 de 1890 y 2º del Decreto número 2 de 1906, por ser manifiesto el abuso del derecho al intentar la acción propuesta, en el supuesto de que en principio existiera".

"XII. Violación de los artículos 768 y 964 del Código Civil, por errónea aplicación del inciso final del primero y de los dos primeros incisos del segundo, en cuanto el Tribunal consideró a la Compañía demandada como poseedora de mala fe y la condenó a las consiguientes prestaciones.

Se considera:

De acuerdo con los artículos 537 y 538 del C. J., la Corte debe examinar en orden lógico las causales aducidas, y si encuentra fundada algunas de ellas, "no considera las restantes, infirma el fallo acusado y dicta en su lugar la resolución que corresponda". Procediendo así en el presente caso, se halla justificado uno de los cargos antedichos y, por ende, a él se concreta el estudio con el resultado esta-

blecido en la disposición que acaba de transcribirse.

Como atrás se dijo, el Tribunal conceptúa que la compañía demandada debía llenar las exigencias del citado decreto de 1906 y que, no habiéndolas llenado aún cuando celebró la compraventa materia del presente juicio, por obligada aplicación de ese decreto en su artículo 6º, ese contrato debe declararse nulo. El razonamiento es lógico, pues de aquella premisa se desprendía forzosamente esta consecuencia. Del propio modo y también con rigurosa lógica, en no compartir aquel concepto inicial se halla la negativa de tal declaración. La clave está en si la compañía compradora quedó cobijada o no por el decreto y si, por tanto, para el 10 de julio de 1912 habían o no de considerarse nulos sus contratos al relacionarlos con el citado y trascrito art. 6º del decreto de 1906.

Las compañías domiciliadas en el exterior con negocios permanentes establecidos o por establecer en Colombia, podían hallarse en relación con ese decreto cuando entró a regir en alguna de estas situaciones: o los iban a establecer y entonces el decreto las comprendía claramente y tenían para llenar sus exigencias los seis meses de que él habla en el inciso 1º de su artículo 1º; o los tenían ya establecidos, y en este caso podía suceder que ya estuviesen legalizadas por haberse ajustado a las exigencias de las leyes anteriores al decreto, o que ningún paso hubieran dado en este sentido, caso en el cual tenían para llenar aquellos requisitos el año fijado por el mismo artículo 1º en su inciso 2º.

Ahora bien, entre las que, acogiéndose a las aludidas leyes anteriores, tenían adelantado el cumplimiento de las mismas, podía haber algunas que no lo hubiesen satisfecho plenamente, y respecto de ellas es de reconocerse que, no por la circunstancia de no estar completo el ciclo o elenco de trámites dejaron de adquirir una situación legal que impide reputarlas bajo las exigencias y sanciones de un decreto que incuestionablemente se concreta a las que para cuando se expidió nada habían hecho a fin de incorporarse o legalizarse en nuestro país y que no prescribe ni sugiere nada que le dé efecto retroactivo, como era lo natural.

Mientras rigieron las disposiciones primitivas del Código de Comercio (artículos 553 y ss.), el funcionamiento de las sociedades anónimas era del resorte del Ejecutivo, cuya autorización se pronunciaba con la atención puesta ante todo en la licitud del objeto y en la garantía de terceros y de accionistas desde el punto de vista del pago efectivo y del manejo del haber social. Esa autorización se publicaba.

En el año de 1888 se dictaron tres leyes sobre sociedades anónimas, las dos primeras por el Consejo Nacional Legislativo y la última por el Congreso, así: la 27, la 62 y la 124, sancionadas respectivamente el 11 de febrero, el 25 de mayo y el 26 de noviembre.

La 27 atribuye al Gobierno para las referidas formalidades el ejercicio del derecho de inspección y lo define. Lo más interesante de esta ley en problemas como el del presente juicio es la derogación de los artículos 553 a 556 del C. Co.

La 62 ordenó a "las sociedades anónimas domiciliadas fuera del país que tengan por objeto empresas de carácter permanente en el territorio de la República" que protocolizaran su fundación y estatutos y obtuviesen la autorización del Ejecutivo, y estableció como sanción para las que no cumplieran tales prescripciones en el término de seis meses, que se estimarían disueltas. Incidentalmente se advierte que esta ley exigió a tales compañías tener un representante debidamente facultado en el lugar de asiento de sus negocios en Colombia y atribuyó al Ejecutivo la potestad de nombrarles representante con calidad de gerente a las que no lo hicieran.

La 124 exigió como formalidad única la citada protocolización en el término de un semestre elevado a un año para las

sociedades ya establecidas. Refiriéndose en singular a las constituídas mientras rigieron los citados artículos del C. Co. y que no alcanzaron a ser reconocidas oficialmente antes de la Ley 27 que los derogó, estableció que quedarían legalizadas por la declaración expresa del Presidente de la República y agregó que cumplirían el artículo 470 de ese Código ocurriendo al Juzgado respectivo con esa declaración.

En 1898 se dictó la ley 42 que en lo pertinente se resume así:

En su artículo 1º redacta en nueva forma los artículos 552 y 582 de ese Código.

En su artículo 2º somete las sociedades anónimas a las exigencias de los arts. 469 a 472 y 480 del mismo y agrega advertencias acerca de ciertas indicaciones del extracto social. Su segunda parte reza: "Las sociedades anónimas de que trata el artículo 1º de la ley 124 de 1888 tienen el deber de cumplir lo dispuesto en los artículos 269 y 470 del Código de Comercio, en cuanto las designaciones de que trata el artículo 467 aparezcan en el documento de fundación y de los estatutos que deben protocolizar".

Aunque lo dicho cita lo pertinente al caso del pleito, se completa la rememoración de esa ley 42 anotando que su art. 3º versa sobre la representación de esas sociedades para decir que se ejerce por quien en la Secretaría del Juzgado aparezca como gerente, y sus suplentes, y ordenar la publicación tres veces al menos en el periódico oficial del respectivo Departamento de las actas que han debido registrarse en esa oficina.

Como la compañía aquí demandada estableció negocios en territorio colombiano en 1900, su legalización tenía que ajustarse a esta ley 42 que era a la sazón vigente. De ahí que protocolara en la Notaría del Circuito de Bocas del Toro del Departamento de Panamá sus estatutos y reglamentos por escritura número 93 de 3 de julio de ese año.

Este hecho, que es decisivo como ya se ha insinuado y adelante más claramente se verá, es reconocido y detenidamente estudiado por el Tribunal, quien le niega alcance por no haberse complementado con la inscripción del extracto de esa escritura en el Juzgado y la publicación correspondiente.

Reclama además por no aparecer tampoco que el Gobierno hubiera declarado cumplidos por la compañía los requisitos exigidos por las leyes vigentes, lo que, de paso sea dicho, sugiere que el Tribunal da por vigente para 1900 lo exigido sobre autorización oficial en su época por el Código y por las citadas leyes 27 y 62 de 1888, a pesar de la clara reglamentación, con prescindencia de tal exigencia, que vino a hacer la ley 124, en lo cual nada innovó, así fuese para restaurar esa exigencia, la ley 42 de 1898 que era, repítese, la vigente cuando la compañía estableció negocios en Colombia e inició su legalización aquí.

No vale argüir que ésta se ajustó en 1912 al decreto de 1906 hasta llegar a la declaración oficial de cumplimiento el 9 de octubre de ese año, porque aun dando por sentado que ello constituyese judicialmente plena prueba de que la compañía se creyó en esa situación, es decir, bajo el decreto y que, por ende, creyó que él la cobijaba desde que se dictó, ello es que tal o cual opinión o creencia de los particulares no puede ser base ni guía del sentenciador en la interpretación y aplicación de las leyes.

Como desde su día se ha observado, es visible este contraste entre la ley 62 de 1888 y las posteriores ya citadas: si aquélla llegó al extremo de estimar disueltas las sociedades que no llenaran ciertos requisitos en cierto plazo, por su lado esotras leyes se guardaron de llegar a tanto y hasta se abstuvieron de establecer determinadamente pena alguna.

Esto ha conducido a conceptuar en lo atañedero a sanciones que, preceptuando estas otras leyes que las sociedades como la de que aquí se trata han de observar lo exigido en el Código de Comercio en sus artículos 469 y 470, la falta en que llegaran a incurrir en relación con estas disposiciones había de tener como conse-

cuencia la que precisamente para ello establece el artículo 472 de ese Código, según el cual la omisión de la escritura social o de cualquiera de esas solemnidades, "produce nulidad absoluta entre los socios", concepto corroborado por el art. 479, según el cual "El tercero que contratare con una sociedad que no ha sido legalmente constituída, no puede sustraerse por esta razón al cumplimiento de sus obligaciones".

Esas solemnidades consisten en el registro en la Secretaría del Juzgado de un extracto de la escritura social contentivo de las indicaciones de ésta señaladas en el artículo 469, en relación con el 467, y en la publicación del mismo en la forma reglamentada en el artículo 470.

Esta era la situación legal de esas sociedades en relación con tales tópicos para cuando la hoy demandada estableció negocios en Colombia; de suerte que, juzgando esa situación a la luz de la legislación coetánea, como jurídicamente no puede menos de hacerse (**tempus regit actum**), si aquélla dejó de complementar la protocolización no registrando ni publicando el extracto, las consecuencias serían las que conforme a esa legislación coetánea acaba de verse que corresponden a tales omisiones; pero en manera alguna las que más tarde establecieran otras disposiciones de la autoridad, las que se guardaron de atribuírse efecto retroactivo.

En derecho sería inaceptable que las omisiones de requisitos necesarios en una época dada se juzgasen a la luz de un sistema legal distinto del vigente en ella. Y lo extraño de semejante modo de juzgar cobraría mayor relieve si ese sistema distinto es posterior, si establece requisitos nuevos y sanciones nuevas más graves y si se guarda de abarcar con alcance de retroactividad las omisiones en que antes de él se haya incurrido.

Ni las leyes 62 y 124 de 1888, ni la 42 de 1898 establecieron la nulidad de los contratos celebrados por compañías que faltasen a los requisitos necesarios según aquéllas para que éstas se constituyesen o funcionasen en Colombia, pues la más severa de ellas, que es la 62, castiga la falta con la declaración de inexistencia de la compañía infractora; y el decreto legislativo número 2 de 1906, sin limitarse a algo relativo a la compañía misma, se extiende a sus actos y contratos para declararlos nulos si se ejecutaron o celebraron sin el lleno oportuno de las formalidades en él prescritas. Y desde seis años antes del decreto la compañía aquí demandada había establecido negocios en Colombia y provisto a la protocolización procedente según las leyes anteriores citadas.

Por donde se ve cuán aberrante sería que, habiéndose ella acogido a esas leyes, que era lo que precisamente tenía que hacer y lo único que era dado exigirle, se le desconociera la situación legal en que se colocó con dar ese paso y, pasándolo por alto, es decir, olvidando la protocolización en escritura pública registrada, se la reputase bajo las exigencias y consiguientemente bajo las sanciones del decreto de 1906.

Claro es que no se aplaude la falta del registro y publicación del extracto de la escritura social y que no es indiferente el lleno o la omisión de estas formalidades. Simplemente, concretando el pensamiento, como es de rigor, a lo que es materia de la controversia y ha de serlo, por ende, del fallo, se encuentra que las consecuencias de esa falta no pueden ser para este caso las del decreto de 1906. Y esta mera consideración bastaría.

Si la nulidad demandada la pronunció el Tribunal en fuerza del artículo 6º del decreto legislativo número 2 de 1906, y éste no es aplicable a la compañía demandada; si ningún vicio en el contrato mismo de compraventa ni nada distinto de la falta del registro y publicación del extracto de la escritura social se ha demostrado ni invocado siquiera contra ese contrato; si, por otra parte, la nulidad establecida en el artículo 472 del C. Co. por virtud de esa omisión es entre los socios y si el artículo 479 del mismo dispone respecto de terceros lo que ya se

vio, salta a la vista lo justificado del cargo de violación de todas estas disposiciones y de los artículos 1740 y 1741 del C. Civil.

Este es el motivo a que atrás se aludió que, bastando para infirmar la sentencia recurrida, determina este efecto sin lugar a estudiar los cargos restantes.

Lo dicho hasta aquí con ocasión del recurso adelanta la motivación del fallo de instancia que ha de reemplazar el recurrido. Se la completa con estas breves consideraciones:

La personería del demandante no falta en este caso porque, comprobado el cargo de liquidador con que obra y no habiéndose demostrado que la liquidación ya terminara, no puede rechazarse la demanda como ajena a las funciones de ese cargo, puesto que se encamina a recuperar para la sociedad en liquidación los bienes vendidos por ella que volverían a su patrimonio si la venta se anulase. Se observa que al reputar extraño a ese cargo un pleito de la clase del presente, se dejaría sin posibilidad de ejercerla toda acción de nulidad, así fuese la más procedente y justificada.

De otro lado, aun en el concepto de adolecer la constitución y las prórrogas y reformas de la compañía demandante de los defectos que le anota la demandada con las consecuencias que a tal vicio ésta asigna en vista de las pertinentes disposiciones de la ley, se tendría al menos una sociedad de hecho, y en este extremo la liquidación no es sólo procedente, sino obligada, al tenor del artículo 475 del C. Co.

Cuanto a la acción incoada, pleitos hay en que ella no existe y otros en que, existiendo, no asiste a quien la ejercita. Para la falta de éxito tanto da prácticamente lo uno como lo otro; pero en lógica no se puede descuidar la diferencia. En el presente caso lo que sucede no es que el demandante carezca de una acción existente, sino que no la hay.

Así, pues, no es el caso de declarar probadas las excepciones de carencia de acción en el demandante y de ilegitimidad de su personería para llegar a la absolución en fuerza de ellas, sino el de negar lo pedido por no adolecer la compraventa en cuestión de la nulidad que el demandante le atribuye y para cuya declaración instauró este litigio contra la compañía compradora.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, casa la sentencia recurrida, cual es la pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta el veintitrés de octubre de mil novecientos cuarenta, y absuelve a la compañía demandada por no haber lugar a hacer las declaraciones y condenaciones pedidas en el libelo de demanda.

Queda así reformada la sentencia del Juzgado del Circuito de Santa Marta dictada el seis de agosto de mil novecientos treinta y ocho.

No se hace condenación en costas en las instancias ni en el recurso.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

José Miguel Arango — Isaías Cepeda. Liborio Escallón — Ricardo Hinestrosa Daza—Fulgencio Lequerica Vélez—Hernán Salamanca—Pedro León Rincón, Secretario en propiedad.

ACCION DE NULIDAD DE UN TESTAMENTO

1.—La ley, la jurisprudencia y la doctrina se inclinan cada día más a salvar la voluntad del testador, para que ésta prevalezca sobre los ataques sobrevinientes por herederos que se crean defraudados en sus aspiraciones, en virtud del testamento de su causante.—2.—La capacidad y el estado sano mental del testador se presumen y lo amparan, de modo que es sólo cuando esa presunción se destruye plenamente, cuando su voluntad expresada en el acto testamentario no tiene eficacia legal. Para destruírla no basta simplemente la duda en el juzgador ni puede éste tampoco basarse al respecto en pruebas deficientes, sino que por lo mismo que es tan grave y trascendental e irreparable, no darle prevalencia a la voluntad de un testador, que no puede defenderla, es preciso que la prueba se destaque y brille con absoluta nitidez y precisión para que pueda anularse el efecto de lo consignado en el testamento. Además de la presunción sobre capacidad y estado sano mental del testador existe otra de carácter general y es la de que siendo los Notarios depositarios de la fe pública, sus declaraciones propias llevan una presunción de veracidad que no puede destruírse sino en virtud de factores probatorios que plenamente eliminen aquélla. Cuando el Notario declara que el testador se halla en su entero y cabal juicio y en el pleno uso de sus facultades mentales, esa aseveración rige y prima, mientras no sea desvirtuada. Esa misma presunción de veracidad que ampara al Notario y que es garantía y base de seguridad para todos refluye sobre las declaraciones del testador o de los comparecientes a un acto notarial, respecto de la libertad y espontaneidad, en el primer caso de la disposición de los bienes, en el segundo de las declaraciones contractuales, que constan en la escritura pública respectiva. Por eso también esa presunción al respecto no puede destruírse sino en la forma ya indicada. 3.—La disposición del artículo 1118 del C. C. está encaminada no sólo a evitar influencias sobre la voluntad del testador, sino a asegurar la exactitud y espontaneidad de sus declaraciones testamentarias. Para que este artículo tenga operancia es preciso que la asignación testamentaria dependa únicamente de la respuesta afirmativa o de la señal de la misma naturaleza que haya dado o hecho el testador, o sea, es necesario que su voluntad al respecto aparezca movida por alguna persona. Mas cuando escrito el testamento y preguntado el testador por el Notario si el testamento está corriente, responde aquél que sí lo está, no tiene ni puede tener incidencia el precitado artículo 1118, por cuanto entonces lo que hace el testador es ratificar o dar su asentimiento a lo que anteriormente escribió, o mandó escribir. En esto sucede exactamente lo mismo que en todo acto pasado ante un Notario, en que una vez leída la escritura que ha sido tomada de la minuta llevada por los interesados o de lo que éstos han dictado directamente a los empleados o al Notario, pregunta éste a las partes si está corriente. Es claro que no se podrá sostener que en esos casos es la voluntad del Notario la que ha influído o la de que se ha escrito. En la jurisprudencia tanto chilena como colombiana, referente a los artículos 1060 y 1118 de los respectivos códigos civiles se ha delimitado el alcance de esos artículos en el sentido de considerar que la respuesta a una pregunta del Notario, dada por el testador, sobre una signación o sobre el nombramiento de albacea, no vicia la disposición o designación si por

otra parte una u otra son espontáneas del testador. Resulta entonces que cuando se demuestra que el testador ha escrito u ordenado escribir, o dictado su testamento, no puede tener aplicación el artículo 1118 del C. C., por más que el Notario, al tiempo de la firma del acto pregunte al testador después de leérselo, si está bien lo escrito y éste conteste con un sí o con una señal afirmativa.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Civil—Bogotá, junio dos de mil novecientos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Liborio Escallón).

La señora Domitila Ramírez hallándose enferma otorgó testamento nuncupativo el 17 de noviembre de 1937 ante el Notario del Santuario, señor Jesús M. Salazar G. Habiendo hecho constar que no tenía legitimarios de ninguna especie, dispuso de la mayor parte de sus bienes para obras pías y de beneficencia e hizo dos legados en dinero a sus hermanos Policarpo y Jesús Ramírez. Nombró como su albacea al señor Julio Gómez R. El mismo día en que otorgó el testamento falleció.

El 17 de diciembre de dicho año, 1937, José María, Emiliana, Clara Rosa y Eusebio Ramírez, los tres primeros invocando su carácter de hermanos de la testadora, y el último el de sobrino de ésta, y por derecho de representación, demandaron la nulidad del testamento fundados en que no fue otorgado de viva voz por la testadora y que ésta, aunque lo pareciera, no podía estar en completo y cabal uso de sus facultades mentales cuando lo otorgó, por hallarse en estado preagónico. Además alegaron el hecho de haber sido firmado el testamento por Feliciano Ramírez a ruego de la otorgante, quien en concepto de los actores estaba inhabilitado para esa actuación por ser "llamado a heredarla por derecho de representación".

El 27 de julio de 1938 el Juez del Circuito de Marinilla pronunció el fallo correspondiente en el cual negó las declaraciones de la demanda y absolvió a los demandados Julio Gómez R., Jesús y Policarpo Ramírez y Juan N. Aristizábal, de los cargos de la demanda.

Apelada la sentencia, el Tribunal Superior de Medellín, en fallo de 27 de febrero del año próximo pasado, la revocó y en su lugar decretó la nulidad impetrada y resolvió que la sucesión de Domitila Ramírez R. debe adelantarse conforme a los trámites de la sucesión intestada y que son llamados a sucederle sus colaterales legítimos, de acuerdo con las reglas establecidas por la ley.

El apoderado de la parte demandada interpuso recurso de casación, el que pasa hoy a decidirse.

El Tribunal previo análisis de las pruebas que existen en el proceso, concluye que la señorita Ramírez hallándose gravísima otorgó testamento, indicó sus disposiciones testamentarias al Notario o al Presbítero doctor Gómez, y éste se las transmitió al Notario quien extendió el testamento y una vez escrito fue leído por aquél en presencia de la señorita testadora y de los testigos citados, preguntándole el Notario a dicha señorita si estaba bien, a lo cual ella respondió que sí. Dice además el Tribunal: "El esfuerzo principal de la parte actora se ha dirigido a demostrar que la testadora no se hallaba en esos momentos en el completo uso de sus facultades mentales y que por consiguiente aquél acto testamentario es nulo, al tenor de las disposiciones contenidas en los Arts. 1073 y siguientes del Código Civil; pero estima el Tribunal que a ese respecto la prueba es deficiente, porque es dudoso si en aquéllos graves momentos que antecedieron a la muerte de la testadora, se hallaba ésta en uso de su razón o no, y algunos declarantes dan a entender que conservó su conocimiento y entendimiento hasta sus últimos momentos. Además, de acuerdo con los expositores de medicina y psiquiatría, en

muchas ocasiones los moribundos conservan el pleno dominio de sus facultades mentales casi hasta el momento de expirar".

Mas después de haberse pronunciado el Tribunal por la deficiencia de las pruebas, según acaba de verse, y de estar muy lejos de afirmar que la testadora no estaba en uso de sus facultades mentales cuando otorgó el testamento, dice así: "Pero es de observarse que nuestro Código Civil, a diferencia del Francés, expresa en el artículo 1118 'No vale disposición alguna testamentaria que el testador no haya dado a conocer de otro modo que por sí o nó, o por una señal de afirmación o negación, contestando a una pregunta". Si se tiene en cuenta que, según el artículo 1072 de la misma obra lo que constituye esencialmente el testamento abierto es el acto en que el testador hace sabedor de sus disposiciones al Notario, si lo hubiere, y a los testigos y que en el presente caso, la señorita Ramírez no hizo conocer sus disposiciones a los testigos instrumentales, antes de escribirse el testamento, y que luégo de escrito y al leerse ante ella y los testigos y preguntársele si había quedado bien, sólo contestó que sí, es consecuencia que adolece de nulidad."

Lo anterior es el fundamento de la sentencia.

Entre los varios cargos que hace el recurrente al fallo del Tribunal de Medellín, existe el siguiente: Violación del artículo 1118 del Civil, por aplicación indebida y de los artículos 1072 y 1074 de la misma obra, por no haberlos tenido en cuenta, por cuanto estimó que no se habían cumplido los requisitos fijados en esas normas, lo cual provino de error evidente en la apreciación de los testimonios y en la interpretación de la demanda. Esto último lo funda además en dos argumentos: a) en el libelo no se adujo como hecho el de que la testadora diese a conocer sus disposiciones testamentarias contestando sí o nó, sino que el hecho aducido es el de que para el otorgamiento del testamento apenas lograba hacer señas de aprobación o improbación, hecho alegado pero desvirtuado en los autos; y b) el fallador no tuvo en cuenta lo que aparece en el mismo testamento, es decir, no le prestó fe a lo aseverado por el Notario y los testigos.

Entra la Corte a estudiar este cargo, previas las consideraciones que pasan a expresarse:

1º La ley, la jurisprudencia y la doctrina se inclinan cada día más a salvar la voluntad del testador, para que ésta prevalezca sobre los ataques sobrevinientes por herederos que se creen defraudados en sus aspiraciones, en virtud del testamento de su causante. En varios fallos, entre otros en los de fecha 8 y 29 de abril de 1942, la Corte se ha referido a este punto, citando la evolución de nuestras normas escritas sobre el particular y la jurisprudencia. Por vía de ilustración, además, se cita en esta sentencia, para corroborar lo que acaba de expresarse, la doctrina de la Corte de Casación Francesa a que se refiere el expositor Josserand, la cual no obstante que la legislación de ese país ordena que el testamento ológrafo sea escrito por el testador, ha decidido que vale su memoria testamentaria, hecha en máquina de escribir, con tal que esté aquélla signada por el testador, por cuanto lo que interesa es la prueba inequívoca de la autenticidad y voluntad del testador, la que se revela generalmente por su firma puesta al pie del instrumento respectivo.

2º La capacidad y el estado sano mental del testador, se presumen y lo amparan, de modo que es sólo cuando esa presunción se destruye plenamente, cuando su voluntad expresada en el acto testamentario no tiene eficacia legal. Y para destruírla no basta simplemente la duda en el juzgador ni puede éste tampoco basarse al respecto en pruebas deficientes, sino que por lo mismo que es tan grave y trascendental e irreparable, no darle prevalencia a la voluntad de un testador, que no puede defenderla, es preciso que la prueba se destaque y brille con absoluta nitidez y precisión, para que pueda

anularse el efecto de lo consignado en el testamento.

3º Lo que constituye esencialmente el testamento abierto, es el acto en que el testador hace sabedor de sus disposiciones al Notario, si lo hubiere, y a los testigos, artículo 1072 del C. Civil; pero no es necesario que el testamento se escriba en el mismo momento en que el testador esté consignando sus disposiciones testamentarias, puesto que esa escritura, esa manifestación de la voluntad del testador, que puede ser anterior, y de ahí que el artículo 1074 ibídem enseñe que el testamento abierto podrá haberse escrito previamente. Lo que interesa para que esa manifestación de voluntad tenga eficacia legal, lo que es necesario es que sea leído en alta voz por el Notario, si lo hubiere, o a falta de Notario, por uno de los testigos designados por el testador a éste efecto y que mientras se lee el testamento, no mientras se escribe, el testador estará a la vista y las personas cuya presencia es necesaria oirán todo el tenor de sus disposiciones (artículo citado). Claro es que como requisito que reafirma la voluntad del testador, y como demostración de la autenticidad del instrumento, éste debe ser firmado por el testador, si supiere y pudiere firmar, por los testigos instrumentales y por el Notario que autoriza el acto.

4º Además de la presunción de que se hizo mérito, existe otra de carácter general y es la que siendo los Notarios depositarios de la fe pública, sus declaraciones propias llevan una presunción de veracidad, que no puede destruírse sino en virtud de factores probatorios que plenamente eliminen aquélla.

5º La ley rodea de garantías al testador, para asegurar su libertad e independencia testamentaria; de ahí entre otras, las prohibiciones establecidas por el artículo 1068 del C. Civil en cuanto consagran la inhabilidad para ser testigos, de ciertas personas que por sus relaciones de familia, interés o ascendiente sobre el testador, pueden influír sobre la voluntad de éste. Por eso, cuando como en el caso de autos, el Notario declara en el acto testamentario, que el testador se halla en su entero juicio y en el pleno uso de sus facultades mentales, esa aseveración rige y prima, mientras no sea desvirtuada en la forma ya dicha. Y esa misma presunción de veracidad que ampara al Notario y que es garantía y base de seguridad para todos, refluye sobre las declaraciones del testador o de los comparecientes a un acto notarial, respecto de la libertad y espontaneidad en el primer caso de la disposición de bienes, en el segundo, de las declaraciones contractuales, que constan en la escritura pública respectiva. Por eso también esa presunción al respecto, no puede destruírse sino en la forma ya indicada.

6º En conformidad con lo anterior se halla el artículo 1118 del C. Civil que preceptúa que no valê disposición alguna testamentaria que el testador no haya dado a conocer de otro modo que por sí o nó, o por una señal de afirmación o negación, contestando a una pregunta. Disposición ésta encaminada no sólo a evitar influencias sobre la voluntad del testador sino a asegurar la exactitud y espontaneidad de sus declaraciones testamentarias. El artículo citado varió el sistema del antiguo Derecho Español que daba validez a la respuesta que le dirigía el Escribano u otra persona no sospechosa si instituía por heredero a tal persona. Debía contestar de viva voz (Ley 2ª Título 3º, Partida 6ª). En el Derecho Romano la respuesta podía ser con la cabeza y se llamaba testar **per nutum**.

Al comentar el artículo 1060 del C. Civil Chileno igual al 1118 del Colombiano, se expresa así el expositor Barros Errázuriz: "Nuestro Código ha innovado en esta materia; quiere que la designación se haga espontáneamente y de propia iniciativa del testador evitando las sugestiones o influencia que pudieran ejercer otras personas. Por eso, anula las disposiciones **que sólo se dan a conocer por las palabras sí o nó** (subraya la Corte), o por señas afirmativas o negativas, contestando a una pregunta". (Autor citado, Tomo

V, página 174, Curso de Derecho Civil).

7º Para que el artículo 1118 tenga operancia, es preciso que la asignación testamentaria dependa únicamente de la respuesta afirmativa o de la señal de la misma naturaleza que haya dado o hecho el testador, o sea, es necesario que su voluntad al respecto aparezca movida por alguna persona. Mas cuando escrito el testamento y preguntado el testador por el Notario, si el testamento está corriente, responde aquél que sí lo está, no tiene ni puede tener incidencia el precitado artículo 1118, por cuanto entonces lo que hace el testador es ratificar o dar su asentimiento, a lo que anteriormente escribió, o mandó escribir. En esto sucede exactamente lo mismo que en todo acto pasado ante un Notario, en que una vez leída la escritura que ha sido tomada de la minuta llevada por los interesados o de lo que éstos han dictado directamente a los empleados o al Notario, pregunta éste a las partes si está corriente. Es claro que no se podrá sostener que en esos casos es la voluntad del Notario la que ha influído o la que se ha escrito.

En la jurisprudencia se ha delimitado el alcance de los artículos 1060 del Código Chileno y 1118 del Colombiano, en el sentido de considerar que la respuesta a una pregunta del Notario, dada por el testador, sobre una asignación o sobre el nombramiento de albacea, no vicia la disposición o designación si por otra parte una u otra son espontáneas del testador. Así lo resolvió la Corte Chilena, en la sentencia que cita sobre el particular el comentador Vélez, y la Corte Colombiana, en sentencia de 9 de diciembre de 1919 (G. J. Tomo XXVII, Nº 358, Jurisprudencia de la Corte Nº 3919 Tomo III), dijo: "No es nula la institución de albacea porque preguntado el testador a quién nombra hubiese contestado que a N. N. indicando su nombre y apellido. Tal institución no es acto de dos personas, pues quien nombra el albacea es el testador y no el tercero que hace la pregunta; ni la disposición testamentaria se da a conocer aquí por un sí o por una señal de afirmación, contestando a una pregunta".

Resulta entonces que cuando se demuestra que el testador ha escrito, u ordenado escribir, o dictado su testamento, no puede tener aplicabilidad el artículo 1118 del C. Civil, por más que el Notario al tiempo de la firma del acto pregunte al testador después de leérselo, si está bien lo escrito y éste conteste con un sí o con una señal afirmativa. Lo que constituye esencialmente el testamento abierto, es oportuno repetirlo, es el acto en que el testador hace sabedor de sus disposiciones al Notario, si lo hubiere, y a los testigos, artículo 1072 del C. Civil, disposición que tuvo la Corte muy en cuenta al sentar la doctrina que acaba de transcribirse.

Sobre las bases anteriores entra a estudiarse el cargo.

El Tribunal después del análisis de varios testimonios, dice ésto: "De los términos en que se expresan los testigos se deduce que el testamento o voluntad de la señorita Ramírez expresada verbalmente ante el Notario y testigos, se verificó dentro de la hora anterior a su muerte... y además que la señorita Ramírez indicó sus disposiciones testamentarias al señor Presbítero Gómez y éste las transmitió al Notario, quien extendió el testamento en el corredor... y también que una vez escrito, fue leído por el dicho Notario en presencia de la señorita testadora y de los testigos atrás citados, a lo cual ella respondió que sí".

Esta conclusión del Tribunal no ha sido atacada ni lo podría ser en el recurso, porque sólo la parte demandada lo interpuso, lo cual quiere decir que es inatacable, de donde resulta que para el fallador de Medellín, el testamento fue escrito previamente por el Notario, según instrucciones de la testadora, comunicadas directamente o por medio del Presbítero doctor Gómez. En esto acertó el fallador por cuanto basta leer las declaraciones de los testigos instrumentales y del Notario. El testamento no lo otorgó, pues, la tes-

tadora respondiendo sí o nó o con señal afirmativa a ninguna pregunta del Notario o de otra persona, sobre tal o cuál disposición, sino que primero hizo conocer su voluntad, después el Notario la consignó por escrito y por último se le leyó a la testadora todo el testamento y ésta expresó que estaba conforme.

Dos conclusiones emanan de lo anterior: a) Que Domitila Ramírez otorgó su testamento en la forma prevenida por el artículo 1072 del C. Civil y que la disposición de sus bienes la hizo espontáneamente y en forma previa al acto de haberse escrito el testamento, lo cual aparece de bulto con sólo leer éste, por cuanto sus disposiciones testamentarias son detalladas, de acuerdo con el modo de ser religioso y antecedentes de la testadora, y sería muy difícil que una tercera persona estuviera en las intimidades de la causante, para hacerle complicadas preguntas a las cuales hubiera respondido afirmativamente, como expresión de su última voluntad. "Para la mejor interpretación de un testamento hay que colocarse en la situación en que estaba el testador, respecto de los hechos y antecedentes, a la fecha en que lo otorgó", dice el comentador Barros Errázuriz, siguiendo al respecto la doctrina general de todos los comentadores, y b) Que el artículo 1118 fue aplicado indebidamente por el Tribunal de Medellín al caso del pleito, por dos conceptos: 1º porque sobre el extremo consagrado por esa norma no se trabó el pleito ni la demanda se refiere a aquél, y 2º porque aun cuando se hubiera trabado sobre el hecho a que se refiere tal artículo, no está demostrado, y el mismo fallador de segunda instancia llega a esa conclusión.

La demanda impetra la nulidad, por cuanto la parte actora sostiene que la testadora no se hallaba en el completo uso de sus facultades en el momento de testar. El Tribunal encontró que el hecho alegado no está acreditado plenamente, que las pruebas que se presentaron al respecto son deficientes y que además de acuerdo con los expositores de medicina y psiquiatría en muchas ocasiones los moribundos conservan el pleno dominio de sus facultades mentales, casi hasta el momento de expirar. Estos conceptos del Tribunal, tampoco, y por lo dicho ya, han sido atacados en casación, y para la Corte está claramente demostrado que la testadora estaba en su entero y cabal juicio cuando testó, aun cuando se hallaba gravemente enferma, para lo cual basta leer las declaraciones de los testigos y del médico Gómez que la asistía.

De esto resulta que la presunción de capacidad que acompañaba a la testadora, que la presunción de veracidad que acompaña al Notario al hacer la declaración de que el testador está en su entero y cabal juicio, quedan en pie y por lo tanto sin comprobación el hecho básico de la demanda. Por lo demás el testamento se otorgó, ya se dijo, de acuerdo con el artículo 1072; su contenido se ciñe a las disposiciones del artículo 1073; escrito previamente se leyó en voz alta, según las ritualidades del artículo 1074; lo firmaron, el Notario, los testigos instrumentales y un tercero, a ruego de la testadora por estar impedida para hacerlo, todo de acuerdo con el artículo 1075.

El cargo que se estudia tiene entonces que prosperar, la Corte llega a la misma conclusión a que llegó el Juez de primer grado en su jurídica y sintética sentencia. Y no es necesario estudiar los demás cargos, según lo previene el artículo 538 del C. Judicial.

La motivación de la sentencia de instancia ha quedado expuesta tanto al sentar las normas generales marcadas con los numerales ya expresados, como al estudiar el cargo que prosperó.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación en lo Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de

la ley, CASA la sentencia recurrida y en su lugar CONFIRMA la de primer grado, dictada por el Juez de Circuito de Marinilla el veintisiete de julio de mil novecientos treinta y ocho.

Sin costas en el recurso.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente al Tribunal de su origen.

José Miguel Arango — Isaías Cepeda. Liborio Escallón — Ricardo Hinestrosa Daza—Fulgencio Lequerica Vélez— Hernán Salamanca—Pedro León Rincón, Secretario en propiedad.

ACCION PARA OBTENER LA DECLARACION DE BIENES VACANTES—POSESION DEL COMUNERO

Ya no se discute, y está aceptada como verdad jurídica, tanto en la práctica de los tribunales como de los juzgados del país, que el comunero de la cosa común la posee en su propio nombre y en el de sus condueños, principio que se desprende rectamente de la genuina interpretación del artículo 2525 del C. C. En efecto, si un comunero ejercita una acción o ejecuta un acto de los que producen interrupción civil o natural de la posesión y esa interrupción aprovecha a todos los comuneros, es porque la ley presume que éstos han sido poseedores y sus derechos de posesión los han ejercitado por sí o por medio de cualquiera de sus condueños, quienes para obtener el beneficio de la interrupción respecto de toda la cosa común debe tenerse como poseedor que fue de toda ella, en nombre de las personas para quienes obtiene el favor de la interrupción. Si el que interrumpe para sí interrumpe para todos, es porque la ley entiende que el que ha poseído para sí ha poseído para todos, pues no se puede interrumpir sin haber poseído. Hay una especie de solaridad entre los comuneros respecto de la posesión y sus efectos. Es verdad incontrovertible en derecho que el comunero posee la cosa común en todas y en cada una de sus partes, para sí y para sus condueños. Si esta doctrina de la Corte es una verdad jurídica, fluye inexorablemente la conclusión de que cualquier comunero que ocupe una porción del terreno procomunal, es poseedor en su propio nombre y en representación de sus condómines, y por consiguiente ha de reputarse dueño mientras otra persona no justifique serlo, y esta presunción aleja y aparta la condición que exige el artículo 706 del C. C. para que pueda estimarse un bien raíz vacante, cual es la de no tener dueño conocido; el poseedor es dueño aparente y conocido, de suerte que en tratándose de comunidades ocupadas materialmente por alguno o algunos de los comuneros no puede decirse que no tengan dueño aparente o conocido, pues que el poseedor lo es.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, junio dos de mil novecientos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor José Miguel Arango).

Antecedentes

En el municipio de Palmira existe un terreno conocido con el nombre de "La Quesera", sobre el cual parece que se estableció una comunidad, en virtud de la venta que en 1746 el señor José Escobar y Lazo hizo a los señores Domingo del Castillo, Lucas Díaz, Pascual e Ignacio de Salas, por la suma de quinientos patacones "de medio legua de tierras de la legua que poseía en el llano del padre Bejarano", según reza la escritura de 12 de agosto de 1746, otorgada en el sitio de Malibá perteneciente entonces al municipio de Cali.

De 1746 para acá no aparece que los referidos compradores hubieran enajenado la media legua de tierra a ninguna otra persona, hasta el año de 1794, en que el señor Miguel Serrano vendió a Antonio

Caicedo, por escritura otorgada en Cali el 28 de enero de ese año, un derecho de trescientos patacones en la media legua de tierra de "La Quesera", derecho que el vendedor adquirió de José Reyes y éste de su padre y "que posee en la media legua junto con otros interesados que allí tienen otros doscientos patacones".

Actualmente cursa ante el correspondiente Juez de Tierras de Cali, el respectivo juicio divisorio para la liquidación y partición de esa comunidad existente en el terreno denominado "La Quesera".

Como la primitiva venta del terreno de "La Quesera" se hiciera por quinientos patacones, y como en 1794 Miguel Serrano vendiera a Antonio Caicedo, en esos mismos terrenos un derecho de trescientos patacones, "quedan sobrando doscientos patacones de derecho en los mismos terrenos de "La Quesera", que hasta la fecha no tienen dueño conocido", concepto éste del señor Personero Municipal de Palmira.

Basado en estos hechos dicho agente estableció demanda ordinaria ante el correspondiente Juez de Circuito de Palmira, para que se hicieran estas declaraciones:

a) Que son bienes vacantes los doscientos patacones de a ocho reales que forman parte de los derechos del terreno indiviso "de Quesera" ubicado dentro de la jurisdicción de este distrito y comprendido dentro de los linderos generales expresados en el hecho primero de esta demanda, por no tener tales derechos dueño aparente o conocido.

b) Que los expresados patacones de a ocho reales, de acuerdo con la declaración anterior y con el contrato que el municipio tiene celebrado con el doctor Vicente Aragón N., se adjudiquen de por mitad al municipio de Palmira y al nombrado doctor Vicente Aragón N., es decir, cien patacones para cada uno, a fin de que como derecho en los terrenos de "Quesera" puedan intervenir como partes los dos adjudicatorios en el juicio de división de dichos terrenos que cursa actualmente en el Juzgado de Tierras de Cali.

c) Que se dé aviso de la admisión de la demanda al señor Juez de Tierras de Cali y al administrador de la comunidad de los mismos terrenos de Queseras, señor Ignacio Madriñán H., quien fue nombrado para tal cargo por el señor Juez de Tierras nombrado.

d) Que la sentencia de adjudicación que Ud. dicte sea registrada en forma legal".

Sentencia

Tramitado el ordinario en forma legal, el juez de Palmira, en sentencia de 2 de diciembre de 1939 decidió:

"1º Declárase que no está demostrada la existencia de los bienes vacantes a que se refiere el presente juicio;

"2º En consecuencia, niéganse todas las peticiones que contiene la parte suplicatoria de la demanda de fecha 3 de marzo de 1938 visible a fojas 14 y 15 del expediente, presentada por el entonces personero de este municipio, doctor Carlos Villamarín Páez;

"3º Levántese el secuestro de que trata el presente juicio.

"4º Declárase que el señor Paulo Emilio Esparza, nombrado secuestre de tales bienes ha cesado en el ejercicio de las funciones de su cargo;

"5º Ofíciese a dicho señor Esparza comunicándole las órdenes contenidas en los dos apartes anteriores; y

"6º No hay lugar a costas".

Apelada esta sentencia por el Personero Municipal, el Tribunal Superior de Cali, en fallo de 16 de noviembre de 1940, resolvió:

"Infírmase la sentencia apelada.

"En su lugar se decide:

"a) Son bienes vacantes los doscientos patacones de a ocho reales que forman parte de los derechos del terreno indiviso de Queseras, ubicado dentro del distrito de Palmira comprendido dentro de los linderos generales expresados en el hecho primero de la demanda, por no tener tales derechos dueño aparente y conocido.

"b) Adjudíquense tales derechos al mu-

nicipio de Palmira, en el departamento del Valle del Cauca.

"c) Regístrese esta sentencia".

El administrador de la comunidad y algunos de los comuneros interpusieron contra la decisión del Tribunal, el correspondiente recurso de casación que les fue concedido y que se ha tramitado en forma legal y que hoy se decide previas estas consideraciones:

El juez de la instancia consideró que no podían existir bienes vacantes en una comunidad de tierras no liquidada por el correspondiente juicio divisorio, y fundó su concepto en que "en una comunidad de tierras cada uno de los comuneros se entiende tener derecho a la totalidad del bien o bienes inmuebles que componen el haber de la comunidad; que el derecho a adjudicaciones de porciones determinadas dentro del bien o bienes inmuebles de una comunidad lo origina la respectiva sentencia de descriminación de título, en la cual se definen las situaciones de ser ciertos y verdaderos los derechos de los interesados que hayan comparecido al juicio; y hasta tanto la sentencia de descriminación se haya dictado no se conocen de modo cierto y real los verdaderos dueños titulares de los derechos primitivos que dan lugar a adjudicaciones en la partición y que mientras exista la comunidad de derechos sobre determinado globo de tierra no hay lugar a considerar que ha habido abandono de los derechos y bienes inmuebles que forma el indiviso, pues, los dueños de derechos se actualizan —como se ha expresado antes— en la sentencia de descriminación y en la cuenta de partición al verificarse las adjudicaciones correspondientes.

El fallador de Cali no compartió las tesis jurídicas del juez de la instancia y así dijo:

"Comunidad puede haberla en el terreno, sin que la haya en los derechos, cosa bien diferente. A menos que haya dos o más adquirentes de un mismo o de unos mismos derechos, pues una cosa son los derechos en sí mismos considerados y otra el terreno en donde están radicados, ya que los derechos pueden provenir de diversos causantes aunque desprendidos de un remoto y único origen. Ahora, se podrá decir que los derechos se confunden con el cuerpo mismo donde radican, con el mismo terreno común. Pero es que ni la posesión de los derechos, ni el terreno donde radican, ha sido demostrada por los opositores".

En casación se hacen valer estos motivos para atacar el fallo: quebrantamiento del artículo 706 del Código Civil que se hace consistir en que para que un bien inmueble se repute vacante es indispensable que ese bien no tenga dueño aparente o conocido y que tratándose de comunidades o terrenos proindivisos, por lo menos es dueño aparente y conocido el administrador o uno de los comuneros radicados en el terreno materia de la indivisión, de donde se concluye que no es de aplicación el artículo dicho a los terrenos indivisos que se poseen comunalmente, quebrantamiento que tuvo por origen el error en que incurrió el Tribunal al apreciar las pruebas del proceso, principalmente las escrituras mencionanas al principio de esta sentencia.

Para fundar estos reparos dice el recurrente:

"No se trata aquí del abandono del derecho en los doscientos patacones considerados como moneda sino del correspondiente a una porción de terreno equivalente a dicha cantidad; la distinción hecha por el Tribunal carece de objeto en el caso debatido, pues tratándose de una cosa que por pertenecer en común a varios, el dominio se extiende a todos y a cada una de sus partes, basta que uno solo de ellos la posea materialmente para que no pueda ni considerarse abandonada, ni mucho menos sin dueño aparente o conocido, ya que quien la ocupa es, precisamente, uno de los dueños de ella, y sólo por la división podrá saberse de que porción o porciones determinadas quedará excluído su dominio en lo sucesivo.

La Corte considera que el recurrente tiene razón en las tachas que le hace al fallo del Tribunal de Cali.

Ya no se discute, y está aceptada como verdad jurídica, tanto en la práctica de los Tribunales como de los Juzgados del país, de que el comunero de la cosa común la posee en su propio nombre y en el de sus condueños, principio que se desprende rectamente de la genuina interpretación del artículo 2525 del Código Civil. En efecto, si un comunero ejercita una acción o ejecuta un acto de los que producen interrupción civil o natural de la posesión y esa interrupción aprovecha a todos los comuneros, es porque la ley presume que éstos han sido poseedores y sus derechos de posesión los han ejercitado por sí o por medio de cualquiera de sus condueños, quien para obtener el beneficio de la interrupción respecto de toda la cosa común debe tenerse como poseedor que fue de toda ella, en nombre de las personas para quienes obtiene el favor de la interrupción. Si el que interrumpe para sí, interrumpe para todos, es porque la ley entiende que el que ha poseído para sí ha poseído para todos, pues no se puede interrumpir sin haber poseído. Hay una especie de solidaridad entre los comuneros respecto de la posesión y sus efectos. Es verdad incontrovertible en derecho que el comunero posee la cosa común en todas y en cada una de sus partes, para sí y para sus condueños.

Si esta doctrina de la Corte es una verdad jurídica, fluye inexorablemente la conclusión de que cualquier comunero que ocupe una porción del terreno procomunal, es poseedor en su propio nombre y en representación de sus condómines, y por consiguiente ha de reputarse dueño mientras otra persona justifique serlo, y esta presunción aleja y aparta la condición que exige el artículo 706 del Código Civil para que pueda estimarse un bien raíz vacante, cual es no tener dueño aparente o conocido, y el poseedor es dueño aparente y es dueño conocido, de suerte que en tratándose de comunidades ocupadas materialmente por alguno o algunos de los comuneros, no puede decirse que no tengan dueño aparente o conocido, puesto que el poseedor lo es. Es indudable que por este aspecto violó el sentenciador el artículo 706 del Código Civil, sin que valga decir que la comunidad puede existir en el terreno mas no en los derechos, porque en este pleito no se trata del abandono del derecho en los doscientos patacones, considerados como moneda, sino el derecho correspondiente a una porción de terreno equivalente a dicha cantidad.

También se incurrió en el fallo en error al apreciar los títulos de los cuales se hace derivar la existencia de la comunidad, porque mientras ésta no esté liquidada y partida, cosa que en la actualidad está haciendo el Juez de Tierras de Cali, no se sabe si los derechos representados por los doscientos patacones estén vinculados a los terrenos de "La Quesera", y si lo están, pertenezcan a conocidos y determinados comuneros cuyos títulos haya podido el Juez concatenar con el que real y verdaderamente indica el origen de esa comunidad, ora porque ella se haya establecido por la escritura de 12 de agosto de 1746 o por la de 28 de enero de 1794, porque no sabiéndose a ciencia cierta cuáles son los comuneros y el derecho que cada uno tiene, se hace imposible venir en conocimiento de cuál fue el derecho abandonado y por quién.

De lo expuesto se concluye que es viable y prospera el correspondiente recurso de casación.

La Corte, como Juez de instancia para fundamentar su fallo, a las razones expuestas en casación, agrega estas de instancia:

Cuando se liquide y parta por el Juez de Tierras de Cali el indiviso "La Quesera", entonces se sabrán quiénes son los comuneros y cuánto monta el derecho de cada uno de ellos. Verificada la partición, entonces sí podrá saberse si alguna porción de "La Quesera" está abandonada y sin dueño aparente o conocido, que es uno de los requisitos que señala la ley para que un bien inmueble adquiera el carácter de vacante. Por esto será conveniente reconocer en el fallo de instancia

la respectiva excepción de petición antes de tiempo o de un modo indebido, adicionando en este sentido la sentencia de primera instancia.

En virtud de las consideraciones expuestas la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley FALLA:

1. Infírmase la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Cali de fecha diez y seis de diciembre de mil novecientos cuarenta.

2. Confírmase la sentencia del Juez de Circuito de Palmira de fecha dos de diciembre de mil novecientos treinta y nueve con la adición de que se reconoce la excepción de petición antes de tiempo.

Sin costas.

Notifíquese, publíquese, cópiese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

José Miguel Arango — Isaías Cepeda. Liborio Escallón — Ricardo Hinestrosa Daza—Fulgencio Lequerica Vélez—Hernán Salamanca—Pedro León Rincón, Secretario.

OPOSICION A LA POSESION DE UNA MINA — QUIEN DEBE ENTENDERSE POR PRIMER DESCUBRIDOR DE UNA MINA — AVISO DE MINAS

1. Es un hecho indudable que por el trámite del juicio ordinario de minas deben seguirse no sólo los que se promuevan directamente con todas las formalidades de un juicio ordinario, sino también aquéllos en que se ventila la posesión y la propiedad y que son originados por las oposiciones, y los litigios sobre mejor derecho a la adjudicación de una mina. Así lo pregonan con toda claridad los artículos 66 y 382 del Código de Minas. En armonía con estas reglas generales de procedimiento es razonable sostener que por el trámite ordinario pueden proponerse y discutirse cuestiones que atañen a la inexistencia de una mina o a la nulidad de un aviso o de un denuncio de minerales, cuestiones litigiosas todas éstas que pueden presentarse entre particulares interesados en la adjudicación minera. Se acepta que todas esas cuestiones, que se relacionan con la posesión ordinaria o regular de una mina, deben dilucidarse en juicio ordinario. — 2. Por primer descubridor de una mina debe entenderse el individuo que primero da el aviso de que trata el artículo 8º del C. de M., mientras conserve su derecho según lo dispuesto en el artículo 118, ibídem. Quien descubre una mina, como primera diligencia administrativa debe cumplir la de dar noticia de ello al Alcalde del Municipio dentro del cual se halla ubicada y la fecha de tal acto es la del descubrimiento (artículos 8 a 12 del C. de M.) Lo mismo deben hacer los que deseen que se les adjudique una mina abandonada, en su condición de restauradores (artículos 346 y 347 del C. de M.); como igualmente los que pretenden el exceso de una mina titulada (artículos 366, 367 y 368, ibídem). De donde se desprende que el aviso da un derecho preferente respecto a los demás particulares para obtener la adjudicación de una mina y así lo estatuye el artículo 117 del Código de la materia, precepto éste que de modo especial da la norma para resolver los conflictos que por razón de derechos preferentes puedan plantearse entre varios interesados en la posesión de un mismo mineral. De ahí que en todos los casos antes especificados la ley concede amparo posesorio a los respectivos avisantes, frente a los actos perturbadores de terceros, debido a que el estatuto minero les reconoce facultad legal para adquirir la mina con preferencia a toda otra persona, tratándose por supuesto de una mina adjudicable sometida a la legislación común y no sometida a la reserva de la ley 13 de 1937. De modo tal que mientras el avisante adelante dentro de los términos legales las diligencias administrativas posteriores al aviso, hasta la expedición del título, lo lógico es que goce del derecho prelatorio a su adjudicación y del amparo posesorio contra cualquier perturbador o avisante posterior. Este es el fin de la posesión ordinaria, que cesa cuando el avisante o descubridor se trasforma en dueño de la mina, o lo que es lo mismo, en poseedor regular de ella.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, junio cinco de mil novecientos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Fulgencio Lequerica Vélez).

Antecedentes

En memoriales fechados el 23 y 25 de agosto de 1937, el señor Luis Arango manifestó ante la Alcaldía Municipal de Pijao y ante el Juez del Circuito Civil de Calarcá, respectivamente, que se oponía a la posesión de la mina de aluvión, de oro, plata y otros metales, denominada Piedra Oral, ubicada en el paraje de Minas de Tolrá, denunciada ante la gobernación del departamento de Caldas por Germán Parra para sí y para Víctor y Rosario Parra y Arcadio Jiménez Restrepo.

En el escrito de formalización de la oposición, suscrito por Arango y presentado con posterioridad ante el mismo Juzgado el 20 de septiembre de 1937, dijo el oposicionista: "1º Que tengo mejor derecho que los señores Germán, Víctor y Rosario Parra y Arcadio Jiménez en las minas de filón o veta de oro y plata y otros metales, denominadas Papayal y sus dos continuaciones Norte y Sur, ubicadas en las regiones de El Tolrá y Sardinero, jurisdicción del distrito de Pijao y comprendidas dentro de los siguientes linderos:... "2º Que como consecuencia de la primera declaratoria el Juzgado declare inadmisible el aviso y denuncios hechos ante la Gobernación por el señor Germán Parra... relativos a la jurisdicción y titulación de la mina de aluvión denominada Piedra Oral, toda vez que el perímetro señalado en el denuncio comprende todo el perímetro de las minas de Papayal y sus dos continuaciones Norte y Sur, de mi exclusiva propiedad, minas que actualmente estoy elaborando". "3º Que asímismo tengo mejor derecho que los denunciantes Parra, etc., a los metales que se encuentren dentro del perímetro de las minas Papayal, Norte y Sur"...".

Juicio ordinario de minas

Con motivo de esta oposición, la Alcaldía envió las diligencias al Juzgado Civil del Circuito de Calarcá donde, cumplidos los requisitos legales, se dispuso que el opositor Arango tomara el carácter de demandado y los denunciantes de la mina Piedra Oral el de demandantes.

Cumpliendo lo ordenado por el Juzgado, Arcadio Jiménez R. presentó el 8 de marzo de 1938 demanda ordinaria contra Luis Arango y Ananías Arias, el primero vecino de Armenia y el segundo de Pijao, suplicando las declaraciones siguientes:

a) Que Jiménez, Germán, Víctor y Rosario Parra tienen mejor derecho que los demandados Arango y Arias a la posesión y titulación de la mina Piedra Oral; b) En subsidio de la anterior, que son nulos los avisos y denuncios dados por Ananías Arias por sí y para Luis Arango de la mina de filón o veta, de oro, plata y otros metales, denominada Papayal, con sus continuaciones Norte y Sur; c) En subsidio de las anteriores, que la mina de Papayal de filón o veta, avisada y denunciada por los demandados no tiene existencia natural y física conocida y por consiguiente el aviso y denuncio de esta mina carece de materia, por lo cual los demandados no tienen derecho para oponerse a la posesión de la mina Piedra Oral.

El Juzgado del conocimiento decidió la primera instancia en sentencia fechada el 11 de mayo de 1940, en la cual acogió la segunda súplica subsidiaria y resolvió que la mina denominada Papayal y sus continuaciones Norte y Sur no tiene existencia natural y física conocida; que el aviso y denuncio dado por los demandados para obtener la posesión de dichas minas carece de materia; y que los demandados Arango y Arias no pueden impugnar en contra de los actores la posesión de la mina de aluvión Piedra Oral, ya que los demandantes tienen mejor derecho.

No se hace condenación en costas.

Como se verá, el Juez a quo no entró a considerar la primera súplica del libelo, presentada como principal, relativa al mejor derecho que los actores Jiménez y Parras pretenden tener para la posesión y titulación de la mina **Piedra Oral**, sino que consideró con vista de los elementos probatorios agregados al proceso que era el caso más bien de hacer las declaraciones suplicadas bajo forma subsidiaria sobre inexistencia de las minas **Papayal** y sus continuaciones Norte y Sur y la carencia de derecho por parte de los opositores para impugnar la posesión de la mina. Como consecuencia inevitable de estas declaraciones, que se hacen derivar del haz probatorio traído a los autos, hubo de concluír que los demandados Arango y Arias no tienen derecho para oponerse a que se les dé a los actores la posesión de la mina **Piedra Oral**.

La sentencia acusada

En virtud de apelación de ambas partes pronunció sentencia de segunda instancia, fechada el 2 de junio de 1941, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, en la cual revoca la de primer grado y en su lugar dispuso, en primer término, que no se hicieran las declaraciones solicitadas por el actor Jiménez R.; y en segundo lugar, que los demandados Arias y Arango tienen mejor derecho que Jiménez y los Parras a las minas de filón o veta denominadas **Papayal** y sus dos continuaciones Norte y Sur, ubicadas en las regiones de **El Tolrá y Sardinero**.

Los fundamentos en que basa su proveído el Tribunal están contenidos en los párrafos que, para mejor comprensión y análisis de las cuestiones que se suscitan en casación se transcriben textualmente: "En el negocio que se estudia la litis gira alrededor del art. 66, de acuerdo con los términos de la oposición de Luis Arango, concretada aún más en su escrito de formalización de la oposición. La demanda de los actores se fundamenta, pues, en esta oposición que sirve de base, o que dio origen al litigio judicial, con motivo de la cual hubo de suspenderse la posesión que pretendieron los interesados y demandantes en el juicio de la mina de aluvión **Piedra Oral**".

"Se discute propiamente, en conclusión, quién tiene mejor derecho sobre todas o parte de las pertenencias que solicitan Jiménez y los Parras, mejor derecho o preferencia que se regula por razón de un descubrimiento anterior. El debate propuesto por el demandante, o demandantes, acerca de la inexistencia de la mina no hace relación directa al motivo de la oposición de Luis Arango y Ananías Arias, sobre mejor derecho a las minas de **Papayal**, oposición que, sobre esas bases de mejor derecho, da origen al juicio ordinario de minas de acuerdo con los artículos 66 y 382 del C. de Minas".

"Todavía más, y aceptando como base de contraposición la discusión sobre inexistencia de las minas de **Papayal**, consideraciones acerca de este punto habrían de venir establecido que fuera la base primordial de la oposición, o sea el mejor derecho con motivo de la prueba sobre descubrimiento anterior, dentro del artículo 66 del C. de Minas, que es lo que en realidad debe ventilarse en el presente litigio si es que se quiere lógica, orden y concisión en los derechos que se alegan por las partes dentro de las oportunidades y según el procedimiento señalado por el C. de Minas. Las oposiciones contempladas por los artículos 65 y 66 del Código mencionado son precisas para que pueda aceptarse con motivo de ellas toda clase de alegaciones y los más diversos debates acerca de otros puntos que más bien serían motivo de un juicio directo no nacido de una oposición".

"En síntesis, si el mejor derecho que motiva la oposición y que es su causa o fundamento no se establece, la oposición pierde su razón de ser cayendo por su base no quedando lugar, consecuencialmente, para otros debates que pudieran surgir con fundamento en la existencia de esa oposición que se ha declarado inexis-

tente o injustificable bien sea por falta de prueba o por otro motivo".

"El mejor derecho, pues, se desprende del aviso de la mina". "En estos casos la prueba fundamental es el aviso de la mina, todo de conformidad con el artículo 12 del Código minero, según el cual la fecha de la partida respectiva en el libro de aviso, "será la fecha del descubrimiento de la mina, y servirá de punto de partida para hacer efectivos los derechos que se adquieren por razón de tal descubrimiento".

"Y esta diligencia de aviso es la que no aparece por ninguna parte en el expediente a pesar de que el actor Jiménez solicitó en su memorial de pruebas de la primera instancia que se tuviera en cuenta como prueba las diligencias de aviso y de juicio. La prueba sobre el aviso de mina, ya se dijo, está indicada por el artículo 12 del Código sobre la materia. Es verdad que en el cartel de la Gobernación se hace referencia al aviso de la mina cuya posesión se pretende y posiblemente ella fue avisada, pero la prueba legal no obra en el expediente, olvido, por demás, que no alcanza a justificarse. La mina de aluvión Piedra Oral en realidad no está acreditada en este debate judicial como para que se concluya que Luis Arango y Ananías Arias no tienen mejor derecho a las minas de Papayal y continuaciones Norte y Sur, según las diligencias de aviso y denuncio que obran en el expediente".

El recurso

Interpuso recurso de casación el actor Jiménez R. y lo funda en el motivo 1º del artículo 520 del C. J. Presenta contra el fallo del Tribunal tres cargos, a saber:

1. Dice el recurrente que la defensa, como lo sostiene el Tribunal, no puede restringirse exclusivamente a probar un descubrimiento anterior, a efecto de fijar la prelación de derechos entre las partes. Si los actores, además del mejor derecho, demandan la nulidad de los avisos y denuncios en que se fundan los impugnadores, así como también la inexistencia de las minas; si tanto estas dos últimas acciones como la de mejor derecho, son propias del juicio ordinario, como lo preceptúa el artículo 382 del C. de M.; si la nulidad del denuncio y la inexistencia de la mina pueden proponerse tanto como acción como por excepción, hubo mal entendimiento por parte del Tribunal e indebida aplicación del artículo 382 citado, lo que acarreó también el error de no aplicar el 209 del C. J.

2. Si son juicios ordinarios de minas los que se promuevan directamente, los en que se discuten la propiedad y posesión de las minas y los sobre mejor derecho, conforme al artículo 66 del C. de M.; si estas tres clases de acciones tienen un mismo procedimiento, quiere esto decir que la controversia puede plantearse sobre todas ellas. De aquí que la interpretación restringida del sentenciador es errada al sostener la tesis contraria. Por estas razones acusa el recurrente la sentencia como violatoria del artículo 382 del C. de M., que condujo al Tribunal a no darle aplicación a los artículos 209 y 328 del C. J.

3. Si la posición de los actores es la de denunciantes, si su calidad de tales aparece determinada en la comisión conferida por la Gobernación a la Alcaldía de Pijao, si tal documento y la orden que contiene no ha sido atacado de falso ni de inexistente, esta falta de apreciación de la prueba al respecto (de la comisión) indujo al Tribunal a darle aplicación indebida al artículo 66 del C. de M., desconociendo la calidad de denunciantes que a los actores le da esta disposición legal, para situarlos en el campo de los avisantes, situación que en nada juega en el debate. De aquí que el Tribunal incurra en la falta de aplicación del artículo 472 del C. J., como consecuencia de la interpretación errada e indebida aplicación del prenombrado artículo 66.

Considera la Sala de Casación:

A.—Es un hecho indudable que por el

trámite del juicio ordinario de minas deben seguirse no sólo los que se promuevan directamente con todas las formalidades de un juicio común ordinario sino también aquellos en que se ventila la posesión y la propiedad y que son originados por las oposiciones, y los litigios sobre mejor derecho a la adjudicación de una mina. Así lo pregonan con toda claridad los artículos 66 y 382 del C. de Minas.

En armonía con estas reglas generales de procedimiento, tiene razón en principio y dentro del campo teórico el recurrente cuando sostiene en casación que por el trámite ordinario pueden proponerse y discutirse cuestiones que atañen a la inexistencia de una mina o a la nulidad de un aviso o de un denuncio de minerales, cuestiones litigiosas todas éstas que pueden presentarse entre particulares interesados en la adjudicación minera. Se acepta que todas esas cuestiones, que se relacionan con la posesión ordinaria o regular de una mina, deben dilucidarse en juicio ordinario.

Pero es que en el caso de autos el Tribunal, en realidad de verdad, no ha desconocido esta tesis procesal, ni ha pretendido desviar el litigio de sus verdaderos motivos o causas, fundándose en ella. El sentenciador de segundo grado no ha querido modificar la **causa petendi**, como lo sugiere el recurrente, sino que se ha limitado a interpretar dentro de sus auténticos lineamientos la razón, causa o motivo de la oposición hecha por los demandados Arango y Arias a que se diera a los actores la posesión de la mina **Piedra Oral.**

Al efecto, lo que ha dado origen a este proceso es la oposición presentada por Arango a que se diera posesión de la susodicha mina a los actores. En su escrito de formalización de dicha óposición, presentado al Juez de Calarcá, dice que se opone "porque tiene mejor derecho" que los Parras y Jiménez en las minas y que, como consecuencia, el Juzgado declare inadmisibles el aviso y denuncio hecho ante la Gobernación por el señor Germán Parra, relativos a la adjudicación y titulación de la mina de aluvión **Piedra Oral.** Dice el opositor, además, que a la entrega y posesión de las minas **Papayal** y sus continuaciones Norte y Sur, Germán Parra y otros hicieron oposición, la que se formalizó ante el Juzgado y de la cual no se conoce la decisión final. Que estando en litigio las citadas minas los mismos opositores avisaron y denunciaron el 16 de junio de 1937 la mina de aluvión denominada **Piedra Oral**, con el fin de conseguir la posesión de las minas de **Papayal** y sus continuaciones. Y que como ese aviso y denuncio comprende todo el perímetro de las minas últimamente mencionadas se opone a la entrega de la mina de aluvión avisada y denunciada por los Parras, "para que se abstuviera el comisionado de llevar a cabo la entrega de dicha mina ya que violaba mis derechos.... puesto que somos primeros avisantes y denunciantes y por consiguiente tenemos derechos adquiridos".

Interpretando en su verdadera causa o motivo dicha oposición el Juzgado del conocimiento estimó que debía considerarse como "una impugnación de la exactitud y justicia de la denuncia hecha por los Parras y Jiménez", y en consecuencia ordenó que tales denunciantes asumieran el papel de actores en esta controversia. Y aceptando los actores y ahora recurrentes en casación que esa era en realidad la cuestión que debía dilucidarse en este juicio presentaron como súplica primera de su demanda la de que ellos tenían mejor derecho que los demandados a que se les diera posesión y titulación de la mina **Piedra Oral**, ubicada dentro del mismo perímetro donde está señalada la mina **Papayal** y sus continuaciones Norte y Sur, que antes habían sido ya avisadas y denunciadas por los demandados y opositores Arango y Arias.

Con tales antecedentes tuvo razón el Tribunal al considerar que la acción ejercitada por los actores era la ordinaria consagrada por el artículo 66 del C. de M. ya que lo que se disputa es, de acuerdo con los términos de la oposición de

Luis Arango, quién tiene mejor derecho por razón de un descubrimiento anterior sobre todas o parte de las pertenencias mineras que solicitan en posesión Jiménez y los Parras.

Bien es verdad que los actores también propusieron como materia de discusión en el proceso, bajo súplicas subsiguientes, las cuestiones relativas a la inexistencia de la mina Papayal y la nulidad del aviso y denuncio de tal mina. Pero hizo bien el Tribunal al limitar su estudio y decisión a la primera cuestión propuesta, que se relaciona con el mejor derecho al mineral por razón de un descubrimiento anterior, dado que ésta fue la razón o causa fundamental que dio origen a la oposición y que sirvió también lógicamente de motivo exclusivo a este litigio, al tenor del artículo 66 ya citado. Si la oposición se basaba en la consideración de existir respecto de ese mismo mineral un aviso y un denuncio anteriores presentados por los opositores, y en que la mina Papayal anteriormente denunciada por Arango ocupaba el mismo perímetro que la de Piedra Oral, denunciada por los Parras y Jiménez, el lazo de instancia en el ordinario y la litis pendencia se había trabado sobre esta sola cuestión, que había dado origen y motivo a la disputa. Lo cual no es óbice para que los actores puedan proponer por la vía ordinaria, cuando a bien lo tengan, nuevas controversias sobre las demás pretendidas cuestiones relativas a la existencia de la mina Papayal y a la nulidad de los avisos y denuncios dados por los demandados.

Bien es verdad que a primera vista pudiera anotarse la diferencia que existe entre una mina de veta o filón, como la denunciada por los opositores Arango y Arias, y una de aluvión, como la denunciada por los actores, para pretender deducir de esta diferencia que se trata en el caso de autos de avisos y denuncios distintos, que en igualdad de circunstancias podrían no excluírse aun estando ubicadas en un mismo perímetro. Pero esa hipótesis deja de tener operancia en este caso, ante el mandato expreso del artículo 9º de la ley 38 de 1887, según el cual al dueño de una mina de filón pertenecen todos los productos minerales que se encuentren dentro de sus límites, aunque no hayan sido denunciados.

B.—Ya al entrar al fondo de la materia litigiosa, estima la Sala de Casación que debe entenderse por primer descubridor de una mina el individuo que primero da el aviso de que trata el artículo 8º del C. de M., mientras conserve su derecho según lo dispuesto en el artículo 118 ibídem. Quien descubra una mina, como primera diligencia administrativa debe cumplir la de dar noticia de ello al Alcalde del Municipio dentro del cual se halla ubicada y la fecha de tal acto es la del descubrimiento (artículos 8º y 12 del C. de M.). Lo mismo deben hacer los que deseen que se les adjudique una mina abandonada, en su condición de restauradores (artículos 346, 347 y 348 del C. de M.); como igualmente los que pretenden el exceso de una mina titulada (artículos 366, 367 y 368, ibídem).

De donde se desprende que el aviso da un derecho preferente respecto a los demás particulares pará obtener la adjudicación de una mina y así lo estatuye el artículo 117 del Código de la materia, precepto éste que de modo especial da la norma para resolver los conflictos que por razón de derechos preferentes puedan plantearse entre varios interesados en la posesión de un mismo mineral. De ahí que en todos los casos antes especificados la ley concede amparo posesorio a los respectivos avisantes, frente a los actos perturbadores de terceros, debido a que el estatuto minero les reconoce facultad legal para adquirir la mina con preferencia a toda otra persona, tratándose por supuesto de una mina adjudicable sometida a la legislación común y no sometida a la reserva de la ley 13 de 1937.

De modo tal que mientras el avisante adelante dentro de los términos legales las diligencias administrativas posteriores al aviso, hasta la expedición del título, lo lógico es que goce del derecho pre-

lativo a su adjudicación y del amparo posesorio contra cualquier perturbador o avisante posterior. Esta es la finalidad de la posesión ordinaria, que cesa cuando el avisante o descubridor se transforma en dueño de la mina, o lo que es lo mismo, en poseedor regular de ella.

Pues bien, esto es lo que ha aceptado y sostenido el sentenciador de Pereira en el fallo acusado. Ha dicho que tratándose de la posesión de un mineral, ubicado dentro de un mismo perímetro y llamado por los actores mina de aluvión de **Piedra Oral** y por los opositores mina de veta **Papayal** y sus continuaciones Norte y Sur, debe predominar el derecho de quien primero lo hubiera avisado. Y al estudiar el proceso se halla que mientras los opositores han evidenciado en los autos la fecha en que dieron el aviso respectivo, los actores Jiménez y Parras no han presentado y exhibido la prueba pertinente del aviso que pretenden haber dado de la mina a cuya posesión aspiran. Es un vacío probatorio que el Tribunal anota y estima suficiente para negar las pretensiones de los actores y recurrentes en casación; ya que en estos casos la prueba pertinente, según los artículos 11 y 12 del C. de M., es la diligencia de registro del aviso en el libro respectivo y la fecha de la partida señalada en ese libro será la fecha del descubrimiento de la mina y servirá de punto de partida para hacer efectivos los derechos que se adquieren por razón de tal descubrimiento.

En su tercer cargo sostiene la parte recurrente que esta prueba del aviso que dieron de la mina **Piedra Oral** sí existe en el expediente porque en el cartel que expidió la Gobernación al conferir la comisión para la posesión de dicha mina se hace referencia al aviso dado por ellos. Amén de que esa no sería la prueba adecuada para demostrar una circunstancia tan fundamental como la fecha del aviso en una disputa sobre mejor derecho a la poesión de una mina, se observa que en el susodicho cartel no se alude en forma alguna a la diligencia de aviso de Piedra Oral sino a que el denuncio de tal mina se hizo el 16 de junio de 1937. Se sigue ignorando hasta el momento en qué fecha fue presentado tal aviso y cuándo fue registrado en el libro respectivo de la Alcaldía de ubicación del mineral.

Algo más; como todo denuncio de minas debe presentarse ante la Gobernación, a más tardar treinta días después del aviso, es de presumirse que el aviso dado por los Parras no pudo ser anterior al mes de mayo de 1937. Ahora bien, en el expediente existe copia auténtica del aviso dado por Luis Arango de la mina **Papayal** y en ese documento consta que fue presentado el 9 de junio de 1936. De manera que fácil es presumir que el aviso de los opositores lleva fecha anterior a la de los actores en casi un año, en cuyo caso se ajusta a derecho la decisión del Tribunal al concederle preferencia y reconocer el mejor derecho de Arango y Arias a la posesión del mineral, quedando a salvo todo derecho de los actores para demostrar en juicio separado cualquiera otra cuestión relacionada con la inexistencia de la mina **Papayal** y sus dos continuaciones, o para sostener que se trata de minerales situados en diferentes perímetros o en diversas ubicaciones.

Son infundados los tres cargos presentados en casación. Se rechazan.

FALLO:

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil— administrando justicia en nombre de la Reuública de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira el 2 de junio de 1941, que ha sido materia de la casación.

Las costas del recurso serán de cargo del recurrente.

Cópiese, publíquese, notifíquese, insértese en la **Gaceta Judicial** y devuélvase al Tribunal de origen.

José Miguel Arango. — Isaías Cepeda. Liborio Escallón. — Ricardo Hinestrosa Daza. — Fulgencio Lequerica Vélez.— Hernán Salamanca. — Emilio Prieto Hernández, Off. Mayor en ppdad.

ACCION REIVINDICATORIA — PREPOSICION

El contrato celebrado entre el dueño de un almacén y el empleado o factor según el cual aquél encarga a éste de administrar el almacén mediante una remuneración eventual equivalente a un determinado porcentaje en las utilidades, no es sociedad, sino simplemente de preposición mercantil, conforme al artículo 345 del Código de Comercio.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Civil — Bogotá, junio once de mil novecientos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Isaías Cepeda).

El diez y siete de agosto de mil novecientos treinta y nueve presentó el señor Federico Caicedo, por medio de apoderado, ante el Juez 6º Civil de este Circuito, demanda ordinaria contra la sociedad denominada Peláez & Montoya, representada por sus dos únicos socios Manuel Peláez y Manuel Tiberio Montoya, y contra éstos individualmente considerados, y pidió que por sentencia definitiva se hicieran las siguientes declaraciones:

"Primera. Que al haber o patrimonio del contrato celebrado entre Federico Caicedo y Manuel Peláez y que consta en el documento suscrito en esta ciudad el día 20 de noviembre de 1930, pertenece el capital o valores que Manuel Peláez aportó a la Compañía Peláez y Montoya que consta en la escritura número 3700 de 13 de diciembre de 1937, pasada en la Notaría primera de esta ciudad, aporte que está determinado en este mismo instrumento.

"Segunda. Que la sociedad denominada Peláez y Montoya, la cual consta en la escritura número 3700 de 13 de diciembre de 1937, de la Notaría primera de esta ciudad, o sus dos únicos socios Manuel Tiberio Montoya y Manuel Peláez, individualmente considerados, están en la obligación de restituír al haber o patrimonio del contrato celebrado entre Manuel Peláez y Federico Caicedo y que consta en documento de 20 de noviembre de 1930, el capital o valores que Manuel Peláez aportó a tal sociedad y determinado en el instrumento 3700 de que se ha hablado, juntamente con los frutos percibidos y los que se hubiesen podido percibir con mediana inteligencia y actividad.

"Tercera. Que la sociedad Peláez & Montoya, constituída por escritura 3700 de 13 de diciembre de 1937, de la Notaría primera de esta ciudad, o sus socios Manuel Peláez y Manuel Tiberio Montoya, individualmente considerados, deben pagar las costas de este juicio.

"**En subsidio de las declaratorias primera y segunda las siguientes:**

"Cuarta. Que Federico Caicedo es dueño del 25% del capital o valores que Manuel Peláez aportó a la sociedad denominada Peláez y Montoya, la cual consta en la escritura 3700 de 13 de diciembre de 1937, pasada en la Notaría primera de esta ciudad, aporte que está determinado en este mismo instrumento.

"Quinta. Que en consecuencia la sociedad Peláez y Montoya, constituída por Manuel Peláez y Manuel Tiberio Montoya por escritura 3700 de 13 de diciembre de 1937, de la Notaría primera de esta ciudad, o los socios Peláez y Montoya, individualmente considerados, están en la obligación de restituír a mi mandante el 25% del capital o valores aportados por Peláez a la sociedad constituída por el instrumento 3700 de que se ha venido tra-

tando, juntamente con los frutos percibidos y los que se hubiesen podido percibir con mediana inteligencia y actividad".

Antes de iniciar la demanda Caicedo obtuvo que se decretaran el embargo y secuestro preventivos de los bienes de la sociedad demandada.

Los demandados contestaron oponiéndose a la acción intentada y negando la mayor parte de los hechos fundamentales del libelo.

Peláez propuso, además, "las excepciones de nulidad, ilegitimidad de la personería y cualquier hecho que resulte probado y que constituya excepción perentoria".

Una vez agotada la tramitación de primer grado, el Juez del conocimiento pronunció la sentencia del veintisiete de mayo de mil novecientos cuarenta, cuya parte resolutoria dice:

"1º No es el caso de hacer las declaraciones principales ni subidiarias del libelo y se absuelve a los demandados de los cargos respectivos.

"2º Levántase el embargo y secuestro preventivos decretados previamente a este juicio y comuníquese a quien corresponda.

3º "Condénase en los perjuicios y costas del embargo y secuestro citados al demandante Federico Caicedo.

"4º Las costas del juicio por cuenta del demandante".

De este fallo apeló el señor apoderado del demandante y concedido el recurso y cumplida la actuación de segunda instancia, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá lo confirmó en todas sus partes por sentencia del veinte de marzo de mil novecientos cuarenta y uno, con costas a cargo del apelante.

Ambas decisiones tienen como fundamentos básicos los siguientes:

Según las peticiones primera y segunda de la demanda se ha iniciado una acción reivindicatoria, pues se solicita que se declare que los bienes aportados por Manuel Peláez a la sociedad Peláez & Montoya pertenecen al haber o patrimonio del contrato celebrado entre Caicedo y Peláez el 20 de noviembre de 1930, y que se decrete la restitución de esos bienes a dicho haber o patrimonio del indicado contrato.

Pero como este acto jurídico — el contrato — no puede considerarse como persona capaz de ser sujeto de derechos y obligaciones, es preciso examinar si por ese contrato se constituyó una sociedad entre Caicedo y Peláez. Estudiado el asunto a la luz de las disposiciones pertinentes del C. C., se llega a la conclusión de que Caicedo era simplemente empleado de Peláez y que entre ellos dos no existió sociedad de ninguna clase, por lo cual Caicedo no tiene la acción reivindicatoria que ha ejercitado. Tampoco demostró que tenga derecho al 25% de los bienes referidos y por ello no pueden prosperar las peticiones subsidiarias.

El recurso

Contra el fallo del Tribunal interpuso recurso de casación el señor apoderado del demandante, el que pasa a decidirse por haber llegado la oportunidad legal de hacerlo.

En demanda que no se ajusta a la técnica y que, por lo mismo, es muy difícil interpretar y resumir, el señor apoderado del recurrente formula varios cargos contra la sentencia del Tribunal, que a continuación se sintetizan de la mejor manera posible:

a) El Tribunal incurrió en error de hecho, que aparece de manifiesto en los autos y que trajo como consecuencia la violación de los artículos 1618, 1619, 1620, 1621, 1622, 1623, 2079, 2083 y 2124 del C. C.

Tal error consistió en la falta da apreciación de las dos cartas de fechas 17 de octubre y 20 de noviembre de 1930, dirigidas por Manuel Peláez a Federico Caicedo, conforme a las cuales, en concepto del señor apoderado, la intención de Peláez fue celebrar con Caicedo un contrato de sociedad.

b) Error de derecho por apreciación errónea de pruebas, que trajo como consecuencia la violación de las disposiciones sustantivas citadas.

Este error consistió en no estimar el Tribunal como "prueba absoluta de un contrato de sociedad regular o de derecho", el documento de fecha 20 de noviembre de 1930, en que aparece el convenio celebrado entre Peláez y Caicedo.

c) Violación, por infracción directa, de los artículos 15, 16, 1602 y 1603 del C. C.

Dice el recurrente que todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes y debe ejecutarse de buena fe; que la misión de la justicia es hacer cumplir los contratos, cualquiera que sea la denominación jurídica que les corresponda, y que una parte no puede prevalerse de ésta o aquella insuficiencia de que adolezca el contrato para negarse a entregar una ganancia que con su trabajo adquirió legítimamente la otra, y agrega:

"Con esta teoría la sentencia del Tribunal viola las normas que he apuntado, porque dispensa a una parte de cumplir un contrato que libremente celebró y al mismo tiempo ampara la mala fe de ella, que con el único pretexto de que no se ha denominado bien el contrato, o la acción, pretende que ninguna obligación o prestación le corresponde".

d) "Hay error de derecho en la interpretación del contrato que sirvió de base a la acción, con el cual se violan las disposiciones sustantivas que cité al principio de este capítulo".

Este cargo es clara repetición del enumerado bajo la letra b).

e) Violación de los artículos 669, 946, 947, 950, 952 y 964 del C. C., por apreciación errónea del documento de contrato celebrado entre Peláez y Caicedo, y de las cartas citadas en el cargo relacionado bajo la letra a).

Sostiene el recurrente que en el caso de estudio sí están conformados los elementos que constituyen la acción reivindicatoria, o sean cosa singular o cuota determinada reivindicable, posesión material por parte del demandado, identificación de la cosa que es materia de la acción y derecho de dominio por parte del demandante.

Se considera:

Como los cargos que acaban de enumerarse están íntimamente relacionados entre sí, se estudiarán en conjunto a fin de sacar las conclusiones correspondientes.

Para mejor entendimiento del problema, se trascriben algunas de las cláusulas del documento en que se hizo constar el contrato celebrado entre Peláez y Caicedo:

"Primera: Caicedo trabajará en el almacén del señor Peláez denominado El Helenia, desde el día primero de diciembre del presente año, y tendrá como remuneración el veinticinco por ciento (25%) de las utilidades líquidas del almacén, entendiéndose por utilidades líquidas el producto después de restar los gastos generales como local, luz, empleados, etc.

"Segunda: Caicedo podrá retirar cada mes la suma de cien pesos ($ 100.00) para sus gastos, y si al hacerse el primer inventario al fin del primer año, las utilidades no alcanzan a cubrir las sumas retiradas por Caicedo, Peláez no sólo habrá de reconocerle éstas por su trabajo, sino que le pagará cincuenta pesos ($ 50.00) por cada mes, o sea que Caicedo gana mensualmente ciento cincuenta pesos ($ 150.00) en caso de que no haya utilidades que repartir al hacer inventario cada año.

"Sexta: Caicedo, por su parte, se obliga a dedicar todo su tiempo útil al manejo del almacén y tendrá plena autonomía para ventas, pedidos, remoción o cambio de empleados, fijación de precios de venta, y en ausencia de Peláez manejará el dicho almacén conforme a las instrucciones del señor Peláez y con ayuda de los otros empleados".

Como acertadamente lo dicen los juzgadores de primera y segunda instancia, no es posible, teniendo en cuenta lo estipulado en las cláusulas que acaban de trascribirse y lo estatuído en las disposi-

ciones legales que reglamentan el contrato de sociedad, aceptar que entre Caicedo y Peláez hubiera existido la intención de celebrar un contrato de esa naturaleza, máxime cuando conforme al artículo 465 del Código de Comercio, de preferente aplicación en este caso, por virtud de lo ordenado en el artículo 1º del propio Código, toda vez que se trata de actos de comercio celebrados entre comerciantes, la sociedad se forma y prueba por escritura pública.

En concepto de la Corte es incuestionable que el contrato celebrado entre Caicedo y Peláez fue el denominado **preposición** por el artículo 435 del Código de Comercio, o sea que Caicedo no tuvo el carácter de socio de Peláez, sino simplemente el de empleado o **factor**, encargado de administrar el almacén de aquél mediante una remuneración eventual equivalente al veinticinco por ciento (25%) de las utilidades líquidas que produjera el negocio de mercancías, remuneración que Peláez se comprometió a garantizarle que en ningún caso sería menor de ciento cincuenta pesos ($ 150.00) mensuales, porque aunque el negocio no produjera utilidades, o produjera muy pocas, Peláez le completaría esa suma.

Y no vale decir que Peláez manifestó a Caicedo, en sus cartas del 17 de octubre y del 20 de noviembre de 1930, que su insistencia obedecía "al deseo de la unión cordial, duradera y de mucho provecho", y que su empeño era el "de hacer de usted no un empleado sino un socio amigo que tenga el mayor interés por el negocio, y en quien yo tenga la más absoluta confianza", porque tales manifestaciones no demuestran la intención inmediata de celebrar un contrato de sociedad con Caicedo, que no se verificó en forma alguna, sino, a lo sumo, el de realizarlo más tarde si la conveniencia de ambos lo aconsejaba.

Por lo demás, este mismo asunto fue ampliamente estudiado por la Corte en su sentencia de fecha veintisiete de noviembre de mil novecientos cuarenta y uno, en la cual se llegó también a la conclusión de que el contrato que dio origen a este pleito no da base para considerar que entre Caicedo y Peláez se celebrara un contrato de sociedad.

De consiguiente, el Tribunal no incurrió en los errores de hecho y de derecho que le imputa el recurrente, ni la sentencia violó las disposiciones legales citadas en la demanda de casación.

Lo que sucede es que el demandante escogió una acción que la ley no le concede, para hacer valer los derechos que pueda tener contra Peláez, y por ello no puede prosperar.

Es de toda evidencia, por lo demás, que si en el negocio de mercancías manejado por Caicedo hubo utilidades en las cuales Peláez no le reconociera la participación a que tenía derecho, Caicedo puede, mediante el ejercicio de la acción procedente, demostrar tales utilidades y exigir a Peláez el pago de lo que le salga a deber.

Se concluye de lo dicho que no son fundados los cargos formulados por el recurrente y que, por lo mismo, no puede infirmarse la sentencia acusada.

En mérito de las consideraciones que preceden, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia pronunciada en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá con fecha veinte de marzo de mil novecientos cuarenta y uno.

Las costas del recurso son de cargo del recurrente.

Cópiese, publíquese, notifíquese y devuélvase el expediente.

José Miguel Arango — Isaías Cepeda— Liborio Escallón — Ricardo Hinestrosa Daza — Fulgencio Lequerica Vélez—Hernán Salamanca — Pedro León Rincón, Srio. en ppd.

ACCIONES DE NULIDAD DE UN CONTRATO, DE UN JUICIO EJECUTIVO, ETC.

Las causales de nulidad son taxativas. Las nulidades de que puede adolecer un juicio ejecutivo no son otras que las establecidas en los artículos 448 del C. J., de carácter general para todos los juicios, y las especiales del ejecutivo a que se refiere el artículo 451 de la misma obra.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, junio doce de mil novecientos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Liborio Escallón).

Víctor Palacios T., obrando como apoderado de Pedro Pablo Palacio y de los menores hijos de éste, demandó a Honorio Quintero y a Pastor Duarte e hizo la siguiente relación de hechos que se sintetiza así:

En la sucesión de Esmaragdo Londoño se le adjudicó a la hija de éste, Laura Rosa Londoño, que era menor de edad, un inmueble situado en la fracción de "La Bella", jurisdicción del municipio de Calarcá. Laura Rosa contrajo matrimonio en 1929 con Pedro Pablo Palacio dentro del cual procrearon dos hijos, Ester Julia y María Olga; la señora Laura Rosa murió en 1935. En vida de ésta, y siendo menor de edad, su abuelo materno Angel María Buitrago tomó a su cargo la administración del inmueble que había adquirido en la sucesión de su padre; por diferencias surgidas con el señor Buitrago, el señor Palacio, marido de Laura Rosa, convino con Pastor Duarte y Honorio Quintero en simular un contrato de arrendamiento, sobre dicho inmueble, en el que se estipuló, como cláusula penal, el pago de $ 2,000.00 en caso de incumplimiento, para que con dicho contrato Duarte y Quintero pudieran demandar el pago de la suma estipulada en la cláusula penal, puesto que el inmueble arrendado no se podía entregar a los arrendatarios por estar en poder de Angel María Buitrago, quien lo retenía, sin ánimo de entregarlo.

Duarte y Quintero ejecutaron en el Juzgado primero del Circuito de Calarcá a Laura Rosa Londoño y Pedro Pablo Palacio para el pago de la suma pactada en la cláusula penal y en dicho juicio se denunció para el pago y se remató el mismo inmueble de propiedad de Laura Roso Londoño, que había adquirido por adjudicación en la sucesión de su padre. El remate se verificó el 12 de mayo de 1931 y fueron rematantes Pastor Duarte y Honorio Quintero, quienes después de verificado el registro correspondiente solicitaron y obtuvieron del Juzgado la entrega material del inmueble que ellos habían rematado por la suma de $ 2,666.

Como consecuencia de la anterior relación pidió que se hicieran a favor de la sucesión ilíquida de Laura Rosa Londoño de Palacio varias declaraciones principales y subsidiarias, que también se pueden sintetizar así: Que es nulo el contrato de arrendamiento celebrado entre Pedro Pablo Palacio y Laura Rosa Londoño, con Pastor Duarte y Honorio Quintero, por incapacidad de las partes contratantes o de una de ellas, por error sobre la naturaleza del contrato, por simulación, por falta de causa y por vicios del consentimiento. Que por lo tanto es nula la obligación de indemnizar daños y perjuicios, deducida contra los arrendadores en el juicio ejecutivo que les siguieron los arrendatarios, hoy demandados. Que es nulo el juicio ejecutivo incoado para el pago de la cláusula penal, nulo el remate que se hizo del inmueble mencionado, nula la sentencia de aprobación recaída den-

tro del mismo juicio y la entrega del bien rematado. Que por lo tanto la sucesión ilíquida de Laura Rosa Londoño representada por sus menores hijas y por su cónyuge sobreviviente tiene el dominio y es el verdadero dueño del inmueble que fue materia del remate y que los demandados están obligados a restituírlo a dicha sucesión y deben ser considerados para efecto de las prestaciones como poseedores de mala fe.

Las peticiones subsidiarias son muy semejantes a las principales y como última súplica se pidió que los demandados fueran condenados a indemnizar los perjuicios de todo orden, que por culpa civil y abuso del derecho le ocasionaron a Laura Rosa Londoño, con el cobro ejecutivo de la obligación, y que la condenación "por los perjuicios de orden patrimonial y extrapatrimonial sea hecho en abstracto".

El Juez del conocimiento, el del Circuito de Calarcá, observó atinadamente lo que sigue: "De los términos en que está concebida la demanda se deduce que el actor ejercita tres acciones distintas a saber: De nulidad del contrato de arrendamiento que se dice celebrado entre Pedro Pablo Palacio y Laura Rosa Londoño con Pastor Duarte y Honorio Quintero, por las causales que establece el artículo 1502 del Código Civil en sus ordinales 3º, 4º y 5º; de nulidad del juicio ejecutivo que adelantaron los citados Duarte y Quintero contra Pedro Pablo Palacio y Laura Rosa Londoño en el año de 1930 ó 1931 en el que se remataron bienes de la última siendo menor de edad; y acción de perjuicios, ocasionados a Laura Rosa Londoño por los demandados con el cobro indebido de la obligación que hicieron efectiva a ésta mediante el juicio ejecutivo de que antes se habló".

En sentencia de 9 de junio de 1939 el Juez de primera instancia absolvió a los demandados de los cargos de la demanda y apelada aquélla por la parte actora el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira en fallo de 10 de junio de 1941 la confirmó.

Recurrió en casación la parte vencida, la demandante, y concedido y tramitado el recurso, pasa hoy a decidirse.

Tanto la sentencia de primero como de segundo grado absuelven a los demandados, por carencia de pruebas. Ambos falladores partiendo de la base de que no se comprobó la existencia del juicio ejecutivo, de que no se trajeron a los autos las partes esenciales de éste, de que no se adujo a los autos el contrato cuya nulidad se impetra, y de que no se demostraron ni los vicios del consentimiento por parte de los arrendadores ni la simulación impetrada, negaron todas las peticiones de la demanda.

Cuatro cargos, fundados en la causal primera del artículo 520 del C. Judicial hace el recurrente a la sentencia.

Pasan a estudiarse por separado:

Dice el recurrente que al afirmar el Tribunal lo siguiente: "Conviene dejar constatado que no está acreditada la existencia del juicio ejecutivo" incurrió en error de hecho manifiesto, por cuanto no consideró siquiera el acta de remate que figura en el expediente y por consecuencia violó el artículo 632 del Código Judicial. Agrega también que el fallador no apreció las confesiones de Pastor Duarte y Honorio Quintero al aseverar la existencia del juicio ejecutivo, por lo que violó los artículos 1769 del Código Civil y 604 y 606 del C. Judicial.

La Corte considera:

Se pidió la nulidad del juicio ejecutivo que se dice siguieron Honorio Quintero y Pastor Duarte contra Pedro P. Palacio y Laura Rosa Londoño, mas a los autos no se trajo copia ni siquiera de lo pertinente en ese juicio. De manera que aun cuando éste haya existido, no hay elementos probatorios, que sería la copia mencionada, para estudiar y deducir si ese juicio adoleció o no de nulidad y por qué causas o motivos. Sabido es que las causales de nulidad son taxativas, y que las nulidades de que puede adolecer un juicio ejecutivo no son otras sino las establecidas en los artículos 448 del Código Judi-

cial, de carácter general para todos los juicios y las especiales del ejecutivo a que se refiere el artículo 451 de la misma obra.

El Tribunal indudablemente se refiere a la no comprobación del juicio ejecutivo mencionado en este proceso, lo cual es exacto. Es cierto que figura en los autos copia del acta de un remate, en el ejecutivo de que se ha hecho mérito, y eso demuestra que existió dicho juicio. Pero como de lo que se trata es de la nulidad del juicio, y según se ha expresado no existen las copias mencionadas, de las que pudiera deducirse la nulidad de éste, la sola acta, si es cierto que demuestra que el juicio existió, no da asidero siquiera para indagar si estuvo afectado de alguna nulidad. Aún suponiendo que el fallador hubiera hecho caso omiso del acta del remate, ese error no sería suficiente para casar la sentencia, por el motivo que se estudia, por lo ya expresado. Lo mismo se dice de las declaraciones o confesiones de los demandados, que afirman que existió un juicio ejecutivo, cuya comprobación en este litigio, que era esencial, no existe. De modo que aún suponiendo también que el Tribunal no hubiera tenido en cuenta esas declaraciones, que sí las tuvo, tampoco sería motivo para casar el fallo por lo arriba expresado. El Tribunal dijo al respecto:

"Las absoluciones de posiciones rendidas oportunamente por los demandados, nada, ninguna luz dan, y menos prueban lo que el demandante quiso establecer en ellas. Basta leerlas para convencerse de su inutilidad probatoria".

No hay, observa la Corte, en este concepto una mala apreciación de esas pruebas, por cuanto siendo la intención de la demanda la de atacar un juicio ejecutivo por ciertas nulidades y no habiéndose demostrado en este proceso ni la existencia de aquél ni la existencia de éstas, las confesiones de los demandados sobre la existencia de ese juicio, no suplen ni pueden suplir la comprobación de los extremos anteriores.

Se rechaza el cargo por lo tanto.

En el segundo se señalan como violados los artículos 1769 del Código Civil y 604 y 606 del Judicial, en cuanto el Tribunal emitió este concepto:

"Ni se sabe tampoco, si el juicio ejecutivo tuvo por fundamento o recaudo el contrato de arrendamiento que el doctor Palacio R. afirma existió, afirmación honorable sí, pero sin respaldo probatorio alguno".

Este cargo se rechaza también por las mismas razones expresadas anteriormente, a las que se agregan éstas: El acta de remate que corre a los folios 15 vto. a 16 del cuaderno de pruebas, da cuenta de que el 12 de mayo de 1931 ante el Juez de Circuito de Calarcá se llevó a cabo el remate de los bienes embargados en el juicio ejecutivo de Honorio Quintero y Pastor Duarte contra Pedro P. Palacio y Laura Rosa Londoño. Pero no dice aquélla qué fundamento tuvo el recaudo ejecutivo, pues generalmente en las actas de remate no se expresan esas circunstancias. De esto se deduce que el Tribunal no incurrió en error de hecho ni de derecho al concluír que se ignora si el ejecutivo a que se ha aludido tuvo por fundamento el contrato de arrendamiento a que se refiere la demanda.

En el tercer cargo se ataca la sentencia por violación de los artículos 1769 del Código Civil, 604, 606 y 623 del Código Judicial, por cuanto según el recurrente, el Tribunal erró al afirmar que no está demostrado el contrato de arrendamiento porque habiéndose perdido el juicio donde figuró, era necesaria la prueba de la creación y pérdida de tal convenio.

La Corte observa:

Sabido es que cuando se demanda la nulidad de un acto o contrato, debe presentarse la prueba de su existencia. Por este aspecto la demanda no podía prosperar, porque la prueba del contrato de arrendamiento no se adujo a los autos, toda vez que habiendo figurado, según la parte actora, en el ejecutivo, y no habiéndose presentado las copias pertinentes de éste, no se presentó por lo mismo tal contrato. El mismo recurrente parece conve-

nir en esto. Su intención en el cargo es la de que el Tribunal erró al no considerar que estaba acreditada la creación y la pérdida del convenio sobre arrendamiento. Pero no hay tal error a juicio de la Corte, por dos razones: a) porque de las declaraciones de los demandados apenas puede deducirse que existió un contrato de arrendamiento con Pedro Pablo Palacio y Laura Londoño de Palacio, pero no se sabe en qué términos ni condiciones, y b) porque no está establecido en los autos cuál fue el instrumento o documento base del recaudo ejecutivo.

En el último cargo se afirma que el Tribunal violó las normas citadas en los anteriores capítulos por haber incurrido en errores de hecho y de derecho en la apreciación de confesiones de los demandados al absolver posiciones.

La Corte considera:

El Tribunal, como ya se vio, asentó que las posiciones rendidas por los demandados no prueban lo que el demandante quiso establecer con ellas, y esto es exacto, por lo que sigue: Porque de esas confesiones se deduce, como ya se dijo, que existió un contrato de arrendamiento entre los demandados y Pedro Pablo Palacio y Laura Londoño de Palacio, pero no se deduce ni que tal contrato adolezca de vicio en el consentimiento ni tenga causa ni objeto ilícito, ni que él no hubiera sido base legal para dictar mandamiento de ejecución. Esto sólo basta para rechazar el cargo que se estudia, y la Corte cree oportuno observar lo mismo que los falladores de primera y segunda instancia a saber: Si el contrato de arrendamiento se celebró respecto de un bien propio de la mujer, si tuvo lugar esa celebración, como se deduce de autos, antes de la vigencia de la Ley 28 de 1932, es claro que el marido de doña Laura tenía facultad para ello de acuerdo con el artículo 1805 del Código Civil, de donde bastaba que sólo el marido hubiera intervenido en ese acto o contrato, tanto por ser representante legal de la mujer, artículo 177, ibídem, como por ser el jefe de la sociedad conyugal.

Finalmente es atinada la observación del Juez de primera instancia al afirmar que el lote de terreno que remataron los demandados no aparece que sea el mismo que se le adjudicó a la señora Laura Rosa de Londoño en la sucesión de su padre, para lo cual basta comparar los linderos de lo adjudicado a dicha señora en la sucesión prenombrada y lo rematado por los demandados. Por eso es atinado también el concepto de la parte opositora al subrayar que por la falta de pruebas en los autos no se pueden deducir las conclusiones a que aspira la parte demandante, toda vez que no está demostrado en el proceso la existencia del juicio ejecutivo ni la del contrato de arrendamiento que se ha mencionado tantas veces, ni la identidad del predio.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación en lo Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley NO CASA la sentencia recurrida.

Las costas del recurso son de cargo del recurrente.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la **Gaceta Judicial** y devuélvase el expediente al Tribunal de su origen.

José Miguel Arango — Isaías Cepeda— Liborio Escallón — Ricardo Hinestrosa Daza — Fulgencio Lequerica Vélez—Hernán Salamanca — Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

RESPONSABILIDAD POR CULPA — PERJUICIOS — APRECIACION DE PRUEBAS

Muchas veces se ha repetido que la errónea apreciación de pruebas judiciales no es por sí causal de casación, sino un medio por el cual puede llegarse al motivo que es la violación de ley sustantiva. Cuando esta infracción se hace provenir de equivocada apreciación probatoria es indispensable que la acusación no se detenga en el señalamiento y demostración del error, sino que es preciso citar la ley sustantiva que se considera infringida, que es con la que debe hacer la Corte la confrontación de la sentencia. Sin este complemento el cargo queda a medio camino y es inútil. Y esto aun tratándose de error de derecho por haber desoído el Tribunal las disposiciones legales reglamentarias de la prueba y de su estimación y alcance, disposiciones éstas cuya cita, que indudablemente contribuye a dar luz cuando se hace, no es necesaria, y cuyo quebrantamiento, cíteselas o no, es lo que constituye precisamente el error de derecho en su apreciación. La calidad sustantiva que siempre se ha reconocido a las disposiciones que consagran la estimación obligatoria de determinadas pruebas, — sustantividad de carácter procesal en el sentido de importancia como medios de demostrar el derecho, pero no en la acepción de fuentes de derecho — no basta para tener por satisfecha la exigencia que impone la ley al recurrente de señalar la disposición propiamente sustantiva, porque, como se acaba de decir, la inexacta apreciación jurídica de la fuerza o eficacia de un elemento de prueba es apenas constitutiva del error de derecho, mediante el cual llegó el sentenciador a una equivocada conclusión sobre la cuestión de fondo debatida en el juicio. Dentro del mecanismo técnico de la causal primera de casación, cuando la violación de la ley proviene de apreciación errónea de pruebas, podría llamarse a la del correspondiente artículo que fija el mérito probatorio *violación de medio*, porque de ella, una vez demostrada, hay que deducir todavía el quebrantamiento de la que propiamente llama el artículo 520 del C. J. ley sustantiva, y que es el único motivo que da acceso a la casación.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Civil — Bogotá, junio diez y seis de mil novecientos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Hernán Salamanca).

Este proceso sobre indemnización de perjuicios tiene su origen en el siniestro ferroviario ocurrido el 10 de octubre de 1936 sobre la vía del Ferrocarril de Cundinamarca, cerca de la población de Albán. Una compañía del ejército nacional, perteneciente al batallón Guardia de Honor, enviada en comisión de orden público a la región cundinamarquesa de Quebradanegra, se embarcó, de regreso a sus cuarteles de Bogotá, en la estación de Tobia, en el tren ordinario del Ferrocarril de Cundinamarca, del cual se desprendieron, por haberse roto las argollas de enganche, los dos últimos carros de pasajeros y uno de carga que regresaron a gran velocidad por la pendiente y que se vol-

caron al salirse de la carrilera en una curva, causando numerosas víctimas, especialmente entre los miembros del ejército. Entre éstos se encontraba el teniente Pedro León Ortiz Reyes, quien falleció a consecuencia de las heridas que sufrió en el accidente.

Con base en este hecho, cuya reconstrucción circunstanciada no es necesario hacer para efectos de esta decisión, los padres del teniente, Pedro León Ortiz y Susana Reyes de Ortiz, por medio de apoderado y en libelo fechado el 8 de junio de 1938, demandaron a la Compañía del Ferrocarril de Cundinamarca, sociedad anónima domiciliada en Bogotá, para que se la declare civilmente responsable, por descuido e imprevisión culposos, del citado siniestro en que perdió la vida su legítimo hijo Pedro León Ortiz Reyes y que en consecuencia debe pagarles, seis días después de ejecutoriada la sentencia definitiva y con efectos desde el día del accidente, la suma de $ 120,000.00, o la que pericialmente se fije, como valor de la indemnización de los daños morales y materiales sufridos con la muerte violenta de su hijo.

Surtidos los trámites del grado, el Juzgado del conocimiento — 6º de este Circuito — profirió sentencia el 7 de junio de 1938, en la cual, haciendo la declaración de responsabilidad demandada, condenó a la compañía ferrocarrilera a pagar a los actores, como padres legítimos y únicos herederos del teniente Ortiz Reyes, la cantidad periódica que resulte del avalúo pericial que se hará en la ejecución del fallo y por el tiempo que dictaminen los peritos, y además a las costas de la instancia.

Sentencia acusada

Ambas partes recurrieron en apelación contra este fallo y por este motivo se surtió el segundo grado del juicio en que se produjo, con fecha 2 de mayo de 1941 y con un voto disidente, la sentencia que está a la consideración de la Corte, en la cual se confirmaron las declaraciones sobre responsabilidad de la Compañía demandada por culpa de sus empleados y se formó la condena en el sentido de fijar, en vez de pagos periódicos, la suma de $ 15,243.00 como valor único de los perjuicios materiales y morales sufridos por los demandantes con motivo de la muerte del nombrado teniente del ejército.

En capítulos separados y con suficientes desarrollos estudia el Tribunal los elementos necesarios para la prosperidad de estas acciones sobre responsabilidad civil por culpa a saber: el hecho culposo, el daño y la relación de causalidad entre los dos, y después de advertir la presencia de todos en el caso de estudio con la mención de las pruebas aducidas en demostración de cada uno de ellos, dedica un último aparte del fallo a la avaluación de los daños tanto morales como materiales causados por el hecho de que se declara responsable a la sociedad ferroviaria, a fin de fijar en cifra precisa el monto de la reparación demandada.

No hay ningún interés en reproducir aquí las razones y consideraciones que en en la sentencia se destinan a demostrar la culpa de la empresa demandada como determinante de la muerte del teniente Ortiz Reyes y la causalidad que la vincula con los perjuicios de todo orden que sus padres afirman haber sufrido como consecuencia de ella, porque ningún reparo se formula a la sentencia en torno de estas cuestiones. Sólo la parte sobre avaluación del perjuicio tiene interés para el recurso porque únicamente sobre este aspecto se enfocan las acusaciones contra el fallo. A este respecto, analiza la sentencia con todo detenimiento la prueba de peritos producida en segunda instancia con el objeto de avaluar los daños sufridos, sobre cuyo monto se distanciaron grandemente los tres expertos. Uno hizo el avalúo en la cantidad de $ 31,113.60; otro, en $ 35,950.53, y el tercero en $ 9,257.14. Habiéndose planteado el desacuerdo pericial en forma que la diferen-

cia entre los dos avalúos extremos excede a la mitad del menor, el Tribunal asumió la facultad que en tal caso concede al sentenciador el artículo 721 del C. J. y procedió a regular equitativamente la cuantía de la indemnización, que fijó en la suma de $ 15,243.69, basándose para hacerlo en las apreciaciones de distinto orden que contienen los dictámenes periciales y considerando que el oficial muerto, en el supuesto de que hubiera continuado su carrera, habría alcanzado el grado de Mayor, y haciendo un promedio de los sueldos correspondientes a los distintos grados, inclusive el de retiro, y con deducción de un 50% imputable a gastos personales. "Por lo visto, — dice la sentencia — corresponde al Tribunal hacer la regulación que estime equitativa, conforme a los mismos dictámenes y a los demás elementos del proceso, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 721 del C. J. y en vista de que la diferencia entre los dos extremos señalados por los peritos excede de un cincuenta por ciento de la cantidad menor".

El recurso

Actor y demandado recurrieron en casación contra el fallo del Tribunal y ambos fundan su recurso en el primero de los motivos legales que enumera el artículo 520 del C. J. Separadamente pasa a considerarlos la Sala, comenzando, por razón de orden, por el de la parte demandada y advirtiendo, en relación con los dos, que únicamente lo referente a la avaluación judicial del daño es lo sometido a la jurisdicción del recurso.

Recurso del demandado

Acusa este recurrente la sentencia por violación de los artículos 593, 668, 696, 697, 716, 721, 722 y 723 del C. J. y 1768 del C. C. por haber el Tribunal hecho una condenación al pago de perjuicios materiales que no se demostraron en el proceso, pues dio valor probatorio a declaraciones vagas e incoherentes que no expresan en qué consistía el apoyo que el hijo daba a sus padres; apreció dictámenes periciales que adolecen del gravísimo error de no haber tenido en cuenta la vida probable de la víctima y de la irregularidad de haber dictaminado el perito tercero antes de conocer la opinión de los principales, y porque hizo presunciones y deducciones faltas de precisión y concordancia al determinar la suma que la Compañía del Ferrocarril debe pagar por perjuicios materiales y morales sin estar probado en autos que el teniente Ortiz Reyes apoyara con suma alguna de dinero a su familia. "El Tribunal — dice en resumen la demanda — tuvo en cuenta un dictamen pericial infundado y producido en forma irregular, y algunas declaraciones insuficientes como prueba, según lo demostraré, para fijar un monto de indemnización por perjuicios no probados y fuera de esto fijó tales perjuicios en una cantidad a todas luces injusta y desproporcionada".

Se consideran los cargos.

Ninguna de las disposiciones que el demandado recurrente cita como infringidas por la sentencia del Tribunal es de naturaleza sustantiva en el sentido que a esta calificación se da en el numeral 1º del artículo 520 del C. J., esto es, que otorga o reconoce un derecho, y cuya violación es el motivo de casación allí establecido y definido. Tales preceptos en cuya transgresión se funda la demanda de casación son meramente procesales y de carácter modal unos, que se limitan a señalar el camino que ha de seguirse para obtener el reconocimiento judicial de los derechos; y otros contentivos de reglas para la producción de unas pruebas y determinantes de su mérito o valor demostrativo. Muchas veces se ha repetido que la errónea apreciación de pruebas judiciales no es por sí causal de casación, sino un medio por el cual puede llegarse al motivo que es la violación de ley sustantiva. Cuando esta infracción se hace provenir de equivocada apreciación pro-

batoria es indispensable que la acusación no se detenga en el señalamiento y demostración del error, sino que es preciso citar la ley sustantiva que se considera infringida, que es con la que debe hacer la Corte la confrontación de la sentencia. Sin este complemento el cargo queda a medio camino e inútil. Y esto aun tratándose de error de derecho por haber el Tribunal desoído las disposiciones legales reglamentarias de la prueba y de su estimación y alcance, disposiciones éstas cuya cita, que indudablemente contribuye a dar luz cuando se hace, no es necesaria, y cuyo quebrantamiento, cíteselas o no, es lo que constituye precisamente el error de derecho en su apreciación. La calidad sustantiva que siempre se ha reconocido a las disposiciones que consagran la estimación obligatoria de determinadas pruebas, — sustantividad de carácter procesal en el sentido de importancia como medios de demostrar el derecho, pero no en la acepción de fuentes de derecho — no basta para tener por satisfecha la exigencia que impone la ley al recurrente de señalar la disposición propiamente sustantiva, porque, como se acaba de decir, la inexacta apreciación jurídica de la fuerza o eficacia de un elemento de prueba es apenas constitutiva del error de derecho, mediante el cual llegó el sentenciador a una equivocada conclusión sobre la cuestión de fondo debatida en el juicio. Dentro del mecanismo técnico de la causal primera de casación, cuando la violación de la ley proviene de apreciación errónea de pruebas, podría llamarse a la del correspondiente artículo que fija el mérito probatorio **violación medio**, porque de ella, una vez demostrada, hay que deducir todavía el quebrantamiento de la que propiamente llama el artículo 520 del C. J. ley sustantiva, y que es el único motivo que da acceso a la casación.

"La casación requiere, cuando se invoca el citado motivo 1º del artículo 520 como sucede en el presente caso, que la sentencia recurrida sea violatoria de ley sustantiva; mejor dicho, la causal establecida allí por el legislador es la violación de ley de esta precisa calidad; y si atiende expresamente al evento de que a tal violación se llegue por la senda de una apreciación errónea de las pruebas, no por eso deja de ser la violación de ley sustantiva el motivo preciso de casación de ese numeral 1º, el cual, por otra parte, no se olvida de que hay otros caminos por los cuales puede llegarse a esa violación, la que, por uno u otro de todos ellos, ha de ser, repítese, de ley sustantiva.

"Una demanda de casación limitada a acusar por dicho error, aun en caso de demostrarlo, no puede prosperar en cuanto esa limitación signifique abstención de formular el cargo procedente, que es, al tenor clarísimo de ese numeral 1º, el de violación de ley sustantiva. Recurrente que acusa por error y que, aun demostrándolo no pasa adelante, se queda por decirlo así en el umbral, sin traspasar la puerta de entrada al recurso mismo, la que con esa demostración apenas ha abierto.

"El recurso, cuando el punto de partida es el referido error, es una cadena formada por estos eslabones: a) el error y su demostración, b) la consiguiente violación de ley sustantiva detallada como manda el artículo 531 del C. J., c) incidencia del cargo sobre la parte resolutiva de la sentencia. (G. J., tomo XLVI, página 205).

Estos motivos de carácter estrictamente técnico, bien hallados en este recurso extraordinario rígido procedimiento, imponen la conclusión de que el recurso de la parte demandada no ha sido fundado conforme a las ineludibles condiciones y requisitos de la ley, lo que impide a la Sala considerar a fondo la legalidad con que el Tribunal reguló el monto de la reparación debida.

Recurso del demandante.

También por violación de ley sustantiva acusa este recurrente la sentencia del Tribunal que lo favorece pero que aspira a que se reforme aumentándole la indemnización, en una extensa demanda dedi-

cada en gran parte a disgresiones adjetivas y circunstanciales de ninguna utilidad para el estudio del recurso de casación.

En seguida se compendian y consideran los cargos que formula contra la sentencia recurrida:

Violación directa de los artículos 1613 y 1614 del C. C. que el recurrente hace consistir en que el Tribunal no tuvo en cuenta en la indemnización de perjuicios que decretó por la muerte del teniente Ortiz Reyes el promedio de los sueldos que hubiera devengado durante toda su carrera militar, incluyendo todos los ascensos y sueldos de retiro que establece la ley. 'La sentencia del Tribunal — dice la demanda — no tiene en cuenta sino los sueldos correspondientes a los grados de Teniente, Capitán y Mayor y sueldo de retiro de Mayor y, por consiguiente, no comprende la totalidad del daño emergente y del lucro cesante, por cuyo motivo viola, por falta de aplicación, los artículos 1613 y 1614 del C. C."

Se considera:

Habiendo el Tribunal, según se vio, condenado a la Compañía ferrocarrilera a pagar la indemnización demandada en la cuantía de $ 15,243.69 en que equitativamente reguló su valor, no se ve la manera como hubiera podido incurrir en el quebranto directo de las citadas disposiciones legales en que se determinan y definen los dos elementos que integran la indemnización de perjuicios. En acuerdo y aplicación precisamente de estos preceptos se pronunció la condena indemnizatoria "como valor único de los perjuicios materiales y morales" causados con la muerte del teniente Pedro León Ortiz Reyes.

Ninguna razón existe para afirmar que en la avaluación judicial del perjuicio se dejara de computar el daño emergente ni el lucro cesante; y si el cargo se dirige, como en realidad lo es, contra el monto fijado a la reparación, debería formularse entonces por errónea apreciación de las pruebas que el sentenciador tuvo en consideración para el efecto, pero no como se ha hecho por infracción directa ni por falta de aplicación de los textos citados del Código Civil.

La parte de la demanda en que se ensaya el ataque contra el avalúo hecho en el fallo por equivocada apreciación de pruebas, como la hoja de servicios del oficial muerto y los documentos que en el proceso abonan sus buenas condiciones y merecimientos personales, no es más que una serie de suposiciones arbitrarias, de hipótesis sin ninguna base real edificadas sobre la mera cita de leyes reglamentarias del escalafón militar y enderezadas todas a respaldar la afirmación de que la sentencia mutila el derecho y la reparación por no conferir al difunto, para los efectos de calcular la indemnización debida, los sucesivos ascensos militares hasta colocarlo en el máximo grado de General de División en estado de retiro. Podrían traerse a esta sentencia, con ocasión de las pretensiones de esta demanda de demostrar errores de hecho enfrentando las conclusiones del fallo con una especie de conocimiento intuitivo del porvenir, desligado de los hechos concretos, las consideraciones que la Corte ha consignado en numerosos fallos sobre esta cuestión de la avaluación judicial de perjuicios y en la que es visible su preocupación por dar jurisprudencialmente un criterio realista que utilice en lo posible bases concretas en la apreciación judicial de los daños a fin de que no resulte completamente arbitraria con la simple acogida, en veces excesiva, que los jueces suelen dar a la prueba de peritos en los casos en que ésta se apoya exclusivamente en cálculos abstractos y aplicación de fórmulas matemáticas que resultan arbitrarios por no referirse a hechos reales establecidos probatoriamente en los procesos judiciales.

De los dos elementos que integran la indemnización — daño emergente y lucro cesante — el primero, de más importancia jurídica, no ofrece mayor dificultad probatoria porque supone una pérdida real y manifiesta, un empobrecimiento

en el patrimonio del acreedor; en tanto que respecto del lucro cesante la dificultad para su demostración es frecuentemente muy grande porque dada su naturaleza se refiere a una cosa hipotética que se mueve en el terreno de las suposiciones. Pero esta dificultad no debe conducir a la total arbitrariedad que representa un avalúo elaborado sobre meras abstracciones desconectadas de las características peculiares del caso. En éste, por ejemplo, podría hacerse a los cálculos evaluativos de la sentencia el reparo fundamental de que se hace coexistir la duración de la vida de padres e hijo contra lo que generalmente ocurre dentro de la normalidad de las leyes naturales y no se le da la importancia que corresponde a la precisión del apoyo monetario con que el teniente Ortiz Reyes ayudaba al sostenimiento de sus padres, etc.; pero la circunstancia de no poder modificar el avalúo de la sentencia en perjuicio del actor recurrente en virtud del principio de la **reformatio in pejus**, no habiendo prosperado el recurso de la parte demandada, hace inútil e impertinente este estudio.

El cargo por violación del artículo 1615, por falta de aplicación al caso del pleito, tampoco tiene ningún respaldo, porque esta disposición, cuya pertinencia se circunscribe a casos de culpa contractual, no tenía por qué ser tenida en cuenta y aplicada con ocasión de un problema que se planteó como de responsabilidad por culpa aquiliana, en la cual no cabe el concepto de mora a que se refiere ese precepto.

"Acuso la sentencia —dice el recurrente— por violación debida a falta de aplicación, errónea interpretación y aplicación indebida de los artículos 721, 722 y 632 del C. J. al apreciar erróneamente y al dejar de apreciar en dicha sentencia determinadas pruebas legalmente producidas y que obran en el expediente, y al hacerlo así, violó también, por falta de aplicación, errónea interpretación y aplicación indebida, los artículos 1613, 1614 y 1615 del C. C., los artículos 5 y 6 de la ley 23 de 1916, los artículos 4º de la ley 75 de 1925, 6º de la ley 88 de 1935, 1º de la ley 55 de 1938 y 7º, 9º y 10º de la ley 88 de 1935".

Los razonamientos en que se quieren fundar estas imputaciones de quebranto legal se enfocan también contra el avalúo judicial por considerarlo exiguo en relación con el perjuicio sufrido, y se hacen consistir en que "el Tribunal cortó de manera arbitraria la carrera militar del Teniente Pedro León Ortiz Reyes en el grado de Mayor", en que sí "detiene" su carrera sin fijarse en que este oficial "abundaba en todas las condiciones personales y militares para poder obtener sin dificultad los mayores ascensos y grados en el Ejército Nacional por lo cual, y sin lugar a duda, hubiera llegado a escalar el grado de General".

La Sala considera:

Las precitadas leyes de 1916, 1925, 1935 y 1938, que el recurrente cita como directamente infringidas por el Tribunal "por falta de aplicación e indebida aplicación", corresponden a la legislación militar y contienen las reglas y condiciones nes para ascenso y retiro de los oficiales del ejército y fijación de su sueldo, no son aplicables, por su propia naturaleza de normas administrativas, por las autoridades del órgano judicial, de manera que su quebranto directo no es posible en caso como el de estudio, en el que, por otra parte, no se controvierte sobre los derechos que se conceden en tales disposiciones. Ya se dejó dicho que estas cuestiones de ascensos y retiro sólo han figurado en este negocio como datos para cálculos de avaluación del lucro cesante de la indemnización, de tal modo que es patente la impertinencia de alegar con ocasión de esta circunstancia el quebrantamiento directo de las leyes orgánicas del ramo militar.

Los diversos reparos que se formulan en torno de la prueba pericial producida en la segunda instancia para avaluar el daño, de carácter procedimental la mayoría, constituyen más bien un estudio crítico general del experticio, al cual se

dedican inútilmente desde luego, desarrollos excesivos que llenan numerosas páginas de la demanda. Si el Tribunal, en uso de la facultad legal concedida en el artículo 721 del C. J. no adoptó ningún avalúo pericial, sino que reguló el monto de la reparación de acuerdo con su propia estimación equitativa, quedan sin soporte ninguno los ataques que se hagan contra la cuantía judicialmente adoptada, con motivo de una errónea apreciación de la prueba pericial.

En el caso de regulación equitativa hecha por el Juez en las condiciones numéricas expresamente determinadas en el citado artículo 721 del código de procedimiento civil es obvio que no puede atacarse la estimación indemnizatoria por error de derecho, alegando, como aquí se hace, que el sentenciador acogió determinado concepto fundamental de un perito y negó acogida al de otro, porque precisamente en esta libertad de apreciación y escogencia sin la cual no podría actuar su propio criterio de equidad, es en lo que reside la esencia de la disposición legal que aplicó el Tribunal. Para que pudiera existir el pretendido error de derecho sería indispensable que en la ocurrencia que se contempla el precepto legal estatuyera un valor obligatorio en la estimación de la prueba y que el sentenciador lo hubiera desoído o alterado. En el parágrafo 2º, capítulo VIII, título XVII del Libro II del C. J. se dan las reglas que fijan obligatoriamente el mérito demostrativo de la prueba de peritos, y allí está previsto que cuando se trata de avalúos o de cualquier regulación en cifra numérica y hay desacuerdo pericial, si la diferencia entre los dos extremos excede de un cincuenta por ciento de la cantidad menor, el Juez puede hacer la regulación que estime equitativa conforme a los mismos dictámenes y demás elementos del proceso. Es decir, que para este caso preciso la ley misma no da estimación obligatoria a las cifras del avalúo pericial, y entonces su estimación, lo mismo que establece el artículo 601 del C. J., debe hacerse en consonancia con los principios generales de equidad.

El último cargo es por violación del artículo 95 del C. P., aplicable, según jurisprudencia de la Corte Suprema, en los juicios sobre responsabilidad civil para la estimación de los perjuicios morales y que el Tribunal ilegalmente dejó de aplicar en la sentencia que se estudia.

En sentencia de esta Sala, visible a página 299 y siguientes del Tomo LI de la G. J., están expuestas espaciosamente las razones y condiciones en que jurisprudencialmente se ha considerado procedente la aplicación del artículo 95 del C. P. en procesos sobre responsabilidad civil para avaluar perjuicios morales, con el objeto de no dejar ilímite el campo a la arbitrariedad que naturalmente corresponde a la estimación de esta especie jurídica de daño. La sentencia que hoy ocupa la atención de la Corte no plantea ninguna cuestión relacionada con la aplicación del citado precepto de la ley penal, y la acusación que por su quebranto se le hace carece de todo fundamento. En la cifra en que el Tribunal expresó su estimación equitativa de la reparación debida en este caso advirtió expresamente que quedaban comprendidos tanto los perjuicios materiales como los morales a que se refirió la parte petitoria de la demanda, sin fijar monto o cuantía especial para cada uno, en forma que no es posible hallar base para la imputación de ilegalidad de que se trata.

Desechables, según las consideraciones que anteceden, los cargos que se formulan contra la sentencia recurrida en las dos demandas que se han estudiado, la Corte Suprema en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 2 de mayo de 1941, materia de este recurso de casación.

No hay lugar a condenación en costas.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la **Gaceta Judicial** y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

José Miguel Arango. — Isaías Cepeda. Liborio Escallón. — Ricardo Hinestrosa Daza.—Fulgencio Lequerica Vélez—Hernán Salamanca. — Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

ACCION DE EXCLUSION DE UNA FINCA RAIZ DE UNOS INVENTARIOS. — SUBROGACION. — REGISTRO

1.—Para que se realice el fenómeno de la subrogación es de rigor, en primer término, que tratándose de la mujer casada y antes de la vigencia de la ley 28 de 1932, se obtenga el consentimiento de ésta y la autorización judicial con conocimiento de causa; y en segundo lugar, que se haga constar expresamente la intención de subrogar tanto en la escritura de venta del inmueble de la mujer como en la compra del destinado a reemplazarlo (artículos 1783, 1789, 1790 y 1791, C. C.). Esto con el fin de que los terceros que la conozcan sepan la naturaleza jurídica del negocio realizado, al entrar en relaciones con la sociedad conyugal o con cualquiera de los cónyuges. — 2.—Estima la Corte que se puede subrogar un bien raíz de uno de los cónyuges a otro inmueble en su totalidad o a cuotas o derechos proindivisos sobre éste, sin que exista trasgresión del artículo 1789 del C. C.—3.—La inscripción o registro de un título es formalidad posterior al otorgamiento de la escritura, que puede realizarse en cualquier tiempo, salvo el registro de la hipoteca. Mientras no se realiza, suspende la fe probatoria que debe darse al instrumento, pero no arruina el vínculo contractual voluntariamente creado, ni hace desaparecer las prestaciones contraídas. 4.—La violación de los artículos 600, 601, 745 y 746 del C. J. no puede dar lugar a una acusación en casación por tratarse de normas procedimentales. Si se pretende que ha incurrido el Tribunal en equivocada apreciación de una prueba, la vía regular no es señalar como infringido el artículo 601, sino alegar el respectivo error de hecho o de derecho y aducir el texto sustantivo desconocido o mal aplicado. Lo mismo en lo atañedero a infracciones que sacrifiquen algún derecho sustantivo del recurrente. Si dentro de la pugna de las instancias y al tenor de lo establecido en el art. 600 del C. J. no hay lugar a recurso alguno contra los autos dictados para mejor proveer, mal pueden ser éstos materia de controversia en casación.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil. — Bogotá, junio diez y seis de mil novecientos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente: Doctor Fulgencio Lequerica Vélez)

Las señoritas Petronila y María Soto Díaz demandaron ante el Juzgado 1º del Circuito de Yarumal a los herederos de la sucesión de su finado padre don José Antonio Soto, doctor Emilio Soto Díaz y la estirpe de Pastora Soto, que la componen los menores Rafael y Emma Cárdenas, representados por su padre señor Pablo Cárdenas, para que con su citación y audiencia, previos los trámites del juicio ordinario, en sentencia definitiva se declare:

1. Que la casa inventariada en la sucesión bajo el número 5, el 15 de julio de 1930, delimitada en la parte final en el hecho primero de esta demanda se ha incluído indebidamente en dicho inventario por no pertenecer la casa a la sucesión;

2. Que en consecuencia, como dueñas que somos de ese inmueble, se disponga su exclusión de los referidos inventarios; y

3. Que se condene en costas a los opo-

sitores si se empeñan en sostener este pleito.

El inmueble cuya exclusión suplican los actores perteneció al finado José Antonio Soto, quien lo adquirió a su vez de Emilio Soto y de Manuel Carrasquilla, respectivamente, mediante las escrituras números 121, de 12 de febrero de 1898 y 64, de 29 de abril de 1900, corridas ambas ante la Notaría de Yarumal.

Por virtud de la subrogación de que da cuenta el instrumento número 432, de 3 de diciembre de 1900, de la misma Notaría, la señora Josefina Díaz de Soto mediante autorización judicial vino a ser dueña de un derecho de tres mil seiscientos pesos ($ 3.600.00), en proporción a un avalúo de ocho mil pesos ($ 8.000.00), en la casa en mención; quedando por lo tanto José Antonio Soto como comunero en el citado inmueble por la cuota de cuatro mil cuatrocientos pesos ($ 4.400.00).

La tradición de la cuota de tres mil seiscientos pesos ($ 3.600.00), adquirida por la señora Díaz de Soto en la finca que se pretende excluír se realizó en esta forma: Josefina Díaz de Soto la trasmitió a Petronila y Mercedes Soto Díaz por la escritura número 418, de 10 de julio de 1924, Notaría 1ª de Yarumal; y Mercedes Soto Díaz vendió a María Soto Díaz un derecho de mil ochocientos pesos ($ 1.800.00), sobre dicho inmueble, mediante la escritura 692, de 24 de noviembre de 1934, de la misma Notaría. Por lo tanto, de este derecho proindiviso de tres mil seiscientos pesos ($ 3.600.00), vinieron a ser dueñas conjuntamente Petronila y María Soto Díaz, por partes iguales, quienes son las actoras en este proceso.

En lo tocante al derecho de cuatro mil cuatrocientos pesos ($ 4.400.00), que se reservó José Antonio Soto, se sucedieron las siguientes tradiciones: José Antonio Soto lo trasmitió a Luis María Soto en virtud del contrato de permuta que reza la escritura 676, de 31 de octubre de 1908, otorgada en la Notaría de Yarumal; Luis María Soto lo trasmitió a Pastora y Petronila Soto por instrumento número 412, de 3 de julio de 1915, de la misma Notaría; y Pastora Soto le vendió a Petronila Soto la cuota de mil ochocientos pesos ($ 1.800.00) que le había comprado a Luis María Soto, mediante la escritura 514, de 12 de octubre de 1919, corrida ante la Notaría dicha.

De modo tal que la totalidad de la finca motivo de la anterior subrogación y de este pleito vino a quedar en el patrimonio de Petronila Soto Díaz y María Soto Díaz, por virtud de las anteriores tradiciones.

En sentencia de 6 de noviembre de 1935 el Juez **a quo** finalizó esta controversia haciendo todas las declaraciones pedidas por las actoras y decidiendo que la casa materia de las anteriores trasmisiones se había incluído indebidamente en los inventarios de la sucesión de José Antonio Soto, por no pertenecer a ella. En consecuencia, dispuso su exclusión de los referidos inventarios, sin condenación en costas.

La sentencia acusada

Apeló del fallo de primer grado el demandado Emilio Soto Díaz y concedido el recurso lo decidió definitivamente el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en sentencia fechada el 25 de septiembre de 1937, en la cual confirmó la de primera instancia y la adicionó en el sentido de declarar no probadas las excepciones de nulidad de los títulos y contratos, error, dolo, prescripción, inepta demanda e ilegitimidad de la personería de las actoras.

Comienza el Tribunal por declarar que las actoras Petronila y María Soto Díaz han comprobado con los instrumentos públicos de que se da cuenta en la parte anterior que eran dueñas de la totalidad del inmueble cuya exclusión de los inventarios, solicitaban, derechos que corresponden a Petronila por un valor de seis mil doscientos pesos ($ 6,200.00), y a María por un valor de mil ochocientos pesos ($ 1.800.00), completándose así el avalúo total de ocho mil pesos ($ 8.000.00),

en que fue estimado tal inmueble en la escritura de subrogación No. 432 de 1900.

Estima el sentenciador de Medellín que la subrogación que se hizo de un inmueble de propiedad exclusiva de Josefina Díaz de Soto a una cuota parte del que es materia de esta acción de exclusión es válida y debe producir la plenitud de sus efectos porque se puede subrogar un inmueble o una cuota o derechos proindiviso sobre éste a otro bien raíz de uno de los cónyuges, sin que esto constituya violación del artículo 1789 del C. C.

Y a juicio del Tribunal no se encuentra esa subrogación en el evento contemplado por el inciso último del artículo 1790, ibídem, porque la casa de la señora Díaz de Soto se subrogó a un derecho proindiviso en otro inmueble, sin que existiera saldo en favor o en contra de alguna sociedad conyugal, que hubiera excedido de la mitad del precio de la finca que recibió la cónyuge.

Considera el Tribunal que tampoco se violó el artículo 1852 del C. C., que declara nulo el contrato de compraventa entre cónyuges no divorciados, porque en primer lugar no está legalmente comprobado el matrimonio de José Antonio Soto con Josefina Díaz; y en segundo término, porque si el contrato adoleciera de nulidad absoluta, por versar sobre un objeto ilícito, quedó saneado por el transcurso del tiempo, dado que la escritura de subrogación número 432 fue registrada en una fecha anterior en más de treinta años a la de esta demanda.

El recurso

Interpone recurso de casación el demandado doctor Emilio Soto Díaz y del texto de la demanda presentada aparece que lo funda en el motivo primero de los consagrados en el artículo 520 del C. J. Se procede a estudiar en su debido orden los cargos formulados:

I. Sostiene el recurrente que hubo infracción de los artículos 665, 669, 749, 783, 747, 757, 1781, 1790, 1791, 1797 y 1852 del C. C., porque "Soto no tenía el dominio pleno, absoluto, en la casa objeto del litigio y no podía, por consiguiente, subrogar la casa en mención a la casa que vendió de Josefina Díaz". Agrega que no hubo subrogación porque el valor de la casa de la señora Díaz fue menos de la mitad del valor de la casa que apareció como de Soto y lo que hubo en realidad fue que la sociedad conyugal Soto-Díaz vino a quedar a deber a la señora Josefina Díaz la cantidad de tres mil seiscientos pesos ($ 3,600.00), conforme al parágrafo 4º del artículo 1790 del C. C.

Considera la Sala de Casación que es infundado este cargo porque para que prosperara sería necesario que se hubiera demostrado procesalmente la existencia de la sociedad conyugal habida entre José Antonio Soto y Josefina Díaz, demostración ésta que permanece ausente del proceso. Sólo entonces podría saberse si efectivamente la finca subrogada por la escritura 432 pertenecía a la sociedad conyugal mencionada y si, por tanto, Soto tenía el dominio absoluto en dicho inmueble; o si lo que hubo fue simplemente que la sociedad conyugal Soto-Díaz vino a ser deudora de Josefina Díaz por el precio de subrogación. La falta de comprobación de dicha asociación de bienes entre cónyuges, deja en el vacío esta pretensión del recurrente.

Al efecto, la finca raíz subrogada en parte la adquirió José Antonio Soto por escrituras números 121 de 1898 y 64 de 1900. Si para esas fechas no había celebrado matrimonio, era de su exclusiva propiedad; si lo había contraído, pertenecía a la sociedad conyugal. Tan importante prueba, necesaria para decidir sobre la tacha presentada en casación, se ignora judicialmente, y es de rigor aceptar la declaración que hizo Soto en el instrumento de subrogación de que dicho inmueble le pertenecía.

Ahora bien: la subrogación que se hizo entre un bien raíz de propiedad de la Díaz y otro de Soto tampoco cae bajo la sanción que establece el artículo 1852 del C.

C., — precepto que declara nulo el contrato de venta entre cónyuges no divorciados, — por la misma razón antes expuesta de que no aparece demostrado el matrimonio entre los contratantes. Fuera de esto, tiene razón el Tribunal cuando dice y sostiene que aun en caso de estar demostrado ese vínculo matrimonial la posible nulidad absoluta en caso de existir por versar sobre un objeto ilícito, quedó saneada por el transcurso del tiempo, al tenor de los artículos 15 de la ley 95 de 1890, reformado por el 2º de la ley 50 de 1936, por cuanto de la fecha del registro de la escritura número 432 a la de presentación de la demanda han pasado más de treinta años.

No es fundado el cargo. Se rechaza.

II. Acusa por infracción de los artículos 1955, 1956 y 1957 del C. C., preceptos que se refieren a la noción y reglamentación del contrato de permuta, y los estima violados porque la permuta es de una finca por otra y no se puede permutar un bien por una cuota indivisa de otro bien.

Parece sostener el recurrente que la subrogación no pudo verificarse por cuanto con el precio del bien vendido a Arturo Euse, de propiedad de la señora Díaz, no se compró otro exclusivamente para la señora Díaz, sino que se operó en unas acciones o cuotas partes sobre un inmueble.

La Corte considera:

Para rechazar el cargo bastaría recordar que no está comprobado el matrimonio Soto-Díaz.

A mayor abundamiento, se observa: Para que se realice el fenómeno de la subrogación es de rigor, en primer término, que tratándose de la mujer casada y antes de la vigencia de la ley 28 de 1932, se obtenga el consentimiento de ésta y la autorización judicial con conocimiento de causa; y en segundo lugar, que se haga constar expresamente la intención de subrogar tanto en la escritura de venta del inmueble de la mujer como en la de compra del destinado a reemplazarlo (artículos 1783, 1789, 1790 y 1791 del C. C.). Esto con el fin de que los terceros que la conozcan sepan la naturaleza jurídica del negocio realizado, al entrar en relaciones con la sociedad conyugal o con cualquiera de los cónyuges.

Todos estos elementos están contenidos en la escritura 432, de 3 de diciembre de 1900, como puede constatarse con la simple lectura de ese instrumento. No hay, por ese aspecto, tacha fundada que oponerle a la subrogación efectuada.

De suerte, pues, que si la subrogación consiste en una permuta, como en el caso de autos, también carece de fundamento el cargo formulado en casación, porque el artículo 1789 del C. C. faculta para hacer la subrogación en valores propios de uno de los cónyuges y aquí la subrogación se efectuó en valores consistentes en derechos proindiviso sobre una casa. Estima la Corte que se puede subrogar un bien raiz de uno de los cónyuges a otro inmueble en su totalidad o a cuotas o derechos proindiviso sobre éste, sin que exista transgresión del artículo 1789 antes citado.

Se rechaza este cargo por infundado.

III. — Violación de los artículos 2641, 2652, 2673 y 2674 del C. C., preceptos que se refieren al registro de los instrumentos públicos. Hace consistir el cargo en que la escritura 676 de octubre de 1908, se inscribió el 2 de noviembre de 1908, en el Libro de Registro Nº 2, cuando debió serlo en el Nº 1º, por tratarse de la trasmisión del dominio de un inmueble.

Debe la Sala de Casación rechazar esta tacha porque, si bien es verdad que dicho instrumento en un principio sólo fue registrado en el Libro Nº 2, posteriormente se hizo el registro o inscripción en el Nº 1º, como consta en la diligencia inserta en la copia que figura al folio 9 del Cuaderno 6. Pudiendo repararse esta omisión en cualquier tiempo adquiere ese instrumento su debido valor probatorio y es aplicable al caso la doctrina sustentada por la Corte de que la inscripción o registro de un título es formalidad posterior al otorgamiento de la escritura, que puede realizarse en cualquier tiempo, salvo el re-

gistro de la hipoteca. Mientras no se realiza, suspende la fe probatoria que debe darse al instrumento, pero no arruina el vínculo contractual voluntariamente creado, ni hace desaparecer las prestaciones contraídas.

Aparte de lo dicho, la técnica de este recurso exigía que este cargo se presentara como violación de la ley, pero a través de un error de derecho en la apreciación de tal elemento probatorio y así no se hizo, como era de rigor, para poder apreciarlo.

IV.—Violación de los artículos 600, 601, 745 y 746 del C. J., preceptos que se refieren a la facultad de dictar autos para mejor proveer, a la apreciación por parte del juzgador de las pruebas del proceso y al término probatorio en los juicios ordinarios.

Estima esta Sala, ante todo, que la mayoría de esas normas tienen carácter estrictamente adjetivo y su posible o supuesta infracción no puede dar motivo y fundamento al recurso de casación, dado que éste sólo puede tener operancia en la violación de normas sustantivas creadoras o reguladoras de derechos de esa índole. Si se pretende que ha incurrido el Tribunal en equivocada apreciación de una prueba, la vía regular no es señalar como infringido el art. 601 del C. J., sino alegar el respectivo error de hecho o de derecho y aducir el texto sustantivo desconocido o mal aplicado. Lo mismo en lo atañedero a infracciones que sacrifiquen algún derecho sustantivo del recurrente. Si dentro de la pugna de las instancias y al tenor de lo establecido en el artículo 600 del C. J., no hay lugar a recurso alguno contra los autos dictados para mejor proveer, mal pueden ser estos materia de controversia en casación.

Se rechaza el cargo.

V.—Violación de los artículos 6, 1740 y 1741 del C. C. y 15 de la Ley 95 de 1890, que hace consistir en que propuso las excepciones de ilegitimidad de la personería, nulidad de los títulos y contratos, dolo, prescripción e inepta demanda, y el Tribunal falló sobre ellas desconociéndolas, no obstante ser esas excepciones más claras que la luz del día "porque los títulos, base del juicio, adolecen de nulidad absoluta". La ilegitimidad de la personería de los menores demandados Rafael y Emma Cárdenas salta a la vista porque no podían ser representados por su padre legítimo Pablo Cárdenas, debido a que se presupone que tiene interés en el negocio como esposo de la finada Pastora Soto. Estima infringidos por este concepto los artículos 246, 455, 448 y 457 del C. J.

La Corte considera:

Conviene observar que el Tribunal en su sentencia sí estudió el fenómeno de la nulidad absoluta expresando las razones legales que le asisten para no decretar la excepción que en ella se pretende fundar. Dijo el sentenciador que no era el caso de considerar absolutamente nulo el contrato de subrogación porque no se había demostrado en los autos el matrimonio de los contratantes Soto y Díaz, y que aun evidenciado ese enlace legítimo, no debía aplicarse la sanción de nulidad consagrada en el artículo 1852 del C. C. debido a que habían transcurrido más de treinta años entre el registro de esa convención y la fecha de la demanda, circunstancia que sanearía la posible nulidad de acuerdo con el artículo 15 de la Ley 95 de 1890, reformado por el 2 de la Ley 50 de 1936.

En lo referente a la ilegitimidad de la personería de los demandados menores de edad Rafael y Emma Cárdenas, se observa que no aparece demostrado en el proceso el pretendido interés de su padre legítimo en este litigio, interés que en forma alguna puede derivarse de la simple manifestación que haga el recurrente. Tampoco aparece este interés por parte de Pablo Cárdenas por el hecho de que su difunta mujer Pastora Soto vendiera a la actora Petronila Soto una cuota de mil ochocientos pesos ($ 1.800.00), en la casa que es materia de este pleito, mediante la escritura 514 de 1919, ya que esa circunstancia no alcanza a crear un interés patrimonial que cohibe al cónyuge pa-

ra ejercer la representación judicial de sus hijos menores. Se rechaza el cargo.

VI.—Dice el recurrente que "la excepción de prescripción está plenamente acreditada, una vez que el finado señor José Antonio Soto no se desprendió un momento de la casa y los herederos hemos continuado esa posesión, y por lo mismo infringió los artículos 2512 y siguientes del C. C."

No es fundada esta tacha y para rechazarla es suficiente transcribir lo que dijo el Tribunal en su sentencia, a saber:

"Algunos testigos presentados por el demandado afirman que a pesar de que el Sr. José Antonio Soto se desprendió del dominio del inmueble continuó poseyéndolo después de 1900 hasta el año de 1921 o 1922 en que falleció; pero no se demostró que esta posesión se hubiera ejercido con ánimo de señor y dueño, pues la ocupación de la casa pudo obedecer a mera tolerancia de sus verdaderos dueños que lo eran la señora Josefina Díaz de Soto y sus hijas, fuera de que faltándole justo título al señor Soto, bien constitutivo o traslaticio de dominio, era absolutamente indispensable para que se verificara la prescripción extraordinaria, una posesión pacífica, tranquila y no interrumpida, durante treinta años".

Adviértese que el fallador sí estudió y estimó la prueba testimonial presentada como demostración de la prescripción adquisitiva, para llegar a la conclusión de que no era suficiente para evidenciar su duración ni el **animus domini**. Y esta apreciación del Tribunal escapa a toda rectificación en casación, en virtud de la libertad de criterio que para enjuiciar las pruebas le reconoce la ley mientras no se demuestre la existencia de un error de hecho manifiesto o de derecho en su estimación, caso que no ha evidenciado el recurrente.

Es infundado el cargo.

Fallo

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia de fecha 25 de septiembre de 1937 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín y que es motivo de la casación.

Las costas del recurso son de cargo del recurrente.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la **Gaceta Judicial** y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

José Miguel Arango — Isaías Cepeda. Liborio Escallón — Ricardo Hinestrosa Daza — Fulgencio Lequerica Vélez—Hernán Salamanca — Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

ACCION PARA EL PAGO DE PERJUICIOS — RIESGO

1. Para que el error de hecho se justifique es necesario que él sea tan claro y patente que no admita interpretación distinta del sentido literal en que está concebida la demanda. — 2. El riesgo creado por una persona natural o jurídica, al poner en juego sus actividades, no da nacimiento por sí solo a la obligación de reparar los daños y perjuicios acaecidos por ese riesgo, teoría expuesta por algunos expositores y que la Corte hasta ahora no ha prohijado y sí rechazado.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Civil — Bogotá, junio diez y nueve de mil novecientos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor José Miguel Arango).

Antecedentes

Alirio Duque Olano prestaba servicios de contador a la Compañía de Petróleos Schell, en el punto denominado Zambito en el Departamento de Santander del Sur. Como sufriera alguna irritación en un ojo, solicitó y obtuvo de la mencionada empresa los servicios consiguientes de asistencia médica, primero en el campamento de la compañía y en segundo lugar en la ciudad de Medellín, en la respectiva clínica, en donde hubo lugar de someterlo a una operación quirúrgica que dio por resultado el que le extrajeran el ojo enfermo.

El apoderado judicial de Duque Olano, en vista de lo acaecido, demandó a la empresa dicha, domiciliada en Bogotá, para que se hicieran estas declaraciones:

a) Que la Compañía de Petróleos Schell de Colombia, sociedad anónima comercial domiciliada en Bogotá, es civilmente responsable de la pérdida del ojo derecho y del notable menoscabo del ojo izquierdo sufridos por mi mandante Alirio Duque Olano mientras se encontraba al servicio o bajo la dependencia de dicha compañía o de sus representantes agentes o dependientes o solamente por causa del riesgo creado por la misma empresa, hechos que tuvieron lugar durante el segundo semestre del año de 1939.

b) Que dicha compañía está obligada a pagar al señor Duque Olano, dentro del término legal, el valor que se fije por peritos o que usted fije de conformidad con la ley a la indemnización de los perjuicios referidos;

c) Subsidiariamente a la petición anterior: Que la citada compañía es civilmente responsable de la disminución del sentido de la vista sufrida por mi mandante Alirio Duque Olano durante el segundo semestre del año de 1939 por culpa de dicha empresa o de su representante, agentes o dependientes o solamente por causa del riesgo creado por la misma empresa;

d) Subsidiariamente a la petición b) ya formulada: Que dicha compañía debe pagar al citado Duque Olano, dentro del término legal, el valor que se fije por peritos dentro del juicio o que usted fije de conformidad con la ley a la indemnización de los perjuicios causados a dicho señor Duque Olano con la disminución de su vista producida por hechos ocurridos durante el segundo semestre del año de 1939 por culpa de esa empresa o de sus representantes, agentes o dependientes o solamente por causa del riesgo creado por esa misma empresa;

e) En caso de no fijarse el valor de la

indemnización referida durante el juicio que se inicia, ese valor se fijará de acuerdo con el procedimiento sumario previsto por el artículo 553 del Código Judicial.

El Juez de la. instancia, en proveído de cuatro de marzo de 1941, absolvió a la compañía de todos los cargos formulados en la demanda, sin hacer condenación en costas.

Apelado dicho fallo, el Tribunal Superior de Bogotá, lo confirmó por sentencia de 11 de julio de 1941.

El apoderado de Duque Olano interpuso el correspondiente recurso de casación y como la tramitación está agotada, se procede a resolverlo.

Tres son los capítulos de acusación que el recurrente le formula al fallo así:

I. Error manifiesto en la interpretación de la demanda, al considerar que la acción intentada provenía de una culpa contractual.

Este error condujo al sentenciador a juzgar que la obligación de la demanda era de medio y no de resultado, con quebrantamiento, a consecuencia de ese error, de los artículos 1603, 2341, 1501 del Código Civil, 3 de la ley 4 de 1921, 16 de la ley 15 de 1925, 1 y 2 del decreto ley 565 de 1939 y 4, 5, 6 y 7 del decreto ley 1268 de 1939.

II. Violación de los artículos 1757, 15 y 16 del Código Civil a consecuencia del error manifiesto en que incurrió el sentenciador al interpretar las afirmaciones del actor en la demanda, de la valoración del recibo y por falta de apreciación de las declaraciones que nominalmente enumera el recurrente.

III. Considerando, dice el recurrente, por vía de hipótesis, que la demanda quedó colocada irrevocablemente en el terreno contractual, el Tribunal quebrantó las disposiciones de los artículos 1602 y 1604.

Estos reparos se estudiarán en el orden en que fueron presentados.

I. El Tribunal conceptuó que la demanda se hallaba concebida en términos vagos que no permitía apreciar exactamente, si la responsabilidad que se le imputaba a la compañía era contractual o extracontractual, fundándose en que en la demanda se dijo que la Schell es de las empresas obligadas en Colombia a prestar a sus trabajadores los servicios médicos, quirúrgicos, farmacéuticos y de hospitalización, y en general a velar por la salud y vida de los trabajadores, agregando después, que el daño sufrido por Duque Olano se debe a culpa de la citada compañía o de sus representantes, agentes o dependientes o simplemente al riesgo creado por la misma compañía con la explotación que ha venido realizando en Colombia, y por consiguiente es civilmente responsable de ese daño, fundamento éste que a su vez permite concluír que la cuestión sobre responsabilidad se planteó en el terreno de la culpa extracontractual o culpa aquiliana.

Hay verdadera duda acerca de qué clase de responsabilidad se le exige hoy a la compañía. El juez de instancia conceptuó que se trataba de una culpa aquiliana, el Tribunal de una contractual y el recurrente considera que es extracontractual, contrariando lo que el apoderado de Duque Olano asentó en su alegato de conclusión ante el Tribunal de Bogotá, en donde dijo: "la demanda se colocó en el terreno contractual como se ve fácilmente tanto en la parte petitoria de la demanda como en los hechos que le sirve de fundamento", aseveración ésta que no concuerda con la que el mismo apoderado hizo al final de su alegato, en donde considera que "los perjuicios sufridos por el demandante fueron producidos por culpa de esa compañía o de sus representantes, dependientes o autoridades, lo que establece con toda claridad que la culpa de la compañía consistió en el incumplimiento de la obligación de velar por la salud de su empleado".

El recurrente considera que la compañía violó a la vez el deber contractual referente a la obligación de tratar al trabajador como ser humano y el deber legal o extracontractual de prestar ciertos servicios higiénicos al asalariado, lo que indica que él considera que la demanda se

apoyaba tanto en la culpa contractual como en la extracontractual.

Si los jueces, y los abogados de las partes no concuerdan, sino que discrepan abiertamente sobre la calidad de la culpa que se le imputa a la compañía demandada, salta a la vista que el tribunal de Bogotá al considerar que la demanda se funda en una culpa contractual, no pudo incurrir en esa interpretación en un error de hecho evidente, puesto que para que este error se justifique es necesario que él sea tan claro y patente que no admita interpretación distinta del sentido literal en que está concebida la demanda.

Si el Tribunal, a juicio de la Corte, no incurrió en error de hecho en la interpretación de la demanda, no pudo a consecuencia de ese error, que no ha existido, quebrantar las disposiciones, citadas por el recurrente en su primer capítulo de acusación.

II. Como segundo cargo considera el recurrente que el sentenciador violó los artículos 1757, 15 y 16 del Código Civil. El primero como consecuencia del error manifiesto de hecho en que incurrió en la interpretación de las afirmaciones del actor en la demanda, de la valoración del recibo que éste otorgó y por falta de apreciación de algunas declaraciones.

Se considera:

No pudo el Tribunal quebrantar el artículo 1757 del Código Civil porque si la responsabilidad de la compañía era contractual tocábale al demandante puntualizar cuáles fueron las obligaciones que la compañía dejó de cumplir para con Duque Olano emanadas del contrato. Se ha visto que la Schell le prestó al demandante los correspondientes servicios médicos en el campamento y luégo lo envió a Medellín a una clínica especial donde lo trataron. La obligación de velar la compañía por la salud de sus empleados, la cumplió prestándole a Duque los servicios médicos del caso. Si esos servicios fueron insuficientes, defectuosos o mal dirigidos, técnicamente hablando, esa demostración correspondía al demandante, que no hizo al respecto diligencia alguna y que no podía hacerla, dentro del proceso, porque en la demanda no se dijo que la compañía hubiera prestado esos servicios defectuosamente, ni esos hechos se adujeron como fundamento de la responsabilidad de la compañía.

El sentenciador afirmó que el certificado expedido por el actor en que constaba que la compañía había sufragado los gastos de enfermedad tanto en el campamento como en la clínica de Medellín, y que había recibido una suma de dinero correspondiente a la cesantía, era un documento que servía para comprobar que la compañía sí había cumplido con las obligaciones que el contrato de trabajo le imponía, como prestaciones sociales.

El recurrente sostiene que ese documento no tiene valor ninguno, porque los derechos provenientes de las prestaciones sociales son de orden público que no pueden renunciarse.

El documento anterior no implica una renunciación de derechos ni en ese sentido lo apreció el sentenciador. Lo consideró como un documento posterior a los servicios prestados por la compañía a Duque Olano, y apreciar en tal sentido ese documento, no tiene nada de injurídico, porque un trabajador bien puede certificar que la compañía cumplió para con él todas las prestaciones sociales a que estaba obligada por las leyes colombianas. El reconocimiento de ese hecho no implica renuncia de los derechos sociales por parte del agraciado.

Por estas razones se desecha el cargo por violación de los artículos 1757, 15 y 16 del Código Civil.

III. Como último cargo, considera el recurrente que aun en el caso de que se coloque la demanda en el terreno contractual, el tribunal violó igualmente los artículos 1602 y 1604 del Código Civil.

Sostiene el apoderado del demandante, en casación, que el Tribunal consideró que no se habían precisado en la demanda los actos de inejecución de la obligación de medios que según él era la con-

traída en el contrato de trabajo por la demandada, a pesar de que en aquella se afirmó que no habían sido adecuados los servicios médicos y hospitalarios prestados al actor por cuenta de la compañía y que luégo se acreditó que Duque Olano solicitó y obtuvo servicios para una afección en el ojo que el médico no pudo diagnosticar y que terminó con la oblación del ojo en una clínica de Medellín. Así las cosas correspondía a la compañía demandada acreditar la diligencia y cuidado que empleó.

Se observa:

En ninguno de los hechos que sirven de base a la demanda se dijo que los servicios prestados por la compañía al demandante hubieran sido descuidados, ineficaces y desprovistos del tecnicismo que el caso requería. Si el daño se hubiera situado en el terreno de la negligencia o descuido por parte de la compañía, favorecería al demandante la presunción de culpa que en ese caso recae sobre la compañía, pero no siendo el descuido o negligencia de la Schell la causa del daño o perjuicio sufrido por el demandante, no correspondía a la compañía comprobar su diligencia y cuidado en el tratamiento aplicado a Duque Olano. La prueba pesaba sobre el demandante si consideraba que la compañía no había cumplido para con él alguna o algunas de las obligaciones contractuales, expresamente manifestadas en el contrato, o las generales que han de considerarse incorporadas a él de acuerdo con nuestra ley.

Ya se ha dicho y ahora se repite que el riesgo creado por una persona natural o jurídica, al poner en juego sus actividades, no da nacimiento por sí solo a la obligación de reparar los daños y perjuicios acaecidos por ese riesgo, teoría ésta expuesta por algunos expositores y que la Corte hasta ahora no ha prohijado y sí rechazado.

Así, en sentencia de 1º de diciembre de 1938, **Gaceta Judicial**, número 1943, página 454, dijo la Corte: "Ni la ley ni la doctrina autorizan el ejercicio de esa acción híbrida, según expresión de los expositores, porque la justa posición o acumulación de esas dos especies diferenciadas de responsabilidad es imposible, ya que la contractual, por su propia naturaleza, excluye la general por el delito".

No ha dicho el sentenciador que el contrato válidamente celebrado no sea una ley para los contratantes y que él no debe ejecutarse de buena fe. Al contrario, partió del supuesto que el contrato celebrado entre Duque Olano y la compañía era legal y que debía ejecutarse de buena fe, pero que el demandante no había demostrado qué obligaciones dejó de cumplir la compañía y por ello la absolvió. No puede decirse, en consecuencia, que el fallador haya quebrantado estos textos legales.

Por lo expuesto la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Falla:

1. No se infirma la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá de fecha once de julio de mil novecientos cuarenta y uno.

2. Las costas son de cargo del recurrente.

Notifíquese, cópiese, publíquese, insértese en la **Gaceta Judicial** y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

José Miguel Arango — Isaías Cepeda. Liborio Escallón — Ricardo Hinestrosa Daza — Fulgencio Lequerica Vélez—Hernán Salamanca — Pedro León Rincón, Srio.

ACCION PARA EL PAGO DE PERJUICIOS — CULPA — SUS FUENTES—EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS — TEORIA DEL RIESGO

1. Dos son las fuentes de la culpa: la que nace de un acto contractual y la que se deriva de un hecho que infiere perjuicio o daño a otro sin vinculación jurídica previa. La primera, como es obvio, es la llamada contractual; la segunda es la denominada por algunos tratadistas delictual, pero que con más propiedad ha de calificarse de extracontractual o aquiliana. Ambas culpas se traducen en la indemnización de perjuicios, pero tienen fuentes muy distintas: en la una el acto jurídico, en la otra el hecho, y en sus proyecciones concretas, y su naturaleza y trascendencia tienen configuración legal muy distinta. Por eso ha sostenido la Corte, como lo sostienen los tratadistas, que esas dos culpas no pueden, en general, acumularse en una misma demanda, por cuanto son entidades de diversa naturaleza y hasta contradictorias muchas veces, pues no se ve cómo una culpa contractual pueda generar una acción delictual, ni cómo ésta pueda tener como base un pacto jurídico. Aún más: en la misma culpa extracontractual y según el sistema de nuestro código civil, se halla ésta dividida en tres categorías o grupos: el primero constituído por los artículos 2341 y 2345 que contienen los principios generales de la responsabilidad delictual y cuasi delictual del hecho personal; el segundo formado por los artículos 2346, 2347, 2349 y 2352 que regulan lo relativo a la misma responsabilidad por el hecho de personas que están bajo el cuidado o dependencia de otro, y el tercero que comprende los artículos 2350, 2351, 2353, 2354, 2355 y 2356, que se refiere a la responsabilidad por las cosas animadas o inanimadas. Y esta distinción no es meramente académica, sino que constantemente influye en la solución de los múltiples casos que al respecto se presentan, por cuanto cada uno de esos tres grupos contempla situaciones distintas e inconfundibles, de manera que no es posible resolver problemas relativos al tercer grupo con las normas del segundo. Por eso llamó la Corte la atención, entre otras sentencias, a la de 25 de febrero de 1942, en que sostuvo que el artículo 2356 del C. C. no es una repetición del 2341 de la misma obra, como algunos creyeron, por cuanto reglan situaciones muy distintas, especialmente desde el punto de vista de la prueba. — 2. La *exceptio non adimpleti contractus* no es pertinente sino cuando la fuente de la obligación es la primera de las enumeradas en el artículo 1494 del Código Civil, el contrato, y no tiene incidencia en tratándose de la culpa extracontractual, pues la exoneración de la responsabilidad por caso fortuito, fuerza mayor, o intervención de un elemento extraño, dentro la cual pueda estar el error de la víctima, constituye, según los casos, la defensa cuando se ejercita la acción por esta última clase de culpa. — 3. El artículo 2356 parte, como es obvio, de la base de que no existe vinculación contractual entre la víctima y el responsable del daño sino que deriva de la responsabilidad, de la malicia o de la negligencia del autor del daño. Basta establecer que éste se causó, basta la relación de causalidad, para deducir el perjuicio; la enumeración que hace esa norma no es taxativa, como lo ha dicho la Corte, sino enumerati-

va, por vía de ejemplo. Si lo anterior es evidente, lo es también, como lo ha dicho esta Corte, que el artículo 2356 no establece la llamada teoría del riesgo, porque en ésta no existe exoneración de responsabilidad, al paso que en la teoría de la culpa y en el caso del artículo que acaba de citarse, se parte de la presunción de responsabilidad, que pesa sobre el autor del daño, pero que puede ser desvirtuada por la fuerza mayor siempre; por el caso fortuito, pero con ciertos requisitos puesto que cuando el caso fortuito pudo ser previsto, no excusa, y por la intervención de un elemento extraño, dentro del cual puede caber el error de conducta de la víctima (artículo 2357 C. C.).—4.—Ha sostenido la Corte que no pueden involucrarse en una misma demanda la responsabilidad contractual y la delictual, pues ni la ley ni la doctrina autorizan el ejercicio de esta acción híbrida, según expresión de los expositores, porque la yuxtaposición o acumulación de estas dos especies diferenciales de responsabilidad es imposible, ya que la contractual, por su propia naturaleza, excluye la generada por el delito.—5.—La acción de indemnización de perjuicios por el hecho que causa la muerte de una persona es una acción directa de los directamente perjudicados y entonces no es necesario hacerla valer a través de una sucesión, o de una sociedad conyugal disuelta.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Civil — Bogotá, junio veinticuatro de mil novecientos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Liborio Escallón).

Los siguientes hechos no tienen discusión en este proceso: El 30 de enero de 1936 Angel M. Trujillo estaba subido sobre un andamio que había sido montado por orden y bajo la dirección de los respectivos empleados municipales del Municipio de Medellín, colocando unos vidrios en el Palacio Municipal de dicha ciudad, cuando de pronto se desplomó el andamio, cayó el obrero Trujillo de considerable altura, sobre la "Avenida de Greiff", costado Norte de dicho palacio, y fue recogido con una fractura en el cráneo, de la cual murió pocos momentos después. El expresado Trujillo no era empleado ni obrero del Municipio de Medellín, sino que estaba bajo la dependencia de Pedro Pablo Pérez quien había hecho un contrato con el doctor Manuel Alvarez L., representante para ese efecto del Municipio de Medellín para la colocación de vidrios en puertas y ventanas y pintura de éstas en el mencionado palacio.

Carlina Montoya en su carácter de viuda y heredera de Trujillo quien no dejó otros herederos, demandó al Municipio de Medellín para que fuera condenado a indemnizarle perjuicios por la muerte de su marido, causada por el desprendimiento del andamio, por cuanto según la actora, el Municipio ha debido contruír ese andamio con la debida solidez y cuidado de modo que no se presentara ningún accidente.

Fundó su acción en los artículos 2341, 2342, 2347, 2352, 2356 y 2357 del C. Civil, o en otros términos, hace reposar su derecho en la culpa extracontractual del Municipio de Medellín.

El Juez Segundo de ese Circuito, en sentencia de 15 de febrero de 1939, absolvió a la parte demandada por carencia de pruebas.

Apeló la demandante; en la segunda instancia se produjeron varias pruebas y en tiempo oportuno el Tribunal Superior de Medellín, sentencia de 27 de julio de 1941, revocó la del inferior y condenó al Municipio a pagar la indemnización que se fije por el procedimiento del artículo 553 del C. Judicial.

El señor Fiscal del Tribunal de Medellín interpuso recurso de casación. Le fue concedido y ante la Corte el señor Procurador Delegado en lo Civil asumió la de-

fensa del Municipio y presentó la correspondiente demanda de casación.

Procede a decidirse sobre la suerte del recurso.

En primer término acusa el señor Procurador la sentencia por la causal 2ª del artículo 520 del C. Judicial y por la primera en cuanto asevera que el fallo viola los artículos 1602, 1603 y 1604 del C. Civil.

La Corte considera: Dos son las fuentes de la culpa: la que nace de un acto contractual y la que se deriva de un hecho que infiere perjuicio o daño a otro sin vinculación jurídica previa. La primera, como es obvio, es la llamada contractual; la segunda es la denominada por algunos tratadistas la delictual pero que con más propiedad ha de calificarse de extracontractual o aquiliana. Ambas culpas se traducen en la indemnización de perjuicios, pero tienen fuentes muy distintas, en la una el acto jurídico, en la otra el hecho, y en sus proyecciones concretas, y su naturaleza y trascendencia tienen configuración legal muy distinta. Por eso ha sostenido la Corte, como lo sostienen los tratadistas, que esas dos culpas no pueden, en general, acumularse en una misma demanda, por cuanto son entidades de diversa naturaleza y hasta contradictorias muchas veces, pues no se ve cómo una culpa contractual pueda generar una acción delictual, ni cómo ésta pueda tener como base un pacto jurídico.

Aún más: En la misma culpa extracontractual y según el sistema de nuestro Código Civil, se halla ésta dividida en tres categorías o grupos: el primero constituído por los artículos 2341 y 2345 que contienen los principios generales de la responsabilidad delictual y cuasi delictual del hecho personal; el segundo formado por los artículos 2346, 2347, 2348, 2349 y 2352 que regulan lo relativo a la misma responsabilidad por el hecho de personas que están bajo el cuidado o dependencia de otro, y el tercero que comprende los artículos 2350, 2351, 2353, 2354, 2355 y 2356, que se refiere a la responsabilidad por las cosas animadas o inanimadas.

Y esta distinción no es meramente académica, sino que constantemente influye en la solución de los múltiples casos que al respecto se presentan, por cuanto cada uno de estos tres grupos contempla situaciones distintas o inconfundibles, de manera que no es posible resolver problemas relativos al tercer grupo con las normas del segundo. Por eso la Corte llamó la atención, entre otras, en sentencia de veinticinco de febrero del año en curso a que el artículo 2356 del C. Civil no es una repetición del 2341 de la misma obra como algunos creyeron por cuanto reglan situaciones muy distintas, especialmente desde el punto de vista de la prueba. En sentencia de 12 de mayo de 1939 (G. J. Tomo XLVIII, páginas 23), y 18 de noviembre de 1940 (G. J. Nos. 1964 y 1965, páginas 437 a 443) entre otras, se estudió a espacio este mismo asunto y se sostuvo la misma doctrina que se expresa en este fallo.

El Tribunal de Medellín, es cierto que dedujo la responsabilidad del Municipio por la muerte de Angel María Trujillo; pero se equivocó, lo mismo que el Personero Municipal y cambiando la acción incoada, basó su sentencia como si se tratara de la culpa contractual. Dijo así en lo pertinente: "Como medio defensivo, además de los expuestos, a ninguno de los cuales ocurrió el Municipio demandado, también podía valerse éste del principio que se consagra en el artículo 1604 del C. Civil que estatuye, entre otras cosas, que la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearla y la del caso fortuito al que la alega. Ya se expresó que nada hizo el Municipio en pro de una demostración de esa naturaleza. Tampoco alegó ni probó la exceptio non adimpleti contractus, consagrada en el artículo 1609 del C. Civil, que en el caso de que hubiera existido podría haber actuado en afectación de la responsabilidad que se le reclama".

Erróneo es lo anterior, aplicado al presente pleito por dos razones: a) porque la

demandante no invocó la culpa contractual, ni se refirió para nada a ella, sino que reclama la indemnización del Municipio, por un hecho culposo de éste, que produjo el accidente que ocasionó la muerte de su marido; y b) porque en tratándose de la culpa extracontractual no se ve cómo pueda tener cabida el artículo 1609 del C. Civil. La **exceptio non adimpleti contractus** no es pertinente sino cuando la fuente de la obligación es la primera de las enumeradas en el Art. 1494 del C. Civil, el contrato, y no tiene incidencia en tratándose de la culpa extracontractual, tanto por lo ya expresado arriba, como porque la exoneración de la responsabilidad, por caso fortuito, fuerza mayor, o intervención de un elemento extraño, dentro de la cual puede estar, el error de conducta de la víctima constituye, según los casos, la defensa cuando se ejercita la acción por esta última clase de culpa.

Significa lo anterior que la acusación del señor Procurador Delegado en lo Civil, de la Nación, es válida, por la primera causal de casación que invoca y da por lo mismo motivo para casar la sentencia parcialmente, y no sólo para rectificar la tesis del Tribunal, porque como se verá luégo, es preciso variar la parte condenatoria del fallo.

La causal segunda invocada también por el señor Procurador en el primer cargo, no puede prosperar, por cuanto el Tribunal falló sobre la acción subsidiaria de la demanda y aun cuando en esto hubo un error, eso no significa que la sentencia no se esté de acuerdo con las pretensiones oportunamente deducidas, por cuanto como acaba de decirse, la demandante en la petición subsidiaria, demandó para la sociedad conyugal y así lo decretó el fallador de Medellín.

En la sentencia de instancia que procede a dictar la Corte se estudiarán los demás cargos que hace el señor Procurador en su demanda.

No tiene la Corte necesidad de considerar los factores de hecho de que se hizo mérito al principio de este fallo, porque como se dijo, son indiscutibles. El asunto se plantea desde un punto de vista doctrinario.

La acción ejercitada por Carlina Montoya v. de Trujillo es la consagrada en el artículo 2356 del C. Civil, y los demás relativos a la culpa extracontractual, son impertinentes, en lo cual la Corte está de acuerdo con el señor Procurador.

El artículo 2356, parte, como es obvio, de la base de que no existe vinculación contractual entre la víctima y el responsable del daño sino que deriva la responsabilidad de la malicia o de la negligencia del autor del daño. Basta establecer que éste se causó, basta la relación de causalidad, para deducir el perjuicio; la enumeración que hace esa norma no es taxativa, como lo ha dicho la Corte, sino enumerativa, por vía de ejemplo. Si lo anterior es evidente, lo es también, como lo ha dicho esta Corte, que el artículo 2356 no establece la llamada teoría del riesgo, porque en ésta no existe exoneración de responsabilidad, al paso que en la teoría de la culpa y en el caso del artículo que acaba de citarse, se parte de la presunción de responsabilidad, que pesa sobre el autor del daño, pero que puede ser desvirtuada por la fuerza mayor siempre; por el caso fortuito, pero con ciertos requisitos puesto que cuando el caso fortuito pudo ser previsto, no excusa, y por la intervención de un elemento extraño, dentro del cual puede caber el error de conducta de la víctima (artículo 2357 del C. Civil).

Demostrado que el andamio construído por el Municipio, por los agentes de éste, que es lo mismo, en el Palacio Municipal de Medellín, para hacer unas obras, postura de vidrios y pintura de ventanas, se desprendió de considerable altura; demostrado que estaba trabajando en ese momento Angel María Trujillo, y que al desplomarse éste cayó sobre la calle y ese accidente le causó la muerte momentos después, se concluye que la presunción de responsabilidad recae sobre el Municipio demandado.

Este por su parte no demostró ningu-

no de los factores atrás anotados que lo hubieran podido eximir de responsabilidad; no la fuerza mayor, como un terremoto; no el caso fortuito, realmente difícil, porque cuando un andamio se desprende, se desploma o cae, no siendo por fuerza mayor, es de suponerse que fue por errores de técnica en su construcción, o mal calculada la resistencia para el peso que debía soportar, o algo análogo; no error de conducta en Trujillo.

Luego es de aplicación al caso de este pleito lo dispuesto por el artículo 2356.

Cree la Corte del caso transcribir lo pertinente de la sentencia de fecha 1º de diciembre de 1938 (G. J. Nº 1943) en la cual esta Corporación fijó la distinción entre la culpa contractual y la aquiliana, al sostener que no pueden involucrarse la responsabilidad contractual y la delictual en una misma relación jurídica. "Ni la ley ni la doctrina, dijo en esa sentencia la Corte, autorizan el ejercicio de esta acción híbrida, según expresión de los expositores, porque la yustaposición o acumulación de estas dos especies diferenciales de responsabilidad es imposible, ya que la contractual, por su propia naturaleza, excluye la generada por el delito. Lo que puede acontecer es que hay hechos que además de tener la calidad de culposos con relación a determinado contrato por su propia mesmedad jurídica, independiente de todo arrimo contractual, pueden constituír así mismo fuente de responsabilidad como culpa delictual, dando así origen y posibilidad a dos acciones que pueden ejercitarse independientemente pero que no son susceptibles de acumulación porque se llegaría así a una injusta e injurídica dualidad en la reparación del perjuicio".

"Los artículos 2347 y 2356 del C. Civil consagran el principio de la responsabilidad indirecta por el hecho de personas que están al cuidado o bajo la dependencia de otra o proveniente de cosas sometidas al control de otra persona y "sobre las cuales, como puede leerse en la sentencia mencionada, se han edificado jurisprudencialmente en repetidas sentencias de casación las presunciones de culpa consistente en una falta de vigilancia o en una mala elección. No está desviada en la sentencia la aplicación de estos preceptos y doctrinas porque la cuestión de hecho revelada por el mérito de las pruebas sometía la decisión al imperio de estas reglas que gobiernan los casos en que la responsabilidad no proviene directamente del acto presonal del demandado sino que es legalmente presunta por su culpa **in eligendo** o **in vigilando**. La causa próxima o inmediata del daño reside en estos casos en el hecho del hijo, del pupilo, del demente, del empleado, el animal o la cosa, pero como la actividad de estas personas o el hecho del animal o de las cosas debe estar sometido al control y vigilancia de otra persona, la ley presume la culpa de ésta, sin la cual el daño no se hubiera ocasionado".

Tiene razón el señor Procurador en cuanto ataca la condenación del Tribunal a favor de la sociedad conyugal ilíquida disuelta por la muerte de Angel María Trujillo. En la demanda se pide ante todo la indemnización a favor de la demandante, y está bien esa petición, por esto: Cuando la evolución doctrinaria y jurisprudencial, respecto de las proyecciones y alcance de la culpa extracontractual se inició, dudaron algunos y hubo divergencias sobre si el daño causado por el accidente que era causa eficiente de la muerte de la víctima, podía considerarse como un bien patrimonial suyo, que entrara en su herencia, que acreditara en parte, a la sociedad conyugal que hubiera tenido formada, o si por el contrario la indemnización producida por el accidente letal, no podía estimarse como bien patrimonial del fallecido trágicamente sino que debía considerarse como una reparación compensatoria a favor de quienes directamente sufrían el perjuicio por la muerte producida por un accidente o hecho de otro.

Los doctrinantes y la jurisprudencia, se inclinaron a esta última tesis después de analizar y pesar todas las razones que sustentan la contraria y partiendo de una

juiciosa observación ampliaron la tesis de una manera general. El padre cuyo pequeño hijo, a quien sostiene y atiende, muere en un accidente, no sufre por regla general un perjuicio material por esa muerte, pero sí indudablemente, un perjuicio moral, que se traduce posteriormente en el **pretium doloris**; es claro que el niño no sufre ni puede sufrir ese perjuicio moral, de manera que éste no entra ni puede entrar dentro de su patrimonio, para acrecentarlo y para que su padre lo estime como bien de esa sucesión y lo cobre en su carácter de heredero. Si así no fueran las cosas, muchas veces no habría lugar a la indemnización de perjuicios por la muerte de un niño porque, si por una parte el padre podría no haber sufrido perjuicios materiales, que es lo general, por esa muerte, por la otra no podría ni tendría acción para cobrar una indemnización, que no había entrado nunca al patrimonio de su hijo.

Extendido lo anterior al perjuicio material, el accidente que causa la muerte de una persona, y que da lugar a la indemnización de perjuicios, tampoco puede considerarse como un bien patrimonial del muerto, por cuanto la muerte, no tiene eficacia, para acrecentar el patrimonio del fallecido. Entonces son las personas que ya por vivir directamente del esfuerzo del muerto, ya por derivar utilidad cierta y directa de las actividades del fallecido, las que tienen el derecho, la personería, la acción, para reclamar o pedir la indemnización de perjuicios, porque ellas directamente han sido las perjudicadas.

La acción pues de indemnización de perjuicios por el hecho que causa la muerte de una persona, es una acción directa de los directamente perjudicados y entonces no es necesario hacerla valer a través de una sucesión, o de una sociedad conyugal disuelta.

Sobre esta teoría el profesor Henri Lalou (La Responsabilité Cívile, páginas 78 y siguientes) hace algunas observaciones que por su importancia se transcriben: "El perjuicio, dice el expositor citado, debe no ser solamente actual sino cierto. La privación de un recurso que en el porvenir hubiera podido ser una fuente de ganancia constituye un perjuicio cierto". La Corte de Casación Francesa (sentencia de 21 de octubre de 1929) citada por Lalou ha decidido que constituye para los padres un perjuicio material cierto causado por la muerte de su hijo los gastos que han venido a ser inútiles consistentes en los desembolsos hechos por aquéllos para los estudios porfesionales de su hijo. "La jurisprudencia, continúa el autor citado, se ha mostrado muy amplia en la concepción del daño moral que da acción para reclàmar perjuicios, puesto que admite que en caso de muerte de una persona sus padres pueden basar su acción en el sólo pesar que les causa esa muerte para accionar contra el responsable de ésta. La lista de las personas que pueden por esa causa tener acción se amplía. Limitada al cónyuge, a los hijos, a los ascendientes del difunto, so pretexto que la obligación alimentaria de éste no existía sino en provecho de aquéllos, la lista se extendió a los hermanos del difunto y a toda persona que justifique una simple comunidad de vida con la víctima".

Sin prohijar este último extremo ni pronunciarse sobre esta tesis, observa la Corte, que claramente se desprende de la jurisprudencia y autores franceses, que la acción por indemnización de perjuicios causada por el hecho culposo, es directa y establecida directamente en favor de las personas que sufren el perjuicio. Generalmente éstas son las ligadas con el fallecido, por vínculos muy próximos de consanguinidad o por el vínculo del matrimonio, lo cual es muy razonable y no da lugar a dificultades, pero esto no quiere decir que por ese motivo deba demandarse la indemnización para la herencia o para la sociedad conyugal disuelta, porque como ya se expresó ni el accidente, que se traduce en la indemnización, ni las consecuencias de aquél, entran en el patrimonio del fallecido y quienes sufren el perjuicio actual y cierto,

son en cada caso, determinadas personas únicamente, a quienes aprovecha la vida del fallecido, porque su actuación o actividad se traducía en pro de ellas, a veces por el mismo imperio de la ley, por concepto de alimentos, educación, establecimiento, etc.

La acción, pues, de indemnización de perjuicios, proveniente de la culpa extracontractual, es directa, pero está condicionada y limitada en la forma que se ha expresado. La cita que ha hecho la Corte de la doctrina y jurisprudencia francesa, la juzga pertinente, no obstante la salvedad que ha señalado, por la semejanza que existe entre el Código Civil Francés y el Colombiano, respecto de los principios y disposiciones atañederos a la culpa aquiliana. En el Código Colombiano, aparece más completa la teoría.

La petición de la demandante para sí, está a juicio de la Corte, claramente expresada cuando dice en la petición señalada con la letra a) "que el Municipio de Medellín, representado por su Personero ya conocido, es responsable, por culpa, de la muerte de mi legítimo marido y por consiguiente debe pagarme, dentro del término legal, la suma de siete mil quinientos sesenta pesos valor de lo que hubiera producido Angel M. Trujillo..."

De modo que no obstante la petición marcada con la letra b) y la subsidiaria, puede y debe interpretarse la demanda en el sentido de la petición directa que hace Carlina Montoya v. de Trujillo para sí, petición que prospera por cuanto la actora ha acreditado que por ser cónyuge de Trujillo, éste la sostenía con su trabajo y que con su muerte ha quedado privada de todo apoyo, hasta el punto de tener que ser auxiliada por un concepto de beneficencia o caridad.

Ahora, en cuanto al monto de la indemnización no puede fijarse en este fallo porque no hay elementos para ello; debe remitirse entonces a las partes al procedimiento especial de que trata el artículo 553 del C. Judicial y para fijar aquél deberán tener en cuenta los peritos el salario ordinario que ganaba o podía ganar Angel María Trujillo; que éste con el fruto de su trabajo sostenía a su mujer Carlina Montoya, la edad de Trujillo y el nivel de vida que llevaba ese matrimonio.

Por último, no existe ningún elemento en los autos para dar aplicación al artículo 2357 del C. Civil, según lo insinúa el señor Procurador, porque no hay ni el más leve indicio de dónde pueda deducirse que Trujillo se expuso imprudentemente al accidente que le causó la muerte.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación en lo Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la ley, CASA PARCIALMENTE la sentencia recurrida y REVOCANDO la de primera instancia, FALLA así este pleito:

El Municipio de Medellín es responsable civilmente de la muerte del obrero Angel María Trujillo, acaecida el treinta (30) de enero de mil novecientos treinta y seis (1936), cuando trabajaba sobre un andamio construído por dicho Municipio, en su Palacio Municipal, muerte causada por el desprendimiento del andamio.

En consecuencia, se condena al Municipio de Medellín a pagar a la señora Carlina Montoya v. de Trujillo, los perjuicios que le haya causado por el accidente mencionado, o sea por la muerte de su marido Angel María Trujillo. Estos perjuicios se fijarán de acuerdo con lo preceptuado por el artículo 553 del Código Judicial, teniendo en cuenta para esa fijación los elementos de que se ha hecho mérito en la parte motiva de este fallo.

Sin costas ni en el juicio ni en el recurso.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente al Tribunal de su origen.

José Miguel Arango — Isaías Cepeda. Liborio Escallón — Ricardo Hinestrosa Daza—Fulgencio Lequerica Vélez —Hernán Salamanca—Pedro León Rincón, Secretario en propiedad.

PERJUICIOS—ABUSO DE DERECHO POR PARTE DE LAS ENTIDADES DE DERECHO PUBLICO—ALCANCE DEL ARTICULO 635 DEL CODIGO JUDICIAL

1. Sí puede suceder que haya abuso del derecho por parte de una entidad estatal cuando, estimando que está ejerciendo un derecho o una facultad legal, no pone en su ejercicio la debida acuciosidad, diligencia y cuidado a fin de no vulnerar o desconocer derechos probados de los asociados. Esta misma doctrina fue sentada con toda claridad y a espacio por la Corte ya estando vigente la Ley 97 de 1913, que faculta a los Municipios para trazar y arreglar sus calles y vías urbanas en general. Así, pues, la indiscutible facultad que tienen los municipios para arreglar sus calles no puede ejercerse en sentido absoluto, sin miramiento a los derechos de los particulares dueños de los edificios y predios fronterizos. —2.— El artículo 635 del C. J. tiene su aplicación en diversos juicios, como en el divisorio si la prueba del demandante consiste en un título registrado, y la tiene aún extremando la exigencia sobre longitud del período, cuando se embargan bienes en ejecuciones o cuando por trámite especial se solicita la venta de fincas hipotecadas (atrículos 1008 y 1189 del C. J.). En estos casos, y seguramente en algunos otros, será indispensable presentar la consabida prueba. No así cuando se ejercita la acción real de dominio.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, junio veinticinco de mil novecientos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Fulgencio Lequerica Vélez).

Antecedentes

Los hechos fundamentales enunciados por el demandante, que sirven de antecedentes a este pleito, pueden sintetizarse así:

1. Según escritura Nº 1489, de 22 de diciembre de 1924, de la Notaría 1ª de Pereira, Rafael Londoño C. compró a la señorita Bárbara Marín el derecho de dominio en una casa y el solar sobre que está edificada, ubicada en la ciudad de Pereira, por los linderos de que da cuenta el referido instrumento.

2. En posesión de ese inmueble Londoño se dio a la tarea de mejorar dicha propiedad para lo cual edificó otra casa de un solo piso con frente a la calle 18, obteniendo permiso del señor Ingeniero Municipal de Pereira, otorgado el 3 de febrero de 1926. Dicho funcionario expidió a Londoño la licencia del caso, en la cual se fijó el alineamiento, se le dio para el efecto el hilo que allí se expresa, se señaló para la calle una anchura de ocho metros con cincuenta centímetros y se expresó al pie de la licencia que no se dio nivel para la nueva construcción.

3. Transcurridos varios años sin que el nivel de la calle 18 fuese modificado, el Municipio de Pereira procedió en septiembre de 1938 a hacer un relleno o terraplén en la calle expresada, entre carreras 4ª y 5ª, obra que al decir de Londoño causó serios daños a las dos casas de su propiedad pues quedaron los cimientos de la nueva edificación a nueve metros, cinco centímetros más bajos del nivel de la carrera 5ª y a cuatro metros, veinticinco centímetros bajo el nivel de la expresada calle 18.

4. El terraplén o relleno de la calle 18 no solamente tapó en su totalidad la casa que da frente a esa calle, sino que en el patio de la otra casa que da frente a la carrera 5ª tuvo Londoño que construír un sifón o desagüe para evitar la destrucción total de la cañería en la parte alta, pues la parte baja quedó completamente destruída.

El litigio

Con base en estos hechos Rafael Londoño C. demandó al municipio de Pereira en juicio ordinario, ante el señor Juez del mismo Circuito, para que se declare la obligación del distrito de pagarle tres mil pesos ($ 3.000.00) moneda legal, o lo que fijen peritos en el juicio, como valor de los perjuicios sufridos con el terraplén o relleno.

En subsidio suplicó que el Municipio demandado fuese declarado en la obligación de reconstruírle la casa de la calle 18, tal como estaba antes del daño; a levantarle un muro de concreto en la calle citada, en frente de su propiedad, con las correspondientes gradas que den acceso a los bajos de la casa de la carrera 5ª ; y a reconstruírle las cañerías y tuberías tal como estaban antes del daño. También pidió que se declarase la obligación del Municipio de pagarle el lucro cesante de dichas habitaciones, desde el mes de septiembre de 1938 en adelante hasta que vuelvan a producir rentas, o se entreguen en estado de producirlas, lucro cesante que se establecerá por medio de peritos en el curso de este juicio.

El Municipio demandado se opuso a lo pedido por el actor alegando que la autorización o permiso dado para edificar fue limitado por no habérsele señalado nivel ninguno y que si construyó y sufrió perjuicios después, culpa es suya por no haberse sujetado a los niveles correspondientes.

El Juez a quo falló la instancia en sentencia fechada el 13 de noviembre de 1939, en la cual condenó al Municipio de Pereira a pagar al actor el valor de los perjuicios que le causó con motivo del terraplén que se construyó en la calle 18 de dicha ciudad, entre carreras 4ª y 5ª, en la cantidad que se fije mediante el procedimiento indicado por el artículo 553 del C. J., la cual no podrá exceder de tres mil pesos ($ 3.000.00). Declaró no probada la excepción de carencia de acción propuesta por el Personero de aquel Distrito.

La sentencia acusada

Apeló del anterior fallo el Personero Municipal de Pereira y surtido el trámite correspondiente desató la segunda instancia el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira en sentencia de 14 de agosto de 1941, en la cual confirmó en todas sus partes la de primer grado.

Expresa el Tribunal los fundamentos de su decisión confirmatoria al pago de la indemnización de perjuicios en los párrafos que para mayor conocimiento de ésos se transcriben:

"Hubo de referirse la Sala al permiso número 3 de 1926, según el cual el ingeniero municipal de ese entonces autorizó al señor Rafael Londoño para construír una casa en la calle 18 entre carreras 4ª y 5ª, permiso en que se dieron hilos pero no niveles, según expresa constancia estampada en él, porque de ese permiso arranca el quid de este litigio. Que el permiso contiene la autorización para edificar no cabe la menor duda, pues eso infiérese de su contenido, aun cuando no se dieron niveles y perfiles, ya que, si el Municipio quiso reservarse el derecho a la nivelación de la calle, de acuerdo con la facultad concedida por el artículo 4 de la Ley 97 de 1913, no debió darlo, no debió facultar a un ciudadano para invertir su patrimonio en una obra que quedaba sujeta a la posterior reglamentación de la nivelación de la calle donde fue edificada. Si debidamente y con permiso del empleado municipal respectivo edificó Rafael Londoño una casa en predio urbano de su propiedad, es lógico suponer y afirmar, que el permiso era para hacer la construcción sin nece-

sidad de acomodar el nivel de la calle a determinada reglamentación de futuro, y, a la inversa, como lo dio no quiere ello decir que el Municipio se ligara en tal forma que no pudiera emprender obra alguna de nivelación, sino simplemente, que estaba obligado a respetar el derecho adquirido por un ciudadano, máxime si éste procedió previa autorización de la entidad facultada para concederlo".

"Si existe el permiso para construír como se deja dicho, procedió conforme a legal facultad el actor Londoño y si el Municipio al rellenar o terraplenar la calle causó daños, es claro que debe repararlos. En tal forma se armonizan los derechos del municipio con los de los particulares. Porque si el ejercicio del derecho del Municipio como director o gestor de la urbanización fuese ilimitado, absoluto, la propiedad urbana no tendría suficiente garantía, perdería sus naturales atributos y estarían demás los principios constitucionales sobre garantías sociales. Y, al contrario, si el municipio no pudiese hacer las obras que embellecen la ciudad, que la hacen vivible por sus comodidades, etc., la tal facultad sería letra muerta pues encontraría su óbice y trinchera en el derecho de los particulares. Es aquí, entonces, donde surge la línea limítrofe del ejercicio de derechos, si no contradictorios sí contrarios. La solución puede encontrarse, o en la previsión del municipio para no autorizar la vinculación de derechos individuales para construír en zonas no definidas o en la indemnización de perjuicios cuando ese permiso haya sido dado sin la previsión suficiente".

El recurso

Interpuso recurso de casación el municipio opositor y lo sustenta ante la Corte el apoderado especial designado de acuerdo con los requisitos legales. Acusa la sentencia por violación de ley sustantiva, en sus aspectos de aplicación indebida, infracción directa e interpretación errónea. Pasa la Sala a estudiar en su debido orden lógico los cargos formulados.

Primer cargo. — Violación de los arts. 2341, 2342, 2343 y 2357 del C. C., por falta de apreciación de la confesión que hace el demandante en el hecho 3º de la demanda, con motivo de lo cual el Tribunal incurrió en errores de hecho y de derecho que constan evidentemente en los autos. Se formulan propiamente dos tachas, a saber: a) que el actor confesó en el hecho 3º de su demanda que principió la construcción de su nueva casa en el año de 1925 y que esa nueva edificación la inició sin obtener previa licencia del municipio, pues sólo el 3 de febrero de 1926 la solicitó y obtuvo; b) que "aun en la hipótesis de que el demandante hubiera construído la casa después de expedida la autorización y basado en ella, se trataba de una licencia bajo la condición de que el demandante obtuviera los niveles respectivos, pero éste incurrió en la culpa de no solicitarlos, pues para algo se dijo en la memorada licencia que faltaban los niveles....."

En cuanto a la primera tacha, estima la Sala de Casación que no es fundada y que no puede tener realmente como base la manifestación que hizo el actor en el hecho 3º de su libelo, cuya redacción es de este tenor: "Transcurridos algunos meses me dí a la tarea de mejorar esa propiedad edificando a mis expensas otra casa dando frente a la calle 18, casa de un solo piso, para lo cual solicité del señor Ingeniero municipal el permiso correspondiente y trasladándome con él en persona al terreno para que, en vista del desnivel de la calle, ordenara lo que fuere conducente".

Como puede apreciarse por la simple lectura de tal declaración por parte del actor, lejos de deducirse que inició los trabajos de construcción de la nueva casa desde 1925, sin estar provisto de la licencia municipal, allí expresa precisamente todo lo contrario, es decir que comenzó la nueva casa previa licencia de la autoridad distrital competente. No resulta demostrado, por lo tanto, el cargo de error de hecho evidente en la apreciación de esa supuesta confesión del ac-

tor damnificado, ni menos que Londoño confesara, como lo pretende el recurrente, "que más de un año antes de esta fecha (febrero de 1926) edificó la casa".

En lo relacionado con el segundo reparo que contiene este cargo, que se hace consistir en error al apreciar la licencia, porque al decir del personero del municipio se trataba de un permiso para construír sujeto a la condición de que el actor obtuviera previamente los niveles respectivos e incurrió en la culpa de no solicitarlos, estima la Corte que es fundada en parte esta tacha porque si bien es verdad que la licencia para edificar se otorgó sin ninguna condición explícita y categórica de que debían obtenerse previamente nuevos niveles distintos de los entonces existentes en esa vía urbana, la manifestación expresamente contenida en el permiso municipal de que "no se dio nivel" sí imponía al constructor Londoño el deber de proceder con la debida diligencia y cuidado y de hacer las gestiones previas que fueren necesarias para obtenerlos en forma definitiva, antes de iniciar las obras.

Era lógico pensar que toda edificación urbana, sobre todo en una ciudad en pleno crecimiento, debía someterse a las especificaciones técnicas y a las instrucciones dadas por la entidad municipal, a efecto de conservar la indispensable armonía arquitectónica y de evitar en lo futuro que una actividad anárquica, sobre todo en materia de perfiles o niveles, produjera graves e irreparables consecuencias en la perspectiva general de la urbe, en sus servicios higiénicos y en su desarrollo y ampliación. De manera que si a Londoño "no se dio nivel", según reza el permiso, esto imponía hasta cierto punto al constructor el deber de solicitarlos previamente, como medida de prudencia elemental en toda edificación urbana.

Agréguese a lo expuesto que en el municipio de Pereira regía a la fecha en que se otorgó la licencia el Acuerdo número 9 de 1924, por el cual se reglamenta el ramo de hilos y perfiles en la Ingeniería municipal, y en tal reglamento de construcciones urbanas, especial para este ramo, se estatuye en su artículo 1º que "toda persona que desee construír en predio que dé frente a una calle pública hará una petición escrita al Ingeniero municipal, para que éste le dé hilo y perfil y por la cual prometa ceñirse a las disposiciones vigentes sobre esta materia y a las instrucciones que dicho empleado le indique". El artículo 5º de tal Acuerdo dispone que terminada la construcción el Ingeniero municipal expedirá un certificado en unión del Alcalde, en que conste que la obra se ciñó a las especificaciones dadas por la ingeniería; y el artículo 6º faculta a las autoridades municipales para ordenar la destrucción de las obras que no se ciñan a las especificaciones oficiales. Todos estos preceptos reglamentarios vigentes entonces estaban indicando a Londoño la obligación en que estaba de proceder con la debida diligencia y solicitar los niveles de su construcción, ya que no se le dieron, o de obtener una autorización expresa para construír en armonía con los niveles existentes a la fecha en que se levantó la edificación.

Pero aparece indudable, a pesar de lo dicho, que también incurrió en culpa tanto por acción como por omisión el municipio demandado; lo primero por haber construído el terraplén que ha tapado y sepultado del nivel actual de la vía la casa del actor, ocasionándole deterioros materiales y haciéndola inhabitable por haber impedido el libre acceso a ella; lo segundo por no haber señalado en el permiso otorgado a Londoño los nuevos perfiles o niveles de la obra, o al no hacerle la expresa advertencia de que debía abstenerse de edificar sin solicitarlos u obtenerlos previamente. El hecho culpable por acción está debidamente demostrado en los autos y la responsabilidad del Distrito será materia de apreciación por esta Corte al estudiarse otro de los cargos formulados en casación. La omisión antes anotada es tanto más imputable a culpa civil del Distrito demandado cuanto que consta en el Certificado expedido por el Ingeniero municipal (f. 34, cuad. 1º),

que "se dieron multitud de permisos para construcciones dentro del área urbana de esta ciudad y al conceder tales permisos esta oficina señaló a los solicitantes el hilo y el nivel correspondiente **en la mayoría de los casos**" (subraya la Corte). En forma tal que la omisión de esa oficina técnica al conceder a Londoño un permiso sin tal requisito esencial constituye, además de una transgresión del artículo 3º del Acuerdo antes citado, una omisión culpable que unida al acto de levantar el relleno debe originarle responsabilidad civil, por existir los elementos indispensables de la culpa, el perjuicio y la relación de causalidad entre ambos.

Ahora bien, como a juicio de esta Sala se está en presencia de una concurrencia de culpas, caso previsto en el art. 2357 del C. C., precepto que se indica como violado por la entidad recurrente, es la oportunidad de reconocer el cargo y al darse aplicación al mencionado texto legal reducir en un veinticinco por ciento (25%) la cuantía de la indemnización que debe pagar el municipio, como consecuencia de la anotada concurrencia de culpas. Así lo dispone esta Sala previa casación parcial de la sentencia acusada y al proceder en instancia en uso de pertinentes facultades legales.

Segundo cargo.—Violación de ley sustantiva por aplicación indebida. Dice el recurrente que ha confundido el Tribunal en su sentencia dos hechos totalmente distintos, acaecidos en diversas épocas, que son: 1º no haber impedido el municipio demandado a Londoño la edificación de que se trata; y 2º el haberse construído un terraplén sobre la calle 18, que ocasionó perjuicios a la propiedad del demandante. El primer hecho u omisión está autorizado por el artículo 2520 del C. C., pero como dice el fallador de Pereira que el municipio incurrió en culpa al no haberle impedido al demandante que edificara, como ha debido hacerlo, contesta el recurrente que no puede incurrir en culpa alguna quien hace un beneficio como el que recibió el demandante y tampoco puede incurrir en culpa quien tolera actos de que no resulta gravamen, como ocurre al municipio que no impide la construcción de un edificio sobre un camino o carretera municipal o que toleró dos edificaciones sin niveles y sin autorización alguna para ello.

Continúa el recurrente que el arreglo de las calles no es un derecho de los municipios sino un deber, y que es equivocada la apreciación del Tribunal de que el Distrito de Pereira cometió un abuso en el ejercicio del derecho por haber elevado el nivel de la calle 18, ocasionándole con esto perjuicios al actor Londoño. Termina este cargo así: "Queda a la sabiduría de la excelentísima Corte resolver si los municipios que ejercen la facultad legal de arreglar sus calles, conforme al artículo 4º de la ley 97 de 1913, sin invadir terrenos de propiedad particular, carecen de un motivo legítimo, obran de mala fe, con la voluntad de perjudicar a otro y no en beneficio colectivo, en beneficio social. Con esta apreciación vendría el estancamiento del progreso de los caseríos, pueblos y ciudades que son las células de la Nación". Estima violados por este concepto los artículos 1494, 2341 y 2343 del C. C.

Considera la Sala de Casación:

a) No ha hecho el sentenciador de Pereira la afirmación enfática y categórica que le atribuye el Personero del Municipio, de que al no impedir éste la construcción de Londoño incurrió por ese solo hecho en culpa; ni en esta supuesta afirmación ha fundado el sentenciador exclusivamente sus premisas condenatorias. En uno de los pasos de su fallo se limitó el Tribunal a declarar, dentro del campo teórico, que "como no es a los particulares a quienes toca dirigir, ordenar y metodizar la urbanización, sino al Municipio en virtud de expresas facultades concedidas por leyes especiales, no es a ellos a quienes corresponde la diligencia y cuidado en esta clase de eventos, sino al Municipio. Es él quien debe determinar los niveles. El quien debe dar permiso para construcciones. El quien debe impe-

dir edificaciones que no se amolden a sus planes de urbanización y él, en fin, quien debe cargar con la responsabilidad de su negligencia o descuido cuando los ciudadanos autorizados para construir lo hicieron con su permiso, pero sin la técnica que las nuevas modalidades del crecimiento urbano imponen".

Pero de tal argumentación no puede deducirse exclusivamente la conclusión a que llega el apoderado de la entidad demandada, ni ella adolece en su fondo de error alguno.

b) Con esa afirmación atribuída al fallo acusado no se ha violado el artículo 2520 del C. C., que trata de la omisión de actos de mera facultad y la mera tolerancia de éstos, porque ese precepto estatuye que la omisión de tales actos no confieren posesión ni dan fundamento a prescripción alguna, y en este proceso no se dilucida ningún fenómeno de posesión ni de prescripción. Esa norma es impertinente al caso de autos y mal pudo ser violada por el Tribunal, ya que regula materia y situación bien distintas de las aquí contempladas.

c) La extensa exposición teórica que hace la sentencia acusada, sobre abuso del derecho por parte del Municipio de Pereira, sí es hasta cierto punto pertinente para el caso en litigio, a juicio de la Corte, ya que en circunstancias como las que se contemplan en este proceso sí puede sucederse tal fenómeno cuando una entidad estatal estima que está ejerciendo un derecho o una facultad legal, sin poner en su ejercicio la debida acuciosidad, diligencia y cuidado, a efecto de no desconocer o vulnerar derechos privados de los asociados. Esta misma doctrina que critica el personero del municipio recurrente fue sentada con toda claridad y a espacio por la Corte en un caso idéntico al actual, ya estando vigente la ley 97 de 1913, que faculta a los municipios para trazar y arreglar sus calles y vías urbanas en general. En esa sentencia, fechada el 29 de septiembre de 1934, dijo esta Superioridad:

"Las calles son los bienes nacionales cuyo uso pertenece a todos los habitantes del territorio; pero la ley ha conferido a los Concejos Municipales la facultad de disponer lo conveniente sobre trazado, apertura, ensanche y arreglo de ellas, de donde resulta el derecho que tienen los Municipios de modificar el nivel y la anchura de las calles; mas no ha de entenderse ese derecho en sentido absoluto, sin miramiento a los derechos de los particulares dueños de los edificios y predios fronterizos, a quienes no se les puede cercenar impunemente su propiedad, para darles mayor anchura a las calles, ni impedirles o dificultarles el acceso a las vías públicas, sin la debida indemnización en caso como el que aquí se contempla".

"Es incuestionable que el municipio de Armenia ejecutó aquellas obras en ejercicio de legítimas facultades administrativas, sin la intención positiva de inferir injuria a la propiedad del demandante y con el solo propósito de embellecer la ciudad, brindar mayor comodidad a los transeuntes y aumentar sus rentas; pero como la ejecución de tales obras hizo difícil e incómodo para los moradores del edificio de Jaramillo el acceso a la calle, y el goce de esa servidumbre, causando grave daño al patrimonio del propietario, hay que convenir en que con relación al derecho de éste, **no obró el Municipio con aquel cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios, e incidió, por tanto, en culpa que sanciona la ley civil**". (Subraya la Corte).

"Repugna a la razón y a la equidad natural que un individuo que edifica en poblado, acomodándose al trazado de las calles y a la configuración del terreno, pueda ser perjudicado, sin derecho a indemnización, por obras que más tarde ejecute el Municipio y que le impidan o dificulten el cómodo acceso a la vía pública". (G. J. Tomo XLI bis, número 1895 C., páginas 49 a 53).

Con la anterior doctrina de la Corte queda contestada la observación que formula el recurrente acerca de la indiscutible facultad que tienen los municipios para arreglar sus calles; la que, como vie-

ne dicho, no puede ejercerse en sentido absoluto, sin miramiento a los derechos de los particulares dueños de los edificios y predios fronterizos.

No es fundado el cargo. Se rechaza.

Tercer cargo. — Se hace consistir en que no aparece plenamente demostrado que el municipio demandado haya realizado la obra del relleno o terraplén de la calle 18; pero el sentenciador dio por establecido este hecho con la confesión del Personero Municipal, violando los artículos 170 y 604 del C. J.

Se considera:

La orden dada por el Municipio de Pereira para construír el relleno o terraplén en la calle 18 es un hecho aceptado sin discusión por los apoderados judiciales de esa entidad en las dos instancias de este juicio, por el conducto regular y legal de los funcionarios que lo representaron, que lo fueron el Personero de aquel Distrito y el Fiscal del Tribunal Superior de Pereira. Así lo exponen en sus alegatos de conclusión y alrededor de ese hecho fundamental del debate no abrieron la más remota controversia. De modo tal que iniciar en casación esa discusión para negarlo ahora resulta extemporáneo e inaceptable dentro de la técnica de este recurso extraordinario, por tratarse de un medio nuevo que no puede dilucidarse en este estado procesal del pleito.

A lo dicho podría agregarse que el personero del municipio incurre en manifiesta contradicción al presentar este cargo, porque precisamente en la misma demanda de casación dice y sostiene en el punto quinto de los antecedentes "que el Municipio de Pereira dispuso el arreglo de la calle 18, entre carreras 4ª y 5ª y procedió a terraplenar el suelo de tal calle, para darle el nivel correspondiente que el crecimiento y las necesidades de la ciudad exigían, habiendo quedado la casa últimamente edificada a un nivel inferior hasta de cinco metros o más debajo del nivel definitivo de la calle 18".

Resulta, por este aspecto, desconcertante que el apoderado judicial del Municipio, en la misma demanda de casación, reconozca el hecho realizado por dicha entidad y a renglón seguido sostenga tardíamente que tal actividad oficial no se ha demostrado.

Pero hay algo más: a petición del Personero de Pereira el Ingeniero Interventor de Obras Públicas Municipales certifica (f. 1º, cuaderno 4) lo siguiente: "Que teniendo necesidad el Municipio de arreglar la calle 18, entre carreras 4ª y 5ª citadas, la Personería pidió a esta oficina los niveles definitivos para poder iniciar y llevar a cabo los trabajos correspondientes, y así se hizo en el año próximo pasado, niveles que fueron dados de acuerdo con la técnica y sin tratar de perjudicar a persona alguna y en cambio sí prestar un servicio eficiente a la ciudad y al público en general".

No se trata en este caso de una confesión hecha en juicio por un Agente del Ministerio Público, a los que el artículo 170 del C. J. priva de facultad para confesar hechos que perjudiquen a la entidad pública que representen. Es el testimonio de un funcionario oficial del municipio, encargado del ramo de las obras públicas, y es natural suponer que obró con expresa autorización de la entidad distrital y que la obliga civilmente con sus actos, en virtud de la culpa **in-eligendo** e **in-vigilando.** El cargo debe desestimarse por infundado.

Cuarto cargo. — Se acusa el fallo porque el recurrente considera "que el Tribunal fallador no observó que el actor no acreditó ser la víctima del perjuicio que alega, pues para ello ha debido comprobar que es dueño de las edificaciones de que trata su demanda". Y agrega luégo: "Olvidó el Tribunal que esa escritura registrada (la número 1489), no puede tenerse como título suficiente, al tenor del artículo 635 del C. J., ya que no aparece por parte alguna en los autos el certificado de que él trata, pues tal artículo dice textualmente....."

Estima violados por interpretación errónea, aparte del precepto anterior, los

artículos 673, 740, 741 y siguientes, 1871 y 1874 del C. C.

Se considera:

El actor ha demostrado el derecho de dominio que tiene en el solar y las dos casas en él edificadas con la copia debidamente registrada de la escritura 1489 de 1924, en la cual consta la adquisición de ese inmueble.

En la demanda de casación se sostiene que no se ha demostrado tal dominio, porque falta el certificado del registrador de instrumentos públicos de que trata el artículo 635 del C. J. Pero es el caso de que tal certificado no es de rigor en juicios como éste, en que en realidad se ejercita una acción derivada o consecuencial de la real de dominio. Era suficiente para el actor evidenciar que a la fecha en que se realizó el acto culposo por parte del Municipio demandado estaba investido de ese derecho, comprobándolo con el instrumento respectivo. Si la entidad opositora pretende que Londoño no era dueño de tal finca a la fecha en que se construyó el terraplén tenía los medios judiciales operantes para evidenciarlo en este proceso; pero de esto no puede deducirse que fuera el actor quien debía suministrarlos al opositor.

Acorde con la anterior conclusión es la doctrina sentada por esta Corte en varios fallos, entre otros el de 26 de febrero de 1936, en que al fijar el alcance del citado artículo 635 expresa que tal norma "tiene su aplicación en diversos juicios, como en el divisorio si la prueba del demandante consiste en un título registrado, y la tiene, aun extremando la exigencia sobre longitud del período, cuando se embargan bienes en ejecuciones o cuando por trámite especial se solicita la venta de fincas hipotecadas (artículos 1008 y 1189 del C. J.) En estos casos, y seguramente en algunos otros, será indispensable presentar la consabida prueba. No así cuando se ejercita la acción real de dominio". (G. J. Tomo XLIII, números 1907 y 1908, página 339). (Subraya la Corte).

En forma tal que si no es de rigor exhibir ese certificado cuando se ejercita la acción reivindicatoria, menos puede ser necesaria cuando se trata de una acción tangencial o consecuencial de la de dominio, como es ésta de perjuicios respecto de un inmueble del actor.

No es fundado el cargo. Se rechaza.

F a l l o :

Por todo lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Civil — administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, CASA PARCIALMENTE la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira el 14 de agosto de 1941, con el exclusivo objeto de condenar al Municipio de Pereira a pagar a Rafael Londoño C. el valor de los perjuicios que le ocasionó con la construcción del terraplén o relleno levantado en la calle 18 de aquella ciudad, en la cantidad que se fije mediante el procedimiento indicado en el artículo 553 del Código Judicial y la cual no podrá exceder en su totalidad de tres mil pesos ($ 3,000.00) moneda legal; pero con expresa advertencia de que tal indemnización será reducida en un veinticinco por ciento (25%) a consecuencia de la concurrencia de culpas reconocida en este fallo.

Sin costas en el recurso.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente al Tribunal de su origen.

José Miguel Arango — Isaías Cepeda. Liborio Escallón — Ricardo Hinestrosa Daza — Fulgencio Lequerica Vélez—Hernán Salamanca — Pedro León Rincón, Srio. en ppdad,

CONTRADICCION A UN DESLINDE

1. La redacción de que se valen las escrituras públicas para indicar los límites de inmuebles trasferidos en ellas, es uno de los medios conducentes a establecer el alindamiento efectivo del mismo, como es obvio; pero no puede decidir por sí sola la disputa sobre la línea de colindancia entre ese predio y el contiguo. En controversias de esta clase puede en lo general dividirse la labor del sentenciador en esta forma: analizar en primer lugar los títulos para ver cómo están redactados sus linderos, y en segundo lugar estudiar, según las pruebas pertinentes, entre las cuales por fortuna suele figurar su propia vista de ojos, la topografía del terreno y los demás elementos materiales, para indagar y determinar cómo se ajustan esas indicaciones de las escrituras a la realidad de los elementos materiales respectivos. En el caso en que dos corrientes de agua confluyen y de las cuales una se señala como lindero en las escrituras, desde esa confluencia hasta su origen, la sentencia que busca la escogencia entre ésas dos corrientes podrá no conseguir el acierto buscado y ser consiguientemente atacada; pero en ataque no cabe el cargo de error de derecho o de hecho en la apreciación de los títulos. — 2. En disputa sobre linderos puede decirse que siempre hay una zona comprendida entre las líneas sostenidas por los contrincantes, la que al señalarse la línea de colindancia por el juzgador puede quedar en parte del uno y en parte del otro de aquéllos o íntegramente del uno o del otro, como resultado de consideraciones referentes no al dominio en sí, sino a la materialidad de la línea controvertida. De aquí se deduce que lo que ha sucedido por obra de esa fijación judicial es que se ha precisado el respectivo límite de uno y otro de tales predios; pero en manera alguna que la sentencia haya conferido título a cada contendor sobre lo que de esa zona queda siendo integrante de su predio, arrebatándole al otro esa porción o la zona toda, según el caso. Mediante esa fijación cada uno de los dueños sabe hasta dónde va su fundo y ninguno de los dos puede decir legítimamente que el juez le canceló su título de propiedad para conferírselo a su adversario sobre aquello en que ven frustradas o mermadas sus aspiraciones.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Civil — Bogotá, veinticinco de junio de mil novecientos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Ricardo Hinestrosa Daza).

The Western Andes Mining Company, Limited, entabló contra Juan de la C. Piedrahita y Tulio Ramírez juicio especial de deslinde entre las fincas Montebonito y El Pozo, respectivamente, propiedad de aquéllos y de éstos, en el Juzgado Civil del Circuito de Salamina, donde en la porción en que efectivamente se halló que hay colindancia entre esos dos fundos se señaló cierta línea, contra la cual reclamó la Compañía, lo que determinó el juicio ordinario de que habla el artículo 870 C. J., cuya primera instancia se siguió

allí y se cerró acogiendo esa línea en sentencia de 16 de febrero de 1939, confirmada en la segunda por el Tribunal Superior de Manizales el 12 de diciembre de 1940.

El juicio ordinario ha tenido por demandados a Piedrahíta, quien a su cuota primitiva en El Pozo agregó la de su condueño Ramírez, y en la parte actora también ha habido cambio, porque la Compañía vendió la finca de Montebonito al señor Alfredo Suárez. De ahí que hoy la contienda se siga entre Suárez, recurrente en casación contra el fallo del Tribunal, y Piedrahíta opositor.

Tramitado debidamente el recurso, se procede a decidirlo.

Se invoca en sus diversas formas el motivo 1º de los del artículo 520 del C. J.; los cargos son, pues, múltiples; la demanda los trata en capítulos separados, cuyo orden se sigue para mayor claridad.

I. Error de hecho en la apreciación de los títulos de propiedad de los predios colindantes.

Este cargo se expone como producto de varias deficiencias, a más de la que acaba de indicarse; pero consiste en primer lugar en ella, respecto de la cual puede resumirse en que las escrituras describen el lindero en cuestión en forma que va bordeando la loma en donde se halla el camino para Pozo y sigue por el borde de la loma hasta encontrar un canalón o amagamiento, en las escrituras, citado como lindero con "Los Ingleses", calificado de **segundo** y fijado como más o menos equidistante de ese camino y un arroyo que vierte al río Pozo; y la sentencia opta para segundo canalón por uno que no reúne estas circunstancias, por lo cual atribuye a El Pozo una zona de terreno que es de Montebonito, según el recurrente.

En refuerzo de este reparo trae a cuento la sentencia del mismo Tribunal en un juicio reivindicatorio seguido por Nicolás Montoya como dueño de la finca Moná o La Julia, en que el Tribunal corrige la del inferior diciendo que éste puso a Zapata (Fausto) en posesión de un terreno que no pertenece al demandante ni al demandado en ese juicio, de donde el actual recurrente deduce que ese terreno quedó así implícitamente señalado como de la Compañía inglesa, hoy Suárez.

Agrega que el plano del ingeniero Vidal fue traído como prueba por el actor y acogido como tal por el demandado y, además, calificado de rigurosamente técnico por los peritos que han intervenido en esta causa, y que, a pesar de todo esto, el Tribunal se aparta de ese plano al negarse a adoptar la línea indicada en éste como lindero.

Otro reparo relacionado con el cargo de que la sentencia desestima los títulos, consiste en que ella comparte, al acoger la del Juzgado, el concepto de que la colindancia no se extiende a la totalidad de lo indicado inicialmente por el actor; de suerte que no hallándola sino en su último trayecto, a éste se limita, o sea, "a lo largo de un arroyo o amagamiento que vierte al río Pozo y que debía comenzar su curso al borde de la loma de Moná".

Como los títulos hablan de **canalón**, el recurrente recuerda la definición de esta palabra en el diccionario de la Academia: "conducto que recibe y vierte agua", y agrega que en el lenguage común es "zanja sin agua permanente ni propia". Y de aquí deduce cargo, en cuanto el canalón sostenido como lindero por el recurrente llena las exigencias de las escrituras, sin que pueda hacérsele el reparo de no tener agua, puesto que este detalle no es necesario, y el señalado por el Tribunal sólo tiene la ventaja, que no lo es, de llevar agua, palabra ésta introducida hábilmente por el demandado, según el recurrente.

Sostiene él que del error de hecho se dedujo error de derecho en la apreciación de las aludidas pruebas y de ahí, a su turno, violación del artículo 1758 del C. C. que define los instrumentos auténticos y, dentro de ellos, la escritura pública; del 1759 del mismo, que da a ese mismo instrumento fuerza de plena prueba contra sus otorgantes y quienes de ellos deriven obligaciones y descargos; del 593

del C. J., que ordena fundar las decisiones judiciales en la demostración de la verdad de los hechos de manera plena; del 597 del mismo, que determina cómo deben estimarse por el Juez las pruebas del proceso; del 601 de esa obra, que ordena dar a cada prueba su estimación legal y, en defecto de ésta, la más acorde con los principios de equidad; y, por otra parte, de estos artículos del C. Civil: 669, que define el dominio, violado por desconocer el del actor en la parte de su hacienda que le cercena la fijación de la línea por donde la trazó el Juez y acogió el Tribunal; 740, por desconocer éste al actor su adquisición de ese dominio realizada de acuerdo con los artículos 756, 2637 y 2641 de ese Código, también violados, "pues se trata de títulos registrados en la forma legal"; 785 por reconocer a Piedrahíta dominio sobre esa zona sin título de adquisición, y 789, en cuanto no se ha cancelado el título de Suárez sobre ella ni inscrítose título alguno en favor de Piedrahíta.

Se considera:

La redacción de que se valen las escrituras públicas para indicar los límites de inmuebles transferidos en ellas, es uno de los medios conducentes a establecer la alinderación efectiva del mismo, como es obvio; pero no puede decidir por sí sola la disputa sobre la línea de colindancia entre ese predio y el contiguo. En controversias de esta clase puede en lo general dividirse la labor del sentenciador en esta forma: analizar en primer lugar los títulos para ver cómo están redactados sus linderos, y en segundo lugar estudiar, según las pruebas pertinentes, entre las cuales por fortuna suele figurar su propia vista de ojos, la topografía del terreno y los demás elementos materiales, para indagar y determinar cómo se ajustan esas indicaciones de las escrituras a la realidad de los elementos materiales respectivos.

Por su analogía con casos como el presente, puede citarse el frecuentísimo de dos riachuelos que confluyen y de los cuales uno se señala en las escrituras como lindero desde esa confluencia hasta su origen. Cada uno de los dueños de los predios separados por tal corriente, sin olvidar las escrituras y antes bien invocándolas como cardinal fundamento, sostiene que de esas dos corrientes la que forma el lindero es aquella que deja para su predio la zona comprendida entre ellas. Entonces la sentencia que no deja de lado aquella redacción sino que busca, mediante las demás probanzas, el acierto en la escogencia entre esas dos corrientes, podrá no conseguir ese acierto y ser consiguientemente atacada; pero en el ataque no cabe el cargo de error de derecho o de hecho en la apreciación de los títulos.

En el presente caso el Tribunal los tuvo en cuenta, como lo demuestra la lectura de su fallo, el cual, por ejemplo, entre otras cosas dice: "Si los dictámenes que obran en el juicio y de la ampliación y explicación de éstos se desprende sin lugar a la menor duda que cualquiera que sea la dirección que se tome llega siempre al canallón señalado con cruces negras en el plano de los ingenieros Duque Larrea y Salazar Bejarano, el que precisamente coincide con el arroyo o amagamiento que vierte al río Pozo expresado en los linderos de la escritura Nº 540 primer título de Montebonito que obra en los autos, y con el segundo canalón que se encuentra pasando el camino que gira para Marmato y que está al borde de la loma de Moná, señalado en los títulos de Pozo como lindero, es evidente que dicho canalón debe ser el lindero que divida a los dos predios mencionados, no solamente porque así lo determinan los títulos de una y otra propiedad, sino también porque así lo determinaron los peritos en sus dictámenes periciales ampliados en esta segunda instancia, que forman plena prueba por estar de acuerdo con lo expresado en los cuestionados títulos y por aparecer acordes y debidamente fundamentados".

En el juicio especial se señaló cierta línea por el Juez y la actuación se anuló por haber resultado éste impedido; re-

puesta por ante otro la causa, se repitió la diligencia de apeo y en ella se fijó esa misma línea. Esta es la que en el juicio ordinario, en el cual hubo inspección ocular, se acogió en la sentencia, la que, como ya se dijo, fue confirmada por el Tribunal. Fue en el juicio especial donde se halló que la colindancia no se extendía a todo lo indicado originariamente por el actor y donde, por lo mismo, se redujo el señalamiento de la línea por el Juez al trayecto en que se halló que sí había colindancia. La disconformidad del actor que dio lugar al juicio ordinario conforme al citado artículo 870 del C. J., se concretó a la línea señalada; de manera que ésta ha sido la materia de la litis a que tenía que concretarse la sèntencia. Por consiguiente, es inadmisible el cargo que ahora en casación se formula en razón de no haberse hecho señalamiento de tal línea en toda la extensión señalada por el demandante al incoar el juicio especial.

Además, si acaso la sentencia del juicio ordinario adoleciera de tal defecto, esto habría dado lugar a invocar el motivo 2º de los del citado artículo 520 del C. J.

El argumento basado en la definición de la palabra canalón no puede dar lugar al cargo de error de hecho, entre otras razones porque formulado tal como un dilema entre conducto que recibe y vierte agua y zanjas sin agua permanente ni propia, precisamente hay que optar por uno de los dos extremos, y en ello, así las cosas, no cabe lógicamente ese cargo en razón de que se haya escogido el uno o el otro.

Lo relativo al plano del ingeniero Vidal y a la sentencia en el juicio entre Montoya y Zapata se estudiará adelante, por ser motivo éstas acusaciones de sendos capítulos de la demanda de casación.

Cuanto a las disposiciones del C. Judicial que en este capítulo I que se está analizando se dicen quebrantadas para deducir de ahí el cargo de error de derecho en la apreciación de los títulos, como consecuencial del de hecho de que se ha hablado, se tiene que el Tribunal tuvo en consideración, como ya se ha advertido, los diversos elementos probatorios concurrentes a trasladar las indicaciones de las escrituras a la realidad de los hechos, a la materialidad de esos datos; de manera que, lejos de quebrantar las aludidas reglas sobre estimación de las probanzas, las siguió. El quebranto habría sido, en su caso, si, por el contrario, hubiera prescindido de la luz que esos elementos arrojan y a ciegas, sin ella, limitándose a la lectura de los títulos hubiera fijado caprichosamente tal o cual línea en el terreno.

Cuanto a las disposiciones del C. Civil sobre dominio que el recurrente reputa violadas en el concepto que ya se vio al citar y resumir este cargo, para rechazarlo basta hacer presente la diferencia que hay entre el juicio de deslinde y el de reivindicación.

Además, es de tener presente que, como ya se dijo, en disputa sobre linderos puede decirse que siempre hay una zona comprendida entre las líneas sostenidas por los contrincantes, la que al señalarse la línea de colindancia por el juzgador puede quedar en parte del uno y en parte del otro de aquéllos o íntegramente del uno o del otro, como resultado de consideraciones referentes, no al dominio en sí, sino a la materialidad de la línea controvertida. De aquí se deduce que lo que ha sucedido por obra de esa fijación judicial es que se ha precisado el respectivo límite de uno y otro de tales predios; pero en manera alguna que la sentencia haya conferido título a cada contendor sobre lo que de esa zona quede siendo integrante de su predio, arrebatándole al otro esa porción o la zona toda, según el caso. Mediante esa fijación cada uno de los dueños sabe hasta dónde va su fundo y ninguno de los dos puede decir legítimamente que el Juez le canceló su título de propiedad para conferírselo a su adversario sobre aquello en que vea frustradas o mermadas sus aspiraciones.

Por lo dicho, no se admiten los cargos

cuyo conjunto forma el capítulo I de la demanda de casación.

II. Error de hecho en la apreciación del plano del ingeniero Vidal por no admitir la sentencia que el lindero es el canalón señalado allí.

Efectivamente ese plano se adujo y admitió como prueba por las partes y los peritos le reconocen y alaban su técnica por la exactitud de sus medidas y demás detalles como plano. Pero al referirse a él, no desde ese punto de vista, sino en lo tocante a la indicación del canalón antedicho, dando la razón de su discrepancia, no la siguen, sino que categorica y fundadamente, al exponer sus motivos, sostienen un concepto distinto, que fue el acogido o compartido por el Tribunal para llegar a la misma conclusión a que había llegado el Juez.

El ingeniero Vidal levantó en ese plano el de una finca y en ocasión anterior y extraña al deslinde materia de este pleito. El señalamiento que figura en ese plano de determinado canalón, es un elemento de juicio que el sentenciador debía tener y efectivamente tuvo en cuenta; pero, habiendo otros elementos de juicio emanados de otras pruebas que tenía el deber de estudiar y escuchar, la circunstancia de no haber seguido esa indicación del plano, no puede considerarse como error en su apreciación, ni de hecho ni de derecho. Es de recordarse que el de hecho ha de aparacer de modo manifiesto en los autos para lograr el alcance correspondiente en casación a lo que dice el artículo 520 del C. J. en su numeral 1º.

III. Intimamente relacionado con el capítulo anterior, se formula en el III el de error en la estimación de la prueba pericial y el de violación de los artículos 1759 del C. C., por una parte y, por otra, de los artículos 722 y 730 del C. J. Este cargo proviene de haberse apartado la sentencia del concepto de algunos de los peritos sobre cuál es el canalón tántas veces referido aquí, y vuelve la atención, como corroborando la censura, a lo dicho en los títulos; de ahí la cita del artículo 1759.

Este otro cargo se halla infundado también.

En los casos en que el dictamen pericial forma plena prueba, que son los de los artículos 721 y 722 del C. J., para hablar de las disposiciones en que la ley le asigna desde luego esa fuerza, tiene el juzgador ante sí tan precioso elemento de juicio. Pero ni aún entonces le es dado delegar sus funciones y deberes de sentenciador en el expertício prescindiendo de los demás elementos probatorios, todos los cuales deben obrar en su ánimo y conocimiento, tal como a su misión corresponde y como lo preceptúan los artículos 593 a 601 del C. J.

El artículo 723 de éste contiene las reglas de apreciación que corresponden "fuera de los casos mencionados en los dos artículos anteriores".

El Tribunal en el presente juicio no se enfrentó de suyo al concepto de los peritos citados por el recurrente al formular su cargo, sino que dio prevalencia al concepto de los peritos restantes. A que se agrega que de las varias oportunidades en que hubo intervención de peritos, en una no hubo señalamiento del segundo canalón, por lo cual no puede decirse que el Tribunal al fijar éste desoyera aquel dictamen; y en la última ocurrió mayoría en el concepto acogido en la sentencia.

Ello fue en la reunión de expertos habida en el Tribunal con la Sala respectiva, como resultado y cumplimiento del auto para mejor proveer dictado en la segunda instancia y demostrativo del loable empeño a que con providencias de esta clase atiende, al autorizarlas, el artículo 600 del C. J.

IV. Error de hecho en la apreciación de la prueba testimonial por no haberla tenido en cuenta.

El recurrente cita los testigos cuyo dicho favorece la línea por él sostenida y, advirtiendo que dos testigos bastan para lo que indica el artículo 697 del C. J. y que aquéllos sobrepasan esta cifra, for-

mula este cargo por haber señalado el Tribunal una línea distinta.

Más de dos son también los testigos que declaran en forma favorable a la línea acogida en la sentencia. El Tribunal no estaba obligado a someterse a los unos ni a los otros, sino facultado por el artículo 702 del C. J. para todo lo que éste dice cuando "sobre un mismo punto se presentan exposiciones de varios testigos contradictorias entre sí", entre lo cual está la prescindencia de tales exposiciones, como ese artículo reza en su parte final.

No es, pues, admisible el cargo.

V. Violación del artículo 632 del C. J. por no haberse estimado como prueba la sentencia dictada en el juicio reivindicatorio de Nicolás Montoya contra Zapata de que ya se habló aquí, cuya copia vino a este juicio como prueba.

El opositor advierte que en esa copia no aparece registrada tal sentencia, por lo cual no hace fe en este proceso, según el artículo 2673 del C. C.

Esa sentencia se pronunció, no en juicio de deslinde en que se discutiera la línea contendida en el presente, sino en juicio reivindicatorio, el que se siguió entre aquellas personas, distintas de los litigantes en el de estudio.

Si, a pesar de todo eso, hubiera de tenerse en cuenta aquí, como dato ilustrativo, formaría tan sólo un elemento dentro del conjunto de probanzas que no tendría por qué sobreponerse a las restantes y en desechar el cual, si hubiera sido el caso, no podría encontrarse el error de hecho manifiesto o el de derecho de donde, deduciéndose a su turno quebranto de ley sustantiva, hubiera de llegarse a la infirmación del fallo recurrido.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, no casa la sentencia recurrida, o sea, la dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales el doce de diciembre de mil novecientos cuarenta, en este asunto.

Las costas del recurso son de cargo del recurrente.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

José Miguel Arango — Isaías Cepeda. Liborio Escallón — Ricardo Hinestrosa Daza—Fulgencio Lequerica Vélez—Hernán Salamanca—Pedro León Rincón, Secretario en propiedad.

REIVINDICACION PARA LA SOCIEDAD CONYUGAL HECHA POR PARTE DE LA MUJER CASADA, CUYOS BIENES SE VENDIERON POR EL MARIDO EN CONTRAVENCION A LO DISPUESTO POR LA LEY 28 DE 1932.—SUFICIENCIA DE TITULOS

1. La mujer como socia y, por lo tanto, partícipe en los bienes de la sociedad conyugal existente cuando entró a regir la Ley 28, tiene personería propia e independiente del marido para demandar la nulidad o inexistencia de los contratos celebrados por el marido tendientes a extraer bienes de esa sociedad de manera ilegítima; y la reivindicación de esos bienes está bien demandada para la sociedad porque de la sociedad conyugal son y a la sociedad conyugal deben volver. 2. Por regla general es bastante, para acreditar los actos y contratos sujetos a la solemnidad de la escritura pública, la presentación del correspondiente instrumento en copia con nota de haberse hecho el registro en la forma debida; pero existen casos en que la ley exige que, además de la presentación de este título registrado, se acredite su suficiencia, como sucede, entre otros, en los contemplados en los artículos 998, 1135 y 1189 del C. J. Esta forma de acreditar el dominio, que como se ve es solamente sumaria, procede legalmente cuando es necesario demostrar la propiedad en juicios en que ese derecho no es el objeto de la controversia; por ejemplo, para reclamar indemnización y pago en casos de expropiación de una propiedad cuya titularidad queda así suficientemente acreditada, o para iniciar una acción de deslinde o una divisoria de bienes comunes, o para demandar el desembargo en el caso del artículo 1008 del C. J., o para comprobar la solvencia de un fiador, etc. Pero no es de ley exigir que se compruebe la suficiencia del título en juicio de reivindicación en los que no se trata de demostrar sumariamente el dominio, sino de justificar, con relación al demandado, el derecho que se tiene para que la cosa que éste posee pase a poder del demandante estableciendo probatoriamente, con una confrontación de títulos, una situación jurídica más arreglada a derecho. 3. La mención de la teoría de la buena fe como creadora de derechos no da base, como es obvio, para un cargo en casación por quebranto de ley sustantiva, porque, como doctrinaria y jurisprudencialmente se ha establecido, el reconocimiento de esos efectos de la buena fe en los casos muy excepcionales en que es procedente hacerlo, se hace precisamente contra la ley, violando sus ordenamientos y preceptos. No existe ni la más leve razón de legalidad para afirmar que la buena fe del demandado impide la reivindicación, como si no pudieran ser vencidos en esta especie de acción los poseedores de buena fe, cuya situación para ese caso está especialmente reglamentada en la ley.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, junio veinticinco de mil novecientos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Hernán Salamanca).

Son antecedentes de este litigio los que en seguida se expresan y que figuran como hechos fundamentales de la acción:

Durante la sociedad conyugal formada

entre Nepomuceno Rey C. y Belén Caballero por virtud del matrimonio católico contraído por ellos en la parroquia de Fusagasugá, el 21 de febrero de 1917, por medio de la escritura pública número 1091, otorgada el 9 de agosto de 1922 ante la Notaría 4ª de este Circuito, Nepomuceno Rey, en su carácter de único administrador social, compró a Carlos Rey G. un terreno situado en la sección de El Salitre, ubicado en jurisdicción municipal de Fómeque, alinderado como allí se dice, con algunos semovientes que se entregaron con el inmueble. Posteriormente se construyó en esta finca una casa-quinta de adobe y teja con sus correspondientes anexidades, como jardines, cercas, etc., y se adquirieron para su servicio algunos semovientes, lo mismo que enseres y muebles para la casa.

En el año de 1939, sin que la sociedad conyugal se hubiera liquidado en ninguna de las formas legales y sin autorización, ni intervención, ni ratificación de la cónyuge Caballero su marido Nepomuceno Rey, obrando por sí solo y como si fuera dueño exclusivo del fundo, mediante la escritura pública número 3203 de fecha 24 de octubre de 1939, pasada ante el Notario 4º de Bogotá, vendió a Nicolás Romanowski la misma finca a que se ha hecho referencia, denominada en este juicio La Cananea, con la casa, muebles y semovientes en ella existentes, por la suma de $ 8.000 de los cuales se pagó de contado la mitad garantizando el resto con hipoteca del mismo inmueble.

Fundándose en estos hechos y en la razón de derecho de que la finca vendida por su marido pertenece en propiedad a la sociedad conyugal ilíquida cuya gerencia no ejerce ya exclusivamente el cónyuge vendedor y con exhibición de los títulos escriturarios correspondientes y de su partida matrimonial, en escrito fechado el 9 de diciembre de 1939, dirigido al Juzgado del Circuito de Cáqueza, Belén Caballero de Rey, obrando como administradora y consocia de la sociedad conyugal ilíquida Rey-Caballero, demandó en acción reivindicatoria a Nicolás Romanoswski, para que con su citación y audiencia se declare que pertenecen en pleno dominio y propiedad a la sociedad conyugal ilíquida Nepomuceno Rey G. Bélen Caballero, representada por la actora, la hacienda ubicada en la sección de El Salitre, jurisdicción del Municipio de Fómeque, denominada La Cananea, por los linderos que se expresan, la casa, anexidades y muebles y todos los semovientes que existen en ella, y que, en consecuencia, se condene al demandado a restituír a la citada sociedad conyugal en la persona de la demandante, dentro de los seis días siguientes a la ejecutoria de la sentencia, los prenombrados bienes con sus frutos naturales y civiles a partir de la pérdida de la posesión social hasta el día que la recupere, y finalmente, que se declare nula la hipoteca constituída en la misma ecritura de venta (Nº 3203 del 24 de octubre de 1939) y se ordene consecuencialmente su cancelación en la oficina de registro correspondiente.

En dos series contiene además la demanda peticiones subsidiarias que no es necesario relacionar en este fallo para los fines del recurso, porque la sentencia sometida al estudio de la Corte no estatuye sino sobre lo que fue materia de los pedimentos principales y en nada se refiere a lo demandado en subsidio.

Contestó el demandado el traslado legal de la demanda aceptando algunos de sus hechos y negando otros, y en cuanto al derecho fundamental de la acción negó la personería sustantiva de la actora por no ser ella dueña de la finca que quiere reivindicar, sino su marido antes del 24 de octubre de 1939 y ahora él, por habérsela comprado, de modo que es improcedente el ejercicio de la acción de dominio.

Durante el término legal del traslado compareció al juicio Nepomuceno Rey, marido de la actora y vendedor en el contrato recogido en la escritura Nº 3203, por medio de memorial presentado personalmente en que manifiesta que no puede

ser ajeno al litigio planteado por su cónyuge sobre validez de un contrato en que él está comprometido y que debiéndole interesar necesaria y fatalmente la sentencia que haya de pronunciarse en él, solicita al Juzgado que se le tenga como parte legítima en el juicio, para contradecir la demanda y sumado al demandado, para lo cual pide que se tengan como propios del memorialista la forma y detalles de la contestación dada por Romanowski a la demanda. A este pedimento recayó auto del Juez en que se dispone tener a Nepomuceno Rey G. como parte en el juicio, en defensa de la causa del demandado.

Tramitado el juicio legalmente, el Juzgado del Circuito lo sentenció en fallo del 2 de septiembre de 1940, declarando nula la hipoteca constituída sobre La Cananea en la escritura pública Nº 3203 del 24 de octubre de 1939, de la Notaría 4ª de Bogotá, y decidiendo que no es el caso de hacer las demás declaraciones solicitadas en la demanda. Sin costas.

Sentencia acusada

Apelaron de esta sentencia las dos partes, por lo cual subió el negocio al Tribunal Superior de Bogotá donde se dictó, después de agotados los trámites del caso, el fallo definitivo de segunda instancia de que hoy se ocupa la Corte y en el cual, acogiendo los pedimentos principales de la demanda, se declara que la citada finca La Cananea pertecene a la sociedad conyugal ilíquida Rey-Caballero, a la cual debe restituírla, en consecuencia, el demandado Romanowski con los muebles, semovientes que se indican y frutos producidos desde la notificación de la demanda. Se confirma la declaración de nulidad de la hipoteca contenida en la sentencia apelada, y se condena al demandado Nepomuceno Rey G. a restituír a Nicolás Romanowski la parte del precio de la venta que hubiera recibido, con los intereses legales desde la notificación de la demanda y hasta el día del pago. Se condenó al pago de las costas del juicio al demandado coadyuvante Rey G.

Muy brevemente pueden reseñarse los fundamentos de esta decisión.

Establecido con suficiencia probatoria el matrimonio de la actora con Nepomuceno Rey, de la confrontación de su fecha, en que legalmente se formó la sociedad conyugal, con la de adquisición a título oneroso del inmueble, enseres y semovientes de que se trata, deduce el Tribunal el dominio social sobre estos bienes. No liquidada en ninguna forma legal esta sociedad cuando se inició el imperio de la Ley 28 de 1932, que quitó al hombre, junto con la representación legal de su mujer las facultades administrativas y de disposición sobre el patrimonio social que exclusivamente le competían y organizó una doble administración autónoma, el marido no podía disponer por sí solo de cosas pertenecientes a la sociedad conyugal sin liquidar, para la cual, con interés de socia, puede la mujer iniciar las acciones conducentes a reincorporar a la sociedad conyugal los bienes sociales de que el marido dispuso a espaldas de su cónyuge. Tales las razones en que funda la sentencia su decisión favorable a las pretensiones de la actora, valederas para el contrato de venta como para el accesorio de hipoteca por parte del precio, por ser éste constitutivo también de un acto de disposición.

Respecto de los demás extremos que contiene el fallo —condenaciones a cargo de Rey G.— no se hace ninguna motivación razonada.

El recurso

Contra la sentencia del Tribunal interpusieron oportunamente recurso de casación el demandado y su coadyuvante, recurso que debidamente administrado y tramitado se procede a decidir hoy. El demandado Romanowski lo ha fundado ante la Corte invocando los dos primeros motivos del artículo 520 del C. J., limitándose su colitigante a expresar ante la Sala, en escrito separado, que hace suyos los cargos y razones de la demanda de casación de la parte que coadyuva y que, por tanto, deben tenerse tales acu-

saciones como formuladas también por él contra la sentencia del Tribunal.

En el orden y con la separación con que se formulan los cargos procede a considerarlos la Sala.

I. La primera acusación, referente a la personería sustantiva de la demandante, se hace consistir en que la señora Caballero de Rey no podía por sí sola, sin el concurso del marido, iniciar la acción que ha ejercitado en nombre de la sociedad conyugal. "El Tribunal sentenciador ha infringido —dice el recurrente— de manera directa y por errónea interpretación los artículos 1º y 5º de la Ley 28 de 1932, pues ha entendido que los cambios introducidos por esas disposiciones en el régimen de la sociedad conyugal autorizan a la esposa para promover por sí sola, sin el concurso del marido que es coadministrador de la sociedad, acciones judiciales a nombre de la misma".

Se considera.

La viabilidad y procedencia de acciones como la instaurada en este juicio por Belén Caballero han sido admitidas y consagradas por la jurisprudencia reiterada de esta Sala de Casación Civil al interpretar, teniendo sobre todo en consideración el pensamiento que inspiró la reforma, el nuevo estatuto de la mujer casada consignado en la Ley 28 de 1932. Va ya para cinco años que la Corte expresó su parecer interpretativo en torno de los múltiples problemas que trajo la innovación legislativa en el régimen patrimonial del matrimonio, ya en sí misma ya en las dificultades que se suscitaron al engranarla con el Código Civil, y procuró fijar en lo posible la significación y alcance de las principales disposiciones de la ley reformatoria. Estos puntos de vista, reproducidos luégo muchas veces, están expuestos en sentencia del 20 de octubre de 1937 (G. J. Tomo XLV), de la cual se copian los siguientes apartes contentivos de las razones que legitiman para la mujer, y para el marido en su caso, el ejercicio autónomo de acciones destinadas a hacer volver a su sociedad conyugal constituída antes del 1º de enero de 1933 e ilíquida aún, los bienes sociales de que haya dispuesto uno de los cónyuges con prescindencia del otro:

"... Por haber perdido el marido, desde la fecha indicada, el carácter de jefe de la sociedad conyugal, y por lo tanto el de dueño exclusivo ante terceros de los bienes sociales, perdió también de manera lógica y necesaria sus antiguas facultades dispositivas y administrativas sobre el conjunto de los bienes de la vieja sociedad conyugal, los cuales vinieron así a quedar, por el fenómeno de la aparición de otro jefe con iguales facultades a las del marido, bajo el gobierno simultáneo de los dos cónyuges. Significa esto, de consiguiente, que para disponer de tales bienes los dos cónyuges deben obrar conjuntamente, si es que la masa social está indivisa por no haber ellos ocurrido a verificar la distribución provisional de esa masa, conforme al derecho que les otorga el comentado artículo 7º.

"A la Corte esta doctrina se le presenta incuestionable y se impone ante el efecto inmediato que debe tener una ley encaminada a dar a la mujer capacidad plena, efecto que pugna abiertamente contra toda supervivencia del antiguo poder exclusivo del marido en relación con bienes sobre los que la mujer tiene también su derecho indubitable de socia.

" ... ...

"El mismo artículo 7º de la ley sirve para aclarar el alcance general del artículo 1º en el sentido explicado. El legislador, porque dispuso su alcance general, sin excepcionar a las sociedades constituídas antes, aun permitió la distribución extrajudicial de los bienes sociales, a fin de ofrecer a los cónyuges un medio fácil de acomodarse al nuevo estatuto. De otra manera, si la masa de bienes de las viejas sociedades debiera continuar gerenciada por el marido sólo el artículo sería incongruente con el artículo 7º, pues éste carecería de objeto. La científica interpretación de un cuerpo de normas debe ser siempre armónica, de modo que un precepto guarde relación con los demás y

todos se concatenen y expliquen entre sí. Interpretando con entera desvinculación las dos disposiciones citadas, se rompe la armonía doctrinaria de la Ley 28, en fuerza de que resultaría exótico y sin razón el que de un lado se consagrara el principio de que un determinado orden de cosas continuara rigiéndose por normas abrogadas, y de otro lado se sentara un principio contrapuesto, dándose normas reguladoras para liquidar aquel estado de cosas.

"Todo el raciocinio precedente decide la Corte a sostener como necesaria para la validez del acto jurídico, la intervención conjunta de marido y mujer en lo tocante a cualquiera disposición o administración de bienes, cuando estos pertenecen a las sociedades conyugales que la Ley 28 encontró ya formadas, y que bajo su vigencia no han sido liquidadas provisionalmente conforme al artículo 7º ...

"De todo lo dicho, en la exposición anterior se desprende que la mujer como socia y por lo tanto partícipe en los bienes de la sociedad conyugal existente cuando entró a regir la Ley 28, tiene personería propia e independiente del marido para demandar la nulidad o inexistencia de los contratos celebrados por el marido tendientes a extraer bienes de esa sociedad de manera ilegítima; y la reivindicación de esos bienes está bien demandada para la sociedad porque de la sociedad conyugal son y a la sociedad conyugal deben volver".

En reciente sentencia de esta Sala (20 de abril del año que corre), a la vez que se reiteró y justificó la insistencia de la Corte en el sostenimiento de estas tesis, se hizo la enumeración de los diversos fallos pronunciados sobre este y otros aspectos interpretativos de la Ley 28 de 1932, a manera de índice, muy conveniente para facilitar, respecto de estas cuestiones, la función unificadora de la jurisprudencia nacional que primordialmente corresponde a la casación civil.

Por lo expuesto, se rechaza el primer cargo.

II. Violación de los artículos 946, 950 y 952 del C. C. en que incurrió el Tribunal como consecuencia de los dos siguientes errores de derecho en la apreciación probatoria:

a) Desestimación de las confesiones de la parte actora en el libelo de demanda y en sus alegatos sobre posesión del demandado, que es requisito indispensable en la acción de dominio. "Por efecto de este error —dice el recurrente— admitió el Tribunal como demostrado, sin estarlo, el hecho de la posesión material del suscrito demandado sobre la finca y demás bienes que son materia de la reivindicación, y consecuencialmente decretó ésta, con lo cual infringió los artículos 946 y 952 del Código Civil, ya que conforme a estos preceptos la acción reivindicatoria no es procedente sino a condición de que el demandado sea poseedor".

b) Apreciación de la escritura pública Nº 1091 de 9 de agosto de 1922, de la Notaría 4ª de Bogotá, por no haber dado aplicación respecto de ese título a lo prevenido en el artículo 635 del C. J. "Tal error —dice la demanda— llevó al Tribunal al quebrantamiento de disposiciones legales sustantivas como son el artículo 946 y el 950 del Código Civil por haberlas aplicado indebidamente, pues le reconoció a la señora demandante el derecho de ejercer la acción reivindicatoria, que esos artículos consagran, siendo así que tal derecho sólo le compete a quien presente un título de propiedad registrado, que sea **suficiente**, en el sentido legal de esta palabra, según se explica en el artículo 635 del C. J. ..."

Considera la Sala.

Respecto de la prueba de la posesión, dice la sentencia acusada: "Como en la contestación de la demanda por parte del demandado Romanowski, confesó ser cierto que él compró los bienes demandados en restitución, que él es el dueño de los bienes reclamados y que los posee, lo cual está corroborado con lo que reza el instrumento contentivo de la compraventa celebrada entre él y el cónyuge de la actora, la probanza al respecto es ple-

na..." Esta apreciación del Tribunal está respaldada por la verdad procesal. El demandado, en efecto, al dar contestación a los hechos fundamentales de la acción, y al oponerse a las declaraciones solicitadas por la actora no manifestó en ninguna forma que no fuera el poseedor de los bienes sometidos a la acción de dominio, ni en esta circunstancia, no mencionada, basó su defensa, que exclusivamente ha hecho consistir en ser el dueño absoluto y exclusivo de estos bienes por habérselos comprado a quien tenía su dominio y quien, por consiguiente, le hizo válida tradición de ellos. Además, en la cláusula V de la escritura pública de venta otorgada por Nepomuceno Rey a Nicolás Romanowski y exhibida por éste como título de su propiedad, se dejó expresa constancia de que desde la fecha del contrato el vendedor entregó al comprador la hacienda y demás enseres comprendidos en la venta.

No ataca el recurrente esta conclusión de la sentencia por error de ninguna especie en la apreciación de los elementos probatorios en que la apoya y que aparecen citados allí; la acusación a este respecto es por haber el Tribunal hecho caso omiso de algunas frases aisladas de la demanda y del alegato de primer grado en que el recurrente cree ver una prueba de confesión sobre la circunstancia de no ser el demandante Romanowski poseedor de los bienes comprendidos en la demanda, en las cuales, fuera de ser insuficiente el ataque base de su convicción sobre el particular, no ve la Sala confesiones propiamente dichas, sino conceptos de más o menos equívoca redacción que es preciso interpretar con subordinación al objetivo de la acción real de dominio incoada, porque resultaría absurdo pensar que a le vez que se está demandando la restitución y entrega de unos bienes con sus frutos percibidos se estuviera afirmando simultáneamente que quien tal cosa pide los tiene e nsu poder. El ejercicio de la acción reivindicatoria implica la afirmación del actor sobre la posesión del demandado, condición ésta básica para su procedencia, no negada por el reo ni su coadyuvante al establecer con su contestación al libelo los fundamentos de la litis contestatio, ni desvirtuada fehacientemente a lo largo del juicio, ni a través de los cargos formulados en casación.

Tampoco tiene ningún fundamento el cargo por error de derecho al aceptar el sentenciador la escritura pública en que se apoya el dominio de la sociedad conyugal que alega la actora, y por medio de la cual el marido compró a Carlos Rey G. durante el régimen anterior a la Ley 28 de 1932, los bienes sometidos a esta acción reivindicatoria, por no habérsela acompañado del certificado a que alude el artículo 635 del C. J., disposición que señala las exigentes condiciones que debe reunir un título registrado para acreditar su suficiencia, en los casos en que la ley requiere títulos de esta naturaleza. Por regla general para acreditar los actos y contratos sujetos a la solemnidad de la escritura pública es bastante la presentación del correspondiente instrumento en copia con nota de haberse hecho el registro en la forma debida; pero existen casos en que la ley exige que además de la presentación de este título registrado se acredite su suficiencia, como sucede, entre otros, en los contemplados en los artículos 998, 1135 y 1189 del C. J. Esta forma de acreditar el dominio, que como se ve es solamente sumaria, procede legalmente cuando es necesario demostrar la propiedad en juicios en que ese derecho no es el objeto de la controversia; por ejemplo, para reclamar indemnización y pago en casos de expropiación de una propiedad cuya titularidad queda así suficientemente acreditada, o para iniciar una acción de deslinde o una divisoria de bienes comunes, o para demandar el desembargo en el caso del artículo 1008 del C. J., o para acreditar la solvencia de un fiador etc. Pero no es de ley exigir que se acredite la suficiencia del título en juicio de reivindicación, en los que no se trata de demostrar sumariamente el dominio, sino

de justificar, con relación al demandado, el derecho que se tiene para que la cosa que éste posee pase a poder del demandante estableciendo probatoriamente, con una confrontación de títulos una situación jurídica más arreglada a derecho, como acontece en este caso en relación con los fenómenos operados por la reforma legislativa en el régimen de la sociedad conyugal. Subordinada la decisión de este pleito reivindicatorio a la sola comparación de títulos aducidos por las partes, ha de prevalecer el anterior sin que sea necesario remontar la cadena de las tradiciones hasta llegar al título primitivo, como lo ha establecido la jurisprudencia.

"Esta norma de pruebas judiciales —ha dicho la Corte refiriéndose a la manera de acreditar la suficiencia de un título inscrito—, que resulta de coordinar el artículo 789 del C. C., con el 635 del Código de Procedimiento, tiene su aplicación en diversos juicios, como en el divisorio si la prueba del demandante consiste en un título registrado, y la tiene, aun extremando la exigencia sobre longitud del período, cuando se embargan bienes en ejecuciones o cuando por trámite especial se solicita la venta de fincas hipotecadas (artículo 1008 y 1189 del C. J.). En estos casos, y seguramente en algunos otros, será indispensable presentar la consabida prueba. No así cuando se ejercita la acción real de dominio.

"El dueño de una cosa singular, de que no está en posesión, tiene derecho a obtener que el poseedor sea condenado a restituírla. En esto consiste la reivindicación. Por medio de ella cobra con justicia (**vindicatio**) cualquier derecho real principal, excepto la herencia, para que el poseedor sea condenado a devolverlo.

"El carácter de 'dueño', exigido por el artículo 946 del C. C., y la noción de 'propiedad', prescrita por el 950 de la misma obra, son figuras esencialmente relativas. Aunque el dominio es un derecho sin respecto a determinada persona, suficiente para que su titular goce y disponga de la cosa mientras no atente contra ley o contra derecho ajeno, la existencia del que compete al reivindicador, origen de la acción real de dominio, no se refiere sino al poseedor y se prueba sólo frente a éste. La declaración de propiedad, que en juicio reivindicatorio precede a la de entrega, no da ni reconoce al reivindicante un dominio absoluto o **erga omnes**. Apenas respectivo, es decir, frente al poseedor. Y la sentencia de absolución proferida en juicio de esta clase no constituye título de propiedad para el demandado absuelto".

"Al 'dueño' que quiere demostrar 'propiedad' le toca probar su derecho, pero exhibido el título no hay por qué exigirle la prueba del dominio de su causante, cuando la fecha del registro de tal título es anterior a la posesión del reo..." (G. J. Tomo XLIII p. 339).

No es fundada, por lo visto, la segunda acusación.

III.—Versa este cargo sobre la declaración de nulidad de la hipoteca constituída por medio de la escritura pública número 3203, de 24 de octubre de 1939, de la Notaría 4ª de Bogotá, por el comprador Romanowski a favor del vendedor Rey en garantía de parte del precio de la venta, y se hace consistir en la violación del artículo 1746 del C. C. por haber el Tribunal pronunciado la nulidad del contrato accesorio de hipoteca, sin audiencia de las partes que intervinieron en su celebración, pues la demanda solamente se dirigió contra Nicolás Romanowski, omitiendo al otro contratante, Nepomuceno Rey G., cuya presencia en el juicio obedece simplemente a su condición de simple coadyuvante, no de parte.

Se considera.

Se dejó visto al hacer la relación de antecedentes al principio de este fallo que Nepomuceno Rey G., marido de la demandante y parte en el contrato de hipoteca cuya nulidad ha sido especialmente solicitada en la demanda, pidió, durante el trasaldo legal de la demanda, que se le tuviera como parte en la instancia, sumado al demandado y en defensa de sus pretensiones, según derecho que le concede el artículo 233 del C. J. y fundado en que

la sentencia que desatara el litigio le habría de aprovechar o perjudicar de manera fatal, y que el juzgado, accediendo al pedimento, ordenó tenerlo como parte demandada en el juicio. En este carácter, reconocido en auto no reclamado, desde el principio del debate, ha intervenido Rey G. oponiéndose a las declaraciones de la demanda, alegando de bien probado, interponiendo recurso de apelación contra la sentencia de primer grado, presentando alegatos ante el Tribunal y, finalmente, recurriendo en casación ante la Corte. Esto es, asumiendo y cumpliendo plenamente las actividades correspondientes a su posición de parte en el juicio que le fue reconocida por auto del juez.

La intervención de Nepomuceno Rey, que es un hecho procesal cumplido con la aceptación total de los litigantes, realiza a cabalidad la forma de intervención adhesiva voluntaria autorizada por el artículo 233 del C. J., en su especie de litis-consorcial, según clasificación de los expositores, en que el interviniente se halla en relación con el adversario y no simplemente con la parte que coadyuva, de tal naturaleza o en forma que la decisión del proceso tenga influencia también sobre él, como en el caso de estudio, tratándose del vendedor en el pleito contra el comprador. En esta ocurrencia el interviniente adhesivo tiene calidad, autonomía y capacidad de parte, y como tal hay que considerarlo para deducir respecto de él el alcance y consecuencias de la sentencia que se profiera en el litigio desarrollado con su intervención y sentenciado con su audiencia.

Vista, pues, en qué forma ha intervenido Nepomuceno Rey en el proceso y las consecuencias jurídicas esenciales que a esa intervención corresponden, no es fundado decir que ninguno de los extremos del fallo sobre las pretensiones oportunamente deducidas por las partes haya sido pronunciado sin el legal emplazamiento y sin audiencia de quienes intervinieron en la celebración del contrato hipotecario, que es a lo que se reduce este cargo, que también se desecha por infundado.

IV.—Hace referencia aquí el recurrente al pasaje en que el Tribunal reconoce expresamente la buena fe del demandado Romanowski para efecto de limitar su obligación restitutoria de frutos a partir de la notificación de la demanda, y dice: "Pero el referido Tribunal, aun cuando dedujo y aplicó en este caso una de las consecuencias de la buena fe, lo hizo solo parcialmente, es decir, por el único aspecto de la restitución de frutos, y dejó de deducir y aplicar otra consecuencia muchísimo más importante, a saber, la de que en vista de la buena fe con que hice la adquisición de la finca comprada por mí al señor Rey G., la acción reinvindicatoria propuesta por la señora Caballero de Rey no debía prosperar y por consiguiente el fallo ha debido ser absolutorio". Invoca en seguida algunos conceptos emitidos por esta Sala en relación con tesis sobre la buena fe como creadora de derechos, y dice que por no haberla tenido en cuenta sino para las restituciones mutuas, se violaron los artículos 768, 946, 950 y 1781 del C. C.

Se considera.

No encuentra la Sala, confrontando el texto de las disposiciones citadas como directamente inflingidas con las conclusiones de la sentencia acusada, que el Tribunal haya incurrido en su quebranto. El fallo en consideración, como el mismo recurrente lo advierte, tuvo en cuenta y la hizo objeto de expresa mención, la buena fe del demandado Romanowski, deduciendo de ella todos los efectos que la ley le adscribe de ordinario con el objeto de determinar el alcance de las prestaciones restitutorias en la reivindicación. La consecuencia protectora a que teóricamente se acoge el recurrente para pedir la infirmación del fallo y que la Sala estudió en alguna sentencia en que dio acogida a la doctrina de la buena fe como creadora de derechos en relación con el error común e invencible, no es consecuencia legal ni normal de la buena fe cuya omisión pueda alegarse con ocasión de la causal primera de casación. La mención de esta teoría,

como es obvio, no da base de estudio a un cargo en casación por quebranto de ley sustantiva porque, como doctrinaria y jurisprudencialmente se ha establecido, el reconocimiento de esos efectos de la buena fe en los casos muy excepcionales en que es procedente hacerlo, se hace precisamente contra la ley, violando sus ordenamientos y preceptos.

No existe ni la más leve razón de legalidad para afirmar que la buena fe del demandado impide la reivindicación, como si no pudieran ser vencidos en esta especie de acción los poseedores de buena fe, cuya situación para ese caso está especialmente reglamentado en la ley.

No hay lugar tampoco, por esto, a acoger este cargo.

V.—Este último cargo de la demanda de casación se apoya en el segundo motivo de los que enumera el artículo 502 del C. J. y se hace consistir la inconsonancia de la sentencia acusada con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes en que el Tribunal condena a Nepomuceno Rey G. a restituir a Romanowski los abonos de precio que hubiera recibido por las cosas cuya declaración de propiedad se hace en favor de la sociedad conyugal, con intereses legales a partir de la notificación de la demanda, y a pagar las costas del juicio, cuando Rey no ha sido demandado ni tales pedimentos fueron formulados en el libelo que dio base al litigio, contra nadie y menos contra quien aparecen declarados que ni siquiera figura en la demanda.

Se considera.

Los extremos de la sentencia que con este cargo se atacan son benéficos para quien los formula; de tal manera que para esta acusación carece el recurrente Romanowski del interés jurídico que debe legitimar todo recurso, ni puede entenderse que los hace en interés de su coadyuvante o litisconsorte, en cuyo perjuicio se han pronunciado, porque carece de representación para el efecto. Pero como Nepomuceno Rey G., según se vio, adopta y prohija y pide se tengan como propios los cargos contenidos en la demanda con que Romanowski ha fundado su recurso como de él y en interés suyo, lo considera la Sala.

La lectura de la parte petitoria de la demanda pone de manifiesto, en realidad, su falta de consonancia con las condenaciones pronunciadas contra Rey G., no por no ser éste demandado en el libelo inicial sino porque las obligaciones a que se refieren no fueron materia de pedimento, ni pueden, por consiguiente, ser objeto de declaraciones en la sentencia sin incurrir en **extra petita**. Se vinculan estos extremos a relaciones o nexos jurídicos entre las partes en el contrato de venta por virtud de la obligación de saneamiento de la evicción que no figuran dentro del planteamiento del litigio ni son bases de la controversia. Nepomuceno Rey G. y Nicolás Romanowski forman la parte demandada, que sostiene las mismas pretensiones contra la actora defendiendo la plena efectividad y eficacia de la compraventa celebrada por ellos, y entre los dos no se ha debatido nada respecto de la situación jurídica en que queden por el triunfo de la reivindicante.

No está demás advertir que en este caso el comprador demandado no hizo denuncio del pleito a su vendedor para efectos de la citación de evicción (1899 C. C.).

Ni respecto de esta condena a restituir ni en referencia a la condenación al pago de las costas expresa la sentencia acusada ningún razonamiento ni motivo. La de las costas parece que obedece a la aplicación impertinente del artículo 233 del C. J., relativo al incidente sobre admisión del coadyuvante, porque se limita a advertir el Tribunal que hace la condenación contra Rey porque éste asumió el papel de demandado para oponerse a la demanda y fue vencido.

Fundado este cargo por la causal 2ª, se harán a la sentencia las modificaciones que impone la casación parcial a que hay lugar.

Por lo expuesto, la Corte Suprema en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **casa parcial-**

mente la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el primero de agosto de 1941, con el solo objeto de suprimir las condenaciones que contiene contra Nepomuceno Rey G. en los numerales 5º y 6º de su parte resolutiva, dejándola en firme en todo lo demás.

Sin costas en el recurso.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la **Gaceta Judicial** y devuélvase oportunamente al Tribunal de origen.

José Miguel Arango — Isaías Cepeda — Liborio Escallón — Ricardo Hinestrosa Daza — Fulgencio Lequerica Vélez—Hernán Salamanca — Pedro León Rincón, Srio. en ppd.

REIVINDICACION

No es viable la acción reivindicatoria, cuando los bienes objeto de ésta han sido destinados a un objeto especial o afectados a un servicio público por voluntad expresa, aunque unilateral, de quien después se presenta como reivindicador.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil.—Bogotá, veinticinco de junio de mil novecientos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Isaías Cepeda)

El asunto que hoy pasa a decidir la Corte tiene los siguientes antecedentes:

El Concejo de Bogotá expidió el Acuerdo 46 de 1912, por el cual facultó a los señores Jorge A. González Ponce y Luisa González B. para urbanizar el barrio obrero denominado Antonio Ricaurte.

El artículo 3º de dicho acuerdo es del tenor siguiente:

"Autorízase a los interesados, señores González Ponce, para establecer una Plaza de Ferias en el barrio que proyectan y para fijar un impuseto módico sobre los animales que se realicen allí, cuyo producido se destinará al mejoramiento de las calles y plazas y al embellecimiento del nuevo barrio.

"Parágrafo: Tanto en la fijación del impuesto como en su recaudación e inversión intervendrá el municipio".

Los interesados llevaron a efecto la urbanización del indicado barrio sin establecer la Plaza de Ferias a que alude el artículo copiado, pero el lote señalado en el plano respectivo para ese efecto entró a servir, desde un principio, como plaza pública.

Posteriormente los urbanizadores, por escritura número 1322, del 27 de octubre de 1924, otorgada en la Notaría 5ª de esta ciudad, vendieron al señor Enrique Uribe Mayne el lote de terreno destinado para Plaza de Ferias, de que se ha hablado, y este señor demandó entonces al municipio de Bogotá para que con su audiencia se declarara que el referido lote de terreno le pertenecía en dominio o propiedad, y para que se condenara al municipio a restituirlo.

Se dijo en aquella demanda que aunque el municipio no era poseedor del lote, sí lo retenía indebidamente a nombre de un uso público que no tenía razón de ser sobre ese inmueble.

Tal pleito fue decidido en primera instancia por el Juzgado 7º Civil de este Circuito absolviendo al Municipio, según sentencia fechada el veintiocho de marzo de mil novecientos treinta y tres, que fue confirmada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en fallo de fecha veintisiete de abril de mil novecientos treinta y cuatro, el cual vino a quedar en firme porque aunque se interpuso recurso de casación la Corte no lo casó, como aparece de la sentencia pronunciada el treinta de setiembre de mil novecientos treinta y cinco.

Se tuvo en cuenta en aquellos fallos que de conformidad con las manifestaciones hechas por el propio demandante, el Municipio no era poseedor del lote sobre que versaba la reivindicación y que, por lo mismo, no podía prosperar la acción intentada.

Así las cosas, el señor Uribe Mayne, por medio de apoderado, presentó el diez y seis de abril de mil novecientos treinta y siete nueva demanda contra el Municipio de Bogotá, que correspondió al Juez 2º Civil de este Circuito y en la cual pi-

dió que se hicieran las siguientes declaraciones:

"Primera—Que pertenece a mi poderdante, señor Enrique Uribe Mayne, en pleno dominio y propiedad, el lote de terreno situado en jurisdicción del Municipio de Bogotá, en el Barrio Obrero Antonio Ricaurte y alinderado así: por el Oriente, con la antigua carrera veinticinco (25), hoy carrera veintiocho; por el Norte, con la calle diez (10); por el Occidente, con la antigua carrera veintiséis (hoy carrera 29), por el Sur, con la calle novena (9ª), lote (26), hoy carrera veintinueve (29); y que tiene una cabida de diez mil ciento noventa metros cuadrados (10.190), o sean quince mil ochocientas noventa varas cuadradas aproximadamente, de acuerdo con el plano levantado por el doctor Zoilo Cuéllar Durán, y subdividido en lotes, el plano general, por el doctor Eduardo Franco F., plano que se halla protocolizado en la Notaría 5ª de Bogotá, según escritura pública número 299, de quince de mayo de mil novecientos trece (1913), en donde se designa este lote de terreno con el nombre de Plaza de Ferias.

"Segunda—Que el Municipio de Bogotá está obligado a restituír el lote especificado en la petición anterior a mi poderdante, señor Enrique Uribe Mayne, seis días después de ejecutoriado el fallo que usted dicte, o en el término que el señor Juez se sirva señalar de acuerdo con la ley".

En esta demanda, contra lo que se había dicho en la anterior, se afirmó que "el Municipio de Bogotá está en posesión del lote de terreno referido, especificado y alinderado ya en la petición Primera, desde el mes de julio de mil novecientos veintiséis".

Corrido el traslado correspondiente, el señor Personero Municipal propuso, como dilatoria, la excepción de cosa juzgada, fundándose en que ya se había ventilado el mismo asunto en el juicio de que atrás se habló, excepción que no prosperó porque las sentencias pronunciadas en tal juicio se presentaron sin la constancia de haber sido registradas.

Luégo, al contestar la demanda, propuso la misma excepción como perentoria, y respecto de la acción intentada dijo:

"A nombre del Municipio que represento me opongo de manera formal a que se hagan las declaraciones solicitadas por el demandante y desconozco el derecho invocado por éste. El bien objeto del pleito fue destinado por los urbanizadores, de acuerdo con el Municipio, al uso público, y desde que se realizó el acuerdo hasta el presente ha conservado ese carácter de bien de uso público, administrado por el Municipio en virtud del precepto legal que le confiere el cuidado y administración de tal clase de bienes. El Municipio no ha ejecutado allí actos de posesión, ni como tales pueden tomarse los de administración, cuidado o conservación del servicio público a que esté destinado un bien de la calidad mencionada. Y no habiendo posesión ejercida por el demandado, no puede haber acción reivindicatoria apoyada en ese hecho".

Cumplidas las ritualidades legales de la primera instancia, el Juez a quo dictó la sentencia de fecha primero de agosto de mil novecientos treinta y nueve, que en lo pertinente dice

"1º Declárase no probada la excepción perentoria de cosa juzgada propuesta por la parte demandada.

"2º Absuélvase al Municipio de Bogotá de los cargos de la demanda.

"3º Cancélese la inscripción de la demanda en el registro correspondiente".

"4º Condénase a la parte demandante a las costas del presente juicio".

Consideró el Juez que no podía declararse probada la excepción de cosa juzgada porque aunque "en el término probatorio del juicio se trajo a los autos copia de las notas de registro exhibidas por las sentencias, no se pidió que éstas fueran tenidas como prueba destinada a demostrar la excepción", y absolvió al Municipio de los cargos de la demanda porque estimó que él no era realmente poseedor

del lote que se trata de reivindicar, sinò que se había limitado a conservarle la destinación que para plaza pública se le había dado por acuerdo celebrado entre él y los antecesores del actor.

De dicha sentencia apelaron ambas partes y concedido el recurso y surtida la tramitación de segundo grado, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá la reformó en providencia del doce de febrero de mil novecientos cuarenta y uno, en el sentido de declarar probada la excepción de cosa juzgada propuesta por el representante del Municipio, fundándose en que sí debía darse a las sentencias en que se basaba la excepción todo el valor probatorio que la ley les asigna.

El recurso

Contra la sentencia del Tribunal interpuso recurso de casación el actor, quien, por medio de su apoderado, la acusa de haber "desestimado la figura jurídica de la cosa juzgada" y de haber violado los artículos 474 del C. J., 1758 y 1759 del C. C. en relación con el 632 del C. J. y finalmente los artículos 946 y sus concordantes del C. C., que modelan la acción reivindicatoria, todo por mala apreciación de la demanda de 4 de junio de 1926, de la segunda demanda fechada el 16 de abril de 1937 y de las respectivas sentencias pronunciadas en ambos juicios, pues no apreció debidamente el contenido de esos documentos auténticos.

Sostiene el recurrente que no puede haber cosa juzgada en el caso de estudio, porque aunque aparece clara la coexistencia de dos elementos comunes en ambos juicios, esto es, identidad jurídica en las personas de los litigantes y un mismo objeto sobre el cual versaron los dos juicios, no existe el tercer elemento que integra la cosa juzgada, o sea "que la nueva demanda se funde en las mismas causas que la primera", y agrega:

"En la primera demanda el señor Uribe Mayne adujo este hecho jurídico: **'1º El Municipio, aunque no es poseedor del lote, sí lo retiene indebidamente a nombre de un uso público que no tiene razón de ser'.** En el hecho 11º de la misma demanda, consecuentemente pidió el mismo señor: **'y para que se ponga al poseedor en la tenencia individual y material de dicho lote'.** El poseedor entonces era el mismo demandante Uribe Mayne. En consecuencia, el actor afirmó entonces (1926) estas calidades para sí:

a) Dominio.

b) Posesión.

Y afirmó respecto del Municipio demandado:

a) Tenencia indebida.

En cambio en la segunda demanda el mismo actor adujo este otro hecho jurídico: **'1º El Municipio de Bogotá está en posesión del lote de terreno referido, especificado y alinderado ya en la petición primera de esta demanda, desde el mes de julio de mil novecientos veintiséis'.**

De manera que en el primer juicio la demanda se fundó en una causa distinta que en el segundo: en aquél afirmó tenencia indebida, en éste posesión. Son dos hechos jurídicos distintos. No existe la **eadem causa petendi".**

Se considera:

En concepto de la Corte es fundado el cargo hecho por el recurrente a la sentencia del Tribunal, en cuanto no existe la cosa juzgada alegada por el representante del Municipio y que aquella entidad declaró probada, porque es de toda evidencia que la segunda demanda se fundó en una causa completamente distinta de aquella en que se apoyó la primera, y siendo esto así, como lo es, no existe aquí uno de los tres elementos que exige el artículo 474 del C. J. para que haya cosa juzgada, y como el Tribunal no lo estimó así, es indudable que apreció mal el contenido de las demandas y de las sentencias de que se ha hablado y con ello violó no sólo el artículo 474 citado sino los 1758 y 1759 del C. C., en relación con el 632 del C. J., lo cual acepta el señor Procurador Delegado en lo Civil, quien, al contestar la demanda de casación como representante del Municipio dijo:

"No entro a impugnar el recurso de casación interpuesto contra dicha sentencia, en cuanto a lo que es materia propia de él, porque me hallo en completo acuerdo con la tesis del recurrente en que tal recurso se sustenta".

De consiguiente, habrá de infirmarse el fallo del Tribunal pero no para que prospere la acción intentada contra el Municipio sino para confirmar el de primer grado, por las razones que como fundamento de la sentencia de instancia pasa a exponer la Corte.

El señor Procurador Delegado en lo Civil dijo, además, al contestar el recurso:

"Pero no por ello he de convenir en la acción reivindicatoria ejercitada en la demanda, la cual contradigo para los efectos del fallo de instancia que haya de reemplazar al del Tribunal, por cuanto en mi sentir no se reúnen aquí todos los elementos esenciales de dicha acción, a saber: 1º Derecho de dominio del demandante sobre la cosa que se reivindica. 2º Cosa singular reivindicable. 3º Posesión del demandado sobre ella.

En el caso sub-judice no hay posesión de derecho civil por parte de la entidad demandada sobre el lote de terreno materia de la demanda. Lo que hay es afectación a un servicio público, fenómeno administrativo esencialmente distinto de la posesión de carácter civil, o sea la tenencia de una cosa con ánimo de dueño.

No siendo el Municipio demandado poseedor, en sentido jurídico, del lote de terreno materia de la demanda, dicho lote no es reivindicable en acción civil de dominio. El hecho administrativo que se presenta a la vista produce consecuencias también de orden administrativo".

Tiene razón el señor Procurador, como se verá en seguida.

Entre los antecedentes del Acuerdo número 46 de 1912, expedido por el Concejo de Bogotá sobre urbanización del barrio Antonio Ricaurte, conviene citar los siguientes.

Por memorial de fecha 28 de junio de 1912, dirigido por los urbanizadores al Presidente del Concejo, solicitaron la autorización para llevar a efecto la urbanización mediante, entre otras, estas condiciones:

"Primera—Que se nos conceda privilegio para fundar en dicho barrio la Plaza de Ferias, de que carece actualmente la ciudad, en la manzana que creamos apropiada al efecto, o en la que el Concejo designe.

"Tercera—Que en oportunidad debida se baje el agua de la ciudad al lote expresado y se coloque una fuente pública para servicio del barrio, en el sitio que se adopte para Plaza de Ferias. (Subraya la Sala).

"Quinta—Que se nos permita establecer un impuesto módico sobre los animales que se realicen en la Plaza de Ferias, destinado al mejoramiento de las calles y de la Plaza, y en general para el embellecimiento del barrio".

Posteriormente, como supieran los urbanizadores que se había hecho alguna propuesta al Municipio para construír una Plaza de Ferias, dijeron al Alcalde de la ciudad, en memorial fechado el 23 de agosto de 1912:

"... como actualmente alguna otra persona ha solicitado se le haga el contrato de la fundación y establecimiento de la Plaza de Ferias en condiciones desfavorables para el público, pedimos que al resolver dicha petición se tenga en cuenta nuestra oferta, que tiende al beneficio del público y que nada nos reservamos para nuestro interés particular". (Subraya la Sala).

Teniendo en cuenta esas y otras ofertas de los urbanizadores fue expedido, el 18 de octubre de 1912, el mencionado Acuerdo número 46.

Además, es necesario advertir que a la sazón se hallaba vigente el Acuerdo número 10 de 1902, que en su artículo 81 disponía:

"Cuando la zona de ensanche que se va a edificar o que entra en vía de urbanización se divida en lotes para la venta y tenga más de cinco hectáreas de extensión, el propietario o propietarios están

en la obligación de dejar el terreno indispensable para la formación de una plaza pública, la cual será un cuadrado cuyas dimensiones lineales no serán menores de ochenta metros.

"Parágrafo—Esta regla servirá de base para dejar dos, tres o mayor número de plazas en proporción al terreno destinado para la urbanización".

De acuerdo con las citadas ofertas de los urbanizadores, éstos hicieron elaborar un plano de la urbanización, que el Municipio aceptó y que fue protocolizado por medio de la escritura número 299, del 15 de mayo de 1913, de la Notaría 5ª de esta ciudad, plano en el cual se halla marcado el lote destinado para **Plaza de Ferias.**

Desde entonces quedó destinado dicho lote, por acuerdo entre los urbanizadores y el Municipio de Bogotá, para uso público, y si es verdad que no se construyó allí la Plaza de Ferias que aquéllos proyectaban, también lo es que el lote entró a prestar los servicios de plaza pública del barrio; que los urbanizadores vendieron los lotes que daban frente a esa plaza, aprovechando su situación privilegiada; que muchos individuos compraron esos lotes con la seguridad y el halago de construír sus casas con frente a la plaza pública, y que los ocupantes en general de ese sector de la ciudad partieron del principio de que éste tenía su plaza, para todos los menesteres del barrio.

Estos aspectos de la cuestión aparecen plenamente demostrados en autos con las declaraciones rendidas por los señores Camilo Cabrera, Rogelio Moreno, Roberto Serrano y varios otros, quienes, a petición del representante del Municipio dijeron, más o menos, lo que a continuación se transcribe, tomado de la exposición de Pompilio Guzmán, visible al folio 31 del cuaderno número 5:

"Es verdad que hace catorce años adquirí de los señores González Ponce, urbanizadores del barrio obrero **Ricaurte,** un lote de terreno de aquella urbanización y sobre él edifiqué una casa de habitación. Es verdad que desde que principió en 1912 la urbanización de aquel barrio, los urbanizadores destinaron una porción del terreno urbanizado para plaza pública, y ésta es la misma que en la actualidad existe como plaza pública del barrio. Sí es verdad que al vender los urbanizadores porciones de terreno en los contornos de la plaza proyectada, las delineaban con frente a dicha plaza y así lo hacían constar expresamente en las escrituras de venta. Es verdad que cuando yo adquirí el lote de terreno lo hice en el convencimiento, porque así me lo manifestaron los urbanizadores y porque vi el plano respectivo, de que la plaza en proyecto entonces y que es la misma que hoy existe, era destinada exclusivamente para el uso del público y especialmente del barrio en proyecto, y es verdad que sobre esa base fue que yo compré el lote para edificar. Es verdad que durante más de catorce años la indicada plaza ha estado al servicio del público sin interrupción alguna y sin que los urbanizadores hayan impedido su uso ni limitado el derecho que los propietarios de edificaciones situadas sobre ella tienen con respecto al uso de la plaza, sino antes bien han hecho manifestaciones de tolerancia de aquellos actos de dominio que el público y las autoridades han hecho respecto de esa plaza".

Alega el demandante que ni él, ni sus antecesores en el dominio del lote que se trata de reivindicar, lo han transferido al Municipio y que como no se fundó allí la Plaza de Ferias que se había proyectado, es claro que él tiene hoy derecho a que se le restituya.

Se contesta que si no se construyó en dicho lote la Plaza de Ferias que se proyectaba, por causas que se ignoran, sí se destinó, desde un principio, para el uso público por voluntad de los urbanizadores, conforme a los comprobantes de distinta índole que acaban de analizarse, voluntad que obliga al demandante como sucesor en el dominio del citado lote.

En relación con el carácter obligatorio de estas manifestaciones unilaterales de la voluntad y sobre un asunto muy seme-

jante al que ahora se estudia, dijo la Corte, en sentencia de fecha once de septiembre de mil novecientos treinta y nueve:

"Se anticipa también, en relación con aquellos hechos, que la destinación en referencia fue un acto deliberado y expreso del urbanizador sostenido del propio modo por sus sucesores prenombrados; de suerte que aquélla no es obra del Municipio como asevera el actor.

"Por su pertinencia al caso, ocurre citar el Traité des Obligations en général del renombrado autor Demogue, en los capítulos en que estudia entre las fuentes de ellas la voluntad unilateral (Tomo I, páginas 51 y siguientes). Se toman, parte transcribiéndolos y parte extratándolos en obsequio de la verdad, los siguientes conceptos de esa obra:

'Un punto de los más delicados es saber en qué medida una voluntad única es suficiente para un acto jurídico y sobre todo para un acto jurídico creador de obligaciones.

'La ley admite actos jurídicos unilaterales que tienen por resultado adquirir la propiedad: la accesión artificial a muebles o a inmuebles. Puede añadirse la ocupación reconocida por todos los autores.

'La ley admite además que la voluntad unilateral basta para romper un vínculo jurídico. El Código Civil lo establece así expresamente para la revocación del mandato y para la renuncia del mandatario, para ciertos contratos de duración indeterminada, como el trabajo, o perpetuos, como el de sociedad, el de renta. Admite las ofertas reales.

'Admite también que la voluntad unilateral puede bastar para la renuncia a un derecho, por ejemplo la repudiación de una asignación.

'El Código admite con menos frecuencia los actos jurídicos unilaterales creadores de obligaciones personales. Sin embargo, pueden citarse el testamento, la aceptación de una asignación, la gestión de negocios ajenos. Pero como úno no puede preguntarse si el testamento seguido de la aceptación del asignatario tenga más de un contrato en que los consentimientos no son simultáneos, quedaría sólo la aceptación de asignación en sucesión intestada y la gestión de negocios ajenos'.

"Entra el autor en seguida a examinar si la voluntad unilateral puede constituír un acto jurídico generador de obligación, y adelante agrega:

'El carácter obligatorio de la promesa permite explicar por sí solo el carácter obligatorio del contrato, el cual no es sino el efecto de las dos promesas en que el contrato reposa.

'Si el carácter obligatorio del contrato tiene por antecedente necesario el de la promesa, se pregunta por qué ésta es obligatoria'.

"Citando a Siegel, advierte la necesidad de distinguir en la promesa entre sostenerla y cumplirla, aunque de ordinario estas dos cosas se confunden. La obligación de sostener la palabra, esto es, la imposibilidad de retirarla, es la consecuencia necesaria de la promesa, porque ésta es una decisión.

"Luégo dice:

'Emitida o lanzada una promesa, que es distinta de las vagas intenciones en que las personas hábiles o habilidosas son tan pródigas, tiene forma bastante neta para encajar dentro de la armadura del derecho. La sola circunstancia de haber sido formulada no basta para hacerla socialmente obligatoria; pero, lanzada en el medio social, los destinatarios determinados o indeterminados que obran por el conocimiento que de ella han tenido y fiándose en ella, sufrirán perjuicio si no fuese sostenida. Si se me propone un negocio ventajoso, en seguida rechazaré propuestas menos favorables. Hay, pues, grave interés en que sea mantenida'.

'Cuando se trata de promesa indeterminada en cuanto a la persona a quien se dirige, se puede decir que el promitente lo es doblemente, así: sostendrá su propuesta y se vinculará por contrato. Del destinatario que llega se presume que tácitamente ha aceptado lo primero, de suerte que hay un antecontrato tácito cuyo objeto es el sostenimiento de la

oferta, y así quedamos dentro de la teoría clásica del concurso de voluntades; pero si no hay contacto directo del promitente con el futuro destinatario o acreedor, como oferta al público, promesa de recompensa, fundación de un premio, o si un tercero, determinado o no, es quien ha de beneficiarse de la promesa dirigida a persona innominada, como en los títulos de crédito o en la estipulación por otro, las cosas cambian de aspecto, porque entonces no puede hablarse de declaración recibida ni consiguientemente de antecontrato tácito. Entonces, el caso se contempla en esta forma: es problable que en el público haya personas que hayan conocido la promesa; pero se ignora si las hay y quiénes sean. Y sin embargo, ella debe sostenerse, aunque la aceptación sea incierta'.

"Concluye esta parte de su disquisición en estos términos:

'De aquí se deduce la utilidad social de admitir como obligatoria la promesa unilateral allí donde la aceptación del antecontrato contenido en ella en germen, aunque no establecida, sea probable. La seguridad lo exige'.

"En estos conceptos abundan otros autores cuya cita se hace innecesaria para la claridad de los que acaban de resumirse y transcribirse.

"Y ocurre reflexionar que si en guarda del interés social y de la vida de los negocios es preciso reconocer a la palabra empeñada toda firmeza y exigírsela con carácter de obligatorio,en cuanto se reúnan las circunstancias expuestas, al punto de tener la promesa carácter de obligatoria aun como mero acto unilateral no recogido o aceptado aún o no realizado, toda duda al respecto desaparece cuando los hechos han venido a refrendarla con la fuerza de lo consumado ya.

"Espontáneamente y no por exigencia ni por obra del Municipio, el urbanizador procedió a abrir las calles, destinando para tales ciertas zonas. Convertidas éstas en calles, quedaron en esta virtud y por decirlo así automáticamente, de uso público, según se vio ya al recordar lo que el vocablo **calle** implica y significa. Al emprenderse la urbanización formuló el empresario la promesa de calles a los compradores futuros que así atraía y que sólo así podía esperar, y como ya se vio, esa promesa, dada la naturaleza y servicio de las calles, tenía otro destinatario a más de esos compradores, cual era el público.

"Lanzada y cumplida la promesa de destinar esas zonas para calle e implicando ineludiblemente esta destinación todo lo que en sí lleva el uso público, no cabe que con esa situación coincida la conservación del dominio de las mismas zonas, esto es, de tales calles, en manos de quien a esto las aplicó.

"Y por los mismos motivos y en conexión con la situación de que se está hablando, no cabe pensar en que lo que había sido terreno del dominio privado, a lado y lado del cual quedó su dueño despojado de todo dominio por la enajenación de todo esto en lotes, siguiera siendo no obstante esto un predio particular, de suerte que el tránsito ejercio sobre él o a través de él pudiera tenerse por servidumbre. El concepto de servidumbre requiere como elemento básico dos predios relacionados entre sí en forma tal que el uno soporte un gravamen en beneficio del otro. Aquí el señor Uribe, por virtud de la venta de lotes, dejó de ser dueño de lo que, dentro de su tesis, sería predio sirviente. Se coloca, como bien se ve en su libelo y alegatos, en la misma situación en que no podría hallarse sino en cuanto, por ejemplo, conservando la finca primitiva su antigua situación, por los potreros que la formaban se estuviese transitando para comunicación con predio distinto.

"Como bien se comprende y adelante se concretará, estas reflexiones miran hacia el concepto de bienes de uso público y de servidumbre, que son tratados en primer lugar por el recurrente.

"De otro lado, precisa reflexionar también sobre la destinación en referencia desde este otro punto de vista: la urbanización es un negocio consistente, en

suma, en convertir en suelo cotizable por metros o varas cuadradas para habitaciones, una extensión de terreno más o menos considerable que se vendería por hectáreas o fanegadas si a esto se procediese en relación con su cabida. El negocio lo espera lucrativo su empresario en razón del consiguiente aumento de precio. Su interés está en la rápida realización de los lotes que permita pronta liquidación, a la vez en cierta lentitud que dé campo a aprovechar la valorización creciente producida por la construcción de habitaciones en los lotes vendidos y demás mejoras en éstos y la repercusión de estos pasos sobre el valor de los lotes restantes. Como en todo negocio, esa utilidad no puede pretenderse sin esfuerzo y sin costo. El planeamiento, los anuncios, las obras preparatorias implican trabajo y gastos, y como elemento inicial precisamente ha de figurar la prescindencia del terreno necesario para un elemento indispensable sin el cual la idea misma de esa operación, empresa o negocio sería imposible, que son las calles sobre las cuales tengan frente esas habitaciones futuras a que se invita al público comprador.

"La ciudad se beneficia de ese adelanto; pero en reclamaciones y pleitos contra ella por motivos de esa procedencia, no es ese beneficio la materia u objeto de los reclamos. Con observar que no lo es en el presente pleito, basta para no insistir a este respecto en el presente fallo.

"Salvo en los contratos de los **allieni juris** en que, en su caso, hay lugar a responsabilidad de sus respectivos curadores y otros representantes legales, no es posible demandar a un tercero extraño al contrato para obtener de él la devolución, el reembolso o, en general, el pago de lo que el interesado invirtió en la mira de poner en marcha su negocio y en lograrlo. La posibilidad de semejante exigencia a cargo del terreno significaría la autorización de un enriquecimiento sin causa.

"Esa faz de negocio privado no es la única ni tal vez la más importante de una urbanización, la que debe mirarse también en su conexión con los concomitantes servicios públicos, y, por ende, con las responsabilidades y deberes del Municipio como entidad encargada de atenderlos según leyes, ordenanzas, acuerdos que proveen tanto al tránsito público cuanto a algo de tanta trascendencia e importancia para la salud y vida de los pobladores de cada localidad como es el desagüe. Así, al propio tiempo que la urbanización requiere imprescindiblemente calles sobre las cuales tengan frente sus viviendas y por donde las gentes se comuniquen y circulen y cañerías que reciban y conduzcan las aguas de cada vivienda, sin lo cual ésta no se construiría o al menos no sería salubre e higiénicamente habitable, el Municipio precisamente ha de atender a la higiene de la población y a su tránsito, esto es, cabalmente a esos servicios. Por donde se ve que si el interés y lucro el empresario le imponen establecerlos, el Municipio como entidad pública en manera alguna puede considerarse extraño a ellos o desatenderlos o dejarlos indefensos.

"Erróneo sería por tanto pasar por alto esta última faz de la cuestión prescindiendo de ella a pretexto, por ejemplo, de haberse originado las calles y alcantarillas en un negocio privado y haberse consagrado la verdad de las respectivas promesas en escrituras públicas entre particulares. Los casos de esta índole no tienen las que pudiera decirse sencillez que correspondería a la simple controversia por compraventas con estipulaciones entre particulares ateñederas sólo a comprador y vendedor. Al lado de los efectos que para los contratantes como tales hayan de tener esas estipulaciones, así como para quienes les sucedan o hayan sucedido, ellas de suyo y por los hechos respectivos y situación creada en virtud de ellas han producido otra clase de efectos de singular importancia, que son los correspondientes a la calidad de servicios públicos que tienen algunos de aquellos, entre los cuales se destacan las calles y las alcantarillas, para concretar

a lo que en el presente pleito se discute en lo relativo a la urbanización de que aquí se trata en singular.

"Para la época de ésta, la ciudad no estaba aún instruída ni prevenida sobre las operaciones de esta clase, a la sazón apenas esporádicamente intentadas, por lo cual no es extraño que no estuviesen reglamentadas ya en ese entonces. Con el desarrollo de la ciudad, creciente más y más cada día, ha corrido parejas el de aquellas operaciones; éstas y aquél han sido entre sí concausas en razón de su influenccia recíproca. De ahí que actualmente sí exista una reglamentación hasta cierto punto completa formada por acuerdos, decretos y resoluciones, a que no deja de agregarse lo que pudiéramos entender por derecho consuetudinario. Hoy no puede emprenderse urbanización no autorizada oficialmente ni puede autorizarse sin estudio previo de los funcionarios respectivos, y la autorización implica obligaciones del empresario muy categóricas sobre desagües, así como la cesión o abandono por escritura pública del terreno correspondiente a calles y también a plazas, en su caso.

"Claro es que las disposiciones a que se está aludiendo no pueden ser la regla o molde a que se ajuste la decisión de controversia sobre sucesos anteriores a ellas; pero de aquí no se deduce que el juzgador deje de observar el criterio que las ha dictado y la tendencia que revelan en la mira de conciliar el interés privado y el interés público, sin olvido del deber institucional en que aquél se halla y ha hallado siempre de ceder ante éste en la sempiterna busca de la armonía social". (G. J. número 1950, pág. 675).

De otro lado, el actor demostró que el Municipio demandado ha construído en el lote de terreno de que se trata unos inodoros y baños para el servicio del público, algunas piezas de habitación que las ocupa la persona encargada, por cuenta del Municipio, de atender a aquel servicio; que ha sembrado unos prados, que mantiene cercados, y que ha esblecido un mercado público, servicio éste por el cual cobra algún derecho o tasa municipal, de todo lo cual deduce que ha estado y está ejecutando actos de posesión.

Estima la Corte, de acuerdo con el señor Procurador, que tales actos no entrañan una verdadera posesión jurídica, de carácter civil, con ánimo de señor y dueño, porque no se han estado ejecutando en un bien patrimonial o privado, susceptible de ser adquirido por prescripción, sino en un bien de uso público, destinado para ello por voluntad de los urbanizadores, sobre el cual la entidad municipal encargada de velar porque ese bien conserve el fin para que fue destinado, conforme al artículo 200 del C. P. y M., no tiene en realidad una posesión capaz de fundar una acción reivindictaoria, sino una tenencia y una vigilancia administrativas, que desde luego la obligan y autorizan para realizar allí las obras necesarias para conservar y mejorar la destinación que le fue dada por sus primitivos dueños.

Varios expositores de derecho administrativo, como Fleiner y Demófilo de Buen, citados por la Sala de Negocios Generales de la Corte en su sentencia de fecha veintiséis de septiembre de mil novecientos cuarenta, transcrita en parte por el señor Procurador al contestar la demanda de casación, sostienen esta tesis, y la propugnan también algunos doctrinantes de derecho civil, entre los cuales conviene citar a Venezian, quien en su obra **Usufructo, uso y habitación**, dice:

"Hay una serie de derechos que salen de los cuadros consagrados por el Código, y que, como los derechos reales sobre cosa ajena, implican correlativamente la obligación negativa de permitir que una persona no propietaria disponga, para un cierto efecto, de una cosa: son los **derechos de uso privilegiado de cosas de propiedad pública**; pero fuera de la consideración de que la mayor parte de ellos está reconocida en leyes especiales, este reconocimiento hállase implícito en la regulación misma de esa propiedad pública, a la que no limitan, como lo hacen los de-

rechos reales respecto de la propiedad privada.

"La propiedad pública, en efecto, o sea el derecho del Estado y otras personas jurídicas públicas sobre las cosas destinadas al uso general, tiene contenido distinto de la propiedad privada, y encierra sólo la facultad de exclusión de todo acto de goce o de disposición contrario al destino de la cosa, en tanto que la propiedad privada excluye en absoluto cualquiera facultad de gozar y disponer de ella. En el derecho de propiedad privada pueden distinguirse dos facultades o poderes: uno, asegurado positivamente y dirigido contra todo el que quiera obtener por sí de la cosa alguna utilidad, y otro, asegurado negativamente, dirigido contra cuantos pretendan impedir el disfrute del propietario; a diferencia de esto, en la propiedad pública existe sólo una potestad de naturaleza análoga a la primera de las enumeradas, y aun con relación a ella más restringida, porque no garantiza sino la remoción de las actividades contrarias al destino de la cosa. Examinadas superficialmente, parecen de eficacia análoga, propiedad privada y propiedad pública, porque tanto en una como en otra quedan los bienes sustraídos a la actividad libre de un no propietario, y en ésta tienden a asegurar el uso público a que se destinan. Ahora bien, en su constitución interna existen profundas diferencias: la protección a la propiedad privada cede en beneficio del propietario, y la de la propiedad pública en beneicio de los usuarios, entre los cuales, a su vez, aquellos que forman el substracto real de la entidad sujeto de la propiedad, tienen intereses, actividad y fines completamente distintos de los intereses, de la actividad y de los fines de la entidad misma". (Edición española de 1928, página 127, Tomo I).

Por último, esta misma Sala de Casación Civil, en su sentencia de fecha treinta de septiembre de mil novecientos treinta y cinco, que en copia auténtica obra en autos, pronunciada en el juicio anterior habido sobre el propio asunto que hoy se decide, sostuvo que no era viable la acción reivindicatoria en lo referente al lote de terreno de que se ha venido haciendo mérito.

En esa sentencia se dijo:

"De los memoriales-antecedentes de fecha 28 de junio y 23 de agosto de 1912, aparece manifiesta la voluntad de los urbanizadores de que el Municipio les permitiera, como condición de su propuesta de urbanización del barrio, destinar el lote en cuestión y de su propiedad particular para plaza de ferias, y cobrar un pequeño impuesto por las ventas que allí se realicen, con destino a mejorar el barrio, y advierten que su oferta tiende al beneficio del público y que nada se reservan para su interés particular (fs. 8 a 9, cuaderno número 3).

"El Municipio concedió la autorización en la forma determinada por el artículo 3º del acuerdo número 46 y se reservó su intervención tanto en la fijación del impuesto como en su recaudación e inversión. El plano de urbanización fue protocolizado por escritura pública, lo que implica su publicidad para conocimiento de los habitantes, con determinación de Plaza de Ferias; varios vecinos compraron lotes aledaños a esa plaza, inducidos por su ubicación en el marco de ella, y construyeron habitaciones; y posteriormente, el Personero del Municipio declaró, por escritura pública, que los urbanizadores habían cumplido sus obligaciones.

Con estos antecedentes, la Corte considera:

Que por razón de las reiteradas peticiones de los urbanizadores al Concejo de Bogotá, y de los Acuerdos números 10 de 1902, 46 de 1912 y 2 de 1913, hubo un concurso de voluntades, válidamente expresado por personas capaces y aceptado por parte del Municipio por el órgano de autoridad competente, como es el Cabildo, y en cuestión afecta por el C. P. y M. a su competencia, en el sentido de que un lote determinado, que una y otra parte denominaron plaza de ferias, lo destinarían sus dueños, que eran y son los urba-

nizadores, al fin designado con aquel nombre, y que el impuesto que de acuerdo con el Municipio podrían fijar, cobrar y recaudar, todo con intervención del Cabildo, se destinaría a beneficio del mismo barrio urbanizado;

"Que el fin a que destinaban los urbanizadores la llamada plaza de ferias, no era extraño ni podía serle indiferente al Municipio, así por razón del provecho que de ella reportara el público, del incentivo para los posibles vecinos del barrio, como porque a las autoridades municipales les corresponde legalmente ejercer ciertas funciones sobre los bienes a que el público tenga acceso;

"Que según el artículo 200 del C. P. y M. 'los bienes que por su fundación u origen estén destinados a un **objeto especial** no podrán tener en ningún caso otra aplicación', y así, mientras los urbanizadores y el Municipio no modifiquen de común acuerdo y sin perjuicio de terceros aquello en que convinieron en 1912 y 1913, aparece manifiesta la destinación del lote a un **'objeto especial'** que se deduce de su nombre **'plaza de ferias'.**

"Que acordadas ciertas relaciones que implican un vínculo entre las partes por virtud de las propuestas y de los acuerdos en que se concretaron las voluntades, la aprobación de un plano con ese lote destacado como plaza de ferias, y su protocolización en notaría pública, quedó empeñada la fe del Municipio y de los urbanizadores para con terceros indeterminados como son los habitantes de Bogotá.

"Que teniendo como base tales antecedentes jurídicos, la voluntad de las partes se manifestó luégo en signo público y notorio, que implica una ejecución de lo convenido, una realización del Acuerdo, que es la existencia de una plaza, por lo pronto abierta en la misma forma notoria de una de las de uso público, y muchos vecinos compraron a su rededor, con frente a dicha plaza, construyeron y allí existen la plaza y sus construcciones aledañas, según constancia del expediente y verificación que hizo el Tribunal Superior de Bogotá, mediante inspección ocular con testigos.

"Hay que concluír, de las consideraciones anteriores, que el demandante en este juicio, sucesor de los urbanizadores a título singular, no puede desconocer el vínculo que liga al Municipio con sus antecesores y que comporta una cierta afectación del lote a fines que aprovechan al público y que interesan a terceros, vínculo ese que es una traba para la prosperidad de la presente acción reivindicatoria, que impide la realización del fin que las partes se propusieron; y cualquiera que sea dicha afectación anterior, el adquirente no puede recibir más derechos que los que su tradente tenía sobre la cosa, ni desconocer las relaciones con fuerza obligatoria que ligaban a su tradente en el Municipio de Bogotá". (Gaceta Judicial números 1905 y 1906, páginas 144 y 145).

Quedan así expresados los fundamentos de derecho que dan base para absolver al Municipio de Bogotá de los cargos que se le formularon.

A virtud de lo dicho, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia pronunciada en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá con fecha doce de febrero de mil novecientos cuarenta y uno, y en su lugar confirma la de primera instancia, dictada por el Juez 1º Civil de este Circuito el primero de agosto de mil novecientos treinta y nueve.

Sin costas en la segunda instancia ni en el recurso.

Cópiese, publíquese, notifíquese y devuélvase el expediente.

José Miguel Arango. — Isaías Cepeda. Liborio Escallón. — Ricardo Hinestrosa Daza.—Fulgencio Lequerica Vélez—Hernán Salamanca. — Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

SALA DE CASACION EN LO CRIMINAL

HOMICIDIO — ASESINATO — QUE DEBE ENTENDERSE POR "CONCURSO RECIPROCO"—CUANDO ENTRAÑA NULIDAD LA INCOMPETENCIA DE JURISDICCION

El *concurso recíproco*, forma de codelincuencia que bajo ese sombre figuraba en el Código Penal de 1890, es la participación *material* de varias personas en un delito, con un grado de complicidad y unas modalidades que se condicionan a las circunstancias especiales de la cooperación, no pudiéndose dar, por tanto, una regla fija para circunscribir netamente aquel fenómeno, el cual suele suceder aun cuando cada partícipe no llegue a agotar los elementos que constituyan el hecho punible. En el caso a que se refiere el proceso, uno llevó a cabo el homicidio por medio del disparo de escopeta, y los otros dos impulsaron eficazmente al ejecutor efectivo, sin participar en la acción física y sin encontrarse presentes en el sitio del crimen. No pueden ser llamados por tanto coautores en *concurso recíproco*.

La incompetencia de jurisdicción no entraña nulidad sino cuando la jurisdicción es *improrrogable*. Y jurisdicción improrrogable es la que no puede salirse de la esfera que le traza la ley, como si los Jueces y Tribunales conocen de procesos no atribuídos a ellos *ratione materiae, ratione loci, ratione personae*. Porque competencia es la facultad que tiene un Juez o Tribunal para ejercer, por autoridad de la ley, en determinado negocio, la jurisdicción que corresponde a la República, competencia que se fija en atención a la naturaleza del hecho, a la calidad de la persona que lo cometió y al lugar de la perpetración. Por razón del hecho y de las personas la competencia no es prorrobable, y sí lo es en ocasiones por razón del lugar. Adquirida la jurisdicción con la investidura del destino de Magistrado o Juez (nombramiento y posesión), son explícitas las reglas de la ley a fin de saber en qué casos hay incompetencia para ejercer esa jurisdicción.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal — Bogotá, agosto veintiocho de mil novecientos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Campo Elías Aguirre).

La verdad es que José Vargas estaba casado con Ana Fidelia Rodríguez, que la mujer y Domingo Corzo mantenían amores ilícitos, que los amantes concertaron la muerte de aquél, que se valieron de Tomás Corzo, hermano de Domingo, para que matara al marido de la Rodríguez, y que, efectivamente, Tomás, con un disparo de escopeta le quitó la vida a Vargas, el primero de octubre de mil novecientos treinta y cuatro, en jurisdicción del municipio de Sardinata (Norte de Santander).

Tuvo el homicidio las características del asesinato, a la luz de las reglas del Código Penal de 1890: premeditación y las circunstancias 1ª, 2ª y 3ª del artículo 586 ibídem.

Como asesinos enjuició a los reos el Juez Superior de Cúcuta, explicando que

fue Tomás Corzo el causante material del hecho y que los otros eran autores intelectuales, situaciones que corroboró el Tribunal Superior de Pamplona al confirmar el auto de proceder.

Expresó el Tribunal entonces:

"Lo que se configura al través del expediente es la responsabilidad intelectual de Ana Fidelia Rodríguez y Domingo Corzo, surgida del interés que tenían en suprimir la vida del marido de aquélla, para continuar las relaciones adulterinas que llevaban.

".....

"Se advierte que en el grado del dolo y demás integrantes del delito, Domingo y Ana Fidelia quedan colocados en el mismo plano que el autor material, con la sola diferencia de que el delito, para la mujer, toma la denominación legal de parricidio".

Afirmada por el Jurado la responsabilidad de Tomás y Domingo Corzo y de Ana Fidelia Rodríguez en los términos que luégo se especificarán, sobre unos interrogatorios de cuya redacción también se dará cuenta; el Juez, ya vigente el Código Penal de 1936, aplicó el artículo 363 de éste e impuso quince años de presidio a los dos hombres y diez y ocho de la misma sanción a la mujer, aparte de algunas penas accesorias que tomó del Código de 1890.

Y el Tribunal de Pamplona, que por apelación y consulta revisó la sentencia del Juez, decidió:

"1º Revocar el fallo apelado en cuanto hace relación a Tomás Corzo, y en su lugar declarar injusto el veredicto respecto a este procesado y ordenar en su lugar la convocatoria de nuevo Jurado.

"2º Confirmar el fallo cuestionado en lo tocante a Domingo Corzo y Ana Fidelia Rodríguez con la reforma siguiente: 1º Condenar a Domingo Corzo a la interdicción del ejercicio de derechos y funciones públicas por un término igual al de la pena principal una vez cumplida ésta, en lugar de la pérdida indefinida de sus derechos políticos, y comunicar a la respectiva autoridad para la cancelación de la cédula de ciudadanía; 2º Condenar a Ana Fidelia Rodríguez a la pena de veinte años de presidio en lugar de diez y ocho a que hace mención el fallo apelado".

Contra la sentencia del Tribunal recurrió en casación Ana Fidelia Rodríguez, únicamente.

En el escrito de fs. 75 del cuaderno segundo, dirigido al Tribunal, la Rodríguez manifestó:

"Estimo como causales para casar la sentencia la 5ª y 6ª establecidas en el art. 3º de la Ley 118 de 1931, sin perjuicio, claro está, del derecho que me asiste para ampliarlas e invocar otra u otras ante la Honorable Corte Suprema de Justicia. (Artículo 5º, Ley 78 de 1923)".

A ese escueto reparo, que no sirve como apoyo del recurso, y a un memorial todavía menos propio de la naturaleza de la casación, en que se piden pruebas, se alude a contradicciones de los testigos, no señaladas, y se habla de imprecisos abusos por "coacción, presión y soborno", de que fuera víctima la recurrente, limitó ésta su inconformidad con la sentencia.

Mas el señor Procurador, en cumplimiento del deber que le asignaba el art. 6º de la Ley 118 de 1931, alega y trata de sostener la segunda causal del artículo 3º ibidem, que dice:

"Ser la sentencia violatoria de la ley procedimental, por cuanto se haya dictado sobre un juicio viciado de nulidad sustancial según la ley".

Saca la nulidad el señor Procurador del yerro que contienen los cuestionarios y la coloca en el ordinal 1º del artículo 264, Ley 57 de 1887.

Recuérdese que en el enjuiciamiento se determinó la calidad jurídica de las actividades de los reos: autor material del homicidio Tomás Corzo, y autores intelectuales Domingo Corzo y Ana Fidelia Rodríguez, quienes sobornaron a Tomás con promesa remuneratoria para que matara a Vargas.

Y no obstante tan clara determinación, el Juez Superior de Cúcuta formuló las preguntas de una manera desacertada. La Sala copiará en seguida los interrogatorios y al pie de cada uno la contestación del Jurado:

"El acusado Tomás Corzo es responsable, SI o NO, de haber causado la muerte a José Vargas obrando en concurso recíproco con otras personas, hecho ocurrido el día lunes primero de octubre de mil novecientos treinta y cuatro, en el punto de "El Filo Real", Corregimiento de las Mercedes, del Municipio de Sardinata, y en la ejecución de este hecho obró el acusado Corzo voluntariamente, es decir con intención de matar y con premeditación?".

Veredicto: "Sí, obrando materialmente en concurso recíproco intelectual sin premeditación".

"El acusado Tomás Corzo cometió el hecho mencionado en la anterior pregunta, mediante alguna o algunas de las circunstancias siguientes: con alevosía, a traición y sobreseguro, sorprendiendo a la víctima descuidada, indefensa y desapercibida o valiéndose de cualquier otro medio para cometer el delito con seguridad?".

Veredicto: "Sí".

"El acusado Domingo Corzo es responsable, SI o NO, de haber causado la muerte a José Vargas, obrando en concurso recíproco con otras personas, hecho ocurrido el día lunes primero de octubre de mil novecientos treinta y cuatro, en el punto de 'El Filo Real', Corregimiento de las Mercedes, del Municipio de Sardinata, y en la ejecución de este hecho obró el acusado Corzo voluntariamente, es decir con intención de matar y con premeditación?".

Veredicto: "Sí, en concurso recíproco intelectual".

"El acusado Domingo Corzo cometió el hecho mencionado en la anterior pregunta, mediante alguna o algunas de las circunstancias siguientes: con alevosía, a traición y sobreseguro, sorprendiendo a la víctima descuidada, indefensa y desapercibida o valiéndose de cualquier otro medio para cometer el delito con seguridad?".

Veredicto: "NO".

"La acusada Ana Fidelia Rodríguez es responsable, SI o NO, de haber causado la muerte a José Vargas, obrando en concurso recípoco con otras personas, hecho ocurrido el día lunes primero de octubre de mil novecientos treinta y cuatro, en el punto de 'El Filo Real', Corregimiento de las Mercedes, del Municipio de Sardinata, y en la ejecución del hecho obró la acusada Rodríguez voluntariamente, es decir con intención de matar y con premeditación?".

Veredicto: "Sí, en concurso recíproco intelectual".

"La acusada Ana Fidelia Rodríguez cometió el hecho mencionado en la anterior pregunta, mediante alguna o algunas de las circunstancias siguientes: con alevosía, a traición y sobreseguro, sorprendiendo a la víctima descuidada, indefensa y desapercibida o valiéndose de cualquier otro medio para cometer el delito con seguridad?".

Veredicto: "NO".

El **concurso recíproco**, forma de codelincuencia que bajo ese nombre figuraba en el Código Penal de 1890, es la participación **material** de varias personas en un delito, con un grado de complicidad y unas modalidades que se condicionan a las circunstancias especiales de la cooperación, no pudiéndose dar, por tanto, una regla fija para circunscribir netamente aquel fenómeno, el cual suele suceder aun cuando cada partícipe no llegue a agotar los elementos que constituyan el hecho punible.

Coautores son los tres procesados, pero no en concurso recíproco. Uno llevó a cabo el homicidio por medio del disparo de escopeta, y los otros dos impulsaron eficazmente al ejecutor efectivo, sin participar en la acción física y sin encontrarse presentes en el sitio del crimen.

Aberrante es, de toda evidencia, el concurso recíproco que en las cuestiones se

atribuyó a Tomás y Domingo Corzo y Ana Fidelia Rodríguez.

Y expone el señor Procurador:

"En la forma y el fondo fueron, pues, mal hechas las preguntas al Jurado, puesto que Domingo Corzo y Ana Fidelia Rodríguez, dado su carácter de copartícipes intelectuales, no pudieron obrar en concurso recíproco y menos causar, por ese medio, la muerte de José Vargas.

"Además, habiéndoseles imputado en el auto de proceder el cargo de autores intelectuales, cargo éste representado en la figura específica del mandato o soborno, los cuestionarios han debido contener necesaria y precisamente los elementos del mandato criminoso esto es, el encargo conferido por una persona a otra persona para que ejecute el delito por cuenta y en provecho exclusivo del mandante. Y nada de esto se le interrogó al Jurado.

"Pero el error sustancial de los cuestionarios sobresale frente a esta otra consideración: a Ana Fidelia Rodríguez se le enjuició como autora intelectual de parricidio en su esposo legítimo José Vargas, según lo dijo expresamente el Tribunal; y en el cuestionario no se incluyó este elemento específico o esencial, es decir, no se preguntó si la acusada había conferido mandato a Tomás Corzo para eliminar la vida de su esposo, a sabiendas de que existía el vínculo matrimonial. (Artículos 22 y 593 del C. P. de 1890).

"El Jurado por tanto, no ha decidido nada acerca de la responsabilidad de la Rodríguez en lo referente al parricidio; el cuestionario y el veredicto sólo versan sobre simple homicidio, con lo cual el fallo está en desacuerdo con el veredicto. Así como está planteado el cuestionario y como está dada la respuesta del Jurado, quien negó las circunstancias modificadoras o constitutivas de asesinato, Ana Fidelia Rodríguez es apenas responsable de un homicidio premeditado; no de asesinato ni menos de uxoricidio.

"Ahora bien: de acuerdo con las formalidades propias del procedimiento criminal, que deben observarse plenamente para condenar a una persona, se tiene que los cuestionarios hay que redactarlos de acuerdo con el auto de proceder; que si no se elaboran así y se incurre en ellos en algún error esencial, nace para el Juez la obligación ineludible de someter nuevamente al Jurado los interrogatorios arreglados al auto de proceder y a la ley, conforme lo manda con toda claridad el artículo 130 de la Ley 57 de 1887.

"Por consiguiente, el omitirse aquí proponer los cuestionarios en debida forma, para corregir los errores y defectos que contienen los que absolvió el Jurado, implica que a los acusados se les ha juzgado y vencido sin la observancia de requisitos esenciales, que no sólo miran al derecho de la defensa sino también al interés social, con lo cual resulta violado el artículo 22 de la Constitución. Y esta omisión tan grave no puede menos que constituír una causal de nulidad, ya que tanto el Juez como el Tribunal carecían de competencia para fallar sobre unos cuestionarios y unos veredictos inaceptables, por contrarios a la ley. En tal virtud la providencia judicial que procedía en este caso, no era la de dictar sentencia definitiva acogiendo esos veredictos, sino la de convocar de nuevo al Jurado para que calificara los hechos criminosos sobre la base de cuestionarios limpios de todo error y conformes con el auto de proceder.

"En consecuencia, se incurrió en la nulidad prevista en el artículo 264, numeral 1º, de la Ley 57 de 1887".

La incompetencia del Juez, si la jurisdicción fuere improrrogable, es el motivo de nulidad que invoca la Procuraduría.

Compendiando la argumentación del señor Procurador, éste desprende la incompetencia de jurisdicción improrrogable del Juez Superior de Cúcuta y del Tribunal Superior de Pamplona, de haberse propuesto la pregunta sobre el concurso recíproco, de que se omitieron en los cuestionarios, para los autores intelectuales, los elementos del soborno, y de que no se

interrogó al Jurado sobre si la Rodríguez obró a sabiendas de que a José Vargas la unía el vínculo del matrimonio.

Nótese que el Jurado, en una novedosa locución asintió al concurso recíproco calificándolo de "intelectual", con lo cual quiso corregir el error del Juez en esa parte, enmienda tanto más notoria cuanto que a Tomás Corzo lo señaló el mismo Jurado como autor material del homicidio.

Y semejante enmienda, que fue cordura del Jurado, disminuye la importancia de la omisión en los interrogatorios acerca de por qué fueron Domingo Corzo y Ana Fidelia Rodríguez autores intelectuales del delito.

Tampoco es trascendente ni mucho menos, que no se hubiese incluído en la pregunta respecto de la Rodríguez lo que se relaciona con el a sabiendas del vínculo matrimonial. Casi todos los testigos declaran que la reo era mujer legítima de Vargas, y ella así lo confiesa a fs. 30, 52, 95 y 166 del cuaderno primero, estado conyugal que se reconoció paladinamente en el enjuiciamiento y en las vistas de la Fiscalía del Juzgado Superior de Cúcuta. Supo, pues, el Jurado, sin duda alguna, que se trataba de un uxoricidio, caso en el fondo idéntico al que aparece en la Gaceta Judicial, números 1971 y 1972, de julio y agosto de 1941, páginas 305 a 308, (Sentencia de casación en la causa contra Abel Ramírez por homicidio en su mujer legítima Isidora Albarracín), y en el cual caso, a pesar de que al Jurado no se le interrogó si Ramírez había procedido a sabiendas, el señor Procurador dijo:

"La circunstancia de haberse formulado con impericia el cuestionario, no perjudica la realidad de los hechos ni debe servir de estorbo para la aplicación justiciera de la ley'.

Supóngase que no valga ninguna razón para disculpar los errores indicados, y téngaseles como de extrema gravedad.

¿Por qué en opinión del señor Procurador Delegado, esas equivocaciones y defectos vulneran las garantías procesales?

¿Por qué surge de allí, para el señor Procurador, la incompetencia de jurisdicción improrrogable del Juez y el Tribunal?

En el juzgamiento de Tomás y Domingo Corzo y Ana Fidelia Rodríguez se observó la plenitud de las formas propias del juicio exigida por el artículo 22 de la Constitución. No fue menoscabado el derecho de defensa ni se afectó el interés de la sociedad. Todos los trámites se cumplieron, y en lo esencial quedaron protegidos el interés social y las garantías legales de los reos, sin que pueda derivarse de las citadas omisiones e irregularidades la conclusión de que a los acusados se les juzgó y venció desatendiendo requisitos sustanciales, pues de muy distinta índole son las faltas que pueden aparejar una violación de las formas que para cada juicio estatuyen las leyes.

Para lo tocante a la nulidad invocada por el señor Procurador la Corte replica como ya había argüído en otra providencia cuyo tema es igual al presente (casación de 8 de octubre de 1941, Gaceta Judicial número 1975, de noviembre de 1941, páginas 867 a 877).

¿Qué lógico enlace se podrá descubrir entre las omisiones e irregularidades de este negocio y la carencia de jurisdicción de los falladores de las instancias? Ninguno.

No se olvide, ante todo, que la incompetencia no entraña nulidad sino cuando la jurisdicción es improrrogable. Y jurisdicción improrrogable es la que no puede salirse de la esfera que le traza la ley, como si los Jueces y Tribunales conocen de procesos no atribuídos a ellos ratione materiae, ratione loci, ratione personae.

Porque competencia es la facultad que tiene un Juez o Tribunal para ejercer, por autoridad de la ley, en determinado negocio, la jurisdicción que corresponde a la República, competencia que se fija en atención a la naturaleza del hecho, a la calidad de la persona que lo cometió y

al lugar de la perpetración. Por razón del hecho y de las personas la competencia no es prorrogable, y sí lo es en ocasiones por razón del lugar.

Adquirida la jurisdicción con la investidura del destino de Magistrado o Juez (nombramiento y posesión), son explícitas las reglas de la ley a fin de saber en qué casos hay incompetencia para ejercer esa jurisdicción.

Si por fuerza del homicidio en José Vargas y de la calidad de las personas comprometidas y del lugar de ejecución, el competente para conocer en primera instancia, con intervención del Jurado, fue el Juez 2º Superior de Cúcuta, y lo fue en el segundo grado del juicio el Tribunal del Distrito Judicial de Pamplona, no hubo ni podía haber incompetencia de jurisdicción del Juzgado y del Tribunal, y mucho menos incompetencia de jurisdicción improrrogable.

En el presente caso lo anormal de los cuestionarios no establece relación de causalidad con el fenómeno jurídico que se llama incompetencia de jurisdicción improrrogable, porque en el Juez y el Tribunal subsistían íntegras las facultades para conocer del proceso por la naturaleza del hecho, por las personas a quienes se imputó, por el territorio en donde fue cometido y porque se les juzgó por el delito sobre el cual versó el enjuiciamiento.

Y tánto subsistían íntegras esas facultades en el Juez Superior de Cúcuta y en el Tribunal de Pamplona, que éstos pudieron y debieron obedecer el precepto del artículo 310 de la Ley 57 de 1887, si hubieran advertido los yerros en las preguntas al Jurado. Porque, cómo es eso de una competencia para conocer que se extingue en el preciso instante de recaer los veredictos sobre unos interrogatorios irregulares, y que renace y se recupera por la insólita virtud de aplicar dicho artículo 310?

La competencia radicada por las tres razones primordiales de la materia, las personas y el lugar, tenía que acompañar al Juez y al Tribunal hasta lo último de la actuación en una y otra instancia, puesto que incomprensible sería que esa incompetencia terminara en el momento del veredicto sobre los cuestionarios informales, pérdida **sui géneris** de jurisdicción que no existe en ninguna disposición legal.

Desprovista de fundamento resulta la causal de casación, por nulidad, que el señor Procurador Delegado sostuvo, y de consiguiente, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, la Corte Suprema de Justicia, en desacuerdo con la solicitud del señor Procurador Delegado en lo Penal, NO INVALIDA el fallo del Tribunal Superior de Pamplona que condenó a Ana Fidelia Rodríguez a veinte años de presidio por la muerte de su marido José Vargas.

Devuélvase el negocio al Tribunal.

Notifíquese, cópiese e insértese en la **Gaceta Judicial.**

Campo Elías Aguirre — José Antonio Montalvo — Absalón Fernández de Soto. Julio E. Argüello R., Secretario.

CONSULTA DE UN AUTO

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal—Bogotá, veintiocho de agosto de mil novecientos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Absalón Fernández de Soto).

El Tribunal Superior de Tunja declaró, en auto de 11 de febrero del año en curso, prescrita la acción penal adelantada contra el doctor Samuel Ortegón Casas, por cargos de responsabilidad en su condición de Juez 1º del Circuito de Chiquinquirá.

Dicha corporación dispuso consultar esa providencia, motivo por el cual se halla el asunto en la Corte. Para resolver, se considera:

Corrido el traslado de rigor al señor Procurador, este funcionario devolvió el expediente manifestando que en su concepto no era consultable tal providencia, entre otras razones, porque en el nuevo Código de Procedimiento Penal (Ley 94 de 1938), "no existe ninguna disposición que autorice la consulta del auto que decrete la prescripción de la acción penal o de la pena", y que en consecuencia la Corte debía inhibirse de conocer al respecto.

El Magistrado ponente no aceptó la opinión del señor Procurador. Impugnándola en los siguientes términos, le retornó el asunto a fin de que emitiera concepto de fondo:

"... el evento de la cesación del procedimiento, por prescripción de la acción penal, está contemplado precisamente en el artículo 153 del Código de Procedimiento Penal (Ley 94 de 1938). De consiguiente, la providencia respectiva debe ser consultada por mandato expreso de tal disposición.

"La circunstancia de haber declarado el Tribunal cerrada la investigación, en manera alguna impide la observancia del referido precepto, pues, según sus propios términos, su aplicación debe hacerse en 'cualquier estado del proceso', cuando ocurra alguna de las hipótesis allí previstas.

"La segunda instancia de la providencia que declara extinguida la acción penal, está, pues, clara y expresamente ordenada por el citado artículo, sin que el 634 de la misma obra ofrezca ninguna incertidumbre al respecto, ya que sólo puede considerarse ejecutoriada al ser revisada y confirmada por el superior.

"La omisión de la cita por el inferior del artículo 153 no quiere decir que no sea el aplicable al caso, toda vez que es éste el único precepto del nuevo Código que regula la forma de proceder cuando la acción penal está prescrita".

Las anteriores consideraciones modificaron el parecer del señor Procurador en sentido favorable a la tesis sobre consultabilidad de la providencia de que se trata, entrando, en consecuencia, a conceptuar acerca de la legalidad de ésta.

Los hechos a que se refiere este proceso son los siguientes:

En el Juzgado 1º del Circuito de Chiquinquirá cursaba un juicio ordinario instaurado por el señor Gregorio Rojas Londoño contra el señor Eccehomo Castellanos. El demandante pidió al Juez, doctor Samuel Ortegón Casas, se inhibiera de seguir conociendo de dicho negocio por concurrir en él un motivo legal de impedimento. Como el Juez no accediera a declararse impedido, Rojas Londoño hubo de recusarlo ante el Juez 2º del mismo Circuito, quien declaró sepa-

rado al Juez doctor Ortegón Casas del conocimiento de tal asunto.

El doctor Ortegón Casas pidió reposición del auto por el cual se le declaró separado y en subsidio interpuso apelación, de la que luégo desistió.

El hecho de no haberse declarado impedido el doctor Ortegón Casas y la circunstancia de haber insistido para que se revocara el auto que lo separó del conocimiento del mencionado juicio ordinario, constituyen para el Tribunal un delito de prevaricato.

Esta apreciación del Tribunal es equivocada. La conducta del Juez doctor Ortegón Casas no alcanza a constituír tan grave imputación, "máxime cuando —como lo dice el señor Procurador— se carece de demostración sobre el hecho que él quisiera continuar conociendo del juicio ordinario por afecto o desafecto hacia alguna de las partes. Este cargo ni el mismo denunciante se lo hizo al sindicado".

Contra lo afirmado por el Tribunal, el Juez doctor Ortegón Casas no volvió a actuar en el referido juicio ordinario una vez que tuvo conocimiento de que la recusación contra él había sido admitida, como lo demuestra el siguiente párrafo de la vista fiscal, que está de acuerdo con las constancias procesales:

"En realidad, la recusación se aceptó por el Juzgado 2º del Circuito de Chiquinquirá en auto de 19 de noviembre de 1935, en el cual se ordenó pedir al funcionario recusado el informe de que trata el artículo 444 del Código Judicial; y dicho informe se le solicitó al Juez Ortegón Casas el 25 del mismo mes de noviembre, ya cuando éste había dictado su última providencia en el ordinario de Rojas Londoño con fecha 23 del citado noviembre, en que citaba a las partes para sentencia. Es decir, cuando el Dr. Ortegón Casas profirió el auto de 23 de noviembre, todavía no había recibido la comunicación del Juez 2º del Circuito en que se le pedía informe sobre la recusación".

Demostrado, por una parte, que el Juez doctor Ortegón Casas dejó de actuar en el ordinario de Gregorio Rojas Londoño contra Eccehomo Castellanos una vez que tuvo conocimiento de que la recusación había sido aceptada, y por otra, que la insistencia de dicho funcionario para que no se le declarara separado del conocimiento de tal juicio ordinario se realizó, no dentro de éste, sino en el incidente sobre recusación, resta averiguar qué disposición penal pudo haber infringido el doctor Ortegón Casas con esta última actitud suya.

Conforme al artículo 543 del Código Penal de 1890, aplicable a este asunto, "los funcionarios de instrucción, los jueces y cualesquiera otros funcionarios o empleados públicos, que, a sabiendas, conozcan de un proceso, juicio o negocio verbal o por escrito, en que tengan algún impedimento legal o motivo de recusación, sin manifestarlo o excusarse en la forma prevenida por la ley, o sin habérseles prorrogado debidamente la jurisdicción, pagarán una multa de veinte a cien pesos".

La disposición transcrita, como claramente se ve, fue infringida por el Juez doctor Ortegón Casas al no haberse declarado impedido con la debida oportunidad para conocer del referido juicio ordinario. Mas como la sanción que ella trae es de las llamadas incorporales, la acción penal prescribe en cuatro años (artículo 95 ibídem), término éste que está vencido con exceso.

En efecto, debe considerarse que la omisión en declararse impedido dicho Juez se prolongó hasta el 7 de mayo de 1936, fecha en que desistió de la apelación que había interpuesto contra el auto que lo declaró separado del conocimiento del juicio ordinario (fs. 43 del cuaderno 1º). De consiguiente, los cuatro años para la extinción de la acción penal se cumplieron el 7 de mayo de 1940.

Las razones expuestas son suficientes para confirmar, como SE CONFIRMA, la providencia consultada, lo que hace la

Corte Suprema, Sala de Casación Penal, de acuerdo con el concepto del señor Procurador, y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

Cópiese, notifíquese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente.

Absalón Fernández de Soto—José Antonio Montalvo — Campo Elías Aguirre. Julio E. Argüello R., Secretario.

HOMICIDIO

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal—Bogotá, agosto treinta de mil novecientos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Campo Ilías Aguirre).

A Marco Antonio Galeano lo enjuició el Juez Superior que tiene su sede en la ciudad del Socorro, por homicidio en las personas de Lucio Díaz y Pedro Pablo Laitón y heridas a Juan José Díaz, sucesos ocurridos el tres de diciembre de mil novecientos treinta y cuatro.

Sometidas al Jurado las cuestiones correspondientes fueron contestadas de esta manera: para el homicidio en Lucio Díaz "Sí, pero en riña provocada por el que murió"; para lo que se refiere a Laitón "Sí, pero con intención de causarle un daño distinto del de la muerte", y en lo tocante a Juan José Díaz "Sí, pero en riña provocada por el herido".

El Juez declaró notoriamente injusto el veredicto sobre la responsabilidad de Galeano en la muerte de Pedro Pablo Laitón, y por los otros hechos impuso al reo tres años de reclusión y veinte días de arresto, providencia que confirmó el Tribunal Superior de San Gil con la reforma de que la condenación sería a tres años y cinco días de presidio.

Reunido el nuevo Jurado para juzgar a Galeano por el homicidio en la persona de Laitón, dio la siguiente respuesta: "Sí, al prestar apoyo a la autoridad para desarmarlo e involuntariamente".

Absolvió el Juez al matador de Laitón, creyéndolo excusable según el numeral 4º del artículo 29 del Código Penal de 1890, mas el Tribunal, en sentencia "redactada en forma confusa y empalagosa", revocó la del Juez y condenó a Galeano a cuatro años de presidio de acuerdo con el artículo 611 ibídem.

Entonces el defensor recurrió en casación contra los dos fallos, pero como el primero quedó ejecutoriado desde mayo de 1937, la materia de estudio para la Corte, conforme al parecer de la Procuraduría, es sólo la sentencia de cuatro años de presidio, que, aun cuando proferida en mayo de mil novecientos treinta y ocho, no vino a ser notificada al reo y su defensor sino en junio de mil novecientos cuarenta y uno, ya vigente la Ley 94 de 1938 cuyo artículo 556 es preferible, por el concepto de favorabilidad, al artículo 1º de la Ley 78 de 1923 que fijaba un mínimo de seis años de presidio, reclusión o prisión, para que pudiera interponerse el mencionado recurso extraordinario.

De manera que no se tomarán en cuenta las alegaciones de la defensa respecto del homicidio y las heridas de que fueron víctimas Lucio y Juan José Díaz, en su orden.

La sentencia condenatoria de Galeano por homicidio en la persona de Laitón ha sido acusada con apoyo en las causales 1ª, 2ª, 4ª y 5ª del artículo 3º, Ley 118 de 1931, que la Sala examinará a continuación, anticipando que el señor Procurador Delegado en lo Penal solicita que no se infirme el fallo.

Causal 2ª

"Ser la sentencia violatoria de la ley procedimental, por cuanto se haya dictado sobre un juicio viciado de nulidad sustancial según la ley".

En esta parte la demanda del defensor no expresa por qué es nulo el juicio, ni

la Corte encuentra que concurra en el proceso ninguno de los motivos de los artículos 264 y 265, Ley 57 de 1887.

Las garantías constitucionales y legales se respetaron en su totalidad para el juzgamiento, y no se faltó a ellas por la circunstancia de que el Juez y el Tribunal hubiesen condenado al reo por dos de los hechos en el mismo fallo en que se pronunció la notoria injusticia de uno de los veredictos, actuación desaconsejada que no produce nulidad. Y se dice que fue desaconsejada esa actuación, porque la lógica jurídica mandaba aguardar el nuevo veredicto y posponer la sentencia condenatoria a fin de que en una sola se decidiera el conjunto de los cargos, como resultaran de las respuestas del Jurado.

Causal 5ª

"Ser la sentencia violatoria de la ley, por haberse dictado sobre un veredicto viciado de injusticia notoria, siempre que esta cuestión haya sido debatida previamente en las instancias".

Unicamente observa la Corte, pues ello basta para el efecto, que una segunda resolución del Jurado "no podrá ya ser declarada injusta" (artículo 50, Ley 169 de 1896).

Causal 4ª

"No estar la sentencia en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder, o estar dicha sentencia en desacuerdo con el veredicto del Jurado".

Cree el defensor que el adverbio "involuntariamente", contenido en la contestación del Jurado, conduce a colocar el homicidio en una cualquiera de las contingencias de los artículos 29 (número 4º), 613 y 614 del Código Penal, mas nunca en el caso aplicado del artículo 611, de donde desprende el representante judicial de Galeano que no concuerda el fallo con el veredicto.

Para la Sala y el señor Procurador menos ajustado a la verdad procesal el segundo veredicto que el primero, "con injusticia que favorece al reo" y que ya no es posible remediar, lo cierto es que si Marco Antonio Galeano, luégo de agredir a Lucio y Juan José Díaz, atacó a Pedro Pablo Laitón y le hundió un cuchillo en el vientre, cómo sostener que mató por motivo de una acción lícita en que se puso la debida diligencia, sin previsión del mal que fue un mero accidente? Y cómo alegar que medió simple culpa o que el homicidio se causó de modo casual e inevitable?

"El mismo defensor, escribe el señor Procurador, ha sostenido, a través de toda su actuación, que su defendido dio muerte a Laitón en legítima defensa, situación jurídica que, como es obvio, implica intención en el agente, pero intención respaldada por el derecho y por la ley, lo que se opone fundamentalmente a la existencia del caso, en que no hay ni intención en el acto, ni previsión y ni siquiera previsibilidad de sus efectos".

Afirmada la responsabilidad de Galeano es claro que lo involuntario del homicidio no podía entenderse sino como que el Jurado, equivocándose en beneficio del reo, aseguró que éste quiso inferir un daño diverso de la muerte. Y en la averiguación de la naturaleza del daño, el Tribunal, con elementos más que suficientes para concluír que aquel hombre tuvo la intención de causar un mal grave, por benignidad se acogió al artículo 611, prescindiendo del 610 que era el indicado.

Causal 1ª

"Ser la sentencia violatoria de la ley penal, por mala interpretación de ésta o por indebida aplicación de la misma".

El apoderado del reo se funda, para invocar la indebida aplicación de la ley penal, en los argumentos que extendió sobre la causal 4ª

"En consecuencia, dice, y por virtud de la aplicación errada del artículo 611 del Código Penal, es valedera la causal primera del artículo 3º de la Ley 118 de 1931; por haberse aplicado esta disposi-

ción y no la del numeral 4º del artículo 29 del Código Penal, o la del 614 del mismo, o la del 613, que más se conforman con la situación de hecho presentada por el segundo veredicto del Jurado, acatado por el H. Tribunal".

Quedan rebatidos tales argumentos con los que la Sala adujo a propósito de la causal de desacuerdo entre el veredicto y la sentencia.

Sin justificación las causales alegadas, la Corte Suprema, en armonía con el concepto del señor Procurador y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO INVALIDA la sentecia del Tribunal Superior de San Gil que impuso cuatro años de presidio a Marco Antonio Galeano por la muerte que causó a Pedro Pablo Laitón.

Devuélvase el proceso al Tribunal.

Notifíquese y cópiese.

Campo Elías Aguirre — José Antonio Montalvo — Absalón Fernández de Soto. Julio E. Argüello R., Secretario.

HOMICIDIO ULTRAINTENCIONAL

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal. — Bogotá, treinta y uno de agosto de mil novecientos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Absalón Fernández de Soto).

A la consideración del Jurado reunido con ocasión de la presente causa le fue sometido el siguiente cuestionario:

"1º Os halláis plenamente convencidos de que Manuel Bastidas ha realizado los siguientes hechos: haber golpeado violentamente a Martín Avila, causándole una contusión, con fractura del cráneo, a consecuencia de lo cual murió; hecho ocurrido el veintisiete de julio de mil novecientos treinta y nueve, en la vereda de La Balsa, jurisdicción municipal de Chía?

"2º Bastidas, al realizar los hechos anteriores, tuvo la intención de causar a Avila una lesión personal, distinta de la muerte?

"3º Bastidas realizó los hechos anteriores en una riña suscitada de modo imprevisto?

"4º O lo hizo en estado de ira causada por grave e injusta provocación?"

Las tres primeras cuestiones fueron absueltas en forma afirmativa y la última de manera negativa.

Con base en tal veredicto, el Juez del conocimiento (Segundo Superior de Bogotá), en sentencia de fecha 28 de agosto de 1941, condenó a Manuel Bastidas a la sanción principal de dos años de presidio, dando aplicación a los artículos 362, 365 y 384 del Código Penal (Ley 95 de 1936).

Apelado dicho fallo, el Tribunal de esta ciudad lo confirmó.

Contra la sentencia de segunda instancia recurrió en casación el defensor del reo.

Las causales invocadas son la 2ª y la 4ª del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal (Ley 94 de 1938).

La 2ª es del siguiente tenor:

"Cuando por errada interpretación o apreciación de los hechos, en la sentencia se les haya atribuído un valor probatorio que no tienen, o se les haya negado el que sí tienen, o no se les haya tomado en cuenta a pesar de estar acreditados en el proceso, o cuando resulte manifesta contradicción entre ellos; siempre que sean elementos constitutivos del delito, determinantes, eximentes o modificadores de la responsabilidad de los autores o partícipes, o circunstancias que hayan influído en la determinación de la sanción".

Refiriéndose a este motivo de impugnación, dice el defensor-recurrente en su demanda: "el expediente arroja la evidencia de que mi cliente obró en legítima defensa y sin la intención de ocasionar la muerte, ni lesión alguna diferente al occiso señor Avila".

Más adelante agrega:

"La intención de causar alguna lesión no aparece afirmada siquiera en ninguna parte del expediente, y el hecho de no emplear armas de fuego, ni punzantes, ni cortantes, ni contundentes y de no haber empleado siquiera el puño para dar un golpe, aleja la posibilidad de que mi cliente tuviera la intención de ocasionar la muerte o lesión alguna al señor Martín Avila".

Como lo anota en su vista el señor Procurador, parece que el recurrente se refiere a un mismo tiempo a dos conceptos contrarios y excluyentes, a saber: "el caso" y la legítima defensa.

Sobre el motivo de justificación alegado no existe ninguna prueba en el proceso. Por el contrario, consta de autos que Bastidas y Avila eran enemigos por diferencias en un juicio de deslinde. Conforme al testimonio de Gregorio Ospina (folios 32 a 33 del cuaderno 1º), el procesado contó al declarante, la misma noche del suceso, que había tenido un encuentro con Martín Avila, a quien había dado unos porrazos, por lo cual se hallaba muy preocupado y deseoso de inquirir por la suerte que hubiera corrido éste. Un mes después —añade el testigo— me encontré con Bastidas y me dijo que tal vez lo pondrían preso, rogándome que no fuera a denunciarlo, ni a decir nada de lo que me había referido.

Careados Ospina y Bastidas, éste no contradijo absolutamente las imputaciones que aquél le hizo. Unicamente trató de desvirtuarlas, expresando entonces que Avila lo había agarrado de la ruana, y que al zafársele y huír, éste había caído a tierra, dándose el golpe que le produjo la muerte.

Como se ve, ni el propio procesado afirma que hubiera habido, por parte de Avila, agresión o violencia injusta que pusiera en peligro su vida. Menos dice que hubiera reaccionado para defenderse, atacando a su contrario, pues lo que ha dicho es que en vez de contraatacar a su enemigo, huyó de él. ¿De dónde se deduce entonces —como lo observa el señor Procurador— que hubiera habido legítima defensa?

Aludiendo a la responsabilidad de Bastidas en la muerte de Martín Avila, manifiesta dicho funcionario lo siguiente, que la Sala comparte por ser trasunto fiel de la realidad procesal:

"De la diligencia de autopsia, como también del testimonio ya citado de Ospina, se deduce que Avila fue golpeado con 'un cuerpo de superficie plana y lisa y de peso', golpe que causó 'una fractura cerrada con hemorragia interna del cráneo'. De las mismas pruebas del expediente se deduce que Bastidas atacó a Avila y fue el autor del golpe de que se ha hablado.

"Como no se pudiese demostrar plenamente que la intención del procesado fue la de causar la muerte a Avila, se formuló simplemente el cargo de homicidio ultraintencional, como ya se vio.

"Por tal motivo, resultan acertados y acordes con el auto de proceder, los cuestionarios 1º y 2º, pero no se adivina la razón de los cuestionarios 3º y 4º, pues no hay el más leve fundamento para sostener que el reo fue víctima de grave e injusta provocación, ni tampoco que hubiera existido el combate o cambio de golpes que constituye la riña, pues el solo hecho de tomar a un individuo por la ruana, si fuere cierto lo dicho por el procesado, no constituye esa situación especial y modificadora de la responsabilidad que es la riña.

"Si algún reparo pudiera hacerse al Juzgado es el que acaba de apuntarse, o sea, el de haber planteado dos cuestionarios que implican circunstancias modificadoras de la responsabilidad, favorables al reo, sin asidero suficiente en el expediente".

No estando, pues, demostrada la legítima defensa —hipótesis sobre la cual el Jurado no fue interrogado— ella no podía ser tomada en cuenta por el Tribunal en su sentencia.

De suerte que la causal 2ª carece de fundamento.

La cuarta reza:

"Cuando la sentencia sea violatoria de la ley procedimental por haberse pronunciado en un juicio viciado de nulidad".

Considera el recurrente que el proceso adolece de nulidad por el hecho de que el Juzgado profirió el auto sobre señalamiento de día y hora para el sorteo de miembros del Jurado, en una fecha en que aún debía estar en la secretaría el expediente, esperando la ejecutoria del auto inmediatamente anterior en que se formularon los cuestionarios.

Al folio 122 del cuaderno primero se halla el auto de 6 de marzo de 1941, en el cual se formulan los cuestionarios. Es-

te proveído quedó notificado a todas las partes el 11 del mismo mes. El 15, ya ejecutoriado, el secretario pasó el asunto a despacho. Pero ocurre que el auto sobre señalamiento para dicho sorteo aparece datado el 14, o sea con un día de anticipación a la fecha en que el expediente pasó a la mesa del Juez. Siendo esto cronológicamente imposible, hay que concluír que se incurrió en una equivocación, que debe suponerse involuntaria, como así lo admite el propio defensor-recurrente.

Si el demandante considera que debido al error anotado, el mencionado auto del 6 de marzo de 1941, en que se formularon los cuestionarios, no se notificó en legal forma, esta causal de nulidad ha debido hacerla valer antes de que se hubiera ejecutoriado la providencia que señaló día y hora para el sorteo de jurados, de acuerdo con lo dispuesto por el art. 199, numeral 1º, del código de procedimiento penal.

Finalmente, no se ve, ni el recurrente dice, qué perjuicio recibió el reo por haberse dictado el 14 de marzo el auto de señalamiento para el sorteo de jueces de hecho, siendo de advertir que el defensor se notificó desde el 10 del mismo mes del proveído por el cual se formularon los cuestionarios, y no hizo entre ese día y el 14 o 15 solicitud alguna referente a cuestionarios.

Basta lo expuesto para concluír que la causal 4ª tampoco prospera.

De consiguiente, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, de acuerdo con el concepto del Procurador, y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, declara que no es el caso de infirmar, y NO INFIRMA la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, fechada el 6 el diciembre último, por la cual se impuso a Manuel Bastidas la pena principal de dos años de presidio, como responsable de homicidio preterintencional en la persona de Martín Avila y, en consecuencia, desecha el recurso de casación interpuesto contra ese fallo.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente. Insértese en la Gaceta Judicial.

Absalón Fernández de Soto.—José Antonio Montalvo. — Campo Elías Aguirre. Julio E. Argüello R., Secretario.

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

REQUISITOS PARA QUE UNA OBLIGACION PUEDA COBRARSE EJECUTIVAMENTE

De acuerdo con el artículo 982 del C. J. dos son los requisitos que debe reunir una obligación para que pueda cobrarse ejecutivamente: a) que ella conste en un acto o documento que provenga del deudor o de su causante y constituya por sí solo, según la ley, plena prueba contra él, o que emane de una decisión judicial que deba cumplirse, y b) que del documento o la decisión resulte una obligación expresa, clara y actualmente exigible de hacer, o de entregar una especie o cuerpo cierto, o bienes de género, o de pagar una cantidad líquida de dinero. Al principio de que la obligación de pagar dinero debe constar en el acto o documento, en cantidad líquida, se establece una excepción en los artículos 987, 988 y 989 de la misma obra en cuanto permiten la ejecución por obligaciones de hacer, de entregar una especie o cuerpo cierto o especies indeterminadas de un género, y al mismo tiempo de pagar perjuicios, no determinados en cantidad líquida en el título que sirve de recaudo ejecutivo. El artículo 991 ibídem no es sino una consecuencia de la anterior excepción para el caso en que el ejecutante sólo pida el pago de perjuicios por el incumplimiento de la obligación principal. En tal evento, este artículo lo faculta para estimarlos si no se han señalado, es decir, si no se han determinado en cantidad líquida en el título que sirve de recaudo ejecutivo.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, treinta de abril de mil novecientos cuarenta y dos. (Magistrado ponente: Dr. Aníbal Cardoso Gaitán)

En la demanda ejecutiva presentada por el señor Zoilo Cuéllar Chaves contra el Departamento de Cundinamarca, el Tribunal Superior de Bogotá, por medio de auto de fecha veintidós de octubre del año próximo pasado, se negó a decretar el mandamiento por la suma de ochenta y nueve mil novecientos setenta y cinco pesos con noventa y nueve centavos ($ 89.975.99) como capital y cuatrocientos cincuenta pesos ($ 450.00) como intereses mensuales desde que la obligación se hizo exigible hasta la solución de la deuda, conforme a la estimación que por perjuicios hace el señor Cuéllar Chaves como provenientes del no cumplimiento por parte del Departamento del contrato de 8 de julio de 1938.

Habiendo sido apelada la providencia en mención y tramitado el incidente en forma legal, la Corte procede a su estudio teniendo en cuenta las siguientes consideraciones:

La obligación que se pretende cobrar ejecutivamente resulta del incumplimiento del contrato celebrado entre el demandante y el Departamento de Cundinamarca, que se hizo constar en documento firmado por las partes el 8 de julio de 1939.

Reza el aludido documento que el señor Cuéllar Chaves se obligó a colocar una valla de madera en el sitio donde el

Departamento le indicara con el objeto de cubrir los trabajos de demolición del Edificio Rufino Cuervo, obra que debía ejecutar dentro de treinta días contados desde la terminación de dichos trabajos. A su vez obtenía en compensación por el referido servicio, la autorización exclusiva de colocar o pintar en la valla avisos o anuncios comerciales.

Junto con el documento de que se ha hecho mención, también obra en autos una copia de la inspección ocular verificada el 11 de marzo de 1941 por el Tribunal Superior de Bogotá, en Sala de Decisión, en la cual los testigos Felipe O. Cortés L., Narciso Quintero M., Julio Valencia y Manuel Medina declaran que la obra de demolición fue terminada el 15 de septiembre de 1939.

El demandante no colocó la valla y por lo mismo no se aprovechó de ella, porque, según lo afirma, el Departamento no le señaló el sitio donde debía hacerlo o no facilitó la ejecución de esa obra.

En alegato presentado por el apoderado del demandante se sustenta el recurso interpuesto contra la providencia del Tribunal de primera instancia, por la cual se negó a librar orden de pago en contra del Departamento, considerando que la acción intentada es viable, en cuanto ella está autorizada por los artículos 1610 del C. C. y 991 del C. J., además de que dicha acción no ha sufrido ningún perjuicio porque en el contrato falte el señalamiento del plazo para llevar a efecto los trabajos de demolición, ya que éstos se ejecutaron y que no es cierta la tesis sostenida por el Tribunal de que la frase "por si solo" que emplea el artículo 982 del C. J. indique que tratándose de incumplimiento de un contrato, este hecho deba aparecer en el mismo, puesto que el incumplimiento es un suceso posterior a la celebración del acuerdo y por lo tanto no debe constar en él.

Se observa:

El artículo 982 del Código de Procedimiento Civil determina los requisitos que debe reunir una obligación para que pueda cobrarse ejecutivamente. Según esta disposición dichas condiciones son: a) Que ella conste en un acto o documento que provenga del deudor o de su causante y constituya por sí solo, según la ley, plena prueba contra él, o que emane de una decisión judicial que deba cumplirse, y b) Que del documento o la decisión resulte una obligación expresa, clara y actualmente exigible de hacer, o de entregar una especie o cuerpo cierto, o bienes de género, o de pagar una cantidad líquida de dinero.

Al principio de que la obligación de pagar dinero debe constar en el acta o documento, en cantidad líquida, se establece una excepción en los artículos 987, 988 y 989 de la misma obra en cuanto permiten la ejecución por obligaciones de hacer, de entregar una especie o cuerpo cierto o especies indeterminadas de un género, y al mismo tiempo de pagar perjuicios, no determinados en cantidad líquida en el título que sirve de recaudo ejecutivo. De tal manera que en virtud de las anteriores disposiciones es viable la acción ejecutiva tanto por las obligaciones enumeradas, como por los perjuicios que no se previeron en cantidad líquida en el título.

El artículo 991 ibidem no es sino una consecuencia de la anterior excepción, para el caso en que el ejecutante sólo pida el pago de perjuicios por el incumplimiento de la obligación principal. En tal evento este artículo lo faculta para estimarlos si no se han señalado, es decir, si no se han determinado en cantidad líquida en el título que sirve de recaudo ejecutivo. Para que ello sea procedente es indispensable que la obligación principal del Departamento resulte establecida claramente, ya que la otra, la implícita, la de pagar perjuicios por el incumplimiento, es obvio que carece de causa si la primera no está acreditada.

En el caso de autos ocurre que el incumplimiento a la primera obligación a cargo del Departamento no aparece comprobada.

Como lo anotó el Tribunal, no se señala en el documento de contrato entre

Chaves y el Departamento plazo para la demolición del muro, a partir del cual debían contarse los treinta días fijados. La mora en el cumplimiento de la obligación del Departamento —se señalara a Chaves sitio para colocar la valla— el no hacerlo se alega por el demandante como motivo exculpativo de su deber de construír el muro— no aparece demostrado.

El cumplimiento de esa obligación principal del Departamento, que daría origen posiblemente al cobro de perjuicios, no se ha establecido, ni puede resultar sino de una declaración judicial que no puede hacerse en este juicio ejecutivo. Y en el otro juicio declarativo sería pertinente considerar el valor como prueba de la inspección ocular citada arriba.

Por todo ello, el cobro de perjuicios que se pretende es, cuando menos, prematuro en la presente acción.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, confirma el auto de fecha 22 de octubre de mil novecientos cuarenta y uno dictado por el Tribunal Superior de Bogotá.

Cópiese y notifíquese.

Aníbal Cardoso Gaitán.—José M. Blanco Núñez. — Arturo Tapias Pilonieta.— Manuel Pineda Garrido, Srio.

REVISION DE UNA SENTENCIA DE EXCEPCIONES EN JUICIO EJECUTIVO POR JURISDICCION COACTIVA

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, abril veintidós de mil novecientos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. José M. Blanco Núñez)

El señor José María Chaves B. demandó a la Nación ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, para la revisión de la sentencia de excepciones proferida por ese mismo Tribunal el 17 de octubre de 1939, para su consecuente revocación, y para que se declare al demandante libre del pago de la suma a que se refiere la ejecución respectiva.

Como hechos fundamentales de la demanda se alegaron los siguientes:

"1º En tiempo oportuno, de manera exacta o con buena fe, hice ante la Administración de hacienda nacional de este lugar, la declaración o manifestación de mi patrimonio y renta gravable, relativos al año de 1937.

"2º En aquella oficina de una manera indebida que puede llamarse arbitraria, apartándose de los datos contenidos en mi manifestación, hicieron una liquidación acomodaticia tomando datos falsos o supuestos y aumentaron el valor de mi renta y patrimonio gravable.

"3º El valor legítimo de lo que me correspondía pagar según mi declaratoria, fue cancelado el día 5 de octubre de 1938 por medio del recibo número 173.235.

"Posteriormente a esto, el señor Recaudador o Abogado Ejecutor de la Administración de Hacienda Nacional de este lugar, dictó en mi contra auto de reconocimiento, el día 10 de julio del año en curso, por la suma de ochenta y seis pesos con ochenta y seis centavos ($ 86.86), y el mismo día y tomando como motivo o título ejecutivo aquel reconocimiento, libró en mi contra mandamiento ejecutivo por la suma arriba mencionada, auto que fue confirmado por ese H. Tribunal, sin ningún fundamento jurídico, porque en tratándose del pago de impuestos por causa de patrimonio y renta, no es un simple o escueto auto de reconocimiento el que ha de demostrar la existencia de la obligación, sino la liquidación que al respecto se haya hecho y con todos sus antecedentes, porque esto es lo que se llama garantizar los derechos y cumplir con el sagrado deber de impartir justicia según el texto completo del artículo 472 del C. J.

"4º Todavía más, en uso del derecho de defensa propuse en contra de la ejecución iniciada en mi contra por la Administración de Hacienda de este lugar, las excepciones de error de cuenta, pago efectivo y otras más, las que fueron declaradas no probadas por sentencia de fecha 17 del pasado mes de octubre, habiendo presentado yo la prueba correspondiente y siendo deber de ese Tribunal pedir la que solicitada en tiempo oportuno no había sido remitida por la Administración de Hacienda, consumando una vez más un acto de desconocimiento de mis derechos".

En derecho se basó la acción así:

"Como disposiciones pertinentes a esta controversia invoco el artículo 1494 del C. C. y las contenidas en el Título 12, Libro 4º del mismo Código, y también el artículo 1625 del mismo en relación con el 1030 del C. J."

Admitida la demanda por el citado Tribunal, el fiscal respectivo contestó los hechos del libelo en la siguiente forma:

"1º Es verdad que el señor José María Chaves B., hizo su declaratoria o manifestación de su patrimonio y renta gravable relativos al año de 1937, pero no puedo decir que tal declaratoria o manifestación haya sido hecha de manera exacta o de buena fe, porque la Administración de Hacienda Nacional ha dado a este Despacho datos incompletos a pesar de habérselos solicitado en forma debida. En todo caso tal prueba corresponde al demandante;

"2º Por la misma razón anterior no puedo decir lo que haya respecto de este hecho;

"3º No me consta;

"4º Es verdad este hecho, pero la suma de $ 86.86 deducidos en contra del señor José María Chaves y a favor de la Nación provienen de la liquidación correspondiente a su patrimonio gravable del año de 1937 y como el señor Chaves dejara de pagar los $ 86.86 se dictó auto de reconocimiento en favor de la Nación y en contra del mismo en virtud de la jurisdicción coactiva de que puede hacer uso la Administración de Hacienda Nacional, en estos casos;

"5º Es verdad que el demandante propuso las excepciones de que habla este hecho; pero la misma sentencia de excepciones está diciendo que el actor no presentó la prueba correspondiente para fundamentar las excepciones que había propuesto.

"Petición:

"La sentencia de excepciones es revisable conforme al artículo 1030 del C. Judicial; pero como en este caso, según los datos que se le han suministrado a este Despacho, la suma de $ 86.86 tiene su fundamento en la declaratoria de la renta del señor Chaves, niego el derecho que tenga para pedir la revisión de la sentencia antes mencionada.

"Derecho:

"Por la razón anterior los fundamentos de derecho de la demanda no tienen fuerza para que prospere la acción intentada".

El Tribunal a quo finalizó la instancia respectiva en sentencia del 16 de diciembre de 1940, cuya parte resolutiva es del tenor siguiente:

"En consecuencia, el Tribunal — Sala de lo Civil — administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, REVOCA la sentencia de diecisiete de octubre de mil novecientos treinta y nueve, y en su lugar declara probadas las excepciones propuestas por el señor José María Chaves B. en la ejecución que le sigue la Administración de Hacienda Nacional por pago del impuesto sobre la renta, patrimonio y exceso de utilidades, correspondientes al año de mil novecientos treinta y siete (1937). Por consiguiente, se dispone suspender dicha ejecución".

Por apelación de este proveído ha subido el negocio a esta Superioridad, la cual procede a decidir el recurso, una vez agotada la tramitación correspondiente.

Se considera:

Debidamente comprobados, el informativo da cuenta de los siguientes hechos:

1º Que el 24 de febrero de 1938, el señor José María Chaves B., presentó oportunamente declaración juramentada sobre renta y patrimonio gravables durante el año de 1937 (fl. 8, cuad. Nº 2).

2º Que el liquidador del impuesto respectivo se apartó de dicha declaración.

El análisis de estos hechos en relación con las excepciones propuestas, y las peticiones de la demanda, fue hecho por el Tribunal a quo, en forma clara y precisa, ajustándose a la realidad procesal y de conformidad, en cuanto al derecho, con las disposiciones legales vigentes que regulan la materia.

Sobre el particular el Tribunal a quo se expresa así:

"La Administración de Hacienda Nacional, en ejercicio de la jurisdicción coactiva adelanta una ejecución contra el señor José María Chaves B. por el pago del impuesto sobre la renta, patrimonio y exceso de utilidades correspondiente al año de 1937, ejecución que según se deduce de estas diligencias, alcanza a la su-

ma de $ 86.86 c/ y que tiene como base un auto de reconocimiento pronunciado por el Recaudador respectivo.

"En dicha ejecución propuso el señor Chaves B. la excepciones (sic) de cobro de lo no debido, error de cuenta, pago, falsedad del título y de la obligación, inexistencia de la misma y toda otra que resulte comprobada, excepciones que por sentencia de 17 de octubre de 1939 se declararon no probadas en razón que el interesado omitió presentar el comprobante de la declaración de renta hecha por él, y la liquidación detallada que hiciera la Administración de Hacienda.

"La revisión de la referida sentencia es la que se persigue por el presente juicio, y la acción ejercitada es procedente ya que de conformidad con lo preceptuado por el artículo 1030 del C. Judicial, la sentencia de excepciones y la de pregón y remate no fundan excepción de cosa juzgada, y, en consecuencia, pueden revisarse por la vía ordinaria.

"Todas las excepciones propuestas se fundan en el hecho de que el señor Chaves B., presentó su declaración sobre patrimonio y renta el 24 de febrero de 1938 para la liquidación del impuesto correspondiente al año anterior y en que el 7 de julio de aquel año la Administración de Hacienda Nacional, apartándose de la declaración del señor Chaves, aumentó el valor del impuesto y le impuso la sanción correspondiente a esos casos.

"Como norma de derecho para resolver la cuestión que se debate el Tribunal tendrá en cuenta el contexto de la Ley 78 de 1935 y la doctrina de la Corte Suprema —Sala de Negocios Generales— que con base en dicha ley expresó lo siguiente en sentencia de 26 de julio de 1939: 'Establece la ley 78 de 1935 que los informes dados por los contribuyentes serán revisados por el Administrador y que la renta gravable será determinada sobre la base de la declaración y de toda otra información que pueda obtener y que haya sido plenamente comprobada. Por modo que la ley presume la declaración juramentada del contribuyente como verdadera y las oficinas fiscales deben estarse a lo manifestado en ella mientras no obtengan la comprobación plena de otros datos que demuestren que han sido formuladas falsa e inexactamente' ".

Pero al observar esta Sala que la parte resolutiva del fallo recurrido no está en consonancia con las peticiones de la demanda, estima esta Superioridad que procede reformar el mencionado fallo en el sentido expresado en la resolución de esta sentencia.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, modifica la sentencia objeto de la presente apelación, en la siguiente forma:

Primero.—Revócase la sentencia de excepciones de 17 de octubre de 1939, proferida por el H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto en el juicio ejecutivo de la Nación contra José María Chaves B. por concepto de impuestos sobre la renta y sus complementarios.

Segundo.—Declárase que el señor José María Chaves B. no está obligado a pagar por concepto de impuestos de la renta y patrimonio, suma mayor de la que le corresponde por su declaración de fecha 24 de febrero de 1938.

Publíquese, notifíquese, cópiese y devuélvase.

Arturo Tapias Pilonieta. — José M. Blanco Núñez. — Aníbal Cardoso Gaitán. Manuel Pineda Garrido, Srio.

RESTITUCION DE TENENCIA DE UNA MINA—NATURALEZA JURIDICA DE LAS DECISIONES EN JUICIOS POSESORIOS DE MINAS—SON VERDADERAS SENTENCIAS—ALCANCE DE LAS SENTENCIAS DE LOS TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS EN MATERIA DE CUESTIONES REFERENTES AL DERECHO DE DOMINIO DE LOS PARTICULARES O AL EJERCICIO DE ACCIONES POSESORIAS

1. Es significativo que el artículo 430 del Código de Minas diga que el auto que decide una acción posesoria por perturbación tiene el carácter de sentencia interlocutoria, y también lo es la consideración de que siendo de esta clase el auto de primera instancia, de idéntica especie ha de ser el de segunda. Dicha calificación, de sentencia interlocutoria, no la hace extensiva el Código a la acción por despojo, y así limitada la interpretcaión o la literalidad del texto, habría base para sostener que el fallo que decide la acción de despojo tiene el carácter de interlocutorio. Sin embargo, como acerca de ambos autos se previene que puede proponerse el recurso de revocación, hoy de reposición, hay analogía entre la naturaleza de las dos especies de decisiones, y por ello la Corte las considera en un plano de igualdad para el examen del asunto. Expresa el artículo 466 del C. J. que las resoluciones de carácter judicial se denominan *autos* y *sentencias*. Los juicios posesorios comunes y los posesorios mineros son juicios especiales que tienen por objeto "conservar o recuperar la posesión de bienes raíces, o de derechos reales constituídos en ellos", según el Código Civil, artículo 972, o "hacer efectiva o conservar la posesión de las minas y de los derechos reales constituídos en su favor", artículo 320 del C. de Minas. Tales juicios tienen un objeto idéntico, se determinan por medio de resoluciones judiciales comprendidas en la categoría de las sentencias. En efecto: ellas deciden definitivamente sobre la controversia que constituye la materia del juicio, pues éste tiene por fin hacer efectiva, conservar o recuperar la posesión, y el fallo judicial correspondiente se pronuncia para definir la cuestión propuesta tocante à la posesión de bienes en general o de las minas. La decisión no tan sólo recae sobre lo principal del pleito sino sobre el pleito mismo, y en él se resuelve en definitiva acerca de la materia controvertida. Los fallos que les ponen término a los juicios en que se ejercitan acciones posesorias reúnen, pues, a plenitud los caracteres legales propios de las sentencias. La aplicabilidad de las disposiciones del C. J. a los juicios posesorios de minas en orden a definir la naturaleza de los fallos en ellos proferidos, está fuera de duda. Las normas de dicho Código son de aplicación general, y en el punto que se considera, tocante con la definición de los requisitos característicos de las providencias judiciales, obligan siempre que se trate de entender acerca de la naturaleza procesal de las decisiones. El Código Judicial es ley derogatoria de las disposiciones que le sean contrarias, y después de expedido no caben distingos entre unas decisiones y otras si todas ellas reúnen las calidades que se requieren, según la última ley dada, o sea el Código Judicial, para merecer la denominación de sentencias. Tal cosa ocurre con las que se dictan en los juicios posesorios mineros, que llamaba interlocutorios el Código de Minas, pero que hoy, en fuerza del imperio de las reglas del Código Judicial, tienen el carácter de sentencias. Esas reglas son especiales y concretas en cuanto a la definición de las calidades distintivas de las resoluciones judiciales, y por lo mismo, de preferente aplicación. 2. En nuestro dere-

cho público no es posible jurídicamente que las autoridades administrativas tengan la potestad de fallar con alcances jurisdiccionales las controversias relativas al derecho de propiedad de los particulares ni al ejercicio de las acciones posesorias con que se ampara aquel derecho; este principio es innegable aún en los casos en que la propiedad provenga y se origine de actos de enajenacón ejecutados por el Estado, y que el conflicto esté por él provocadd. La función administrativa, incluyendo en ella la que emana de los fallos jurisdiccionales del Consejo de Estado, está erigida en nuestro derecho con miras distintas de las de definir las acciones civiles provenientes de la propiedad y posesión de inmuebles. Si existe alguna materia de la atribución propia y excluyente de la justicia ordinaria en ésta. A la jurisdicción administrativa le está vedado invadirla. Para hacer lícita la intervención de los otros órganos del poder público en el conocimiento y fallo de las acciones civiles, ordinarias y sumarias, sobre la propiedad y posesión de inmuebles, habría que eliminar varios preceptos de la Carta Fundamental que proclaman el principio de la separación de los tres órganos estatales por ella reconocidos. Se repite que en manera alguna ocurre variación de este principio por el hecho de que la propiedad y la posesión provengan de actos directos del Estado. Siempre se tratará del derecho de propiedad privada que lo que el Estado se propuso otorgar al conferir el título de enajenación respecto de cualquier bien.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales — Bogotá, veinticinco de abril de mil novecientos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Aníbal Cardoso Gaitán).

Esta Sala, en providencia de abril anterior, se decidió de la apelación interpuesta por el Fiscal del Tribunal Superior de Pasto contra el fallo de esa entidad, del 9 de mayo de 1940, en el juicio por despojo violento causado por autoridad pública que la Compañía Minera de Nariño S. A. propuso contra la Nación para que se le restituyese en la tenencia de las minas de Telembí números 3, 4, 5, 6, y 7 situadas en el lecho del río del mismo nombre, en el Distrito de Barbacoas, Departamento de Nariño. La decisión de la Corte se publicó por el Secretario y se notificó a las partes en las personas de sus representantes. El doctor León Cruz Santos, personero de la Compañía demandante, presentó a la Corte, el día en que fue notificado, un memorial destinado a ejercitar recurso de reposición contra la mencionada providencia de la Sala.

Siguiendo el orden en que el memorial dicho considera los varios asuntos que comprende, ha de tenerse en cuenta, en primer lugar, el que se refiere a la procedencia del recurso de reposición que se intenta. Sobre el particular el peticionario manifiesta lo siguiente:

"Acerca de la procedencia del recurso de REPOSICION que ejercito, me basta invocar los artículos 429, 430 y 431 del C. de Minas y el artículo 488, en armonía con el 487 del C. Judicial, preceptos en que se apoyó la H. Corte, en proveído de 7 de marzo de 1940, dictado en un caso como el presente, para concluír que es pertinente el recurso en cuestión en los juicios posesorios de minas, en los cuales tienen los fallos que se dicten el carácter de AUTOS INTERLOCUTORIOS.

"Sobre este particular y para no alargarme, doy por reproducido lo que el Procurador General de la Nación expuso en su concepto del 17 de julio de 1939, en el negocio de la mina denominada 'Pan de Oro' que acogió la H. Corte Suprema en el citado fallo.

"Y con mayor razón debe considerarse aquí como interlocutorio el auto reclamado, si se advierte que en él NO SE DECIDE EL FONDO DE LA CUESTION, sino que se limitó la H. Corte a reconocer una supuesta causal de nulidad, consistente en la carencia de jurisdicción del Tribunal de Pasto para conocer del presente negocio.

"Además el recurso es oportuno; porque hago uso de él dentro del término que señala el artículo 487 del C. Judicial. Advirtiendo que, aunque por lo dispuesto en el artículo 437 del C. de Minas pudiera pensarse que sólo 'dentro de tres días después de la restitución' puede pedirse la reposición, esto no es así; porque el citado artículo 437 hay que aplicarlo en relación con el 436 del mismo C. de Minas, y así resulta que el término señalado en aquel precepto se refiere al **demandado obligado en la primera instancia** a restitutír al demandante en la posesión de que había sido despojado. Y la razón es evitar que el derecho a pedir reposición, le sirva al autor del despojo para abusar en perjuicio del poseedor favorecido, de las ventajas que le ofrece una ocupación obtenida ilícitamente por la violencia.

"Por consiguiente, como aquí la **Nación** es la **demandada**, a la que el Tribunal de Pasto condenó a restituír en la posesión de las minas de Telembí a la 'Compañía Minera de Nariño' —que es la **demandante**— correspondería a aquélla y nó a ésta esperar que se hubiere cumplido la restitución ordenada para pedrile al Tribunal, dentro de los mencionados tres días, la **reposición** del auto que le fue adverso.

"Relacionando, pues, los artículos 437 del C. de Minas y 487 del C. Judicial, resulta claro que cuando el auto es adverso al demandante, no hay necesidad de esperar la restitución para pedir la revocatoria del referido auto".

Expresa el peticionario que a los fines que se propone le basta invocar los artículos 429, 430 y 431 del Código de Minas y el 488, en armonía con el 487 del Código Judicial. El 429 establece que en los casos de perturbación de la posesión de una mina, si el Juez halla fundada la acción, "sin previa citación ni audiencia del demandado, prevendrá a éste... que se abstenga de violar el derecho del demandante, y que preste una fianza... de no repetir los hechos que constituyen la perturbación"; el 430 dice que esta sentencia tiene el carácter de interlocutoria y se notificará personalmente... y que deberá ejecutarse sin embargo de apelación, que sólo podrá concederse en el efecto devolutivo; el 431 previene que la persona notificada de la providencia en cuestión puede pedir revocatoria de ella. Los artículos 487 y 488 del Código Judicial determinan que es procedente el recurso de reposición contra los autos interlocutorios y fijan el procedimiento a que aquél debe sujetarse. Para apoyar su intento el señor abogado alude a un proveído que la Corte en un caso semejante al que ahora contempla, en el negocio de la mina denominada "Pan de Oro", dictado el 7 de marzo de 1940. Por haber presentado el memorialista como razones favorables a su propósito las consignadas en aquella decisión, al referirse a éstas la Sala considera también los motivos propuestos por el recurrente.

La mencionada providencia se halla publicada en los números 1955 y 1956 de la Gaceta Judicial, páginas 363 y siguientes. En la parte de ese fallo dedicada al estudio del aspecto que actualmente se analiza, después de reproducirse el texto de los artículos 429, 430 y 431 del Código de Minas, por considerárseles pertinentes al caso, se agrega:

"Las disposiciones citadas le dan a la sentencia de primera instancia el carácter de interlocutoria, establecen que puede ser apelada y que puede también ser revocada por el mismo juez que la dictó. Si la providencia de primera instancia es interlocutoria, la de segunda instancia que la confirma o revoca debe tener el mismo carácter, porque no sería lógico estimar que un auto es interlocutorio y que aquel que lo revisa tiene una categoría distinta.

"El Código Judicial en su artículo 488 establece que procede el recurso de reposición contra los autos interlocutorios. Por consiguiente, si la sentencia de segunda instancia en un juicio posesorio de minas tiene ese carácter porque la ley se lo ha querido dar, es obvio que puede ser revocada por el mismo juez que la dictó. Así lo ha resuelto la Corte en casos similares y también ha sido esta la doctrina

de los Tribunales, entre otros el de Medellín, en sentencia de 6 de octubre de 1938. No debe perderse de vista que los juicios posesorios de minas tienen una tramitación especial, con modalidades diversas de las establecidas por el Código Judicial.

"Por tanto, es procedente el recurso de reposición interpuesto por el señor Procurador Delegado en lo Civil y es el caso de entrar al estudio de la cuestión de fondo".

Esencialmente contempladas, son éstas las razones que se aducen favorables a la tesis que sostiene el reclamante: 1ª, el artículo 430 citado dice que la sentencia tiene el carácter de interlocutoria; 2ª, el 431, que puede pedirse revocatoria de ella; 3ª, si la providencia de primera instancia es interlocutoria, la segunda debe tener el mismo carácter.

La Sala observa:

Es significativo, como lo anota el reclamante y como lo puso de relieve el fallo que se cita, que el artículo 430 del Código de Minas diga que la providencia que decide de una acción posesoria por perturbación tiene el carácter de sentencia interlocutoria, y también lo es la consideración de que siendo de esta clase la providencia de primera instancia, de idéntica especie ha de ser la de segunda.

Dicha calificación, de sentencia interlocutoria, no la hace extensiva el Código a la acción por despojo, y así limitada la interpretación o la literalidad del texto, habría base para sostener que el fallo que decide en la acción de despojo no tiene el carácter de interlocutorio. Sin embargo, como acerca de ambas providencias se previene que puede proponerse recurso de revocación, hay reposición, hay analogía entre la naturaleza de las dos especies de decisiones, y por ello la Corte las considera en un plano de igualdad para el examen del asunto.

Expresa el artículo 466 del Código Judicial que las resoluciones de carácter judicial se denominan **autos** y **sentencias**, y se clasifican así: **sentencias**, si deciden definitivamente sobre la controversia que constituye la materia del juicio o sobre lo principal de éste, sea que se pronuncien en primera o segunda instancia, o a virtud de recurso extraordinario; **autos interlocutorios**, si resuelven algún incidente del juicio o determinan la personalidad de alguna de las partes o de sus representantes, la inadmisión de la demanda, la denegación del recibimiento a prueba, o la práctica de cualquiera de ellas, y todos los demás que contengan resoluciones análogas.

Los juicios posesorios comunes y los posesorios mineros son juicios especiales que tienen por objeto "conservar o recuperar la posesión de bienes raíces, o de derechos reales constituídos en ellos", según el Código Civil, artículo 972, o "hacer efectiva o conservar la posesión de las minas y de los derechos reales constituídos en su favor", artículo 320, C. de Minas. Tales juicios, tienen un objeto idéntico, se determinan por medio de resoluciones judiciales comprendidas en la categoría de las sentencias. En efecto: ellas deciden definitivamente sobre la controversia que constituye la materia del juicio, pues éste tiene por fin hacer efectiva, conservar o recuperar la posesión, y el fallo judicial correspondiente se pronuncia para definir la cuestión propuesta tocante a la posesión de bienes en general o de las minas. La decisión no tan sólo recae sobre lo principal de pleito sino sobre el pleito mismo, y en él se resuelve en definitiva acerca de la materia controvertida. Los fallos que les ponen término a los juicios en que se ejercitan acciones posesorias reúnen pues a plenitud las características legales propias de las sentencias.

La aplicabilidad de las disposiciones del Código Judicial a los juicios posesorios de minas en orden a definir la naturaleza de los fallos que en ellos se profieren, está fuera de duda. Las normas de dicho Código son de aplicación general, y en el punto que se considera, tocante con la definición de los requisitos característicos de las providencias judiciales, obligan siempre que se trate de entender

acerca de la naturaleza procesal de las decisiones. El Código Judicial es ley derogatoria de las disposiciones que le sean contrarias, y después de expedido, no caben distingos entre unas decisiones y otras si todas ellas reúnen las calidades que se requieren, según la última ley dada, o sea el Código Judicial, para merecer la denominación de sentencias. Tal cosa ocurre con las que se dictan en los juicios posesorios mineros, que llamaba interlocutorias el Código de Minas, pero que hoy, en fuerza del imperio de las reglas del Código Judicial, tienen el carácter de sentencias. Esas reglas son especiales y concretas en cuanto a la definición de las calidades distintivas de las resoluciones judiciales, y por lo mismo, de preferente aplicación.

Reuniendo las llamadas "sentencias interlocutorias", de que se ha tratado, todas las calidades constitutivas de las sentencias, necesariamente han de considerarse comprendidas en esa clasificación legal.

Pero el fallo pronunciado por esta Sala el veinticinco de abril pasado, a que se hace referencia al comienzo de la presente decisión, no pertenece a la categoría de las sentencias, porque como lo anota el reclamante, no se dictó para desatar la controversia entre la Compañía Minera de Nariño, sobre posesión de las minas, previo el estudio de fondo correspondiente, sino que al contrario, dicha providencia contiene una declaración sobre falta de competencia del órgano judicial para pedir, en razón de haber fallado ya en el mismo asunto la jurisdicción contencioso administrativa. La regla general del Código Judicial, aludida anteriormente, sobre la calidad de los fallos que deciden los juicios posesorios, tiene justa y cabal aplicación cuando en el respectivo negocio se contempla la cuestión constitutiva del juicio, que es la posesión, y no cuando, como en el caso de que ahora se trata, se pronuncia el fallador declarándose inhibido para conocer y decidir sobre la controversia. El citado auto de la Corte tiene pues la calidad de interlocutorio, y por ello procede, respecto a él, el recurso de reposición impetrado.

Después de considerar la Corte con atención y detenimiento las varias cuestiones jurídicas planteadas por las partes en torno a la firmeza y permanencia de los actos cumplidos para la ejecución de las resoluciones ministeriales que ordenaron desalojar de las minas del río Telembí a la Compañía Minera de Nariño, y en general, a los sucesores de los señores Castillos, que pretenden tener el carácter de dueños de esas minas, y al amparo de la posesión pedido para esos titulares en el dominio; y las propias razones expuestas por esta Sala en la providencia de cuya reposición debe resolverse ahora; estima necesario examinar concretamente el asunto por su aspecto constitucional, para deducir, consecuencias tocantes con la acción de que aquí se trata.

La Sala Plena de la Corte declaró, en fallo dictado el 21 de febrero de 1941, la inconstitucionalidad del artículo 24 del Decreto 1343 de 1937, que establecía un procedimiento administrativo para el estudio y fallo de las oposiciones a las propuestas de contratos para la explotación de minerales de la reserva nacional en las riberas de los ríos navegables. En esa decisión de la Corte se hallan consignadas razones muy sólidas que esta Sala comparte, y que no puede dejar de tener en cuenta para resolver acerca del presente negocio. Son estas razones fundamentales primarias en el orden jurídico de las instituciones colombianas, y que por lo mismo se imponen en razón de su jerarquía sobre otros motivos que las partes han propuesto al estudio de la Corte, tocantes con la calidad de las funciones que les corresponden, según su propia índole, a las autoridades de la jurisdicción administrativa, y sobre los cuales aspectos hubo de discurrir la Sala en la providencia cuya reposición se halla impetrada en el recurso que ahora va a fallarse.

Lo aquí dicho explica que la Corte con-

crete su estudio, en el examen del problema pendiente, a la cuestión constitucional. Y al hacerlo expone aquí las consideraciones que ella presenta en otro fallo que hoy profiere, en asunto posesorio relacionado con las mismas minas del cauce del río Telembí a que la acción por despojo se contrae.

"Como el Consejo de Estado, según acaba de verse, pronunció fallo sobre la legalidad de las resoluciones ministeriales que le sirvieron al gobierno de apoyo para impedir por la fuerza que continuaran los trabajos de explotación de las minas del río Telembí por parte de la Compañía Minera de Nariño, arrendataria de ellas por contratos con Julio del Castillo y la Sociedad Ordinaria de minas que él representa, hay que ver si tal fallo enerva la acción posesoria como tesoneramente lo ha venido sosteniendo el señor Procurador Delegado en lo Civil.

"Las resoluciones del gobierno y los fallos del Consejo de Estado crearon una situación cuya realidad ha de contemplarse por la Corte, en el capítulo siguiente, para juzgar acerca la prosperidad de la acción posesoria instaurada.

"CAPITULO III

"Viabilidad de la acción posesoria ante el Poder Judicial

"La existencia de los supradichos fallos le da pie al señor Procurador para proponerle a la Corte la siguiente cuestión previa:

'El Consejo de Estado falló la acción en sentido adverso a las pretensiones del demandante, declarando la legalidad de las resoluciones acusadas, por no ser violatorias de derechos, sino antes bien actos legítimos de administración pública.

'El fallo en referencia versó, pues, sobre la pretendida violación de la propiedad minera, y declaró de la manera más explícita que no hubo tal violación.

'Los elementos, así objetivos como subjetivos, así de hecho como de derecho —que integraron aquel juicio son exactamente los mismos que forman la relación jurídico-procesal de la acción posesoria aquí ejercitada. La diferencia no es sino de nombres. Este, de protección posesoria. Pero el contenido jurídico de los sujetos, activo y pasivo, son unos mismos en los dos juicios. De donde se concluye sin lugar a duda que el Consejo de Estado falló sobre la pretendida perturbación posesoria atribuída al Estado, es decir, lo mismo que ha sometido el demandante en este juicio a la decisión de la justicia ordinaria.

'En armonía con el moderno concepto de la jurisdicción contencioso administrativa, los fallos de ésta no se limitan a la declaración abstracta de ilegalidad o de validez de los actos administrativos. Sus efectos van más allá: restablecen el imperio del derecho violado, o legitiman el acto, autorizando su consumación. Producen, pues, tales fallos, efectos sustantivos.

'Síguese de aquí que el fallo del Consejo de Estado, a que me vengo refiriendo, no puede tenerse como un simple concepto sobre la legalidad de los actos demandados, carente de efectos jurídicos sustantivos para las partes que militaron en el respectivo juicio. No puede sostenerse tal cosa sin reducir hasta lo ínfimo el papel de esta institución que en la vida moderna cobra cada día más prestancia, como es la jurisdicción contencioso administrativa.

'Ahora bien: según claro y terminante precepto consagrado en el artículo 93 de la Ley 130 de 1913, "Las sentencias definitivas ejecutoriadas de los Tribunales de lo Contencioso Administrativo son obligatorias y **no están sujetas a revisión por parte de la justicia** ordinaria" (subrayo).

'De donde se sigue que el mencionado fallo del Consejo de Estado, como Tribunal Superior de lo Contencioso Administrativo, es obligatorio en sus efectos jurídicos para las partes, y no puede ser revisado por la justicia ordinaria.

'Y que otra cosa sino la revisión de aquel fallo por la justicia ordinaria, im-

plica el acoger una acción judicial encaminada a que se decida que hubo por parte del Gobierno perturbación, vale decir violación de un precepto de derecho, contra lo que de manera expresa decidió el Supremo Tribunal de lo Contencioso Administrativo? A dónde vendría a dar la firmeza, la obligatoriedad, la fuerza ejecutoria de estos fallos, consagrada de modo tan terminante por la ley'?

"El señor Procurador sostiene, pues, que los fallos del Consejo de Estado implican un juzgamiento por autoridad competente de las mismas cuestiones que ahora se proponen a la Corte y que ella tendría que estudiar en orden a calificar la procedencia de la acción posesoria, estudio que le está vedado hacer, como que tal cosa equivaldría a una revisión del pronunciamiento contencioso administrativo, en que se ejercitó una acción privada reparadora de plena jurisdicción, que no tuvo éxito, por lo cual hoy tampoco puede tenerlo ante la justicia ordinaria, a la que obliga el artículo 93 de la Ley 130 de 1913.

"Para la Sala las sentencias del Consejo de Estado no pueden ser obstáculo a que los jueces ordinarios ejerzan la función que constitucional y legalmente les corresponde de manera privativa y exclusiva de decidir, si una persona tiene la posesión de un inmueble y debe ser amparado en una posesión. Está, pues, la Corte en desacuerdo con la tesis del señor Procurador, y a ello muévenla las consideraciones que van en seguida.

"Las resoluciones ministeriales no anuladas por el Consejo de Estado tuvieron por fin, según quedó dicho en el capítulo primero, decidir la oposición de Julio del Castillo y de la Sociedad de Minas que él representa, a la propuesta de contrato con el gobierno, de Guillermo Caicedo F. para la exploración y explotación de los metales preciosos que se encuentran en el lecho del río Telembí, en un trayecto de quince kilómetros, ubicados en el municipio de Barbacoas, entre los puntos indicados en la propuesta, en cuanto esa propuesta comprende y afecta las minas de Telembí números 3 a 7, de propiedad de los opositores, según títulos otorgados por el Estado colombiano en los años de 1896, 1899 y 1906.

"El gobierno, de acuerdo principalmente con las disposiciones pertinentes del Decreto número 1343 de 1937 que reglamentó los contratos para la exploración y explotación de las minas de aluvión de metales preciosos de la reserva nacional y los artículos 1º y 4º de la Ley 13 del mismo año, y apoyándose en lo que disponen los artículos 22 a 24 y 27 de dicho decreto, entró a calificar el valor legal de los títulos de propiedad que presentaron los opositores, y, como los encontró insuficientes en orden a acreditar el dominio y la posesión regular de las respectivas minas, consideró que éstas hacían parte de la reserva nacional y sobre esa base declaró infundadas las oposiciones. Con posterioridad a esta primera resolución y ya dándole efectos prácticos a la idea consignada en ella de que las minas pertenecían a la reserva nacional, en un segundo proveído consecuencial del primero el gobierno dio orden de que la Compañía Minera de Nariño suspendiera toda labor de exploración y explotación en el cauce y minas riberanas del río Telembí, alegando: 'Como el Ministerio tiene conocimiento de que la Compañía Minera de Nariño adelanta trabajos de exploración en el cauce y minas riberanas del río Telembí, por medio de una draga y de taladro, es el caso de proceder a tomar las medidas para la suspensión de ellos ya que se trata de una exploración ilegal y la exploración no es permitida en zonas de la reserva nacional, de acuerdo con el inciso 3º del artículo 4º de la Ley 13 de 1937, sin previo contrato'.

"El Consejo de Estado, ante quien en ejercicio de la acción privada se acusaron ambas resoluciones, hallolas ajustadas a los respectivos reglamentos: es decir, la primera, dentro de los poderes que el gobierno poseía a virtud del mencionado Decreto 1343 de 1937 cuyo artículo 24 —declarado inexequible posteriormente en sentencia de la Sala Plena de esta

Corte de fecha 21 de febrero del año próximo pasado— aplicolo el Consejo no obstante la insistencia del demandante en que ese precepto pugnaba con la Constitución por concederle al gobierno la facultad de calificar el derecho minero de propiedad privada de los particulares frente al interés contrapuesto de la nación; por ello el Consejo se pronunció en el sentido de que las pruebas presentadas por el opositor, en obedecimiento al artículo 27 del decreto, complementario del 24, no acreditaba que las minas reclamadas fueran de propiedad privada y hubieran salido en tiempo del patrimonio del Estado. Y la segunda providencia, contentiva de la orden de suspensión de los trabajos de exploración tampoco resultó incorrecta a la luz de las facultades que el Código Fiscal le atribuye al gobierno de velar por la conservación y guarda de los bienes nacionales, ya que las minas que estaba trabajando la Compañía Minera de Nariño, en el cauce del río Telembí, pertenecían a la reserva nacional, según lo que se acaba de establecer.

"Si a las providencias gubernamentales y del Consejo de Estado se les da el efecto de cosa juzgada ante la justicia ordinaria, que les atribuye el señor Procurador, ese alcance resulta inadmisible por inconstitucional. En nuestro derecho público no es posible jurídicamente que las autoridades administrativas tengan la potestad de fallar con alcances jurisdiccionales las controversias relativas al derecho de propiedad de los particulares ni al ejercicio de las acciones posesorias con que se ampara aquel derecho; principio que es innegable aún en los casos en que la propiedad provenga y se origine en actos de enajenación ejecutados por el Estado, y que el conflicto esté por él provocado. Porque la circunstancia de que sea el Estado el que administrativamente, como en el derecho de propiedad minera, actúa enajenando una cosa, es factor que no le arrebata al adquirente ninguna de las prerrogativas que salvaguardian a los demás propietarios, pues la propiedad que transmite el Estado es tan seria y tan firme como la que transmite cualquier particular; de modo que los propietarios de cosas que deriven sus títulos de los actos de enajenación del Estado no deben estar menos favorecidos que los otros dueños. Así éstos como aquéllos adquieren siempre un derecho de carácter civil, sancionado naturalmente por acciones de la misma índole, cuyo conocimiento y decisión corresponde privativamente al poder judicial.

"La función administrativa, incluyendo en ella la que emana de los fallos jurisdiccionales del Consejo de Estado, en nuestro derecho está erigida con miras distintas de las de definir las acciones civiles provenientes de la propiedad y posesión de inmuebles.

Si existe alguna materia de la atribución propia y excluyente de la justicia ordinaria es ésa. A la jurisdicción administrativa le está vedado invadirla. Para hacer lícita la intervención de los otros órganos del poder público en el conocimiento y fallo de las acciones civiles, ordinarias y sumarias, sobre la propiedad y posesión de inmuebles, habría que eliminar varios preceptos de la Carta Fundamental que proclaman el principio de la separación de los tres órganos estatales por ella reconocidos.

"Se repite que en manera alguna ocurre variación de este principio por el hecho de que la propiedad y la posesión provengan de actos directos del Estado. Siempre se tratará del derecho de propiedad privada que lo que el Estado se propuso otorgar al conferir el título de enajenación respecto de cualquier bien. Y a este respecto conviene recordar la doctrina eminentemente democrática y constitucional contenida en la sentencia de Corte Plena de fecha 21 de febrero del año próximo pasado, ya citada, que declaró inexequible por contrario a tal principio el artículo 24 del Decreto 1343 de 1937, también ya mencionado, en dos de cuyos párrafos medulares se lee: 'Los altos principios de equilibrio y de control dentro de los cuales se mueve todo estado de derecho, principios recogidos y con-

sagrados en la Constitución colombiana, impiden que el Estado se convierta en juez y al mismo tiempo parte en los litigios de índole civil relativos a la propiedad privada con los particulares. En estos litigios las autoridades administrativas no son aptas para intervenir con autoridad de jueces, porque la Constitución les ha negado la respectiva potestad de administrar justicia fallando sobre las acciones que el Estado crea tener tendientes a modificar en su favor situaciones jurídicas preestablecidas.

'Esto sentado, la traducción al reglamento de la Ley 13 de 1937, requería la exacta interpretación del genuino alcance y significado de ésta amén de la fiel observancia del radio propio de la función administrativa, cuyos lindes son obstáculo para que desborde al campo de acción de la justicia ordinaria. Nada que amenguara en lo más mínimo los derechos adquiridos por las adjudicaciones hechas y conservadas anteriormente a las reservas podía estatuír el reglamento, porque no fue el propósito de la ley debilitar las adjudicaciones, ni del legislador cambiar el órgano natural encargado de fallar las acciones posesorias u ordinarias que el Estado tenga contra esas adjudicaciones'. (Gaceta Judicial número 1.966).

"Ideas que por lo demás son postulados en el derecho público de otros pueblos de más perfecta organización jurídica. La doctrina francesa cuyas orientaciones ha tratado de seguir la ley colombiana en el establecimiento de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, proclama que toda controversia que encarne la discusión de un derecho de posesión o de propiedad con el Estado; o que tienda a reparar las consecuencias de la privación de un derecho de propiedad privada, impuesta por la administración pública en interés público, corresponde decidirla al poder judicial. Y refiriéndose Appleton en su tratado de Derecho Administrativo, concretamente a los litigios relativos a la posesión, dice que siendo estos litigios entre los particulares y la administración de la misma naturaleza que los que se traban sobre la propiedad, comoquiera que es con el objeto de mejor proteger la propiedad que se protege la posesión, la jurisprudencia sostiene que la competencia le corresponde al Poder Judicial. Apunta luégo dicho autor: **'Se admite por otra parte que los Tribunales Judiciales son competentes, aún en presencia de una excepción de dominio público opuesta en nombre del Estado para ordenar que se vuelva a poner en posesión al poseedor expulsado o perturbado con violencia y vías de hecho por los agentes del Estado con el pretexto de que el inmueble litigioso dependa del dominio público; la restitución en efecto puede ser intentada aún por un simple detentador incapaz de prescribir'.**

"Hay más. Las acciones civiles posesorias, del tipo de la que se ejercita en el libelo de demanda, configúranse por una fisonomía especial, que es de ley. Así deben originarse necesariamente en **hechos de ejecución** —las perturbaciones o el despojo— los cuales en el presente caso fueron posteriores a las sentencias del Consejo de Estado. En segundo lugar están sometidas a términos especiales de prescripción: según los artículos 327 y 331 del Código de Minas las que tienen por objeto **conservar** la posesión de las minas **prescriben** al cabo de **un año** completo contado desde **el acto de molestia o embarazo** inferido a ella, y las que tienen por objeto **recuperar** la posesión por **despojo violento** prescriben en seis meses contados desde el día en que el poseedor es lanzado. Y en tercer lugar tales acciones están gobernadas por trámites especiales, que deben seguirse ante los jueces comunes.

"Con la tesis del señor Procurador de que los pronunciamientos del Consejo de Estado agotaron las acciones posesorias que podían tener los que hasta entonces se presentaban como dueños de las minas, llegaríase a los siguientes inaceptables extremos: primero, las acciones posesorias pueden decidirse con anterioridad a los **hechos de ejecución**, constitutivos del

despojo o de la perturbación, lo cual es contrario a la noción misma de aquéllas, que suponen actos determinados y concretos contra la posesión; es decir, se juzgaría por autoridad incompetente el derecho antes de existir; segundo, forzosamente los términos de prescripción anotados y la forma legal de computarlos quedarían burlados; y tercero, el procedimiento judicial y la competencia de los jueces comunes en lo que respecta a las acciones posesorias, sería sustituído por un procedimiento meramente administrativo adelantado primero en una dependencia gubernamental que dicta resolución, la cual luégo puede ser acusada ante el Consejo de Estado, quien al no anularla entiéndese que falla también respecto de la acción civil del poseedor.

"Y a todos estos extremos llegaríase no por obra de una reforma legislativa, sino por efecto de las disposiciones de un decreto reglamentario, el artículo 24 del Decreto 1343 de 1937 que aunque declarado inexequible por la Corte con posterioridad a los pronunciamientos con que pretende ampararse la cosa juzgada, no por ello maniata a la Sala para considerarlo, desde antes inaplicable por inconstitucional, según lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley 153 de 1887, en cuanto en ese decreto pudieren directa o indirectamente apoyarse conclusiones contrarias a los fueros del poder judicial y a las disposiciones normativas de las acciones posesorias en materia de minas.

"Por lo tanto, de acuerdo con las ideas expuestas que aparecen axiomáticas en los dominios del derecho, hay imposibilidad legal y constitucional de reconocerles a los fallos del Consejo de Estado, de que se ha hecho mérito alcances de cosa juzgada de la acción civil posesoria que intenta en este juicio el demandante Julio del Castillo, en forma tal que el poder judicial carezca hoy día del poder de decisión sobre la referida acción. No se está así en el caso del artículo 93 de la Ley 130 de 1913, invocado por el señor Procurador".

En la providencia que ahora se considera quedó expuesto cómo se lanzó a la Compañía Minera de Nariño de la tenencia que en calidad de arrendataria tenía en las minas del río Telembí por actos de autoridades que ejecutaron disposiciones gubernativas.

Establece el artículo 331 del Código de Minas que todo el que violentamente ha sido despojado, sea de la posesión, **sea de la mera tenencia**, tendrá derecho para que se restablezcan las cosas al estado en que antes se hallaban, **sin que para esto necesite probar más que el despojo violento.** Y el artículo 438 ibídem previene que hay despojo causado por autoridad cuando un empleado público lanza a un individuo de la posesión **o tenencia** sin oírlo previamente, sin concederle apelación en ambos efectos ante el superior y sin que fuere llegado el caso de verificar ese lanzamiento en virtud de algún mandato legal.

Los actos que quitaron la tenencia de las minas a la Compañía tuvieron su origen en una orden del Ministerio del ramo, que encontró ajustada a la ley el Consejo de Estado. Pero ya se vio como la posesión y propiedad de las minas tienen garantizada una protección constitucional en cuanto a que el Organo Judicial es el único de los que forman el poder público capacitado por el Estatuto para tomar medidas de la clase de las que tomó el Ministerio y que se abstuvo de anular el Consejo de Estado. El acto que causó el lanzamiento no se ajusta, pues, a la ley fundamental de la Nación, a la ley de leyes, y por consiguiente no reúne el requisito exigido en el artículo 438 del Código de Minas, que exige mandato legal; el que se adujo, o sea la orden ejecutiva, carece de esa calidad, porque se tomó por autoridad que no tiene la potestad de adoptar resoluciones que afecten la posesión o tenencia de las minas.

Los otros dos requisitos: oír previamente al lesionado y concederle apelación, son improcedentes en el caso que se examina, no hay interés en averiguar su cumplimiento, ya que se tiene establecido que jurídicamente la orden sobre la

cual hubiesen de ejercitarse aquellos recursos no podía ser adoptada por la administración.

No se ha comprobado el lleno de los presupuestos legales y constitucionales que libre del carácter de violentos a los actos ejercidos contra la Compañía Minera de Nariño que le arrebataron la tenencia de las minas a que esta demanda se refiere. Se halla, por tanto, acreditado el despojo y debe protegerse contra él al tenedor según lo dispone el artículo 331 del Código de Minas.

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, revoca la providencia de esta Sala a que el recurso de reposición se contrae, y confirma, por las razones aquí expuestas, el fallo del Tribunal Superior de Pasto proferido en nueve de mayo de mil novecientos cuarenta.

Publíquese, notifíquese y cópiese.

Arturo Tapias Pilonieta—José M. Blanco Núñez—Aníbal Cardoso Gaitán—Manuel Pineda Garrido, Secretario en propiedad.

ACCION DE AMPARO DE POSESION DE UNA MINA

1. Confrontando la Corte las disposiciones de los artículos 877 y 885 y siguientes del Código Judicial, y 427 a 428 del Código de Minas, considera que estas disposiciones tienen aplicación directa en el interdicto destinado a prevenir una posible perturbación, porque dadas las circunstancias que lo generan, de atentados contra la posesión que están ya en vía de ejecutarse se engloban dentro del procedimiento creado en las disposiciones citadas. En efecto, no hay diferencia sustancial entre hechos ya consumados violatorios de la posesión, y otros de igual índole pero que apenas están en la etapa preliminar de ejecución. Por lo tanto, no hay razón en diferenciar los unos de los otros respecto al modo como la ley ampara al poseedor en su derecho.

2.—Lo mismo que en el derecho civil en derecho minero la posesión regular puede ser *regular o irregular*, dividida esta última en *violenta* y *clandestina*. (artículos 292, 295, C. de Minas). También existe en derecho minero la posesión llamada *ordinaria*, desconocida en derecho civil, que se adquiere por el aviso del que, según los artículos 8º, 79, 346 y 367, denuncia a la autoridad una mina con el fin de obtener del Estado su adjudicación; o por el que, a semejanza de lo que ocurre en el derecho común, ocupa materialmente una mina sin violencia ni clandestinidad (artículo 305). Y a diferencia de lo que ocurre en el derecho civil, en el minero pueden subsistir sobre una misma mina posesiones de varias clases y aun poseedores de una misma clase (artículo 306). Así la posesión ordinaria emanada del aviso en favor del avisante, subsiste con la posesión ordinaria de otra persona que ocupa materialmente una mina sin violencia ni clandestinidad. Concurren en este caso dos posesiones ordinarias simultáneamente. De igual manera el avisante de una mina poseída por otro a título de poseedor regular, tiene el carácter de poseedor ordinario con los derechos de tal para el efecto de hacerse adjudicar la mina en el caso de que resulte dentro del juicio correspondiente que aquel poseedor no tiene de dicho carácter sino las apariencias, por haber abandonado, por ejemplo, la mina de que se trata y no haberla recobrado según la ley. La posesión ordinaria es inferior en el Código de Minas a la posesión regular, ya que la ley contempla a aquella como la vía o el medio para alcanzar el siguiente grado más perfecto: el de la propiedad mediante la posesión regular. El poseedor regular que por cualquier causa pierde este carácter se convierte en poseedor ordinario siempre que conserve la tenencia material de la mina (artículo 310), y con esta calidad puede recobrar nuevamente la propiedad, sin necesidad de que tenga que someterse al primitivo trámite administrativo, con sólo pagar los impuestos de que esté en mora con sus intereses, cuando la pérdida de la posesión regular proviene de la falta de pago del impuesto debido (artículo 163). El Código ampara tanto al poseedor regular como al ordinario contra los actos injustos de terceros para hacer efectiva o conservar la posesión de las minas o de los derechos reales constituído en su favor (artículo 320), y otros artículos del Código minero establecen el orden de preferencia que corresponde a los poseedores en las acciones de amparo. La acción consagrada por el art. 331 que es exactamente igual a la que consagra el artículo 984 del C. C. en beneficio de los poseedores y tenedores del derecho común de bienes raíces. Y salvo esta excepción, las acciones posesorias só-

lo se conceden conforme al artículo 321. De la redacción de esta disposición se desprende que el poseedor regular o el que pretende serlo no está obligado en la acción posesoria a demostrar plenamente su condición de tal; le basta exhibir el título emanado del Estado con que esté poseyendo y la prueba de que en el último año pagó el impuesto de estaca, para que la autoridad le dé protección, frente a un tercero sin título o con título de fecha posterior al del poseedor. En lo que atañe al impuesto, el pago del año anterior es pues el único requisito, con lo cual la ley descarta implícitamente toda controversia alrededor del pago de otros años y del fenómeno del abandono de la mina a virtud de la falta o de la insuficiencia de pago de anualidades distintas. En lo tocante al título es suficiente al poseedor presentar el que le haya otorgado el Estado que le dé el carácter de dueño. La validez de este título no puede discutirse dentro del juicio sumario de amparo de minas. Por eso se da por satisfecha la ley, en lo relativo al pago de todos los impuestos causados, con que se justifique el pago de la anualidad anterior a la presentación de la demanda, no obstante que en derecho minero el pago cumplido y periódico de los impuestos equivale a la tenencia material de la mina (artículo 289); y por ello también cuando la acción de amparo se ventila entre dos poseedores regulares, dispone el Código que venza el que exhiba título más antiguo. Estos principios no se modifican o atenúan cuando el poseedor regular ejercita la acción de amparo contra el Estado.

3.—Es improcedente en los interdictos de amparo, sea entre particulares o sea contra el Estado, cuando el querellante demanda con la calidad de poseedor regular y la acredita sumariamente, según el artículo 321, determinar si por haber perdido dicha calidad, dejando de pagar, por ejemplo, una o varias anualidades distinta de aquella a que el precepto se refiere, se ha trocado en poseedor ordinario y si en esa nueva condición posee la protección que demanda.

4.—Quien exhiba un título que en su materialidad y condiciones externas compruebe la propiedad de una mina y justifique el pago del impuesto en el año anterior, con sólo esos dos factores, o el certicado de redención de la mina, suficiente también, tiene acción posesoria en calidad de poseedor regular aun contra el Estado, sin que en el juicio respectivo pueda avanzarse en un examen acerca de la validez intrínseca del título y del abandono de la mina por falta de otros pagos.

5.—La legislación sobre la propiedad minera ha tenido en todo tiempo a lo largo de la República regulaciones independientes de las referentes a la propiedad puramente territorial. Aun en Estados como el del Cauca, que reconocieron a los dueños de los terrenos la propiedad de "todas las minas y mineras" que contuvieran los respectivos terrenos, se legisló especialmente sobre la propiedad minera. En el Cauca también hubo un código de minas. Empezó a regir en el año de 1859. Y fue en ese estatuto donde a la vez que se hizo aquel reconocimiento con carácter de regla general, se agregó en el artículo 22, que desde el momento en que se concede "una mina o minera aun al mismo propietario de la superficie", se distinguen dos propiedades inmuebles. El mismo código impuso además determinadas obligaciones a todos los dueños para conservar la propiedad de las minas. Una de ellas establecía a cargo de los poseedores a virtud de títulos antiguos, la de registrarlos, con cuyo requisito, según el artículo 46, el Estado confirmaba la propiedad de las minas, y expedía "nuevos títulos refrendando los antiguos". La misma legislación caucana sometió a los dueños de minas, cualquiera que fuese el título de adquisición, a esta otra obligación primordial para conservar la propiedad: "el laboreo de dichas minas o mineras por el tiempo que la ley establece para declararlas desiertas o abandonadas" (Artículo 5º, Ley 356 de 1872). Unificada la legislación nacional desde 1886, las regulaciones de la propiedad minera tomaron rumbos todavía más distintos de los de la propiedad territorial.

Por de pronto entró a regir el artículo 5º de la ley 38 de 1887, la cual acogió para la Nación entera el código de minas del extinguido Estado de Antioquia. Por virtud de ese artículo 5º en adelante y sólo por el término de un año el dueño de un terreno que descubriera nuevas minas, para ser dueño de ellas tenía que denunciarlas, con lo cual obtenía su adjudicación preferencial. El artículo 90 del Código de Minas del Cauca reconocía expresamente los títulos mineros antiguos, y agregó el precepto que los dueños de tales títulos conservarían la propiedad pagando el impuesto establecido en el código, sin que a tal conservación de propiedad fuera óbice el que el título comprendiese una extensión de mucha magnitud. El nuevo estatuto minero de la República proveyó igualmente al registro y revalidación de títulos antiguos, según los artículos 129 y sus concordantes.

6.—De acuerdo con el artículo 328 del C. de Minas el interdicto de amparo de la posesión también debe ser formulado cuando existe un *fundado temor* de ser perturbado. No es suficiente la preocupación y la inquietud del poseedor derivada de hechos de terceros que no conduzcan con alguna probabilidad a revelar intenciones de desconocer su derecho.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales. — Bogotá, mayo treinta de mil novecientos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Arturo Tapias Pilonieta)

La sociedad extranjera denominada The New Timbiqui Gold Mines Limited, organizada en Londres, y con oficinas en Cali, por medio de apoderado especial presentó demanda contra la nación, ante el tribunal superior del distrito judicial de Popayán, para que, en armonía con lo dispuesto en el artículo 429 del código de minas se le dé "seguridad de no ser turbada o embarazada en la posesión de las minas de su propiedad situadas en el río Timbiquí, distrito del mismo nombre, y comprendidas dentro de los linderos señalados en el punto 10º de esta demanda, o de ser despojada de ellas, por actos emanados del Ministerio de la Economía Nacional con ocasión de los contratos que adelantan los señores Alejandro Zea Rocha y Juan N. Triana Garcés, para la explotación de metales preciosos en una zona de treinta kilómetros en el río Timbiquí por los linderos determinados en los puntos 26º y 26-B de este escrito".

Con la demanda el demandante presentó las pruebas que estimó suficientes a fundar su derecho. Y el tribunal en fallo del 20 de mayo del año próximo pasado, hallando acreditada la personalidad jurídica de la demandante y correcta la vía que había elegido para el ejercicio de la acción de amparo, negó las peticiones de la demanda. Apelada esta resolución, vino el negocio a la Corte, donde el recurso ha sido sustanciado con audiencia del señor procurador delegado en lo civil, en representación de la nación demandada.

CAPITULO I

Antecedentes de la acción

La Compañía The New Timbiquí Gold Mines Limited dícese dueña de las tierras y minas de Timbiquí, ubicadas en el municipio del mismo nombre, por antiguos títulos de la Colonia que se le otorgaron al señor Francisco Antonio de Arboleda y que luego conservaron sus descendientes, entre los cuales se halló el Gran General Tomás C. de Mosquera, a quien primero en el año de 1866 y luego en el año de 1871, le fue revalidada en compañía de otros interesados de la familia Mosquera, la propiedad sobre las referidas tierras y minas.

La Compañía adquirió tal propiedad que "comprende los minerales y minas del río Timbiquí, con sus tierras, rastrojos, bosques, aguas y acequias, así del río principal, como de todas las quebradas que de una y otra parte le son tributarias, entre las cuales son dignas de especial mención las de Pichinambo, Llege,

Coteje, Antoñuelo, Cheté y Sesé". (Hecho 9º de la demanda).

Las minas de Timbiquí, Coteje, Antoñuelo, Cheté, Sesé, San José y demás fueron redimidas a perpetuidad, según los recibos correspondientes, quedando libres de pagar en adelante el impuesto de minas, y asegurada la propiedad de ellas. (Hechos 17 y 19 ibidem).

La Compañía ha ocupado y ocupa materialmente, y ha poseído y posee con ánimo de dueño las tierras y minas de Timbiquí y San José por sus linderos, y en esa posesión material ha estado hace más de treinta años, con trabajos de prospectación, canalización, socabones, cortes y otros análogos, sin que nunca hubiera sido perturbada. (Hechos 21, 24 y 25 ibidem).

En el año de 1938 los señores Juan N. Triana Garcés y Alejandro Zea Rocha formularon ante el ministerio de la economía nacional sendas propuestas de contratos para la explotación de los metales preciosos existentes en el río Timbiquí, comprendiendo, la primera, el cauce de dicho río y las minas riberanas en una extensión de quince kilómetros, a partir de la unión de los ríos Coteje y Timbiquí, aguas abajo de éste, hasta 575 metros arriba de la desembocadura de la quebrada Mataco y en un kilómetro sobre cada margen del río Timbiquí; y la segunda, otra zona de iguales dimensiones, a continuación de la anterior, aguas arriba del río Timbiquí, a partir de la desembocadura del Coteje, hasta el punto de los Algarrobos y Felicianos. (Hechos 26 y 27 ibídem).

Los rastrojos, trabajos de socabones, cortes, canales etc., que la Compañía The New Timbiqui Gold Mines, tiene en las márgenes del río Timbiquí, denominados Isla de Cheté, La Traja, Toledo, Velásquez, Pichinambo, Vaquería, El Barro, Guanabano, Hojarascal, San Miguel y Barro Colorado, quedan todos dentro de la zona de treinta kilómetros que comprenden las dos propuestas de contrato de los señores Alejandro Zea Rocha y Juan N. Triana Garcés, o sea sobre el lecho del río Timbiquí y sus márgenes desde la quebrada de Pichinambo aguas arriba del río Timbiquí hasta el canal de Los Algarrobos. (Hecho 29, ibídem).

La Compañía por medio de apoderado se opuso a la celebración de los contratos propuestos por los señores Triana y Zea Rocha, pero el ministerio de la economía, por Resoluciones Nos. 81 y 82, fechadas ambas el 30 de agosto de 1939, declaró inadmisibles las oposiciones y expresó que el ministerio procedería a celebrar los respectivos contratos. Contra las resoluciones mencionadas la Compañía hizo valer el recurso de reposición, pero el ministerio se reafirmó en lo dicho. (Hechos 30, 31 y 33).

En firme las dos resoluciones administrativas, el ministerio firmó los contratos con los señores Triana y Zea Rocha, contratos que fueron aprobados por el señor presidente de la república. (Hecho 34).

El ministerio de la economía nacional cuando desecha las oposiciones sobre celebración de contratos para la explotación de metales preciosos en los lechos de los ríos navegables, dispone de una vez no sólo que se proceda a la firma del contrato, sino que ordena la suspensión inmediata de los trabajos del opositor en la zona a que éste se refiera, previniendo a la autoridad política correspondiente que proceda a ejecutar esa orden y a impedir los trabajos de explotación en la zona contratada, como lo ha hecho con la Compañía Minera Chocó Pacífico, S. A. en la zona del río San Juan, y con la Compañía Minera de Nariño en el cauce y minas riberanas del río Telembí. Por lo cual la Compañía demandante teme fundadamente que celebrados por el gobierno los contratos con los señores Triana y Zea Rocha, se le impida a ella también continuar en sus trabajos de explotación de las minas de su propiedad, despojándola de ellas, de donde nace el derecho a la protección posesoria que invoca. (Hechos 35 y 36).

CAPITULO II

Personería de la Compañía demandante

Por tratarse de una compañía comercial extranjera, ha debido someterse a todos los requisitos establecidos por las leyes colombianas para que pueda reconocerse en juicio su existencia, lo mismo que la representación de sus administradores.

The New Timbiqui Gold Mines Limited se estableció en Colombia con negocios permanentes, por lo cual le cabía lo estatuído en el artículo primero del decreto legislativo número 2 de 1906, que dispone: "Las sociedades o compañías domiciliadas fuera del país que tengan o establezcan empresas de carácter permanente en el territorio de la república, protocolizarán, dentro de los seis meses a la iniciación de sus negocios, el documento de su fundación y de sus estatutos en la notaría de la circunscripción en donde esté el asiento principal de sus negocios o industrias".

En los Diarios Oficiales Nos. 13.455 y 13.459, del 16 y 20 de noviembre de 1908, respectivamente, traídos al proceso debidamente autenticados por el ministerio de gobierno, se publicó un certificado expedido por el secretario del juzgado del circuito de Buenaventura el día 4 de mayo de 1908, acerca de la inscripción que en el juzgado se hizo de un extracto autorizado por el notario del mismo circuito de los documentos de fundación y principales bases de constitución de la sociedad New Timbiqui Gold Mines Limited, documentos protocolizados en esa notaría.

El artículo 5º del decreto legislativo ya citado estatuye que "Corresponde al Poder Ejecutivo declarar cumplidos por parte de las compañías extranjeras los requisitos de que trata este decreto".

Y el poder ejecutivo en resolución de fecha 23 de septiembre de 1909, firmada por el señor presidente de la república, publicada en el Diario Oficial número 13.803 del 4 del siguiente mes de octubre, declaró cumplidos por parte de The New Timbiqui Gold Mines Limited los requisitos de las leyes colombianas sobre legalización en el país de compañías extranjeras.

Además de estos documentos que por sí solos bastan para acreditar la existencia legal de la compañía demandante, se presentaron los siguientes con los que igualmente se acredita la representación que actualmente tiene el señor Paul Schoen, en Colombia, de la sociedad.

Escritura número 584 de 22 de agosto de 1939, por la que se protocolizaron los documentos expedidos en Londres por el Oficial Público a quien corresponde, sobre la existencia de la sociedad y sobre la representación de los señores Georges Doyen de L'Isle y Gabriel Koeberling, mandantes del señor Paul Schoen; un certificado del Notario Primero de Popayán sobre la protocolización de los mismos documentos; certificado de la Cámara de Comercio de Popayán sobre el registro de esos documentos (artículo 39 de la ley 28 de 1931); los tres números del Boletín de la misma Cámara de Comercio en que fue publicado el registro de los mismos documentos; la escritura número 473 de 19 de julio de 1939, de la notaría primera de Popayán, por la que se protocolizó el poder dado por los señores D'Isle y Koeberling al señor Schoen, con todos los requisitos que exige el artículo 272 del código judicial; certificado de la Cámara de Comercio de Popayán sobre registro del mismo poder; los tres números del Boletín de la misma Cámara en que se publicó el registro de ese poder; el certificado de la misma Cámara sobre el registro de la Compañía como tal (art. 29 de la ley 28 de 1931); certificado de la Cámara de Comercio de Cali sobre lo mismo, registro de los libros y del poder del señor Schoen; el Diario Oficial de 27 de enero de 1941 en que fueron publicados los anteriores registros; certificado de la Cámara de Comercio de Cali sobre el registro de los documentos que contiene la escritura citada número 584 de 22 de agosto de 1939; la escritura número 23 de 11 de septiembre de 1911, de la an-

tigua notaría de Timbiquí, por la que fue protocolizada la escritura número 4 de 16 de junio de 1911, pasada ante el Cónsul General de Colombia en Londres, en la que figura la sociedad The New Timbiqui Gold Mines, aceptando para sí el traspaso de toda la propiedad minera y territorial.

CAPITULO III

La acción posesoria instaurada

En el presente juicio se ejercita la acción posesoria consagrada en el artículo 328 del c. de minas: "El poseedor tiene derecho para pedir que no se le turbe o embarace en su posesión, o se le despoje de ella, que se le indemnice el daño que ha recibido, y que se le dé seguridad contra el que fundadamente tema".

La Compañía demandante teme ser perturbada o embarazada en la posesión que ha tenido sobre las minas del Timbiquí, por actos del gobierno consecuenciales de las resoluciones proferidas por el ministro de economía con ocasión de las propuestas de contrato de los señores Triana y Zea Rocha, en que el ministerio declaró inadmisible la oposición de la Compañía y ordenó seguir oyendo a los proponentes.

El tribunal le dio a la demanda la tramitación señalada por los artículos 427 y 429 del c. de minas, y para ello se fundó en las siguientes apreciaciones:

"En el caso de autos sucede que, aunque es verdad que el artículo 328 del C. de M. consagra el derecho ejercitado por la Compañía demandante, también es cierto que en dicha obra no está reglamentada la forma de hacer efectivo ese derecho, como lo cree el apoderado de la parte actora, ya que los artículos 427 y 429 del C. de M. sólo se refieren a los juicios que tengan por objeto que no se turbe o embarace la posesión de una mina.

"El Código de Procedimientos Civiles en los artículos 885 y ss. llenó un vacío que existía en el antiguo Código Judicial, desde luego que dispone que al juicio que promueva el poseedor cuando tiene algún temor de que se le turbe o embarece en la posesión, se le debe dar la tramitación señalada en el Capítulo I del Título XXVII.

"Teniendo en cuenta estas disposiciones parece a primera vista que debiera dársele a este juicio la tramitación establecida en el Código Judicial, es decir, correr traslado de la demanda al demandado por el término de tres días. (Art. 877 del C. J.). Pero si se considera que el Código Minero al consagrar las acciones posesorias lo que ha querido es amparar rápidamente a los poseedores, teniendo en cuenta que el mineral puede menoscabarse o agotarse, no queda la menor duda que hay que darle aplicación a las disposiciones que reglamentan los demás juicios posesorios y, por consiguiente, fallar esta controversia de plano, tal como lo solicita el apoderado de la parte demandante".

El tribunal aplicó pues por analogía los artículos 427 y 428 del c. de minas. La Corte en cambio considera que estas disposiciones tienen aplicación directa en el interdicto destinado a prevenir una posible perturbación, porque dadas las circunstancias que lo generan, de atentados contra la posesión que están ya en vía de ejecutarse, se engloban dentro del procedimiento creado en las disposiciones citadas. En efecto, no hay diferencia sustancial entre hechos ya consumados violatorios de la posesión, y hechos de igual índole pero que apenas están en la etapa preliminar de ejecución. Por lo tanto no hay razón en diferenciar los unos de los otros respecto al modo como la ley ampara al poseedor en su derecho.

CAPITULO IV

La acción posesoria del poseedor regular de una mina

La sala reproduce en el presente capítulo la doctrina que sustentó en la sentencia de fecha 25 de abril próximo pasado, pronunciada en el juicio posesorio de

Julio del Castillo contra la Nación, respecto de las minas de Telembí.

"En derecho minero, como en derecho civil, la posesión es la **tenencia** de una cosa con ánimo de señor y dueño, sea que el dueño, o el que se da por tal tenga la cosa por sí mismo o por otra persona que la tenga en su lugar y a nombre de él. (Art. 289 del c. de minas).

"Y lo mismo que en el derecho civil, en el derecho de minas puede ser **regular** o **irregular**, dividida esta última en **violenta** o **clandestina**, según que se haya adquirido por la fuerza (art. 292), o se ejerza ocultamente respecto de los que tienen derecho de oponerse a ella. (Art. 295).

"Pero además en el código de minas se reconoce otra clase de posesión llamada **ordinaria**, desconocida en el derecho civil, que se adquiere por el aviso del que, según los artículos 8º, 79, 346 y 367, denuncia a la autoridad una mina con el fin de obtener del Estado su adjudicación; o por el que, a semejanza de lo que ocurre en el derecho común, ocupa materialmente una mina sin violencia ni clandestinidad. (Art. 305).

"Y a diferencia de lo que ocurre en el derecho civil, en el derecho minero sobre una mina pueden subsistir posesiones de varias clases, y aun poseedores de una misma clase. (Art. 308). Así la posesión ordinaria emanada del aviso en favor del avisante, subsiste con la posesión ordinaria de otra persona que ocupa materialmente una mina sin violencia ni clandestinidad. Concurren en este caso dos posesiones ordinarias simultáneamente. De igual manera el avisante de una mina poseída por otro a título de poseedor regular, tiene el carácter de poseedor ordinario con los derechos de tal para el efecto de hacerse adjudicar la mina en el caso de que resulte dentro del juicio correspondiente que aquel poseedor no tiene de dicho carácter sino las apariencias, por haber abandonado, por ejemplo, la mina de que se trata, y no haberla recobrado según la ley.

"Según el código, **posesión regular** es la que tiene el dueño de una mina **titulada** que **paga puntualmente** el impuesto establecido. (Art. 291 del c. de minas).

"Surgen pues dos elementos integrantes de la posesión regular. Título emanado del Estado, o sea el documento que expide la autoridad competente al denunciante de una mina, 'para que pueda justificar con él que el Estado le ha cedido la posesión y propiedad de dicha mina'. (Art. 70). Y pago puntual del impuesto establecido, porque la posesión regular "se conserva por el pago del impuesto" (Art. 303); lo que en otras palabras quiere decir que el pago del impuesto equivale a la tenencia material de la mina.

"La posesión regular es la de mayor importancia en el código. Constituye la culminación del proceso administrativo para adquirir del Estado la adjudicación de la mina y por eso se confunde con la propiedad. Quien tiene la posesión regular de una mina es propietario de ella **erga omnes**. La posesión ordinaria, en cambio es de inferior calidad, ya que la ley contémplala como la vía o el medio para alcanzar el siguiente grado más perfecto: el de la propiedad mediante la posesión regular.

"El poseedor regular que por cualquier circunstancia pierde ese carácter se convierte en poseedor ordinario siempre que conserve la tenencia material de la mina (art. 310), y con esta calidad puede recobrar nuevamente la propiedad, sin necesidad de que tenga que someterse al primitivo trámite administrativo, con solo pagar los impuestos de que esté en mora con sus intereses, cuando la pérdida de la posesión regular proviene de la falta de pago del impuesto debido. (Artículo 163).

"El código ampara tanto al poseedor regular como al ordinario con acciones posesorias a fin de mantenerlos en el goce de sus respectivos derechos contra los actos injustos de terceros que atenten contra este goce. Estas acciones tienen así por objeto "hacer efectiva o conservar la posesión de las minas o de los de-

rechos reales constituídos en su favor". (Art. 320).

"El mismo estatuto establece el orden de preferencia que corresponde a los poseedores en las acciones de amparo: a) entre poseedores regulares prefiere el que tenga título más antiguo (art. 325); b) "el derecho del poseedor regular es siempre preferible al de todo otro poseedor' (art. 324); c) la acción que tiene por objeto hacer efectiva la posesión no puede ser ejercida sino por el poseedor regular (art. 323); d) las acciones que tienen por objeto conservar la posesión corresponden también al poseedor ordinario (art. 321); y f) el mero tenedor de una mina violentamente despojado de ella tiene también acción para obtener que se le restablezca en la tenencia, sin que para ello necesite probar más que la violencia de que fue objeto. (Art. 331).

"Esta última es una acción exactamente igual a la que consagra el artículo 984 del código civil en beneficio de los poseedores y tenedores del derecho común, de bienes raíces.

"Y salvo esta excepción, las acciones posesorias sólo se conceden al que 'ha conservado la posesión desde que la adquirió, o que por lo menos tenga título y justifique el pago del impuesto en el año anterior'. (Art. 321).

"**Conservar la posesión desde que la adquirió**, es comprensivo tanto del poseedor ordinario como del poseedor regular. El uno como el otro en el primer momento, desde la demanda, pueden estar en capacidad de acreditar, el primero que desde que adquirió la posesión por ocupación o por aviso, la conserva en la actualidad; y el segundo, que tiene un título perfecto emanado del Estado, y siempre, y desde la época prevista en la ley ha pagado los impuestos sin interrupción, con lo cual acreditaría a plenitud que tiene el carácter de poseedor regular.

"La condición subsidiaria de **tener título y justificar el pago del impuesto en el año anterior**, se refiere indudablemente y de manera exclusiva al **poseedor regular**, ya que la posesión garantizada con un título y el pago del impuesto, únicamente tiene que ver y obliga a esta clase de poseedores. El poseedor ordinario precisamente por la naturaleza de su posesión carece de un título adecuado, la mina no está todavía **titulada**, según lo que por esto entiende el tercer inciso del art. 70, ni tampoco le ha llegado la oportunidad de pagar el impuesto de estaca, el que empieza a deberse cuando la autoridad hace entrega de la mina al que la ha denunciado y éste cumple el correspondiente trámite administrativo para obtener la adjudicación. (Art. 23, ley 292 de 1875).

"No existiendo otro poseedor a quien pueda referirse la segunda parte del art. 321, su verdadero contenido es este: el poseedor regular que por lo menos tenga título y justifique el pago del impuesto en el año anterior, podrá establecer una acción posesoria.

"De consiguiente, de la redacción misma de la disposición se desprende que el poseedor regular o el que pretende serlo no está obligado en la acción posesoria a demostrar plenamente su condición de tal; bástale exhibir el título emanado del Estado con que esté poseyendo y la prueba de que en el último año pagó el impuesto de estaca, para que la autoridad le dé protección, frente a un tercero sin título o con título de fecha posterior al del poseedor. En lo que atañe al impuesto, el pago del año anterior es pues el único requisito, con lo cual la ley descarta implícitamente toda controversia alrededor del pago de otros años y del fenómeno del abandono de la mina a virtud de la falta o de la insuficiencia de pago de anualidades distintas.

"Y en lo tocante al título, es suficiente al poseedor presentar el que le haya otorgado al Estado que le dé el carácter de dueño. Es suficiente la apariencia de una posesión regular, cumplida con la presentación del título y el recibo de pago del último impuesto. La naturaleza breve y sumaria del juicio posesorio, carente de términos de prueba, en que las partes tengan toda la oportunidad para

la defensa y el ataque, necesariamente impide el examen a fondo de los títulos, que envuelva una calificación de las condiciones intrínsecas de su validez. Teniendo ese carácter las acciones de amparo es impropio discutir dentro de ellas el derecho de dominio minero en su plenitud. Por eso la ley en lo relativo al pago de todos los impuestos causados, se da por satisfecha en la acción posesoria con que se justifique el pago de la anualidad anterior a la presentación de la demanda, no obstante que en derecho minero el pago cumplido y periódico de los impuestos equivale a la tenencia material de la mina (artículo 289); y por ello también cuando la acción de amparo se ventila entre dos poseedores regulares, el Código dispone que venza el que exhiba título más antiguo, con lo cual la ley consagra así una sencilla norma que evita el que el juzgador se comprometa en un análisis comparativo de fondo de los elementos jurídicos constitutivos de las dos posesiones enfrentadas en orden a determinar cuál de ellas merece en realidad el calificativo de regular con exclusión de la otra.

"Parece inexplicable que la ley contemple, como la contempla el artículo 325, una acción posesoria cuyos dos extremos sean dos poseedores regulares, siendo así que, confundiéndose la posesión regular con el dominio, es absurdo que existan dos dueños simultáneos de la misma mina, dado que el derecho de propiedad es exclusivo. En realidad no puede existir sino un poseedor regular y eso no lo olvidó el legislador. Pero en cambio, antes de que en el juicio ordinario se defina cuál es el poseedor regular, es jurídicamente posible que dos personas con pretensiones opuestas, fundadas en títulos distintos, ostenten entrambas signos aparentes de posesión regular. A esa apariencia de uno de los poseedores —ya que uno de los dos tiene que presentar mejor título que el otro a ser llamado poseedor regular— es a la que se refiere la ley, confiriéndole validez y otorgándole beligerancia aún para vencer sumariamente en el interdicto al verdadero poseedor regular, si el título que éste exhibe es de fecha posterior al de su contrario. Lo que está pregonando de viva voz que en la acción posesoria, ni el título con que se posea, ni el pago hecho para conservar la posesión, pueden ser calificados en los elementos distintos de su materialidad, porque la ley quiere evitar que dicha acción se trueque en controversia de fondo alrededor del punto de a qué parte compete realmente el carácter de poseedor regular, en lo que se invadiría la función propia del juicio ordinario creado para ventilar, allá sí, las pretensiones encontradas de propiedad.

"Estos principios están lejos de modificarse o atenuarse cuando el poseedor regular ejercita la acción de amparo contra el Estado. En verdad allí no hay dos dueños aparentes enfrentados. El Estado no es poseedor regular, sino dueño por derecho propio de las minas inadjudicadas. Pero en cambio el particular se enfrenta al Estado con un título otorgado por éste cuando podía darlo y una aparente situación de dueño, con el objeto de defenderse contra actos oficiales encaminados a desconocer por vías de hecho aquella situación. Debe gozar entonces ese particular de la protección posesoria ya que el Estado en materia de propiedad privada está obligado a respetarla y a buscar los cauces normales que a todos obligan, cuandoquiera que llegue al convencimiento de que su derecho de propiedad prevalece sobre el del tercero que con fundado carácter de aparente dueño ocupa un bien. El Estado que ha conferido títulos serios de propiedad sobre un bien, al igual de los particulares, no puede, declarándose devinculado de ellos y a pretexto de vicios que los invaliden, proceder por vías de hecho cual si esos títulos no existieran. Precisamente la acción posesoria vendría en tal caso, como entre particulares, a sancionar las vías de hecho, anulándolas, obteniéndose así el restablecimiento del equilibrio jurídico violado.

"Y así como entre particulares, es suficiente que el poseedor enseñe el título adecuado con que posea y el comprobante del pago de la última anualidad de impuesto, con lo cual queda investido de la acción posesoria, en calidad no sólo de poseedor sino también de dueño de la mina que reza el título, es decir, de poseedor regular, de igual manera su posición no será distinta cuando accione contra el Estado. En el particular el Código no ha establecido ninguna excepción, y eso que dicho estatuto expresamente contempla el caso de despojo violento por actos de autoridad. Ni podía establecrela, en fuerza de que la naturaleza sumarísima del juicio posesorio no cambia en atención a que el demandado sea persona de derecho público. De consiguiente con esta clase de contrapartes tampoco es correcto y equitativo tener presente para los efectos de amparo otros factores que aquellos a que se refiere el artículo 321.

"Por la misma razón, es improcedente en los interdictos de amparo, sea entre particulares o sea contra el Estado, cuando el querellante demanda con la calidad de poseedor regular y la acredita sumariamente, según el artículo 321, determinar si por haber perdido dicha calidad, dejando de pagar, por ejemplo, una o varias anualidades distinta de aquella a que el precepto se refiere, se ha trocado en poseedor ordinario y si en esa nueva condición posée la protección que demanda. Porque tal determinación requiere más que un análisis superficial de los títulos y de los pagos, y ello conforme está dicho rompe los moldes del juicio posesorio, destinado principalmente a considerar y sancionar el agravio que por vías de hecho haya sufrido el legítimo poseedor, de parte de otro que apela ilícitamente a esas vías para desalojarlo, eligiendo caminos vedados a pretexto de que su derecho es prevalente.

"Aunque ante una confrontación de calidades resulte cierto que este derecho es prevalente, por haber perdido el ocupante de la mina despojado o perturbado, la posesión regular, esa confrontación, fuera de la que permite limitativamente el artículo 325 en cuanto a la antigüedad de los títulos, si de dos propietarios se trata, es inadmisible en las acciones posesorias, porque rompe el objeto propio de éstas, que así queda desplazado y convertido en controversia plena de propiedad, materia de los juicios ordinarios de minas. De consiguiente, puede acaecer, que el poseedor regular que ha perdido esta calidad por cualquier causa, gane la acción posesoria contra otro poseedor regular que sí retiene tal carácter, pero que para reivindicar la mina resuelve apoderarse de ella por vías de hecho, anticipándose al fallo de los jueces. Y bien está que así ocurra, porque nadie está facultado para hacerse justicia por su propia mano, procedimiento que precisamente es el que se busca anatematizar en los interdictos de amparo de la posesión.

"El Estado tampoco escapa de la aplicación de estas nociones, a pretexto de que de él dimana la propiedad minera de los particulares. El Estado como propietario de las minas inadjudicadas, inadjudicables o abandonadas, carece también de poder para anticiparse al veredicto de los jueces arrebatándole al dueño de una mina, que **prima facie** revela serlo, su derecho.

"Al reservarse la nación por distintos ordenamientos dictados desde el año de 1905 la propiedad de las minas de aluvión de metales preciosos ubicadas en los lechos y riberas de los ríos navegables, lo tuvo que hacer dejando a salvo los derechos adquiridos por particulares, conforme así lo declara expresamente el art. 1º de la ley 13 de 1937. Estos derechos se refieren naturalmente a minas adjudicadas antes de las reservas. Luego los decretos de reserva en nada han podido cambiar o modificar la posición jurídica de los dueños de minas tituladas por la nación cuando podía hacerlo. Si antes de las reservas la nación estaba obligada a discutir la eficacia de los títulos extrínsecamente suficientes que hubiera otorgado a terceros sobre minas ubicadas en las riberas o lechos de los ríos navega-

bles, en un amplio debate controvertido y no podía consumar la desposesión antes de ese debate, después de las reservas tampoco está autorizada para desposeer como medida previa alegando y dando por sentado la ineficacia de los títulos aparentemente legítimos o supuesto abandono de las minas, dejando para luego el fallo judicial respectivo que declare que la mina no es de quien reza el título de adjudicación.

"En suma, quien exhiba un título que en su materialidad y condiciones externas compruebe la propiedad de una mina y justifique el pago del impuesto en el año anterior, con solo esos dos factores, o el certificado de redención de la mina, suficiente también como luego se verá, tiene acción posesoria en calidad de poseedor regular contra el Estado, sin que en el juicio respectivo pueda avanzarse en un examen acerca de la validez intrínseca del título y del abandono de la mina por falta de otros pagos".

Se ha hablado de título aparentemente legítimo, y hay necesidad de precisar el concepto.

Alrededor de toda prueba hay una zona de apreciación reservada al buen criterio del juez, dado que la tarifa legal de pruebas se estereotipa por conceptos abstractos y no en rígidos moldes de exactitud matemática. Hasta dónde llega el límite de la aparente legitimidad de un acto jurídico con su real y definitiva conformación dentro del marco de la legalidad, es aspecto probatorio que por su vaguedad e imprecisión queda precisamente en cada caso, dentro de aquella zona dominada por el criterio del juzgador, orientado en su juicio con una necesaria libertad, limitada apenas por los principios generales y directrices que irradian de la ley. No hay pues fórmula posible para definir cuáles son los lementos extrínsecos o de forma, por ejemplo de los títulos de propiedad, sean mineros o de carácter civil, deduciendo de allí por exclusión la categoría de los elementos pertenecientes a lo intrínseco en el fondo. Pero la existencia de la fórmula no conduce a sostener la inexistencia de la distinción, de la cual el derecho tiene que valerse en variadas ocasiones si se quiere entender científicamente el valor de determinadas instituciones, y por eso la jurisprudencia y la doctrina apelan frecuentemente a ella; y porque, no obstante la ausencia de una fórmula comprensiva, la distinción, sin que ostente la línea divisoria fija entre lo aparente y lo real del título, revélase y pónese de manifiesto en cada caso particular, según sean los factores primordiales que la ley exige para que un comprobante merezca crédito siquiera sea después del primer examen superficial y ligero, mientras llega la ocasión de pesarlo más detenida y completamente.

El querellante en este interdicto presenta títulos de propiedad emanados del Estado y comprobantes sobre pagos de impuestos y de redención de las minas sobre que recae la querella. Demanda pues la protección en calidad de poseedor regular.

De consiguiente, importa primordialmente ver los títulos con que la compañía defiende la posesión de las minas, a efecto de determinar hasta qué punto ellos reúnen las apariencias necesarias para considerarlos en calidad de tales y por ende justificativos del ejercicio de aquella posesión.

CAPITULO V

Los títulos

El 3 de diciembre de 1866 el secretario de hacienda del Estado del Cauca, de orden, según dice, del presidente del mismo, expidió el título número 100, por medio del cual hizo constar que "habiendo presentado los señores Gran General Tomás C. de Mosquera, Vicente y Manuel Mª Mosquera los documentos con que po-

seen las tierras y minas del río Timbiquí, con sus afluentes como notables las quebradas de Cese, Coteje, Chete y otras; se expide este nuevo título con arreglo a lo dispuesto por el artículo 46 de la lei 66 del Edo. (Código de Minas). Consta en dichos documentos que las tierras i minas del río Timbiquí les pertenecen por herencia, como descendientes de su tatarabuelo don Franco. de Arboleda y Salazar".

El 30 de diciembre de 1871 el secretario de hacienda del Estado del Cauca expidió a favor del general Mosquera el título número 58, que a la letra dice:

"**Número 58.**—'Estados Unidos de Colombia. — Estado Soberano del Cauca.—Despacho de Hacienda. — Por cuanto el Gran General Tomás C. de Mosquera, natural i vecino de Popayán i actual Presidente del Estado, ha cumplido desde veintiuno de noviembre de mil ochocientos sesenta i cuatro con lo ordenado en el artículo 46 del Código de Minas (Lei 66), presentando los títulos con que posee en propiedad las tierras i minas de Timbiquí, en el actual Mpio. de Buenaventura, consistentes, entre otros documentos, en un espediente promovido el año de mil setecientos noventa i dos, sobre posesión de la expresada mina por el Sr. don Francisco Antonio Arboleda, a quien han sucedido en sus derechos sus respectivos herederos; y constando del mismo espediente que quedaron como de propiedad de dicho señor Arboleda las tierras y minerales que comprende el río de Timbiquí, con todas las quebradas que le tributan sus aguas de una i otra parte; se le espide el presente título, en cuya virtud, le corresponde el exclusivo derecho de esplotar la espresada mina, i además los del goce del uso de las aguas, abrevaderos, montes i bosques que se encuentran en el territorio de la misma mina, siendo al propio tiempo propietario de los estanques, pilas, acequias i demás establecimientos de minería situados en las prenotadas tierras, cuyos linderos por ser bien conocidos no se especifican aquí. En consecuencia se declara al Gran General Tomás C. de Mosquera i demás sucesores legítimos del Sr. don Francisco Antonio Arboleda, dueños de las prenotadas tierras y minerales de Timbiquí con entera opción a los derechos que les concede el Código de Minas del Estado; i espècialmente los enumerados en el título 7º de dicho Código; i con cuyo fin se libra el presente nuevo título, el cual se registrará en el libro respectivo. I para que así lo haga constar, i mediante la comprobación que ha presentado el interesado de haberse satisfecho desde el día veintidós del citado mes de nove. de mil ochocientos sesenta y cuatro, los respectivos derechos de registro, se le espide el presente. Dado en Popayán, i refrendado con el sello del Estado, a treinta de diciembre de mil ochocientos setenta i uno. El Serio. de Hcda.—Froilán Largacha.—Despacho de Hacda.—Sección 1ª—Queda registrado el presente título al folio 62 del libro No. 3º destinado al efecto.—**Popayán, 30 de diciembre de 1871.**—El Ofl. mayor.—B. Castillo.—Es copia.—El Ofl. mayor, (fdo.) B. Castillo".

Y el 3 de septiembre de 1888 la gobernación del departamento del Cauca revalidó los títulos anteriores sobre las minas del Timbiquí, por medio del título 113, expedido en la ciudad de Popayán, que dice:

"**No. 113. — Revalidación de las minas de Timbiquí, Sese, Cotege y Chete.**—Gobernación del Departamento del Cauca. Popayán, 3 de septiembre de 1888.—Habiéndose presentado a la Gobernación del Departamento la Sra. María J. Pombo de Mosquera, solicitando la revalidación de los títulos números 100 y 58, de las minas de Timbiquí, expedido por el Gobierno del extinguido Estado del Cauca, en 3 de diciembre de 1866 y 30 de diciembre de 1871, respectivamente, a favor del General Tomás C. de Mosquera y demás condueños, las cuales minas están ubicadas en la Provincia de Buenavª. comprendidas por los linderos que se expresan en dichos títulos; y oído previamente el concepto del señor Fiscal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Po-

payán, favorable a la petición de la solicitante; siendo además válidos los títulos presentados; y habiéndose llenado previa y satisfactoriamente las formalidades señaladas en los artículos 127 y 132 del Código de Minas. Se resuelve: Revalídanse en toda forma legal los títulos números 100 y 58 de las minas y terrenos de Timbiquí, expedidos por el Gobierno del extinguido Estado del Cauca, en tres de diciembre de mil ochocientos sesenta y seis y treinta de diciembre de mil ochocientos setenta y uno respectivamente, a favor del General Tomás C. de Mosquera y demás condueños, las cuales minas están ubicadas en la Provincia de Buenav[a], comprendidas por los linderos que se expresan en dichos títulos. Esta revalidación se hace hoy a favor de la señora María J. Pombo de Mosquera y demás condueños actuales, quedando en la obligación de satisfacer el impuesto de que hace mérito el artículo 23 de la ley 292, adicional reformatorio del Código de Minas. Expídase a continuación del título, copia de este Decreto. — Dado en **Popayán, a tres de septiembre de mil ochocientos ochenta y ocho.**—Por S. S. el Gobor.—El Srio. de Hada.—Miguel A. PALAU.—Es copia. — El jefe de la Sección 2[a], (fdo.) G. Arboleda".

Por escritura número 460 de 10 de octubre de 1898, otorgada en Cali, Federico Carlos Lehmann por sí y como apoderado de los demás condueños de las tierras y minas de Timbiquí, dio en venta a Adoph Vogh, por sí y como representante de la entidad minera denominada "The Timbiqui Estates Sindicate Limited", 14.000 unidades de dichas minas y tierras, en una extensión calculada en 250 kilómetros, por los linderos que en la escritura se detallan, exceptuando de la venta 2.00 unidades que formaban la mina de San José.

Por escritura número 4, otorgada ante el Cónsul general de Colombia en Londres el 16 de junio de 1911, copia de la cual fue protocolizada en la notaría del distrito de Timbiquí, Adolfo Vogt dio en venta por los mismos linderos las tierras y minas que había adquirido por medio de la escritura anterior, a la Compañía "The New Timbiqui Gold Mines Limited", declarando que como The Timbiqui Estates Sindicate Limited nunca llegó a constituírse regularmente, él había quedado siendo el único dueño de la propiedad y en tal calidad hacía la enajenación.

Por escritura número 113 otorgada ante el notario de Buenaventura el 25 de julio de 1912, el doctor Genaro Payán en sú carácter de apoderado de los herederos del señor Liborio Lemos, vendió a The New Timbiqui Gold Mines Limited las acciones y derechos en las minas de San José, ubicadas en el río Timbiquí, por los linderos especiales que en la escritura se mencionan.

Por escritura número 803, otorgada en la notaría de Tuluá el 12 de noviembre del año de 1936, The New Timbiqui Gold Mines Limited, por medio de su representante, transfirió al señor Georges Ogasenoff todas las tierras y minas que había adquirido dicha compañía por medio de los títulos anteriores.

Por último, Georges Ogasenoff, por medio de la escritura número 896 del 22 de diciembre de 1937, otorgada en Tuluá, enajenó a la misma compañía de la cual había adquirido, la propiedad sobre las minas de Timbiquí.

Estos son los títulos sobre que la compañía funda sus derechos y a ellos habrá de referirse la Corte.

La legislación sobre la propiedad minera ha tenido en todo tiempo a lo largo de la república regulaciones independientes de las referentes a la propiedad puramente territorial. Aun en Estados como el del Cauca, que reconocieron a los dueños de los terrenos la propiedad de "todas las minas y mineras", que contuvieran los respectivos terrenos, se legisló especialmente sobre la propiedad minera. En el Cauca también hubo un código de minas. Empezó a regir en el año de 1859.

Y fue en este estatuto en donde a la vez que se hizo aquel reconocimiento con carácter de regla general, se agregó en el artículo 22, que desde el momento en que se concede "una mina o minera aun al mismo propietario de la superficie", se distinguen dos propiedades inmuebles. El mismo código impuso además determinadas obligaciones a todos los dueños para conservar la propiedad de las minas. Una de ellas establecía a cargo de los poseedores a virtud de títulos antiguos, la de registrarlos, con cuyo requisito, según el artículo 46, el Estado confirmaba la propiedad de las minas, y expedía "nuevos títulos refrendando los antiguos".

No otra cosa que la formalidad del art. 46, fue lo que cumplieron los dueños de las minas del río Timbiquí, primero en el año de 1866, según el título número 100, y luego en el año de 1871, según el título número 58, preinsertos atrás. Con esos dos nuevos títulos la familia Mosquera fue dueña, ante la legislación caucana, de las tierras y minas del río Timbiquí, "con sus afluentes incluso como notables las quebradas de Cese, Coteje, Chete y otras....."

La misma legislación sometió a los dueños de minas, cualquiera que fuese el título de adquisición, a esta otra obligación primordial para conservar la propiedad: "el laboreo de dichas minas o mineras por el tiempo que la ley establece para declararlas desiertas o abandonadas". (Art. 5º de la Ley 356 de 1872).

Pero lo relativo al laboreo de las minas de parte de la familia Mosquera y de sus sucesores, como condición para que la propiedad no caducara, es hecho complejo ajeno al debate de un interdicto posesorio, en el cual según está demostrado sólo hay que atender a la faz propiamente extrínseca o material del título.

Basta pues, para los fines de la acción posesoria, la sola existencia de los títulos que de acuerdo con el artículo 46, expidió el Estado del Cauca, a efecto de considerar las minas de Timbiquí protegidas por la legislación caucana, en calidad de bienes de propiedad particular.

Unificada la legislación nacional desde 1886, las regulaciones de la propiedad minera tomaron rumbos todavía más distintos de los de la propiedad territorial. Por de pronto entró a regir el art. 5º de la ley 38 de 1887, la cual acogió para la nación entera el código de minas del extinguido Estado de Antioquia; el precepto ordenó: "En donde quiera que la propiedad de las minas hubiere sido del propietario del suelo, hasta el día 7 de septiembre de 1886, en que empezó a regir la Constitución, cada uno de esos propietarios tendrá por un año, que se contará desde la fecha de esta ley, un derecho preferente al de cualquier otro individuo para buscar, catar, y denunciar las minas que hubiere dentro de su heredad. Pasado un año, las minas que hubiere dentro de esa heredad serán denunciables por cualquiera, como pueden serlo todas las demás conforme a la ley".

La sala plena de esta Corte en resolución de 12 de junio de 1913, declaró ajustado a la constitución el anterior artículo, con el siguiente razonamiento:

"En lo que se refiere a la acusación especial dirigida contra el artículo 5º de la ley 38 de 1887, copiado al principio de esta sentencia, se observa que los términos mismos del artículo, puesto que conceden un plazo al propietario del suelo para buscar, catar y denunciar las minas que hubiere dentro de su heredad, indican que se trata allí de minas no descubiertas ni explotadas, y que por lo tanto el artículo no viola derechos adquiridos, ya que el 202 de la Constitución, inciso 3º, que es el aplicable, al atribuír a la Nación el dominio de las minas de oro, plata, platino y piedras preciosas existentes en el territorio nacional, sólo dejó a salvo los derechos que por leyes anteriores hubieran adquirido **los descubridores y explotadores** sobre algunas de esas minas". (G. J., T. 26, pág. 323, col. 2ª).

Por virtud pues del artículo 5º copiado, en adelante y sólo por el término de un año el dueño de un terreno que descubriera nuevas minas, para ser dueño de

ellas tenía que denunciarlas con lo cual obtenía su adjudicación preferencial.

Ahora, en cuanto a los títulos mineros antiguos, como el de la familia Mosquera sobre las minas del Timbiquí, el código de la república los reconoció expresamente. El artículo 90 de dicho código ordenó respetarlos, declarando válidos **"los títulos antiguos** que no pudieran ser desechados sino por conceder una extensión mayor de mina, que la que pudiera otorgarse, según las leyes respectivas". Y agregó el precepto que los dueños de tales títulos conservarían la propiedad pagando el impuesto establecido en el código, sin que a tal conservación de propiedad sea óbice el que el título comprenda una extensión de mucha magnitud.

El nuevo estatuto minero de la república proveyó igualmente al registro y revalidación de títulos antiguos, según los artículos 129 y sus concordantes. El título número 113, de revalidación, expedido por la gobernación del ahora departamento del Cauca, con fecha 3 de septiembre de 1888, y que atrás dejóse inserto, otorgose en aplicación de los mencionados preceptos. Dispone el 129, que quien tenga la posesión de una mina desde antes de la vigencia del código, asegura su derecho a ella con el pago del impuesto respectivo y el cumplimiento de las diligencias allí detalladas, encaminadas a que el gobierno, con conocimiento de causa, revalide los títulos antiguos. Esas diligencias fueron las que precedieron y dieron fundamento para que la gobernación del Cauca, con facultad suficiente, refrendara los títulos mineros de Timbiquí, mediante el expedido bajo el número 113.

De consiguiente esta refrendación coloca los mencionados títulos bajo los efectos del artículo 133, según el cual "Revalidado un título se hace el interesado de igual condición a los que tienen posesión y títulos conforme a esta ley (el código).

Se ha observado que los títulos carecen del dato de la individualización de las minas Empero, a quitarle fuerza al reparo concurren los artículos 152 y 154. El primero, que indudablemente se refiere a títulos antiguos, contempla precisamente el caso de la mencionada ausencia de datos acerca de la delimitación, cuando dice: "Si el título no indica la extensión de la mina, el interesado, a tiempo de pagar el impuesto correspondiente al primer año, manifestará cuál es la extensión que le calcula". Pues bien, los interesados, a tiempo de verificar el primer pago de impuestos, en el año de 1896, en que pagaron los diez años anteriores hasta 1895, hicieron uso de la facultad que les confería el artículo inserto, pagando por lo correspondiente a una extensión de 125 kilómetros cuadrados, y expresaron por la primera vez los linderos que según ellos delimitan la propiedad territorial dentro de la cual encuéntranse las minas, linderos que desde entonces siguieron fijurando invariablemente en las ventas como en los pagos de impuesto. El artículo 154 le otorga fe a estos denuncios. Dispone que ningún interesado tiene obligación de presentar títulos al hacer los pagos y que él puede hacer las manifestaciones correspondientes, **"y se dará crédito a su dicho".**

Es cierto que en otros pagos posteriores de impuesto los interesados ya subieron al doble y aún al triple el cálculo de la extensión de las minas siempre bajo los mismos linderos. Sin embargo, lo concerniente a la efectiva extensión de las minas y la eficacia de los pagos hechos, envuelve ya una cuestión de hecho, compleja y de fondo, que no puede discutirse en una simple acción posesoria. En ella hay que estar a lo que aparece en los documentos oficiales. Nada más.

Y basta lo dicho para concluír que en materia de títulos el demandante ha presentado unos, que examinados en sus condiciones externas o de forma producen la sensación de que merecen respeto mientras que en un juicio ordinario no se decida sobre su validez. Es ilegal y arbitrario que de plano se desconozcan tales títulos, siendo así que examinados revelan **prima facie** la existencia de un derecho que por lo menos provisionalmente debe

hacerse respetar por la autoridad, porque de lo contrario sería abrir la puerta a la arbitrariedad de las vías de hecho, antes de que la autoridad competente decida sobre la validez o invalidez del título con que se ampara la posesión y propiedad de una cosa.

CAPITULO VI

El pago del impuesto minero

Además del recibo de pago que se mencionó en el capítulo anterior, existen estos otros:

El 11 y el 28 de diciembre de 1897 se cubrieron las anualidades de este y del año anterior sobre el mismo globo alinderado al verificar el primer pago asignándole nuevamente la extensión de 125 kilómetros.

Después de haberse pagado el impuesto anual correspondiente al año de 1898, el 14 de julio de 1899 hízose una consignación de mil pesos, "correspondiente a una extensión de doscientos cincuenta kilómetros cuadrados y por veinte años, para redimir las minas de oro corrido denominadas "Timbiquí, "Coteje", "Antoñuelo", "Chete" y "Cese" sitas en el distrito de Timbiquí, Provincia de Buenaventura. Linderos, los anotados en las partidas anteriores".

Con relación a la mina de San José, en el año de 1894 se pagó el impuesto de redención por veinte años sobre "quince kilómetros o sea 3 pertenencias", y se dieron al hacer el pago unos linderos correspondientes a ese globo.

Por concepto de impuesto predial de minas en lo correspondiente al año de 1937, la Compañía pagó el impuesto "sobre una extensión de setenta kilómetros cuadrados (7 minas) de las minas de aluvión de oro y plata **redimidas**, sitas en el distrito de Micay y denominadas **Chete, Tese, Colteje, Timbiquí** y afluentes (2 minas) y **Antoñuelo**".

El demandante acompañó con el libelo de demanda múltiples declaraciones de testigos con el ánimo de comprobar que desde época remota está en posesión del globo de tierra de Timbiquí por los linderos conocidos desde el primer pago de impuesto, posesión que ha ejercitado mediante la ejecución de trabajos propios de la explotación de minas.

Igualmente, con una inspección ocular practicada con intervención de peritos por el juez municipal de Timbiquí y con audiencia del personero del distrito, en representación de la nación, se estableció que había trabajos en varias minas de socabón, ubicadas así: "En Coteje las de 'El Rosario' y 'El Convenio'; en San José, las de 'La Rotura' y 'El Playón' y en Santa María las de 'San Ciprián' y 'Las Pilas' ". Los peritos midieron cada una de las minas y dijeron que en conjunto arrojan un total de 1.923 metros de extensión.

De acuerdo con los datos anteriores las minas que la Compañía posee dentro del área alinderada son trece: seis en explotación, que fueron materia de la inspección ocular; y siete en que no hay trabajos, puesto que el impuesto predial de minas redimidas a perpetuidad, consagrado por el artículo 7º del Decreto-ley número 223 de 1932 recae sobre minas que no se trabajan. Se ignora la extensión del segundo grupo de minas.

Esta misma Sala, en la sentencia citada del 25 de abril último, sustentó también la siguiente doctrina, de estricta aplicación en el presente caso:

"Pues bien: teniendo el pago por redención, efectuado con el ánimo de consolidar en cabeza de los adjudicatarios el dominio de las minas, efectos tan íntimamente relacionados con el derecho mismo de propiedad que se pretendió adquirir, puesto que obra a manera de elemento complementario del título de enajenación, al pago que se hizo de veinte anualidades debe dársele efectos provisionales en este juicio, por lo mismo que el Estado estaba obligado a dárselos, mientras la autoridad judicial exclusivamente competente para resolver los litigios sobre la propiedad y posesión de minas no definiera concretamente los alcances y los resul-

tados de la redención que se pretendió hacer".

"..... .....

"La insuficiencia del pago de los impuestos es susceptible de concluír en el abandono de la mina por el poseedor regular, cuando las cantidades que faltan tienen alguna importancia. Pero el abandono de una mina, por insuficiencia en los pagos, cuando el poseedor tiene título y ha pagado el último impuesto, o exhibe el certificado de redención, acto de mayor trascendencia y entidad que el pago de la última anualidad, es fenómeno que no debe admitirse mecánicamente, haciendo sumas y restas en el juicio posesorio. Con estas operaciones apenas contemplaríase la parte mecánica del problema, única que estaría a la vista. Mas prescindiríase arbitrariamente de la determincaión de otros elementos jurídicos, que en cada caso particular también pueden intervenir en función de configurar el abandono, como la buena fe en los pagos que se hayan hecho, la eficacia de ellos en orden a obtener la redención, o el fenómeno de la recuperación de la mina, la ausencia de claridad de las disposiciones legales en cuanto a las sumas que deben pagarse, de donde pudiera considerarse aceptable un pago insuficiente pero de cuantía legal dudosa, etc.; elementos múltiples y complejos que requieren para ser analizados acertadamente y con equidad, una controversia en forma, tanto de hecho como de derecho, y que por lo mismo es injusto que se juzguen de plano en el juicio posesorio.

"Inspirada en ello la ley le asigna el carácter de poseedor regular en los interdictos posesorios a quien exhiba el título otorgado por el Estado, formalmente suficiente, y compruebe el pago de la última anualidad del impuesto o que ha redimido la mina a perpetuidad. Habiéndose permitido esta operación con posterioridad a la consagración del artículo 321, debe surtir el efecto del pago de dicha anualidad, para dar la acción posesoria. Y la misma ley descarta del debate lo atinente a la nulidad del título y a la insuficiencia de los pagos".

La presente litis fortalece aún más la juridicidad de la tesis anterior. Aquí, ni siquiera es dable, atendiendo al aspecto meramente matemático de los pagos, haciendo sumas y restas, deducir con alguna probabilidad de acierto que los pagos y las redenciones están bien o están mal hechos. Para acoger cualquiera de las dos conclusiones habría que investigar y establecer previamente la cuestión de hecho de la verdadera extensión de las minas actuales, tanto de las que están explotándose como de las que no lo están. Como es obvio tal cuestión es extraña en un juicio de términos tan sumarios como los interdictos mineros.

Luego por de pronto hay que darle fe, como lo prescribe el artículo 133, a las afirmaciones del demandante, siquiera sean las que hizo con motivo del primer pago, de que las minas a que se refieren los títulos que acababan entonces de ser refrendados y actualizados, están ubicadas dentro de las tierras cuyos linderos dio y cuya extensión calculó.

Ahora, aún sobre la base de que el título sólo le dé derecho a la Compañía a las minas existentes dentro del globo de tierra que ella ha alinderado, pero descubiertas en tiempo anterior a la unificación de la legislación minera del país en el año de 1887, mas no a las minas descubiertas posteriormente, y en especial a la hipotética y potencial riqueza mineral que contenga el mismo inmueble, es lo cierto que dentro de éste, hay unas minas que merecen el concepto legal de tales y que en el momento no es dable saber cuándo se descubrieron; el conjunto de ellas comprendiendo las que están en explotación, que en total son 1.923 metros, con las que no lo están y por las cuales se ha pagado impuesto predial, y que son en total siete minas con una extensión de 70 kilómetros cuadrados, no suman ni 100 kilómetros. Sin embargo, al principio se pagaron y redimieron 125 kilómetros; actos que si resultaran ineficaces a liberar la xetensión territorial que se pro-

pusieron los dueños, en cambio podrán ser válidos y haber liberado plenamente todas o algunas de las minas en la real extensión que tienen y que según los datos anteriores no alcanzan ni con mucho, en conjunto, a los 125 kilómetros pagados.

Todo esto está demostrado que de plano es arbitrario e ilegal declarar que las minas que la Compañía posee a virtud de los títulos que exhibe, están abandonadas por insuficiencia en los pagos. Esa es una estimación prematura, que corresponde formular al poder judicial y en el ordinario, en presencia de la situación objetiva que se establezca.

Lo anterior pone de presente que el Tribunal descalificó prematuramente la calidad jurídica que reclama la Compañía demandante, de ser poseedora regular de las minas de Timbiquí; calidad que se apoya en títulos y comprobantes de pagos de impuesto y redención, los cuales en apariencia la revelan.

Por lo tanto el aspecto de la posesión regular no puede sustentar la denegación del interdicto intentado por la Compañía.

CAPITULO VII

El temor de una perturbación

La Sala estima en cambio que este último aspecto de la acción no está justificado, de modo que por este camino puede llegarse a la misma solución a que llegó el Tribunal, de rechazar el interdicto demandado.

De acuerdo con el artículo 328 del C. de Minas el interdicto de amparo de la posesión también debe ser formulado cuando existe un **fundado temor** de ser perturbado.

No es suficiente la preocupación y la inquietud del poseedor derivada de hechos de terceros que no conduzcan con alguna probabilidad a revelar intenciones de desconocer su derecho.

Para comprobar ese justo temor trajéronse a los autos copia de la parte pertinente de resoluciones, que en otros casos de oposiciones a la celebración por terceros de contratos con el gobierno nacional para la explotación de las minas de metales preciosos existentes en los lechos de los ríos navegables presentaron quienes se creían dueños de minas ubicadas dentro de los trayectos contratados; recayeron a tales oposiciones, resoluciones en las cuales el gobierno calificó de plano y administrativamente la validez de los títulos de propiedad que exhibían los opositores, desechándolos y ordenando a los poseedores la suspensión de los trabajos de explotación. Así se procedió en los casos de las minas de "Pan de Oro", en el río San Juan y Telembí, en el río del mismo nombre.

En el caso de las minas de Timbiquí, el gobierno procedió de manera semejante en la respectiva resolución hasta la calificación de los títulos de la Compañía, declarándolos ineficaces. Pero se abstuvo de dictar la orden de suspensión que en los dos casos anteriores había proferido. Las resoluciones concernientes a estos dos casos se autorizaron en los años de 1937 y 1938. La resolución gubernamental acerca de las minas de Timbiquí se tomó tiempo después en el año de 1939. Lo que significa que el gobierno se apartó con acierto del antecedente en el tercer caso, optando por abstenerse de pronunciar la orden de suspensión, con lo cual rectificó indudablemente el error que cometió en los dos primeros casos, y el que dio origen a sendos fallos del poder judicial amparando a los poseedores. Ese tiene que ser necesariamente el sentido y alcance de que en el caso de las minas de Timbiquí, el gobierno se abstuviese deliberadamente de ordenar el lanzamiento de la Compañía.

De consiguiente los mismos documentos acompañados para acreditar el **fundado temor** de la Compañía, de ser inquietada en la posesión por actos futuros del gobierno, prueba al contrario, que en su caso esos temores están eliminados.

De manera que este motivo, de orden más bien adjetivo y procesal, es lo único que mueve a la Corte para no revocar la resolución del Tribunal de Popayán.

CAPITULO VIII

Resolución

Fundada, pues, la Corte en el motivo expuesto en el capítulo anterior, de que no existe temor suficientemente justificado de que la demandante, The New Timbiquí Gold Mines Ltd. sea perturbada en la posesión regular que ejerce sobre las minas del río Timbiquí, a que se refiere la demanda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, confirma el fallo del Tribunal de Popayán pronunciado el 28 de mayo de 1940.

Publíquese, cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Aníbal Cardoso Gaitán—José M. Blanco Núñez—Arturo Tapias Pilonieta—Manuel Pineda Garrido, Secretario en propiedad.

NO SE REPONE LA SENTENCIA ANTERIOR

Es doctrina de la Corte la de que los fallos que deciden en el fondo los juicios posesorios de minas tienen el carácter de sentencias definitivas y no pueden ser revisados, por lo tanto, ni repuestos por el mismo Juez o Tribunal que los pronuncia.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales — Bogotá, julio diez de mil novecientos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Arturo Tapias Pilonieta).

El apoderado de la Compañía "The New Timbiqui Gold Mines Limited" pide reposición de la sentencia de 30 de mayo pasado pronunciada por la Corte en el juicio posesorio por temor de perturbación iniciado contra la nación en el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, y que llegó a la Corte por recurso de apelación contra el fallo de primera instancia del Tribunal.

La reposición impetrada es improcedente. Se intenta contra una sentencia, que de acuerdo con las reglas generales del Código Judicial, "no es revocable ni reformable por el mismo juez o Tribunal que la ha pronunciado". (Artículo 482). Y que esta clase de fallos tienen el carácter de sentencias definitivas lo demostró la Corte en fallo de 25 de abril último, dictado en el juicio posesorio de la Compañía Minera de Nariño contra la nación. En ese fallo se dijo lo siguiente que es de estricta aplicación al caso actual:

"Es significativo, como lo anota el reclamante y como lo puso de relieve el fallo que se cita, que el artículo 430 del Código de Minas diga que la providencia que decide de una acción posesoria por perturbación tiene el carácter de sentencia interlocutoria, y también lo es la consideración de que siendo de esta clase la providencia de primera instancia, de idéntica especie ha de ser la segunda.

"Dicha calificación, de sentencia interlocutoria, no la hace extensiva el Código a la acción por despojo, y así limitada la interpretación o la literalidad del texto, habría base para sostener que el fallo que decide en la acción de despojo no tiene el carácter de interlocutorio. Sin embargo, como acerca de ambas providencias se previene que puede proponerse recurso de revocación, hoy reposición, hay analogía entre la naturaleza de las dos especies de decisiones, y por ello la Corte las considera en un plano de igualdad para el examen del asunto.

"Expresa el artículo 466 del Código Judicial que las resoluciones de carácter judicial se denominan **autos** y **sentencias**, y se clasifican así: **sentencias**, si deciden definitivamente la controversia que constituye la materia del juicio o sobre lo principal de éste, sea que se pronuncien en primera o segunda instancia, o a virtud de recurso extraordinario; **autos interlocutorios**, si resuelven algún incidente del juicio o determinan la personalidad de alguna de las partes o de sus representantes, la inadmisión de la demanda, la denegación del recibimiento a prueba, o la práctica de cualquiera de ellas, y todos los demás que contengan resoluciones análogas.

"Los juicios posesorios comunes y los posesorios mineros son juicios especiales que tienen por objeto 'conservar o recuperar la posesión de bienes raíces, o de derechos reales constituídos en ellos', según el Código Civil, artículo 972, o 'hacer efectiva o conservar la posesión de

las minas y de los derechos reales constituídos en su favor', artículo 320, C. de Minas. Tales juicios, tienen un objeto idéntico, se terminan por medio de resoluciones judiciales comprendidas en la categoría de las sentencias. En efecto: ellas deciden definitivamente sobre la controversia que constituye la materia del juicio, pues éste tiene por fin hacer efectiva, conservar o recuperar la posesión, y el fallo judicial correspondiente se pronuncia para definir la cuestión propuesta tocante a la posesión de bienes en general o de las minas. La decisión no tan sólo recae sobre lo principal del pleito sino sobre el pleito mismo, y en él se resuelve en definitiva acerca de la materia controvertida. Los fallos que les ponen término a los juicios en que se ejercitan acciones posesorias reúnen, pues, a plenitud las características legales propias de las sentencias.

"La aplicabilidad de las disposiciones del Código Judicial a los juicios posesorios de minas en orden a definir la naturaleza de los fallos que en ellos se profieren, está fuera de duda. Las normas de dicho Código son de aplicación general, y en el punto que se considera, tocante con la definición de los requisitos característicos de las providencias judiciales, obligan siempre que se trate de entender acerca de la naturaleza procesal de las decisiones. El Código Judicial es ley derogatoria de las disposiciones que le sean contrarias, y después de expedido, no caben distingos entre unas decisiones y otras si todas ellas reúnen las calidades que se requieren, según la última ley dada, o sea el Código Judicial, para merecer la denominación de sentencias. Tal cosa ocurre con las que se dictan en los juicios posesorios mineros, que llamaba interlocutorias el Código de Minas, pero que hoy, en fuerza del imperio de las reglas del Código Judicial, tienen el carácter de sentencias. Esas reglas son especiales y concretas en cuanto a la definición de las calidades distintivas de las resoluciones judiciales, y por lo mismo, de preferente aplicación.

"Reuniendo las llamadas 'sentencias interlocutorias' de que se ha tratado, todas las calidades constitutivas de las sentencias, necesariamente han de considerrase comprendidas en esa clasificación legal".

Por lo expuesto la Sala niega la reposición impetrada.

Notifíquese.

Aníbal Cardoso Gaitán—José M. Blanco Núñez—Arturo Tapias Pilonieta—Hernando García Pachón, Oficial Mayor.

EXCEPCIONES

De conformidad con la Ley 78 de 1935 no están sujetos al gravamen sobre el patrimonio los capitales invertidos en predios, plantaciones, edificios y maquinarias destinados actual y principalmente a las industrias de café y bananos. 2. Entre el Decreto número 818 de 1936, reglamentario de la Ley 78 de 1935, y ésta misma, hay una notoria contradicción proveniente de que en la ley no se previó la formalidad de llevar libros que el decreto establece, sancionando con multa la omisión. Frente a semejante contradicción entre la ley y su decreto reglamentario es de rigor aplicar de preferencia el ordenamiento legal, conforme a elementales normas de interpretación.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, junio dos de mil novecientos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Arturo Tapias Pilonieta).

El juzgado nacional de rentas de Bogotá, en auto del 20 de enero de 1941, libró orden de pago contra Carlos Rodríguez Maldonado por la suma de $ 2.302.04, por razón de impuestos sobre la renta y patrimonio correspondientes a los años de 1938 y 1939.

En tiempo oportuno el apoderado especial del señor Rodríguez propuso un pliego de excepciones, el cual fue remitido a esta Sala de la Corte para los efectos de la sustanciación y fallo del respectivo incidente. Surtidos como están los trámites de rigor, procede dictar la correspondiente decisión.

La parte ejecutada fundamenta su defensa en estas dos alegaciones principales:

a) Que las liquidaciones hechas por concepto del gravamen patrimonial correspondiente a los años de 1938 y 1939 fueron erróneas, ya que el capital representado en la hacienda denominada "El Rosario", de propiedad del señor Rodríguez, se halla libre de tal impuesto, de conformidad con el ordinal 1) del artículo 24 de la Ley 78 de 1935.

b) Que en la liquidación que hizo la respectiva oficina liquidadora de los impuestos correspondientes al año de 1938 figura una partida de $ 200.00 por concepto de una multa impuesta al contribuyente por no llevar los libros que ordena el artículo 30 del Decreto 818 de 1936, multa que el ejecutado considera absolutamente ilegal, ya que en su concepto el artículo 129 del mismo decreto, en el cual se funda el funcionario liquidador para imponer esa sanción, es inaplicable por cuanto tal disposición excedió la potestad reglamentaria del órgano ejecutivo.

Sobre la primera alegación fundamental del excepcionante se expresa así el señor Procurador Delegado en lo Civil:

"Alega el ejecutado que las liquidaciones hechas por concepto de su gravamen patrimonial correspondiente a los años de 1938 y 1939 fueron erróneas por cuanto el capital representado en la hacienda denominada 'El Rosario' se halla libre de aquel gravamen en razón de su destinación económica y de conformidad con el ordinal 1) del artículo 24 de la Ley 78 de 1935. Tal excepción ha sido plenamente

probada, en concepto del suscrito, mediante las certificaciones expedidas por la Federación Nacional de Cafeteros que obran en el cuaderno de pruebas del ejecutado".

Se considera:

La Sala también encuentra plenamente establecida la excepción en estudio, como se desprende de las siguientes consideraciones:

Prescribe el artículo 24 de la Ley 78 de 1935:

"No estarán sujetos al gravamen sobre patrimonio:

... ...

"l) Los capitales invertidos en predios, plantaciones, edificios y maquinarias, destinados actual y principalmente a las industrias de café y bananos".

De acuerdo con el certificado que con fecha 28 de noviembre de 1940 expidió el secretario de la Federación Nacional de Cafeteros (Comité de Cafeteros de Cundinamarca), "la finca denominada 'El Rosario', del Municipio de Tena, de propiedad del señor Carlos Rodríguez Maldonado, figura inscrita en el censo cafetero de este Departamento y que de la respectiva ficha consta que está destinada en más de un setenta y cinco por ciento (75 por 100) al cultivo y beneficio del café.

"Este certificado se expide de conformidad con lo establecido en el artículo 1º del Decreto número 1397 de 16 de junio de 1936, procedente del Ministerio de Hacienda y Crédito Público". (Fl. 5 del c. de pruebas del ejecutado).

Con la precedente certificación la parte ejecutada acredita de manera fehaciente que el capital representado en la finca de "El Rosario" pertenece a la categoría de los que por claro y terminante mandato de la precitada Ley 78 de 1935 no están sujetos al gravamen sobre patrimonio. El incumplimiento de este precepto legal se traduce en el caso de autos en un evidente error de cuenta en la liquidación en que dicho capital fue gravado con el impuesto sobre patrimonio, siendo por lo tanto el caso de que la Corte declare legalmente probada la respectiva excepción, para que por el funcionario competente se haga la correspondiente rectificación en la nueva liquidación que debe practicarse

---

En cuanto a la multa impuesta al ejecutado por no llevar libros, la Corte estima que el excepcionante ha demostrado plenamente la ilegalidad de esa sanción.

En efecto, la multa se impuso con base en el decreto ejecutivo número 818 de 1936, reglamentario de la Ley 78 de 1935. Empero, entre el estatuto legal y su decreto reglamentario se advierte una notoria contradicción proveniente de que en la precitada Ley 87 no se previó la formalidad de llevar libros que el decreto establece, sancionando con multa la omisión. Frente a semejante contradicción entre la ley y su decreto reglamentario es de rigor aplicar de preferencia el ordenamiento legal, conforme a elementales normas de interpretación. Así las cosas, el ejecutado Rodríguez no puede ser obligado a pagar una multa impuesta con base en una disposición reglamentaria notoriamente ilegal. Debe por lo tanto declararse probada la respectiva excepción propuesta por la parte ejecutada.

El Consejo de Estado también se ha pronunciado sobre la ilegalidad del decreto ejecutivo en referencia, como puede verse de los siguientes apartes de la sentencia proferida por dicha entidad el día 7 de julio de 1940:

"No puede, por tanto, el Jefe del Estado, bajo pretexto de reglamentación, dictar normas nuevas, y así no puede establecer ni una pena ni un impuesto que no estén previstos en la ley ni exigir formalidades distintas a las establecidas por la ley. Al exigir el Decreto 818 de 1936 la formalidad, no prevista en la ley, de llevar libros y sancionar con multa la omisión, creó una contradicción entre la ley

y su decreto reglamentario que, como es obvio, debe resolverse a favor de la primera, con base en claras normas sobre interpretación.

"En estas condiciones, es claro para el Consejo que los empleados encargados de liquidar el impuesto sobre la renta, patrimonio y exceso de utilidades no pueden imponer multas por la omisión de llevar los libros exigidos por el Decreto número 818 tántas veces citado". (Anales del Consejo de Estado, año XXII, números 293 a 295, página 557).

A mérito de lo expuesto, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, falla así este incidente de excepciones:

1º Declárase probada la excepción consiste en que el capital representado en la finca de "El Rosario", de propiedad del ejecutado, no está sujeto al gravamen sobre patrimonio establecido por la Ley 78 de 1935.

2º Declárase probada la excepción consistente en que es inaplicable la multa que por la cantidad de $ 200.00 se le impuso al ejecutado por no llevar libros, con ocasión de la liquidación de los impuestos sobre renta y patrimonio.

En consecuencia, por la respectiva oficina liquidadora se procederá a hacer las nuevas liquidaciones de los impuestos que debe pagar el señor Rodríguez Maldonado por los años de 1938 y 1939, eliminando de la nueva liquidación las partidas que se han declarado ilegales.

Cese la ejecución y decrétase el desembargo de los bienes que se hallen trabados en el juicio para responder del pago.

Publíquese, cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente a la oficina de origen.

Aníbal Cardoso Gaitán—José M. Blanco Núñez—Arturo Tapias Pilonieta—Manuel Pineda Garrido, Secretario.

OBJECIONES A UN DICTAMEN PERICIAL — ERROR GRAVE

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, junio tres de mil novecientos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor José M. Blanco Núñez).

En el juicio ordinario que la Nación adelanta ante el Tribunal Superior de Ibagué contra Eufrasio Pulido y la Compañía Eléctrica de Ibagué sobre nulidad de un juicio posesorio, el respectivo Fiscal de dicho Tribunal solicitó la siguiente prueba:

"5º Que por medio de peritos, nombrados por las partes, se practique una inspección ocular al sitio en donde están ubicadas las obras cuya ejecución o funcionamiento fueron causa del juicio posesorio a que el presente ordinario se refiere, a fin de que se constaten los siguientes hechos:

"a) Si la obra de la bocatoma, construída por la Compañía Eléctrica de Ibagué, S. A., en el punto de 'El Recodo', del río Combeima, se halla dentro del lecho del mismo río, o sea dentro del terreno que cubre el nivel del río, o alcanzado por las aguas del río en las épocas de sus avenidas máximas normales.

"b) Si las referidas obras fueron ejecutadas a virtud del permiso otorgado por la Nación en la Resolución del Gobierno Nacional, que obran en autos, y

"c) Si por hallarse la referida bocatoma en el sitio en el cual fue construída afectaría o nó derecho alguno del señor Pulido, aún en el caso de que su lindero llegara hasta el sitio en donde se halla la obra referida, causándole una perturbación en su posesión, porque, en primer lugar, es físicamente imposible hacer trepar el agua en ese sitio por la peña ribereña, y, en segundo lugar, porque es igualmente imposible volver el agua al cauce acostumbrado a la salida del fundo en la hipótesis de que pudiera hacerse subir por el peñón para beneficiarse de ella".

Decretada tal prueba, se verificó la diligencia respectiva en los días 21 y 22 de abril de 1941. (Folios 14 a 17, cuaderno número 2).

En esta inspección ocular con peritos, éstos obtuvieron término para rendir el dictamen correspondiente, el cual fue evacuado el siete de mayo de 1941, y obra en el expediente a folios 19 a 22 del cuaderno citado.

El Fiscal del Tribunal mencionado, objetó de error grave dicho dictamen, dando con ello lugar a un incidente que fue decidido negativamente por el juzgador de la causa en providencia del 22 de agosto de 1941. Por apelación de esta resolución ha subido el negocio a esta Sala, la cual procede a decidir la alzada, una vez cumplida la tramitación de rigor.

Las objeciones propuestas son del tenor siguiente:

"a) Los peritos afirman haber verificado una nivelación de precisión tanto en el lecho del río, como en la margen izquierda del mismo, frente a la bocatoma, y haber hallado de ese modo que la coronación del muro de ella se halla a un metro y quince milímetros (1-015) sobre el nivel de las aguas en sus avenidas máximas.

"b) La afirmación anterior es gravemente errada en primer término por haberse hecho la nivelación sobre la margen izquierda, estando localizada la bocatoma hacia la margen derecha, y ser muy diferente el nivel o la altura de las aguas

en cada una de esas márgenes por razón del fenómeno hidráulico que, por obra de la fuerza centrífuga tiene lugar cuando el agua corre a lo largo de una curva como esa que forma el peñón de 'El Recodo'.

"c) Es igualmente grave error afirmar con precisión de milímetros, la altura de una obra con relación a las aguas o al nivel de un río, máxime si ese río tiene una pendiente de 3,2% y si su lecho es, como el del Combeima, extraordinariamente accidentado. La turbulencia y el oleaje continuo de las aguas y el constante movimiento irregular de ellas, aún en un mismo punto de ese lecho, hace errada gravemente una afirmación tan precisa como la que los peritos conceptuaron.

"d) Es igualmente grave error esta afirmación de los señores ingenieros: 'sería físicamente imposible dada la diferencia de cotas entre la orilla izquierda y la corona del cárcamo de la bocatoma, y muro, las aguas treparan sobre ésta sin desbordarse antes por un nivel inferior, porque es sabido qué las aguas se desbordan o siguen su curso por las curvas de nivel de cotas inferiores'. Esta afirmación la refuta científicamente el teorema de Bernoulli, fundamental en toda exposición de carácter hidráulico. Aplicado al caso del peñón de 'El Rosario', la merma de velocidad de la corriente al estrellarse el agua contra aquél se transforma en mayor altura estática, del mismo modo que cualquier obstáculo en una corriente hace elevar, al tropezarlo, el nivel de las aguas frente a él.

"e) Por último sostienen los peritos otra afirmación gravemente equivocada al afirmar que el material del peñón es 'de un conglomerado que nada lo afecta el constante golpear de las aguas, pues, como puede verse, de la bocatoma hacia arriba, dentro del mismo peñón no hay rastros de que la corriente de agua haya tratado siquiera de horadar dicho peñón'. Esta afirmación constituye una revolución en materia geológica. Ha sido siempre, hasta el día en que fue proferido ese dictamen, un elemental principio geológico que todas las formaciones del cauce de un río han sido labradas por las aguas de éste y por el material sólido que arrastra. Cuando un río se recuesta contra una margen la ataca por el pie, la derrumba gradualmente y deja descubierto el barranco, proceso que se opera paulatinamente aún en la roca viva y con efectos mucho más violentos en una formación moderna como el conglomerado de aluvión de que está compuesto el peñón de 'El Recodo', peñón que nadie podría sostener que se halla tal como se hallaba al principio del mundo".

Este pliego de objeciones ofrece la ventaja de que contiene al mismo tiempo el concepto pericial transcrito fielmente, y a continuación la respectiva objeción, no haciéndose necesario, por tanto, transcribir el dictamen objetado.

Considera la Corte que es fundada la siguiente parte del auto del Tribunal **a quo**, y por ello la acoge:

"Error grave atribuye el señor Fiscal a los expertos. Qué es el error? Es la adhesión de la mente a una enunciación falsa, como cuando se atribuye a una cosa, lo que no le conviene o le niega lo que le conviene. Esta noción filosófica del error la adoptan jurisconsultos como Collin y Capitant y Demogue. Para los primeros el error consiste en una representación falsa o inexacta de la realidad; para el segundo es error el estado psicológico de una persona que está en discordancia con la verdad objetiva.

"Con base en esas nociones se pregunta: está establecido en autos que la realidad o la verdad objetiva de las cosas sometidas al examen y calificación de los doctores Marco A. Bolaños, Nereo Tapias Pilonieta y Adolfo Pardo Vargas sean distintas de como las demostraron y calificaron los mencionados expertos?

"No hay prueba de ello. El Tribunal tiene que reconocerlo así, máxime cuando en cuestiones sobre téctina (sic) de ingeniería, son enteramente profanos los Magistrados que conocen del negocio".

Fácilmente se advierte que se trata en

el presente caso, de cuestiones de carácter esencialmente técnico, que no pueden ser desvirtuadas sino por medio de expertos en la materia. No desvirtuadas de este modo por el representante de la Nación, el juzgador no puede desecharlas como no ajustadas a la verdad científica, porque ello sería contrario a lo dispuesto en el artículo 722 del C. J.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, CONFIRMA la providencia apelada.

Notifíquese, cópiese y devuélvase.

Aníbal Cardoso Gaitán—José M. Blanco Núñez—Arturo Tapias Pilonieta—Manuel Pineda Garrido, Secretario.

CARACTER OBLIGATORIO DE LAS SENTENCIAS DEFINITIVAS EJECUTORIADAS PROFERIDAS POR LOS TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, junio cinco de mil novecientos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Arturo Tapias Pilonieta).

Le corresponde a la Corte decidir el recurso de apelación interpuesto por el demandante contra el auto de fecha 18 de octubre de 1941 dictado por el Tribunal del Distrito Judicial de Tunja, por medio del cual le puso término al incidente de excepciones dilatorias propuesto por el Personero de las entidades demandadas.

La decisión fue adversa al demandante, pues el Tribunal encontró que carecía de competencia para conocer de la demanda. A ello se debe la apelación.

Para decidir se considera:

El libelo de demanda plantea una acción de perjuicios dirigida contra la Nación y el departamento de Boyacá en forma mancomunada y solidaria. Derívase la indemnización, sintéticamente, del hecho de que el demandante, señor Francisco C. Soler, fue privado ilegalmente de la posición que ocupaba en el ramo de educación del departamento de Boyacá desde el año de 1930; pues en el año de 1939 siendo maestro de la escuela urbana de varones del municipio de Miraflores se le reemplazó en el cargo, nombrándosele en cambio para el municipio de Chiscas; con lo cual perdió el derecho que había adquirido a obtener ascenso en el escalafón del magisterio nacional y a la jubilación.

Con la mira de justificar las excepciones propuestas, que fueron las de **inepta demanda** y **cosa juzgada**, el Fiscal allegó dentro del término de prueba la copia de una sentencia proferida por el Consejo de Estado el 10 de diciembre de 1940, con motivo de la demanda que el señor Soler intentó ante lo contencioso administrativo sobre nulidad y otras declaraciones, de los decretos por medio de los cuales el gobernador de Boyacá lo reemplazó en el cargo de maestro de la escuela urbana de varones de Miraflores y lo designó para la de Chiscas. El Consejo de Estado confirmó la sentencia del Tribunal Seccional Administrativo de Tunja en que esta entidad se abstuvo de anular los decretos dichos.

La supradicha sentencia del Consejo de Estado establece plenamente que en fallos de autoridades competentes se decidió que eran legales los actos administrativos de donde el demandante hace ahora derivar los perjuicios.

El señor Soler propuso ante el Tribunal Seccional Contencioso Administrativo de Tunja demanda de nulidad de los decretos números 43 y 48 del mes de enero de 1940, dictados por el gobernador de Boyacá por cuanto por ellos fue separado el señor Soler del cargo de maestro de escuela de Miraflores y trasladado a otra escuela en la población de Chiscas. Además en ejercicio del artículo 4º de la Ley 80 de 1935 solicitó que se le restaurara en el derecho violado.

El Tribunal examinó los actos administrativos acusados a la luz de los reglamentos existentes y relativos al asunto,

de lo cual dedujo la estricta legalidad de tales actos, y por ende que no son nulos. Quedó así cegada la fuente de todo perjuicio para el demandante. Como éste ejercitó la acción de nulidad del acto una acción reparadora de plena jurisdicción, la autorizada por el artículo 4º citado, de haber prosperado la primera el juez administrativo habría tenido que determinar la clase de indemnización civil debida al demandante, y ordenar la consiguiente reparación, a efecto de atender la súplica sobre restablecimiento del derecho violado. Empero, la acción de nulidad fue rechazada. Los actos administrativos acusados se declararon legales. Naturalmente con ello la acción privada reparadora de plena jurisdicción implícitamente también fue rechazada, al caer la base.

Ante el Consejo de Estado no corrió mejor suerte el señor Soler, según se desprende de la sentencia presentada en copia.

Las acciones anteriores fueron proferidas por tribunales de la jurisdicción contenciosa administrativa, a quienes privativamente corresponde, según lo que anteriormente disponía el artículo 1º de la Ley 130 de 1913 "la revisión de los actos de las corporaciones o empleados administrativos en el ejercicio de sus funciones o con pretexto de ejercerlas, a petición del ministerio público, de los ciudadanos en general, o de las personas que se crean vulneradas en sus derechos".

Esos tribunales que conocieron de la acusación de nulidad de los actos administrativos, de donde el señor Soler hace provenir los perjuicios que ahora cobra ante el poder judicial, dictaron su veredicto definitivo e inmodificable en el sentido de que los decretos son legales. La justicia ordinaria está obligada a respetar tal decisión. Ella no podría hoy revivir la controversia decidida con pleno poder por el tribunal de Tunja y el Consejo de Estado. Las sentencias dictadas cegaron así toda fuente de indemnización para el señor Soler, originada en las actuaciones del gobierno de Boyacá relacionadas con las promociones de que fue objeto. Para que la justicia ordinaria pudiera examinar el derecho a los perjuicios hoy demandados, tendría que empezar por calificar el valor legal de los actos administrativos generadores de los perjuicios; pero ni esa es función propia que le corresponda; ni tampoco permite una revisión semejante el artículo 93 de la ley mencionada que dice: "Las sentencias definitivas ejecutoriadas de los Tribunales de lo Contencioso Administrativo son obligatorias y no están sujetas a revisión, por parte de la justicia ordinaria".

De lo expuesto fluye fácilmente la conclusión de que además de la incompetencia de jurisdicción declarada por el tribunal de Tunja en el fallo apelado, hay otro motivo para que la justicia ordinaria se inhiba de conocer de la demanda del señor Soler: la cosa juzgada.

Por tal motivo la Corte confirma el fallo materia del presente recurso de apelación.

Las costas del recurso a cargo del recurrente. Tásense.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente a la oficina de origen.

Aníbal Cardoso Gaitán.—José M. Blanco Núñez—Arturo Tapias Pilonieta.—Manuel Pineda Garrido, Srio.

OPOSICION A UNA PROPUESTA SOBRE EXPLORACION Y EXPLOTACION DE PETROLEOS

1.—A la luz de nuestro estatuto legal en materia de petróleos, para demostrar la propiedad privada del subsuelo y por consiguiente del petróleo que en éste pueda encontrarse, es necesario que se presente el título emanado del Estado expedido antes del 28 de octubre de 1874 y que se acredite ese dominio en cabeza del particular que lo alegue; o que a falta de título se presenten los documentos públicos de origen oficial que demuestren su existencia. 2.—La Sala sustentó en fallo anterior la tesis de que verificado el remate de una finca raíz antes del 28 de octubre de 1873 y aprobado también antes de la misma fecha por el Gobierno, aunque la diligencia respectiva se haya registrado años después los efectos del registro se retrotraen a la fecha del respectivo remate.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales. — Bogotá, junio ocho de mil novecientos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Arturo Tapias Pilonieta)

La Compañía de Petróleo "La Perla de Colombia", sociedad anónima domiciliada en la ciudad de Barranquilla, de nacionalidad colombiana, constituída y organizada de acuerdo con la escritura pública número 1089 de fecha 31 de agosto de 1937, de la notaría 2ª del circuito de Barranquilla, por conducto de su apoderado general en ejercicio doctor Jorge Hernán Latorre, formuló propuesta al Gobierno Nacional para la celebración de un contrato de exploración y explotación de petróleo de propiedad nacional en un lote de terreno de noventa y nueve mil quinientas veintitrés hectáreas con dos décimos de hectárea (99.523, 2 hects.), ubicado al oriente de la sierra de la Macarena en la región del río Guejar, jurisdicción del corregimiento de Uribe, intendencia del Meta, con los linderos que se expresan en el memorial contentivo de la propuesta.

Por haber encontrado que la propuesta del apoderado de "La Perla de Colombia, S. A." se ajustaba en general a las disposiciones legales y reglamentarias pertinentes, el ministerio de minas y petróleos, en resolución que lleva fecha 18 de junio de 1940, la aceptó y dispuso en consecuencia que se adelantara la respectiva tramitación.

— II —

El doctor Ignacio Escallón, obrando como apoderado de la compañía denominada "Union Oil Company of Nevada", sociedad debidamente legalizada en Colombia y con domicilio en la ciudad de Reno, Condado de Washoe, Estado de Nevada, Estados Unidos de América, formuló dentro del término legal oposición a la propuesta de la "Perla de Colombia, S. A." "Esta oposición —dice dicho apoderado en su memorial al ministerio de minas y petróleos— tiene únicamente por fin obtener que se excluya del globo de terreno a que se refiere la propuesta de 'La Perla de Colombia' una zona de terreno que mide aproximadamente trece hectáreas, según consta de los documentos que adjunto (plano e informe de un ingenie-

ro graduado), por formar tal zona parte integrante de un globo de terreno de propiedad particular de la 'Union Oil Company of Nevada', la cual es dueña del suelo y del subsuelo según lo acreditan los documentos y títulos que en copia auténtica acompaño". (Fl. 63 del c. de la oposición).

El ministerio de Minas y Petróleos, por medio de la resolución de fecha 20 de mayo del año próximo pasado admitió la oposición formulada por el doctor Escallón a nombre de la compañía poderdante y dispuso, en consecuencia, el envío del expediente a esta sala de la Corte para que se decida si es o no fundada dicha oposición, conforme lo dispone el artículo 5º de la ley 160 de 1936.

En la Corte ha sido sometido el negocio a la tramitación del juicio breve y sumario, que la precitada ley establece para el caso, habiendo llegado el momento de que la sala entre a definir la suerte de la oposición.

— III —

Para resolver se considera:

Las constancias de este expediente ponen de manifiesto en forma que no deja lugar a dudas y sin que sobre el particular haya habido controversia entre las partes, que en el lote de terreno de cuyo suelo y subsuelo se dice propietaria la compañía opositora, se superpone en una extensión aproximada de trece hectáreas, la propuesta hecha al gobierno nacional por la sociedad "La Perla de Colombia, S. A."

En efecto, a los folios 69 v. a 72 del cuaderno de la oposición obra el estudio hecho por la Sección Técnica del ministerio de minas y petróleos con fecha 17 de febrero de 1941, en el que después de un detenido análisis de los documentos y planos acompañados al memorial de oposición, sienta el ingeniero director de ese departamento administrativo las siguientes conclusiones generales en lo atinente a las pretensiones de la compañía "Union Oil Company of Nevada":

"1ª El lote de propiedad privada, denominado hoy 'Piedras' o 'Vilivil' y constante de 10.000 hectáreas, fue adjudicado por el Estado al señor Bernardo Herrera según remate de fecha 6 de octubre de 1873; este remate fue aprobado por el Secretario de Hacienda y Fomento según resolución fechada el 21 de octubre del mismo año, se verificó la entrega del terreno el 15 de noviembre siguiente, y los títulos respectivos fueron registrados el 10 de agosto de 1929.

"2ª La ubicación, cabida y linderos del citado lote constan de una manera clara y precisa en los títulos respectivos pero, al replantearlos, el ingeniero Manner encontró que la longitud del lineamiento I-H no es de 5.240 metros sino de 3.750 metros.

"3ª El plano presentado por el opositor —dibujado en escala de 1:50.000— está referido al mojón de arranque M-56 de la alinderación de 'La Perla de Colombia, S. A.' y a otros mojones astronómicos levantados por la Shell.

"4ª La superposición de la propuesta de 'La Perla de Colombia' en los terrenos de 'Piedras' o 'Vilivil' que se lee en el plano presentado es de 13 hectáreas, aproximadamente".

Como se ve, se trata de una cuestión técnica, cuya dilucidación estuvo a cargo del propio ministerio de minas y petróleos, sin la menor objeción de parte de las compañías interesadas en este negocio. Así las cosas, la Corte no puede menos que acoger sin reservas las tesis generales sustentadas en el estudio de la precitada dependencia administrativa, por cuanto ellas constituyen un inobjetable elemento de convicción que sirve para dejar totalmente definida la cuestión de hecho de que se viene hablando, esto es, que la propuesta de "La Perla de Colombia" se superpone en el lote de que pretende ser dueña exclusiva la sociedad "Union Oil Company of Nevada", en una

extensión aproximada de trece (13) hectáreas.

En el alegato presentado a la Corte por el señor apoderado de la compañía opositora se sintetizan de la siguiente manera las pretensiones de dicha compañía al formular la oposición materia de este fallo:

"1º Que el lote de 'Piedras' o 'Vilivil' es de propiedad particular de la Compañía denominada 'Union Oil Company of Nevada'.

"2º Que dicho lote de terreno salió del patrimonio nacional con anterioridad al 28 de octubre de 1873 sin que jamás haya vuelto a ese patrimonio.

"3º Y que como consecuencia de estos hechos dicho globo de terreno no es baldío como erróneamente lo supuso 'La Perla de Colombia' cuando formuló ante el Ministerio de Minas y Petróleos su propuesta para explorar y explotar petróleo en una área de terreno que comprende como se ha dicho una pequeña parte del lote denominado 'Piedras' o 'Vilivil'.

Por su parte el señor procurador delegado en lo civil, al conceptuar en nombre y representación de la nación, emite la siguiente opinión en lo atinente a las aludidas pretensiones de la compañía opositora:

"El examen de la titulación presentada por la parte opositora, en relación con los informes técnicos del Ministerio, llevan al suscrito al convencimiento de que el terreno a que se contrae la oposición salió legalmente del patrimonio del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873 y se halla comprendido dentro de los que son materia de la propuesta".

Se observa:

A la luz de nuestro estatuto legal en materia de petróleos, para demostrar la propiedad privada del subsuelo y por consiguiente del petróleo que en ésta pueda encontrarse, es necesario que se presente el título emanado del Estado expedido con anterioridad al 28 de octubre de 1873 y se acredite ese dominio en cabeza del particular que lo alegue; o a falta de título los documentos públicos de origen oficial que demuestren su existencia.

Para la Corte es también indiscutible que la documentación acompañada por la compañía "Union Oil Company of Nevada" a su memorial de oposición ante el ministerio del ramo, tiene el carácter de plena prueba en cuanto acredita que el Estado colombiano se desprendió con anterioridad a la fecha indicada del lote de terreno conocido con el nombre "Piedras" o "Vilivil", por los linderos que más adelante se expresan, y que a través de una serie de contratos de diversa índole ese dominio ha venido a radicarse en la actualidad en cabeza de la compañía opositora.

A esta conclusión ha llegado la Corte mediante el estudio de las siguientes pruebas:

1º Obra en el expediente la plena prueba de la adjudicación hecha por el Estado colombiano al señor Bernardo Herrera de las tierras baldías que éste remató en Villavicencio por ante el prefecto del Territorio Nacional de San Martín, en los términos y con las formalidades de que da cuenta el acta de la diligencia de remate de fecha **6 de octubre de 1873.** Acerca de la extensión y linderos de las referidas tierras se lee lo siguiente en la precitada acta, cuya copia auténtica aparece expedida por la Secretaría del Ministerio de la Economía Nacional, copia que fue tomada de los originales que obran en el tomo 20 de "Bienes Nacionales" del archivo del citado Ministerio.

"En el Correjimiento de Villavicencio, Capital del Territorio nacional de Sanmartín, a los seis días del mes de octubre de mil ochocientos setenta y tres, siendo llegados el día y la hora señalados para rematar en pública almoneda los terrenos baldíos situados en el correjimiento de Sanmartín, comprendidos dentro de los siguientes linderos: 'Del nacimiento del caño 'Acasias', aguas abajo de dicho caño hasta dar con el mojón

marcado en el plano con la letra I: de ahí, cinco mil doscientos cuarenta metros en línea recta en la dirección N. 55º, 30' al E., a dar al mojón H. del plano, situado a la orilla del caño de 'Malpaso': de ahí, aguas arriba de dicho caño, hasta su nacimiento: de ahí seis mil ciento veinte metros en línea recta en la dirección N. 9º al E. a dar al mojón B.: de ahí once mil treinta metros en línea recta con la dirección N. 72º al O. a dar al nacimiento del caño de 'Acasias', primer punto de partida: el cual globo de tierra que limita por el Norte, oriente i occidente, con terrenos baldíos, i por el sur con terrenos de la compañía de Colombia, comprende diez mil hectáreas de superficie, i ha sido solicitado en compra por el señor Bernardo Herrera; i para verificar el remate, el infrascrito prefecto, con asistencia de su secretario, se constituyó en audiencia pública, e hizo dar por voz del pregonero el siguiente pregón....."

Tanto el remate en mención como la correspondiente adjudicación fueron aprobados "definitivamente" por la Secretaría de Hacienda y Fomento en resolución dictada en esta ciudad el día 21 de octubre de 1873, cuya copia auténtica obra a los folios 2 a 2 v. del cuaderno Nº 2.

Vino luego la entrega de las tierras en referencia, con la intervención en la respectiva diligencia del Prefecto del Territorio de San Martín, según el texto del acta correspondiente que en copia autorizada obra a los folios 2 v. a 3 del cuaderno citado. Allí se dejó constancia de que en representación del señor Bernardo Herrera intervenía en dicha diligencia su apoderado el doctor Marcelino Gutiérrez A.

2º Al tenor de la escritura pública número 952 de 1º de junio de 1876 otorgada en la notaría 2ª de Bogotá, cuya copia auténtica y debidamente registrada obra en autos (fls. 23 a 24 v. del c. número 3), las tierras de que se trata pasaron a ser propiedad de la "Compañía Colombia", de conformidad con lo estipulado en la cláusula 4ª de dicho instrumento, pues allí se declaró por los contratantes, entre los cuales aparece el señor Bernardo Herrera en su calidad de socio de dicha compañía, "que las propiedades y valores de cualquiera naturaleza que sean, adquiridos por los socios colectiva o individualmente, por sí o por medio de otros, en los ditritos y aldeas mencionadas en el Estado del Tolima, y dentro de la actual jurisdicción del Corregimiento de San Martín en el territorio del mismo nombre, son de exclusiva propiedad de la 'Compañía Colombia', pues reconocen y confiesan los otorgantes que tales propiedades se han adquirido por cuenta de dicha Compañía y con fondos de ésta".

3º Mediante la escritura pública número 987 de fecha 17 de diciembre de 1886 de la notaría 2ª de Bogotá, copia de la cual obra también en autos debidamente autorizada y registrada (fls. 25, 26 y 27 del c. número 3), se liquidó la "Compañía Colombia" y en la respectiva liquidación las tierras de que trata fueron adjudicadas por partes iguales y proindiviso a don Luis Mejía M. y a la sociedad "Lorenzana y Montoya", constituída esta última por escritura pública número 253 de fecha 13 de abril de 1877 otorgada en la misma notaría 2ª de Bogotá. La escritura número 987 dice así en lo pertinente:

"Artículo segundo.—LOTE O HIJUELA DE LA COMPAÑIA de Lorenzana y Montoya y del señor LUIS MEJIA M.—A la Compañía de Lorenzana y Montoya y al señor Luis Mejía M., se les entregaron los bienes siguientes, los cuales se les adjudican proindiviso en plena, absoluta y exclusiva propiedad, por cuenta de las tres acciones que conjuntamente tenían en la Compañía de 'Colombia'—... Partida NOVENA. — Un globo de tierra llamado 'Piedras', que mide nueve mil novecientos noventa y nueve hectáreas, dos mil setecientos noventa y ocho metros cuadrados, situado en el corregimiento de San Juan de Arana —Distrito de San Martín— antiguo territorio de este nombre, del Departamento de Cundinamarca,

entre los caños de 'Acacias' y 'Malpaso' que adquirió la Compañía de 'Colombia' por remate que el socio Bernardo Herrera hizo el seis (6) de octubre de mil ochocientos setenta y tres (1873) en Villavicencio, ante el Prefecto del Territorio mencionado y que aprobó la Secretaría de Hacienda y Fomento de la República en veintiuno (21) del mismo mes. Se dio posesión del terreno por el citado Prefecto el quince (15) de noviembre de mil ochocientos setenta y tres (1873) por los linderos siguientes....."

Los linderos que se expresan en la escritura en referencia son los mismos de que trata el acta de la diligencia de remate del año de 1873. Y cabe observar que a partir de dicha escritura empieza a denominarse 'Piedras' el terreno rematado por el señor Herrera en el año citado, denominación que perdura a través de todos los contratos posteriores relacionados con el terreno en mención.

4º El día 24 de noviembre de 1893 y por escritura pública número 1.797 otorgada en la notaría 2ª de Bogotá, cuya copia auténtica y debidamente registrada obra a los folios 4 a 5 v. del c. número 3, la compañía "Lorenzana y Montoya" vendió a la sociedad "Herrera Restrepo Hermanos", constituída por escritura número 1.585 del 12 de noviembre de 1888, y al doctor Carlos Uribe, por partes iguales y proindiviso, la porción de las tierras que "Lorenzana y Montoya" había adquirido en virtud de la escritura número 987 del 17 de diciembre de 1886, relacionada en el punto anterior.

En la respectiva cláusula de la escritura número 1.797 se dice que la venta se refiere a un globo de tierra "de propiedad de la sociedad de "Lorenzana y Montoya", denominado **'Piedras'**, situado en el Corregimiento de San Juan de Arama, del Municipio de Uribe, del Territorio Nacional de San Martín el cual globo que queda entre los caños de **'Acacias'** y **'Malpaso'** mide nueve mil novecientos noventa y nueve hectáreas dos mil setecientos noventa y ocho metros cuadrados, y está comprendido dentro de los linderos siguientes: ....."

Los linderos a que alude el título en referencia son los mismos que se dan en la diligencia de remate de 1873.

5º Por medio de la escritura pública número 812 de fecha 29 de octubre de 1895, otorgada en la notaría 4ª de Bogotá, copia de la cual obra a fls. 28 a 31 v. del c. número 3, se constituyó la compañía "Uribe Hermanos", con la participación como socio del señor Carlos Uribe, quien por virtud de la cláusula octava se obligó a aportar a dicha sociedad "en plena y absoluta propiedad los bienes siguientes:..... d)—La mitad proindiviso de un globo de tierra denominado 'Piedras', situado en el Municipio de Uribe, Intendencia de San Martín, el cual globo queda entre el caño de 'Acacias' y el de 'Malpaso', mide nueve mil novecientos noventa y nueve hectáreas dos mil setecientos noventa y ocho metros cuadrados y está comprendido dentro de los siguientes linderos....."

Los linderos que se citan son los mismos a que alude la escritura No. 1.797, por medio de la cual adquirió el señor Uribe la mitad de las tierras que aparece aportando a la sociedad constituída por la escritura 812 en mención.

6º De acuerdo con lo estipulado en la escritura pública número 1.062 de 29 de mayo de 1896 otorgada en la notaría 2ª de Bogotá, cuya copia auténtica y registrada obra a fls. 32 a 36 del c. número 3, los señores Roberto Herrera Restrepo y Carlos Uribe, en su carácter de administradores de las sociedades "Herrera, Restrepo Hermanos" y "Uribe Hermanos", respectivamente, en uso de las facultades que a cada uno le fueron conferidas, constituyeron la sociedad civil colectiva "Herrera & Uribe", la que hasta el día de la escritura de su constitución había venido actuando como sociedad de hecho. Declaran los administradores que cada uno aporta a dicha sociedad la mitad proindiviso "de un globo de tierra denominado **'Piedras'**, situado en el municipio de Uri-

be, intendencia de San Martín, el cual globo queda entre el caño de Acacias y el de Malpaso, mide nueve mil novecientos noventa y nueve hectáreas dos mil setecientos noventa y ocho metros cuadrados y está comprendido dentro de los siguientes linderos: ....." (cláusulas 7ª y 9ª). Los linderos que se citan son los mismos a que aluden los títulos anteriormente relacionados.

7º Por medio de la escritura pública número 27 de fecha 27 de junio de 1910 otorgada ante el cónsul de Colombia en Londres y cuya copia obra a los folios 4 a 65 v. del c. número 2, traída al proceso con el lleno de todas las formalidades legales relativas a su autenticidad, el señor James E. Davies, en uso del poder que le confirieron las sociedades "Herrera Restrepo Hermanos", "Uribe Hermanos" y "Herrera & Uribe", transfirió, a título de venta, a la sociedad inglesa denominada "The H. & U. Rubber Coffee States Limited", con domicilio en Londres, "la plena y absoluta propiedad de los siguientes bienes raíces y muebles... e) Un globo de tierra denominado "Piedras" en que está comprendida la posesión de "Vilivil", con sus casas, corrales y demás anexidades, que mide nueve mil novecientas noventa y nueve hectáreas, dos mil setecientos cuarenta y ocho metros cuadrados (9.999 h. 2.748 m²), situado en el Corregimiento de San Juan de Arama, antiguo Municipio de Uribe, Intendencia de San Martín (Círculo de Registro de Villavicencio), en el antiguo Departamento de Cundinamarca). Dicho globo de tierra queda entre los caños de Acacias y Malpaso, son dueños de él proindiviso, por mitad, las Sociedades Herrera Restrepo Hermanos y Uribe Hermanos, según aparece de la escritura número mil sesenta y dos de veintinueve de mayo de mil ochocientos noventa y seis ante el Notario segundo de Bogotá (aporte de Herrera Restrepo Hermanos, partida 22 y aporte de Uribe Hermanos, partida 25), y linda, según la misma escritura así: ....." (Cláusula 5ª, fls. 45 a 48 del c. número 2). Los linderos que se transcriben en este título son los mismos de que tratan las escrituras anteriormente relacionadas.

8º La compañía "The H. & U. Rubber Coffee States Limited", según consta en la escritura de protocolización número 2.092 de 23 de diciembre de 1918 de la notaría primera de Bogotá, cuya copia debidamente registrada obra a fls. 6 a 22 v. del c. número 3, vendió a la sociedad denominada "Colombia States Limited", en los términos de la escritura de venta otorgada en Londres ante el respectivo notario el día 5 de junio de 1918, entre otros bienes, el mismo globo de tierra denominado "Piedras", por los linderos relacionados en los títulos anteriores. (Fl. 18 a 18 v. del c. número 3).

9º La escritura pública número 690 de 1º de abril de 1921 otorgada en la notaría primera de Bogotá, cuya copia auténtica y debidamente registrada obra a fls. 37 a 39 v. del c. número 3, da cuenta de que el señor José Manuel Restrepo, actuando en calidad de apoderado general de la compañía "Colombian States Limited", de acuerdo con las respectivas escrituras de poder que se citan en la número 690, transfirió, a título de venta, al señor Frederick Oskar Martin "el derecho de dominio o propiedad sobre los predios y bienes que a continuación se exprensa: ..... 30. Un globo de tierra llamado "Piedras", en que está comprendida la posesión de "Vilivil", con sus casas, corrales y toda clase de anexidades, y una extensión de nueve mil novecientas noventa y nueve hectáreas, dos mil setecientos cuarenta y ocho metros cuadrados (9.999 hects. 2.748 m²) en el Corregimiento de San Juan de Arama, antiguo Municipio de Uribe, Intendencia Nacional del Meta, por los siguientes linderos: ...." A continuación se transcriben los linderos de que tratan los títulos anteriores. (Cláusula 3ª, fls. 37 a 37 v. del c. número 3).

10º En la escritura pública número 468 de 3 de marzo de 1926 otorgada en

la notaría primera de Bogotá, cuya copia auténtica obra a fls. 47 a 48 v. del c. número 3, aparece el señor Frederick Oskar Martin declarando que la compra a que se refiere la escritura relacionada en el punto 9º anterior, en lo relativo al terreno de "Piedras" la hizo con dineros de la compañía "The Union Oil Company of Nevada", de suerte que "la adquisición hecha de los terrenos y derechos expresados y determinados en la citada escritura número seiscientos noventa (690) de primero de abril de mil novecientos veintiuno y de esta misma notaría fue y continúa siendo para la Unión Oil Company of Nevada, corporación incorporada conforme a las leyes del Estado de Nevada, en los Estados Unidos de América". (Cláusula 2ª y 3ª, fls. 47 del c. número 3). Tanto la compra hecha por el señor Martin de acuerdo con la escritura 690 como la declaración que posteriormente hizo en la escritura 468, fueron aceptadas por el gerente de "The Union Oil Company of Nevada", en los términos de la escritura número 1 de 16 de julio de 1926 otorgada ante el Cónsul de Colombia en los Angeles (E. U. de A.), cuya protocolización se hizo en la notaría primera de Bogotá el día 17 de junio de 1927 y bajo el número 1.791 (fls. 40 a 43 del c. número 3).

11º Finalmente, obra a los folios 61 a 62 v. del c. número 3 el certificado que con fecha 11 de octubre de 1940 expidió el registrador de instrumentos públicos y privados del circuito de Villavicencio, referente a las tierras de que se trata, y cuyo ordinal 11º es del siguiente tenor:

"12º Que del 6 de octubre de 1873 a hoy la finca de que se trata, en lo que se refiere a los que figuran como propietarios y al tiempo en que fueron dueños según los títulos citados, no aparece con hipoteca, embargo, censo ni demanda; no tiene condiciones resolutorias; ni limitaciones del dominio, a excepción de las de servidumbres de tránsito y uso de agua que se estipularon en el remate; no ha sido enajenada por la **Union Oil Company of Nevada** desde que la adquirió; no ha sido arrendada por escritura pública y sobre ella no pesa ningún contrato de anticresis.

"Lo que certifica en vista de los libros de Anotación de Hipotecas, de Autos de Embargo, de Demandas Civiles y de Registros números primero y segundo".

El señor procurador delegado en lo civil, al referirse al título emanado del Estado colombiano en cuya virtud éste se desprendió del dominio del terreno materia de la oposición, hace la siguiente observación:

"Y si bien es cierto que sólo en el año de 1939 aparece registrada la adjudicación hecha por el Estado a favor del señor Bernardo Herrera, con fecha **6 de octubre de 1873**, aprobada por Resolución de la Secretaría de Hacienda y Fomento el **21 de octubre del mismo año**, estima el suscrito que tratándose, como se trata, no de un acto civil de transferencia del dominio entre particulares, sino del desprendimiento del dominio administrativo del Estado sobre el terreno materia de la adjudicación, no le eran aplicables al acto las disposiciones del Código Civil sobre **tradición** del dominio de los inmuebles por medio del registro del título. El acto de adjudicación de baldíos es **administrativo**, no civil, si bien sus efectos se traducen en un derecho civil de dominio particular. Pero ello no quita al acto de adjudicación de baldíos, en sí mismo considerado, su carácter de **acto administrativo**, por medio del cual el Estado se desprende de su derecho de dominio, de carácter administrativo, no civil, sobre el baldío adjudicado, **desde el momento mismo en que el acto se consuma y queda en firme.** Así considerado el acto, la adjudicación obra como **título y modo** de adquisición del dominio, a un mismo tiempo".

Se observa:

Acerca de la cuestión jurídica a que alude el señor procurador esta sala ya ha

tenido la oportunidad de expresar su pensamiento.

En efecto, en fallo de fecha 13 de febrero de 1941 en cuya virtud se decidieron las oposiciones de varias personas a la propuesta hecha al gobierno nacional por el señor Jaime Gutiérrez para la celebración de un contrato sobre exploración y explotación de petróleos, la sala sustentó la tesis de que verificado el remate de una finca raíz antes del 28 de octubre de 1873 y aprobado también antes de la misma fecha por el gobierno, aunque la diligencia respectiva se haya registrado años después —que es precisamente el caso de autos— los efectos del registro se retrotraen a la fecha del respectivo remate. (G. J., Tomo LI, números 1971 y 1972, pág. 373, col. 2ª).

De las precedentes consideraciones surge necesariamente la conclusión de que las pretensiones de la compañía opositora deben ser acogidas por la Corte, a efecto de que de la propuesta de "La Perla de Colombia" se excluya en su integridad el lote de terreno materia de la oposición, cuyo dominio, como está visto, radica actualmente en cabeza de la compañía "Union Oil Company of Nevada".

— IV —

Sentencia

Por lo expuesto, la sala de negocios generales de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la república de Colombia y por autoridad de la ley, resuelve:

Declárase que es fundada la oposición de la compañía "The Union Oil Company of Nevada" a la propuesta de contrato hecha al gobierno nacional por la compañía "La Perla de Colombia" por medio del memorial de fecha 5 de abril de 1940 sobre exploración y explotación de petróleos en el lote de terreno a que se refiere el mismo memorial, oposición que formuló la compañía primeramente citada por intermedio de su apoderado doctor Ignacio Escallón en memorial presentado ante el ministerio de minas y petróleos, el día 14 de octubre de 1940.

Publíquese, notifíquese, cópiese y devuélvase el expediente al ministerio de minas y petróleos.

Aníbal Cardoso Gaitán.—José M. Blanco Núñez—Arturo Tapias Pilonieta—Manuel Pineda Garrido, Srio.

EXCEPCIONES

La disposición del artículo 232 del C. J. no es aplicable cuando se resuelve de plano sobre lo pedido en la demanda, como sucede en el juicio ejecutivo, pues en tales circunstancias procesales la *legimatio ad causam* debe hallarse plenamente establecida, así adjetiva como sustantivamente. Y de otro lado, la personería de los herederos con relación a la herencia, objetivamente considerada, no es *adjetiva*, sino *sustantiva*. Vale decir que los herederos no *representan* a la herencia a la manera que una persona representa a otra, sino que tienen un interés jurídico-económico propio en la masa herencial. Y esa personería de carácter sustantivo debe hallarse legalmente acreditada en el momento mismo de librarse la ejecución, a fin de que la obligación aparezca *clara* en lo que respecta al actual sujeto pasivo de ella.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales. — Bogotá, junio doce de mil novecientos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. José M. Blanco Núñez)

La Recaudación de Saldos Fiscales de Boyacá, con fecha 26 de abril de 1938, dictó mandamiento de pago a favor del Departamento de Boyacá y contra la sucesión del señor Roberto González, representada por sus herederos Lucila Rivadeneira v. de González, Lucila, Ana, Alicia, Blanca Inés, Carlos y Antonio José González Rivadeneira, por la suma de $ 2.112.63 y sus intereses. (Folio 36, cuaderno número 1). Este auto fue notificado a todas las personas que se han mencionado. (Folios 51 y 71, ibídem).

Sirvieron de base a esa ejecución:

1º—El auto de fenecimiento de 8 de junio de 1936 dictado por el Contralor General de Boyacá, cuya parte resolutiva dice: "Por lo brevemente expuesto, la Contraloría de Boyacá, RESUELVE: Fenecer definitivamente las cuentas de la Habilitación de la Contraloría General de Boyacá, relativas a todo el año de 1932 y enero, febrero, marzo y abril de 1933, de que fue responsable el doctor Roberto González, y hoy lo son sus fiadores señores Emilio Mantilla y José Alejandro Ruiz, y sus herederos legítimos familia González Rivadeneira, con un alcance líquido en su contra y a favor del tesoro de Boyacá, por la suma de dos mil setecientos noventa pesos con veintiún centavos ($ 2.790.21), suma que deberán consignar en la tesorería general del Departamento, dentro de los cinco días siguientes a la notificación de este auto".

2º—La sentencia del 27 de enero de 1938 proferida por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Tunja, que recayó sobre el recurso de apelación interpuesto contra el precitado auto de fenecimiento, el cual fue reformado en los siguientes términos: "En tal virtud el Tribunal impartiendo justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, reforma la providencia recurrida en el sentido de reducir el alcance decretado por la Contraloría, a la suma de dos mil ciento doce pesos con setenta y tres centavos ($ 2.112.63) moneda legal, suma ésta que deberá ser consignada en la oficina de caja correspondiente dentro de los cinco días siguientes a la ejecutoria de esta providencia".

Con motivo de un pliego de excepciones presentado a nombre de todos los ejecutados por el apoderado de éstos, doctor Julio César Camargo, y que aparece en el folio 3 del cuaderno número 2 de este expediente, el asunto pasó al Tribunal Superior de Bogotá. Esta entidad, por auto del 24 de julio de 1939 (cuaderno número 2, folio 12), declaró "nula toda la actuación adelantada en el juicio ejecutivo, a partir del auto mandamiento de ejecución de fecha veintiséis de abril del año próximo pasado, (fl. 36), en adelante". (Cuaderno número 1, folio 36).

Para declarar tal nulidad se fundó el Tribunal precitado en la causal contemplada en el artículo 451, ordinal 3º, del Código Judicial, consistente en que no se les había notificado previamente a los herederos el título ejecutivo contra su causante (artículo 1434 del C. C.).

Devuelto el negocio al Ejecutor Fiscal, éste, sin notificar a los herederos el título ejecutivo, o sea, sin obedecer lo resuelto por el Tribunal, procedió a librar nueva orden de pago por la vía ejecutiva contra los herederos del señor Roberto González, señores Lucila Rivadeneira v. de González, Anita González de Gómez, Lucila González de Saavedra, Blanca, Alicia, Carlos y Antonio José González, en auto que lleva fecha 14 de agosto de 1939 (folio 1, cuaderno número 4).

Promovido nuevo incidente de excepciones por el mismo apoderado, doctor Camargo, a nombre de todos los ejecutados, con excepción de Blanca González (cuaderno número 4, folio 19), dicho incidente fue decidido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en sentencia del 7 de marzo de 1941, en la cual declaró no probadas las excepciones propuestas por la parte ejecutada en este juicio.

Por apelación de esta sentencia de excepciones ha subido el negocio a esta Superioridad, la cual procede a decidir el recurso previas estas consideraciones:

Antes que todo, es oportuno advertir que en este juicio ejecutivo, el apoderado de los excepcionantes alega ante la Corte (folio 2, cuaderno número 6), que por cuanto no ha sido notificada del segundo recaudo ejecutivo la señorita Blanca González, una de las personas contra quienes se dirige la presente acción ejecutiva y a quien se refiere también el nuevo mandamiento de pago, ni se ha notificado el título ejecutivo, como fue ordenado por el Tribunal, es el caso de revocar la sentencia apelada, y pide que, en consecuencia, se disponga que no se puede seguir adelante la ejecución mientras no sea notificada la señorita Blanca González R. del referido auto, se revalide la actuación anulada y se notifique a los herederos el título ejecutivo.

A este respecto, considera la Corte que, si bien es verdad que cuando la parte ejecutada es múltiple la notificcaión a sólo una de las personas ejecutadas no se tiene por surtida ni produce los efectos procesales consiguientes, en el caso de autos la que se dice no estar notificada de la nueva providencia ejecutiva,, Blanca González, ha constituído un apoderado judicial (cuaderno número 4, folio 17), con quien se ha seguido el juicio y quien, además, desde el primer momento pudo echar de menos esta irregularidad, que ha quedado subsanada por el hecho de haber actuado dicho apoderado sin pedir antes de ahora la declaración de tal nulidad: artículo 450 del C. J., numeral 4º, parte final.

Por otra parte, tampoco sería el caso de una declaración de nulidad, el hecho de que la notificación de los títulos que sirven de recaudo en esta ejecución, hayan sido notificados a los herederos del causante dentro de una actuación declarada nula, pues el requisito de la notificación exigida por la ley tiene por objeto el que los herederos tengan conocimiento de la existencia de la deuda hereditaria, y ese conocimiento, en que por la respectiva notificación quedaron los herederos acerca de la existencia del crédito contra su causante, no se destruye por

el hecho de que se haya anulado la actuación correspondiente. Ellos no podrán ignorar ya la existencia del título a cargo del **de cujus**.

Por tanto, procede ahora entrar en el estudio y decisión de las excepciones propuestas en agosto 21 de 1940, por parte de los ejecutados, por segunda vez (folio 19, cuaderno número 4).

El apoderado de los excepcionantes se expresa así:

"Estando dentro del término que consagra el artículo 1025 del Código Judicial propongo en el juicio mencionado las excepciones siguientes:

"1. La de ineficacia e invalidez del instrumento que sirve de base de recaudo ejecutivo; 2. La de nulidad del instrumento de recaudo ejecutivo, y 3. La de ilegitimidad de la personería de la parte ejecutada.

"Cuando estaba en tramitación el juicio de cuentas en la Contraloría General del Departamento de Boyacá al cual recayó el auto de fenecimiento definitivo número 1206 de fecha ocho de junio de mil novecientos treinta y seis que fue modificado por el Tribunal Seccional de lo Contencioso Administrativo de Tunja y que sirve como base de ejecución, acaeció el fallecimiento del doctor Roberto González. Los autos de glosas dictados en el mencionado juicio después de la muerte del doctor González solamente les fueron notificados a los señores José Alejandro Ruiz y Emilio Mantilla en la condición de **fiadores solidarios** del doctor González. El auto número 1206 de fecha ocho de junio de mil novecientos treinta y seis les fue notificado personalmente a los mencionados señores Ruiz y Mantilla. La resolución proferida por el Tribunal Seccional de lo Contencioso Administrativo de Tunja que modificó el auto de fenecimiento definitivo no fue notificada personalmente a ninguno de los fiadores ni a los herederos representantes del doctor Roberto González.

"La notificación que se hizo al señor Carlos González R. el nueve de julio de mil novecientos treinta y seis del auto de fenecimiento definitivo número 1206 carece de validez por no haber sido autorizada por el Secretario de la oficina comisionada al efecto, pues solamente la autorizan los detectives Silvio Acevedo y Segundo Ojeda. Además, el señor Carlos González R. no tenía la representación legal ni judicial de los herederos del doctor Roberto González.

"El artículo 370 del Código Judicial reza: 'Los términos no corren en un negocio determinado... 2º Por muerte de alguno de los litigantes, hasta que se haga saber a quien debe representarlo que puede seguir interviniendo en el juicio'. Y en el expediente contentivo del juicio de cuentas brilla por su ausencia el cumplimiento de la disposición transcrita; no se les hizo notificación alguna a los herederos del doctor González de los autos dictados después de su fallecimiento. Por esa omisión lo actuado quedó herido de nulidad.

"La fianza constituída por los señores José Alejandro Ruiz y Emilio Mantilla —aunque lleva la condición de solidaria— lo fue únicamente por la cantidad de quinientos pesos ($ 500.00), es decir, quedó limitada a esta cantidad, según se ve del documento de aseguro suscrito por el doctor González para poder entrar a ejercer la Habilitación de la Contraloría General de Boyacá. De suerte, pues, que las notificaciones personales hechas a los señores Ruiz y Mantilla en el juicio de cuentas solamente tienen valor jurídico en cuanto hace relación a la cantidad asegurada por ellos y nada más. Y en cuanto excede de tal cantidad no pudieron producir efecto legal alguno por falta de interés en ello.

"La Corte Suprema de Justicia en Sala de Negocios Generales, ha dicho: 'Todas estas consideraciones hacen creer a la Corte que el dicho título ejecutivo, por carecer de ciertas formalidades procesales, que no son tan solo de forma sino que encierran la garantía de derechos sustantivos, no es un título perfecto; que no es

eficaz para adelantar una ejecución, pues carece de los requisitos que se prescriben para que esta clase de instrumentos puedan dar lugar a que se dicte mandamiento ejecutivo. En el sentir de la Corte el título que se estudia está viciado de nulidad'. La doctrina transcrita es aplicable al caso contemplado en el juicio de que hago mérito.

"El artículo 1434 del C. C. dice: 'Los títulos ejecutivos contra el difunto lo serán igualmente contra los herederos; pero los acreedores no podrán entablar o llevar adelante la ejecución, sino pasados ocho días después de la notificación judicial de sus títulos'. Se omitió la previa notificación de los títulos a los herederos y por ese aspecto aparecè de bulto, brilla al ojo la ilegitimidad de la personería sustantiva de la parte ejecutada.

"Cuando hay hijos legítimos como en el caso de autos, la cónyuge sobreviviente no tiene la representación legal del marido premuerto. En ese evento se encuentra la señora Lucila R. v. de González.

"No se descubre de autos el estado civil de los ejecutados señalados como representantes herederos del doctor González. La confesión judicial no sirve para la comprobación del estado civil".

Estima la Corte que en relación con la falta de notificación a los herederos de Roberto González, alegada como el primero y principal medio de defensa, ha quedado desvirtuada la excepción que se apoya en ese hecho, por el certificado del Contralor General de Boyacá, en el cual se dice: "Es evidente que en el cuaderno principal del juicio de cuentas seguido contra el doctor Roberto González, no aparece la partida de defunción de éste, pero dicha partida figura en el cuaderno número 2, visible al folio 7. Por otra parte, **las notificaciones no solamente se hicieron a los herederos del doctor Roberto González,** sino también a sus fiadores, y dichas notificaciones fueron hechas conforme a lo dispuesto en la ordenanza 18 de 1926, artículos 22 y 28, que dicen: "Artículo 22. Cuando por muerte o ausencia del responsable de una cuenta o por cualquier otro impedimento no se obtuviere de él la formación y rendición de las cuentas, deberán formarlas y presentarlas los fiadores de preferencia, y a falta de éstos, los herederos y en general las personas llamadas por la ley a representar la sucesión'. 'Artículo 28. Los autos de alcance líquido serán notificados personalmente, y si esto no fuere posible, por Edicto que será fijado durante treinta días y publicado por tres veces en el periódico oficial del departamento. Surtida la notificación en cualquiera de estas dos formas, los autos quedarán ejecutoriados dentro de los tres días siguientes'. Lo mismo disponen los artículos 21 y 22 de la ordenanza 44 de 1929. También fue notificado el auto número 1206 personalmente a los fiadores, señores José Alejandro Ruiz y Emilio Mantilla, y al señor Carlos González Rivadeneira, y **por edicto que figura publicado en 'El Boyacense', números 1634, 1635 y 1636.**

"... Es verdad que la providencia dictada por el H. Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Tunja, no fue notificada personalmente a los interesados. en el juicio de cuentas seguido contra el doctor Roberto González, y a sus fiadores los señores Emilio Mantilla y José Alejandro Ruiz. **Dicha providencia se notificó por edicto** que permaneció fijado en un lugar público de la Secretaría del Tribunal, desde el dieciséis hasta el veintidos de febrero de mil novecientos treinta y ocho (el día veinte feriado"). (Ha subrayado la Sala).

En cuanto a la ausencia de una previa notificación de los títulos ejecutados a los herederos de Roberto González, ya quedó analizado este aspecto de las excepciones propuestas. Por tanto, después de lo ya expuesto sobre este punto, se llega a la conclusión de que, por esta parte, carece de fundamento el hecho exceptivo alegado.

En lo que concierne a la condición de herederos de Roberto González, que el auto ejecutivo asigna a los ejecutados,

está comprobado en el expediente, a folios 30 a 32 del cuaderno número primero, que los señores Lucila, Ana, Alicia, Blanca Inés, Carlos y Antonio José González Rivadeneira fueron declarados como herederos del señor Roberto González. Esa comprobación se hizo por medio del informe que el Registrador de Tunja dirigió al Recaudador de Saldos de Boyacá.

Por consiguiente, son los precitados señores los llamados a responder por las deudas hereditarias.

Importa reproducir aquí el concepto del señor Procurador Delegado en lo Civil al referirse a la afirmación del Tribunal **a quo** de que no es legalmente necesaria la demostración del carácter de heredero que los ejecutados tienen respecto del causante Roberto González, pues considera la Corte que el concepto del distinguido funcionario que representa a la parte ejecutante, es el que responde a la juridicidad de esta actuación.

El mencionado concepto es del tenor siguiente:

"No comparto, sin embargo, la tesis de que no hay necesidad de acreditar la calidad de herederos en el momento mismo de promoverse la ejecución contra la herencia del deudor. De un lado, la disposición del artículo 232 del Código Judicial no es aplicable cuando se resuelve de plano sobre lo pedido en la demanda, como sucede en el juicio ejecutivo, pues en tales circunstancias procesales la **legitimatio ad causam** debe hallarse plenamente establecida, así adjetiva como sustantivamente. Y de otro lado, la personería de los herederos con relación a la herencia, objetivamente considerada, no es **adjetiva** sino **sustantiva.** Vale decir que los herederos no **representan** a la herencia a la manera que una persona representa a otra, sino que tienen un interés jurídico-económico propio en la masa herencial. Y esa personería de carácter sustantivo debe hallarse legalmente acreditada en el momento mismo de librarse la ejecución, a fin de que la obligación aparezca clara en lo que respecta al actual sujeto pasivo de ella".

Evidentemente se observa que en relación con la señora Lucila Rivadeneira v. de González no aparece acreditada la calidad de heredera del causante señor Roberto González, ni tampoco la de cónyuge supérstite, y en consecuencia, contra ella no cabe librar la ejecución para la efectividad de créditos a cargo de Roberto González', por las mismas razones arriba anotadas respecto a los herederos.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, REVOCA el fallo apelado, y en su lugar RESUELVE:

1º Decláranse infundadas las excepciones propuestas por el señor doctor Julio César Camargo, en representación de Lucila, Anita, Alicia, Carlos y Antonio José González.

2º Declárase improcedente la ejecución iniciada contra la señora Lucila Rivadeneira v. de González, por no aparecer comprobado su carácter de heredera o de cónyuge sobreviviente del doctor Roberto González.

En consecuencia, siga adelante la ejecución contra los demás ejecutados o sea, con excepción de la citada señora Lucila Rivadeneira v. de González.

Las costas del incidente son de cargo de los excepcionantes señores Lucila, Anita, Alicia, Carlos y Antonio José González.

Notifíquese, publíquese, cópiese y devuélvase.

Aníbal Cardoso Gaitán—José M. Blanco Núñez—Arturo Tapias Pilonieta—Manuel Pineda Garrido, Secretario en propiedad.

NO SE REPONE EL AUTO RECLAMADO. — PAPEL SELLADO PARA LA ACTUACION.—AGENTES DEL MINISTERIO PUBLICO. — TRASLADO

1.—El artículo 353 del C. J. se refiere al papel que las partes interesadas deben suministrar para el repartamiento, y a los términos en que ese suministro deba hacerse. El Estado, los Departamentos y los Municipios nada tienen que ver con la mencionada disposición, puesto que están exentos de esa obligación, que el artículo que se estudia impone a los litigantes ordinarios. Y no vale la razón de que el término para suministrar papel lo concede la ley en previsión de que el apelante lo necesita para conseguir apoderado, porque en el presente caso, y en todos aquellos en que interviene en el litigio una entidad de derecho público, ésta no puede carecer de representantes, ya que esa representación es una de las funciones que obligatoriamente corresponde a los señores agentes del Ministerio Público. Por lo que no puede entenderse que el término que concede el artículo 353 del C. J. para el suministro de papel (en la Corte treinta días cuando la apelación es de un auto interlocutorio y sesenta si se trata de una sentencia), haya querido reemplazarlo el legislador con un traslado de cinco días para el representante de las entidades de derecho público. Entre el artículo 353 y el 502 no hay relación alguna. El primero solamente se refiere a los litigantes ordinarios, por las razones que acaban de exponerse, y el traslado de que trata el segundo sólo en los casos en que en el litigio intervienen los agentes del Ministerio Público. Además, no deben confundirse los privilegios que la ley otorga a los agentes del Ministerio Público —en su calidad de tales— con los que concede a las entidades de derecho público. Los que aquellos tienen en los juicios los han recibido en virtud de la personería especial que la ley les asigna y no de la calidad de la entidad que representen; podría entenderse de otra manera si sus funciones estuvieran reducidas a la representación de esas entidades, pero esa no es su función única, sino todas las comprendidas en el Título XL del Libro Primero del C. J.; ellos representan a la sociedad, son colaboradores de las personas y entidades encargadas de administrar justicia y no representantes exclusivos de las entidades de derecho público. Sus privilegios, se repite, los concede la ley de procedimiento en virtud de la personería que ella misma les otorga y no en razón de la entidad que representan. 2.—El artículo 502 del C. J. determina que el traslado se debe correr al Agente del Ministerio Público, *en los casos en que él debe intervenir* y no para aquellos en que es parte en el negocio alguna entidad de derecho público. Cuando un Departamento tiene constituídos apoderados especiales en un pleito, la intervención del Agente del Ministerio Público no es necesaria.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, veintidós de junio de mil novecientos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Aníbal Cardoso Gaitán)

El doctor Juan Francisco Mújica, en memorial presentado el once de mayo anterior y en su calidad de apoderado especial del Departamento del Tolima, interpone recurso de reposición contra la providencia de treinta de abril último, proferida por esta Sala, que resolvió so-

bre el incidente de nulidad propuesto en este negocio, por el mismo abogado, a nombre de la entidad mencionada. El pedimento se tramitó conforme lo ordena el artículo 488 del C. J. y ha llegado la oportunidad de decidirlo.

Así explica el señor apoderado especial del Departamento del Tolima los fundamentos del recurso que interpone:

"La actuación se adelanta de oficio (artículo 348 del C. J.) y en tratándose del Estado, los Departamentos y los Municipios, quienes no tienen obligación de suministrar papel, el secretario lo toma del que haya en la oficina (artículo 346 ibídem).

"Según el artículo 353 de la misma obra, el apelante tiene el deber de suministrar, por lo menos, dos hojas de papel sellado para el repartimiento, so pena de incurrir en la sanción allí prevista. Esta disposición es, al mismo tiempo, una defensa para el apelante, puesto que tiene un término dentro del cual, sin angustias, puede buscar su apoderado y estudiar la conveniente (sic) o nó de sostener el recurso y las razones jurídicas en que lo va a apoyar. El Tribunal Superior de Bogotá, en acuerdo que figura en estrados tiene dispuesto en obedecimiento a esta sana aplicación del artículo que sólo el apelante puede suministrar el papel para el repartimiento.

"De lo anterior resulta que lo dispuesto en el artículo 502 no es una formalidad inocua exigida caprichosamente por el legislador cuando interviene en un proceso el Ministerio Público, y por consiguiente, desde el punto de vista de su objetivo, debe cumplirse cuando la parte es el Estado, un Departamento o un Municipio, aun cuando hayan constituído apoderados especiales. Esto debido, como lo reiteramos, a que la tramitación se continúa de oficio en el papel de la Secretaría, y por consiguiente esas personas de derecho público no gozarían de las ventajas anotadas para las personas particulares.

. . . . . .

"El hecho escueto es que a los representantes del Departamento del Tolima en este negocio, no se les notificó ni personalmente ni por estado el auto de 27 de noviembre de 1941, a pesar de que tales apoderados tienen personería suficientemente reconocida por esa misma Corte. El memorado auto termina ordenando que se notifique, de modo que por disposición de la misma Sala se dispuso la notificación de esa providencia. A quién debía notificarse? La respuesta es elemental: debía notificarse al actor señor González y al Departamento del Tolima por medio de uno de sus apoderados".

De los apartes que acaban de transcribirse se desprenden dos argumentos principales expuestos por el señor apoderado del Departamento del Tolima, que pasan a considerarse en seguida.

1º Estima el señor apoderado del Departamento que del artículo 353 del C. J. no se desprende para el apelante solamente la obligación de suministrar dos hojas de papel sellado para el repartimiento, sino que también, al conceder un término para ese suministro, puede, sin angustias, buscar su apoderado, estudiar la conveniencia o inconveniencia del recurso y las razones jurídicas en que debe sustentarlo. Y al observar que las entidades de derecho público no tienen la obligación anotada, puesto que la tramitación debe continuarse de oficio en el papel de la Secretaría, concluye que sin embargo estas entidades no deben carecer de la ventaja que la disposición que se comenta concede a las personas particulares.

Con base en este razonamiento el señor apoderado afirma que el artículo 502 del C. J. debe interpretarse extensivamente, en el sentido de que el traslado al Ministerio Público, de que trata, debe darse a

los apoderados de las entidades de derecho público cuando ellos actúan.

La Sala observa:

La disposición contenida en el artículo 353 del C. J. se refiere al papel que las partes interesadas deben suministrar para el repartimiento, y a los términos en que ese suministro deba hacerse. El Estado, los Departamentos y los Municipios nada tienen que ver con la mencionada disposición puesto que, conforme lo advierte el propio recurrente, están exentos de esa obligación, que el artículo que se estudia impone a los litigantes ordinarios. Y no vale la razón de que el término para suministrar papel lo concede la ley en previsión de que el apelante lo necesita para conseguir apoderado, porque en el presente caso, y en todos aquellos en que interviene en el litigio una entidad de derecho público, ésta no puede carecer de representantes ya que esa representación es una de las funciones que obligatoriamente corresponde a los señores agentes del ministerio público. Por lo que no puede entenderse que el término que concede el artículo 353 del C. J. para el suministro de papel (en la Corte treinta días cuando la apelación es de un auto interlocutorio y sesenta si se trata de una sentencia) haya querido reemplazarlo el legislador con un traslado de cinco días para el representante de las entidades de derecho público.

La relación que el señor apoderado quiere encontrar entre los artículos 353 y 502 del C. J. no existe. El primero solamente se refiere a los litigantes ordinarios, por las razones que acaban de exponerse, y el traslado de que trata el segundo sólo en los casos en que en el litigio intervienen los señores Agentes del Ministerio Público.

Además, no deben confundirse los privilegios que la ley otorga a los Agentes del Ministerio Público —en su calidad de tales— con los que concede a las entidades de Derecho Público. Los que aquellos tienen en los juicios los han recibido en virtud de la personería especial que la ley les asigna y no de la calidad de la entidad que representan; podría entenderse de otra manera si sus funciones estuvieran reducidas a la representación de esas entidades, pero esa no es su función única, sino todas las comprendidas en el TITULO XI del LIBRO PRIMERO del C. J.; ellos representan a la sociedad, son colaboradores de las personas y entidades encargadas de administrar justicia y no representantes exclusivos de las entidades de derecho público. Sus privilegios, se repite, los concede la ley de procedimiento en virtud de la personería que ella misma les otorga y no en razón de la entidad que representan.

2º La segunda argumentación expuesta por el señor apoderado del Departamento hace consistir la nulidad que alega en el hecho de que a los representantes de la mencionada entidad no se les notificó ni personalmente ni por estado la providencia de 27 de noviembre de 1941; y agrega que la Corte no puede prescindir deliberadamente de esos apoderados especiales.

En la providencia recurrida dijo la Sala:

"El Código Judicial, en el artículo 502, fija las reglas procesales que se debieron aplicar en el recurso interpuesto, así: 'Repartido el expediente, el Juez o Magistrado ordena que el negocio se fije en lista por el término de cuatro días, y que previamente se corra traslado del proceso al Ministerio Público por un lapso de cinco días en los casos en que él debe intervenir... Vencido el término de la fijación en lista, dentro del cual pueden las partes presentar sus alegatos, el superior decide'. (Se subraya ahora).

"Es evidente que en la tramitación del recurso de apelación del auto interlocutorio de fecha 17 de octubre de 1940 hubo una redundancia que por sí no llega a generar nulidad de ninguna clase. Consistió en seguir la norma general de correr traslado al Procurador Delegado en lo Civil como persona que representa legalmente ante la Corte a la entidad de de-

recho público, llamada Departamento, siendo así que no necesitaba intervenir".

La Sala considera oportuno reafirmar los conceptos así expresados en esa decisión. El artículo 502 del C. J. determina que el traslado se debe correr al Agente del Ministerio Público, en los casos en que él debe intervenir, y no para aquellos en que es parte en el negocio alguna entidad de derecho público. En el juicio que ahora ocupa la atención de la Sala, el Departamento del Tolima tiene constituídos apoderados especiales, de acuerdo con lo establecido por el artículo 173 del C. J., y es a esos apoderados a quienes corresponde actuar en el juicio en representación de esa entidad y no a los señores Agentes del Ministerio Público, quienes en este caso no intervienen; al no ocurrir la intervención prevista en el artículo 502, no tiene aplicación ninguna la parte que se refiere al traslado de cinco días, puesto que él sólo se surte para el caso allí contemplado.

Con la expedición de la providencia de veintisiete de noviembre de mil novecientos cuarenta y uno solamente se cumplió una norma de carácter general, corriendo traslado al señor Agente del Ministerio Público, a pesar de que no intervenía en el negocio. Hubo, como ya se dijo, una redundancia en la citada providencia, cuya notificación en nada perjudica a la parte recurrente, puesto que ella debe apersonarse del negocio, no en virtud de un traslado, el que solamente debe darse en los casos en que intervienen los señores Agentes del Ministerio Público, por disposición expresa del Código, sino teniendo en cuenta el auto que ordenó la fijación en lista y que fue notificado legalmente a las partes. El hecho de que la providencia de veintisiete de noviembre de mil novecientos cuarenta y uno no se hubiera notificado, ni personalmente ni por estado, lo explica la circunstancia de que se profirió una providencia supérflua, innecesaria y cuyo cumplimiento o incumplimiento ninguna consecuencia puede traer al juicio.

Las consideraciones que acaban de exponerse reafirman a la Sala en su concepto de tener un sólido fundamento jurídico la providencia de cuya reposición se trata y por ello estima inprocedente su revocación.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, CONFIRMA su decisión proferida el treinta de abril de mil novecientos cuarenta y dos en ese mismo negocio.

Cópiese y notifíquese.

PROPOSICION SOBRE EL RETIRO DEL DOCTOR ABSALON FERNANDEZ DE SOTO

La Corte Suprema de Justicia registra con pena el retiro del doctor Absalón Fernández de Soto del cargo de Magistrado, que venía sirviendo con notoria eficacia y desvelado empeño, y que priva a la Corporación de su concurso inteligente y patriótico. Formula asímismo votos por el éxito de sus nuevas labores como Ministro de Educación Nacional.

Comuníquese al doctor Fernández de Soto y publíquese en la **Gaceta Judicial.**

INDICE

Páginas

EDITORIAL. — RELACIONES INTERNACIONALES ENTRE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA Y LAS DEL PERU Y ECUADOR 591

SALA DE CASACION CIVIL

ACCION ORDINARIA SOBRE NULIDAD DE UN CONTRATO. No se casa la sentencia de 21 de mayo de mil novecientos cuarenta y uno proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá. Magistrado ponente, doctor Hernán Salamanca 594

ACCION DE NULIDAD POR SIMULACION. No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Ibagué en el ordinario promovido por Matías Avila R. contra Alejandro Riaño. Magistrado ponente. doctor Ricardo Hinestrosa Daza 601

DECLARACION DE NULIDAD DE UN CONTRATO DE COMPRAVENTA. — DISPOSICIONES A QUE DEBEN SOMETERSE LAS COMPAÑIAS EXTRANJERAS CON NEGOCIOS ESTABLECIDOS O POR ESTABLECER EN COLOMBIA — SU LEGALIZACION. — LEYES QUE RESPECTO DE SOCIEDADES HAN REGIDO EN LA REPUBLICA. — DECRETO NUMERO 2 DE 1906. — Se casa la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta en el ordinario de Willy Schuttmann contra la United Fruit Company. Magistrado ponente: doctor Ricardo Hinestrosa Daza. 603

ACCION DE NULIDAD DE UN TESTAMENTO. Se casa la sentencia recurrida y se confirma la de primer grado en el juicio de José María, Emiliana, Clara Rosa y Eusebio Ramírez contra Julio Gómez R., Jesús y Policarpo Ramírez y Juan N. Aristizábal. Magistrado ponente: doctor Liborio Escallón 611

ACCION PARA OBTENER LA DECLARACION DE BIENES VACANTES—POSESION DEL COMUNERO. Se infirma la sentencia proferida por el Tribunal Superior de fecha 16 de diciembre de mil novecientos cuarenta y se confirma la de primera instancia. Magistrado ponente: doctor José Miguel Arango 618

OPOSICION A LA POSESION DE UNA MINA—QUIEN DEBE ENTENDERSE POR PRIMER DESCUBRIDOR DE UNA MINA. AVISO DE MINAS. No se casa la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira el 2 de junio de 1941. Magistrado ponente: doctor Fulgencio Lequerica Vélez.. 623

ACCION REIVINDICATORIA PREPOSICION. No se casa la sentencia proferida por el Tribunal de Bogotá en el juicio ordinario de Federico Caicedo contra la sociedad Peláez y Montoya. Magistrado ponente: doctor Isaías Cepeda 630

ACCIONES DE NULIDAD DE UN

Páginas

CONTRATO, DE UN JUICIO EJECUTIVO, etc. No se casa la sentencia recurrida en el juicio ordinario de Pedro Pablo Palacio y sus menores hijos contra Honorio Quintero y Pastor Duarte. Magistrado ponente: doctor Liborio Escallón 634

RESPONSABILIDAD POR CULPA. PERJUICIOS — APRECIACION DE PRUEBAS. No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el ordinario de Pedro León Ortiz y Susana Reyes de Ortiz contra la Compañía del Ferrocarril de Cundinamarca, S. A. Magistrado ponente: doctor Hernán Salamanca 638

ACCION DE EXCLUSION DE UNA FINCA RAIZ DE UNOS INVENTARIOS— SUBROGACION—REGISTRO. No se casa la sentencia recurrida en el juicio ordinario de Petronila y María Soto Díaz contra Antonio Soto y otros. Magistrado ponente: doctor Fulgencio Lequerica Vélez 646

ACCION PARA EL PAGO DE PERJUICIOS—RIESGO. No se infirma la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá el 11 de julio de 1941, en el ordinario de Alirio Duque Olano contra la Compañía de Petróleos Shell de Colombia. Magistrado ponente: doctor José Miguel Arango 652

ACCION PARA EL PAGO DE PERJUICIOS—CULPA—SUS FUENTES—EXCEPCION ADIMPLETI CONTRACTUS — TEORIA DEL RIESGO. Se casa parcialmente la sentencia recurrida en el ordinario de Carlina Montoya contra el Municipio de Medellín. Magistrado ponente: doctor Liborio Escallón. 656

PERJUICIOS — ABUSO DEL DERECHO POR PARTE DE LA ENTIDAD DE DERECHO PUBLICO—ALCANCE DEL ARTICULO 635 DEL CODIGO JUDICIAL. Se casa parcialmente la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior de Pereira el 14 de agosto de 1941, en el juicio ordinario de Rafael Londoño C. contra el Municipio de Pereira. Magistrado ponente: doctor Fulgencio Lequerica Vélez 663

CONTRADICCION A UN DESLINDE. No se casa la sentencia recurrida o sea la pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales en el juicio especial de The Western Andes Mining contra Juan de la C. Piedrahita y Tulio Ramírez. Magistrado ponente: doctor Ricardo Hinestrosa Daza 671

REIVINDICACION PARA LA SOCIEDAD CONYUGAL SOLICITADA POR PARTE DE LA MUJER CASADA, CUYOS BIENES SE VENDIERON POR EL MARIDO EN CONTRAVENCION A LO DISPUESTO POR LA LEY 28 DE 1932. Se casa parcialmente la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior de Bogotá el primero de agosto de 1941, en la demanda de acción reivindicatoria de Belén Caballero contra Nicolás Romanoswski. Magistrado ponente: doctor Hernán Salamanca 677

ACCION REIVINDICATORIA. REIVINDICACION — VIABILIDAD DE LA ACCION REIVINDICATORIA. Se casa la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio del señor Enrique Uribe contra el Municipio de Bogotá. Magistrado ponente: doctor Isaías Cepeda. 687

Páginas

SALA DE CASACION EN LO CRIMINAL

HOMICIDIO — ASESINATO—QUE DEBE ENTENDERSE POR "CONCURSO RECIPROCO.— CUANDO ENTRAÑA NULIDAD LA INCOMPETENCIA DE JURISDICCION. No se invalida el fallo del Tribunal de Pamplona que condenó a Ana Fidelina Rodríguez a veinte años de presidio por la muerte de su marido José Vargas. Magistrado ponente: doctor Campo Elías Aguirre. 698

CONSULTA DE UN AUTO. Se confirma la providencia consultada. Magistrado ponente: doctor Absalón Fernández de Soto 704

HOMICIDIO. No se invalida la sentencia del Tribunal Superior de San Gil que impuso cuatro años de presidio a Marco Antonio Galeano. Magistrado ponente: doctor Campo Elías Aguirre 707

HOMICIDIO ULTRAINTENCIONAL. No se infirma la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá por la cual se impuso a Manuel Bastidas la pena principal de dos años de presidio. Magistrado ponente: doctor Absalón Fernández de Soto 710

SALA DE NEGOCIOS

GENERALES

REQUISITOS PARA QUE UNA OBLIGACION PUEDA COBRARSE EJECUTIVAMENTE. Se confirma el auto del Tribunal Superior de Bogotá, proferido el 22 de octubre de 1940 en el ejecutivo de Zoilo Cuéllar Chaves contra el Departamento de Cundinamarca. Magistrado ponente: doctor Aníbal Cardoso Gaitán .. 713

REVISION DE UNA SENTENCIA DE EXCEPCIONES EN JUICIO EJECUTIVO POR JURISDICCION COACTIVA. Se revoca la sentencia de excepciones proferida por el Tribunal Superior de Pasto en el juicio ejecutivo de la Nación contra José María Chaves B. Magistrado ponente: doctor José M. Blanco Núñez 716

RESTITUCION DE TENENCIA DE UNA MINA — NATURALEZA JURIDICA DE LAS DECISIONES EN LOS JUICIOS POSESORIOS DE MINAS — SON VERDADERAS SENTENCIAS — ALCANCE DE LAS SENTENCIAS DE LOS TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS EN MATERIA DE CUESTIONES REFERENTES AL DERECHO DE DOMINIO DE LOS PARTICULARES O AL EJERCICIO DE ACCIONES POSESORIAS. Se revoca una providencia y se confirma un fallo del Tribunal Superior de Pasto proferido el nueve de mayo de mil novecientos cuarenta. Magistrado ponente: doctor Aníbal Cardoso Gaitán 719

ACCION DE AMPARO DE POSESION DE UNA MINA. Se confirma el fallo del Tribunal de Popayán, proferido el 28 de mayo de 1940 en el juicio posesorio de minas de "The New Tembiqui Gold Mines Limited" contra la Nación. Magistrado ponente: doctor Arturo Tapias Pilonieta 730

NO SE REPONE LA SENTENCIA ANTERIOR 749

EXCEPCIONES — Se ordena cesar la ejecución y desembargar los bienes trabados en el juicio.... 751

OBJECIONES A UN DICTAMEN PERICIAL. — ERROR GRAVE. Se confirma el fallo materia del recurso en el ordinario que la Nación adelante contra Eufracio Pulido. Magistrado ponente: doctor José M. Blanco Núñez 754

Páginas

CARACTER OBLIGATORIO DE LAS SENTENCIAS DEFINITIVAS EJECUTORIADAS PROFERIDAS POR LOS TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS. Se confirma el fallo apelado en el juicio ordinario de Francisco C. Soler contra la Nación y el Departamento de Boyacá. Magistrado ponente: doctor Arturo Tapias Pilonieta 757

OPOSICION A UNA PROPUESTA SOBRE EXPLORACION Y EXPLOTACION DE PETROLEOS. Se declara fundada la oposición de la Compañía "The Union Oil Company of Nevada" a la propuesta de contrato hecha al gobierno nacional por la Compañía "La Perla de Colombia". Magistrado ponente: doctor Arturo Tapias Pilonieta 759

Páginas

EXCEPCIONES. — Se declaran infundadas las excepciones propuestas por el doctor Julio César Camargo, en representación de Lucila, Anita, Alicia, Carlos y José Antonio González, en el juicio ejecutivo que la Recaudación de Saldos Fiscales de Boyacá, adelanta contra la sucesión de Roberto González. Magistrado ponente, doctor José M. Blanco Núñez... 767

NO SE REPONE EL AUTO RECLAMADO. — PAPEL SELLADO PARA LA ACTUACION.— AGENTES DEL MINISTERIO PUBLICO. — TRASLADO. — Se confirma la providencia dictada por la Sala con fecha treinta de abril de mil novecientos cuarenta y dos, en el juicio de Ramón L. González contra el Departamento del Tolima. Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán... 772

GACETA JUDICIAL

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

DIRECTOR: JULIAN MOTTA SALAS

"Saber las leyes non es tan solamente en aprender et decorar las letras dellas, mas en saber el su verdadero entendimiento".

SIETE PARTIDAS: PARTIDA 1a., TITULO 1o., LEY XIII).

"Summa itaque ope, et alacri studio has leges nostras accipite"
(Proemium Institutio num D. Justiniani).

TOMO LIII BOGOTA, SEPTIEMBRE DE 1942. NUMERO 1987.

LA PRUEBA DE LA EXISTENCIA DE LA PROPIEDAD TERRITORIAL Y LA SITUACION JURIDICA DEL SUBSUELO PETROLIFERO

POR GUILLERMO AMAYA RAMIREZ

La H. Corte Suprema de Justicia —Sala de Negocios Generales— acaba de dictar un fallo que por el tema jurídico a que se refiere y la manera como fue estudiado, mas que por la importancia del caso concreto objeto de la decisión, constituye una de aquellas sentencias fundamentales que por su valor intrínseco no sólo definen una cuestión de trascendencia para la vida económica y social del país sino que dan un criterio que orienta con claridad y certeza tanto la actividad oficial como la privada en materia tan importante y de consecuencias tan trascendentales como es la atinente a la prueba de la propiedad del subsuelo petrolífero.

Aunque parezca un hecho insólito en un país esencialmente legalista y respetuoso del derecho de propiedad como el nuéstro, es lo cierto que apenas en época reciente se planteó, para tratar de resolverlo, este interrogante de importancia vital: cuál es la prueba de la existencia de la propiedad privada territorial?

La inmensa extensión superficiaria de Colombia, su escasa población, lo limitado de su desarrollo, y, sobre todo, la ausencia casi absoluta de actividades industriales explican, en mi sentir, que una organización social como la nuéstra, que incluye entre sus basamentos esenciales el reconocimiento y protección de la propiedad privada, hubiera podido vivir ignorante de la manera como ha de acreditarse la existencia de ese derecho.

Sobre el particular fue suficiente, hasta hace poco más de veinte (20) años, tanto para los gestores de la cosa pública como para los asociados, la aplicación de algunos principios generales de derecho que permitían desarrollar sin tropiezos las limitadas actividades en que entonces se concretaba la vida de la Nación:

La propiedad territorial tiene que hallar su origen en un acto del Soberano, pues a éste ((llámese Corona Española o República), perteneció inicialmente, en razón del dominio eminente, toda la superficie territorial del país; en consecuencia, deben continuar en el patrimonio nacional, en calidad de baldíos, todos los terrenos que no hayan salido legalmente de ese patrimonio o hayan vuelto a él, en esa calidad, por cualquier causa jurídica, siendo de propiedad privada los demás.

En cuanto a la radicación del derecho de propiedad, la simple aplicación de los principios de índole civil sobre tradición, brindaba una fácil solución a las cuestiones de menor entidad que entonces se suscitaban.

Quedaba, naturalmente, planteado y sin resolver, este doble problema de hecho y de derecho: en concreto: qué tierras son de propiedad privada y cuáles baldías y, consecuencialmente, qué elementos probatorios son los adecuados para acreditar que un terreno dejó de ser baldío y adquirió la calidad de propiedad privada?

Este último aspecto del asunto, como toda cuestión probatoria, llevaba implícita la relativa a la carga de la prueba en juicio.

Antes de que estos interrogantes inquietaran a los juristas y autoridades del país, surgió otro aspecto del problema que tomó pronto entidad suficiente para reclamar un inmediato estudio y decisión: hasta dónde se extiende el dominio privado territorial en relación con el subsuelo?

La iniciación de la industria del petróleo tenía que traer, como la trajo, la inquietud por conocer la solución jurídica y conveniente a una serie de problemas que entonces se plantearon y que pueden concretarse así:

El subsuelo petrolífero pertenece exclusivamente a la Nación? Existen algunos casos en que el dueño del suelo lo sea también del subsuelo petrolífero? Cuáles son esos casos?

Por su misma naturaleza, esto es, por referirse todos estos interrogantes a la prueba y al alcance o contenido de derechos civiles preexistentes, tocaba al Organo Judicial darles respuesta mediante el estudio de la legislación pretérita y la determinación jurisprudencial de su sentido y vigencia.

Nuestra Corte Suprema no ha sido inferior a esa magna tarea. Con la natural prudencia que la gravedad de las cuestiones planteadas implicaba, nuestro más alto tribunal de justicia ha venido resolviéndolas con un tino y acierto tan manifiestos que el país no ha podido menos de darles su aprobación, al ajustar su actividad a las respectivas doctrinas, algunas de las cuales han merecido la consagración legal con el asentimiento colectivo.

Como lo anoté anteriormente, el primero de los problemas planteados a estudio y solución a fondo acometió el país y dio nuestra Corte Suprema fue el relativo al contenido del derecho de propiedad territorial en relación con el subsuelo petrolífero.

En célebre e histórico Acuerdo número 52 de 21 de noviembre de 1919, por la lógica y sólido basamento jurídico de las razones en que se funda a constituír luégo un verdadero postulado nacional, expresó la H. esta doctrina:

No todo el petróleo es de propiedad nacional, pues "las minas de petróleo situadas en propiedad particular que no estén comprendidas en terrenos adjudicados como baldíos después de las leyes en que la Nación hizo reserva de sus derechos en tales minas, aparecen cedidas gratuitamente a los dueños del suelo".

Posteriormente, y con ocasión de una demanda de inexequibilidad propuesta contra algunas disposiciones de la Ley 120 de 1919 y contra el artículo 4º del Código Fiscal, la H. Corte, en Acuerdo número 9 de 26 de agosto de 1921, complementó su doctrina en términos que pueden resumirse así:

La Nación hizo reserva del subsuelo, en lo que dice relación al petróleo, desde el 28 de octubre de 1873 y, en consecuencia, ese subsuelo pertenece a los particulares, por haber salido legítimamente del patrimonio nacional, tan solo cuando el origen de la respectiva propiedad territorial se remonta a una época anterior a esa fecha.

En esa oprtunidad tuvo ocasión la H. Corte de desechar la tesis que entonces se expuso como fundamento de la acción de inexequibilidad, consistente en afirmar que la reserva nacional sólo se operó en el año de 1903 en razón de lo dispuesto por el artículo 3º de la Ley 30 de ese año.

Como es obvio, el problema relativo al contenido o alcance del derecho de propiedad en relación con el subsuelo petrolífero no había sido resuelto de una manera definitiva ya que la propia Corte en cualquier momento podía variar la interpretación que había dado a la legislación preexistente.

El Organo Judicial había brindado una orientación clara y precisa para la solución del problema, pero no su decisión definitiva porque no estaba en su radio de acción. Sólo el Poder Legislativo podía hacerlo, y lo hizo en el año de 1936 al elevar a la categoría de disposición legal —artículo 28 de la Ley 160 de ese año— la sabia doctrina de la Corte. Hoy en Colombia son verdades jurídicas y legales de unánime aceptación no sólo que existe petróleo de propiedad privada, sino que la reserva del subsuelo petrolífero data del 28 de octubre de 1873.

El Organo Judicial, en el admirable estudio que del problema hizo la Corte en 1919 y que complementó en 1921, dio las bases para la solución; el Ejecutivo sometió en 1936 a la consideración del Congreso la iniciativa de elevar esa doctrina a la categoría de postulado legal; el Organo Legislativo la refrendó con su autoridad, y el país, sin una sola voz discordante, ha aceptado como justa y conveniente esa decisión.

Quedó pendiente todo lo relacionado con la prueba de la existencia de la propiedad territorial. Si el derecho y su prueba son inseparables, fácilmente puede apreciarse la magnitud del problema. Afectaba él, a diferencia del que fue resuelto desde 1921 sobre el subsuelo, tanto a la propiedad superficiaira como al mismo subsuelo. Entrañaba, además, una cuestión fundamental para el progreso del país: la separación del patrimonio territorial —con sus consecuencias sobre toda clase de yacimientos— pertenecientes a la Nación del de los particulares, para que aquélla pudiera aprovechar lo que le pertenecía, incorporando a la economía nacional, sin afectar derechos de particulares, ingentes riquezas y vastas zonas territoriales.

No obstante la trascendencia de este problema, su solución ha sido lenta, a veces vaga y contradictoria. El fallo de la H. Corte a que este comentario se refiere es, en mi concepto, el primero que avoca a fondo los múltiples interrogantes que plantea la complejidad del asunto y les da una acer-

tada solución. Como los de 1919 y 1921, está construído sobre bases tan sólidas, enfoca la totalidad del problema en forma tan completa y brinda soluciones tan jurídicas y fundadas que por ello no vacilo en pensar que, como aquéllos, tendrán un día la calidad de fallo que inicie, por así decirlo, una nueva etapa en el estudio y decisión de la materia, mereciendo con justicia el calificativo, que se da a los primeros, de históricos y benéficos para el país.

El estudio y apreciación de las pruebas aptas para acreditar qué terrenos habían salido legítimamente del patrimonio nacional implicaba la decición de una cuestión previa, para la hipótesis de un litigio: a quién correspondía la carga de la prueba? Claro está que la respuesta a este interrogante sólo contribuiría a la solución de una mínima parte del problema, si se quiere de carácter un poco adjetivo por mirar más al desenvolvimiento procesal de los posibles litigios que al fondo de la cuestión. Pero ésta, es decir, el problema vital para todos los asociados, y para la Nación misma —como que es el primero y mayor propietario territorial del país— de saber en qué forma y con qué elementos demostrativos podía establecerse la existencia de la propiedad privada, quedaría en pie.

En el año de 1926 se dio el primer paso, bastante tímido e incompleto, en orden a enfocar la solución de la cuestión jurídica atinente a la carga de la prueba en juicio con la Nación. En sentencia de 15 de abril del año citado dijo la H. Corte:

"Tratándose de un juicio entre la Nación y un particular, en el cual se disputa la propiedad de un terreno que la Nación alega pertenecerle como baldío, si el particular no demuestra el dominio, el litigio debe fallarse en favor de aquélla. La aseveración que hace el Estado de ser baldío un terreno, entraña una negación indefinida, o sea la de no haber salido de su patrimonio, la cual, según los principios sobre prueba debe destruírse con la afirmación concreta y definida de haberse adquirido el dominio por quien se pretende dueño. Aquí la Nación tiene a su favor la presunción de dominio, y aun cuando intervenga como actor en el juicio, está dispensada del peso de la prueba". (Jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia. Tomo III, número 357).

Siempre he creído que la primera parte de la doctrina transcrita es de aplicación no sólo en caso de litigio entre la Nación y un particular, sino también cuando el debate se suscite entre dos particulares si uno de ellos atribuye al terreno de que se trate el carácter de baldío, pues la doctrina se basa en la simple invocación de principios universales sobre pruebas que, en consecuencia, han de aplicarse tanto a los particulares como a la Nación, sin que ésta disfrute al respecto de fuero especial ya que la doctrina en referencia es una conclusión jurídica a la que se llega necesariamente sin consideración a la calidad de los litigantes.

La última parte de la citada jurisprudencia contiene, a mi entender, una apreciación errada en cuanto habla de "presunción", siendo así que se trata de un simple relevo de prueba en juicio, motivado por el carácter indefinido de la negación en que se funda el derecho que reclama una de las partes.

No obstante lo elemental, desde el punto de vista probatorio, de la jurisprudencia transcrita, la cuestión a que ella se refiere tocaba un tema tan esencial para la vida de un país cuya organización social y económica se funda en la concepción del dominio privado, pues no es exagerado afirmar

que la sola determinación de la carga de la prueba de la existencia de la propiedad privada, fue una de las causas determinantes para que, al presentarse las circunstancias económicas que prevalecieron en el país de 1930 a 1936, el movimiento agrario de esa época llegara a asumir proporciones de índole social de verdadera trascendencia.

La tesis jurídica que entonces invocaron, tanto el proletariado rural como los llamados "colonos", fue precisamente la doctrina de la presunción sentada por la H. Corte, con la cual pretendieron justificar la suspensión de sus obligaciones contractuales y sus nuevas actividades colonizadoras en terrenos que debían considerarse baldíos a la luz de esa doctrina mientras los propietarios o quienes se atribuyeran este carácter no acreditaran en forma legal su calidad de tales.

Era natural que en una época de crisis como la que entonces soportó el país, una doctrina jurídica que apenas esbozaba la solución del magno problema de la prueba de la propiedad, tuviera las repercusiones que tuvo.

Se llegó a afirmar, e inclusive a sostener, que la única prueba apta para acreditar la existencia del dominio privado territorial, era la prueba diabólica. Fácil es apreciar que en estas circunstancias, la gran mayoría de la propiedad territorial, al menos la rural, se encontró en un estado de inseguridad absoluta por carencia de una determinación concreta de los elementos jurídicos con que podía o debía establecerse su existencia.

En mayo de 1934 la H. Corte Suprema tuvo oportunidad de avanzar un poco en el estudio y solución del problema. Dijo entonces:

"Y como la acción aquí instaurada por el opositor tiende a que se haga el reconocimiento del derecho de dominio que pretende tener sobre una determinada porción de terreno, lo que equivale a decir que se trata de acción petitoria de dominio, es claro que, no obstante la diferencia que media entre esta acción y la reivindicatoria, en ambas existe el carácter común que implica ese reconocimiento... De suerte que en casos como el presente, si bien no puede exigírsele la presentación de una cadena perfecta de títulos desde que el bien reclamado haya salido del patrimonio nacional hasta el opositor, lo cual sería en muchos casos imposible, sí se debe al menos exhibir el título originario que demuestre con precisión y de manera concreta que el inmueble demandado ha salido legalmente de dicho patrimonio y que quien se presenta a reclamar el todo o parte de aquél, ha adquirido el dominio conforme al derecho común".

Esta nueva y valiosísima contribución del Organo Judicial para la solución de las dificultades que venía sorteando el país por falta de una clara noción acerca de la prueba de la propiedad territorial, eliminó, como no podía menos de hacerlo, la absurda teoría de la prueba diabólica, pero infortunadamente se limitó a determinar los hechos que debían probarse sin precisar los elementos de convicción capaces de acreditarlos.

Según la doctrina en referencia, quien afirme tener dominio privado sobre un terreno debe acreditar la existencia del derecho y su radicación en cabeza determinada. Lo primero, mediante la demostración de que el predio en referencia salió legítimamente del patrimonio nacional y lo segundo con la prueba que establezca que ese dominio privado, que nació al salir el terreno del patrimonio del Estado, se halla radicado en cabeza de quien afirme ser dueño del globo respectivo.

Indicó entonces la Corte que el segundo de los hechos anotados podía demostrarse "conforme al derecho común", esto es, con una tradición treintenaria o que se remontara al título originario, si éste tenía una anterioridad menor.

Respecto del punto primero, que era esencial, por cuanto decía relación directa al nacimiento del derecho de propiedad y a su prueba, el estudio de la Corte se limitó a indicar que debía exhibirse "el título originario que demuestre con precisión y de manera concreta que el inmueble demandado ha salido legalmente" del patrimonio de la Nación, quedando sin definir cuáles son esos títulos originarios capaces de demostrar que un terreno adquirió en un momento dado la calidad de propiedad privada.

Con referencia a la propiedad territorial superficiaria, exclusivamente, el legislador decidió acometer el estudio y solución del problema y en el año de 1936 se expidió la Ley 200 "sobre régimen de tierras", en la que, apartándose del rigor de los principios jurídicos sobre prueba de la existencia del derecho de propiedad y atendiendo más a las conveniencias económicas y sociales del país, se fijó —con criterio transaccional para los intereses en pugna— un sistema probatorio encaminado a facilitar la demostración de la existencia de la propiedad privada, compensado en su amplitud con el establecimiento de una prescripción extintiva del dominio privado sobre predios rurales que no se exploten económicamente por un lapso continuo de diez (10) años, siempre que esos predios no se hallen en alguno de los numerosos casos de excepción que contempla la misma ley.

Se explica y justifica, en mi sentir, este procedimiento si se tienen en cuenta las graves perturbaciones que para la marcha normal del país estaba trayendo consigo la lucha en que, a la sombra de una cuestión jurídica, se habían empeñado el capital por una parte y el trabajador rural por la otra. La severa exigencia de trabajo a que quedó sometida la propiedad así reconocida y el respeto que el legislador debía tributar a una apreciación general, aunque equivocada, sobre la fuerza probatoria de las tradiciones entre particulares por un lapso equivalente al de la prescripción extraordinaria, son también razones que, unidas a las conveniencias económicas del país —las cuales rechazaban todo sistema encaminado a generalizar litigios incompatibles con el trabajo rural— explican y justifican la reforma agraria de 1936.

En el artículo 3º de la Ley 200 sintetizó el legislador del año citado, cómo podía demostrarse por regla general la existencia de dominio privado sobre predios rurales y en el 4º fijó su criterio acerca del mismo punto para el caso de que el terreno en disputa hubiere sido objeto de una explotación económica realizada por cuenta propia y en el concepto de utilizar terrenos baldíos.

Según el primero de los mencionados artículos, a partir de la vigencia de la Ley 200 la existencia del dominio privado puede acreditarse, respecto de predios rurales no reservados o destinados por el Estado a un servicio público, mediante la exhibición de simples títulos traslaticios de dominio entre particulares que cubran el lapso de la prescripción extraordinaria en el período inmediatamente anterior al 7 de abril de 1937, fecha en que entró a regir la ley.

Para el caso de excepción antes anotado —explotación económica— el artículo 4º determinó las siguientes posibilidades probatorias:

1ª La presentación del título originario, emanado del Estado, que no haya perdido su eficacia legal;

2ª La presentación de cualquiera otra prueba, también plena, de haber salido el terreno legítimamente del patrimonio del Estado; y

3ª La exhibición de un título traslaticio de dominio otorgado con anterioridad al 11 de octubre de 1821.

Como puede apreciarse, los dos primeros casos contemplados en la enumeración precedente contienen virtualmente la doctrina que sobre el particular había sentado la H. Corte Suprema. El tercero —último de la enumeración— introduce una extraña innovación que será objeto de alguna anotación posterior, pues a él se refiere el fallo que motiva estas líneas.

Como el artículo 5º de la Ley 200 previene expresamente que "las disposiciones de la presente ley se refieren exclusivamente a la propiedad territorial superficiaria, y no tienen aplicación alguna respecto del subsuelo", en relación con éste quedó en pie, en su integridad, el problema.

Urgía, pues, saber cómo puede demostrarse que un terreno determinado salió legítimamente del patrimonio nacional antes del 28 de octubre de 1873, para poder apreciar con certeza a quién pertenecía el respectivo subsuelo petrolífero?

El interrogante era de una solución muy difícil. Establecido que la reserva del subsuelo petrolífero data del 28 de octubre de 1873, los hechos que como generadores del dominio privado debían demostrarse necesariamente tenían que haberse cumplido con anterioridad a esa fecha y ser examinados, tanto desde el punto de vista de su aptitud jurídica para dar nacimiento al dominio privado como desde el referente a la prueba adecuada para demostrarlos, no a la luz de la legislación actual sino en relación con la que rigiera en la época en que tuvieron cumplimiento.

Como una gran mayoría de nuestra propiedad rural tiene su origen en la época colonial, era obvio que cuando este origen se invocara habría necesidad de examinar y fijar el alcance de la legislación de esa época.

A las dificultades que implica la interpretación de una legislación tan remota, se sumaban otras de orden práctico emanadas de la vaguedad —intrínseca o motivada por el transcurso de los años— de los títulos antiguos en materia de linderos; de su ambigüedad de redacción, la cual dificulta muchas veces precisar su naturaleza y objetivo; y del cambio fundamental que ha sufrido el sistema de medidas de superficie territorial, hoy claro y obvio, pero entonces vago por indeterminado unas veces y otras por ser más de índole consuetudinaria que de derecho escrito.

A todas estas dificultades se sumaba una más, que desde hace muchos años venía intrigando a nuestros más ilustres expositores de derecho, sin que la Jurisprudencia nacional hubiera dado una respuesta doctrinaria y general a los interrogantes y tesis expuestas en numerosos estudios: Los baldíos han sido adquiribles por prescripción? En qué época? Bajo qué condiciones?

En un país en que un alto porcentaje de la propiedad ha sido transmitida desde tiempo inmemorial de unos poseedores a otros, era fundamental definir las cuestiones que plantean esos tres interrogantes.

Seguramente la magnitud del esfuerzo que implicaba el estudio de todo el problema relativo a la prueba de la existencia de la propiedad privada en la época colonial y el cúmulo de dificultades que habría necesidad de vencer para el cumplimiento de esa labor —tanto de orden puramente téc-

nico en el campo de la interpretación de leyes hoy olvidadas, como de orden práctico para reunir los elementos de juicio indispensables a una recta y acertada apreciación de situaciones tan antiguas— explican el que la H. Corte aplazara por algún tiempo la realización de ese esfuerzo, lo que trajo como consecuencia natural que durante un período bastante apreciable, sus fallos en los juicios en que el problema se planteó se resienten de un manifiesto casuismo.

Esos fallos desatan el caso controvertido, pero quien los analice seguramente no hallará en ellos, fuera de la decisión concreta de un litigio, una doctrina general, una apreciación de conjunto sobre el alcance de la legislación vigente en nuestro período colonial. El casuismo de que adolecen esas decisiones estaba ocasionando un verdadero desconcierto, pues tanto las partes interesadas en los respectivos litigios como quienes las estudiaban deseando hallar en ellas una orientación, tan sólo encontraban una decisión favorable o desfavorable a determinadas pretensiones pero no un estudio global del problema ni un criterio de conjunto que permitiera adoptar una norma de conducta a la cual ajustar las actividades privadas.

Sin duda alguna los estudios concretos que entonces hizo la Corte fueron preparando y haciendo más realizable el examen general del problema y su acertada solución.

Para fortuna del país y en beneficio de éste, un Magistrado, el doctor Aníbal Cardoso Gaitán, con patriotismo, pericia y consagración insuperables, resolvió avocar a fondo la cuestión. Así pudo la Sala de Negocios Generales de la Corte, al acoger el proyecto de que fue ponente el doctor Cardoso, exponer con la mayor amplitud sus puntos de vista sobre los múltiples aspectos que plantea la aplicación de la legislación española en la época colonial en relación con el nacimiento de la propiedad privada territorial y su prueba, que son precisamente los puntos que se tratan y definen, con verdadera maestría, en la sentencia de 5 de agosto último.

En esa providencia tan sólo es de lamentar que el estudio se hubiera limitado a la época colonial, excluyendo la legislación republicana respecto de la cual fue objeto de examen únicamente la primera de las leyes que entonces se expidió: la de 11, o más propiamente, la de 13 de octubre de 1821. Esta circunstancia no resta mérito alguno a la sentencia, pues como es obvio, el problema fundamental radicaba cabalmente en el examen de la legislación colonial y en fijar con exactitud el rumbo que adoptó el país al constituírse como estado soberano.

Analizándolos desde el punto de vista de su contenido jurídico en relación con el origen y prueba de la propiedad privada, estudia la H. Corte por sus distintos aspectos los varios regímenes agrarios que imperaron en la época colonial y que corresponden a cuatro grandes períodos regulados y determinados por sistemas legales y por circunstancias de hecho que ofrecen características especiales: la época correspondiente al descubrimiento y conquista, que comprende las capitulaciones con los descubridores, las reglas sobre fundación de nuevas poblaciones y repartimientos de tierras, así como las adjudicaciones que hacían los Cabildos; el lapso corrido de 1591 a 1680, en el que se expidieron las Cédulas del Pardo; el subsiguiente de 1680 a 1754 correspondiente a la vigencia y aplicación del Código de las Indias o Recopilación de leyes de los Reinos de las Indias; y, finalmente, el que tienen como punto de partida la expedición de la Cédula de San Lorenzo en el año de 1754 y se extiende hasta la emancipación.

del país, regulado en materia de tierras en sus lineamientos esenciales por los mandatos de esa Cédula y la de San Ildefonso expedida en 1780.

No se limitó la Corte al estudio puramente teórico de las diferentes normas, regímenes o sistemas vigentes en cada una de las épocas que analiza, sino que, mediante una labor de investigación que sorprende por el abrumador esfuerzo que implica, apoya sus conclusiones en documentos de autencidad indiscutible, que ponen de relieve la forma en que se entendieron y aplicaron las disposiciones pertinentes en casos concretos debatidos entonces y fallados por las más altas autoridades coloniales.

Al claro y certero criterio de interpretación que inspira toda la sentencia, sumó así la Corte la autoridad, experiencia y mayor información circunstancial de los altos funcionarios oficiales que a raíz de la expedición de cada reforma agraria en la época colonial pudieron apreciar con exactitud su verdadero alcance y objetivos.

Además, al estudio puramente teórico y al documental a que me he referido, agregó la Corte, como respaldo del fallo, la autoridad e ilustración de los dos más notables comentadores del derecho Indiano a principios del siglo XVII: don Antonio de León y don Juan Solórzano, cuyos escritos sobre las cuestiones jurídicas que se examinan en la sentencia son de valor excepcional, no sólo por la época en que fueron publicados, sino por su mérito intrínseco y la pericia de sus autores.

No limitó la Corte su esfuerzo al examen de las instituciones de carácter general que en materia agraria rigieron durante la época colonial, sino que avocó el estudio de cuestiones de hecho de índole tan definitiva en la calificación de titulaciones antiguas como la atinente al criterio con que se debe apreciar si un título ha de considerarse con referencia a los linderos que en él figuren en relación a la cabida de que haga mérito, tema éste que en muchos casos ha constituído entre nosotros la esencia misma de valiosísimos litigios y sobre el cual sólo se habían dictado decisiones concretas. La Corte sienta en su admirable sentencia de 5 de agosto principios de una lógica concluyente, que facilitarán en lo futuro la apreciación jurídica de titulaciones en que se plantée ese problema, dando así a la actividad privada y aún a la oficial orientaciones claras y justas que permitan la acertada calificación de situaciones antes tan dudosas y debatidas.

En esta materia no se limitó la sentencia a fijar un criterio que permita juzgar cuándo un título se otorgó por linderos y cuándo debe prevalecer el concepto de la cabida a que haga referencia, sino que avanzó en el examen de temas íntimamente vinculados al mismo problema como los relativos a excesos y al alcance de la obligación de medir las tierras que imponía la legislación colonial.

Me haría interminable si tratara de enumerar siquiera las múltiples e importantísimas materias de que trata la sentencia y más aún si intentara relievar la importancia de las consecuencias de orden práctico que la dilucidación de esos temas ha de traer consigo. El esclarecimiento de las cuestiones tratadas en el fallo sólo puede traer beneficios para el país, que en estas materias ha sido víctima de interminables debates judiciales que han impedido el aprovechamiento de riquezas invaluables, no por el prurito colombiano de litigar, como muchos lo afirman, sino porque la casi totalidad de los interrogantes o problemas de hecho y de derecho que requerían un estudio a fondo para apreciar situaciones jurídicas concretas y actuales, se hallaban apenas planteados y sin solución alguna. Por primera vez nues-

tro más alto Tribunal de Justicia se ha pronunciado sobre ellos.

No puedo, sin embargo, prescindir de hacer siquiera una rápida referencia a tres temas que el fallo trata con la maestría que campea en todo él: el relativo a la prescripción y los estudios encaminados a fijar el alcance y verdadero sentido de la Cédula de San Ildefonso (1780) y de la Ley de 11 de octubre de 1821.

Por primera vez, como sucede con la mayoría de los temas tratados en el fallo, se pronuncia en forma doctrinaria la justicia republicana sobre la posibilidad de que en el período colonial las tierras llamadas entonces realengas pudieran adquirirse por prescripción. Las conclusiones a que llegó la Corte en esta materia podrán ser objeto de discusión entre los entendidos, pero sí será evidente para todos que nunca se había acumulado un acervo tan apreciable de elementos de juicio como el que brinda la sentencia, ni se había expuesto antes una doctrina que guarde tánta armonía con el espíritu general qu inspiró a la legislación especial para las Indias y con la naturaleza misma de las tierras realengas, destinadas desde entonces al logro de objetivos de interés general que las alejan, por así decirlo, del régimen puramente civil o de derecho privado en que se las ha querido colocar, para llevarlas al ambiente del derecho público.

Llama la atención en el estudio que de ese punto hace el fallo la influencia decisiva que la legislación colonial atribuyó siempre al concepto de explotación económica, no para que con base en él se cumpliera un simple fenómeno de la vida civil —la prescripción— sino para definir la posición jurídica que ante el Estado creaba la incorporación del esfuerzo humano en las tierras pertenecientes a la Corona. Para quienes vieron en las iniciativas que sobre la misma materia contiene la Ley 200 de 1936 la importación al país de doctrinas exóticas y disociadoras, va a ser una sorpresa comprobar —como lo hace la Corte hasta la saciedad— que la explotación económica del suelo como factor determinante de la situación jurídica de la tierra ante el Estado, es algo que formó, no un detalle accidental, sino la esencia misma del régimen agrario colonial.

Con proligidad y acopio increíble de datos y comprobaciones contenidos en numerosos documentos de la época, razonamiento lógico y amplio criterio jurídico, estudia la Corte tanto la Cédula de 1780 como la ley de 1821 para adquirir no sólo la doctrina general que consagran esas importantísimas regulaciones agrarias, sino una respuesta concreta a esta cuestión tan debatida entre nosotros: en ellas, o en algunas de ellas, se reconoció u otorgó a las simples titulaciones entre particulares aptitud jurídica suficiente para demostrar existencia de propiedad privada sobre la respectiva extensión territorial a que tales titulaciones se refieren?

La Corte, con argumentos irrebatibles a mi entender, da una respuesta negativa a ese interrogante, ratificando, en lo que dice relación con la ley de 1821, otro reciente fallo de la misma Corte el que a su turno había rectificado una decisión anterior errada por basarse en una interpretarión inaceptable del último numeral de los tres que contiene el artículo 4º de la Ley 200 de 1936.

Como lo apunté en párrafos anteriores, en un simple comentario como el presente no es posible hacer un análisis del fallo de 5 de agosto último. Sin hipérbole puede usarse en este caso la frase común de que su estudio abarcaría volúmenes. Me he limitado a enunciar algunos de los temas tra-

tados por la Corte en su admirable sentencia, simplemente para llamar la atención de quienes se interesan por estos temas vitales para el país acerca de la importancia de esa decisión.

Al escribir estas líneas sólo he querido presentar panorámicamente los problemas que en relación con la prueba de la existencia de la propiedad territorial y la situación jurídica del subsuelo ha sido necesario resolver y la contribución invaluable que la serenidad, competencia y consagración de nuestra Corte Suprema han prestado a la Nación en tan ardua materia.

Colombia, con justicia, puede estar orgullosa de esa alta institución.

Guillermo AMAYA RAMIREZ

LA PROPIEDAD PRIVADA DEL PETROLEO EN COLOMBIA

POR HERNANDO NAVIA CAJIAO

Dejando de lado por el momento lejanos estatutos que a ningún resultado práctico condujeron, puede afirmarse que la legislación colombiana de petróleos se inicia con la vigencia de la Ley 37 de 1931. Esa ley, siguiendo conceptos muy respetables, pero en mi sentir, equivocados, reconoció en su artículo 4º la existencia en Colombia de la propiedad privada del petróleo, pero sin determinar a qué pudiera referirse en concreto. Reconocida así, abstractamente, la propiedad privada del petróleo, nadie estaba en capacidad de saber, a ciencia cierta, si el subsuelo petrolífero de un determinado terreno era propiedad particular, o del Estado, pues si hallaba razones para pensar lo primero, nunca faltaban argumentos para sostener lo segundo. Tan notoria inseguridad en el contenido del derecho hacía surgir las dudas de intepretación y con ellas el natural desaliento de los interesados en la industria que no se atrevían ya a presentar al Gobierno propuestas de contrato por temor de que el lote pedido en concesión resultara ser de propiedad particular, ni tampoco a solicitar permiso para explorar con taladro ante la probabilidad, igualmente fundada, de que los terrenos respectivos, a la postre, resultaran amparando petróleos del Estado. Era la época esterilizante de las discusiones académicas a cuyo amparo surgió esa gama de teorías eruditas que iba desde la negación rotunda y, al parecer, fundada, de haber existido nunca en Colombia la propiedad individual sobre el subsuelo, hasta la afirmación categórica del concepto contrario.

Por ello y para poner freno a la imaginación jurídica, presentó el Gobierno a la consideración del Congreso Nacional un proyecto que, con ligeras modificaciones vino a ser la Ley 160 de 1936, en donde se define con relativa claridad qué petróleos pertenecen al Estado y cuáles al dueño particular de la superficie y se determinan taxativamente las pruebas que se necesitan y bastan para lograr el reconocimiento administrativo de los derechos individuales radicados en el subsuelo.

Pero la elasticidad gramatical de las fórmulas sobre propiedad del petróleo consagradas en la Ley 160 de 1936, unida a la formidable capacidad que tenemos en Colombia para confundirlo y enmarañarlo todo, hicieron nugatorio el empeño clarificante del legislador y volvieron a sumir el problema en oscuridad ruinosa. Prevalidos los intérpretes de que la citada Ley 160 reconocía como de propiedad privada los hidrocarburos que se hallaran en terrenos "salidos legalmente del patrimonio nacional antes del 28 de octubre de 1873" diéronse a imaginar teorías sobre los distintos modos que pudo tener el hombre para apropiarse de la tierra en tiempos de la conquista, la colonia y primeros diez lustros de nuestra vida republicana; y como ello implicaba necesariamente el conocimiento y estu-

dio de la legislación española imperante en América hasta la promulgación, en 1680, del Código de Indias, revolvieron el caudaloso río de nuestra historia legislativa para demostrar que las propiedades rurales que hoy existen en Colombia en poder de particulares tuvieron siempre legítimo e inatacable origen en los principios del derecho antiguo, bien porque salieron del patrimonio del Estado a virtud de las generosas mercedes que, de las tierras conquistadas, hicieron los Monarcas Españoles a los conquistadores, bien porque fueran objeto de algún antiguo "repartimiento", ya porque fueran adquiridas en pública subasta, o amparadas en el amplio sistema de la composición, ya porque, aún detentadas sin título legítimo, fueran donadas a los detentadores por numerosas y liberales Cédulas Reales. Y si grande e intenso fue el esfuerzo investigativo que se hizo para buscarle apoyo a la propiedad particular del petróleo en las casuistas leyes españolas y de Indias, no lo fue menos el que buscó igual finalidad en nuestra primitiva legislación independiente; fue así como llegó a reconocerse que los actos y contratos celebrados entre particulares, sobre tierras, con anterioridad a la vigencia de la ley de 11 de octubre de 1821, constituían verdaderos "títulos emanados del Estado" antes de la reserva nacional del subsuelo, probatorios, por tanto, de la propiedad privada del petróleo.

Intrincado y confuso, pues, habíase tornado de nuevo el problema central del dominio del petróleo. Pero tal vez mayor confusión gravitaba sobre cuestiones accesorias, especialmente sobre la determinación del inmueble en que hoy pudiera radicar ese dominio. Un criterio benévolo en la interpretación de los documentos antiguos nacido del equivocado concepto de que en lejanas épocas poco o nada preocupaba al Estado la adjudicación a particulares de extensas regiones territoriales y un inexplicable olvido de los principios que, hoy y siempre, han reclamado para los derechos humanos un objeto claro, preciso, determinado o determinante cuando menos, iban conduciendo a la posibilidad de reconocer como de propiedad privada el subsuelo de inmensos latifundios con base en títulos antiguos que no determinaron, ni dieron base aceptable para determinar el inmueble adjudicado.

Sin embargo, la impenetrable oscuridad de estos importantísimos problemas ha venido a despejarse en buena parte con la sentencia que acaba de pronunciar la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia en el aviso de exploración con taladro en busca de petróleos reputados como de propiedad particular presentado al Ministerio del ramo por la Texas Petroleum Company. Este fallo, síntesis admirable de la axiomática probidad de nuestro Supremo Tribunal de Justicia y de la extraordinaria capacidad jurídica del Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán, es sin duda, como en otra ocasión ya hube de reconocerlo, el estudio más completo, más erudito y más valioso que se ha escrito hasta ahora en Colombia sobre la propiedad del petróleo.

Bien quisiera intentar aquí un estudio analítico de todas y cada una de las luminosas y bien fundamentadas teorías que expone la erudita sentencia; pero ante la momentánea imposibilidad de acometer trabajo tan extenso, he de limitarme por ahora, a relievar dos o tres de sus aspectos más trascendentales.

Problema de capital importancia en el reconocimiento de la propiedad del petróleo y sobre el cual el fallo de la Corte a que me he referido sien-

ta doctrinas que, por su fuerza lógica, tienen qué considerarse como definitivas, es el relacionado con la "determinación" del inmueble que lo ampara. A este respecto conviene recordar que, entre las pruebas exigidas por el artículo 7º de la Ley 160 de 1936 para que se pueda reconocer por la vía administrativa la propiedad privada del petróleo, figura la "determinación precisa del terreno de que se trata".

Esa determinación, ya se trate de actuaciones administrativas o de procesos judiciales, lógicamente tiene que tener dos fases diferentes y paralelas si ha de ser eficaz en el reconocimiento de la propiedad privada del petróleo: una relacionada con los "títulos emanados del Estado" con que debe probarse el dominio individual sobre el subsuelo petrolífero y otra relacionada con los títulos de propiedad actual de quien pretende ese dominio para sí. Es decir: que "la determinación precisa del terreno de que se trata", debe establecer, sin dejar lugar a dudas, que son unos mismos los terrenos cuyo subsuelo se reputa de propiedad privada y los que describen los "títulos emanados del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873" y que, igualmente, unos mismos son los terrenos cuyo dominio en el subsuelo se discute y los que detallan los títulos de propiedad actual de quien reclama ese dominio. Y como dos cosas iguales a una tercera han de ser iguales entre sí, por inmutable principio de lógica, resulta que la "determinación precisa del terreno" en estos casos, debe establecer que los terrenos cuyo subsuelo se reputa de propiedad privada, son esencialmente los mismos de que tratan los "títulos emanados del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873" probatorios de esa propiedad.

Naturalmente, no quiero significar con esto que sea necesaria la existencia de una perfecta y absoluta identidad entre las tierras que en unos y otros títulos se describen. Esa identidad, dadas las continuas variaciones de linderos, los cambios incesantes de dueños colindantes, la relativa ambigüedad de las alinderaciones antiguas y muchos otros factores análogos, es casi imposible de establecer exactamente; por lo que no sería justo, ni jurídico, exigir la presentación de una prueba imposible. Pero debe sí existir una base firme y seria que le permita al Juez deducir —sin tener que recurrir a interpretaciones benévolas— que en todos esos títulos, los antiguos y los actuales, se trata de bienes esencialmente idénticos.

Esta tesis, de inconmovibles fundamentos, ha sido ampliamente aceptada por la Corte con todas las consecuencias que pueda reportar; y así, en el fallo que comento, al considerar que en la mayoría de los títulos antiguos se habla de medidas y de linderos para determinar el inmueble enajenado, sienta principios que importa relievar como aquél que aconseja, en las adjudicaciones en que figuren medidas y linderos, atenerse a las medidas para que no estén de sobra los linderos; y aquél otro complementario que, en orden a la determinación de los terrenos objeto de una adjudicación, permite y aconseja sumar datos y hechos complementarios tales como los actos posesorios inmediatos o próximos a la adjudicación que se ejecutaron, a ciencia y paciencia de las autoridades que pudieron impedirlos, en el terreno a que ella se refiere.

En punto a las adquisiciones territoriales hechas por modos distintos de las adjudicaciones directas del Estado, la Corte llega a deducir, mediante dilatado y atento estudio de toda la legislación de Indias, que la posesión material con explotación económica de la tierra poseída, si bien no llegó

nunca a constituír, por sí misma, un título de propiedad sobre la tierra, puede, sin embargo, servir hoy como prueba del dominio privado.

Séame permitido hacer aquí a este respecto, algunas breves consideraciones que, lejos de entrañar objeciones propiamente dichas a las doctrinas de la Corte, aspiran tan sólo a ser nuevos interrogantes en el amplio problema de la propiedad del petróleo.

Dice la Corte en el fallo a que me vengo refiriendo que la adquisición de la tierra por los particulares solamente fue posible, en los años de la conquista, la colonia y primeros de nuestra vida independiente, por un acto de enajenación del Estado ejecutado con la plenitud de las exigencias señaladas por las leyes que, en cada momento histórico, rigieron sobre el particular; y destaca la circunstancia importantísima de que, por lo general, los Reyes de España no solían desprenderse del dominio de sus tierras en América sino bajo la condición resolutoria de ser explotadas económicamente, y en la medida exacta en que pudieran explotarse. De allí y de un cuidadoso estudio de todas las normas que, a través de los tiempos, fueron imperando en esta América Española sobre el dominio territorial particular, deduce la Corte que la simple posesión material, ejercida sin título previo de adjudicación otorgado en repartimiento, merced, venta o composición, era usurpación dolosa, detentación indebida que no llegó a constituír nunca, por sí sola, título de propiedad particular sobre la tierra. "En el régimen colonial —dice la Corte— la explotación económica de las tierras realengas ocupadas sin título anterior de la autoridad pública obtenido en repartimiento que diese base a perfeccionar el dominio mediante el cultivo, o respecto a tierras simplemente ocupadas y explotadas, NO CONSTITUYO, POR SI SOLA, UN MEDIO IDONEO PARA LLEGAR A LA PROPIEDAD. Las tierras recibidas en repartimiento de la autoridad, se convertían en propiedad de los adjudicatarios mediante el cultivo, en virtud de un fenómeno que se ha calificado de justa prescripción, y siempre que se justificara esa antigua posesión (Capítulo IV, Cédula de San Lorenzo); y las solas ocupación y explotación debían legitimarse ulteriormente. Y la prescripción no existió en el sistema jurídico colonial en favor de los particulares, respecto a la Corona, con las características que le eran propias en el derecho civil, de particular a particular, pues el régimen territorial de defensa, permanente y rigurosa, de las tierras para el Soberano, no le dio entrada, con ese carácter, sino en una forma limitada y *sui géneris*, única que se compadecía con la organización rígida y especial del derecho público a que estuvieron siempre sujetos los traspasos de las tierras realengas a personas distintas del Estado".

Y más adelante, al referirse a estos poseedores de hecho, agrega: "No tenían título de propiedad esos poseedores; no sólo le faltaba el documento, título formal, sino el hecho jurídico capaz de convertirlos en dueños, pues no habían justificado las exigencias de la legislación colonial para llegar a serlo".

Y en otro lugar: "Algunas leyes de la República declaran que la propiedad de las tierras baldías se adquiere por el cultivo; LAS LEYES COLONIALES NUNCA LO RECONOCIERON ASI; había que justificar la antigua posesión A TITULO DE JUSTA PRESCRIPCION, SACAR EL TITULO, u obtener UNA ADJUDICACION respecto a la posesión reciente".

Más adelante, al tratar de la ley 11 de octubre de 1821 y del proyecto de reforma que se discutió en 1824, se expresa así la Corte: "Es verdad que

según se ha explicado en otra parte, en 1824, al tratarse en el Congreso sobre la reforma de la ley de 1821 en un proyecto que no alcanzó a ser ley, los legisladores manifestaron nítidamente su voluntad acerca de que se hiciese obligatorio en el futuro el requisito contenido en la ley de 1821, de SACAR EL TITULO los que gozasen en su favor de antigua posesión, aunque ampliando a dos años el plazo respectivo, que la ley había fijado en uno. Lo que está indicando que la posesión inmemorial y justa prescripción, vistas por el legislador del año 21, NO CONSTITUIAN UN ESTADO JURIDICO PERFECTO O COMPLETO MIENTRAS NO SE RECIBIESE EL TITULO, requisito en el cual los legisladores de 1824 insistieron unánimemente, pues en las actas de los debates del proyecto no se encuentran opiniones disidentes". "Hay que volver a decir —añade poco después el fallo— que de conformidad con la legislación indiana, los estados jurídicos constituídos por la simple ocupación de hecho de las tierras realengas, o por la posesión de ellas a título de justa prescripción, NO PRODUJERON POR SI SOLOS EL DOMINIO PARTICULAR".

De los párrafos transcritos se deduce que la Corte acepta y reitera la tesis de que, conforme a la legislación indiana, ni la ocupación de hecho, ni la llamada "posesión a título de justa prescripción", constituyeron títulos de dominio particular sobre la tierra. Y como ese principio, según lo reconoce el mismo fallo, continuó rigiendo en los primeros cincuenta años de nuestra vida republicana, se tiene hoy que quienes en aquellas épocas poseyeron "a título de justa prescripción" o simplemente ocuparon de hecho un determinado globo de terreno, sin acudir a legalizar ese 'status jurídico' en los términos y con las exigencias impuestas, en las distintas épocas, por las Capitulaciones, las Cédulas de El Pardo de 1591, el Código de Leyes para las Indias de 1680, la Cédula de San Lorenzo de 15 de octubre de 1754, la de San Ildefonso de 1780, la ley de 11 de octubre de 1821, la ley de 1843 y su decreto reglamentario, la ley 70 de 1866 y finalmente el Código Fiscal Nacional de 1873, NO ADQUIRIERON DERECHO DE PROPIEDAD SOBRE LA TIERRA, ni pueden por tanto exhibir ahora aquella posesión u ocupación como títulos de dominio que amparen el subsuelo petrolífero.

Aunque esta conclusión parece clara y evidente, la Corte apoyándose en el espíritu de benignidad que ha inspirado la legislación colombiana sobre tierras desde sus orígenes hasta hoy, opta por reconocer derechos de dominio individual sobre la tierra cuando se demuestre haber sido poseída y explotada económicamente, durante determinado tiempo anterior a 1821. Leo, al respecto, en el fallo: "Observa la Sala que ha llegado al reconocimiento del valor que tiene la explotación económica como prueba del dominio sobre tierras realengas, por razón distinta a la propuesta por el señor apoderado de la Compañía avisante, doctor Cuervo, quien pidió a la Corte que reconociera ese valor, independientemente de la prescripción. Y se anota también cómo si es verdad que la Corte NO ADMITE LA TESIS planteada por el mismo señor apoderado, DE HABERSE PRODUCIDO IPSO JURE EL DOMINIO EN FAVOR DE LOS PARTICULARES QUE POSEIAN TIERRAS, DE TIEMPO INMEMORIAL, ANTES DE INICIARSE LA VIDA REPUBLICANA Y DE QUE NO NECESITABAN POR LO MISMO SACAR SUS TITULOS, sin embargo llega a la conclusión de que no obstante el deber legal de obtenerlo en el término de un año, la omisión en hacerlo, no puede entenderla la Corte como causa de pérdida del derecho a conseguir actualmente de la

autoridad judicial la declaración de dominio en atención a haberse hecho la explotación económica en el tiempo anterior a la ley de 1821".

Tengo para mí que en este punto el fallo de la Corte incurrió en clara contradicción. Porque si, como lo dice en numerosos y bien fundados pasajes, ni la ocupación de hecho, ni siquiera "la posesión a título de justa prescripción" constituyeron, en la legislación indiana, un medio idóneo para llegar al dominio y si, en consecuencia, los ocupantes y poseedores, en cuanto no hubieran "sacado sus títulos" dentro de los términos que a tal efecto les fueron señalando las leyes, debían considerarse como simples "detentadores y usurpadores de bienes del Estado", no se ve por qué esa posesión y ocupación que en su época no consituían dominio, sino simple derecho a obtener un título en determinados plazos y condiciones, venga a tener ahora en la constitución del derecho de propiedad una eficacia de que entonces carecía.

No puede perderse de vista, además, que esas posesiones "a título de justa prescripción" de que habla el fallo de la Corte y esas simples ocupaciones de hecho, fueron toleradas por las leyes de Indias primero y por las de la República después bajo la condición de que, en determinado plazo, se legalizaran mediante la expedición del correspondiente título de propiedad; ese título debía darlo naturalmente, el Estado por intermedio del Gobierno que es quien lo representa en la vida del derecho y no por Organos distintos del Poder Público. Pero, quienes no concurrieron oportunamente a "sacar sus títulos" en las condiciones y plazo señalados al efecto, perdieron el derecho a hacerlo y se desprendieron también de ese "status jurídico" que se había ordenado respetar bajo una condición que ellos mismos dejaron de cumplir. Por tanto resulta demasiado generoso por lo menos, reconocer tales situaciones como generadoras hoy de un derecho de dominio que no pudieron generar en la época misma en que existían. Por otra parte dentro del benévolo criterio aceptado en este punto por la Corte se llega a que la sentencia judicial que reconoce la existencia, en determinado terreno, de una posesión u ocupación con explotación económica anterior al citado año de 1821, vendría a constituír al mismo tiempo el título de propiedad del particular interesado y la decisión sobre su eficacia como prueba del dominio del petróleo. Lo cual resulta inaceptable no sólo porque desplaza hacia el Organo Judicial la facultad que, en todo tiempo, tuvo el Organo Ejecutivo de expedir los títulos de adjudicación de tierras, sino porque en esta clase de fallos se trata precisamente de saber si un determinado título de propiedad se constituyó con el lleno de las formalidades legales desde una fecha anterior al 28 de octubre de 1873 para que pueda tomarse como prueba del dominio particular en el subsuelo.

Relaciónase todo lo anterior con el grave y complejo problema de la prescriptibilidad de los baldíos durante el imperio, en la América, de las leyes españolas. Y aquí conviene destacar el concepto importantísimo expuesto por la Corte de que, bajo la vigencia de aquellas leyes, no se reconoció la prescripción de las tierras realengas con las características que a tal fenómeno jurídico le asignaba la legislación civil ordinaria. Y como esta tesis envuelve una revaluación fundamental de conceptos que hasta ahora se tenían como evidentes y que habían defendido juristas tan ilustres como don Miguel Antonio Caro y don Juan Pablo Restrepo en su célebre informe de 1888 al Consejo de Estado, conviene relievar algunos de los pasajes en que se enuncia y explica.

Comentando la Corte las Reales Cédulas de 18 de junio y 9 de agosto de 1513, la de 26 de junio de 1523, la de 19 de mayo de 1525 y varias otras ordenaciones posteriores sobre "repartimiento de tierras realengas" que llegaron a incorporarse más tarde en el capítulo IV de la Recopilación de Leyes de los Reynos de las Indias, dice: "Como las reglas comentadas se refieren, en general, al repartimiento de *solares y tierras* a aquéllos y a éstas se aplica el mandato consignado que establece que "habiendo hecho *en ellas* su morada y labor y residido... cuatro años, les concedemos facultad para que de allí en adelante las puedan vender, y hacer dellas a su voluntad libremente como cosa suya propia", precepto que contiene el establecimiento de una *PRESCRIPCION SUI GENERIS*, que debía completar y perfeccionar el dominio. Si la tierra no se trabajaba se perdía para los titulares del repartimiento; empero, mediante su cultivo, se hacía del patrimonio particular, y entonces sus adjudicatarios, podían venderla y disponer de ella como cosa suya propia. Nótese que la prescripción aquí reconocida NO ES LA PRESCRIPCION COMUN ORDINARIA DEL DERECHO CIVIL, que permite a una persona hacerse dueña de un fundo con su ocupación en cualquier forma, aún por posesión violenta o clandestina, si se tiene con ánimo de dueño. La prescripción a que se alude se consumaba, respecto de tierras de la Corona, siempre que el interesado ejecutara determinados hechos en las tierras que le habían sido asignadas, no en las que a su voluntad tomase".

Al tratar más adelante de la ley catorce del libro IV del Código de Indias, por la cual se ordena "que a los poffeedores de tierras, eftancias, chacras y cavallerías con legítimos títulos, fe les ampare en su poffefion, y las demás fean reftituidas al Rey", se expresa así la Corte: "Al decir, pues, el Código de Indias, que se ampare a los que 'con justa prescripción poseyeren', se refiere a la UNICA PRESCRIPCION autorizada legalmente respecto a tierras realengas, a la UNICA PRESCRIPCION 'JUSTA', vale decir, reconocida por el derecho imperante: la que regía en favor de los pobladores a quienes se entregaba tierra en repartimiento y que se hacían dueños de ella por su explotación económica".

En otro pasaje de su fallo explica la Corte que esa que llama "prescripción *sui géneris*" se diferenciaba de la prescripción ordinaria del derecho civil en "que no se consumaba por el sólo transcurso del tiempo, sino por éste y por el cumplimiento de la obligación de explorar o aprovechar económicamente la tierra adquirida en esas circunstancias". Añadiendo luégo que la simple ocupación, sin título previo", "significaba un estado precario, mientras se legitimaba por la composición" y que la posesión por justa prescripción "tenía origen en un repartimiento o en otra entrega oficial por parte del Soberano de tierras realengas, para los fines de su cultivo y aprovechamiento económico".

Comentando la Cédula de San Lorenzo, dice la Corte: "El solo texto transcrito demuestra que la llamada prescripción estaba configurada por un régimen especial, que no era el del derecho común: no se entendía sobre cualquiera extensión que se poseyese con ánimo de señor y dueño, sino respecto de lo cultivado y explotado económicamente, y con la sanción de perder lo proseído si no se cultivaba y labraba en determinado tiempo. Se respetó la posesión antigua como título de justa prescripción; pero quedó sometido el poseedor a la condición y a la sanción de que habla la Cédu-

la. Como se ve, es ésta una prescripción MUY DISTANCIADA de la establecida en el derecho común".

Fácilmente se observa cómo para la Corte no existió, en el derecho indiano, la prescripción de los terrenos baldíos, por lo menos en el sentido que a tal fenómeno jurídico le asigna el derecho común; y si a ésto se añade la reiterada afirmación de que ni la simple ocupación con cultivos, ni la llamada "posesión a título de justa prescripción" constituyeron por sí solas títulos de propiedad, ni dieron a los ocupantes o poseedores derecho distinto al de concurrir a "sacar su título", no se ve con qué valederos argumentos pueda llegarse a reconocer que, una posesión u ocupación con explotación económica extendida durante cualquier tiempo sea hoy título de dominio particular sobre la tierra ocupada o poseída; tal reconocimiento implica, en el fondo, la aceptación de haberse adquirido la propiedad por virtud de un fenómeno jurídico —la prescripción— de la cual se ha negado que existiera entonces, como modo de adquirir el dominio de estas cosas.

Pero yo tengo entendido que en el derecho indiano no existió la prescripción como modo de llegar los particulares a ser dueños de las tierras realengas. Ni en el derecho común de la Metrópoli Española, ni en las leyes especiales promulgadas para el Gobierno de estas Indias, se encuentra base que permita sostener la existencia de ese fenómeno jurídico y antes bien, por el contrario, tales leyes reiteran el concepto de no haberse podido adquirir bajo su imperio la propiedad de las tierras Realengas por medios distintos a las adjudicaciones que hicieran las autoridades facultadas para ello. Y esa que la Corte llama "prescripción sui géneris" no fue, en mi sentir, tal prescripción sino apenas una condición resolutoria —o suspensiva, si se quiere— del dominio: quien había recibido, en repartimiento una tierra, se hacía dueño absoluto de ella si la cultivaba en determinado tiempo; en caso contrario no cristalizaba su derecho.

El temor de prolongar demasiado un estudio que aspira sólo a ser un breve comentario a uno de los más trascendentales fallos judiciales que se hayan proferido hasta ahora en Colombia, me impide entrar a demostrar la tesis enunciada, de no haber existido entre nosotros, durante el imperio de la legislación indiana, la prescripción como origen de la propiedad particular territorial. Tal vez más tarde intente este trabajo. Por ahora me he de limitar a establecer estas dos afirmaciones:

a) Ni la legislación general de España, ni la especial para el Gobierno de las Indias Españolas, establecieron la prescripción como modo de adquirir los particulares el dominio de las tierras realengas; antes bien, por el contrario, la rechazaron en forma clara y reiterada.

b) En ninguna de las leyes vigentes durante el régimen colonial se habla de la prescripción como norma reguladora de la adquisición de tierras realengas EN LO FUTURO y sólo se alude para solucionar o legalizar estados anteriores de ocupación o posesión que, por lo mismo que debían ser LEGALIZADOS, no estaban amparados en la ley; luego no se trató allí de la prescripción propiamente dicha que permite adquirir, por sí sola, a los poseedores u ocupantes la propiedad de la tierra, sino de una benévola tolerancia de situaciones anteriores constituídas contra la ley.

Estas afirmaciones, evidentes en el derecho indiano, pueden predicarse también de las leyes dictadas en los primeros diez lustros de nuestra vida republicana a que se refiere el fallo de la Corte; en ellas, siguiendo

el bondadoso criterio que había caracterizado a la legislación colonial en punto a la tolerancia de las ocupaciones de baldíos sin título legítimo, diéronse normas para sanear, o legalizar, en determinado tiempo, situaciones de hecho que, por sí solas, no eran bastantes a generar un derecho pleno de dominio particular territorial. Y es claro que, entonces como antes, quienes tenían sobre un fundo determinado una posesión antigua, una posesión reciente o una simple ocupación, si no concurrieron a legalizar esas situaciones conforme a las normas señaladas en las leyes, perdieron el derecho de hacerlo y no adquirieron en su época, ni podrían adquirir ahora la plena propiedad territorial que los acredite dueños, al mismo tiempo, del subsuelo petrolífero.

Como antes lo decía, he querido simplemente en estas líneas plantear, a propósito de un fallo memorable por su sabiduría y erudición, algunos nuevos puntos de vista en el grave problema de la propiedad del petróleo. Por ello las observaciones anteriores, lejos de entrañar una crítica imposible a las doctrinas sentadas por la Corte, tratan apenas de solicitar la futura aclaración de puntos que han quedado dudosos, cuando menos, a fin de que sobre todo el amplio tema debatido se proyecte la misma luz radiante que la Corte ha sabido proyectar sobre tópicos tan importantes como el sentido de la ley de 11 de octubre de 1821, el verdadero significado de las Reales Cédulas de San Lorenzo y de San Ildefonso, el criterio social que informó a la legislación de Indias en lo tocante a la adquisición y conservación, por los particulares, de las tierras realengas; problemas todos éstos sobre los cuales la Corte ha realizado un estudio sencillamente magistral que los define y aclara.

No quiero terminar este breve comentario sin expresarle una vez más a la Corte Suprema de Justicia y de modo muy especial al egregio Magistrado, doctor Aníbal Cardoso Gaitán, mi admiración y aplauso por el brillantísimo aporte que han llevado al esclarecimiento de uno de los más arduos y complejos problemas jurídicos que puedan plantearse a la consideración de la justicia. Ya el pueblo colombiano ha señalado a su Corte Suprema como la más empinada cumbre de sabiduría y de probidad. Hoy el fallo de petróleos a que me he venido refiriendo, de trascendental importancia en la vida jurídica y económica del país, compromete una vez más su gratitud patriótica.

Hernando NAVIA CAJIAO

Bogotá, septiembre de 1942.

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

LEGISLACION ESPAÑOLA SOBRE TIERRAS EN AMERICA Y REGLAS JURIDICAS ACERCA DE ESTE PUNTO DESDE LA CONQUISTA HASTA HOY. — PRIMER PERIODO, DESDE 1492 HASTA 1591, QUE COMPRENRE EL DE CAPITULACIONES CON LOS DESCUBRIDORES, DONACIONES DE TIERRAS A LOS POBLADORES, ETC. — REPARTIMIENTO DE TIERRAS POR PEONIAS Y CABALLERIAS FUERA DEL CIRCUITO POBLADO.—PRESCRIPCION DEL DOMINIO DE ESAS TIERRAS. — DESPACHOS SOBRE TIERRAS OTORGADOS POR LOS CABILDOS Y VIRREYES, PRIMEROS TITULOS DE TIERRAS.—2º PERIODO.—DE 1591 A 1680.—CEDULAS DE EL PARDO.—ALCANCE JURIDICO DE LAS PALABRAS *MERCED* Y *DONACION*. SIGNIFICADO JURIDICO DE LAS EXPRESIONES "CABALLERIA Y PEONIA" DE TIERRAS. — OCUPACION Y POSESION DE TIERRAS CONFORME A AQUELLAS CEDULAS.—QUE SE ENTENDIA POR "COMPOSICION"—VENTA DE TIERRAS REALENGAS.—3er. PERIODO.—EL CODIGO DE INDIAS O RECOPILACION DE LEYES DE LOS REINOS DE LAS INDIAS.—1680 A 1754.—PRESCRIPCION DE TIERRAS CONFORME A ESTE CODIGO.—4º PERIODO: LAS CEDULAS DE SAN LORENZO EN 1754 Y DE SAN ILDEFONSO EN 1780. CULTIVO DE LAS TIERRAS COMO BASE DE UNA JUSTA PRESCRIPCION. PRESCRIPCION DISTINTA DE LA DEL DERECHO COMUN. — MEDIDAS Y LINDEROS DE TIERRAS. — EFICACIA DE LOS TITULOS ANTERIORES AL 11 DE OCTUBRE DE 1821,—INTERPRETACION DE VARIOS ARTICULOS DE ESTA LEY.—LA ANTIGUA POSESION Y LA PRESCRIPCION SEGUN EL REGIMEN ESTABLECIDO POR LA LEY DE 11 DE OCTUBRE DE 1821, SON BASE JURIDICA PARA HACER LA DECLARACION DEL DOMINIO TERRITORIAL PRIVADO. — DEDUCCIONES JURIDICAS SOBRE TITULOS PRESENTADOS POR LA COMPAÑIA AVISANTE EN RELACION CON LA DOCTRINA DEL FALLO SOBRE EXPLOTACION ECONOMICA DE LAS TIERRAS Y SU JUSTA PRESCRIPCION

1. En el primer período que comprende desde 1492 hasta 1591, prevalece el sistema de la adquisición de tierras en virtud de capitulaciones con el Soberano, otorgadas a los descubridores y conquistadores, y el de los repartimientos que aquéllos y los fundadores de poblaciones hacían a otras personas. Las tierras de labor se repartían fuera del circuito poblado, de sus plazas, solares y ejidos, y podían serlo por peonías y caballerías. Una prescripción *sui géneris* debía completar y perfeccionar el dominio de esas tierras. Si la tierra no se trabajaba, se perdía para los titulares del repartimiento; empero, mediante su cultivo, se hacía del patrimonio particular, y entonces sus adjudicatarios podían venderla y disponer de ella como cosa

suya propia. La prescripción a que se alude se consumaba, respecto a tierras de la Corona, siempre que el interesado ejecutara determinados hechos en las tierras que le habían sido asignadas, no en las que a su voluntad se tomase. La propiedad de las tierras, en este primer período, tuvo este origen: a) La que adquirieron los descubridores y conquistadores conforme a los términos de las capitulaciones con los Reyes de España; b) La propiedad municipal, adquirida por las poblaciones, para su propia área, como plazas, ejidos y dehesas permitidas para el sostenimiento de un corto número de ganados; c) La que adquirieron los fundadores comunes de poblaciones, en compensación de su esfuerzo, y que consistía en una cuarta parte escogida por ellos de la tierra que quedaba dentro de los términos señalados, después de sacar lo necesario para solares del pueblo, ejidos, dehesas y propios del lugar; d) La que emanaba de los repartimientos de solares, en el área urbana, y e) La que provenía de los repartimientos de tierras.

2. La adjudicación de tierras, a partir de 1563, debía sujetarse al trámite previsto en la Ordenanza de Felipe II de ese año. Los despachos de los Cabildos, dados con la intervención de los Virreyes y Presidentes, fueron los títulos de adjudicación de realengos desde el mencionado año de 1563 hasta cuando se modificó el sistema en virtud de otros ordenamientos reales. Constituye esa Ordenanza un acontecimiento histórico importante en la legislación para las Indias, en materia de tierras, porque es ella el estatuto que por primera vez consagra la intervención de la autoridad pública en la concesión de adjudicaciones de tierras y en la expedición de Despachos que constituyeron la causa formal de las primeras adquisiciones privadas de tierras de la Corona.

3. En el período histórico de 1591 a 1680 configuran la propiedad de las tierras, además de las normas anteriores vigentes en la primera de estas fechas y en especial las que emanaban de las Cédulas de Felipe II dadas el 20 de noviembre de 1578 y el 8 de marzo de 1589, las famosas Cédulas de El Pardo, que resumen aquellas dos y que forman el estatuto principal de tierras en ese lapso. Tienen ellas mucha importancia para juzgar del origen y conservación de la propiedad territorial entre nosotros, porque fueron dadas especialmente para su vigencia en el Nuevo Reino de Granada. La primera Cédula de El Pardo contempla de modo especial el estado de quienes "con ocasión que tienen de la merced de algunas tierras" se han "entrado e ocupado otras muchas sin título, causa ni razón" y de que otros "las tengan y conserven con títulos fingidos e inválidos, de quien no tuvo poder ni facultad para poderlos dar". El uso de la palabra MERCED en este instrumento, por la forma en que se emplea, al decir "que unos que tienen de la MERCED algunas tierras", etc., sugiere su aplicación general a todas las donaciones de tierras por capitulaciones y repartimientos, ya que esos eran entonces los solos medios adquisitivos del dominio de tierras realengas, que implicaban liberalidad, pues aunque la prescripción tenía también origen en una liberalidad, de un repartimiento de tierras, el dominio perfecto en virtud de la prescripción no se adquiría sino por la residencia *in situ* y la explotación económica. *Merced* y *donación* son, pues, términos de igual contenido jurídico en la Cédula de que se trata. Tierras "sin título, causa ni razón" eran las que se tenían sin que su posesión emanase

de capitulación, repartimiento ni prescripción. Aunque esta Cédula no la menciona expresamente, puede entenderse que la prescripción estaba comprendida en la "causa" y "razón" que con el título, hacían legales las adquisiciones de tierras, lo que se infiere del propio texto a que pertenecen estas expresiones y de las normas generales entonces imperantes. Títulos "fingidos e inválidos" eran los que aparecían otorgados por quien no tenía facultad para darlos. Esta Cédula indica que las incursiones en tierras no entregadas en virtud de título o de causa legal, no estaban permitidas y no merecían amparo o protección, no creaban estados jurídicos dignos de respeto. Conforme a esta Cédula las autoridades de la Colonia estaban facultadas para examinar los títulos y decidir sobre su validez en forma definitiva e inaplazable. Era ésta una atribución totalitaria, que sumaba las funciones del Organo Administrativo con las del Judicial del Poder Público. También se deduce de la misma Cédula que al Estado no le correspondía demandar en juicio a los particulares, para aclarar o definir cuestiones territoriales de dominio. Los particulares no tenían, sobre sus propiedades o posesiones, una situación tal que les permitiese esperar la acción o demanda de parte de las autoridades reales. Debían ellos aducir sus títulos y causas legales de dominio y posesión para poderse mantener legítimamente en esas situaciones que en su favor respetaban las leyes. La segunda Cédula de El Pardo completó la primera en cuanto a las medidas que debían tomarse para atender a la defensa del patrimonio territorial del Soberano. En ella se trata por primera vez de la *composición* de lo ocupado ilegítimamente o sin título legal. Se alude también a la posesión de las tierras con ocupación de ellas, a la posesión efectiva, no a una posesión simplemente escrita, no existente entonces y que no contemplaban las instituciones sobre tierras. Conforme a esta Cédula se debía restituír al Rey todo lo que se hallara sin título válido y legítimo y se agregaba que los que no quisieran la composición debían restituír las tierras de acuerdo con el dictamen de las personas que tenían el poder de ver los títulos, sin que hubiese necesidad de pleito. Los que teniendo ilegítima posesión aceptaban la composición, serían en adelante verdaderos señores y legítimos poseedores de sus tierras. Esas Cédulas de El Pardo fueron ejecutadas prontamente en América.

4. Las donaciones de tierras a los conquistadores, descubridores y pobladores se mantuvieron hasta el año de 1617 en que, por Cédula de Felipe III, se trató expresamente de la venta de tierras en pública almoneda.

5. El Código de Indias o Recopilación de leyes de los Reinos de las Indias, que se expidió en Madrid el año de 1680, contiene en su Título XII, Libro IV, las Leyes 14, 15, 16, 17 y 19 disposiciones importantes. Así, por ejemplo, la Ley 14 contiene reglas referentes al amparo de posesión de los que poseyeron tierras con buen título y recaudo y también para "los que con justa prescripción poseyeron." Se refería ese Código a la única prescripción autorizada legalmente respecto a tierras realengas, a la única prescripción "justa", vale decir, reconocida por el derecho imperante: la que regía en favor de los pobladores a quienes se entregaba tierra en repartimiento y que se hacían dueños de ella por su explotación económica. Esta prescripción se refería a las relaciones entre la Corona y los pobladores y adjudicatarios de tierras en repartimiento; no entre unos particulares y otros, con aplicación de reglas del derecho civil. Conforme a una de esas leyes

el que no hubiera poseído las tierras por diez años, aunque alegase que las estaban poseyendo, no podía ser admitido a composición y ésta no podía verificarse en relación con las tierras que se poseían con título vicioso. El Código de Indias contiene ya una sistematización de la venta de tierras, establecida por primera vez a partir del año de 1617. Debían venderse de acuerdo con la Junta de Hacienda y en pública almoneda. Y tanto las tierras que se recibían en composición como las que se vendían, quedaban sometidas al requisito de sacarlas al pregón y rematarlas en pública subasta.

6. Las Cédulas de San Lorenzo de 1754 y de San Ildefonso de 1780 contienen modificaciones, complementos y aclaraciones de mucho significado a la legislación anterior sobre tierras. Con ellas se cierra el ciclo legislativo indiano, porque fueron los últimos documentos de su clase expedidos antes de la emancipación y del comienzo de la vida republicana. La Cédula-Instrucción de San Lorenzo del Real tiene como objeto inicial y dominante el de tomar medidas adecuadas que aseguren la explotación de las tierras. Esta Cédula exige la exhibición de los títulos respecto de tierras realengas poseídas —estando o no pobladas, cultivadas o labradas— desde el año de 1700, como así lo previene el Capítulo III. Los títulos anteriores a 1700 no estaban sujetos a su exhibición ni quedaron comprendidos en la sanción por no presentarlos, establecida para los otros. Sin embargo, el Capítulo IV, refiriéndose a la posesión de realengos en virtud de venta o composición hechas por los Subdelegados antes del citado año de 1700, dispone que aunque no estén confirmados los títulos, se les deje a los titulares en libre y quieta posesión. Lo que indica que aunque no se exigió la presentación de títulos anteriores a 1700, cuando ellos se presentaban y hallaban justos, los interesados no debían ser en adelante turbados, emplazados ni denunciados respecto a la posesión de dichas tierras. La exhibición de los títulos fue obligatoria respecto al período corrido entre 1700 y el otorgamiento de la Instrucción, y no respecto al tiempo anterior; pero los beneficios que la Cédula reconoce a favor de quienes recibían la confirmación de sus títulos es general para todos, los anteriores y los posteriores al año de 1700.

De la circunstancia de referirse la Cédula de 1754 a las posesiones y títulos de un corto lapso se puede deducir que las normas de la anterior legislación se respetaban en cuanto a los efectos ya causados y se mantenían en los puntos no afectados por los nuevos reglamentos. Regulada esa Cédula, la posesión con título y la posesión sin él; el amparo a la primera, como al dominio, y el amparo a la segunda, por constituír una calidad jurídica susceptible de llegar a serlo. Los realengos ocupados sin título, aún labrados y cultivados, pasaban al patrimonio real si no se recibían en composición y confirmación. Sugería la Cédula dos géneros de ocupación de realengos sin título: ocupados sin título, de ocupación antigua, y ocupados sin título de ocupación reciente. Así se deduce al relacionar lo dispuesto en los Capítulos IV y VII. La disposición de aquel Capítulo no resulta contradictoria con la del VII, si la de este último se interpreta como pertinente tan sólo a la posesión u ocupación reciente, por un tiempo no menor de diez años. Quiso el legislador que esa situación anómala de corto tiempo no perdurara, y que se aclarase y definiese en composición y confirmación, para lo cual se dispensaba del deber de ocupación por diez años.

De donde se deduce que la Instrucción de 1754 contempló dos clases de posesión u ocupación sin título: la antigua posesión, la posesión u ocupación reciente o nueva. Ese ordenamiento comprendía varias proposiciones: *Primera.* A los poseedores sin título les bastaba una antigua posesión para ser amparados. *Segunda.* Esos poseedores debían justificar aquella posesión. *Tercera.* La protección o amparo a la antigua posesión se otorgaba en calidad o como título de justa prescripción. *Cuarta.* Si no se cultivaba la tierra, en término perentorio, se hacía merced de ella a otras personas. *Quinta.* Los terceros adquirentes estaban también obligados al cultivo. De las declaraciones contenidas en el texto legal resaltaban éstas: la justificación de la posesión; lo que se entendía por justa prescripción, y el deber del cultivo. Importante es observar que la Corona no estimaba haberse desprendido definitivamente de las tierras si no se hacía un cultivo de ellas. Título de justa prescripción era motivo, razón o derecho para prescribir. Si no se cultivaba la tierra poseída, el derecho de justa prescripción desaparecía, no se convertía en dominio. La justa prescripción no se confundía con éste. Era una prescripción *sui géneris,* como se dijo al principio del fallo, un derecho que se elevaba a dominio si no se perdía por caer bajo la sanción resolutoria preestablecida por causa del no cultivo o aprovechamiento de la tierra. Para que existiese la propiedad por efecto de justa prescripción se requería la antigua posesión, justificada o demostrada, y la ocupación o explotación económica de lo poseído.

Preocupación permanente de los legisladores de la Corona fue la del cultivo de la tierra. Había que cultivar la tierra que se tuviese a título de justa prescripción, en término breve, pues de lo contrario se hacía merced de ella a los que la denunciaran. Sobre *excesos* se estatuía que las personas que hubiesen excedido los límites de lo comprado o compuesto, *agregándose o introduciéndose en más terreno de lo concedido, debían componer el exceso* y recibir nuevo título y confirmación de éste. Del exceso, *precediendo medida* y avalúo, se despachaba título y confirmación.

7. De las tierras adjudicadas había que recibir posesión. Si se daban títulos y no podía posesionarse el interesado, es claro que el título, que no le servía para ello a raíz de su expedición, tampoco podía servirle después, y que consecuencialmente los sucesores de quienes en tal situación se hallaban no podían alegar hoy dominio y posesión con base en la posesión inicial que no tuvieron sus antecesores. El título solo no suponía la posesión. Especial para el Nuevo Reino de Granada, como lo fueron las Cédulas de El Pardo, expidió el Rey de España su famosa Cédula de San Ildefonso el día 2 de agosto de 1780. La nueva ley sobre régimen de tierras en estos dominios de la Corona, es el último acto de su género dictado por la monarquía en época ya muy próxima a la emancipación. Esta Cédula de San Ildefonso llevó a la legislación una institución de vasto alcance económico-social y jurídico-social al dar tierras a los más necesitados, teniendo que lesionar posiblemente los presuntos o reales derechos de quienes habían adquirido tierras aptas para su beneficio y que las mantenían yermas o sin cultivos. Explicación o motivación de esa Cédula es el dictamen uniforme del Virrey el Fiscal de la Real Audiencia de que para lo futuro las tierras realengas se concedieran gratuitamente a los que quisieran desmontarlas o cultivarlas, y que se terminara el sistema hasta entonces vigente de la

venta de las tierras al mejor postor o en pública subasta, porque él permitía a los ricos y poderosos adueñarse de las tierras, cuando los más necesitados no podían acudir en competencia con aquéllos para su adquisición. La Cédula se pronuncia por el respeto a la posesión adquirida en venta y composición, y no admite la tesis de las ventas y arrendamientos forzosos, limitándose a establecer que se procure "con eficacia, pero por medios suaves, que los actuales legítimos poseedores de tierras inútiles las hagan fructíferas, o por sí mismos o arrendándolas o vendiéndolas a otros". Se comprende que la Cédula alude a los dueños de tierras con títulos emanados de venta y composición cuando habla de "legítimos poseedores", pues a éstos, en su calidad de verdaderos dueños, se refirió el Juez de Realengos cuando dijo que no se les podía impedir venderlas o arrendarlas como propias, según su deseo.

En cuanto al "contrato particular" queda fuera de los tres medios de adquisición del dominio, que eran la merced, la composición y la venta, por medio de los cuales los poseedores podían llegar a la calidad de dueños. Cuando el Fiscal hace mención a los que tenían tierras con *origen en venta*; y composiciones por "contrato particular", como habla de los que gozan de tierras compradas y compuestas con su Majestad, es claro que al mencionar los contratos entre particulares se refiere a la posesión que se ejercita en virtud de contratos de venta, arrendamiento u otros entre particulares cuando los primeros otorgantes adquirieron las tierras en venta o composición. No debe perturbar el juicio del intérprete la consideración, que acaso pudiera hacerse, de que la Cédula, al hablar de los *poseedores* por contrato particular, se refiere a una posesión que equivale al dominio, pues debe recordarse cómo a través de toda la legislación indiana fueron siempre sinónimos los términos *posesión* y *ocupación*, y se usaron indistintamente, sin atender al sentido técnico del vocablo *posesión*, indicativo en el derecho civil, de tener una cosa con ánimo de señor y dueño. La posesión de que trata esta Cédula, como todas las anteriores, es la ocupación. Tanto la ocupación sin título como la ocupación con él se calificaron de *posesiones* en las leyes españolas para las Indias, y se llamaron *poseedores* a los que tenían una simple ocupación de hecho como a los que la ejercían en calidad de dueños. Para los poseedores de tierras sin títulos u ocupantes de hecho había una protección por medio de composición, que se obtenía acreditando una ocupación de diez años. No sorprende, por lo mismo, que la Cédula de San Ildefonso disponga no inquietar a los poseedores de tierras realengas por *ocupación* de ellas, pues la ocupación era lícita y podía significar un estado jurídico digno de respeto, que hizo muy bien en reronocer y proteger la mencionada Cédula.

Entre los títulos que evitaban la sospecha de usurpación se hallaban, conforme a la Cédula, aquellos distintos de la venta o composición, o sean, la capitulación, el repartimiento de tierras y el título de justa prescripción, mas no el contrato de venta entre particulares de tierras que podían haber sido usurpadas al Rey. Es de notar en esta Cédula de San Ildefonso que, aunque los Monarcas españoles habían venido propugnando por la explotación económica de las tierras, en ella parece consagrarse el imperio de las reglas romanas sobre la posesión y la propiedad, conforme a las cuales el dueño era libre de hacer o no hacer de sus cosas lo que le viniera en

gana. Esta Cédula sancionaba con el dictado de usurpadores a los que excedían los linderos de lo adjudicado. Solamente los poseedores a que aludió el Virrey Guirior o los interesados legítimamente podían pedir el deslinde y amojonamiento, el cual se sujetaba a los títulos. No era cualquier poseedor el que tenía la acción de deslinde, sino el que tenía su propiedad titulada, o el dueño con título legítimo. Aunque los primeros repartimientos consagraban el deber de tener cultivadas siempre las tierras so pena de perderlas y de verificarse la reversión de su dominio a favor de la Corona, esta Cédula, con notorio acierto, previó la excepción del tiempo necesario para el descanso de la tierra.

Otros preceptos de la Cédula pueden sintetizarse así: las tierras se concedían graciosamente a los sujetos que las quisiesen desmontar, obligándose a sembrarlas y cultivarlas, y a mantenerlas siempre así, excepto el tiempo necesario para su descanso; que a ninguna persona se concediese más porción que la que buenamente pudiera labrar, atendiendo su caudal y posibles; que se pusieran linderos fijos y durables, a costa del dueño del terreno; que la concesión la otorgara la Audiencia por conformidad de dos terceras partes de los votos de sus miembros. Sobre todo lo anterior debe observarse que la interpretación que ha hecho la Corte de la Cédula de San Ildefonso armoniza con el concepto que dio el Fiscal Andino y Mon el año de 1766. Las observaciones del Fiscal son la mejor confirmación de lo que se ha venido sosteniendo por la Corte, de que la Cédula de 1780, cuando manda no inquietar a los poseedores, no eleva a la calidad de dominio la posesión que se ejercitaba sin título o con fraude o colusión respecto al mismo. Si las tierras estaban cultivadas era preciso, sin embargo, obtener el título; luego los que las poseían no eran dueños de ellas. Si las tierras no se hallaban cultivadas, la posesión no merecía respeto, y debían las tierras repartirse a otras personas; lo que demuestra que esa posesión no tenía el carácter de propiedad. En aplicación de esta Cédula de 1780 se hicieron varios deslindes, como el de la hacienda de "El Chocho" el año de 1806. Ya la Real Audiencia en 1802 había considerado vigente la legislación anterior a 1780 sobre excesos en las adjudicaciones y su denuncio, y había distinguido al poseedor con título del poseedor sin él. Esta Cédula no cambió el sistema general a que había venido sometido el régimen de tierras y solamente innovó en lo que mira a la adjudicación en el futuro de las tierras realengas. El único cambio que se produjo no fue nuevo en 1780, pues ya había regido ese sistema antes de establecerse la venta de las tierras en 1617. Antes de aquel año, cuando las tierras se *daban gratuitamente* a los cultivadores, como lo estableció nuevamente la Cédula de San Ildefonso, el Estado, sin embargo, mantenía la más celosa defensa de su patrimonio territorial. En efecto, desde cuando se establecieron los repartimientos de tierras ya el Monarca se había reservado una parte, en cada repartimiento, para hacer merced de ella a su voluntad. Esto también resulta de la Ordenanza de Poblaciones de la primera Cédula de El Pardo. Conforme a ellas, el Soberano se reservó, en la época de que allí se trata, derechos inalienables y defendidos severísimamente por la segunda Cédula de El Pardo, sobre su patrimonio territorial en las Indias, en un período que fue análogo al que siguió inmediatamente a la Cédula de San Ildefonso, en lo tocante a la enajenación de las tierras realengas. Ellas se entregaban por las capitulacio-

nes y repartimientos a los pobladores, pero el Rey siempre se reservó parte en ellas para hacer merced a su voluntad. Lo que explica el celo del Monarca por defender esa regalía así configurada. Se repite que el interés del Monarca español para hacer la defensa de su regalía en las tierras fue el mismo en 1780 que lo había sido en la época a que se ha hecho referencia; el Estado continuó manteniendo después de la Cédula de San Ildefonso el mismo interés que antes tuvo para controlar la salida de las tierras de su patrimonio al de los particulares, si no por motivos de orden fiscal, seguramente por razones de otro orden. La circunstancia de haberse dado la orden de no inquietar a los poseedores, no implicó el reconocimiento por el Estado de una situación permanente e irrevocable por los ocupantes y poseedores a que se refirió la Cédula.

8. En cuanto a la llamada prescripción de que se habló en un principio, estaba configurada por un régimen especial que no era el del derecho común; no se entendía sobre cualquiera extensión que se poseyese con ánimo de señor y dueño, sino respecto de lo cultivado y explotado económicamente, y con la sanción de perder lo poseído si no se cultivaba y labraba en determinado tiempo. Se respetó la posesión antigua como título de justa prescripción, pero quedó sometido el poseedor a la condición y a la sanción de que habla la Cédula. Como se ve, es ésta una prescripción muy distinta de la establecida en el derecho común.

9. Las tierras han de determinarse, y ello se hace por medio de medidas o linderos. En una adjudicación de tierras el orden lógico en que figuran a la vez medidas y linderos, es éste: prevalecen las medidas frente a los linderos. Si así no fuese, sobrarían las medidas. Y por regla general, en las adjudicaciones con medidas y linderos, prima entre los dos elementos determinantes del objeto o materia de la adjudicación, el que más resalte de ellos, las medidas o los linderos. Y cuando concurren medidas y linderos, como el lindero, en relación con la medida, es perímetro que comprende el área correspondiente a la que deberían abarcar las medidas, no puede hablarse en tal hipótesis de *linderos* sino cuando encierran con suficiente claridad o precisión la superficie que trata de establecerse. Las medidas deben ser proporcionadas, próximas en extensión al área abarcada por los linderos, y el área encerrada por éstos, próxima a la superficie que dan las medidas. Si se afirma que unos linderos, formados por ejemplo por dos ríos, en dos extremos, y dos cerros o cordilleras en los otros lados contrapuestos, son los de una adjudicación de diez estancias o diez caballerías de tierras, para que la relación del área de las estancias o caballerías con la del perímetro comprendido dentro de los linderos arcifinios, pudiera producir efectos de determinación, de la una por la otra, sería necesario que las dos cabidas fuesen sensiblemente iguales o próximas. En otra forma la relación no podría establecerse. No servirían los datos de los linderos arcifinios para determinar por aproximación el área de las estancias o caballerías. Los datos arcifinios vagos e incompletos, en una adjudicación que se hizo por medidas, servirán tan sólo para indicar un sitio donde aquélla debió hacerse materialmente: en la quebrada A, en el valle B, sobre el cerro X. Unicamente indicativos del punto o lugar. Para determinar un terreno objeto de una adjudicación serán de suma utilidad las indicaciones que se deriven de los actos posesorios que se consumaron al amparo de un título que se tuvo a

la vista de los funcionarios, de las partes interesadas directamente en su validez o que podían reclamar contra ella, de los testigos, peritos y avaluadores, y que hoy muchas veces llega hasta nosotros desprovisto de todos esos elementos conexos con su ejecución a raíz de su otorgamiento. Cualquier otra comprobación que sea conducente y eficaz para establecer alguna o algunas de las circunstancias de que se ha hecho mérito, sobre las medidas de las tierras y lo en ellas comprendido, o sobre los linderos de las mismas y lo que ellos abarcan, o sobre la ejecución ulterior de actos que materializaron en el terreno las medidas o los linderos, son admisibles hoy para establecer el objeto de las adjudicaciones antiguas. En este asunto debe tenerse en cuenta que el criterio con que se hacían adjudicaciones en aquellos tiempos era el de no extenderlas, sino el de limitarlas más bien a su justo contenido, relacionándolo con la explotación de las tierras, porque así se dieron, limitadas, bien fuese por medidas o por linderos, pero con una área precisa o precisable desde cuando se otorgaron.

10. En la ley de 11 de octubre de 1821, deben anotarse estos puntos: 1º Expresamente abolió, en su artículo 3º, el método de composición, que fue establecido por las Cédulas de El Pardo en 1591, y no por la Instrucción de 1754, como se dice en la ley; y restableció la venta de las tierras baldías, que había suprimido la Cédula de San Ildefonso; 2º Quienes al expedirse la ley de 1821 se hallaban en posesión de tierras baldías *con casas y labranzas en ellas*, pero sin título de propiedad, debían ser *preferidos en las ventas de tierras* (artículo 4º); 3º *Los poseedores de tierras baldías de tiempo inmemorial o a pretexto de una justa prescripción*, debían concurrir *a sacar sus títulos de propiedad* (artículo 5º). La ley de 1821 se expidió para regular la enajenación de tierras baldías, y en ella se dice que "podrán enajenarse en lo sucesivo... las tierras baldías *que no han sido antes concedidas a persona alguna*". Esta expresión pleonástica de la ley, corre parejas con la otra expresión impropia del artículo 5º, en cuanto en él se dice que las tierras respecto de las cuales no se sacaren los títulos de propiedad volverían al dominio de la República. Si eran baldías, y éstas, según la propia ley, eran las no concedidas a persona alguna, es por demás notoria la impropiedad del texto, a la luz de la misma ley, cuando dice que algunas tierras baldías volvían a la República. En cuanto a los artículos 13 y 14 de la ley de 1821, ya la Sala había expresado su parecer de que esos artículos no autorizan para deducir de ellos conclusión alguna tocante con la propiedad particular de las tierras, o más propiamente, que de esas disposiciones no puede inferirse que el legislador reconociera, en razón de las mismas, la existencia de dominio privado sobre las tierras baldías por parte de las personas a que esas normas aluden.

El artículo 14 contiene dos partes principales: la una, en que se determina qué ha de ocurrir con las tierras adquiridas por merced o composición cuando sus propietarios no hacen el registro; y la otra, en que se dispone lo que ocurre con las tierras adquiridas por compras sucesivas u otros títulos, si los propietarios no las registran. La primera parte del artículo es categórica al disponer que en la hipótesis que ella contempla las tierras se incorporan al dominio de la República. Es una medida de severidad que se ha explicado diciendo que allí se consignó por nuestros próceres y primeros legisladores un procedimiento dirigido a corregir los excesos de prodi-

galidad en el patrimonio común que venían cometiendo los dirigentes españoles en el tiempo inmediato al nacimiento de la República. La segunda parte del artículo no está ya inspirada en aquel criterio de represalia, porque ella no se refiere a dádivas o regalos de tierras hechas en mercedes y composiciones, sino a adquisiciones que tenían otro origen, a lo menos en el mismo tiempo próximo al nacimiento de la nueva nacionalidad. Y como el espíritu que informa esta segunda parte del artículo es muy otro, sus consecuencias, así como su estudio y alcance, son diferentes. Esta ley regulaba la enajenación de baldíos y ordenaba un registro de las tierras que aparecían en poder de particulares. Los que registraban sus propiedades eran titulares del derecho de propiedad, en razón de los documentos que presentaran para acreditarlo así. Como la ley no estableció la clasificación de los títulos, sino su simple registro, es claro que no hay base en ella para deducir que cuando sus textos mencionan a los propietarios, están señalando a personas que tenían un dominio perfecto, valedero en relación con otros propietarios y también frente al Estado. Esto no implica, en modo alguno, un reconocimiento por el Estado de la calidad de particulares o de dominio privado de las tierras que como tales se registraron. Estos artículos 13 y 14 de la citada ley apenas se referían a un simple empadronamiento de la propiedad rural para fines puramente estadísticos, sin consecuencia para la calificación del dominio privado. Así lo entendieron los legisladores del año de 1824, como se deduce del acta de la sesión del 29 de abril de ese año. El registro, que no tenía otro objeto que el empadronamiento de las propiedades, era, como lo dijeron aquellos legisladores, "para formar una estadística". Por consiguiente, no es jurídico deducir que del registro o no registro de las propiedades se produjesen consecuencias de dominio en favor de las propiedades registradas, por entenderse, como lo estima el abogado de la Compañía avisante, que la sola inscripción en aquellos registros, y puesto que la ley habla de *propietarios y de propiedades*, implicaba la calificación del dominio. Ni va contra la doctrina de la Corte el Informe de la Cimisión del Senado sobre los proyectos que fueron después las leyes 160 y 200 de 1936, pues de él no puede deducirse que el cambio del término "título originario", por "título emanado del Estado" se hubiera hecho para reconocer validez probatoria a una disposición legal concretamente, la de 11 de octubre de 1821, sino para dar entrada al análisis por los jueces de los diversos casos que se presenten; por ende, no se halla demostrada la conclusión a que llega el apoderado en su razonamiento, cuando afirma que por la identidad de mente del legislador que expidió los estatutos 160 y 200 de 1936, es lógico aplicar a la prueba del dominio privado del petróleo el medio establecido para la propiedad territorial por el artículo 4º, letra c) de la Ley 200 del mismo año. La disposición de esta ley no implicó, como ya se dijo, el saneamiento de la propiedad particular basada en títulos traslaticios de dominio anteriores a esa fecha. Ni del Informe de la Comisión del Senado podía deducirse la interpretación del apoderado, fuera de que ese Informe no es la ley y de que ésta, en ninguna de sus expresiones alude siquiera a la ley de 1821, para que pudiera pensarse que hace de ella una interpretación. Tampoco la hace la ley 200 en ninguno de sus ordenamientos, pues el aparte c) de su artículo 4º, al referirse a la ley de 1821, simplemente señala un modo para acreditar propiedad privada terri-

torial, análogo a los de las letres a) y b), o sea el título originario y a otra prueba plena de haber salido el terreno del Estado. Se trata, en los tres casos, de documentos distintos que producen unos mismos efectos, para los fines previstos en la ley de tierras. Pero de la identidad de esos efectos no se deduce la igualdad de aquellos documentos, y que sean, por tanto, iguales el título originario del Estado y el título traslaticio entre particulares anterior a 1821.

La ley dio determinados efectos a documentos diferentes, pero no igualó esos documentos. Tales documentos son los títulos anteriores a 1821 y los emanados del Estado; aptos unos y otros para demostrar que, en la hipótesis de la ley 200, las tierras con esos documentos se reputaban de propiedad particular, pero no se declara que esas tierras habían salido del Estado antes de 1821; se admite la propiedad en atención a un documento anterior a 1821, como pudo admitirse atendiendo a un documento anterior a 1850.

11. En los artículos 4º y 5º de la ley de 11 de octubre de 1821 se trata del dominio territorial como consecuencia de la posesión de las tierras baldías con casas y labranzas, o por su posesión inmemorial o a pretexto de una justa prescripción. El legislador, en lo tocante a las tierras baldías y a su régimen, fue una prolongación o continuación de lo que era y había sido el legislador para las Indias. Con algunas excepciones, referentes a composición, que declaró abolida, y al sistema futuro de adjudicación de las tierras baldías, el legislador de la República no innovó en la materia, sino que conservó lo que venía rigiendo en cuanto a la regulación sobre derechos de propiedad en las tierras y sobre protección a los poseedores de ellas que aún no eran dueños frente al Estado. Era lo natural que así procediese el legislador colombiano, porque ningún interés distinto del que manifestó en forma expresa cuando se refirió al método de composición tenía aquél para alterar el sistema que venía rigiendo y al amparo del cual se habían creado derechos y nacido expectativas en favor de habitantes de la República, ciudadanos o extranjeros, por la protección que acerca de las tierras les venía concediendo la legislación anterior. Los que poseyeron en el período indiano a título de justa prescripción, debieron justificar su posesión ante las autoridades, así lo estableció claramente la Cédula de San Lorenzo; y los que no lo hicieron, no consolidaron ese estado jurídico de prescribientes, convirtiéndolo en dominio. El fenómeno se repitió al comienzo de la vida republicana. La ley de 11 de octubre de 1821 ordenó que esos poseedores —que ella denominó poseedores inmemoriales o de justa prescripción— fuesen a sacar sus títulos de propiedad. No tenían título de propiedad esos poseedores; no sólo les faltaba el documento, el título formal, sino el hecho jurídico capaz de convertirlos en dueños, pues no habían satisfecho las exigencias de la legislación colonial para llegar a serlo. La ley de 1821 contenía el requisito de sacar el título respectivo, en el cual insistieron los legisladores de 1824, con la excepción de otorgar dos años más, de plazo para que los interesados sacasen sus títulos de propiedad, lo que está indicando, así como la reiteración del deber de alcanzar el título, una tolerancia por lo pasado, que se traducía en una prórroga automática de cinco años, a partir de 1821, para que se obtuviese el dicho título, en relación con el término inicial fijado en la ley de aquel año. Esa tolerancia se repite en leyes posteriores y está pregonando muy a las claras lo que ya se

expresó: que el hecho era superior a la norma, que la omisión en el deber de sacar el título se imponía como una realidad, frente al criterio rígido del cumplimiento de una obligación que claramente se hallaba establecida en las leyes de la Colonia y que se repitió con idéntica claridad en la primera ley republicana. Igual principio de tolerancia respecto al cumplimiento de la obligación de obtener el título los poseedores con posesión inmemorial o de justa prescripción, son la de 30 de marzo de 1843, con el Decreto reglamentario de ésta de fecha 2 de mayo de 1843, la 70 de 1866 y el Código Fiscal de 1873. El legislador y el ejecutor de la ley de 1843 volvieron a aceptar, como el de 1821, el hecho de no haberse dado cumplimiento a la obligación de alcanzar el título, y autorizaron el que éste se obtuviese en las condiciones que allí se señalaron. El artículo 5º de la Ley 70 de 1866 contiene una disposición muy importante en cuanto se refiere al reconocimiento de la antigua posesión como medio para llegar al dominio de las tierras baldías. La confrontación de este texto adoptado definitivamente y del que sugirió el entonces Presidente de la República demuestra que la posesión real y efectiva a que él se refiere, del terreno cultivado, es la misma contemplada por Mosquera y que él llamó "prescripción por posesión real y material sobre los bosques utilizados o cultivados". Los títulos coloniales, emanados directamente del Estado, vinieron a quedar comprendidos en la expresión "pruebas legales", y la posesión por veinticinco años reemplazó a la prescripción por posesión real y material de que habló el mensaje del Presidente. Finalmente, el artículo 879 del Código Fiscal de 1873 es casi textualmente el mismo de la ley dada en 1866 y por eso el comentario que sugiere coincide con el que produce la primera norma. De todas estas leyes, así como del Proyecto aprobado por el Congreso el año de 1824, resulta claramente establecido que en todas esas oportunidades la autoridad pública legislativa contempló la situación en que se hallaban los poseedores de antigua posesión y resolvió autorizar que en forma legal se expidiesen los títulos correspondientes a la tierra efectiva y realmente cultivada o explotada. Aunque el mensaje de Mosquera calificó de prescripción ese estado jurídico, hay que entender que la calificación la hizo en el mismo concepto en que ella se aplicó durante el régimen colonial, pues esa llamada prescripción no debía regir para lo futuro, sino para solucionar estados anteriores, luego no era prescripción, en el sentido en que la consagra el derecho civil y porque se limitaba a lo explotado económicamente. Todas estas leyes son armónicas en el sentido de considerar que esa posesión inmemorial se convertía en propiedad, limitada tan sólo al terreno explotado económicamente. La ley de 11 de octubre de 1821 reconoció la prescripción, en la cual resumía la antigua posesión o posesión inmemorial, como medio idóneo para llegar al dominio los prescribientes que sacaran los títulos respectivos. La propiedad se debía reconocer sobre lo cultivado y explotado. Y el no cumplimiento de la obligación de sacar los títulos dentro del año señalado en la ley de 1821 no puede razonablemente conducir a la negación del derecho de los prescribientes. La omisión en el deber de sacar oportunamente los títulos los poseedores de tiempo inmemorial o de justa prescripción, a que se refiere la ley de 1821, no constituye fundamento jurídico para deducir que por ese solo hecho de la omisión mencionada, los poseedores que en ella incurrieron hubiesen caído en la sanción prevista en el

artículo 5° de dicha ley y que, por tanto, sus tierras hubiesen vuelto automáticamente, por el transcurso del plazo señalado sin el cumplimiento de la obligación, al dominio de la República. Y como claramente se ha visto que la posesión inmemorial o justa prescripción debió ser efectiva y real, concepto que se reproduce en el de explotación económica, habrá que acreditar tal explotación económica para ponerse en capacidad de alcanzar hoy la declaración judicial de propiedad sobre tierras realengas poseídas a título de justa prescripción o por posesión inmemorial durante la Colonia.

En el presente juicio se ha comprobado la explotación económica de las tierras a que se refiere la Compañía avisante y que ellas salieron del patrimonio del Estado al de los particulares cuyas titulaciones se han examinado, en virtud de justa prescripción.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, agosto cinco de mil novecientos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Aníbal Cardoso Gaitán).

En memorial presentado al Ministerio de la Economía Nacional la Texas Petroleum Company avisa, para los fines del artículo 6° de la Ley 160 de 1936, que en virtud de contratos celebrados por ella con varias personas se propone explorar con taladro y explotar un terreno petrolífero que considera de dominio privado, situado en el Municipio de Chaparral Departamento del Tolima, cuya extensión aproximada es de catorce mil doscientas setenta y seis hectáreas (14.276 has.).

Venido el asunto a esta Sala de la Corte, y tramitado en ella según el procedimiento que le es aplicable, debe decidirse ahora si es fundada legalmente la petición del avisante.

La índole de las cuestiones sometidas al fallo de la Corte impone la división del mismo en varias partes de acuerdo con la naturaleza de los distintos temas objeto de estudio.

PRIMERA PARTE

I—El aviso de exploración

Según el memorial que lo contiene, el terreno a que se refiere está formado de las fincas que en seguida se especifican con sus extensiones correspondientes y los nombres de sus propiedades:

Nombre	Propietario	Extensión Hectáreas	Extensión Metros Cuadrados
I—**Apa y Juncal**	Manuel J. Peña S.	1.280	2.631.31
II—**San Bartolomé de Amoya**	Carlos Iriarte	1.620	8.046.85
III—**El Diamante**	Simón Hernández	444	8.771.50
IV—**Aguadulce**	José María Iriarte	176	3.868.98
V—**El Queso**	José María Iriarte	1.812	2.715.10
VI—**Capellanía**	Rafael Guzmán y Leonardo Salamanca, éste por la mitad del subsuelo	1.566	9.387.77
VII—**San José** (Castilla)	Dimas E. Castilla	1.480	5.760.34
VIII—**San José** (Amaturo)	Elvira Guzmán de Amature	67	3.672.10

Nombre	Propietario	Extensión Hectáreas	Metros
IX—Las Palmas y El Tesoro	Amalia Rincón de Rincón	12	9.099.37
X—Los Mosquitos	Alejandro Sánchez	55	7.755.00
XI—Yaguara	Gustavo Mosquera, Leonardo Salamanca	1.319	2.714.41
XII—Santa Rita	Leonardo Salamanca	125	3.779.14
XIII—Madroñal	Cenón Peralta	2.828	9.385.59
XIV—Hoyo de San Miguel	Pablo Molina	44	8.463.55
XV—Amoya	Marco A. Iriarte	1.439	3.659.10

En cuanto a la determinación del terreno objeto del aviso, expresa la Compañía, en el memorial respectivo, que él comprende dos globos distintos y contiguos que alindera así: "a) Desde el punto donde el cerro del Chimborazo se aproxima más al río Amoyá, en línea recta a este río; río Amoyá abajo hasta su desembocadura en el río Saldaña; de aquí, por la quebrada de Guainí arriba hasta donde le entra la quebrada o zanja del Mochilero; esta zanja arriba hasta su origen en los peñones del cerro; de aquí siguiendo por el borde de los cerros de los Peñones y La Buitrera hasta el boquerón de Castañal; de aquí, en línea recta a las Peñas Blancas frente al punto donde tiene su origen la quebrada de piso; de las Peñas Blancas a dar a la cabecera de la quebrada de Tena; esta quebrada abajo hasta su desembocadura en la quebrada de Linday; quebrada de Linday arriba hasta el paso del camino público; de este punto, línea recta al charco del Oso en el río Tetuán; este río arriba hasta el paso llamado La Peña; de aquí, en línea recta a la cima alta de la Loma de la Ventana, donde hay un mojón; de aquí se toma el filo o peñón alto de para abajo hasta llegar a la quebrada de Amoyá; esta quebrada arriba hasta sus cabeceras; de aquí línea recta a las cabeceras de la quebrada del Violín; esta quebrada abajo hasta su desembocadura en la quebrada de Linday; quebrada de Linday abajo hasta donde le entra la quebrada de Palmichal; esta quebrada arriba hasta su cabecera que es la que queda más inmediata a la loma de los Monos, en el borde de la mesa; de aquí se continúa por todo el borde de la mesa, siguiendo el lindero con la comunidad de Seborucos, hasta encontrar la zanja del cojedero de agua de Aniceto Arias; por esta zanja hasta encontrar la cerca de la manga de Leonardo Salamanca; por la cerca hasta encontrar el borde de la mesa; se sigue luégo por todo el borde de la mesa hasta ponerse en frente del nacimiento del zanjón en donde existió la posesión de Nepomuceno Reyes; de este punto, en línea recta al nacimiento del zanjón; éste abajo hasta su desagüe en la quebrada de Tallare; ésta abajo hasta la boca de la quebrada de Boluca; ésta arriba hasta El Salto; de este punto, cogiendo por la orilla de la mesa hasta ponerse frente a las cabeceras de la zanja de El Higuerón; ésta abajo hasta el frente de unas piedras grandes; de estas piedras, mirando en línea recta hacia el poniente, hasta dar con la quebrada que sirve de lindero de El Madroñal; ésta abajo hasta su desagüe en la quebrada de Tune; ésta arriba hasta encontrar la primera zanja que le desagua; zanja arriba hasta su cabecera, donde se encuentra un mojón; de éste, tomando el camino que viene de Tetuán a dar al paso viejo, en donde hay un mojón; de aquí, por entre el Monte a dar a la quebrada de La Tasaje-

ra; ésta abajo hasta encontrar las cercas de piedra donde hubo un pasto; por esta cerca arriba hasta un cerrito o mogote; de aquí, tomando por el filo de la mesa, siguiendo por todos los mojones que hay en los filos, a dar a la quebrada de El Medio o del Chaparral; ésta arriba hasta encontrar el lindero del ejido del lugar; de este punto a un mojón situado abajo del cementerio viejo; de este mojón, pasando por el cementerio nuevo, línea recta a la quebrada de La Tasajera; ésta abajo hasta encontrar un vallado; siguiendo éste en línea recta a dar a las cabeceras de la quebrada de La Chicorita, donde se encuentra un mojón; de aquí, a un vallado que se encuentra en la loma de Chicorita; siguiendo éste hasta su terminación, donde se encuentra una chamba; siguiendo ésta, hasta ponerse frente a la volada de la manga de Las Mercedes, en la quebrada de Chicorita; de aquí, a la quebrada de El Castañal; desde un barranco que hay en la orilla derecha de esta quebrada, por el barranco, a salir a la mesa en el punto donde se adelgaza más la loma del Castañal, frente a la antigua casa de las Mercedes; de aquí por una cerca de piedra que divide la loma y donde está la puerta de la lechería tomando hacia arriba por el borde de la loma hasta encontrar una chamba que se sigue hasta una zanjita en frente a un barranco de la loma opuesta; por este barranco hasta la chamba que divide dicha loma; siguiendo esta chamba por el borde de la loma hasta una lomita que va a caer a la quebrada Grande, y por la chamba que sigue por esta lomita abajo, hasta la dicha quebrada, en frente a un barranco colorado; de aquí, siguiendo por el barranco, a tomar el cincho de peña que va por la loma hasta la puerta del camino de Las Arditas, que va para El Queso; de aquí el mismo cincho de peña hasta una zanjita; de aquí se sube a tomar el cincho de peña del cerro de Chimborazo; por este cincho, que da la vuelta del cerro, hasta el punto donde dicho cerro se aproxima más al río Amoyá, punto de partida.

"De este globo general así determinado se exceptúan tres porciones:

"a) El predio de Pipiní encerrado por sus linderos, que son: 'De el paso de las Cárdenas en la quebrada de Madroñal, unas diez cuadras abajo de la casa de ña Germana, línea recta a la cuesta vieja de los Mulatos; de aquí cogiendo por el borde de la mesa de Pipiní, borde abajo, hasta encontrar con la chamba; ésta abajo hasta encontrar el llano del "Guarruzal"; éste abajo, hasta la quebrada de Guainí; ésta arriba, hasta la desembocadura de la quebrada del Madriñal; de aquí, en línea recta por una cerca de piedra, al borde de la mesa o filo del llano de la Virgen, por todo el borde de la mesa, al salto de la quebrada de Madroñal; ésta arriba, hasta el paso de Las Cárdenas, primer lindero citado'.

"b) El solar del cementerio público del Chaparral, encerrado por tapias.

"c) El pequeño predio comprendido dentro de los siguientes linderos: Del salto de la quebrada del Medio o del Chaparral, ésta arriba, hasta encontrar una cerca, por ésta al filo de la mesa y por este filo de para abajo hasta el salto de la quebrada.

"d) El segundo globo, separado del anterior por el río Amoyá, se halla constituído por la finca denominada Amoyá, cuyos linderos especiales son: 'Desde el punto donde el río Amoyá desemboca en el río Saldaña, aguas del Amoyá arriba, por la banda izquierda, hasta el charco del Venado, que queda al fin de la angostura del río, de este punto a encontrarse con la punta de un filo peñascoso que desciende desde muy alto, pun-

ta que está muy cerca del río; siguiendo este filo de para arriba hasta ponerse al frente de un cerca de piedra que está medio destruída; siguiendo la dirección de esta cerca a buscar la mesa de Vejucal y por el borde de ésta hasta encontrarse en dirección de una cerca de piedra construída por orden y cuenta del doctor Rafael Rocha Castilla, colindante por el lado derecho de la cerca; siguiendo la cerca de para abajo hasta donde ésta termina a poca distancia del claro donde se ha sostenido una puerta en el camino que conduce al Ataco; de allí línea recta a la quebrada o zanja colorada; ésta abajo hasta ponerse al frente de la punta de la cerca de piedra que continúa de para abajo, y siguiendo esta cerca de piedra hasta donde termina, junto a la cabecera del charco del Burro; de aquí en dirección al río Saldaña por el punto más alto de un cerro peñoso hasta la orilla de dicho río Saldaña en donde se encuentra una piedra o peñón grande cuya base está sumergida en el agua; río Saldaña abajo hasta donde se reúne con el río Amoyá primer lindero'.

El propio memorial contiene también la indicación de los linderos particulares de las fincas sobre que versa el aviso, tomados de escrituras que para este efecto se citan.

En relación con los títulos referentes a las tierras, hace el memorial una separación de ellas en dos partes, así: la que se halla comprendida entre los ríos Amoyá y Saldaña (hacienda de Amoyá de Marco A. Iriarte), y la que se extiende entre los ríos Amoyá y Tetuán, que abarca todas las demás fincas materia del aviso.

Respecto a los terrenos de la hacienda de Amoyá, el memorial de aviso hace derivar sus títulos del que expidió, por seis caballerías de las antiguas, al capitán Juan de Ortega Carrillo, el Presidente don Juan de Borja. El título dado a Ortega no se ha encontrado, pero en una certificación expedida al padre Francisco de Oviedo, cura de Coyaima, el 19 de agosto de 1647, por don Francisco López Lemedo, Teniente de Corregidor y Justicia Mayor, sobre los títulos que había presentado en el pleito que traía con los indios por razón de sus resguardos, consta que Oviedo adujo el menciondao título de seis caballerías (Nº 1 fol. 3v. de los Documentos adjuntos al aviso). Esta certificación, expresa el memorial de aviso, es un documento público de origen oficial, emanado de autoridad competente, que acredita la existencia del título (L. 160 de 1936, artículo 7º, ordinal a). Y que las seis caballerías de las antiguas cubren con exceso la hacienda de Amoyá. Anota además el memorial de aviso, como dato para deducir relación entre el título otorgado al Capitán de Ortega y las tierras que forman la hacienda de Amoyá, que al transigir el pleito entre el padre Oviedo y los indios, mediante la intervención del Oidor Juan Blásquez de Valverde, se determinó que las tierras del padre quedarían de un lado del río Saldaña, hasta el de Amoyá, donde el padre tenía el hato, y las de los indios, del otro lado, transacción que aprobó la Real Audiencia (Documento Nº 2); y que en el testamento de don Alonso Galindo de Mendoza, extendido el 19 de agosto de 1758 (Documento Nº 3), dice el otorgante que es dueño de la hacienda de Amoyá, entre este río y el Saldaña.

Respecto a las tierras que van del río Amoyá al río Tetuán se refiere el momorial de aviso a otros documentos de que da noticia la certificación citada expedida por don Francisco López Lamedo sobre títulos presentados por el padre Oviedo, a saber:

"a) Provisión de cinco estancias en los llanos del Chaparral a Don Alonso de Cobos de Luna. (Por don Juan de Borja, según título expedido en Santa Fé el 26 de febrero de 1625, que no se ha encontrado).

"b) Provisión al beneficiado Francisco de Oviedo, por don Sancho Girón, Marqués de Sofraga, de seis estancias de ganado mayor, **'lindando con las estancias de arriba que son entre el río de Amoyá y el río de Tetuán'.** El título expedido en Santa Fé el 29 de noviembre de 1633 (igual fecha a la citada en el certificado), se presenta en copia auténtica (Documento Nº 4). Aparece en la petición del doctor Oviedo que solicita seis estancias de pan y ganado mayor en tierras de la provincia de Ibagué **son de San Juan de Gandía o puesto del Chaparral corriendo para abajo entre el río de Amoyá y Tetuán hasta donde entra el dicho Amoyá en el río Saldaña'.** El capitán Juan de Ortega Carrillo, Justicia Mayor, dio parecer que se podía hacer la merced al señor Oviedo en la parte y lugar donde señala linderos el beneficiado Francisco de Oviedo que es **en el sitio del Fuerte de las Tejas,** conforme al pedimento del capitán Alonso Cobos, difunto, mirando la vía del Reino por una parte vertientes al río **de Amoyá y por la otra al de Tetuán hasta la quebrada Honda,** a donde los Pijaos mataron a tres soldados. **Por la frente las barrancas que caen a la quebrada del Mene corriendo por ellas hasta el río de Amoyá....'** De donde se deduce que el Fuerte de las Tejas es el mismo San Juan de Gandia o puesto del Chaparral (Chaparral viejo), que está localizado en el plano.

"c) Provisión de diez estancias de ganado mayor al beneficiado Francisco de Oviedo por el presidente Martín de Saavedra, **lindando con las de arriba** (Sta. Fe, 9 de noviembre 1637). No se ha encontrado.

"d) Provisión de seis estancias de ganado mayor al beneficiado Francisco de Oviedo en las quebradas del Mene, **que lindan con las estancias de arriba** (Sta. Fe, 16 de marzo de 1632).

"e) Provisión por el Cabildo de la ciudad de Medina de las Torres, confirmada por don Bernardino de Mojica, de una estancia de ganado mayor, otra de ganado menor y otra de pan coger, **en las riberas del río de Amoyá de una banda y otra del dicho río** (25 de febrero de 1587 ante el escribano Sebastián Gómez de Tapia). Este título expedido a favor de Martín de Zúñiga, se presenta en copia auténtica (Documento Nº 5).

Después expresa el aviso que las estancias entre los ríos Amoyá y Tetuán son 27 de ganado mayor y contiguas unas a otras, como así consta del certificado de López Lamedo.

Y posteriormente el memorial de aviso contiene una enumeración y un comentario acerca de varios testamentos, de una capellanía, de ventas y actos de partición material de porciones de tierras, actos todos que se estiman ejecutados por causahabientes del primer adquirente presbítero Oviedo, en un lapso de dos siglos, y con los cuales se propone el avisante establecer la identidad de las tierras de que trata su gestión actual con las que comprendieron los títulos primitivos. Además, a algunos de dichos documentos los considera el aviso como de aquellos con los cuales puede acreditarse dominio privado del petróleo, por haber corrido con anterioridad al 11 de octubre de 1821.

Finalmente contiene el aviso un análisis de la titulación, en los últimos treinta años, de cada una de las fincas que forman el área a que él se refiere.

II—Lo que expresó el Procurador General al Ministerio

Enviado el memorial de aviso con sus documentos adjuntos, a la Procuraduría, el señor Procurador General de la Nación, en su exposición al Ministro del ramo, aludiendo a los documentos antiguos y en especial a los que se mencionan en el certificado de don Francisco López Lamedo, Teniente de Corregidor y Justicia Mayor, observa que de los títulos allí relacionados, el único directo a favor de Francisco de Oviedo es el de seis estancias de ganado mayor expedido por Sancho Girón Marqués de Sofraga, el 29 de noviembre de 1633, pues el otro también directo no fue dado a favor de Oviedo sino de Martín de Zúñiga. Que las tierras adjudicadas al capitán Alonso Cobos de Luna y a Martín Zúñiga, es presumible que las hubiera adquirido Francisco de Oviedo, por la constancia que se encuentra a renglón seguido de la referencia del título del mencionado Martín de Zúñiga y que dice textualmente: "Y parece haber pedido dicho beneficiado Francisco de Oviedo, se diese posesión de los dichos títulos y estancias ante el capitán Juan de Ortega y el dicho capitán dio comisión a cualquier persona que supiese leer y escribir, las diera, y parece que Alfonso Gómez Morcillo dio las dichas posesiones y no hay contradicción ninguna". Y que más adelante después de la mención del título por seis caballerías de las antiguas proveídas al capitán Juan de Ortega y Carrillo, se dice, "que todas las dichas tierras y estancias, según sus linderos, están debajo del pedimento del cacique don Melchor y muchas más según los linderos de bajo de que pide le ampare S. E. y según los linderos de los resguardos, caen las dichas estancias proveídas a dicho beneficiado Francisco de Oviedo y al capitán Juan de Ortega y el título proveído por el Gobernador Bernardino de Mojica y las proveídas al capitán Alonso Cobos de Luna, **que de todas ellas es dueño dicho beneficiado Francisco de Oviedo**...

El señor Procurador General reconoce validez, en favor de Francisco de Oviedo y sus sucesores, a esa titulación antigua, y la niega a los actos testamentarios posteriores y demás entre particulares anteriores al 11 de octubre de 1821.

III—LA RESOLUCION DEL MINISTERIO

En oportunidad el Ministerio de Minas y Petróleos realizó el estudio que le correspondía hacer respecto al aviso de exploración. Con base en los muy interesantes conceptos producidos en sus servicios Técnico y Legal, profirió decisión en que dispuso enviar el negocio a la Corte Suprema para que aquí se resuelva si son o no fundadas las pretensiones de la compañía avisante.

Se abstuvo el Ministerio de admitir como establecido el derecho alegado, por considerar que no se había satisfecho el presupuesto legal de la "determinación precisa del terreno de que se trata".

Admite el Ministerio que se hallan debidamente establecidas las pruebas tocantes con los requisitos de las letras a) y b) del artículo 7º de la Ley 160 de 1936, porque —dice—, "se trajeron los títulos de propiedad actual de las distintas personas que figuran como dueñas actuales de las varias fincas que integran el terreno total del aviso, completados con los correspondientes certificados del registrador de instrumentos públicos;

y también algunos documentos que se pueden considerar como títulos emanados del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873 unos, y 'como documentos públicos de origen oficial emanados de autoridad competente que acreditan la existencia de esos títulos', otros".

Pero estima que la determinación precisa del terreno no se ha establecido plenamente porque aunque reconoce validez, como se ha dicho, a algunos títulos antiguos, considera que la extensión por ellos comprendida es menor que la que pretende explorar y explotar la Texas Petroleum Company. Y expresa que como el Ministerio no podría determinar qué hectáreas del aviso están cobijadas por las adjudicaciones antiguas y cuáles no, se impone rechazar las pretensiones de la compañía avisante.

Para llegar a esta conclusión el Ministerio entiende que las adjudicaciones antiguas no se refieren a la totalidad de las tierras comprendidas dentro de las alinderaciones generales que se dieron al tiempo de su otorgamiento, sino a una extensión menor dentro de aquellas alinderaciones; y que el origen jurídico de otras tierras no amparadas por las primitivas adjudicaciones no puede estar en los actos y contratos celebrados entre particulares con anterioridad a la vigencia de la ley de 11 de octubre de 1821, como así lo pretende la compañía.

Al estudiar el Ministerio lo que se relaciona con "la determinación precisa del terreno de que se trata", y preguntarse —aludiendo a las mercedes de los títulos— qué extensión tuvieron, observa cómo su Sección Técnica realizó los cálculos correspondientes y llegó a la conclusión de que todas aquellas mercedes y composiciones de tierras no pudieron tener una mayor extensión de 7.780 hectáreas con 3.948 metros cuadrados. Y que como el aviso se refiere a una extensión de 14.276 hectáreas, es forzoso concluír que existe una gran extensión territorial que no está amparada por los títulos iniciales y sobre la cual no se ha probado la propiedad particular del petróleo. Para que aparezca completo el pensamiento del Ministerio en el particular, la Corte inserta aquí lo pertinente del estudio de la Sección Técnica a que él alude:

"Resumiendo los documentos hasta ahora transcritos tenemos lo siguiente:

"a) Los terrenos de los resguardos de los indios Coyaimas, estaban ubicados entre las desembocaduras de los ríos Amoyá y Cucuana, sobre la margen izquierda del río Saldaña y entre el pueblo de Coyaima y la desembocadura de la quebrada Doyare, sobre la margen derecha del mismo Saldaña;

"b) Don Francisco de Oviedo sólo poseía terrenos en la margen izquierda del Saldaña, desde la desembocadura del río Amoyá hacia arriba y sólo en una extensión correspondiente a **seis caballerías;**

"c) Don Francisco de Oviedo tenía títulos, según la relación certificada por don Francisco López Lamedo, así: al norte del río de Amoyá y entre los ríos Amoyá y Tetuán y lindando con los terrenos de los resguardos de los indios Coyaimas, por 28 estancias de ganado mayor, una estancia de ganado menor y una estancia de pan coger;

"d) El área equivalente de los terrenos de los cuales poseía títulos don Francisco de Oviedo, al norte del Amoyá, es de 4.473 hectáreas con 2.188 metros cuadrados y el área equivalente, al sur del Amoyá, es de 3.307 hectáreas con 1.760 metros cuadrados, dando un total de 7.780 hectáreas con 3.948 metros cuadrados.

"**Planos.**—Con el memorial de aviso presenta el señor William V. Vietti, los siguientes planos: un plano o croquis, en escala de 1:250.000 que indica los linderos de los perímetros que encierran los terrenos que él supone salieron de poder del Estado, según los títulos presentados; un mapa oficial del Departamento del Tolima, de la Oficina de Longitudes del Ministerio de Relaciones Exteriores, en escala de 1:500.000, en el cual localiza los mismos perímetros que en el anterior; y un plano en escala de 1:50.000, en el cual están localizadas las haciendas materia del aviso.

"Con planímetro se han sacado las áreas en estos planos con el siguiente resultado: área del globo correspondiente a las mercedes al norte del río Amoyá, en el plano de 1:250.000 = 21.469 hectáreas; área del globo correspondiente a las mercedes al sur del río Amoyá, en el mismo plano, 19.843 hectáreas, o sea un total de cuarenta y un mil trescientas doce hectáreas (41.312 hs.); área del globo, avisado en el mismo plano, 14.000 hs.

"En el mapa oficial del Departamento del Tolima: área del globo al norte del Amoyá, 20.250 hectáreas y área del globo al sur del Amoyá, 24.625 hectáreas, dando un total de 44.875 hectáreas.

"En el plano de 1:50.000: globo avisado al norte del río Amoyá, deduciendo el globo de Pipiní, 13.011 hectáreas y globo al sur del Amoyá, 1.393 hectáreas, dando un total de 14.404 hectáreas como área para el lote avisado.

"**Conclusiones.**—Del análisis hecho de los documentos números 1, 2, 3, 4, 5 y 6, llegamos a las siguientes conclusiones:

"1ª Sólo hay en el expediente dos títulos emanados del Estado por adjudicaciones hechas: a) merced hecha por el Cabildo, Justicia y Regimiento de la ciudad real de Medina de las Torres a Martín de Zúñiga, en el año de 1587 de **una estancia de ganado mayor, una estancia de ganado menor y una estancia de pan coger**, al norte del río Amoyá, o sea sobre su margen izquierda. Dicha merced equivale a una área de 227 hectáreas con 1.553 metros cuadrados; b) merced hecha por don Sancho Girón, marqués de Sofraga, a don Francisco de Oviedo en el año de 1633, de **seis estancias de ganado mayor**, entre los ríos Amoyá y Tetuán, es decir, a la izquierda o norte del río Amoyá. El área correspondiente a esta merced es de 943 hectáreas con 5.690 metros cuadrados;

"2ª El total de hectáreas que representan los dos títulos emanados del Estado es de 1.170 hectáreas con 7.243 metros cuadrados, situadas al norte del río Amoyá;

"3ª De los títulos presentados, especialmente del título de merced hecha a don Francisco de Oviedo por el marqués de Sofraga don Sancho Girón en el año de 1633, claramente se deduce que lo adjudicado era **únicamente el área equivalente a las unidades de medida adjudicadas** y no todo el terreno comprendido **dentro de los linderos arcifinios citados**, los cuales sólo indican que dentro de ellos debían tomarse las estancias adjudicadas;

"4ª Los títulos que, según dice la certificación expedida por don Francisco López Lamedo a don Francisco de Oviedo en el año de 1647, poseía éste, representaban 28 **estancias de ganado mayor, una estancia de ganado menor y una de pan coger**, ubicadas todas entre los ríos de Amoyá y Tetuán, es decir, al norte del río Amoyá, con un área equivalente de 4.473 hectáreas con 2.158 metros cuadrados y seis caballerías, situadas al sur del río de Amoyá, cuya área equivale a **3.307 hectáreas con 1.760 metros cuadrados**; dando un total de 7.780 hectáreas con 3.918 metros cuadrados;

"5ª El aviso de la Texas Petroleum Company, de acuerdo con el plano presentado, se refiere a **12.836 hectáreas con 6.051 metros cuadrados** al norte del Amoyá y las mercedes a este lado del río sólo representan **4.473 hectáreas con 2.158 metros cuadrados**, dando una diferencia de **8.363 hectáreas con 3.893 metros cuadrados.**

"6ª El plano presentado por la Texas Petroleum Company en escala de 1:250.000, en el cual demarca los terrenos correspondientes a los títulos que poseía don Francisco de Oviedo, dan una área total para dichas mercedes de **41.312 hectáreas** y ya se vio que el área equivalente de ellas es sólo de **7.780 hectáreas con 3.918 metros cuadrados**, dando una diferencia de 33.531 hectáreas con 6.082 metros cuadrados de más".

SEGUNDA PARTE

La tramitación en la Corte.—El auto para mejor proveer, la inspección ocular y pericial, la audiencia pública.—Ubicación de las tierras a que los títulos antiguos se refieren.

Llegado el asunto a la Corte se oyó a las partes, en sendos escritos en que la Compañía sostiene haber presentado su solicitud con todas las comprobaciones atinentes a la prueba exigida por la ley, y en que la Procuraduría se opone a las pretensiones de los avisantes, por varias razones de orden jurídico, y porque en el hecho no está acreditada la identidad de los terrenos materia del aviso con los que se relacionan en los títulos.

La Sala observó, en auto para mejor proveer, que se han aducido para acreditar dominio privado unos títulos que se afirma son emanados del Estado y unos de los cuales se pretende inferir la existencia de otros con el mismo origen. Que tales títulos se hacen consistir en unas mercedes y composiciones de tierras hechas a favor del presbítero Francisco de Oviedo y del Capitán Alonso Cobos de Luna, relacionados en la certificación expedida por don Francisco López Lamedo, Teniente de Corregidor y Justicia Mayor, dada sobre el expediente de oposición a una demanda del Cacique Melchor Cuqui, en asuntos de tierras. Dijo allí la Sala que al estudiar tales documentos la Sección Tercera, Servicio Técnico del Ministerio de Minas y Petróleos, llegó a las conclusiones que antes se insertaron. Y agregó lo siguiente:

"Para que el fallo que debe pronunciar la Corte produzca el efecto que el legislador ha previsto, y que es seguramente el mismo que la Compañía interesada en el aviso de exploración persigue, o sea el de poder preforar y posiblemente explotar una zona de terreno determinada y los yacimientos que en ellos existen, se hace indispensable establecer con precisión de qué terrenos se trata y sobre cuáles concretamente ha de declararse 'fundada la pretensión del interesado particular', al tenor de la Ley 37 de 1931, artículo 28 y su modificación por el artículo 7º de la Ley 160 de 1936. Y como en el caso que se considera los títulos presentados para probar que las tierras salieron del Estado antes del 28 de octubre de 1873, se remontan a las mercedes y composiciones mencionadas, la determinación del terreno que hoy se pretende como de dominio privado exige verificar que aquél se halla comprendido dentro del área que corresponde a los primitivos títulos.

"Este punto resulta oscuro o dudoso, respecto de toda la zona compren-

dida en el aviso, y a la luz de la documentación y pruebas que se han allegado. El concepto de la Sección Técnica del Ministerio, cuyas conclusiones se han transcrito, si bien muy respetable, no tiene el carácter de prueba producida con audiencia de las partes, que le sirviera de base a la Corte para fundar su decisión. Conviene, por tanto, que este aspecto oscuro del negocio, que por su naturaleza requiere un estudio técnico, se someta al examen y concepto de expertos en la materia, que ilustren el criterio de la Sala.

"Al hacer ese estudio deben los peritos, tomando como base de su dictamen especialmente los datos del memorial de aviso presentado al Ministerio, los de los planos que a él se agregaron y todos los que resultan de las distintas piezas que forman el expediente, dictaminar acerca de la ubicación de las porciones de terreno a que se refieren los títulos ya mencionados y sobre la extensión de aquéllas, teniendo en cuenta para ello el valor de las medidas antiguas en la comarca o región de que se trata y su equivalencia con las modernas contempladas en el aviso.

"En consecuencia, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia dispone para mejor proveer:

"Primero—Por medio de peritos establézcase la ubicación y extensión de las tierras consideradas por la Compañía avisante como de propiedad privada, teniéndose en cuenta al hacerlo las consideraciones consignadas en este auto.

"Segundo—Nómbrase peritos para el estudio y concepto a que se contrae el punto anterior a los señores ingenieros Jorge Alvarez Lleras y Alfredo Ortega Díaz.

"Tercero—Los peritos darán su dictamen en el término de diez días".

Después, por petición de los representantes de ambas partes, la Sala adicionó su anterior providencia disponiendo que el peritazgo allí decretado se produjera dentro de una inspección ocular que practicara la Sala, con el concurso de los expertos ya nombrados y la asistencia de las partes en los terrenos objeto del aviso de exploración.

La inspección ocular y el reconocimiento pericial se efectuaron en los días veintinueve y treinta de julio últimos. De ello dan noticia las actas respectivas (folios 56 a 59, c. número 24).

El dictamen uniforme de los peritos se presentó en su oportunidad legal. En él (folios 60 a 66) los expertos manifiestan, en los puntos pertinentes a la ubicación de las tierras, lo que sigue:

"Como base de nuestro dictamen y después de haber tomado en cuenta los datos del memorial de aviso presentado por la Texas Petroleum Company al Ministerio de la Economía Nacional, con fecha del 20 de marzo de 1940, así como los de los mapas y planos que a él se agregaron y todos los otros que han resultado de las distintas piezas que forman el expediente, entramos a estudiar la ubicación de las porciones de terreno a que se refieren los títulos allí mencionados y la probable extensión de ellas de acuerdo con los valores de las medidas agrarias antiguas que hemos estimado más apropiadas para el caso que se contempla.—Ubicación—La inspección de visu y la exploración directa de unos y otros accidentes topográficos de los dichos terrenos, verificadas en esta diligencia, permitieron identificar los linderos generales de los dos globos de tierra comprendidos dentro de los perímetros indicados en el mapa que acompañó el doc-

tor Cuervo a su memorial, que sirvió de guía en el reconocimiento topográfico dicho y que figura con nuestra firma en el expediente. Igualmente sirvió este mapa para la identificación de otros puntos importantes del terreno, por diversas circunstancias, tales como el Cerro de la Puerta; el Boquerón del Portachuelo (sobre el río Amoyá);...". "Por lo anterior conceptuamos, examinando los linderos generales de los dos globos de tierra mencionados atrás, que la ubicación de tales globos está de acuerdo con la señalada en los mapas, y que ha quedado identificado el terreno, materia de la inspección ocular, dentro del cual está incluído el aviso de la exploración por taladro indicado por la Compañía avisante". .....

"De acuerdo con lo anterior, hemos procedido a hallar la equivalencia de las mercedes antiguas que se hicieron a los señores Oviedo, Zúñiga y otros, con las medidas modernas en hectáreas y metros cuadrados, en la siguiente forma:

	Hectáreas	Metros cuadrados
"a) Adjudicación de cinco estancias a Alonso Cobos de Luna en los llanos del Chaparral, en 1625 ..	2.755	9.800
"b) Adjudicación de seis estancias a Francisco Oviedo, en 1633	3.307	1.760
"c) Adjudicación de diez estancias al mismo, lindando con las anteriores, en 1637	5.511	9.600
"d) Adjudicación de seis estancias al mismo en la quebrada del Neme, lindando con las anteriores, en 1632	3.307	1.760
"e) Adjudicación de una estancia a Martín de Zúñiga en las riberas del río Amoyá a uno y otro lado, en 1587	551	1.960
"f) Adjudicación de una estancia de ganado menor al mismo	59	1.872
"g) Adjudicación de una estancia de pan coger, al mismo	23	2.928
"h) Adjudicación de seis caballerías al sur del río Amoyá, al Capitán Juan de Ortega, en 1626 ..	3.307	1.760
	18.823	1.440

"También podemos conceptuar, en vista de la visita de inspección a los terrenos, del estudio del expediente y de los planos que hemos tenido a la vista, que los terrenos del señor Francisco de Oviedo, en 1657, cuando examinó sus títulos el Oidor Juan Blásquez de Valverde, estaban verosímilmente comprendidos entre los ríos de Tetuán y Amoyá, y de Amoyá y Saldaña, con lo que damos respuesta a la pregunta adicional al cuestionario que contiene el auto para mejor proveer... Alfredo Ortega—Jorge Alvarez Lleras".

Refiriéndose el señor Procurador Delegado en lo Civil al dictamen de los señores peritos le formula varios reparos que importa tener en consideración.

Es el primero el de que por lo que mira a la determinación precisa del

terreno de que se trata, según términos de la ley, dicho dictamen no desarrolla y resuelve la cuestión planteada por la Corte en el auto para mejor proveer.

En la providencia mencionada se había dicho: "Y como en el caso que se considera los títulos presentados para probar que las tierras salieron del Estado antes del 28 de octubre de 1873, se remontan a las mercedes y composiciones mencionadas, la determinación del terreno que hoy se pretende como de dominio privado exige verificar que aquél se halla comprendido dentro del área que corresponde a los primitivos títulos. Este punto resulta oscuro o dudoso, respecto de toda la zona comprendida en el aviso, y a la luz de la documentación y pruebas que se han allegado. El concepto de la Sección Técnica del Ministerio, cuyas conclusiones se han transcrito, si bien muy respetable, no tiene el carácter de prueba producida con audiencia de las partes, que le sirviera de base a la Corte para fundar su decisión. Conviene, por tanto, que este aspecto oscuro del negocio, que por su naturaleza requiere un estudio técnico se someta al examen y concepto de expertos en la materia, que ilustren el criterio de la Sala. Al hacer ese estudio deben los peritos, tomando como base de su dictamen especialmente los datos del memorial de aviso presentado al Ministerio, los de los planos que a él se agregaron y todos los que resultan de las distintas piezas que forman el expediente, dictaminar acerca de la ubicación de las porciones de terreno a que se refieren los títulos ya mencionados y sobre la extensión de aquella, teniendo en cuenta para ello el valor de las medidas antiguas en la comarca o región de que se trata y su equivalencia con las modernas contempladas en el aviso".

Anota el señor Procurador — y en ello está de acuerdo la Sala — que lo esencial no era propiamente la ubicación de los terrenos comprendidos dentro de la demarcación indicada en el memorial de aviso, sino la ubicación de las porciones de terreno a que se refieren los títulos de mercedes y composiciones otorgadas por la Corona española a favor de pretendidos causantes de los actuales dueños del inmueble materia del aviso. Sin ello no podrá saberse a ciencia cierta si tal inmueble — el del aviso — se halla comprendido dentro del área que corresponde a los primitivos títulos. Porque cómo puede saberse con certidumbre si una determinada extensión de terreno está comprendida dentro de otra, no conociéndose la ubicación de esa otra? "Los peritos se refirieron claramente — agrega el Procurador — a los dos globos de tierra mencionados atrás, esto es, 'los comprendidos dentro de los perímetros indicados atrás, esto es, 'los comprendidos dentro de los perímetros indicateria del aviso, indicado por la Compañía avisante está comprendido dentro de aquellos dos globos de tierra. Pero la cuestión esencial, atrás planteada, quedó en el mismo estado de oscuridad en que la ha encontrado la Corte".

En este estado el asunto, y por estimar la Sala que los señores peritos no hicieron coincidir sus respuestas en el punto en mención con la pregunta que se había formulado en el auto para mejor proveer, dispuso en uno nuevo lo siguiente:

"Se observa que los señores peritos, al rendir su dictamen que obra a folios 60 a 66 del cuaderno número 24 de este expediente, no dieron respuesta a una de las cuestiones para las cuales se dispuso su nombra-

miento. 'Por medio de peritos establézcase **la ubicación** y extensión de las tierras.....' díjose en el punto primero de la parte resolutiva del auto para mejor proveer. Los señores peritos presentan un estudio que concretamente se refiere a los títulos primitivos aducidos en el pleito y concluyen pronunciándose sobre la extensión que en su concepto abarcan tales títulos, convertidas sus medidas a las actualmente en uso. Pero olvidaron los señores peritos pronunciarse igualmente respecto a la ubicación de las 18,823 hectáreas, 1,440 m.^{2} que según ellos es el área que corresponde a los ya aludidos títulos, y que en el parecer de los técnicos del Ministerio del ramo, puesto a la vista por el señor Procurador Delegado en lo Civil (fls. 80 y 81 del mismo cuaderno), es de 12,290 hs., 4152 m.^{2}. Es necesario que los señores peritos completen su dictamen, para lo cual se fija el término de cinco días".

En la ampliación de su dictamen los peritos exponen:

"1º—Nuestro estudio concretamente se refiere a los títulos primitivos aducidos en el pleito, en lo que toca al perímetro total que abarca las adjudicaciones hechas y que figura en el plano o mapa que obra en el expediente. A este respecto dijimos: 'Area del globo encerrado por el primer perímetro (marcado en el plano con tinta roja), menos el área de Pipiní, 24,000 hectáreas, aproximadamente'.

"2º—Este globo está claramente determinado por linderos que verificamos en el terreno y por eso lo creemos **ubicado**, dentro del concepto que de tal calificativo tiene la Corte.

"3º—Dentro de este globo deben entenderse las adjudicaciones que en medidas agrarias antiguas figuran en los títulos primitivos, y cuya cabida calculamos según equivalencias métricas que adoptamos como las más justas por razones históricas.

"4º—Pero como estas equivalencias son más o menos elásticas, esta apreciación nuéstra tiene forzosamente que ser relativa. Pretender lo absoluto en esta materia es absurdo.

"5º—De aquí que pueden presentarse dos casos al contemplar la ubicación de las extensiones agrarias que figuran en los títulos: a) Si la equivalencia aceptada es mayor que la acogida por nosotros, entonces, de acuerdo con el ejemplo que ponemos adelante, puede suceder que el área de las adjudicaciones cubra totalmente las 24,000 hectáreas asignadas al globo total, claramente demarcado por linderos determinados y verificados sobre el terreno, según los títulos, y entonces podemos decir que **se ha establecido la ubicación y extensión de las tierras otorgadas en las mercedes** que constituyen la titulación que estudiamos; b) Pero si la equivalencia aceptada es menor que la de los ejemplos propuestos adelante, puede suceder, como sucede al adoptar la que hemos aconsejado por razones históricas, que el área de las adjudicaciones sea menor que las 24,000 hectáreas del globo dicho, y entonces es **materialmente imposible ubicar esa área** dentro de tal globo, porque ello sólo hubiera sido posible para quienes hicieron las mercedes, o para quienes en alguna época posterior hubieran hecho la composición de tierras que solía practicarse antaño".

Los peritos, al ampliar su dictamen, manifiestan que la ubicación de las tierras, según los títulos antiguos, la entienden sujeta a dos con-

sideraciones relacionadas con la equivalencia de las medidas en que las adjudicaciones se hicieron, respecto a las medidas actuales: puede suceder que el área de las adjudicaciones cubra totalmente las veinticuatro mil hectáreas asignadas al globo total, y entonces se puede afirmar que se ha establecido la ubicación y extensión de las tierras otorgadas en las mercedes; pero puede ocurrir que si la equivalencia de las medidas es menor, "como sucede al adoptar la que hemos aconsejado por razones históricas, que el área de las adjudicaciones sea menor que las 24,000 hectáreas del globo dicho, y entonces es materialmente imposible ubicar esa área dentro de tal globo".

Como los peritos asignan diez y ocho mil hectáreas a la superficie comprendida por las mercedes ,resulta, aplicando sus propias observaciones, que ellos estiman no poderse ubicar concretamente en el terreno, y dentro del globo de veinticuatro mil, la superficie que corresponde a los títulos antiguos.

Sin embargo, en opinión de la Sala, el propio memorial de aviso presentado por la Compañía al Ministerio contiene una explicación, ratificada por los mapas que a él se acompañaron y los que después vinieron al expediente, bastante para deducir de ella que existe un globo general de terreno, encerrado por linderos arcifinios en su mayor parte y que son los ríos Saldaña, Amoyá y Tetuán, detro del cual aparece haberse hecho las adjudicaciones coloniales. El área de estas últimas es la que se halla por determinar con precisión. Por tanto, aunque es cierto que el concepto pericial no llegó a conclusiones concretas sobre el punto a que se alude, los otros datos lo ilustran en forma suficiente para que la Corte admita que existe una ubicación conocida de las titulaciones antiguas.

En cuanto a los terrenos de la hacienda de Amoyá, el título alude a seis caballerías de las antiguas, a las cuales se hace también referencia en la transacción producida en el pleito del padre Oviedo con los indios, en la cual se expresa que la hacienda de Amoyá quedaría de un lado del río Saldaña, hacia el de Amoyá, donde el padre tenía un hato. Así, pues, por la propia titulación inicial, otorgada a Juan de Ortega Carrillo, de seis caballerías, donde se expresa (en el certificado de López Lamedo) "que sus linderos corren de donde entra el río de Amoyá en el Saldaña para arriba de la otra parte de dicho río de Amoyá" y por la dicha transacción aparece acreditada la existencia de linderos arcifinios sobre el globo donde se acreditaron las citadas seis caballerías de las antiguas.

Respecto a las tierras a que se refieren los demás títulos se observa, y así lo admite el Ministerio del ramo, que ellas van del río Amoyá al río Tetuán y limitan así mismo con las tierras de los resguardos de indígenas de Ortega. En este particular, en la **conclusión cuarta** del estudio hecho por la Sección tercera del Ministerio se lee, en apoyo de lo que observa la Sala: "Los títulos que, según dice la certificación expedida por don Francisco López Lamedo a don Francisco de Oviedo en el año de 1647, poseía éste, representaban 28 estancias de ganado mayor, una estancia de ganado menor y una de pan coger, **ubicadas todas entre los ríos de Amoyá y Tetuán, es decir, al norte del río Amoya,....**"

Se conoce pues y se acepta una ubicación de las tierras a que los tí-

tulos antiguos se refieren, dentro de dos globos encerrados por linderos arcifinios, como son los ríos Amoyá, Saldaña y Tetuán. Por tanto no hay base para entender que las adjudicaciones antiguas se hicieron en zonas o regiones de identificación imposible, pues ellas están comprendidas por aquellos linderos.

Y así, la primera de las cuestiones planteadas por la Corte a los peritos se halla resuelta en forma favorable a los intereses de la Compañía avisante.

TERCERA PARTE

Los títulos antiguos—Su existencia, su validez jurídica y la extensión o área que comprenden.

Como se ha visto, la titulación antigua aducida por la Compañía avisante se hace derivar de una certificación de lo actuado por don Francisco López Lamedo, en 1647, a petición del presbítero Francisco de Oviedo, en el "Amparo de tierras de los indios de Coyaima y Natagaima", donde se hallan relacionados los títulos de propiedad que el padre Oviedo presentó para oponerse a una demanda del cacique Melchor Cuqui.

Los títulos que allí se relacionan son estos, explicados en los propios términos de la diligencia surtida ante aquel funcionario:

1587 a)—"y así mismo pareció otro título de una estancia de ganado mayor de las antiguas y una de ganado menor y otra de pan coger proveídas por el Cabildo de la ciudad de Medina de las Torres y confirmada por el Gobernador Bernardino de Mojica... su fecha en veinte y cinco de febrero de mil y quinientos y ochenta y siete años".

1625 b)—"y fuera de ellos parece haber proveído el señor don Juan de Borja, Gobernador y Capitán General de este Nuevo Reino y Presidente en la Real Audiencia de él, al Capitán Alonso Cobos de Luna cinco estancias en los llanos del Chaparral como parece por título proveído en la ciudad de Santafé en veinte y seis de febrero de mil y seiscientos y veinte y cinco años".

1626 c)—"y así mismo presentó otro título de seis caballerías de las antiguas, proveídas al Capitán Juan de Ortega Carrillo por el señor Presidente don Juan de Borja,... a treinta de diciembre de mil y seiscientos y veinte y seis años".

1632 d)—"y así mismo pareció otro título proveído a dicho beneficiado Francisco de Oviedo, de seis estancias de ganado mayor proveídas en las quebradas del Mene..., su fecha en Santafé a diez y seis de marzo de mil y seiscientos y treinta y dos años".

1633 e)—"y así mismo pareció otro título proveído al beneficiado Francisco de Oviedo, por el señor don Sancho Girón, Marqués de Sofraga, Gobernador y Capitán General, y Presidente de este Nuevo Reino, de seis estancias de ganado mayor,... su fecha en Santafé en veinte y nueve de noviembre de mil seiscientos y treinta y tres años".

De esos títulos, presentados en 1647, solamente dos se aducen ahora en su texto completo tomado de los originales que reposan en el Archivo Histórico Nacional: el de 1587 a Martín de Zúñiga y el de 1633 al presbítero Francisco de Oviedo. En otra parte de este fallo se examinan porme-

norizadamente los referidos títulos, al tratar de deducir conclusiones sobre su validez legal y contenido. Aquí es interesante observar cómo la referencia que a ellos hace el certificado de 1647 coincide exactamente con lo pertinente de los documentos completos, lo que demuestra que el certificado de López Lamedo se ajustó estrictamente a la verdad de haber visto los títulos que presentó Oviedo y a la atestación que de ellos expidió. En efecto, en el título completo de 1587 puede verse (Fl. 357, Titulación Antigua, 1ª), que el Cabildo de la ciudad de Medina de las Torres otorgó a don Martín de Zúñiga una merced de tierras el 25 de febrero de 1587, confirmada por el Gobernador Bernardino de Mojica; y que el Marqués de Sofraga, Gobernador y Presidente, hizo merced a Francisco de Oviedo de seis estancias de ganado mayor el 29 de noviembre de 1633 (fl. 355 ibídem).

La perfecta armonía entre el contenido de dos de los títulos presentados por el padre Oviedo en 1647 y la certificación de su reconocimiento hecho en ese año por el Corregidor de Coyaima, demostrada en los autos en forma irrefragable, lleva a deducir naturalmente igual exactitud para los otros puntos del certificado sobre la actuación de López Lamedo, en que se da cuenta de los títulos de 1625, 1626 y 1632, que él declara haber visto y examinado. La Corte estima ser poderoso y vehemente indicio de la existencia real de los títulos no aducidos ahora originales, la actuación que respecto a ellos aparece acreditada con el certificado del funcionario de 1647. Fuera de la exactitud comprobada entre la citada relación de 1647 y el contenido en lo pertinente de dos de los títulos en ella mencionados, la circunstancia de haber transcurrido muy poco tiempo entre el otorgamiento de los títulos y su vista por autoridad pública en 1647, es circunstancia que robustece la convicción de la Corte sobre el real otorgamiento de los dichos títulos en la forma y circunstancias consignadas en la diligencia de 1647.

Estas consideraciones llevan a la Corte a concluír que se halla acreditada en el juicio legalmente la existencia de todos los títulos iniciales y originarios del Estado que aduce la Compañía avisante, deducción que se impone con base en el precepto del ordinal a), artículo 7º de la Ley 160 de 1936. La mencionada certificación es un documento con que válidamente puede acreditarse la existencia de los títulos a que él se contrae, por hallarse en el caso de la previsión legal establecida en la citada norma, y con el cual se demuestra la existencia, legalmente presumible, de los títulos de adjudicación en él relacionados.

Está, por tanto, establecida, a juicio de la Sala, la existencia de los títulos iniciales, de donde la Compañía avisante deriva o pretende derivar su derecho a explotar como petróleo de propiedad privada el que se encuentre en los terrenos a que tales títulos se refieren.

La validez jurídica de los mismos títulos y la extensión o área que con fundamento en ellos haya de pertenecer a los sucesores actuales de aquéllos, son cuestiones que requieren un previo y detenido examen de la legislación española para las Indias, vigente cuando dichos títulos se otorgaron y en el tiempo de la Colonia en que pudieron producir efectos como constitutivos y demostrativos de dominio territorial privado. Ese estudio hace necesario, a fin de evitar la consideración fragmentaria del asunto

jurídico que suscita, el análisis, siquiera sea a grandes rasgos, de las normas legales sobre régimen de las tierras que se dieron por el Soberano español, desde el descubrimiento y conquista de América hasta la época de la Independencia, de los principios de derecho y de las reglas escritas que consagraron el sistema respectivo en ese lapso.

a)—EL DOMINIO TERRITORIAL PRIVADO EN LA LEGISLACION INDIANA

1—Para juzgar con acierto respecto a pretensiones particulares a la propiedad del subsuelo petrolífero es necesario, cuando ella se remonta a épocas anteriores a la República, tener en cuenta las reglas de derecho que ordenaban la adquisición y conservación de tierras durante la época colonial en los dominios españoles de América. Porque en la labor que corresponde al juez que ha de fallar sobre cuestiones jurídicas en que influyen las normas de esa legislación antigua, es muy claro que no podrá decidirse sobre los derechos que se reclaman, sin poner a la vista los preceptos correspondientes, que pudieron dar nacimiento a situaciones de derecho merecedoras de respeto en el actual momento histórico, por los efectos que jurídicamente produjeron.

La legislación española peninsular y principalmente la que rigió de modo especial en las Indias se distinguen por su marcado casuísmo. Esta característica impone al intérprete el mayor celo para acomodar al caso que tenga en examen, a los hechos que lo acrediten probatoriamente, el derecho más próximo y peculiar, más pertinente con la situación que es objeto de análisis, teniendo en cuenta el tiempo y lugar y también la forma general o costumbre como se aplicó la norma al hecho, o como actuó el derecho, dentro de las varias circunstancias.

Sin embargo, y no obstante ese principio básico para el entendimiento y aplicación de las reglas jurídicas imperantes en las posesiones americanas de la Corona española, puede y debe ensayarse una inteligencia del contenido más general de las leyes principales que se dieron por la monarquía para regular el régimen de las tierras en el lapso de que se trata.

PRIMER PERIODO. — EL DESCUBRIMIENTO Y CONQUISTA 1492 A 1591

Las capitulaciones con los descubridores—Fundación de poblaciones y repartimientos de tierras—Adjudicaciones por los Cabildos

2—Esta época inicial en la vida jurídica de las Indias se caracteriza, de acuerdo con el sistema de colonización aplicado, por la amplitud que tuvieron los monarcas para compensar y premiar el esfuerzo de los conquistadores. Siguiendo al notable profesor José María Ots Capdequi, en sus obras "Estudios de Historia del Derecho Español de las Indias", edición de 1940, y "El Estado Español de las Indias", impreso en 1941, se tiene que el descubrimiento y pacificación de América no fue estrictamente empresa política de un Estado llevada a cabo con los recursos y elementos oficiales: ejército regular, burocracia y dinero sacado de las arcas del tesoro público. En su iniciación los Reyes de Castilla no hicieron otra cosa que patrocinar con su alta autoridad —suministrando al propio tiempo,

los aprestos necesarios— el proyecto de un aventurero genial. Cuando Cristóbal Colón embarca en Palos, no lo hace como un funcionario del Estado que se disponga a cumplir órdenes de su Soberano; es, más bien, un particular asociado a la Corona y provisto de su correspondiente capitulación, en la cual se estipulan los beneficios que la empresa ha de reportar si se realiza con éxito, a cada una de las partes contratantes. Algo análogo podría decirse de Hernán Cortés o de Pizarro, para citar sólo los nombres de aquellos conquistadores cuya actuación se destaca con relieve más acentuado. Esta circunstancia especialísima de los comienzos de la acción colonizadora es necesario tenerla siempre presente, porque condiciona de un modo singular la historia de muchas instituciones jurídicas de la época. El hecho de que el descubrimiento y conquista de los inmensos territorios hispanoamericanos fuera obra de simples particulares, autorizados y alentados por los Reyes, pero, en las más de las ocasiones, sin ningún auxilio positivo, con sólo la promesa de una crecida participación, mayor o ménor, según los casos, en los beneficios que la empresa reportase, explica el carácter privilegiado, con acentuados resabios señoriales, que ofrece en los primeros tiempos —y aún, según las distintas regiones, en épocas muy avanzadas— la organización política de estos países. Para estudiar, por consiguiente, el derecho de propiedad en los territorios de Indias de nuevo descubrimiento, es necesario acudir al examen de los asientos o capitulaciones otorgados por la Corona con los nuevos descubridores o pobladores.

Estos privilegios dominicales cambian en naturaleza y en grado, de una capitulación a otra, aún dentro de las de un mismo tipo; todavía más cuando se compara entre las de tipo diferente. A medida que la colonización avanza se observa cierta tendencia a la uniformidad entre las capitulaciones de una misma especie. También se observa que en las capitulaciones de los primeros tiempos las concesiones se hacen con cierta vaguedad y que se van concretando más en los tiempos posteriores. Generalmente la generosidad de los monarcas guarda cierta proporción con la mayor o menor magnitud de la empresa que se acomete. Era corriente compensar al descubridor o nuevo poblador con grandes extensiones de tierras. Una primera parte de la capitulación puntualizaba las obligaciones que el descubridor o poblador contraía, y una segunda, enumeraba las concesiones de la Corona. A partir de 1526 se insertan en las capitulaciones las leyes sobre el buen tratamiento a los indios, a que quedaba obligado el descubridor o poblador.

Comprendían las capitulaciones concesiones de oficios públicos, con jurisdicción o sin ella, de tierras, de minas, etc.

En las capitulaciones otorgadas entre los Reyes Católicos y Colón, en 1492, se le dio el título de Almirante y se le hizo Virrey y Gobernador de todos los territorios que descubriera. Otros cargos públicos, como el de Capitán General, Adelantado y Alguacil, podían adquirirse en propiedad, vitalicia o hereditaria, a perpetuidad, o por sólo dos o tres vidas, en virtud de las nombradas capitulaciones.

Además de las capitulaciones que en términos generales se han explicado, se dieron por la Corona, en la época comprendida entre el descubrimiento de América y el año de 1591, disposiciones legislativas, de carác-

ter general unas y particulares otras, donde se fijaban las normsa por que debían regirse los descubridores y nuevos pobladores, y que interesa tener en cuenta porque constituyen fuentes del derecho de propiedad en la primera época de la conquista americana.

3—El 10 de abril de 1495 se dictó una Real Provisión "previniendo lo que se debía observar en cuanto a los que querían ir a establecerse en las Indias, y en lo tocante a los que deseaban ir a descubrir nuevas tierras", dônde se ordenaba que **"thengan para sí o por suyo propio o para sus herederos, o para quien dellos obiere cabsa, las casas que fizieren, o las tierrsa que labraren, o las heredades que plantaren"**. Entre los privilegios concedidos a los fundadores merece destacarse el siguiente: "Donación o título bastante para siempre jamás **a la tal persona del territorio que vos, el dicho nuestro Presidente, le señalaredes e obierdes señalado con la dicha población para siempre jamás, para él e sus sucesores"**... "Así mismo les prometemos, e aseguramos la **dicha donación con facultad que puedan hacer de ella mayorazgo**, o vinculado con los vínculos e modos e sumisiones que ellos quisieren, **para que finquen indivisibles, inalienables e imprestables**, sujetos a restitución e que por ninguna causa se pueda enajenar ni perder ni confiscar, si no fuere por crimen lesae Magestatis, e por el pecado abominable contra natura".

4—En virtud de Cédulas Reales expedidas el 18 de junio y el 9 de agosto de 1513, el 26 de junio de 1523 y el 19 de mayo de 1525, se dio este precepto, de interés permanente en la legislación de la Corona, y que posteriormente se incorporó como Ley Primera del Libro IV, Título XII de la Recopilación de Leyes de los Reynos de las Indias:

5—Ley Primera—Que a los nuevos pobladores fe les dén tierras y folares, y encomienden Indios; y qué es peonía y cavalleria.

Porque nueftros vaffallos fe alienten al defcubrimiento y población de las Indias, y puedan vivir con la comodidad, y conveniencia, que defeamos: Es **nueftra voluntad, que fe puedan repartir y repartan cafas, folares, tierras, cavallerias, y peonías á todos los que fueren á poblar tierras nuevas en los Pueblos y Lugares, que por el Gobernador de la nueva población les fueren feñalados**, haciendo diftinción entre efcuderos, y peones, y los que fueren de menos grado y merecimiento, y los aumenten y mejoren, atenta la calidad de fus fervicios, para que cuiden de la labranza y crianza; y **haviendo hecho en ellas fu morada y labor, y refidido en aquellos pueblos quatro años, les concedemos facultad, para que de allí en adelante los puedan vender, y hacer de ellos á fu voluntad libremente, como cofa fuya propia**; y afsi mismo conforme fu calidad, el Gobernador, o quien tuviere nueftra facultad, les encomiende los Indios en el repartimiento que hiciere, para que gocen de fus aprovechamientos y demoras en conformidad de las taffas, y de lo que está ordenado. Y porque podia fuceder, que al repartir las tierras huvieffe duda en las medidas, declaramos, que **una peonía es folar de cincuenta pies de ancho, y ciento en largo**, cien fanegas de tierra de labor, de trigo, o cevada, diez de maíz, dos huebras de tierra para huerta, y ocho para plantas de otros árboles de fecadal, tierra de pafto para diez puercas de vientre, veinte bacas, y cinco yeguas, cien ovejas y veinte cabras. **Una cavalleria es folar de cien pies de ancho, y dozientos de largo**; y de todo lo demas, como cinco peonías,

que ferán quinientas fanegas de labor para pan de trigo, o cevada, cincuenta de maíz, diez huebras de tierra para huertas, quarenta para plantas de otros árboles de fecadal, tierra de pafto para cinquenta puercas de vientre, cien bacas, veinte yuegas, quinientas ovejas, y cien cabras. Y ordenamos que fe haga el repartimiento de forma, que todos participen de lo bueno y mediano, y de lo que fuere tal, en la parte que a cada uno fe le debiere feñalar.

En Cédula Real de 19 de mayo de 1525, también de interés permanente en la legislación colonial, se dispuso lo siguiente, que más tarde vino a ser la Ley Segunda de la Recopilcaión de Indias:

6—Ley Segunda—Que da forma de hacer los repartimientos en nuevas poblaciones.

A los que en la nueva población de alguna provincia tuvieren tierras y folares en un Pueblo, no fe les pueda dar, ni repartir en otro, fi no fuere dexando la primera refidencia, y paffándofe á vivir á la de nuevo fe poblare, falvo fi en la primera huvieren vivido los quatro años, que tienen obligación para el dominio, o los dexaren y no fe aprovecharen de ellos, por no haverlos cumplido...

Es oportuno incorporar aquí unos pasajes de la primera obra arriba citada del profesor Ots Capdequi:

"A los pueblos 'que nuevamente se ploblaren' podía el Adelantado, en unión de los respectivos cabildos, señalarles 'ejido, abrevaderos, caminos y sendas'.

"El que se obligare a fundar un pueblo de españoles dentro del término que se hubiere señalado, se había de comprometer a que en dicho pueblo vivieran por lo menos treinta vecinos. Se habían de señalar cuatro leguas de término 'en quadro o prolongado según la calidad de la tierra acaeciere ser', y siempre con la condición de que 'por lo menos disten los términos del dicho territorio cinco leguas de cualquiera ciudad, villa o lugar de españoles que antes estuviere poblado.'" Este término, así concedido se había de repartir en esta forma: "Sáquese primero lo que fuere menester para los solares del pueblo y ejido competente y dehesa en que pueda pastar abundantemente el ganado, que está dicho que han de tener los vecinos, y más otro tanto, para los propios del lugar. El resto del dicho territorio y término, se haga cuatro partes: la una de ellas que escogiere, sea para el que esté obligado a hacer el dicho pueblo, y las otras tres se repartan en treinta suertes para los treinta pobladores del dicho lugar".

Para el repartimiento de solares se ordanaba que en lo que debía ser plaza del pueblo no se dieran a particulares: "Dénse para fábrica, de la iglesia y casas reales y propias de la ciudad". Los otros "se repartan por suerte a los pobladores..., y los que restaren queden para Nos".

Se insistía en que a la nueva población se hubiera de señalar ejido "en tan competente cantidad, que aunque la población vaya en mucho crecimiento siempre quede bastante espacio a donde la gente se pueda salir a recrear y salir los ganados sin que hagan daño".

Confinando con los ejidos se habían de señalar dehesas "para los bueyes de labor y para los caballos, y para los ganados de la carnicería, y para el número ordinario de ganados que los pobladores por ordenanza

han de tener, y en alguna cantidad más para que se cojan para propios del consejo". El resto de la tierra se había de dedicar "a tierra de labor, de que se hagan suertes en la cantidad que se ofreciere, de manera que sean tantas como los solares que pueda haber en la población, y si oviere tierras de regadío se haga dellas suertes y se repartan en la misma proporción a los primeros pobladores por sus suertes; y **los demás queden para Nos para que hagamos merced a los que después fueren a poblar".**

La nueva población se había de asentar y labrar "sin tomar de lo que fuere particular de los indios, y sin hacerles más daños del que fuera menester para defensa de los pobladores y para que la población no se estorbe".

Durante el reinado de Felipe II, en la Ordenanza sobre Poblaciones, al número 107, que después aparece como Ley Tercera de la Recopilación de Indias, se dijo:

7—Ley Tercera—Que dentro de cierto tiempo, y con la pena de esta Ley, fe edifiquen las cafas, y folares, y pueblen las tierras de pafto.

Los que aceptaren afsiento de cavallerias y peonías, fe obliguen a tener edificados los folares, poblada la cafa, hechas y repartidas las hojas de tierras de labor, y **haverlas labrado, puefto de plantas, y poblado de ganados las que fueren de paftos, dentro de tiempo limitado,** repartiendo por fus plafos, y declarando los que en cada uno ha de eftar hecho, **pena de que pierdan el repartimiento de folares, y tierras,** y más cierta cantidad de maravedís para la República, con obligación en pública forma, y fianza llana, y abonada.

Por Cédula Real del 27 de octubre de 1535 se estableció lo que ulteriormente expresa la Ley Diez de la Recopilación citada:

8—Ley Diez—Que las tierras fe repartan á defcubridores y pobladores, y no las puedan vender á Eclefiáfticos.

Repártanfe las tierras fin exceffo entre defcubridores, y pobladores antiguos, y fus defcendientes, **que hayan de permanecer en la tierra,** y fean preferidos los más calificados, y no las puedan vender a Iglesia, y Monafterio, ni a otras perfonas Eclefiáfticas, **pena de que las hayan perdido, y pierdan, y puedan repartirfe á otros.**

Una Cédula Real de 20 de noviembre de 1536, que es la Ley Once de la Recopilación de Indias, Título XII del Libro IV, determinó:

9—Ley Once—Que fe tome poffefsión de las tierras repartidas dentro de tres mefes, y hagan plantíos, pena de perderlas.

Todos los vecinos y moradores **á quien fe hiciere repartimiento de tierras, fean obligados dentro de tres mefes, que les fueren feñalados, á tomar poffefsion de ellas, y plantar todas las lindes, y confines, que con las otras tierras tuvieren de fauces, y árboles, fiendo en tiempo,** por manera, que demás de poner la tierra en buena, y apacible difpofifsion fea parte para aprovecharfe de la leña, que huviere menefter **pena de que paffado el término, fi no tuvieren pueftas las dichas plantas, pierdan la tierra,** para que fe pueda proveer y dar á otro qualquiera poblador, lo cual no folamente haya lugar en las tierras, fino en los Pueblos y zanjas que tuvieren, y huvieren en los límites de cada Ciudad, o Villa.

En cuanto a las autoridades que debían intervenir en el repartimien-

to de las tierras, primero fueron los descubridores y conquistadores quienes lo hicieron, en su carácter de Adelantados, Gobernadores, Capitanes Generales, etc. Ya en 1563, en una Ordenanza de Felipe II, se encuentra esta disposición, que es también la de la Ley Octava de la Recopilación de Indias:

10—Ley Octava—Que declara ante quién fe han de pedir folares, tierras y aguas.

Ordenamos, que fi fe prefentare peticion pidiendo folares o tierras en Ciudad, o Villa donde refidiere Audiencia nueftra fe haga la prefentación en el Cabildo y habiéndolo conferido, fe nombren dos Regidores Diputados, que hagan faber al Virrey o Prefidente lo que al Cabildo pareciere, y vifto por el Virrey, o Prefidente y Diputados, fe dé el defpacho firmado de todos en prefencia del Efcrivano de Cabildo, para que lo afsiente en el libro de Cabildo; y fi la peticion fuere fobre repartimiento de aguas, y tierras para ingenios, fe prefente ante el Virrey, o Prefidente, y él la remita al Cabildo, que afsi mifmo haviéndolo conferido, envíe á decir fu parecer con un Regidor, para que vifto por el Virrey, o Prefidente, provea lo que convenga.

11—Las disposiciones de las leyes españolas que se han relacionado en el presente capítulo permiten deducir el criterio que rigió en el mismo lapso la enajenación de las tierras de las Indias, que se incorporaron con la conquista al dominio de la Corona española.

En este período prevalece el sistema de la adquisición en virtud de capitulaciones con el Soberano, otorgadas a los descubridores y conquistadores, y el de los repartimientos que aquéllos y los fundadores de poblaciones hacían a otras personas.

En las capitulaciones se concede de ordinario grandes extensiones territoriales, que se gradúan según la importancia de la empresa de descubrimiento y conquista. Pero ya desde estos primeros actos del Soberano se nota el propósito de que la adquisición de la tierra se sujete al trabajo y cultivo de ella: "que thengan para sí e por suyo propio e para sus herederos, o para quien dellos obiere cabsa, las cafas que fizieren e las tierras que labraren, e las heredades que plantaren".

Los repartimientos de tierras y solares se hacían ya, entre los años de 1513 y 1525, a todos los que fueran a poblar tierras nuevas, para que "habiendo hecho en ellas su morada y labor, y residido en aquellos pueblos quatro años,... de allí en adelante los puedan vender y hacer de ellos a su voluntad libremente, como cosa suya propia". Este precepto, complementado por el que disponía que a los que tuvieran tierras y solares en un pueblo no se les podía dar ni repartir en otro si no fuere dejando la primera residencia y pasándose a vivir a la que de nuevo se poblare, salvo si en la primera hubiera vivido "los quatro años, que tienen obligación para el dominio", están indicando que la adquisición de las tierras por medio de repartimiento se hacía perfecta siempre que el adjudicatario hubiese vivido, con morada y labor en ellas, durante cuatro años. Nótase el empeño del Soberano porque la tierra se labrara o cultivara, para lo cual se exigía cuerdamente la residencia, ya que ésta hacía entonces necesario su cultivo y aprovechamiento.

Debe subrayarse asímismo el ordenamiento que establecía que en el repartimiento de tierras para pueblos, plazas, solares y ejidos, lo que excediera en extensión a lo que habían de comprender esos señalamientos, quedase libre **para que el Rey pudiera hacer merced de ellos a otros pobladores.**

El repartimiento de solares y tierras **se perdía para su titular si no se edificaban los solares y se labraba la tierra,** o se colocaban ganados en ella, en determinado tiempo.

Obsérvese que las Cédulas Reales citadas decían: "Es nuestra voluntad que **se puedan repartir y repartan casas, solares, tierras, caballerías y peonías** a todos los que fueren a poblar tierras nuevas **en los pueblos y lugares,** que por el Gobernador de la nueva población les fueren señalados". Este precepto está indicando que los repartimientos de tierras, caballerías y peonías se hacían **en los lugares** señalados por el Gobernador, a diferencia de los solares, que se repartían en el área urbana.

Ya se ha visto cómo el término concedido y señalado para una población se repartía, después de separar lo necesario para solares del pueblo, ejidos y dehesas del mismo, en una parte para el fundador y las tres restantes en treinta suertes para los treinta pobladores. De la tierra de labor —que ha de entenderse alejada del circuito urbano— se hacía también repartimiento por medio de suertes correspondientes a la adjudicación de los solares, "tantas como los solares que puedan haber en la población".

Muy explicable la previsión de repartir tierras de labor fuera del circuito poblado, porque el abastecimiento de las necesidades de las poblaciones hace siempre indispensable el cultivo de la tierra en extensiones y sitios adecuados, debiéndose buscar las propicias para la agricultura a distancias más o menos considerables de los centros poblados.

Al decir las Cédulas que se repartían "tierras, caballerías y peonías", se significaba que el repartimiento de las tierras se efectuaba por caballerías y peonías, que eran las medidas que al efecto se señalaban: "Y porque podía suceder que **al repartir las tierras** hubiese duda en las medidas, declaramos, que una peonía es un solar de cincuenta pies de ancho.... **cien fanegas de tierra de labor,** de trigo, o cebada; tierra de pasto para veinte vacas... Una caballería es... como cinco peonías; **quinientas fanegas de tierra de labor;** tierra de pasto para cien vacas".

Las tierras repartidas para labor podían serlo, pues, por peonías y caballerías, o sea en extensiones bastante considerables. Y esto de la extensión confirma que los repartimientos de tierras se hacían fuera de las poblaciones, de sus plazas, solares y ejidos, porque su área tan considerable no podía ubicarse en el radio urbano.

12—Como las reglas comentadas se refieren, en general, al repartimiento de **solares** y **tierras,** a aquéllos y a éstas se aplica el mandato allí consignado que establece que "habiendo hecho **en ellas** su morada y labor, y residido... cuatro años, les concedemos facultad para que de allí en adelante las puedan vender, y hacer dellas a su voluntad libremente como cosa suya propia", precepto que contiene el establecimiento de una prescripción **sui géneris,** que debía completar y perfeccionar el dominio. Si la tierra no se trabajaba se perdía para los titulares del repartimiento; empero, mediante su cultivo, se hacía del patrimonio particular, y en-

tonces sus adjudicatarios podían venderla y disponer de ella como cosa suya propia. Nótese que la prescripción aquí reconocida no es la prescripción común u ordinaria del derecho civil, que permite a una persona hacerse dueña de un fundo con su ocupación en cualquier forma, aún por posesión violenta o clandestina, si se tiene con ánimo de dueño. La prescripción a que se alude se consumaba, respecto a tierras de la Corona, siempre que el interesado ejecutara determinados hechos en las tierras que le habían sido asignadas, no en las que a su voluntad se tomase.

13—Desde 1536, como ya se vio, habíase además establecido: "que se tome posesión de las tierras repartidas... y se hagan plantíos, pena de perderlas". Debía tomarse posesión de las tierras —en su mínima medida de peonía o caballería— y "plantar todas las lindes, y confines... de sauces, y poner la tierra en buena y apacible disposición".

14—Según lo examinado, en el primer período, del descubrimiento y conquista, a que se refiere el presente capítulo, la propiedad de las tierras tuvo este origen:

a) La que adquirieron los descubridores y conquistadores conforme a los términos de las capitulaciones celebradas con los Reyes de España;

b) La propiedad municipal, adquirida por las poblaciones, para su propia área, como plazas, solares, ejidos y dehesas permitidas para el sostenimiento de un corto número de ganados;

c) La que adquirieron los fundadores comunes de poblaciones, en compensación de su esfuerzo, y que consistía en una cuarta parte escogida por ellos de la tierra que quedaba dentro de los términos señalados, después de sacar lo necesario para solares del pueblo, ejidos, dehesas y propios del lugar;

d) La que emanaba de los repartimientos de solares, en el área urbana, y

e) La que provenía de los repartimientos de tierras.

15—Sobre la propiedad adquirida por los descubridores y conquistadores, en virtud de capitulación, aunque es un tanto oscura la legislación en lo que mira al aprovechamiento de lo concedido, sin embargo, desde la Real Provisión de 10 de abril de 1495, se ordena, refiriéndose a los que venían a establecerse en las Indias, que "thengan para sí e por suyo propio e para sus herederos, o para quien dellos oviere cabsa, las casas que fisieren, o las tierras que labraren, e las heredades que plantaren". Lo que significa que los descubridores hacían suyas las tierras en cuanto las labraban y plantaban.

16—Respecto a la propiedad municipal, ella se hacía perfecta según las reglas que se han examinado, y otras especiales, para su adquisición y conservación, de las cuales no se hace aquí un estudio detenido, en atención a la circunstancia de no exigirlo así el objeto particular que es materia de la presente sentencia, y que se refiere a la propiedad territorial adquirida por personas privadas, no por entidades de derecho público, en su condición de tales.

La propiedad que adquirieron los fundadores comunes de poblaciones quedó sujeta a las reglas que acerca de ellas se dieron y que, en sus líneas generales, se han examinado.

La propiedad adquirida por adjudicatarios de repartimientos de so-

lares y de tierras se reguló conforme a las disposiciones reproducidas y observadas.

17—Los despachos sobre tierras otorgados por los Cabildos y Virreyes, primeros títulos de tierras.

Es la ordenanza de Felipe II, expedida en el año de 1563, que incorpora más tarde como Ley Octava la Recopilación de Indias, la primera disposición que se encuentra en que se consagra de modo general el procedimiento que debía seguirse para la adquisición de solares y tierras.

De conformidad con lo dispuesto en la Ordenanza, y como así lo expresa su texto arriba inserto, el Monarca ordenó que si se formulaba petición de solares o tierras, donde residía audiencia, se hiciera la presentación en el Cabildo, el cual "haviéndolo conferido", o sea considerado en conferencia, nombraba dos Regidores Diputados que hicieran saber al Virrey o Presidente lo que al Cabildo pareciere, y que visto el asunto por el Virrey o Presidente y por los Diputados, se diera **"el despacho firmado por todos en presencia del Escribano del Cabildo, para que lo asiente en el libro del Cabildo"**; debiéndose, si se trataba de tierras para ingenios, proponer la solicitud ante el Virrey o Presidente para que éste la remitiese al Cabildo.

Esta norma es sin duda de mucha importancia en el estudio del origen y constitución de la propiedad en la Colonia, por cuanto consagra el modo y forma en que debían ser expedidos los títulos de tierras.

De los primeros repartimientos de tierras seguramente se dejó alguna documentación comprobatoria en los cabildos y se dio testimonio de ella a los interesados. Pero lo que sí se sabe, por lo que acaba de verse, es que la adjudicación de tierras, a partir de 1563, debía sujetarse al trámite previsto en la Ordenanza de ese año.

Los Despachos de los Cabildos, dados con la intervención de los Virreyes y Presidentes, fueron los títulos de adjudicación de realengos desde el mencionado año 1563, hasta cuando se modificó el sistema en virtud de otros ordenamientos reales.

La circunstancia aquí anotada indica que la expedición de la Ordenanza de 1563 constituye un acontecimiento histórico importante en la legislación para las Indias, en materia de tierras, porque es ella el estatuto que por primera vez consagra la intervención de la autoridad pública en la concesión de adjudicaciones de tierras y en la expedición de Despachos que constituyeron la causa formal de las primeras adquisiciones privadas de tierras de la Corona.

18—Despacho-título otorgado por el Cabildo de Vélez el 10 de abril de 1577 a Juan Durán.

A folio 76 del volumen 11, Sección Virreyes, Archivo Nacional, se encuentra el Despacho o título de tierras conferido por el Cablido de Vélez a Juan Durán, que en seguida se inserta. Tal Despacho debió ajustarse a las normas sobre expedición de títulos de tierras existentes a la sazón, y que daban al Cabildo, como se ha visto, la función de hacer esas adjudicaciones de tierras. Son éstos los documentos constitutivos del Despacho o título:

"Yo, Fernando Vásquez, Escribano público y del Cabildo de esta ciudad de Vélez, del Nuevo Reino de Granada de las Indias, doy fe y verda-

dero testimonio a todos los que la presente vieren, cómo en los libros del Cabildo del año pasado de quinientos y setenta y siete años, que están en mi poder, consta y parece estar una petición presentada por Juan Durán, que su tenor, con su presentación es el siguiente. — En Vélez, a diez de abril de mil y quinientos y setenta y siete años, se presentó esta petición: Ylustre Señor. Juan Durán, parezco ante Vuestras Mercedes y digo, que como a Vuestra Merced consta y es notorio, yo haber más tiempo de diez y ocho años que ha, que resido y he residido en esta ciudad y sus términos donde he tenido mi asiento y hato de ganado de yeguas, que ahora de presente están y las tengo en tierras de Sorocotá, de que es encomendero Juan de Mayorga donde recibo notable daño, por no tener un pedazo de tierra propio, a donde coman y pasian, ni hasta ahora, por este ilustre Cabildo se me ha proveído, y ahora no pudiendo pasar por los daños y muertes que cada día reciben las dichas yeguas y ganados, en **términos de esta dicha ciudad, como vamos por el camino viejo hacia Tunja, a mano derecha, frente de los pantanos, arrimado a junto a la sierra está un pedazo de tierra baldía e inhabitable.** A Vuestras Mercedes **suplico me hagan merced de dicho pedazo de tierra, para estancia de ganado,** pues no hay perjuicio, y en ello recibiré bien y merced, para ello, etc.— Juan Durán. — Lo proveído está en los libros de Cabildo y en el dicho libro de Cabildo está un Cabildo fecho a diez de abril del dicho año del tenor siguiente: En Vélez a diez días del mes de abril de setenta y siete años ante los muy magníficos Sres. Justicia y Regimiento de la dicha ciudad de Vélez es a saber, los señores Gonzalo Galeano y Alonso Fernández, Alcaldes ordinarios en la dicha ciudad y Pedro de Salazar y Miguel García y Juan de Castro y Andrés Fernández, **Regidores, este día dió petición Juan Durán en que pide una estancia para ganado como vamos por el camino viejo de Tunja, hacia mano derecha frente de los pantanos, arrimado y junto a la sierra, como se contiene en la petición. Proveyóse sin perjuicio de terceros y de los naturales,** que mejor derecho pretenden, **con que haga vecindad y tenga casa poblada dentro de un año** y que desde luego nombre persona que responda por él a las cosas que fueren necesarias.— Pedro Galeano, Alonso Fernández. — Señaló que responda por él y dejó su poder a Jerónimo Pérez Herrada, y el dicho Jerónimo Pérez lo aceptó. — Jerónimo Pérez, Juan Durán, Juan Fernandez. — Y para que ello conste dí el presente testimonio que es fecho en esta ciudad de Vélez a seis días del mes de febrero de mil i quinientos i noventa i tres años i concuerda con el original i en fé dello fice aquí mi signo a tal. En testimonio de verdad, Fernando Vásquez, Escribano público y de Cabildo".

Sirve el Despacho o título preinserto para acreditar cómo se daba cumplimiento en 1577 a las disposiciones vigentes sobre enajenación a particulares de tierras realengas y en especial a la Ordenanza de Felipe II expedida en 1563.

El Despacho o título se otorgó por el Cabildo de Vélez sin haberse cumplido lo dispuesto en dicha Ordenanza: "Ordenamos, que fi fe prefentare peticiones, pidiendo folares, o tierras en Ciudad, o Villa donde refidiere Audiencia nueftra, fe haga la prefentacion en el Cabildo, y haviéndolo conferido, fe nombren dos Regidores Diputados, que hagan faber al Virrey, o Presidente lo que al Cabildo pareciere, y vifto por el Vi-

rrey, o Prefidente y Diputados, fe dé el Defpacho firmado de todos en prefencia del Efcrivano de Cabildo, para que lo afsiente en el libro de Cabildo". El Despacho-título a Durán se dio por el Cabildo sin haberse cumplido con el requisito de hacer saber al Presidente la existencia de la petición y el concepto del propio Cabildo.

19—En el pedimento de Durán se dice que la tierra que solicita se halla **"en los términos de esta dicha ciudad** (se refiere a la de Vélez), como vamos por el camino viejo hacia Tunja", etc. La expresión "en los términos de esta dicha ciudad" confirma una observación anterior respecto a que las primitivas adjudicaciones de tierras, en el tiempo en que regía el sistema de repartimiento de solares y tierras, se hacían en el término de las poblaciones y ciudades, a distancias considerables del centro urbano o de población.

La determinación de la tierra se hizo en forma que parece un tanto vaga: "por el camino viejo hacia Tunja, a mano derecha, frente de los pantanos, arrimado a junto a la sierra". Sin embargo, es posible que en la época en que el título se expidió los datos que él contiene fuesen suficientes para identificar el terreno pedido y adjudicado, "en tierra valdía e inhabitable", y por lo mismo sin propiedades particulares colindantes.

El Despacho de tierras se dio sin perjuicio de terceros y de los naturales y con la obligación para el adjudicatario de que "haga vecindad y tenga casa poblada dentro de un año".

Es natural entender que este Despacho o título de tierras, tan corto en lo literal, contenía implícitas las disposiciones generales vigentes a su otorgamiento, y propias de la materia, de las cuales se ha hecho, en otro lugar, un somero análisis.

SEGUNDO PERIODO—LAS CEDULAS DE EL PARDO—1591 A 1680

Configuran jurídicamente la propiedad de las tierras en el período histórico que va de 1591 a 1680, además de las normas anteriores vigentes en la primera de estas fechas y en especial las que emanaban de las Cédulas de Felipe II dadas el 20 de noviembre de 1578 y el 8 de marzo de 1589, las famosas Cédulas de El Pardo, que resumen aquellas dos y que forman el estatuto principal de tierras en este lapso. Tienen ellas mucha importancia para juzgar del origen y conservación de la propiedad territorial entre nosotros, porque fueron dadas especialmente para su vigencia en el Nuevo Reino de Granada.

20—Primera Cédula de El Pardo.

Su tenor es como sigue:

"El Rey.—Doctor Antonio Gonzales de mi Consexo de las Indias mi Governador y Capitan General del Nuevo Reyno de las Indias y Granada y Presidente de la Audiencia Real que rrezide en la Ciudad de Santa fee. Por haver yo subzedido enteramente en el señorio que tubieron en las Yndias los señores que fueron de ellas es de mi Patrimonio y Corona Real el señorio de los valdios suelos y tierras de ellos que no estubieren conzedidos por los señores Reyes mis predezesores o por my o en su nombre, o en el mio con Poderes y facultades expeziales que ubieremos dado para ello; y aun que yo e tenido y tengo siempre Voluntad de Hacer merzed e repartir justamente el dicho suelo tierras e valdios asignando a los lugares y

consexos lo que Pareciere que les combiene para que tengan sufizientes exidos proprios e terminos publicos segun la Calidad de los dichos lugares y consexos—Y asimismo a los naturales Indios y Spañoles **para que tengan tierras en propriedad en que poder labrar y criar** mas porque la confuzion y exzeso que a havido en esto por Culpa e omision de mis birreyes audienzias y governadores pasados **que han consentido que unos Con ocasion que tienen de la merzed de algunas tierras fe aian entrado e ocupado otras muchas sin titulo causa, ni rrazon, e que otros las tengan e conserben con titulos finxidos e ynbalidos de quien no tubo Poder ni facultad para poderlos** dar, es caussa que se a ocupado la mexor y la mayor parte de toda la tierra, sin que los consexos e Yndios tengan lo que nesesariamente Han menester **e que ninguno lo posea con justo título;** habiendose Vifto e considerado en el mi Consexo Real de las Indias y consultadose conmigo A **parezido que combiene que toda la tierra que se posee sin Juftos e Verdaderos titulos se me restituia segun y como me perteneze** para que, rezervando ante todas cossas lo que os pareziere nesesario para plazas y exidos proprios Pastos y valdios de los lugares y consexos que Eftán poblados asi por lo que toca al Estado presente en que se hallan, como al por benir e al augmento e crezimiento que puede tener cada Uno, y repartiendo a los indios lo que buenamente ubieren menester Para que tengan en que labrar y hazer sus sementeras e crianzas **confirmandoles en lo que tienen de presente** y dandoles de nuevo hasta lo que les fuere nesesario **toda la demas tierra quede y esté libre y desembarazada para hazer merzed y disponer de ella a mi Voluntad.** Y para este Efecto os mando que luego proveais que dentro del termino que para ello señalaredes **exsivan ante vos y ante las Personas de letras cienzia y conzienzia que nombraredes para ello los titulos que para ello tubieren** de las tierras estanzias chacaras e cavallerias que cada uno tiene **e Amparandolas en las que con buenos titulos y recaudos poseeyeren se me buelvan y restituian las demas** para disponer de ellas a mi voluntad **sin que aia ni pueda haver sobre Ello pleitto alguno mas que la Declarazion que Vos, y las Personas que tubieren Vuestro Poder y Comission yzieren zerca de ello,** que para el dicho Efecto a vos y a ellos os doy e conzedo tan bastante e cumplido poder como se rrequiere. Ffecha en el Pardo a primero de Noviembre de mill y quinientos y noventa y un años. Yo El Rey.—Por mandato del Rey nueftro señor, Juan de Ibarra".

21—Se destacan en la primera Cédula de El Pardo estos preceptos:

1.—Por culpa u omisión de los Virreyes, Audiencias y Gobernadores "han consentido que unos Con ocasion que tienen de la merzed de algunas tierras **fe aian entrado e ocupado otras muchas sin titulo causa, ni rrazon, e que otros las tengan e conserben con titulos finxidos e ynbalidos de quien no tubo poder ni facultad para poderlos dar".**

2.—Se ha ocupado la mejor y la mayor parte de toda la tierra sin que se posea con justo título.

3.—Toda la tierra que se posea sin justos y verdaderos títulos se restituya al Rey.

4.—Se exhiben los títulos ante el Gobernador y "ante las personas de letras cienzia y conzienzia que nombraredes para ello".

5.—Amparando a los que con buenos títulos y recaudos poseyeren "se

me devuelvan y restituyan las demás, **sin que haya ni pueda haber sobre ello, pleito alguno, más que la declaración de vos y las personas que tuvieren vuestro poder y comisión hicieren acerca de ello**".

22—Esta Cédula contempla de modo especial el estado de quienes "con ocasión que tienen de la merced de algunas tierras" se han "entrado e ocupado otras muchas sin título, causa ni razón" y de que otros "las tengan y conserven con títulos fingidos e inválidos, de quien no tuvo poder ni facultad para poderlos dar".

23—El uso de la palabra **merced** en este instrumento, por la forma en que se emplea, al decir "que unos con ocasión que tienen de **la merced** de algunas tierras", etc., sugiere su aplicación general a todas las donaciones de tierras por capitulaciones y repartimientos, ya que esos eran entonces los sólos medios adquisitivos del dominio de tierras realengas, que implicaban liberalidad, pues aunque la prescripción tenía también origen en una liberalidad, de un repartimiento de tierras, el dominio perfecto en virtud de la prescripción no se adquiría sino por la residencia **in situ** y la explotación económica. **Merced** y **donación** son pues términos de igual contenido jurídico en la Cédula de que aquí se trata.

24—Tierras "sin título, causa ni razón" eran, a la luz de las anotaciones anteriores, las que se tenían sin que su posesión emanase de capitulación, repartimiento ni prescripción. Aunque esta Cédula no la menciona expresamente, puede entenderse que la prescripción estaba comprendida en la "causa" y "razón" que, con el título, hacían legales las adquisiciones de tierras, lo que se infiere del propio texto a que pertenecen estas expresiones y de las normas generales entonces imperantes.

25—Títulos "fingidos e inválidos" eran los que aparecían otorgados por quien no tenía facultad para darlos.

26—Habla ya esta Cédula de la **confirmación**, cuando dice "confirmándoles en lo que tienen de presente y dándoles de nuevo lo que les fuere necesario".

La Primera Cédula de El Pardo se dio para enmendar el agravio que se hacía al patrimonio Real porque la desidia de los Virreyes, Audiencias y Gobernadores había permitido que "unos con ocasión que tienen de la merced de algunas tierras se hayan entrado e ocupado otras muchas sin título, causa ni razón". Lo que indica que esas incursiones en tierras no entregadas en virtud de título o de causa legal, no estaban permitidas y no merecían amparo o protección, no creaban estados jurídicos dignos de respeto.

27—Obsérvese cómo es de severa la disposición del Monarca, cuando ordena que se le devuelvan y restituyan las demás tierras, las no poseídas con buenos títulos y recaudos, simplemente por efecto de lo que en el asunto determinen las personas que tienen el poder de ver los títulos: "sin que haya ni pueda haber sobre ello, pleito alguno, más que la declaración".

Las autoridades de la Colonia estaban facultadas, en armonía con lo dispuesto en esta parte de la Cédula, para examinar los títulos y decidir sobre su validez en forma definitiva e inapelable. Era esta una atribución totalitaria, que sumaba las funciones del Organo Administrativo con las del Organo Judicial del Poder Público.

Sirve además este precepto de la Cédula para deducir de él razonablemente que, conforme a su ordenamiento, al Estado no le correspondía de-

mandar en juicio a los particulares, para aclarar o definir cuestiones territoriales de dominio, puesto que se dijo: "Sin que haya ni pueda haber sobre ello **pleito alguno**, más que la declaración". Como ésta la hacían los funcionarios públicos a la vista de los títulos que se les presentaban, sin lugar a pleito, los particulares no tenían, sobre sus propiedades o posesiones, una situación tal que los permitiese esperar la acción o demanda de parte de las autoridades reales. Debían ellos aducir sus títulos y causas legales de dominio y posesión para poderse mantener legítimamente en esas situaciones que en su favor respetaban las leyes.

La Cédula exigió la presentación de los títulos ante el Gobernador del Nuevo Reino, o ante las personas de letras, ciencia y conciencia que él nombrara para ello. Y estableció la confirmación de los títulos por el mismo representante del Soberano.

28—**Segunda Cédula de El Pardo.**

La Segunda Cédula de El Pardo, expedida como la primera, el día primero de noviembre de 1591, dice:

"El Rey.—Doctor Antonio Gonzales del mi Consexo de las Yndias mi Governador y Capitan General del Nuevo Rreyno de Granada por otra cédula mia de la fecha de esta os ordeno que me agáys rrestituir **todas las tierras que qualesquier personas tienen y Possen en essas provincias sin justo y legítimo título** Haziendolos exsaminar para ello por ser mio y Pertenescerme todo ello y como quiera que justamente se puediera executar lo que contiene la dicha cedula por algunas justas caussas y consideraciones y principalmente por hazer a mis basallos **he tenido y tengo por vien que sean admitidos a alguna acomodada conpussicion para que sirviendome con lo que fuere justo** para fundar y poner en La mar una gruessa armada para asegurar estos rreynos y essos y Las flotas que van y bienen dellos no rrescivan daño de los enemigos como lo procuran antes sean **castigados se les confirmen las tierras y viñas que tienen y possen y Por la presente** con acuerdo y parescer del mi Consexo Rreal de las Indias os doy comission poder y facultad Para que rreservando ante todas cossas lo que os paresciere nescesario Para plazas exidos propios paftos y valdios de los lugares y consexos questan poblados assi por lo que toca al estado presente como al por venir del augmento y crescimiento que puede tener cada uno y a los yndios lo que huvieren menefter para sus sementeras, lavores y crianzas **todo lo demas lo podays con poner y sirviendome los possedores de las dichas tierras** chacaras estanzias, cortixos cavallerias con lo que os paresciere justo y rraxonable, **segun la qualidad y cantidad de las tierras que tienen y possen sin justo y legitimo titulo** se las podays confirmar y darles nuevo titulo dellas y para que a los mismos y a otros qualesquiera que aunque possean algunas de las dichas tierras chacaras estanzias con buenos titulos quisieren nueva confirmacion dellas, se las podyas conzeder con las clausulas y firmexas que les conviniere sirviendome por ello con lo que fuere jufto y con ellos conzertaredes, y **otrossi Para que las tierras que no anssido ocupadas**, ni rrepartidas rreservando siempre las nescesarias para los lugares y consexos que estan poblados y que de nuevo convinere que se pueblen y a los yndios los que uvieren menefter y les faltaren para sus sementeras y crianzas todas las demas podays dar y conzeder de nuevo por tierras estanzias chacaras y eridos (sic)

de molinos a quien las pidiere y quissiere **mediante la dicha conpussicion** rregulandola conforme a lo que se les diere y **en casso que algunas personas rhussaren y no quisieren la dicha conpussicion prozedereys con los tales conforme a derecho en virtud de la dicha nuestra cedula rrestituyendome ante todas cossas, en todo lo que allaredes que an ocupado y posseen sin titulo valido y legitimo** y esto mismo en que me rrestituieredes lo conzedereys de nuevo a quien os la pidiere y quissiere mediante la dicha conpussicion en la forma desusso declarada y todo lo que anssi **conpussieredes confirmaredes y conzedieredes de nuevo** yo por la presente lo apruevo confirmo y conzedo siendo conforme a lo en esta cedula declarado la qual es mi Voluntad que baya yncorporada en los titulos confirmaciones y despachos, que dieredes de las dichas tierras para que **mediante los dichos rrecaudos, se tengan Por verdaderos señores y legitimos posseedores de lo que no lo son agora.** Ffecho en el Pardo a primero de noviembre de mill y quinientos y noventa y un años. Yo El Rey.—Por mandato del Rey nuestro señor, Juan de Ibarra".

Esta Segunda Cédula, por su propio texto, está relacionada con la Primera, ya que se refiere en estos términos: "Por otra Cédula mía de la fecha de ésta, os ordeno que me hagáis restituír todas las tierras: . . .". Y en lo que sigue de la Segunda Cédula se toman disposiciones para el cumplimiento de la Primera.

29—En esta Segunda Cédula son notorios los siguientes ordenamientos:

1.—". . . me hagáis restituír **todas las tierras que cualesquier personas tienen y poseen** en esas provincias **sin justo y legítimo título**", "he tenido y tengo por bien que **sean admitidos a alguna acomodada composición,** para que sirviéndome en lo que fuere justo", **"se les confirmen las tierras y viñas que tienen y poseen".**

2.—"Os doy comisión, poder y facultad para que, reservando. . . lo que os pareciere necesario para plazas, ejidos, propios, pastos y baldíos. . . y a los indios lo que hubieren menester para sus sementeras, labores y crianzas, **todo lo demás lo podáis componer".**

3.—"Y sirviéndome **los poseedores de las dichas tierras**. . . según la cualidad y cantidad de las tierras **que tienen y poseen sin justo título,** se las podáis confirmar".

4.—"Las tierras **que no han sido ocupadas ni repartidas**. . . las podáis dar y **conceder por tierras, estancias, chacras y ejidos**. . . mediante la dicha composición".

5.—"Caso que algunas personas rehusaren y no quisieren la dicha composición, **procederéis con los tales conforme a derecho, en virtud de la dicha nuestra Cédula, restituyéndome ante todas cosas en todo lo que halláredes que han ocupado y poseen sin título** válido y legítimo".

6.—"Lo que así compusiéredes, confirmáredes y concediéredes de nuevo, yo, por la presente, lo **apruebo,** confirmo **y concedo, siendo conforme a lo en esta nuestra Cédula declarado".**

7.—"La cual, es mi voluntad, que vaya incorporada en los títulos.

8.—"Para que, **mediante los dichos recaudos,** se tengan por verdaderos señores y legítimos poseedores **de lo que no lo son ahora".**

30—La Segunda Cédula de El Pardo completó la Primera en cuanto

a las medidas que debían tomarse para atender a la defensa del patrimonio territorial del Soberano.

A ese fin se dispone que los que tengan y posean tierras sin justo y legítimo título sean admitidos a acomodada composición.

Es esta la primera vez que se trata de la composición en la legislación indiana; es éste el primer texto que la consagra.

31—"Las tierras **que no han sido ocupadas, ni repartidas** las podáis dar y conceder", declara la Cédula. La expresión **"que no han sido ocupadas"** indica una circunstancia que se hallaba claramente observada al momento de expedirse la Cédula. De un lado, los repartimientos, las capitulaciones y la prescripción hacían legítima **la ocupación** de lo que a esos medios adquisitivos correspondiera; de otro, **la ocupación** sin título legítimo podía ser objeto de composición.

Es muy interesante este aspecto de la Cédula, que respeta lo ocupado legítimamente y que permite **componer lo ocupado** ilegítimamente.

32—El mismo principio lo expresa la Cédula cuando dice: "se les confirmen las tierras y viñas **que tienen y poseen**". Es el concepto de posesión que venía de atrás, desde 1536, en que se ordenó que la tierra de repartimiento se labrara, se colocaran ganados en ella, se tomara posesión en término breve y se plantaran con árboles los linderos. (13).

33—Al referirse, pues, la Cédula a "los poseedores de las dichas tierras" alude a la posesión con ocupación de ellas, a la posesión efectiva, no a una posesión simplemente escrita, no existente entonces y que no contemplaban las instituciones sobre tierras.

En cuanto a las tierras no ocupadas ni repartidas, se podían **dar y conceder** por tierras, estancias, chacras y ejidos. Y aquí hay que entender que se aplica al caso el sistema de concesión vigente, que era limitativo de lo que se entregaba y se adquiría.

34—Manda la Cédula que **"ante todas cosas"** se restituya al Rey todo lo que se halle ocupado sin título válido y legítimo. Y que con las personas que rehusen y no quieran la composición, se proceda **"conforme a derecho, en virtud de la dicha nuestra Cédula"**. Alude a la Primera Cédula, y en ella, como ya se vio, el ordenamiento pertinente impone la restitución simple en virtud de lo que determinen las personas que tienen el poder de ver los títulos, sin que haya, ni pueda haber sobre ello pleito alguno, más que la declaración del funcionario o entidad competente.

Lo así compuesto y confirmado se debía entender como hecho por el Rey, como aprobado por éste "siendo conforme a lo en ésta nuestra Cédula declarado". Es decir que el celo del Monarca se guardó de cualquiera interpretación de sus disposiciones que no se ajustase a los términos de su mandato.

35—Quienes teniendo ilegítima posesión compusiesen sus tierras, serían en adelante verdaderos señores y legítimos poseedores de ellas.

36—Aplicación de las Cédulas de El Pardo.

Las Cédulas de El Pardo recibieron pronta y plena ejecución en el Nuevo Reino. De ello da testimonio el documento que en seguida se inserta, tomado del Archivo Nacional, Sección "Virreyes", Volumen II, páginas 75 a 79:

"El doctor Antonio González, del Consejo de las Indias, del Rey nues-

tro señor, Presidente, Gobernador y Capitán General del Nuevo Reino de Granada, etc.—Por cuanto habiéndome el Rey nuestro señor mandado, por una Real Cédula firmada de su real mano y señalada de los señores de su Real Consejo de las Indias, y refrendada de Juan de Ibarra, su secretario, fecha en El Pardo a primero de noviembre de mil y quinientos y noventa y un años, que por ser de su patrimonio real el señorío de los baldíos, suelo y tierra de estas partes de las Indias, y tener relación de que algunas personas las ocupaban y gozaban sin justos y verdaderos títulos, para cuyo remedio, **yo viese los que así las poseían,** y habiendo dado a los consejos de españoles, que están poblados, lo necesario para plazas, ejidos, propios, pastos y baldíos y repartido a los indios naturales lo que buenamente hubiesen menester para en qué labrar y hacer sus sementeras, toda la demás tierra que se poseyere sin justos y verdaderos títulos, quedase y estuviese libre y desembarazada, para que Su Majestad hiciese merced y dispusiese de ella a su voluntad.— **En cuyo cumplimiento yo mandé hacer algunas diligencias a esto tocante, y en especial, hice publicar en esta dicha ciudad de Santafé y otras del distrito de la Real Audiencia, de este Reino, que en cumplimiento de la dicha Real Cédula, exhibiesen y presentasen los títulos de las tierras,** chacras y caballerías que tuviesen, así vecinos como otras personas, dentro de cierto término que se les asignó, y así mismo dí orden para que el Oidor que estaba visitando la tierra, y otras personas, los recogiesen e hiciesen otras diligencias a esto tocante, y en está conformidad parece que vos —Juan Pérez de Salazar— vecino de la ciudad de Tunja, **presentáis un pedimento y título de estancia de ganado que parece fue hecho y dado por el Cabildo, Justicia y Regimiento** de la ciudad de Vélez, de este dicho Nuevo Reino, a Juan Durán... Y en conformidad del dicho título suso inserto, presentásteis ante mí una petición,... y que, pues yo tenía orden de Su Majestad para componer las tales estancias y dar nuevos títulos de ellas, mayormente de las que estaban sin perjuicio, como la de suso referida, y habiendo visto la dicha petición, **mandé que el Corregidor** de los naturales del partido de la dicha ciudad de Vélez, **y por su ausencia, el Corregidor de los naturales más cercano, viesen la tierra contenida en el dicho proveimiento e informasen** en el perjuicio o inconveniente que había y de su valor. Y en esta conformidad, parece que el Corregidor de los naturales del partido de Sáchica, por ausencia del Corregidor del partido de la dicha ciudad de Vélez, **vió la tierra contenida en el dicho proveimiento,** y dió su parecer, por el cual **consta que la dicha estancia contenida en el dicho proveimiento está sin perjuicio de naturales, ni de otra persona, y que es tierra eriza y de poco aprovechamiento,** y que **por esta causa podrá valer cien pesos de oro de veinte quilates,** y todo por mí visto, teniendo consideración el poco valor de la dicha tierra, **sinembargo de que conforme a la dicha Primera Cédula, os pudiera quitar la dicha tierra y estancia, contenidas en el dicho proveimiento y título, por no tener poder especial para dárosla el dicho Cabildo,** todavía usando de la suavidad que el Rey nuestro señor quiere que se use con sus vasallos, y **de otra Cédula Real, en que se permite admitir a composición a los dueños de las dichas estancias, traté con vos —el dicho Juan Pérez de Salazar— de la composición con que sería bien sirviésedes, por razón de la aprobación de la dicha estancia, y últimamente se asentó que sirviésedes al Rey señor con ochenta pesos de oro**

corriente de trece quilates pagados a la Real Caja de esta ciudad de Santafé, pagado para el fin del año próximo venidero de noventa y seis, en cuya conformidad se hizo por vuestra parte recaudo bastante de los dichos ochenta pesos, como me consta por certificación... Y por mí visto, **teniendo consideración a los servicios que vos —el dicho Juan Pérez de Salazar— habéis fecho al Rey nuestro señor y al que de presente le hacéis con los dichos ochenta pesos pagados, y porque es justo que los que sirven reciban bien y merced de los que gobiernan** en su real nombre, usando de la facultad que Su Majestad me da por la dicha Segunda Real Cédula, que es el tenor siguiente: ... (aquí se insertó en la composición la Segunda Cédula de El Pardo).

"Por la presente, en nombre del Rey nuestro señor y en virtud de la dicha Real Cédula suso inserta, **confirmo, apruebo y revalido y he por bueno el dicho proveimiento** y título suso inserto según y como está deslindado, con todo lo que le pertenece y puede pertenecer, **y siendo necesario os doy y concedo de nuevo la dicha estancia,** contenida en el dicho proveimiento para que, como cosa vuestra, propia, vos y vuestros herederos y sucesores, de aquí en adelante, la tengáis y poseáis, con sus entradas y salidas, usos y constumbres, que en cualquier manera le pertenezcan, **para que la labréis, pobléis y cutivéis,** y os sirváis de ella como de tierra y cosa vuestra propia, y como tal podáis disponer y la vender, trocar, cambiar y enajenar a vuestra voluntad, sin que en ello os sea puesto estorbo, ni impedimento alguno, y mando a cualesquier Justicias del Distrito de esta Real Audiencia, que presentándoos ante cualquiera de ellos con este mi título, sin embargo de que sea ya tomada la posesión de la dicha estancia, os la vuelvan a dar de nuevo y en ella os ampare y defiendan y no consientan seáis despojado de ella sin primero ser oído y vencido por fuero y por derecho, so pena de quinientos patacones de buen oro para la Cámara de Su Majestad, esto sin perjuicio de tercero que mejor derecho tenga.—Fecho en Santafé a trece días del mes de diciembre de mil y quinientos y noventa y cinco años. El doctor ANTONIO GONZALEZ.—Por mandato de Su Señoría, Francisco de Hoyos".

37—Se subraya en la composición y confirmación lo siguiente:

1.—El Presidente don Antonio González avisó en Santafé y en otras ciudades del Reino que debían presentarse los títulos.

2.—Juan Pérez exhibió uno otorgado por el Cabildo, Justicia y Regimiento de Vélez.

3.—Mandó el Presidente que el Corregidor de Vélez o el más cercano **viese la tierra** contenida en el proveimiento.

4.—El Corregidor de Sáchica **vió la tierra** y dió su parecer de que la estancia comprendida por el proveimiento "está sin perjuicio de naturales, ni de otra persona, y que es tierra eriza y de poco aprovechamiento y que podrá valer cien pesos".

5.—Observa el Presidente quien bien "os pudiera quitar la dicha tierra y estancia, por no tener poder especial para dárosla el dicho Cabildo".

6.—Tiene en consideración los servicios hechos por Pérez de Salazar al Rey y los que al presente le hace con los ochenta pesos que sirve y dice que **es justo que los que sirven reciban bien y merced de los que gobiernan.**

7.—Haciendo uso de la facultad que el Rey le confiere por la Segun-

da Cédula de El Pardo —la que inserta en la providencia— declara:

"Confirmo, apruebo y revalido y he por bueno el dicho proveimiento y título; y siendo necesario os doy y concedo de nuevo la dicha estancia; para que la labreis, pobleis y cultiveis".

38—Dispuso el Monarca en su Segunda Cédula de El Pardo que fuesen admitidas a alguna acomodada composición las personas que tenían tierras sin justo y legítimo título y que "se les confirmen las tierras y viñas que tienen y poseen".

Con base en esta atribución, y después de haber dado aviso el Presidente sobre la obligación de exhibir los títulos, admitió a composición a Juan Pérez de Salazar respecto a las tierras de su estancia y confirmó, aprobó y revalidó el Despacho o título que adujo. Para hacerlo ordenó que el Corregidor respectivo **viese la tierra,** como así lo hizo el de Sáchica, acto que indudablemente reviste muchísima importancia, como demostrativo del cumplimiento de un requisito ordenado lógicamente al acierto en la decisión que se tomaba. Expresó el Presidente que hacía **merced** de la tierra, aunque el interesado sufragó ochenta pesos, lo que indica que la palabra se empleaba para todo género de adquisición de tierras del Soberano, no sólo para las que se obtenían por simple gracia sino para las que se alcanzaban mediante el pago de una suma de dinero. El adjudicatario quedó obligado a poblar, labrar y cultivar la tierra.

La composición comentada aplica, en lo general, las normas imperantes para ese acto y las demás vigentes sobre adquisición y conservación de tierras.

39—Autoridades que hacían las adjudicaciones.

No rigió un sistema uniforme y constante en lo que toca con las autoridades que habían de intervenir en las adjudicaciones de tierras.

En los primeros tiempos de la colonización y conquista los repartimientos se hacían con la intervención única de los fundadores de poblaciones.

Ya en 1523 y 1534 se expiden las primeras Cédulas que hacen obligatoria la presencia del Procurador de la Ciudad o Villa en el acto del repartimiento.

Después, para mayor control o seriedad en las enajenaciones, se establece la adjudicación por los Virreyes y Presidentes, con el parecer de los Cabildos, (año 1536); la actuación exclusiva de los Virreyes y Presidentes, con el mismo objeto (años 1568, 1572 y 1586); y que los Virreyes y Presidentes revoquen las gracias de tierras dadas por los Cabildos y otorguen composiciones (año 1589).

Los preceptos aludidos pasaron más tarde al Código de Indias de 1680, en la forma en que puede verse por los textos correspondientes que a continuación se copian del Libro IV, Título XII:

Ley sexta—Que las tierras fe repartan con afsiftencia del Procurador del Lugar.

Al repartimiento de las vecindades, cavallerías, y peonías de tierras, que fe huvieren de dár á los vecinos: Mandamos, que fe halle prefente el Procurador de la Ciudad, ó Villa donde fe ha de hacer.

Ley quinta—Que el repartimiento de tierras fe haga con parecer del Cabildo, y fean preferidos los Regidores.

Haviendose de repartir las tierras, aguas, abrevaderos y paftos entre

los que fueren á poblar, los Virreyes, o Governadores, que de Nos tuvieren facultad, hagan el repartimiento, con parecer de los Cabildos de las Ciudades, ó Villas, teniendo confideración á que los Regidores fean preferidos, fi no tuvieren tierras, y folares equivalentes; y á los Indios fe les dexen fus tierras, heredades y paftos, de forma que no les falte lo neceffario, y tengan todo el alivio y defcanfo pofsible para el fuftento de fus cafas y familias.

Ley cuarta—Que los Virreyes puedan dár tierras, y folares á los que fuesen a poblar.

Fi en lo ya defcubierto de las Indías, huviere algunos fitios y comarcas tan buenos, que convenga fundár poblaciones, y algunas perfonas fe aplicaren á hacer afsiento, y vecindad en ellos, para que con más voluntad, y utilidad lo puedan hacer, los Virreyes y Prefidentes les dén en nueftro nombre tierras, folares, y aguas, conforme á la difpoficion de la tierra, con que no fea en perjuicio de tercero, y fea por el tiempo, que fuere nueftra voluntad.

Ley veinte—Que los Virreyes y Prefidentes revoquen las gracias de tierras, que dieren los Cabildos, y las admitan á compoficion.

Es nueftra voluntad, que los Virreyes y Prefidentes Governadores puedan revocar, y dar por ningunas las gracias, que los Cabildos de las Ciudades huvieren hecho, ó hicieren de tierras en fus diftritos, fi no eftuvieren confirmadas por Nos, y fi fueren de Indios, fe las manden bolver, y las valdías queden por tales, y admitan á compoficion á los que las tuvieren, firviendose por ellas con la cantidad que fuere jufto.

Ley vetintiuno — Que los Virreyes y Prefidentes no defpachen comifsiones de compoficion, y venta de tierras fin evidente neceísidad, y avifando al Rey.

Y mandamos, que los Virreyes y Prefidentes no den comifsiones para compoficion de tierras, fi no fuere con evidente neceffidad, y avifandonos primero de las caufas, que les mueven á hacerlas, y en qué lugares son, á qué perfonas tocan, qué tiempo há que las poffeen, y la calidad de calmas, ó plantías. Y ordenamos, que quando huvieren de dár eftas comifsiones, nombren perfonas, cuya edad, experiencia, y buenas partes convengan á la mejor excecucion.

40—La venta de tierras realengas.

Se ha visto que en los primeros tiempos de descubrimiento, colonización y conquista las tierras **se daban** a los descubridores y pobladores y a los beneficiarios de repartimientos.

Esta situación se mantuvo — casi con seguridad puede afirmarse— hasta el año de 1617, cuando por Cédula de Felipe III se trató expresamente de la venta de tierras en pública almoneda.

Un autorizado comentador del derecho indiano, don Antonio de León, a quien más adelante se hace una referencia, dice, tratando de los títulos de enajenación de tierras hasta su tiempo, que el tercero de ellos "es por venta de Cavallerias y Peonías, folares y tierras fueltas" y que se introdujo en las Indias desde los arbitrios generales. Y al ocuparse de éstos expresa: "En tiempo del feñor Rey Filipo II fe propufieron algunos arbitrios para el defempeño del patrimonio real, i para las Indias fe admitieron, entre otros menos importantes, doze..... El sexto, que fe repartieffen tierras. i las que eftaban repartidas con menos le-

gitimos titulos de lo que convenía, fe compufieffen. Tambien defte medio fe facó cantidad confiderable". Como la composición se efectuaba mediante el servicio de una cantidad de dinero al Rey, en eso consistió el arbitrio. Y al aludir a él de León, cuando trata de las ventas, se comprende que incurre en una pequeña impropiedad que consiste en llamar venta a la composición.

Se repite que la venta de tierras no se encuentra regulada en las leyes de las Indias hasta el año de 1617.

41—Los comentadores del derecho indiano a principios del siglo XVII.

Se cierra el estudio de este período histórico, que se inició en el territorio del Nuevo Reino de Granada con la vigencia en él de las Cédulas de El Pardo, y que se extiende hasta la expedición en 1680 del Código de las Indias, haciendo referencia a las obras de los dos comentadores del derecho indiano en esa época, que escribieron sus clásicos tratados en la materia precisamente en ese lapso.

Fueron ellos el Licenciado don Antonio de León Pinelo, Juez Letrado de la Casa de Contratación de Indias, y el doctor don Juan de Solórzano Pereyra, ambos miembros de comisiones que en el Consejo de Indias tuvieron a su cargo la labor de preparación del Código expedido en 1680. Sus opiniones son de mucha autoridad para el estudio de las leyes sobre tierras que ellos ayudaron a recopilar y que venían aplicándose hasta el tiempo en que escribieron sus obras: don Antonio de León, el "Tratado de las Confirmaciones Reales", publicado en 1630, y don Juan de Solórzano, la "Política Indiana", editada en 1639.

Esencialmente concuerdan las observaciones que en el presente estudio se han hecho acerca de las provisiones, ordenanzas y cédulas Reales dadas para las Indianas, en lo que respecta al régimen de las tierras hasta el fin del siglo XVI, con los comentarios que sobre ese tema consignan en sus obras los insignes comentadores de León y Solórzano.

Don Antonio de León

42. Se ha tenido a la vista la reproducción facsímil de la obra de este autor hecha en 1922 por el Instituto de Investigaciones Históricas de Buenos Aires, en la Biblioteca Argentina de Libros Raros, sobre la edición primitiva de 1630.

Para apreciar el valor de tan importante obra o "Tratado de las Confirmaciones Reales", su alcance y contenido y las circunstancias en que se escribió, nada mejor que escuchar las palabras de su autor:

"Las leyes de las Indias han corrido hafta aora, como cedulas y provifiones reales, fueltas i fingulares, muchas dellas emanadas de particulares dudas i pleytos, que fe ofrecen; de los quales falen, i fe embian a una, o a mas Provincias: i afsi, para tener noticia de todas, es neceffaria continua afsiftencia en las Secretarias, i cuydado diligente en lo que defpachan.

"Quando comencé efte tratado, que ha cafi dos años, que eftá acabado, avia reconocido quinientos libros Reales, i facado dellos las leyes, de que se ha ido formando la Recopilación dellas. Con lo qual, y la continuacion, que he tenido en faber lo que defpues fe ha ido proveyendo, parece provable el aver juntado todo lo que en cada materia eftá difpuesto. Pero como los libros fon tantos, i tantas las cedulas, que cada

dia fe defpachan, por pedirlas los cafos, i cofas que fe ofrecen, confieffo ingenuamente, que podre aver dexado algunas, ó contrarias, ó diverfas de lo que efcrivo, i que en materia, que nadie a tratado, me contentaré con la gloria de primero en intentarlo, quando no lo fea en confeguirlo". (Páginas 354 y 355).

En cuanto a los modos y títulos de enajenación de tierras, son éstos los pasajes pertinentes, que se toman del Capítulo XIII, Parte II, páginas 368 y siguientes:

"Quando fe comenzaron a poblar de Efpañoles las Provincias de las Indias, como era forzofo para fuftentarfe tratar de la Agricultura, i labor de las tierras, fue neceffario repartirfelas, dando a cada uno las que parecian competentes a fus fervicios i calidad, ó las que convenia al bien i fuftento de los pueblos.

"Para efto fe ordenó, que dejandoles para propios las tierras i folares, que á los pobladores parecieffe, y para exidos, deheffas y paftos las neceffarias, las demas tierras valdías, que fe pudieffen dar fin perjuizio de tercero, fe repartieffen por Peonías, ó Cavallerias entre los que huvieffen fervido, fegun fus meritos; de fuerte, que a todos cupliefe parte de lo bueno, i de lo que no lo fueffe tanto. I que refidiendo cinco años, le quedaffen por fu vida, al que afsi fe repartieffen.

"Efta comifsion de repartir tierrsa i folares, fe dio á todos los que capitulavan poblaciones, i fe da oy mas cumplida i diftinta.

"Tuvieronla también los Virreyes i Governadores, aunque el Prefidente de Guatimala, por el exceffo con que ufava della, fe le ordenó, que las Cavallerias y tierras que dieffe, fueffe fin perjuizio de tercero, i por el tiempo que fueffe la voluntad del Rey: i hafta oy la tiene, pero como fe ha de llevar confirmacion de las que dieren fegun fe dirá, ufan della menos de lo que folian.

"Efta reparticion de tierras, ó es á Conquiftadores y Pobladores, i perfonas, que han fervido en las Indias, i a eftos fe dan por Cavalleria i Peonías, con que no fe den á uno mas de cinco Peonías, ni mas de tres Cavallerias: ó eftas tierras fe dan por cedulas Reales á los que defte Reyno fe van á vivir á las Indias, que es defpacho ordinario del Confejo, quando manda dar tierras i folares; i en efte cafo no fe dan Cavallerias, ni Peonías: ó fe venden, que es lo que oy mas fe practica, i fon los tres cafos, que efta reparticion, ó provifion comprehende.

"Las quales Cavallerias, afsi en los folares, como en las tierras de pafto i labor, fe han de dar deslindadas y apeadas, en termino cerrado: i las Peonías, los folares i tierras de labor, i plantas deflindadas i divididas, i el pafto comun. Con lo qual fe pueden mejor entender las Reales cedulas, que tratan de reparticion de tierras, por Cavallerias i Peonías.

"Efto fupuefto, de los tres titulos, con que fe han dado tierras en las Indias, como quedar eferido, el primero fue por gracia i merced, en remuneracion de fervicios, i por modo de Cavallerias i Peonías: de las quales fe ordenó, que fe llevaffe confirmacion del Rey, dentro de año i medio: que fi bien la cedula Real, que afsi lo difponia, parece, que fue por una vez para fola una reparticion de tierras, que fe pidio por los vezinos de Mexico, i fe cometio a fu Audiencia; i afsi fe declaro, que el año i medio corrieffe defde la data de la dicha cedula, de que fe colige, que fue tempo-

ral, i no perpetua: con todo es argumento baftante, de que la voluntad Real era, que deftas mercedes fe llevaffe confirmacion; pues no tuvieron aquellas mas calidad, que las demas, que defpues fe dieron. Pero no hallo, que afsi fe hizieffe, fino que los Virreyes davan las tierras a quien les parecia, i fu titulo era baftante: oy convendra, que fe lleve confirmacion, pues aunque diftintamente no fe halle orden para ello, bafta la general, de que fe ayan de confirmar todas las mercedes, que en las Indias hizieren los Virreyes, para que se comprehendan las de Cavallerias i Peonías de tierras, pues fon mercedes.

"El fegundo titulo es, quando fe dan en virtud de las cedulas ordinarias de tierras i folares. En efte fe puede hazer diftincion: fi en virtud deftas cedulas fe dan á los que las llevan, tierras, para que cultiven i fiembren, por fu vida, como fe ufó en las Indias, i como fuenan las cedulas, en la claufula: 'Conforme á como las foleis dar á otras perfonas de effa tierra, de fu calidad': en efte cafo, fiendo la merced, i titulo temporal, i de cofa, que no es hazienda inmediata del Rey, nò feră neceffaria confirmacion. Pero fi el titulo fuere perpetuo, i las tierras, ó folares de valor tan confiderable, que fiendo en dinero, requeria confirmacion, ferá neceffario llevarla: pues ay baftante argumento en las Encomiendas de Indios, que aunque fe den en virtud de cedulas Reales, han de fer defpues confirmadas, como queda vifto; i ni fus titulos fon mas perpetuos, antes menos, pues fon por dos vidas no mas; ni el valor de las tierras i folares ferá fiempre tan cortò, que tal vez no iguale al de una Encomienda pequeña.

"El titulo tercero es por venta de Cavallerias i Peonías folares, ó tierras fueltas: introduxofe en las Indias defde los arbitrios generales, de que fe ha hecho mencion: i por efte, demas de las que fe compufieron, por no eftar los titulos tan juftificados, refultó el hallarfe muchas tierras valdias, que como Realengas, fe fueron vendiendo, a los que mas davan por ellas, fin que por entonces los obligaffen á llevar confirmacion, porque no eftava ordenado.

"Tambien fe le ordenó i entonces, que eftas ventas de Cavallerias i Peonías de tierras fe hizieffen como de hazienda Real en publica almoneda, i con cargo i condicion, que los compradores quedaffen obligados á llevar confirmacion al Rey dentro de tres años, contados defde las datas de los titulos, feñalando para la confirmacion deftas ventas efte termino por propio i efpecial, fin regularle por el de los oficios, ni mercedes. I efta orden i forma, como por ella confta, fue univerfal para todas las Indias, i no limitada á folo Cavallerias i Peonías; fino que comprehende todas las ventas que fe hizieren de tierras del Rey, porque de todas fe deve pedir i llevar confirmacion".

43—Obsérvase que en el margen del último párrafo que se ha copiado, el autor coloca esta nota: "Ced. de Madrid a 17 de junio de 1617". Lo que confirma el parecer ya expuesto de que la venta de tierras no llegó a regularse, como tal, sino en ese año de 1617.

Don Juan de Solórzano

44—Se ha tenido presente la tercera edición, publicada en Madrid en 1736, de la Política Indiana, para sacar de ella los apartes que en seguida se reproducen, tomados del Libro VI, Capítulo XII:

"Nº 5. Y aunque en los principios de los descubrimientos, y poblaciones de las Provincias de las Indias, como eran tantas en todas partes de las tierras, montes, aguas y pastos, y tan pocos los Españoles, que pudiesen aprovecharse de sus frutos, intereses y granjerías, se tuvo en poco el derecho de esta Regalía, y se permitió, que los Gobernadores y los Cabildos de las ciudades las pudieran repartir, y repartiesen a su voluntad entre los vecinos, que por bien tuviesen, como consta por muchas Cédulas y Ordenanzas de las recogidas en el dicho primer Volumen (ley 20, tít. 12, lib. 4, Rec. de Ind.). Después por otras más nuevas, que allí se añaden, se volvió a poner esta distribución en la Real mano, mandando, que cuando se hubiesen de dar, y repartir algunas tierras, o estancias, para labores, o ganados, se vendiesen, o beneficiasen, por los Oficiales Reales en pública almoneda, y revocando, o estrechando a los Virreyes la facultad, que antes se les había dado, y ellos se habían ampliado, de darlas a su voluntad, como lo dejo ya dicho en el capítulo en que traté de su potestad, y lo advierte bien el Licenciado Antonio de León, con ocasión de tratar, si de estas tierras, o estancias, así vendidas, o concedidas, se ha de pedir, y sacar confirmación Real por su Consejo Supremo de las Indias".

"Nº 8. Y asimismo se puede inferir, que en rigor de derecho las mercedes, y gracias de tierras, solares, pastos, y estancias, que los Virreyes hubieren dado, sin sacarlas en almoneda, ni guardar los demás requisitos de la dicha Cédula del año de 1591, se podían dar y declarar por nulas, y de ningún valor, y efecto, así por las reglas generales del exceso de sus poderes, y contravención de sus comisiones, como por lo que en los propios términos de estas cnocesiones, licencias, y facultades para romper, y labrar semejantes tierras, por estar, como están reservadas a la Persona Real".

"Nº 9. Y estas mismas razones, y principios justifican la práctica ordinaria de España, y mayormente la que **después** de la dicha Cédula de 1591 se **ha ido introduciendo en las Indias,** de que todas las veces que al Rey, o al Virrey, o Gobernador, que le representa le pareciere conveniente, pueda compeler, y obligar a los poseedores de tales tierras, o estancia, a que parezcan a exhibir, y mostrar los títulos, y mercedes, que tienen de ellas en la forma que lo dejo apuntado en otro lugar, hablando de los títulos de las Encomiendas, y **mandar, que de nuevo se revean, y remidan,** las que dijeren tener **concedidas, compradas, o compuestas** por Agrimensores prácticos, y bien entendidos de esta materia, y temerosos de Dios, y de sus conciencias, para que dejándoles, y haciéndoles bueno todo lo que pareciere que poseen, y ocupan legítimamente, **se les quite lo que a vueltas de ello hubieren usurpado,** y todo se aplique al fisco, y cámara Real, a quien pertenece".

"Nº 12. A esto parece que mira la Cédula que he dicho de 1591, que expresamente quiere, y advierte, que **cuando se mandare hacer esta exhibición de títulos, y nueva medida de las heredades, no se vaya con ánimo de despojar, y desposeer de ellas a sus antiguos poseedores, y labradores, sino de obligarles a que sirvan con alguna honesta composición,** como dando a entender, que su intento es, que se proceda en esto con **blandura,**

suavidad y liberalidad, y que no se les quite lo que poseen por el mismo, y aun menor precio que ofrecieren otros terceros".

45—El texto de la Cédula que aquí se conoce, dada en El Pardo en 1591, y que se halla inserta arriba, no confirma el concepto de Solórzano en el último pasaje, al decir este ilustre comentador que el intento de la Cédula es que se proceda, en la exhibición de títulos y composición de tierras, con blandura y liberalidad. En la Cédula se lee: "Os ordeno que me hagais restituír todas las tierras que cualesquier personas tienen y poseen en esas provincias sin justo y legítimo título", "y en caso de que algunas personas rehusaren y no quisieren la dicha composición, procedereis con los tales conforme a derecho, en virtud de la dicha nuestra Cédula, **restituyéndome** ante todas cosas en todo lo que halláredes que han ocupado y poseen sin título válido y legítimo". El ordenamiento fue severo y categórico.

TERCER PERIODO—EL CODIGO DE INDIAS O RECOPILACION DE LEYES DE LOS REYNOS DE LAS INDIAS—1680 A 1754

46—Hecho memorable en la legislación para las Indias es la expedición del Código de 1680, que marca el comienzo de una época histórica de importancia notable en el estudio que aquí se adelanta.

En la "Ley, que declara la autoridad que han de tener las leyes de efta Recopilacion", expedida en Madrid a 18 de mayo de 1680, por la cual se puso en vigor el Código, se dan estos datos acerca de su elaboración y estas normas sobre su imperio:

"El año de mil y quinientos y fetenta el Señor Rey Don Felipe Segundo mandó hacer declaracion, y recopilacion de las leyes, y provifiones dadas para el buen govierno de las Indias, para que todas pudieffen fer fabidas, y entendidas, quitando las que yá no convenian, y proveyendo de nuevo las que faltaban, declarando, y concertando las dudofas, y repugnantes, diftribuyendolas por fus titulos, y materias comunes....

"El año de **mil y feifcientos y ocho,** fiendo Prefidente del Confejo el Conde de Lemus, fe formó una Junta, y feñaló Sala para que los Licenciados Hernando Villagomez, y Don Rodrigo de Aguiar y Acuña, del mifmo Confejo, profiguieffen efta obra, y determinaffen fus dudas, los quales, por el embarazo que caufaba á las precifas obligaciones de fus plazas, no pudieron profeguir; aunque el Licenciado Don Fernando Carrillo, Prefidente de él, pufo muy particular cuidado en que fe efectuaffe, y no lo configuió, por las mifmas caufas: y como era de tanta neceſsidad, é importancia, fe cometió al Licenciado Don Rodrigo de Aguiar, que la profiguieffe, con afsiftencia del Licenciado **Don Antonio de León,** Juez Letrado de la Cafa de Contratacion de las Indias. Y el año de mil feifcientos y veinte y ocho, entre tanto que fe daba fin á obra tan dilatada, y para que fe tuvieffe noticia de las refoluciones, y decifiones contenidas en ellas, **fe ordenó, y difpuso el libro, que hafta aora ha corrido, con titulo de Sumarios de la Recopilacion general de leyes.** Por muerte de dicho don Rodrigo de Aguiar profiguió el Doctor **Don Juan de Solórzano Pereyra, del mifmo Confejo, Governandole el Conde de Caftrillo,** que tambien pufo efpecial cuidado en que fe acabaffe.

"Vifto, y confultado con Nos, governando el Confejo el Principe don

Vicente Gonzaga, acordamos y mandamos, que las leyes en efte libro contenidas, y dadas para la buena governacion, y adminiftracion de jufticia de nueftro Confejo de Indias, Cafa de Contratacion de Sevilla, Indias Orientales, y Occidentales, Islas, y Tierrafirme del Mar Oceano, Norte, y Sur, y fus viages, Armadas, y Navios, y todo lo adjacente, y dependiente, que regimos, y governamos por el dicho Confejo, fe guarden, cumplan y executen, y por ellas fean determinados **todos los pleytos, y negocios,** que en eftos, y aquellos Reynos ocurrieren, aunque algunas fean nuevamente hechas, y ordenadas, y no publicadas, ni pregonadas, y fean diferentes, ó contrarias a otras leyes, capitulos de Cartas, y Pragmaticas de eftos nueftros Reynos de Caftilla, Cedulas, Cartas acordadas, Provifiones, Ordenanzas, Inftrucciones, Autos de Govierno, y otros defpachos manufcritos, ó impreffos: **todos los quales es nueftra voluntad, que de aora en adelante no tengan autoridad alguna, ni fe juzque por ellos, eftando decididos en otra forma, ó expreffamente revocados, como por efta ley, á mayor abundamiento, los revocamos, fino folamente por las leyes de efta Recopilacion,** guardando, en defecto de ellas, lo ordenado por la ley fegunda, titulo primero, libro fegundo de efta Recopilacion, y quedando en fu fuerza, y vigor las Cedulas, Ordenanzas dadas á nueftras Reales Audiencias, en lo que no fueren contrarias a las leyes de ella".

47—Del Título XII, Libro IV de la Recopilación de Indias, que trata "de la Venta, Compoficion y Repartimiento de tierras, folares y aguas", hay que destacar, por la novedad que se encuentra en sus disposiciones, las Leyes catorce, quince, dieciseis, diecisiete y diecinueve, a cuyo examen se concreta el presente capítulo. Advirtiéndose que todas las demás leyes de la Recopilación que se han copiado en otras partes de esta exposición, y que fueron expedidas en distintas épocas antes de 1680, también continuaron rigiendo bajo la vigencia de este Código, en la forma que aparece en sus textos correspondientes, ya reproducidos.

48—**Ley catorce—Que á los poffeedores de tierras, eftancias, chacras y vacallerias con legitimos titulos, fe les ampare en fu poffefsion, y las demas fean reftituidas al Rey.**

Por haver Nos fucedido enteramente en el Señorio de las Indias, y pertenecer á nueftro Patrimonio y Corona Real los valdíos, fuelos y tierras, que no eftuvieren concedidos por los Señores Reyes nueftros predeceffores, ó por Nos, ó en nueftro nombre, conviene que toda la tierra, que fe poffee fin juftos y verdaderos titulos, fe nos reftituya, fegun y como nos pertenece, para que refervando ante todas cofas lo que á Nos, ó á los Virreyes, Audiencias y Governadores pareciere neceffario para plazas, exidos, proprios, paftos, y valdíos de los Lugares, y Concejos, que eftán poblados, afsi por lo que toca al eftado prefende en que fe hallan, como al por venir, y al aumento que puedan tener, y repartiendo a los Indios lo que buenamente huvieren menefter para labrar, y hacer fus fementeras, y crianzas, confirmandoles en lo que aora tienen, y dandoles de nuevo lo neceffario, toda la demas tierra quede y eftè libre y defembarazada para hacer merced, y difponer de ella á nueftra voluntad. Por todo lo qual ordenamos y mandamos á los Virreyes y Prefidentes de Audiencias Pretoriales, que **quando les pareciere feñalen termino competente para que los poffeedores** exhiban ante ellos, y los Miniftros de fus Audiencias, que

nombraren **los titulos de tierras**, eftancias, chacras, y cavallerias, y **amparando á los que con buenos titulos y recaudos, ó jufta prefcripcion poffeyeren**, de nos buelvan y reftituyan las demas, para difponer de ellas á nueftra voluntad.

49—Esta Ley reproduce, resumiéndolo, lo dispuesto en las Cédulas de El Pardo de 1591, con estas dos modificcaiones: 1ª los títulos se han de presentar a los Virreyes y Presidentes, como estaba ordenado, y además, según la Ley, ante los Ministros de las Audiencias; 2ª se ampara a los que con buen título y recaudo poseyeren, como estaba establecido, y también, **a los que "con justa prescripción poseyeren".**

Además del amparo que se ordenó dar a la posesión con buenos, justos y verdaderos títulos, se dispuso también amparar a los que con **"justa prescripción poseyeren"**. En toda la legislación para las Indias no existen, hasta 1680, según se ha visto, otros preceptos que contemplen y autoricen el fenómeno jurídico de la prescripción adquisitiva de tierras, que los ya examinados de las Cédulas de 1513, 1523 y 1525, conforme a los cuales los pobladores de repartimientos que hubieren hecho morada y labor, y residido "los quatro años que tienen obligación para el dominio", podían, **de allí en adelante**, "vender, y hacer de ellos a su voluntad, como cosa suya propia". Tal ordenamiento consagra la prescripción adquisitiva del dominio, concreta y especialmente para los pobladores que hubiesen vivido cuatro años en las tierras a ellos repartidas y que allí hubiesen hecho morada y labor. En otros términos, la prescripción comprendía la tierra explotada con cultivos o ganados. Calidad esta necesaria para la prescripción, que se acentúa al considerar la obligación que a cargo de los pobladores estableció la cláusula 107 de la Ordenanza sobre Poblaciones, de "haverlas labrado, puefto de plantas y poblado de ganados, las que fueren de paftos,... pena de que pierdan el repartimiento de folares, y tierras".

Al decir, pues, el Código de Indias, que se ampare a los que "con justa prescripción poseyeren", se refiere a la única prescripción autorizada legalmente respecto a tierras realengas, a la única prescripción "justa", vale decir, reconocida por el derecho imperante: la que regía en favor de los pobladores a quienes se entregaba tierra en repartimiento y que se hacían dueños de ella por su explotación económica.

Opera la prescripción a que se hace referencia, en el campo de las relaciones entre la Corona y los pobladores y adjudicatarios de tierras en repartimiento; no entre unos particulares y otros, con aplicación de reglas del derecho civil. Como el texto que se comenta considera, con un celo extraordinario, la defensa del patrimonio Real, y no contempla, en forma alguna, los patrimonios de los particulares entre sí, es lógico entender que la expresión "con justa prescripción poseyeren", se refiere a la posesión de tierras que no habían salido del dominio Real por título directo, pero que sí podían estar en vía de transferirse al patrimonio particular.

50—Ley quince—Que fe admita á compoficion de tierras.

Considerando el mayor beneficio de nueftros vaffallos, ordenamos á los Virreyes y Prefidentes Governadores, que **en las tierras compueftas por fus anteceffores no innoven**, dexando á los dueños en fu pacifica po-

ffefsion; y los que fe huvieren introducido y ufurpado mas de lo que les pertenece, conforme á las medidas, fean admitidos en quanto al exceffo, á moderada compoficion, y fe les defpachen nuevos titulos; y todas las que eftuvieren por componer, abfolutamente harán que fe vendan á vela y pregón, y rematen en el mayor ponedor, dandofelas á razon de cenfo al quitar, conforme á las leyes, y pragmaticas de eftos Reynos de Caftilla: y remitimos á los Virreyes y Prefidentes el modo y forma de la execucion de todo lo referido, para que lo difpongan con la menos cofta que fea pofsible; y por efcufar lo que fe puede feguir de la cobranza, ordenarán á nueftros Oficiales Reales de cada diftrito, que la hagan por fu mano, fin enviar executores, valiendofe de nueftras Audiencias Reales; y donde no las huviere, de los Corregidores. Y porque fe han dado algunos titulos de tierras por Miniftros, que no tenían facultad para repartirlas, y fe han confirmado por Nos en nueftro Confejo: Mandamos, que á los que tuvieren Cédula de confirmacion, fe les conferve, y fean amparados en la poffefsion dentro de los limites en ella contenidos; y en quanto huvieren excedido fean admitidos al beneficio de efta ley.

51—Ley diecinueve—Que no fea admitido á compoficion el que no huviere poffeido las tierras diez años, y los Indios fean preferidos.

No fea admitido á compoficion de tierras el que no las huviere poffeido por diez años, aunque alegue que las eftá poffeyendo, porque efte pretexto folo no ha de fer baftante, y las Comunidades de Indios fean admitidas á compoficion, con prelacion á las demas perfonas particulares, haciendoles toda conveniencia.

52—Ley dieciseis—Que fe dén y vendan las tierras con las calidades de efta ley, y los interefados lleven confirmacion.

Por evitar los inconvenientes, y daños, que fe figuen de dár, ó vender cavallerias, peonías, y otras menfuras de tierra á los Efpañoles en perjuicio de los Indios, precediendo informaciones fofpechofas de teftigos: Ordenamos y mandamos, que quando fe dieren, ó vendieren, fea con citacion de los Fifcales de nueftras Reales Audiencias del diftrito, los quales tengan obligacion de vér y reconocer con toda diligencia la calidad y depoficiones de los teftigos: y los Prefidentes y Audiencias, fi governaren, las dén, ó vendan, con acuerdo de la Junta de Hacienda, donde ha de conftar que nos pertenecen, facandolas al pregón, y rematandolas en publica almoneda, como la demás hacienda nueftra, mirando fiempre por el bien de los Indios; y en cafo de que fe hayan de dár, ó vender por los Virreyes: es nueftra voluntad, que no intervengan ninguno de los dichos Miniftros; y del defpacho que fe diere á los interefados, han de llevar confirmacion nueftra dentro del termino ordinario, que fe obferva en las mercedes de encomiendas de Indios.

53—Ley diecisiete—Que no fe admita á compoficion de tierras, que huvieren fido de los Indios, ó con titulo viciofo, y los Fifcales, y Protectores figan fu jufticia.

Para mas favorecer y amparar á los Indios, y que no reciban perjuicio: Mandamos, que las compoficiones de tierras no fean de las que los Efpañoles huvieren adquirido de los Indios contra nueftras Cedulas Reales, y Ordenanzas, ó poffeyeren con titulo viciofo, porque en eftas es nueftra voluntad, que los Fifcales-Protectores, ó los de las Audiencias, fi no

huviere Protectores-Fifcales, **figan fu jufticia,** y el derecho, que les compete por Cedulas y Ordenanzas, **para pedir nulidad contra femejantes contratos.** Y encargamos á los Virreyes, Prefidentes y Audiencias, que les dén toda afsiftencia para fu entero cumplimiento.

54—La composición de excesos.

En 1631, y después al darse el Código en 1680, se reitera una disposición anterior, consagrada en las Cédulas de El Pardo, que permitía arreglar los títulos cuando se habían ocupado más tierras que las comprendidas en ellos, para sancionar así las usurpaciones y legitimar esos estados extralegales. **"Los que fe huvieren introducido y ufurpado mas de lo que les pertenece, conforme á las medidas, fean admitidos en quanto al exceffo, á moderada compoficion". "Y fean amparados en la poffefsion dentro de los limites en ella contenidos"** (en la cédula de confirmación).

55—Sólo la posesión de diez años merecía composición.

Así lo establece una Cédula desde 1640 y se reitera en 1680 por la Ley XIX. El que no hubiese poseído las tierras por diez años, aunque alegase que las estaba poseyendo, no podía ser admitido a composición.

56—Nó se permitía la de tierras poseídas con título vicioso.

Pero no se podían componer, según Cédula de 1640, incorporada luégo en el Código como Ley XVII, las tierras que los españoles "poffeyeren con titulo viciofo".

57—Las ventas de tierras.

El Código de Indias contiene ya una sistematización de la venta de tierras, establecida por primera vez a partir del año de 1617. Debían venderse de acuerdo con la Junta de Hacienda y en pública almoneda.

Y tanto las tierras que se recibían en composición como las que se vendían, quedaban sometidas al requisito de sacarlas al pregón y rematarlas en pública subasta.

CUARTO PERIODO—LAS CEDULAS DE SAN LORENZO EN 1754 Y DE SAN ILDEFONSO EN 1780

58—Dos cédulas muy interesantes, que ya es oportuno examinar, contienen modificaciones, complementos y aclaraciones de mucho significado a la legislación anterior sobre tierras: las otorgadas en 1754 y 1780. Con ellas se cierra el ciclo legislativo indiano, porque fueron los últimos documentos de su clase expedidos antes de la emancipación y del comienzo de la vida republicana.

I—La Cédula-Instrucción de San Lorenzo

59—En San Lorenzo del Real, a quince de octubre de mil setecientos cincuenta y cuatro, el Monarca Fernando VI sanciona su Cédula que contiene la "Inftruccion fobre la forma, y terminos en que fe debe practicar en las Indias la venta, y compoficion de los Sitios, y Tierras Realengas, cometiendo a las Reales Audiencias, y Governadores las facultades de defpachar las Confirmaciones, y determinar las apelaciones que ocurrieffen, para el mayor beneficio, y alivio de aquellos Vaffallos, y lo demás que fe expreffa".

Este ordenamiento real contiene normas de importancia sobre revisión de títulos, confirmaciones, venta y composición, y acerca de excesos de tierras ocupadas sin título. Sobre estos puntos, que se relacionan con

el estudio que aquí se adelanta, se harán algunas observaciones, sin entrar en el examen de otros preceptos de la notable Instrucción, por no ser ello preciso.

60—Para hacer tal examen se toma como base el texto impreso de la Real Cédula, que con las atestaciones de rigor figura como original dado por el Rey, en el tomo correspondiente de cédulas originales que se guarda en la Corte Suprema de Justicia, con el certificado al pie de haberse recibido en la ciudad de San-Fé y haber declarado su obedecimiento a ella, estando en Real Acuerdo de Justicia, el Virrey Presidente y los Oidores de la Audiencia y Cancillería del Nuevo Reino de Granada, el día veintisiete de junio de mil setecientos cincuenta y cinco.

61—La Cédula en mención comienza por decir que modifica la que se había dado el 24 de noviembre de 1735 "fobre que los que entraffen en los bienes Realengos de aquellos Dominios, **acudieffen precifamente á mi Real Persona á impetrar fu confirmacion en el termino que fe les afsignó**", disponiendo que desde la fecha de esta Resolución "quede privativamente al cargo de los Virreyes, y Prefidentes de mis Reales Audiencias de aquellos Reynos la facultad de nombrar los Miniftros Subdelegados, que deben exercer, y practicar la venta, y compoficion de las Tierras, y Valdíos que me pertenecen en dichos Dominios".

Debe observarse que desde 1680, en la Ley XVI, se había dispuesto que de las ventas había de llevarse **confirmación por el Rey.**

62—También en el principio de la Cédula se nota la preocupación del Monarca por "hallarse sin cultura muchos Sitios, y Tierras, que abaftecerían con fu labor, y cria de Ganados las Provincias inmediatas", y porque "otras perfonas fe mantengan **en terrenos ufurpados por defecto de Títulos**, fin darles fobre la cultura toda la labor correfpondiente, por temor de fer denunciados, y proffeffados fobre ello". Es decir, que es propósito principal de la Cédula el de que las tierras se cultiven. Para ello se toman varias disposiciones, como la que adelante se verá respecto a los usurpadores de tierras realengas, que las tienen sin justo título, y que por temor a perderlas no las aprovechan y explotan económicamente. La Cédula tiene este objetivo inicial y dominante de toda ella: el de tomar medidas adecuadas que aseguren la explotación de las tierras.

63—Son objeto de análisis, por referirse a la finalidad de este estudio, los capítulos III, IV, V, VI y VII de la Instrucción, que en seguida se insentan:

"III. Que recibida que fea por cada uno de los Subdelegados principales, que aora fon, y en adelante fe nombraren en cada Provincia, efta Inftruccion, y el Nombramiento, que en la forma referida en el Capitulo primero fe les ha de expedir, libren por fu parte ordenes generales á las Juf-ticias de las Cabezeras, y Lugares principales de fu refpectivo Diftrito, mandando fe publique en ellos, en la forma que fe practica con otras ordenes generales, que expiden los Virreyes, Prefidentes y Audiencias en los Negocios de mi fervicio, para que todas, y qualefquiera perfonas que poffeyeren Realengos, eftando, ó no poblados, cultivados, ó labrados, defde el año de mil y fetecientos, hafta el dia de la notoriedad, y publicacion de dicha orden, acudan á manifeftar ante el mifmo Subdelegado, por sí mifmos, ó por medio de fus Correfpondientes, ó Apoderados, los Titulos, yDefpachos en cuya virtud los poffeen, feñalando para efta exhibicion el

termino competente, y proporcionado, fegun las diftancias; con apercibimiento de que ferán defpojados, y lanzados de las tales Tierras, y fe hará merced de ellas á otros, fi en el termino que fe les afsignare dexaren de acudir, fin juíta, y legitima caufa, á la manifeftacion de fus Ttitulos.

"IV. Que conftando por los Titulos, ó Inftrumentos, que afsi fe prefentaren, ó por otro qualquier medio legal eftár en poffefsion de los tales Realengos, en virtud de venta, ó compoficion, hecha por los Subdelegados que han fido de efta comifsion antes del citado año de mil y fetecientos, aunque no eftén confirmadas por mi Real Perfona, ni por los Virreyes, Prefidentes, les dexen en la libre, y quieta poffefsion de ellas, fin caufarles la menor moleftia, ni llevarles derechos algunos por eftas diligencias, en conformidad de la Ley 18. tit. 4. de la Recopilacion de Indias, haciendo notar en los tales Titulos que manifeftaren haver cumplido con efta obligacion, para que en adelante no puedan fer turbados, emplazados, ni denunciados en ellos, ni fus fucceffores en los tales Realengos; y no teniendo Titulos, les deberá baftar la juftificacion que que hicieren de aquella antigua poffefsion, como Titulo de juíta prefcripcion: en inteligencia, que fi no tuvieren cultivados, ó, labrados los tales Realengos, fe les deba feñalar el termino de tres meíes, que prefcrive la Ley 11 del citado tit. y lib., ó el que parezca competente para que lo hagan; con apercibimiento, que de lo contrario fe hará merced de ello á los que denunciaren, con la miíma obligacion de cultivarlos.

"V. Que los poffeedores de Tierras, vendidas, ó compueftas por los refpectivos Subdelegados defde el citado año de mil fetecientos hafta el preíente, no puedan tampoco fer moleftados, inquietados, ni denunciados aora, ni en tiempo alguno, conftando tenerlas confirmadas por mi Real Perfona, ó por los Virreyes, y Prefidentes de las Audiencias de los refpectivos Diftritos, en el tiempo en que uíaron de efta facultad; pero los que las poffeyeren fin efta precifa calidad, deberan acudir á impetrar la confirmacion de ellas ante las Audiencias de fu Diftrito, y demas Miniftros á quienes fe comete efta facultad por efta nueva Inftruccion, los quales, en viíta del Proceffo que fe huviere formado por los Subdelegados, en orden á la medida, y avalúo de las tales Tierras, y del Titulo que fe les huviere defpachado, examinarán fi la venta, ó compoficion eftá hecha fin fraude, ni colufion, y en precios proporcionados, y equitativos, con viíta, y audiencia de los Fifcales; para que con atencion a todo, y conftando haver enterado en Caxas Reales el precio de la venta, ó compoficion, y derecho de Media-Annata refpectivo, y haciendo de nuevo aquel fervicio pecuniarió, que parezca correfpondiente, les defpachen en mi Real nombre la confirmacion de fus Titulos, con los quales quedará legitimado en la proffefsion, y dominio de las tales Tierras, Aguas, ó Valdíos, fin poder en tiempo alguno fer fobre ello inquietados los poffeedores, ni fus fucceffores univerfales, ni particulares.

"VI. Que fi por los Proceffos, que fe deben haver formado para las ventas, y compoficiones, no confirmadas defte el año de mil y fetecientos, conftáre no haverfe medido, ni apreciado los tales Realengos, como fe tiene entendido ha fucedido en algunas Provincias, fe fufpenda el defpachar fu confirmacion, hafta tanto que efto fe execute; y fegun el mas valor que refultáre por las medidas, y avalúos, deberá regularfe el fervicio pecuniario, que ha de proceder á la confirmacion.

"VII. Que igualmente fe ha de contener en las ordenes generales, que como vá dicho fe han de librar por los Subdelegados á las Jufticias de las Cabezeras, y Partidos de fu Diftrito, la claufula de que las perfonas que huvieren excedido los limites de lo comprado, ó compuefto, agregandofe é introduciendofe en mas terreno de lo concedido, eftén, o nó confirmadas las poffefsiones principales, acudan precifamente ante ellos á fu compoficion, para que del exceffo, precediendo medida, y avalúo, fe les deffpache Titulo, y Confirmacion, con apercibimiento, que fe adjudicarán los terrenos afsi ocupados en una moderada cantidad á los que los denunciaren; y que igualmente fe adjudicarán al Real Patrimonio para venderlos á otros terceros, aunque eftén labrados, plantados, ó con Fabricas los Realengos ocupados fin Titulo, fi paffado el termino que fe afsignare no acudieren á manifeftarlos, y tratar de fu compoficion, y confirmacion los intrufos poffeedores, lo que fe ha de cumplir, y executar, fin excepcion de perfonas, ni Comunidades, de qualquier eftado, y calidad que fean".

Exhibición de títulos

64. Solamente exige la Cédula la exhibición de los títulos respecto de tierras realengas poseídas — estando o nó pobladas, cultivadas o labradas — desde el año de 1700, como así lo previene el Capítulo III. Los títulos anteriores a 1700 no estaban sujetos a su exhibición ni quedaron comprendidos en la sanción por no presentarlos, establecida para los otros. Sin embargo, el Capítulo IV, refiriéndose a la posesión de realengos en virtud de venta o composición hecha por los Subdelegados antes del citado año de 1700, dispone que aunque no estén confirmados los títulos, se les deje a los titulares en libre y quieta posesión. Lo que indica que aunque no se exigió la presentación de títulos anteriores a 1700, cuando ellos se presentaban y hallaban justos, los interesados no debían ser en adelante turbados, emplazados ni denunciados respecto a la posesión de dichas tierras. La exhibición de los títulos fue obligatoria respecto al período corrido entre 1700 y el otorgamiento de la Instrucción, y nó respecto al tiempo anterior; pero los beneficios que la Cédula reconoce a favor de quienes recibían la confirmación de sus títulos es general para todos, los anteriores y los posteriores al año de 1700.

Esta circunstancia, de referirse la Cédula de 1754 a las posesiones y títulos de un corto lapso, apenas superior a medio siglo, no carece de importancia para juzgar acerca del sentido de sus reglas, porque tal circunstancia relieva el pensamiento del legislador indiano de arreglar o componer situaciones producidas al amparo de actos de particulares y de autoridades en un período corto relativamente, y en todo caso, señalado de modo expreso en la Cédula-Instrucción. Lo que significa asímismo que las normas de la anterior legislación se respetaban en cuanto a los efectos ya causados y se mantenían en los puntos no afectados por los nuevos reglamentos.

La Primera Cédula de El Prado había exigido la presentación de los títulos ante el Gobernador del Nuevo Reino, o ante las personas de letras, ciencia y conciencia que él nombrara para ello; y el Código de Indias, Ley XIV, también dispuso que los poseedores exhibieran ante los

Virreyes y Presidentes, y los Ministros de las Audiencias, los títulos de tierras, estancias, chacras y caballerías.

65. Conviene recordar que la calificación de los títulos que hacían los funcionarios, según el mandato de la Cédula de 1591, era con poder de decisión autónomo, definitivo, inapelable; su fallo rescataba por sí solo para el Rey las tierras no amparadas por títulos legítimos. En 1680 se dispone que "se nos vuelvan y restituyan las demás", sin otra indicación, lo que hace presumible que la decisión de los funcionarios, de acuerdo con esta última norma, también volvía al Soberano automáticamente las tierras sobre las cuales no se exhibían buenos títulos. En 1754, por no existir norma distinta, los fallos se pronunciaban con idéntico alcance, y en definitiva por la Real Audiencia.

66. Las ventas y composiciones de tierras.

Trata la Cédula de las ventas y composiciones anteriores y posteriores a 1700. No se refiere a los repartimientos y otras adjudicaciones por despachos-títulos hechos antes del mencionado año, los cuales actos naturalmente se rigen con arreglo al Código de 1680, que les reconoció validez. Concede atención especial la Cédula a las ventas, posiblemente porque ellas y las composiciones tomaron gran desarrollo y aplicación en la primera mitad del siglo XVIII, a que la Cédula se contrae, pues ya se ha hecho notar cómo la venta de tierras vino a sistematizarse jurídicamente en virtud del Código expedido en aquel año.

Según lo establece la Cédula, las ventas y composiciones hechas desde 1700 valen siempre que respecto de ellas se obtenga confirmación; las anteriores a 1700 valen sin necesidad de confirmación.

67. Del amparo a los dueños y poseedores

Regula la Cédula la posesión con título y la posesión sin él; el amparo a la primera, como al dominio, y el amparo a la segunda, por constituír una calidad jurídica susceptible de llegar a serlo.

68. Los títulos, comprobación del dominio

Expresa la Cédula que constando por los **títulos o instrumentos**, o por otro cualquier medio legal, estar en posesión de los realengos en virtud de **venta o composición** hecha antes de 1700 (Capítulo IV), o después "hasta el presente" (Capítulo V), se les deje en libre y quieta posesión de ellos, sin que puedan ser molestados, inquietados ni denunciados, en tiempo alguno; no siendo necesaria confirmación en el primer caso y exigiéndose ella en el segundo. Y agrega (Capítulo V) "con los cuales (alude a los títulos confirmados) quedará legitimado en la posesión y dominio de las tales tierras".

Consagra el precepto un reconocimiento categórico y claro de la propiedad mediante la presentación de los títulos, o su perfeccionamiento cuando éstos no eran completos. Los títulos que reunían todos los requisitos exigidos por las leyes respectivas eran aceptados como comprobación de dominio.

Nótese que al aludir la Cédula a "cualquier otro medio legal", para acreditar hallarse en posesión de los realengos en virtud de venta o composición, se refiere a la prueba supletoria del título o instrumento que debía demostrar ese hecho.

69. Los realengos ocupados sin título — aun labrados y cultivados—

pasaban al patrimonio real si no se recibían en composición y confirmación.

El Capítulo VII de la Cédula consagra una grave sanción para los que llama "intrusos poseedores", o sea los que sin tener título ocupaban realengos, aun cuando los tuvieran labrados, plantados o con fábricas. Si en el término señalado no concurrían a manifestar su situación y a obtener confirmación y composición, las tierras por ellos así poseídas se reincorporaban al patrimonio real, para ser vendidas a otras personas.

Los poseedores de tierras desde 1700 debían acudir a expresar al Subdelegado los títulos y despachos en cuya virtud poseían. Si no los presentaban, serían despojados y lanzados de las tierras. Esto demuestra que era regla general de la Cédula la de que no se consideraba legítima la ocupación o posesión si no se aducía título o despacho. A falta de ellos, se amparaba la posesión en ciertas circunstancias.

70. Los géneros de ocupación o posesión de realengos

Sugiere la Cédula dos géneros de ocupación de realengos sin título:

1º "Ocupados sin título", de ocupación antigua.

2º "Ocupados sin título", de ocupación reciente.

Este distingo resulta al relacionar lo dispuesto en los Capítulos IV y VII. En efecto. El Capítulo IV trata de ocupantes sin título: "y no teniendo títulos, les deberá bastar la justificación que hicieren de aquella antigua posesión"; el VII también se refiere a ocupación sin título: "se adjudicarán al Real patrimonio... los realengos ocupados sin título". Es notorio que las dos normas se contradicen aparentemente. En la primera se permite o protege la posesión de realengos por la justificación de una antigua posesión; en la segunda se ordena reincorporar al patrimonio real los realengos ocupados y aun explotados sin título. En unos casos se permite continuar en la posesión de los realengos sin título; en otros se previene su pérdida para los poseedores.

Alguna explicación debe tener este ordenamiento contradictorio.

El Código de Indias, en su Ley XIX, dispuso que no se recibiera a composición al que no hubiese poseído diez años. Conforme a esta regla, vigente en 1754, la posesión de diez años era necesaria para la composición. Al propio tiempo, quienes se hallaban en ese estado, de haber poseído diez años, tenían una situación jurídica que les permitía componer, tenían derecho a hacerlo. No así los que tuvieran una posesión de menos tiempo. Además, quienes tuviesen una antigua posesión, al justificarla, tenían por ello un título de justa prescripción. El poseedor de diez años tenía un título o derecho para presentarse a composición; el poseedor antiguo —no se sabe de cuánto tiempo— tenía así mismo un derecho o título de justa prescripción. Se entiende, por los preceptos correspondientes a cada una de esas situaciones, y por la analogía de ellas, que en ambas las leyes protegían un estado jurídico con base en la posesión mínima de diez años.

Consecuencia de esto es la de que las posesiones contempladas en el Capítulo VII, las que se perdían en beneficio del Real patrimonio, debieron ser aquéllas no comprendidas por el derecho a obtener composición, o sea las de un lapso inferior a diez años.

Con este entendimiento se llega a una conclusión de armonía entre las

dos disposiciones. La del Capítulo IV no resulta contraria a la del VII, si la de este último se interpreta como pertinente tan sólo a la posesión u ocupación reciente, por un tiempo menor de diez años. Quiso el legislador que esa situación anómala de corto tiempo no perdurase, y que se aclarara y definiera en composición y confirmación, para lo cual se dispensaba del deber de ocupación por diez años.

De donde se deduce que la Instrucción de 1754 contempló dos clases de posesión u ocupación sin título: la antigua posesión, y la posesión u ocupación reciente o nueva.

La posesión protegida como medio para llegar al dominio—La justa prescripción.

71—No teniendo títulos, "les deberá bastar **la justificación que hicieren de aquella antigua posesión, como título de justa prescripción**", dice el Capítulo IV.

Y agrega: "en la inteligencia de que **si no tuvieren cultivados, o labrados los tales realengos, se les deba señalar el término de tres meses**, que prescribe la Ley XI del citado Título y Libro, o el que parezca competente, **para que lo hagan**, con apercibimiento, que **de lo contrario, se hará merced de ellos a los que los denunciaren, con la misma obligación de cultivarlos**".

Este ordenamiento comprende varias proposiciones:

Primera.—A los poseedores sin título les bastaba una antigua posesión para ser amparados.

Segunda.—Esos poseedores debían justificar aquella posesión.

Tercera.—La protección o amparo a la antigua posesión se otorgaba en calidad o como título de justa prescripción.

Cuarta.—Si no se cultivaba la tierra, en término perentorio, se hacía merced de ella a otras personas.

Quinta.—Los terceros adquirentes estaban también obligados al cultivo.

La eficacia de la posesión para reemplazar al título, o para merecer, lo mismo que éste, el amparo propio del dominio, requería las calidades y requisitos enunciados en las anteriores proposiciones.

Que la posesión fuera antigua. Que el poseedor justificara o demostrara esa antigua posesión. El amparo al poseedor se le daba en razón de encontrarse en el caso de una justa prescripción. La posesión o amparo estaba subordinada al cultivo de la tierra; si éste no se hacía la tierra pasaba a otras manos. Los terceros también debían cultivar la tierra para mantenerse en el dominio.

De las declaraciones contenidas en el texto legal resaltan éstas: la justificación de la posesión; lo que se entendía por justa prescripción, y el deber del cultivo.

72—Justificación de la posesión.

No se dice qué prueba habría de aducirse para establecer el hecho de la posesión antigua. Se comprende que cualquier comprobación legal era suficiente. En todo caso, el hecho debía acreditarse.

73—La justa prescripción.

Ya en varias partes de este estudio se ha notado cómo el concepto de justa prescripción venía desde las primeras normas que se expidieron para la adjudicación de tierras en repartimiento, y después se reiteró en

las Cédulas de El Pardo y en el Código de Indias. Conviene, no obstante, volver sobre estos antecedentes, por la importancia que tienen en el desarrollo de ulteriores instituciones y en el contenido de las leyes que con ellas tocan.

De la prescripción se habló ya al tratar de los primeros sistemas de adquisición de tierras desprendidas de la Corona, y se subrayó el imperativo de los preceptos pertinentes, según los cuales la persona que recibía tierra en repartimiento la hacía suya por la ocupación y cultivo y por residir en ella durante un lapso de cuatro años. Y se vio cómo, filosóficamente considerado este fenómeno jurídico, no era otro que el de la prescripción adquisitiva del dominio. Este se concedía bajo la carga de una condición resolutoria, la que se producía por el no cultivo, pero si se satisfacía ese requisito, el dominio se hacía pleno. Se adquiría por prescripción. Con la sola diferencia, esta prescripción **sui géneris** de la ordinaria del Derecho Civil, que no se consumaba por el solo transcurso del tiempo, sino por éste y por el cumplimiento de la obligación de explotar o aprovechar económicamente la tierra adquirida en esas circunstancias.

Las Cédulas de El Pardo no se refieren directamente al fenómeno de la prescripción, aunque sí de modo indirecto. No directamente, porque ellas no repiten los ordenamientos anteriores respecto al modo y condiciones con que los adjudicatarios de tierras en repartimiento se hacían dueños de ellas. Mas el silencio de las Cédulas de El Pardo en este punto deja en pie las normas existentes sobre la materia y que después pasaron al Código en 1680.

Indirectamente consagran las Cédulas de El Pardo el respeto a la prescripción cuando previenen que se ampare, no tan sólo a los que exhiban títulos, sino a los **ocupantes y poseedores**, para que éstos puedan ser admitidos a acomodada composición, y "se les confirme **las tierras y viñas que tienen y poseen**". Esas tierras y viñas eran seguramente las que ellos habían adquirido en repartimiento, para su explotación y cultivo, pues que antes, en la época en que se dieron tales Cédulas, no existía aún el sistema de las ventas de tierras, por lo cual las posesiones y ocupaciones, o provenían de repartimiento, que debía legalmente respetarse, o eran ocupaciones de hecho que requerían composición. Pero en todo caso, en la primera de estas dos últimas categorías se hallaban implícitamente protegidos los adquirentes que habían consumado en su favor las exigencias jurídicas de la prescripción adquisitiva.

Y la Cédula de 1591 contiene este concepto que interesa relievar: "para que las tierras que no han sido ocupadas, ni **repartidas**,... podais dar y conceder de nuevo por tierras, estancias, chacras y ejidos". Al hablar la Cédula de las tierras **que no han sido ocupadas ni repartidas** alude a los legítimos y únicos medios que hasta entonces existían para adquirir tierras realengas: la ocupación y el repartimiento. La Cédula agregó la composición.

Habla la Cédula de las tierras que no habían sido **ocupadas** ni repartidas. **Ocupadas**, porque quiere proteger a los ocupantes, vale decir cultivadores sin justo título, para que obtengan su composición. Esto es importante porque la composición tenía por objeto eso concretamente: proteger a los ocupantes sin título.

El objeto o finalidad de la Primera Cédula de El Pardo lo expresa ella

así: "y aunque yo, he tenido y tengo voluntad de hacer merced y repartir justamente el dicho suelo, tierras y baldíos, asignando a los Lugares y Concejos... y asimismo a los naturales Indios y Españoles **para que tengan tierras en propiedad en qué poder labrar y criar**". El Monarca había tenido y tenía voluntad de hacer merced y repartir tierras para "en qué poder labrar y criar", o "para que tengan en qué labrar y hacer sus sementeras", palabras de la misma Cédula.

Los repartimientos y mercedes se hacían pues limitados a lo que fuera preciso para labrar la tierra y criar o sostener los ganados, es decir, para el aprovechamiento económico de aquélla.

"Han **ocupado y poseen** sin título válido y legítimo" es expresión que demuestra que ante la ley, ante la Cédula, se confundían, eran lo mismo, **la ocupación y la posesión**, cuando se trataba de posesión o de poseedores sin título. Era lo mismo el poseedor que el ocupante de hecho, si el primero no tenía título.

Estos principios y nociones son de interés para la inteligencia de posteriores regulaciones.

En el Código de Indias expresamente se protege o ampara a los que "con justa prescripción poseyeren". Fuéra del amparo que ordenó dar a la posesión con buenos, justos y verdaderos títulos, dispuso amparar a quienes alegaran en su favor esa situación jurídica.

El derecho a prescribir, que tenían de atrás ciertos ocupantes de tierras, era respetable desde cuando se consagró y debía ser respetado en el momento de expedirse la Cédula de 1754. Así lo hizo esta ley o Instrucción general de tierras, sancionando y consagrando simplemente una institución jurídica existente hacía muchos años, pero con idéntico sentido o alcance al que tenía hasta entonces, puesto que no le señaló calidades ni efectos diferentes.

Confirma el concepto de que esa "justa prescripción" era la misma que venía de atrás, la circunstancia de que desde entonces se dijo que se respetara para el interesado completar o perfeccionar su dominio mediante el cultivo. Lo mismo que en 1754 se respeta. Si de otra prescripción se tratase en la Cédula de 1754, de la prescripción común del derecho civil, una antigüedad tan larga, que podía ser de cincuenta y cuatro años en el momento de expedirse la Cédula, no se justificaría ni tampoco el deber de cultivar la tierra; ésta habría pasado **ipso jure** y definitivamente a ser propiedad del poseedor, por el simple transcurso del tiempo.

Pero la Corona no estimaba haberse desprendido definitivamente de esas tierras, así poseídas, si no se hacía cultivo.

Poseedor sin título era lo mismo que ocupante; el ocupante era siempre explotador de la tierra, pues para eso la ocupaba; los poseedores sin título eran ocupantes y labradores o explotadores de la tierra. La posesión sin título se confundía con la ocupación, y ésta imponía el beneficio de la tierra.

De donde se infiere que los poseedores sin título, lo eran de lo que ocupaban, con explotaciones agrícolas y con ganados.

Esos poseedores a que la Cédula se refiere, por no tener título, eran verdaderos ocupantes de hecho. E "intrusos poseedores" son, en acuerdo

con la Cédula, los que ocupan tierras sin tener título, es decir, los ocupantes de hecho. (12, 48 y 49).

74—Una opinión de Solórzano.

Conviene hacer alusión a un concepto del citado expositor don Juan de Solórzano, consignado en el número 10, capítulo III, de su Política Indiana:

"10—Aunque sin embargo de esto, cuando ya han pasado cuarenta años, o tanto tiempo que se pueda tener por largo, sobre la posesión, y labranza de los particulares en estas tierras, ora sea con algún título y color, o sin él, se suele tener por más seguro, y acertado, disimular con ellos por lo pasado, y poner mejor cobro en lo de adelante, y no andar inquietando, y contristando a los poseedores, como grave y cuerdamente lo dejó advertido y dispuesto en una de sus leyes el emperador Anastasio".

Después de decir Solórzano en el número 9 de su obra, del mismo capítulo "lo que a vueltas de ello hubieren usurpado", es decir, que destaca la regla de que la ley no toleraba las usurpaciones de tierras al Rey, agrega que sin embargo cuando han pasado cuarenta años o más sobre la posesión y labranza de los particulares, se suele tener por más acertado disimular por lo pasado.

No afirma Solórzano que estuviese permitida o autorizada la prescripción, sino una tolerancia o disimulo por lo pasado. Y no sobre cualquier posesión de tierras, sino "sobre la posesión y labranza de los particulares". Que es más seguro y acertado no andar inquietando y contristando a los poseedores que tuvieran cultivos y labranza.

Exactamente lo mismo que se ha deducido en esta parte y en otras del presente estudio.

Por todo lo observado, "título de justa prescripción" era motivo, razón o derecho para prescribir. Si no se cultivaba la tierra poseída, el derecho de justa prescripción desaparecía, no se convertía en dominio. La justa prescripción no se confundía con éste. Era una prescripción sui géneris, un derecho que se elevaba a dominio si no se perdía por caer bajo la sanción resolutoria preestablecida por causa del nó cultivo o aprovechamiento de la tierra.

Para que existiese la propiedad por efecto de justa prescripción se requería la antigua posesión, justificada o demostrada, y la ocupación o explotación económica de lo poseído.

El deber del cultivo.

Uno de los requisitos y modalidades según los cuales la posesión a título de justa prescripción podía convertirse en dominio, fue el del cultivo de la tierra. Preocupación permanente de los legisladores de la Corona. Había que cultivar la tierra que se tuviese a título de justa prescripción, en término breve, pues de lo contrario se hacía merced de ella a los que la denunciaran.

Si la tierra poseída a título de justa prescripción estaba cultivada, claro es que con ella no tocaba la última parte del Capítulo IV de la Cédula. Y entonces, es también obvio que en esa hipótesis la tierra así poseída y cultivada entró jurídicamente al patrimonio de los realizadores de su posesión efectiva, una vez justificada ésta.

Los excesos.

Las personas que hubieren excedido los límites de lo comprado o compuesto, **agregándose e introduciéndose en más terreno de lo concedido, debían componer el exceso** y recibir nuevo título y confirmación de éste. Así lo establece el Capítulo VII de la Instrucción de 1754.

Tal disposición es norma general respecto de todas las tierras compradas y compuestas, antes y después de 1700. Aunque la exhibición de títulos, como ya se observó, no la hizo obligatoria la Cédula sino respecto de tierras poseídas desde 1700, la regla referente a excesos la hace general para "las personas que hubieren excedido los límites de lo comprado o compuesto", o sea que alude a las ventas y composiciones de tierras, sin excepción. La constatación de los excesos, de su existencia, la podía obtener la autoridad pública por cualquier medio, entre ellos el denuncio de particulares acerca de tierras de toda clase, sobre las cuales se hubiese exhibido o no títulos, luego esta circunstancia no era necesaria para la aplicación de la regla sobre composición de excesos.

Del exceso, **precediendo medida** y avalúo, se despachaba título y confirmación.

Quienes se introducían en más terreno de lo concedido eran, en relación con el exceso, verdaderos ocupantes de hecho, ya que el título, respecto a lo en él comprendido, no los protegía en aquello que lo sobrepasase.

Los preceptos sobre excesos consignados en la Instrucción de 1754 reiteran los contenidos en anteriores leyes, como las Cédulas de El Pardo y el Código de Indias (Ley XV), a los cuales se ha hecho referencia en oportunidad.

78—La obligación de medir las tierras.

Importa subrayar el ordenamiento contenido en el Capítulo VI, según el cual la confirmación debía precederse de medidas y avalúo. Y donde se ordena que si en los procesos formados para las ventas y composiciones desde 1700, no confirmadas aún, no se ha dado cumplimiento a tal requisito, se suspenda la confirmación hasta tanto que ello se ejecute.

79—Otras disposiciones.

Establece el Capítulo VIII el denuncio por particulares de tierras ocupadas sin justo título.

El IX, que las Audiencias, con precedente vista fiscal, despachen las confirmaciones.

El X, que los Subdelegados, antes de resolver sobre títulos, envíen los autos en consulta a las Audiencias.

El XI, que éstas conozcan, en grado de apelación, de las sentencias de los Subdelegados sobre venta y composición de realengos, sus denuncias y medidas.

El XII, que en las Provincias distantes de las Audiencias se despachen las confirmaciones por los Gobernadores, de acuerdo con los Oficiales Reales y el Teniente General Letrado, donde lo hubiere y que en la misma forma se resuelvan las apelaciones de los Subdelegados.

80—Aplicación de la Cédula de 1754.

Merced hecha en Pamplona a José Gregorio Ferreira

A folios 957 a 982 del Volumen 1º, Sala de la Colonia, Sección Civil de

Santander, del Archivo Histórico Nacional, se encuentran los documentos contentivos de la adjudicación de tierras a José Gregorio Ferreira hecha por el Juez Subdelegado de Tierras de Pamplona y San Cristóbal y el Virrey don Pedro Messía de la Zerda, en el año de 1766. Es muy interesante por los datos que ofrece respecto al modo como se aplicaba la Cédula de 1754 en el Nuevo Reino doce años después de su expedición.

Los pasajes que más importa examinar dicen:

Petición.

Señor Juez Subdelegado de Tierras. Don Joseph Gregorio Ferreira, vecino de la ciudad de Pamplona, ante Vuestra Merced parezco... En esta atención suplico a Vuestra Merced pase al sitio que llaman La Floresta, jurisdicción de Pamplona, en frente de San Faustino, donde tiene tierras Antonio de la Parra, y sin perjuicio de dos estancias que dice tiene y parece de sus instrumentos, me ampare en las demás que sobraren, procediendo medida y avalúo, que estoy pronto a satisfacer a Su Majestad su importe y ocurrir prontamente por la confirmación del amparo que Vuestra Merced me hiciere ante la superioridad del Excelentísimo señor Virrey de este Reino. Joseph Gregorio Ferreira.

Auto del Juez Subdelegado.

Parroquia de San Antonio, enero 21 de 1766.—A consecuencia de la facultad que se me confiere por el Excelentísimo señor Virrey... nombrándome por Subdelegado... en estas jurisdicciones de Pamplona y Villa de San Cristóbal... y la Real Cédula de Su Majestad (Dios le guarde) dada en San Lorenzo el Real, a quince de octubre del año de cincuenta y cuatro, y teniendo presente los capítulos insertos en ella, que sirven de instrucción, a vista del octavo que dice así: Capítulo 8º número de la Real Cédula.—Que a los que denunciaron tierras, suelos, sitios, aguas, baldíos y yermos, se les dará recompensa correspondiente y admitirá a moderada composición, aquéllos que denunciaren ocupados sin justo título...—En esta atención siendo exequible el pedimento... hallándome accidentado de poder pasar personalmente al reconocimiento de las tierras que se denuncian, cométese comisión a don Felipe de Madariaga... para que con dos avaluadores, recibiéndoles juramento, pase al sitio que se expresa en el pedimento, y teniendo por independientes las dos estancias de tierra de Antonio de la Parra, hará un cálculo de las demás (por no haber medidas o acostumbrarse en estas partes) que quedaren baldías y las hará avaluar, y puesto por diligencia remitirá a mí los autos; así lo preveí, mandé y firmé, yo don Juan Francisco de Rueda, Juez Subdelegado de Tierras de la ciudad de Pamplona y Villa de San Cristóbal.

Reconocimiento y avalúo de las sobras de tierras.

En el sitio de La Floresta... en 22 de enero de este año de 1766. Yo don Felipe de Madariaga,... habiendo visto la comisión que me comete don Juan Francisco de Rueda, Juez Subdelegado de Tierras... pasé a este sitio en compañía de don Manuel de los Reyes y don Nicolás Carreño a quienes les recibí juramento en forma de derecho,... y visto por mí y los dichos las sobras de las tierras de Antonio de la Parra y estas son realengas y en favor de Su Majestad... con reflexión y acuerdo de los dichos y mi asistencia, hallámos ser seis o siete estancias más o menos pero inhabitables por estar habitadas de los indios bárbaros motilones, y que su

valor de ellas por dicha razón puede ascender e importar hasta cincuenta pesos quedando bien enteradas y satisfechas las dos estancias de tierras de Antonio de la Parra; y porque no se ofrece otra cosa le volví a dicho señor Juez estas diligencias originales.

Providencia del Juez Subdelegado.

En la parroquia de San Antonio, jurisdicción de la Villa de San Cristóbal, en veinte y cuatro días del mes de enero de mil setecientos sesenta y seis años, yo don Juan Francisco de Rueda, Juez Subdelegado de Tierras... habiendo visto el pedimento de Joseph Gregorio Ferreira,... teniendo presente el capítulo 8º de Su Majestad que va inserto en estas diligencias, prevenido en su Real Cédula dada en San Lorenzo el Real,... vistas las diligencias hechas por don Felipe Madariaga por comisión mía, **para el cálculo de reconocer y avaluar las citadas tierras, y que resultan realengas las seis o siete estancias** y valer cincuenta pesos,... **lo amparaba y amparé en las consabidas tierras**... bajo las condiciones que ha de ocurrir por sí o por apoderado ante el Excelentísimo señor Virrey de este Reino, Juez general de este ramo **a solicitar confirmación de este amparo** según lo prevenido por Su Majestad ha de desembolsillar en cajas reales de la ciudad de Santa Fé **los cincuenta pesos valor de las tierras y derechos de media anata,** y en el **entretanto consigue la confirmación, le servirá éste de bastante título para que pueda usar y valerse de las predichas tierras, y ninguna persona lo inquietará por gozar de justa prescripción como descubridor en favor del Real patrimonio.**—Juan Francisco de Rueda.

Solicitud a la Real Audiencia.

Excelentísimo señor.—Pedro Joseph de Hinestrosa, Procurador del número de esta Real Audiencia,... en nombre de don Joseph Gregorio Ferreira... parezco ante Vuestra Excelencia con el más respetuoso rendimiento y digo... que mi parte denunció por baldías las tierras de La Floresta, lindantes con dos estancias tituladas de Antonio de la Parra,... **resultaron por tanteo seis o siete estancias,** que avaluó en cincuenta pesos, y **en vista de todo le concedió la merced, bajo la condición de sacar confirmación** de Vuestra Excelencia; y para que se digne expedirme el título que corresponde, ocurro a su grandeza...—Doctor Vargas (rúbrica).

Vista Fiscal.

Excelentísimo señor.—El Fiscal de Su Majestad a esta vista dice: que no obstante de haberse avaluado el globo de tierra nombrado La Floresta,... con todo **no habiendo precedido el avalúo, mensura, ni en caso de no admitirla haberse formado cálculo prudencial, especificándolo, ni haberse pregonado, cuyas calidades requiere la Real Cédula Instrucción** últimamente despachada para la venta y composición de tierras, **le parece al Fiscal no debe por ahora accederse a lo pedido** por parte del referido Ferreira, y Vuestra Excelencia se servirá mandar se verifique la citada diligencia, que es justicia.—Santafé, febrero 22 de 1766.—Peñalber (rúbrica).

Autos.

Santafé, 12 de marzo de 1766. — Autos.—Hay dos rúbricas.—Olarte (rúbrica).—Santafé, 15 de marzo de 1766. Vistos: líbrese el despacho de pregones que pide el señor Fiscal, cuya diligencia se practicará sobre el

supuesto de que las tierras a que se dirige no han de exceder de las seis o siete estancias en que está calculada toda su comprehensión... Hay dos rúbricas.—Olarte (rúbrica).

Los pregones

Pregón 1.—En dicha parroquia de San Joseph, jurisdicción de la ciudad de Pamplona, en las que se hallan las tierras del sitio de La Floresta, yo el Teniente de Corregidor, en virtud de el despacho del Excelentísimo señor Virrey, pasé a una de las esquinas de la plaza pública de esta referida parroquia, en la que se acostumbra dar los pregones, y por voz de Enrique, mi esclavo, que hizo oficio de pregonero, se dijo: cincuenta pesos dan por seis o siete estancias de tierra que hay baldías en el sitio de La Floresta, en esta jurisdicción, lindando con dos estancias que tiene Antonio de la Parra, pertenecientes aquellas a Su Majestad, si hubiese alguno que quisiese hacer mayor puja, comparezca, se le admitirá la que hiciere, con tal que no pase de las seis o siete estancias, y no hubo quien hiciera ninguna puja; y para que conste, lo firme en veinte y siete días del mes de abril de mil setecientos sesenta y seis años.— ... Fermín Dionisio de Amado.—Hay como este en el expediente veintinueve pregones mas en días distintos, hasta el último, el cuatro de julio del año mencionado.

Nueva vista Fiscal

Excelentísimo señor.—El Fiscal de Su Majestad a esta vista dice: Que... si Vuestra Excelencia fuere servido podrá aprobar la merced de ellas, hecha al referido Ferreira, por el Subdelegado don Juan Francisco Rueda... Santafé y septiembre tres de mil setecientos sesenta y seis.—Peñalver (rúbrica).

Consignación del valor fijado

Don Vicente de Narino, Contador Oficial Real de la Real Hacienda de este Nuevo Reino de Granada... certifico que hoy día de la fecha don Benito... (roto) ... Agar, en nombre de don Jose Gregorio Ferreira, entero cincuenta pesos (roto) ... merced de seis o siete estancias de tierra nombradas La ... (roto) ... ta en jurisdicción de la ciudad de Pamplona. Asimismo enteró un peso tres reales y veinte y siete maravedíes por la media anata, y diez y ocho por ciento de los gastos de su conducción a España, correspondiente a los dichos cincuenta pesos. — Santafé y septiembre quince de mil setecientos sesenta y seis. — Vicente de Narino (rúbrica).

Sugieren los documentos transcritos estas observaciones:

Desde la petición hecha por Ferreira al Juez Subdelegado de Tierras aparece su propósito de que se le concedan "las demás que sobraren", en relación con las dos estancias que tenía Antonio de la Parra en el sitio de La Floresta. En el auto del Juez se repite el concepto al decir "y teniendo por independientes las dos estancias de tierra de Antonio de la Parra, hará un cálculo de las demás que quedaron baldías y las hará avaluar". Y en el reconocimiento y avalúo de las tierras también se dice "y visto por mí y los dichos las sobras de las tierras de Antonio de la Parra y éstas son realengas y en favor de Su Majestad". Es importante anotar cómo el solicitante y los funcionarios que intervinieron estimaron que las tierras se adjudicaban de las que sobraban con relación a la merced anterior hecha a la de la Parra, en tierras baldías según el Juez, realengas de acuerdo

con el reconocimiento de los avaluadores y en "las sobras", también de conformidad con el parecer de estos últimos.

La merced a Ferreira se otorgó haciéndose referencia por el Juez Subdelegado y por el Fiscal de la Audiencia a la Real Cédula de 1754, en particular al capítulo 8º que trata del denuncio de tierras ocupadas sin justo título; lo que confirma la apreciación de que el denuncio y la merced de Ferreira se refirieron a porciones de tierra no protegidas por la merced anterior a la de Parra o sea a excesos o sobras de ella, calificadas de tierras realengas y baldías.

Aun cuando Ferreira pidió que se le adjudicaran las tierras que sobrasen de la merced a de la Parra, sin expresar o definir su extensión, sin embargo la merced **se le otorgó limitándola a siete estancias.** "Hallamos ser seis o siete estancias" dijeron los avaluadores; y la Audiencia dijo: "sobre el supuesto de que las tierras a que se dirige no han de exceder de las seis o siete estancias en que está calculada su comprehensión"; y en los pregones se expresó: "cincuenta pesos dan por seis o siete estancias de tierra que hay baldías en el sitio de La Floresta,... con tal que no pase de las seis o siete estancias".

Como las tierras no se midieron por los avaluadores, explicándose que "por no haber medidas o acostumbrarse en estas partes", dijo el Fiscal que no le parecía se accediese a lo pedido "no habiendo precedido el avalúo, mensura, **ni en el caso de no admitirla haberse formado cálculo prudencial, especificándolo,** ni haberse pregonado, cuyas calidades requiere la Real Cédula Instrucción". Tenía razón el Fiscal, pues la Cédula dice en su Capítulo VI que cuando "constare no haberse medido, **ni apreciado** los tales realengos... se suspenda el despachar su confirmación". Había que medirlos o apreciarlos; y el Fiscal anota que la apreciación prudencial se practicaba expresándose que se hacía por no admitir mensura las tierras.

La Audiencia dispuso se llenara el requisito de los pregones y éstos se efectuaron en treinta días distintos.

En las Cajas Reales de Santafé se enteró la cantidad de cincuenta pesos en que fueron avaluadas las tierras y también un peso, tres reales y veintisiete maravedíes por derechos de media anata.

El Fiscal, en nuevo concepto, opinó que el Virrey podía ya otorgar la merced.

Y ésta se otorgó, como aparece en otras piezas que más adelante se examinan, tocantes con un juicio entre Ferreira y de la Parra que se surtió ante la Real Audiencia en el año de 1769.

Por ahora, y examinados los documentos dichos en lo que mira a la adjudicación a Ferreira, ellos atestiguan que la Cédula de 1754 se aplicaba en el Virreinato de Santafé y se acataba de modo expreso por los funcionarios que intervenían en las adjudicaciones de tierras realengas; y que el Virrey y la Real Audiencia, a donde venían para su confirmación los actos respectivos despachados por los Jueces Subdelegados, conocían de estos negocios y ponían mucho celo en el cumplimiento de las leyes que como la Cédula debían regular las enajenaciones de tierras del Soberano.

81—Amparo de posesión decretado por la Real Audiencia de Santafé a Antonio de la Parra, de dos estancias, bajo los límites y linderos contenidos en los títulos y sin lugar a la medida de las tierras—Año 1769.

Es muy digna de mención en este estudio la litis que se llevó a efecto entre José Gregorio Ferreira y José Antonio de la Parra sobre medida de las estancias adjudicadas a este último, para que se diese en lo restante la posesión de las suyas a Ferreira. El pleito lo desató en segunda instancia la Audiencia de Santafé, de modo favorable al primer adjudicatario, declarando no ser necesaria la medida de las tierras de sus estancias, en atención a varias consideraciones que interesa relievar porque fijan el criterio de las autoridades coloniales en punto a posesión de tierras con títulos legítimos y en cuanto al amparo que ella se merecía.

No se trata aquí de la posesión en la forma romana, con el solo ánimo de señor y de dueño, sobre una tierra que no se explota, sino de la posesión **dentro de los linderos de los títulos, ejercida en virtud de actos de explotación económica.** Las autoridades de la Colonia en 1769 encontraron digna de respeto la posesión efectiva ejercida en terreno adjudicados por títulos válidos y sobre una extensión mayor que la señalada en las medidas contenidas en la adjudicación, pero siempre dentro de los límites o linderos de ella.

Se toman los pasajes más pertinentes a la materia:

"El Bailio Frey Don Pedro Messía de la Zerda.—Don Juan Francisco Pey Ruiz.—Don Luis Carrillo de Mendoza... En que se confirma el auto proveído por don Fermín Dionisio de Amado, Teniente de Gobernador en la Villa de San Cristóbal, en doce de marzo del año próximo pasado de mil setecientos sesenta y ocho, en cuya consecuencia se ampara a José Antonio de la Parra y a su hijo Antonio de la Parra, en la posesión de las dos estancias de tierra contenidas en los instrumentos por éstos presentados, y **bajo los mismos límites y linderos que en ellos se refieren.**—Don Carlos, por la Gracia de Dios Rey de Castilla, de León, de Aragón, etc.—Mis Virreyes, Presidentes y Oidores de mis Audiencias y Chancillerías Reales, Gobernadores, Corregidores, Alcaldes Mayores, Ordinarios y de la Hermandad, Tenientes y demás Jueces y Ministros míos... sabed: que en mi Audiencia y Chancillería Real del Nuevo Reino de Granada, y ante mi Virrey, Presidente y Oidores de ella, se ha seguido instancia entre partes, de la una don José Gregorio Ferreira, vecino de la ciudad de Pamplona, y de la otra don José Antonio de la Parra, sobre pretender el primero se le midiesen al segundo las tierras que poseía en el sitio nombrado La Floresta, para que desde la parte donde feneciesen las medidas de dos estancias, se le diese a él posesión de las de que últimamente se le despachó título por mi Virrey de dicho Nuevo Reino.—El principio u origen de este litigio fue el de que habiéndose hecho por el Cabildo de la ciudad de Pamplona, por el mes de enero del año de mil seiscientos y diez y ocho, merced de dos estancias una de ganado mayor y otra de ganado menor a don Cristóbal de Araque Ponce de León, en términos de dicha ciudad, enfrente de las sabanas llamadas de Vivas ... —Hallándose dichos Parras en quieta y pacífica posesión de dichas tierras, dieron permiso a don Joseph Gregorio Ferreira, para introducir en ellas algún ganado...; pidió ante el Juez Subdelegado de Tierras de la Villa de San Cristóbal, se le hiciese merced de ellas, sin perjuicio de las de los referidos Parras, precediendo su medida y avalúo, que estaba pronto a satisfacer su importe, y ocurrir por la confirmación: lo que se le concedió por dicho Juez Subdelegado,

con la expresa excepción de las dos estancias de que tenían título los Parras... expresaron los sujetos nombrados ... podía haber seis o siete estancias... ocurrió dicho Ferreira **ante mi Virrey por quien se aprobó dicha merced y se confirmó por mi Real Audiencia, de que se le libraron los correspondientes títulos**...; y **habiéndosele dado posesión,** se omitieron las medidas por las dificultades del tiempo, expresando el Juez que aunque las dos estancias tienen por lindero la frente de las sabanas de Vivas, no se había conformado Ferreira, insistiendo en que se midiesen, sin embargo de los títulos que manifestaron los Parras... En cuyo cumplimiento se presentaron por dichos Parras, padre e hijo, los referidos títulos, contradiciendo las medidas solicitadas por Ferreira, **alegando para ello que la merced hecha a éste no había sido en sobras de las dos estancias que ellos poseían, sino en tierras realengas y baldías,**... se proveyó por dicho Teniente don Fermín Dionisio de Amado, en doce de marzo del año próximo pasado... el auto del tenor siguiente: ... **ampárase nuevamente** en **la antigua posesión que han gozado** y gozan José Antonio de la Parra y Antonio de la Parra, su hijo,... **bajo los linderos que constan en este pedimento, que se hallan contestes con los mismos instrumentos**... Y atendiendo a las voces con que don Juan Francisco de Rueda, Juez Subdelegado de Tierras le admitió a composición al dicho Ferreira con independencia de las dos estancias de Antonio de la Parra... la misma razón persuade a que las estancias de los Parras, si no están medidas, se darían con igual merced y beneficio, y **comprado de buena fe por sus linderos, en ciento y veinte pesos, como consta de la escritura y alcabala, y estando amparados de sus linderos como tan antiguos... amojonadas desde su antigüedad, y desde cuyos linderos fue el remate que por mí se hizo** de las tierras baldías y sin dueño a don Gregorio Ferreira; en cuyas circunstancias, **sinembargo de estar mandado por mi decreto... que se midan dichas tierras; declaro no tener lugar... y no se les molestará a dichos Parras en su posesión, y linderos por tener muy de antemano pobladas y cultivadas sus tierras.**—Fermín Dionisio de Amado. — ... — Y habiéndose pedido los autos, citadas las partes, y héchose relación de ello, en su vista se proveyó por los dichos mi Virrey, Presidente y Oidores de la sobredicha mi Audiencia, en veinte y siete de junio de este presente año... el auto que dice así:—Auto—Vistos: guárdese y ejecútese el auto proveído por don Fermín Dionisio Amado, Teniente de Gobernador en la Villa de San Cristóbal, a doce de marzo del año próximo pasado de setecientos sesenta y ocho; y a mayor abundamiento se confirma; y **en su consecuencia se ampara** a Joseph Antonio de la Parra y a su hijo Antonio de la Parra **en la posesión de las dos estancias de tierras contenidas en los instrumentos por éstos presentados y bajo los mismos límites y linderos que en ellos se refieren y asignaron,** sin que haya lugar a las medidas que de dichas estancias pretende don José Gregorio Ferreira...". — (Archivo Histórico Nacional, Tierras de Santander, Volumen 29, folios 437 a 472).

Nótese que la decisión de la Real Audiencia, al confirmar el auto del Juez, dispuso proteger al primer adjudicatario **por los linderos de sus títulos,** que habían sido amojonados de muy antiguo, **por haber comprado de buena fe por aquellos linderos,** como constaba **en la escritura contentiva del remate y por tener muy de antemano pobladas y cultivadas las**

tierras. Se trataba pues de una posesión efectiva dentro de conocidos linderos.

82—Obsérvese, además, que de las tierras adjudicadas había que recibir posesión. Si se daban títulos y no podía posesionarse al interesado, es claro que el título, que no le servía para ello a raíz de su expedición, tampoco podía servirle después, y qué consecuencialmente los sucesores de quienes en tal situación se hallasen no podrían alegar hoy dominio y posesión con base en la posesión inicial que no tuvieron sus antecesores. El título solo no suponía la posesión.

II—La Cédula de San Ildefonso

83—Especial para el Nuevo Reino de Granada, como lo fueron las Cédulas de El Pardo, expidió el Rey de España su famosa Cédula de San Ildefonso el día 2 de agosto de 1780. La nueva ley sobre régimen de tierras en estos dominios de la Corona, es el último acto de su género dictado por la monarquía en época ya muy próxima a la emancipación.

En seguida se inserta el texto de tan interesante ordenamiento, tomado de los documentos originales que lo guardan, en el Archivo Histórico Nacional de Bogotá, Tomo XXII, fondo de Cédulas Reales, folios 885 a 914:

Real Cédula—EL REY. — Virrey Gobernador y Capitán General del Nuevo Reino de Granada y Presidente de mi Real Audiencia de la ciudad de Santafé.

Con motivo de lo que en carta de ocho de enero de mil setecientos setenta y seis expuso vuestro antecesor don Manuel de Guirior, acerca de las nuevas reglas y método que podrían observarse en la venta y composición de tierras para que fuesen útiles a los vasallos de este Reino, señaladamente a los pobres, y que mi Real Hacienda tuviese mayor utilidad, por ser limitada la que rendía este ramo, os previne por Real Cédula de veinte y seis de mayo de mil setecientos setenta y siete, hiciéseis convocar Junta de Hacienda y que teniendo en ella la Real Instrucción que para las ventas y composiciones de realengos y administración de este ramo se formó en el año de mil setecientos cincuenta y cuatro, las leyes que tratan de ellos, y cuanto sobre el asunto representó el expresado vuestro antecesor, acordáseis, oyendo al Fiscal de mi Real Hacienda y al Juez General de Realengos de ese Reino las reglas que juzgáseis oportunas para lo sucesivo, y cuáles de las antiguas podrían alterarse con atención a las actuales circunstancias de esos países, al común beneficio de los vasallos y al de mi Real Patrimonio; y que sustanciado y evacuado por dicha Junta el expediente que se causase, pasáseis a voto consultivo de esa mi Real Audiencia, para que examinándolo nuevamente expusiese su dictamen y sin poner en práctica cosa alguna de cuanto se acordase, diéseis cuenta con testimonio para providenciar lo conveniente en su cumplimiento acompañais con carta de quince de diciembre de mil setecientos setenta y ocho, testimonio de todo lo actuado, en que se incluye la respuesta que puso el Fiscal de esa Audiencia, el informe del Juez de Realengos, el voto consultivo de ese acuerdo, expresando al mismo tiempo vuestro dictamen, y habiéndose visto todo en mi Consejo de las Indias con los antecesores del asunto, lo que informó la Contaduría General y dijo mi Fiscal, he resuelto, conformándome con el dictamen del enunciado Juez de Realengos, y con

el de esa mi Real Audiencia, que en todo ese Virreinato no se inquiete a los poseedores de tierras realengas en aquéllas que actualmente disfrutan y de que están en posesión, en virtud de correspondientes títulos de venta, composición con mi Real Patrimonio, contrato particular, ocupación, u otro cualquiera que sea capaz de evitar la sospecha de usurpación, ni obligarles a que las vendan ni arrienden contra su voluntad, y que si algún interesado tiene por conveniente deslindar y amojonar según la actual posesión las que disfruta, pueda ejecutarlo con autoridad judicial, procediendo en esta diligencia el Juez del territorio, con mucha moderación en la exacción de sus derechos, sobre cuyo punto estará muy a la mira el Juez Privativo de Realengos; por lo respectivo a las tierras baldías que en el día pertenecen a mi Real Patrimonio, y de consiguiente puede éste enajenarlas; he resuelto conformándome con lo expuesto por el Fiscal de esa Audiencia, de cuyo dictamen fue vuestro antecesor y sois vos que se concedan graciosamente a los sujetos que las quisieren desmontar bajo de las calidades que propuso el mismo Fiscal, y entre ellas la de que en el preciso término que se asignare las hayan de desmontar, sembrar y cultivar, y mantenerlas siempre cultivadas con pastos o con siembras, según su naturaleza, excepto el tiempo necesario para su descanso, pena de que si no lo ejecutaren pierdan el derecho a ellas y se adjudiquen a otros, prefiriéndose al que lo denunciare y con la calidad también de que á ningún sujeto se conceda más porción de tierras de las que buenamente pudiera labrar atendido su caudal y posibles, cuyo requisito se examinará atentamente y con brevedad, poniéndose para conservar la medida y posesión, linderos fijos y durables que nunca se muden, antes sí se conserven a costa del dueño del terreno, a fin de evitar por este medio dudas y pleitos sobre amojonamientos, a cuyas calidades he resuelto añadir la de que la concesión de tales tierras se ejecute por toda Audiencia, y por conformidad de dos terceras partes de votos, señalándose al mismo tiempo de la concesión el término del cual debe cultivarse aquel terreno, cuyo señalamiento se hará atendidas las ocurrentes circunstancias. Finalmente he resuelto procureis con eficacia pero por medios suaves que los actuales legítimos poseedores de tierras inútiles las hagan fructíferas, o por sí mismo o arrendándolas o vendiéndolas a otros, todo lo cual os participo para que por vuestra parte cuideis como os lo mando del puntual cumplimiento de esta mi Real determinación en inteligencia de que por despacho de la fecha de éste hago a esa mi Real Audiencia igual encargo para que concurra por su parte al propio fin. Dado en San Ildefonso a dos de agosto de mil setecientos y ochenta.—Yo El Rey. Por mandato del Rey Nuestro Señor. Don MIGUEL DE SAN MARTIN CUETO.—Hay tres rúbricas.

84—Se destacan estas partes en la Cédula de 1780:

1.—El Rey recuerda cómo con motivo de una carta del Virrey don Manuel de Guirior había dispuesto, en Cédula del 26 de mayo de 1777, que se convocara en Santafé Junta de Hacienda para que, teniendo en cuenta la Instrucción de 1754 y las otras leyes pertinentes, y oyendo al Fiscal de Hacienda y al Juez General de Realengos, se acordasen las reglas que se juzgaran oportunas para lo sucesivo en materia de ventas y comoposiciones de realengos y administración del ramo y cuáles de las antiguas podrían alterarse con atención a las circunstancias del país y al benefi-

cio de los vasallos y del Real Patrimonio; y que preparado el expediente por la Junta pasara al voto consultivo de la Audiencia para que ésta expusiese su dictamen, y sin poner en práctica cosa alguna de lo acordado, se diera cuenta de todo ello al Rey.

2.—El Monarca recibió el testimonio de todo lo actuado, con la respuesta del Fiscal de la Audiencia, el informe del Juez de Realengos y el voto consultivo de la Audiencia.

3.—Habiéndose visto todo en el Consejo de Indias, el Rey declara:

a) "He resuelto, conformándome con el dictamen del enunciado Juez de Realengos, y con el de esa mi Real Audiencia, **que en todo ese Virreinato no se inquiete a los poseedores de tierras realengas en aquéllas que actualmente disfrutan y de que están en posesión, en virtud de correspondientes títulos de venta, composición con mi Real Patrimonio, contrato particular, ocupación, u otro cualquiera que sea capaz de evitar la sospecha de usurpación**, ni obligarles a que las vendan ni arrienden contra su voluntad".

b) "Si algún interesado tiene por conveniente **deslindar y amojonar según la actual posesión las que disfruta, pueda ejecutarlo con autoridad judicial".**

c) "Por lo respectivo a las tierras baldías que en el día pertenecen a mi Real Patrimonio, y de consiguiente puede éste enajenarlas, **he resuelto conformándome con lo expuesto por el Fiscal de esa Audiencia,** de cuyo dictamen fue vuestro antecesor y sois vos **que se concedan graciosamente** a los sujetos que las quisieren desmontar bajo de las calidades que propuso el mismo Fiscal, y entre ellas la de que en el preciso término que se asignare **las hayan de desmontar, sembrar y cultivar y mantenerlas siempre cultivadas con pastos o con siembras,** según su naturaleza, **excepto el tiempo necesario para su descanso,** pena de que si no lo ejecutaren pierdan el derecho a ellas y se adjudiquen a otros, prefiriéndose al que lo denunciare y con la calidad también de que **a ningún sujeto se conceda más porción de tierras de las que buenamente pudiere labrar** atendido su caudal y posibles".

d) "Poniéndose **para conservar la medida y posesión, linderos fijos y durables** que nunca se muden".

e) "Señalándose al mismo tiempo de la concesión el término dentro del cual debe cultivarse aquel terreno".

f) "Procureis con eficacia, pero por medios suaves, que los actuales legítimos poseedores de tierras inútiles las hagan fructíferas, o por sí mismo o arrendándolas o vendiéndolas a otros".

85—Para fortuna de la interpretación de esta Cédula, y a diferencia de lo que ocurre con la Instrucción de 1754, cuyos antecedentes se ignoran, respecto a la de 1780 hay documentos, aquéllos a que alude el Rey en la parte primera de su Cédula, que contribuyen poderosamente a ilustrar un concepto acerca del contenido de tan importante norma. La necesidad de traer aquí, en lo esencial, esos elementos de juicio, hace obligatoria la referencia a ellos, con brevedad, pero en la extensión indispensable para que se descubra o presente en su totalidad el pensamiento y propósito de quienes concurrieron con su consejo y luces a la elaboración del real mandato.

El propio Monarca señala los antecedentes que deben examinarse: la Cédula de 26 de mayo de 1777, el dictamen del Fiscal de la Real Audiencia y el concepto del Juez de Realengos. A esas piezas se refiere la Corte, porque son ellas las que sirven para fijar el pensamiento del legislador, sin que sea preciso examinar separadamente el parecer de la Real Audiencia, pues que ella acogió el dictamen que expuso el Fiscal.

En la Cédula de 1777, dada en Aranjuez, merecen consideración particular estas observaciones:

86—1ª—El Virrey Manuel de Guirior había dado cuenta del "cortísimo ingreso que tenía mi Real Hacienda, en la venta y composición de tierras realengas,... y que si algún vasallo lograba un mediano terreno, o **se le argüía luégo de usurpación, o era en términos, que no consiguiesen alivio los pobres**"; que "la precisión de haber de comprar las tierras, y sujetarse a judiciales diligencias, embarazasen a los que las apetecían"; que "convendría no se vendiesen las tierras en lo sucesivo, pues **las largas extensiones de las comparadas, aumentadas y sostenidas del poder contra los desvalidos,** a quienes faltaban medios para los judiciales recursos, eran impedimento a la población, y agricultura"; "y así se veía que, si considerándolo realengo, se introducían en un rincón de tierra, sembrando plátanos, yucas, cañas, cacaos, u otras especies, propias del país, **salía luégo un poderoso, exigiéndole una anual contribución excesiva,** o le arrojaba sin que el miserable pudiese resistirlo, por falta de posibilidad para el recurso, o para solicitar, que aquél justifique su legítimo derecho".

2ª—"Que en lugar de la venta de tierras, **sería útil que los aplicados que cultivasen las realengas, adquiriesen derecho a ellas y las poseyesen como propias,** con sola la pensión de que en llegando a abandonarlas por el término de cuatro años, pudieran tomarlas otros sujetos con igual gravamen".

3ª—"Que habiéndose vendido muchísimas tierras a muy bajos precios, **no para tenerlas yermas sino para labrarlas, con beneficio público... sería también conveniente permitir a cualquier sujeto pobre, medianamente acomodado, o rico, pudiese apropiarse el terreno que necesitara en los términos anteriormente explicados, pagando al dueño legítimo el mismo valor que le hubiese costado la parte que tomaba sin permiso,** para aumentarlo".

4ª—"Que estando prevenido que los dueños de tierras, las tuviesen mojonadas para conservación de sus derechos (cuya disposición sería también preciso alterar) podía causar embarazo; porque, o no se observaba en el Reino o se experimentaba tanta facilidad de variarse, **que antes causaba confusión el método hasta entonces observado, por haberse reducido éste, a un arbolillo señal de mata, o sequizuela, que abierta por las grandes lluvias, con poca dificultad mudaba de curso, y con lo mismo se causaban considerables usurpaciones al Erario,** y dilatados litigios, entre colindantes particulares, **y en que la resolución venía a darse por conjeturas,** mediante a no hallarse en los títulos, y mercedes, clara y distintamente los términos de las estancias, ni poderse con el reconocimiento ocular formar juicio de la verdadera extensión de los terrenos".

5ª—"Por lo que convendría a este efecto mandar que cada dueño de tierras las dividiese con mojones cimentados de cal y canto, con rayas o

líneas, que mirasen de uno a otro, señalando el rumbo del inmediato; que los colindantes se ratificasen en día señalado del año, y que al que se hallase tierra usurpada de las que me pertenecían se le quitasen en pena tres tantos de la usurpada, gravándoles en los gastos de las medidas de ellas"; y

6ª—"Los que sin justo título, ni buena fe se hallaban en tenencia de tierras realengas, se acogían luégo a la suavísima ley de admitirlos a composición".

87—En el concepto del Fiscal de la Real Audiencia, señor Antonio Moreno y Escandón, producido el veintiocho de noviembre de mil setecientos setenta y siete, son interesantes estos pasajes:

1º—"Tomando los vecinos acomodados y de algún caudal las tierras realengas más pingües y mejor situadas, vinculen en ella su subsistencia con perjuicio de los pobres, arrendándoselas arbitrariamente según su necesidad, sin que éstos... ni puedan solicitar la propiedad para la que son precisos (conforme a la Real Cédula fechada en San Lorenzo el 15 de octubre de 1754, que es la única que rige en estos asuntos) por diferentes gastos para las diligencias de reconocimientos, medidas, avalúos, y pregones, que no pocas veces exceden al valor de las tierras".

2º—"La mayor parte de los habitadores del reino, viven a merced de los dueños de tierras".

3º—"De este principio puede inferirse no sólo su derecho a que de algún modo se les auxilie sino también las ventajas que prudentemente pueden esperarse de facilitarles terreno en qué ejercitarse; y aunque cualquiera regla general ofrece tropiezos en su práctica y siendo la raíz del desorden, así en estos como en los deslindes y amojonamientos, tan profunda como que trae el origen desde la población de este Reino, puede recelarse que fuese más nociva la medicina que la dolencia: por cuya causa no estima el Fiscal conveniente que se inquiete a los que hasta aquí gozan de tierras compradas o compuestas con Su Majestad, por contrato entre particulares, porque sería mover un incendio que abrasase en litigios a los poseedores".

4º—"Que los dueños de tierras abundantes se dediquen a desmontarlas, plantarlas y cultivarlas y que si no tienen facultades para ello, se proporcionen medios lícitos y equitativos para que otros lo verifiquen, ya sea por venta voluntaria, ya por arriendo no exhorbitante en que medie la autoridad del Juez y su prudente arbitrio, regulado por dictamen de los prácticos, a fin de evitar el inconveniente de que ni gocen lo que poseen ni dejen que otros lo disfruten a beneficio común, lo que particularmente conviene velar en las cercanías de poblaciones y caminos públicos, que es lo único que en concepto del Fiscal parece puede proveerse en orden a las tierras ya enajenadas, sin molestia de sus dueños y poseedores".

5º—"No encuentra el Fiscal tropiezo, antes sí conocida utilidad en que se abrace el pensamiento de que en lo sucesivo se concedan graciosamente las tierras vacantes y realengas a quien las denunciare, pero con las precisas calidades. Primera: que en el preciso término que se asignare las hayan de desmontar, sembrar y cultivar, pena de que si pasado no lo verificaren por el mismo hecho pierdan el derecho adquirido y puedan adjudicarse a otro prefiriendo al que denunciare la vacante por la omi-

sión...; **debiéndose mantener la tierra siempre cultivada** ya sea con pasto ya con siembras según su naturaleza, **a excepción del tiempo que necesite para su descanso y restaurar la fertilidad.** Segunda: que para no malograr este fin, **tampoco se han de conceder más tierras a un individuo que aquella porción que según su caudal y facultades pueda cómodamente** labrar; para lo que deberá examinarse brevemente este previo requisito. Tercera: que **en la medida y posesión se pongan linderos fijos y estables que no puedan fácilmente mudarse,** y que se conserven a costa de los dueños poseedores, para evitar dudas y litigios que por este defecto son frecuentes sobre amojonamientos y deslindes".

88—El Juez de Realengos, don Benito del Casal y Montenegro, en su dictamen del 20 de mayo de 1778, propuso las siguientes principales observaciones:

1ª—Recuerda el Juez Casal haber rendido antes al Virrey antecesor, concepto sobre la materia. Y que allí expresó, después de hacer referencia a las leyes Catorce y Quince, título XII, libro IV del Código de Indias, en que se manda restituír al Rey las tierras que le pertenecen, que el que hubiere ocupado excesos se recibiese a composición y que las tierras que estuviesen por componer se vendiesen a vela y pregón, agrega "por lo que sin contravenir a ellas, **no se puede restringir a los vasallos la libertad de denunciar las tierras baldías y realengas,** solicitar se saquen a venta y pregón, **ni impedirles, verificado el remate, la adquisición de su dominio y propiedad; ni menos coartárseles la facultad** que como verdaderos dueños adquieren **de aplicarlas a los destinos que contemplen más útiles, ni tampoco de venderlas o arrendarlas como propias en fuerza del verdadero dominio que en ellas adquirieron por el remate** y confirmación que en el Real nombre se les despacha por las Reales Audiencias".

2ª—Asímismo se halla expresamente prohibida por dichas Reales leyes y Cédula la libertad de ocupar tierras sin el correspondiente **título de merced, composición o venta, mandando despojar de ellas a todos los que las poseyeren sin dichos títulos,** y que se proceda a su venta".

3ª—"No contemplo que, sinembargo de tan justificadas causas, se pueda ocurrir a esta necesidad por medio de alguno de los tres que comprende el superior Orden de Vuestra Excelencia, y sólo por lo que respecta al Juzgado de Tierras he hallado el de que siempre que ocurra denuncio de algunas pertenecientes a Su Majestad, se midan y avalúen con separación de estancias y se vendan por menor, para que por este medio consigan los pobres que no pueden comprar todo el globo, remediar su necesidad haciendo postura a las que alcanzare su posibilidad".

4ª—"**Las tierras pingües** y de mayor utilidad que se hallan **a moderada distancia de las poblaciones,** y ofrece utilidad su cultivo para cualesquier especie de sementeras, **todas se hallan enajenadas por alguno de los tres títulos de merced, venta o composición, motivo por que los vecinos de dichas poblaciones se ven precisados a solicitar en las montañas a distancia de uno o más días de camino, algún sitio que les ofrezca comodidad de formar establecimiento;...** motivo porque **desde el año de 66,** en que entré a servir el empleo de Juez de Tierras, **todas las que se han denunciado y vendido, fue de montes ásperos, y muchos tan fragosos que no se pudieron verificar las medidas de la tierra por impenetrables; y fue for-**

zoso practicarla al tanteo, principal causa de lo poco que produce su venta;... **y resultaría esta libertad sólo en utilidad de los sujetos de conveniencia que costeando el desmonte, fundasen en las tierras haciendas de ganado** sin contribuír a Su Majestad con el legítimo importe de su valor en notorio perjuicio de su Real Erario".

5ª—"Las tierras enajenadas en virtud de alguno de dichos títulos pasaron al dominio de sus poseedores, **quienes como verdaderos dueños en virtud de sus respectivos títulos gozan de la libertad de poder venderlas, donarlas o por cualquier otro medio enajenarlas,** sin que se les pueda precisar a su venta o arrendamiento aunque sean muchas las que poseyeren, **como sea con legítimo título".**

89—Fácil es ver, a la simple lectura de las opiniones expresadas por el Virrey de Guirior, por el Fiscal Moreno y Escandón y por el Juez de Realengos, don Benito Casal y Montenegro, cómo de la confrontación de sus pareceres se llegó al texto y contenido de la Cédula de San Ildefonso dada en 1780. Su expedición fue precedida de un laborioso y prudente estudio realengo en el Consejo de Indias teniendo en cuenta el valioso concurso prestado desde Santafé por el Virrey, el personal de la Real Audiencia, su Fiscal y el Juez de Realengos.

90—Una cuestión social y jurídica.

Propuso el Virrey don Manuel de Guirior a la consideración de la Corona una cuestión de índole social seria y delicada, que exigía resolverse atendiendo al respeto de las leyes y de los derechos nacidos al amparo de ellas, pero considerando también el natural propósito y la preocupación constante que los Reyes de España tuvieron de que se proveyese siempre a los naturales, y más si éstos eran pobres o de escasos recursos, de tierras aptas para su cultivo donde pudiesen hacer sus sementeras y tener pastos para el sostenimiento de sus ganados.

Es uniforme el concepto de quienes entonces se pronunciaron en el particular, de que las tierras mejor situadas para su explotación agrícola, inmediatas a las poblaciones, se hallaban ocupadas por poseedores que alegaban título. Quedaban las muy distantes o retiradas de los centros poblados, a donde los desvalidos no podían trasladarse y formar establecimientos de explotación agrícola.

Se contempló pues el problema de dar tierras a los más necesitados, teniendo que lesionar posiblemente los presuntos o reales derechos de quienes habían adquirido tierras aptas para su beneficio y que las mantenían yermas o sin cultivos. La solución del asunto tenía dos aspectos estrechamente vinculados y que un legislador prudente y sabio no podía desatender ni separar: el económico y el jurídico, o más propiamente, el económico-social y el jurídico-social. El de personas con tierras que las poseían según títulos legítimos, pero que no las explotaban; y el de hombres sin tierra qué poder cultivar para subvenir a su propia existencia.

La cuestión la resumía así el Juez de Realengos en 1778: "por el que se mandó expusiese mi parecer sobre los puntos que comprende y se reducen a si sería conveniente para conseguir la mayor población y agricultura del Reino, el que no se diesen más tierras en propiedad que aquéllas que cada uno cultivare; y que dejándolas yermas por el término de cuatro años y más, según parezca, pierdan el derecho a ellas; y que en todo

lo realengo puedan en lo sucesivo disfrutar libremente los vasallos; porque de franquearlas con la extensión que se ha hecho hasta ahora, se impiden los dichos fines de población y agricultura".

Con motivo del logro de este propósito social, de dar tierras a quienes más las necesitaban, y que constituye el objeto primordial o finalidad de la Cédula, hubo de tocarse la cuestión del respeto legal y jurídico que se merecían las posesiones de tierras de que disfrutaban muchas personas en virtud de títulos otorgados anteriormente.

El Virrey de Guirior había dicho:

Que en las tierras vendidas o compuestas se permitiese a cualquier persona apropiarse del terreno que necesitara, pagando al dueño el valor que le había costado la parte que se tomaba sin su permiso.

Que no se vendiesen más tierras y que en lugar de la venta se diesen a quien las cultivase.

El Fiscal Moreno había expuesto:

Que haya venta y arrendamiento obligatorios de las tierras por sus dueños a terceros que las necesiten.

"Que no se inquiete a los que hasta aquí gozan de tierras compradas o compuestas con Su Majestad, por contrato entre particulares".

Que se den tierras realengas graciosamente, bajo tres condiciones que sugirió.

El Juez de Realengos dijo:

Que a quien tenía tierras adquiridas de la Corona en remate no se le podía impedir venderlas o arrendarlas como propias, según su deseo, y no en forma obligada, y que quien de este modo es dueño goza del derecho a venderlas y enajenarlas libremente, si se poseen las tierras con legítimo título.

Que no se acabe la venta de tierras en remate, para entregarlas graciosamente a los que las cultiven, porque como las únicas disponibles están situadas lejos de las poblaciones a donde no pueden ir los menesterosos, esa facultad de adquirirlas por el cultivo solamente favorecería a los ricos, que son quienes pueden costear los desmontes y establecimientos en esos lugares, y que lo harían "sin contribuír a Su Majestad con el legítimo importe de su valor" (el de la tierra).

Ya se vio cómo al expedirse la Cédula de 1780 se confrontaron estos diversos pareceres, que lo fueron también, en parte, de la Real Audiencia de Santafé.

Tales pareceres se reflejan casi literalmente en la Cédula y son, por así decirlo, como su explicación y motivación.

91—Se suprime la venta de tierras realengas.

Uniformes estuvieron el Virrey y el Fiscal en su dictamen de que para lo futuro las tierras realengas se concediesen gratuitamente a los que quisieran desmontarlas o cultivarlas, y que se terminara el sistema hasta entonces vigente de la venta de las tierras al mejor postor o en pública subasta, porque él permitía a los ricos y poderosos adueñarse de las tierras, cuando los más necesitados no podían acudir en competencia con aquéllos para su adquisición. La Cédula consagra al mismo principio: "por lo respectivo a las tierras baldías que en el día pertenecen a mi Real patrimonio, y de consiguiente puede éste enajenarlas, he resuelto... que

se concedan graciosamente a los sujetos que las quisieran desmontar bajo de las calidades que propuso el mismo Fiscal".

92—No se obliga a los dueños a vender ni arrendar sus tierras.

En cuanto a las tierras ya enajenadas por la Corona —adquiridas en venta y composición— no estuvieron de acuerdo los consultados, pues a tiempo que el Virrey y el Fiscal consideraron que podía obligarse a los dueños a venderlas y arrendarlas, el Juez de Realengos consideró inadmisible legalmente la venta y arrendamientos obligatorios de las tierras que se habían adquirido en propiedad por aquellos medios. La Cédula se pronuncia por el respeto a la posesión así adquirida, y no admite la tesis de las ventas y arrendamientos forzosos, limitándose a establecer que se procure "con eficacia, pero por medios suaves, que los actuales legítimos poseedores de tierras inútiles las hagan fructíferas, o por sí mismo o arrendándolas o vendiéndolas a otros". Se comprende, por el antecedente anotado, que la Cédula alude a los dueños de tierras con títulos emanados de venta y composición, cuando habla de "legítimos poseedores", pues a éstos, en su calidad de verdaderos dueños, se refirió el Juez de Realengos cuando dijo que no se les podía impedir venderlas o arrendarlas como propias, según su deseo.

93—El "contrato particular".

Se ha visto cómo el Juez de Realengos aludió en su concepto a los tres medios que él consideraba legítimos para llegar a la propiedad. "Las tierras enajenadas en virtud de alguno de dichos tres títulos (aludía a la merced, la composición y la venta) **pasaron al dominio de sus poseedores, quienes como verdaderos dueños"**, etc. En esta apreciación seguramente coincidían el Juez y el Fiscal, pues no hay dato alguno que indique un disentimiento. Y siendo ello así hay que observar que el contrato particular queda por fuera de los tres medios que se señalaban como idóneos para que los poseedores pudiesen llegar a la calidad de dueños.

El Fiscal expresó su parecer de "que no se inquiete a los que hasta aquí gozan de tierras compradas o compuestas con Su Majestad, por contrato entre particulares". Se refirió, indudablemente, a **los que gozan,** por contratos entre particulares, de tierras compradas o compuestas, pues las tierras no se podían comprar a Su Majestad ni componerse por contratos entre particulares. La frase del Fiscal hay que leerla así: **los que gozan, por contrato entre particulares, de tierras compradas o compuestas con Su Majestad.** La Cédula repitió la expresión del Fiscal: "No se inquiete a los poseedores de tierras realengas en aquéllas que actualmente disfrutan y de que están en posesión, en virtud de correspondientes títulos de venta, composición con mi Real Patrimonio, contrato particular". La redacción no es clara, porque al primer examen, ocurre pensar que la posesión por "contrato particular" que se dispone respetar es la que tiene origen en un título análogo a la venta y a la composición, y distinto de ellas; pero el antecedente contemplado sobre el origen de la expresión "contrato particular", como desarrollo o síntesis de la del Fiscal "por contrato entre particulares", desvanece toda duda, ya que esta última se refiere a los que gozan por contrato entre particulares de tierras realengas compradas o compuestas con Su Majestad.

Obsérvese que el Fiscal en su concepto hace mención a los que tenían

tierras con **origen en ventas y composiciones**, por "contrato particular". Como habla de los que gozan de tierras compradas y compuestas con Su Majestad, es claro que al mencionar los contratos entre particulares se refiere a la posesión que se ejercita en virtud de contratos de venta, arrendamiento u otros entre particulares cuando los primeros otorgantes adquirieron las tierras en venta o composición.

Sin que perturbe el juicio del intérprete la consideración, que acaso pudiera hacerse, de que la Cédula, al hablar de los **poseedores** por contrato particular, se refiere a una posesión que equivale al dominio. Pues debe recordarse cómo a través de toda la legislación indiana fueron siempre sinónimos los términos **posesión** y **ocupación** y se usaron indistintamente, sin atender al sentido técnico del vocablo **posesión**, indicativo en el derecho civil, de tener una cosa con ánimo de dueño. La posesión de que trata esta Cédula, como todas las anteriores, es la ocupación. Tanto la ocupación sin título como la ocupación con él se calificaron de posesiones en las leyes españolas para las Indias, y se llamaron **poseedores** a los que tenían una simple ocupación de hecho como a los que la ejercían en calidad de dueños. (31, 32, 33, 73).

El abogado de la Compañía avisante, doctor Cuervo, se pronuncia en su último memorial, página 15, de acuerdo con la observación que se ha hecho de que atendiendo a lo dicho por los funcionarios citados, el contrato particular era título precario que tenía origen en la venta y la composición de las tierras realengas. En la parte aludida de su escrito el señor abogado dice: "Yo creo que los puntos de vista del Juez y del Fiscal (alude a Moreno y a Casal) coinciden en considerar que la manera ordinaria y común consagrada por las leyes vigentes antes de expedirse la Cédula de San Ildefonso, para que saliera una tierra del dominio del Estado y pasase al de los particulares, era la venta dentro de la cual podemos incluír en gracia de discusión, las mercedes, con o sin servicio pecuniario, y también la venta que ordinariamente se practicaba en pública subasta, 'como de la demás hacienda nuestra' y el Fiscal **contempló el contrato entre particulares como un medio para que los que no fueran dueños o poseedores titulados por el Estado consiguieran mediante contrato de otros que sí lo eran**, el goce de tierras para la explotación de las industrias agrícola o pecuaria. El alcance de la ocupación, como título para poseer, realmente no aparece en forma muy clara en ninguno de los dos conceptos y esto parece indicar que se tratara de otra manifestación del derecho de propiedad revelada por actos positivos o hechos de aquellos a que da derecho el dominio, **pero que en ningún caso constituyen un título para justificar por sí solo el derecho de propiedad** (subraya la Sala). Pudiera admitirse que el contrato particular y la ocupación sirvieran de pruebas sumarias para conservar el ejercicio de una posesión tranquila sin perjuicio del verdadero dueño".

94—La ocupación.

Las posesiones de tierras que no emanaban de los títulos eran verdaderas ocupaciones de hecho. Pero esa ocupación de hecho estaba permitida y protegida para que con ella pudieran alcanzarse estados jurídicos superiores, como el que se concedía por la composición a los **ocupantes** de

tierras realengas, y que se obtenía acreditando una ocupación de diez años.

No sorprende, por lo mismo, que la Cédula de San Ildefonso disponga no inquietar a los poseedores de tierras realengas por ocupación de ellas, pues la ocupación era lícita y podía significar un estado jurídico digno de respeto, que hizo muy bien en reconocer y proteger la Cédula mencionada.

95—Títulos que alejaban la sospecha de usurpación.

Trata la Cédula de la posesión en virtud de "títulos de venta... u otro cualquiera que sea capaz de evitar la sospecha de usurpación". Aquí quedan comprendidos los otros títulos distintos de la venta y la composición, o sea la capitulación, el repartimiento de tierras y el título de justa prescripción, pues todos ellos son bastantes para evitar la sospecha de una usurpación al patrimonio real. En cambio, el propósito de hacer derivar una propiedad del Estado con origen solamente en contratos entre particulares —si llegase a proponerse— chocaría con el mandato de ese texto legal. Sería notoriamente contradictorio el legislador si en la propia disposición en que enumera varios títulos legítimos, con el entendimiento de que ninguno de ellos sea sospechoso de usurpación, admitiese uno, el "contrato particular", como susceptible de poder trasladar del patrimonio real al particular un dominio que una persona, la vendedora, hubiese arrebatado o usurpado al Rey, y que se legitimaba o saneaba con el sólo paso a otra, la compradora, en virtud de contrato entre dos particulares. Tal título no sería de aquéllos capaces de evitar la sospecha de usurpación. Y semejante tesis, además de ser contraria al texto de que ahora se trata, es inadmisible a la luz de todas las normas que hasta entonces presidieron la enajenación de las tierras realengas y que defendieron con mucho celo y permanentemente esta regalía de la Corona.

Pertinente es observar aquí, en corroboración de lo que se acaba de exponer, que la Cédula de San Ildefonso no derogó las reglas existentes sobre denuncio por particulares de las tierras ocupadas sin título y de los excesos de las ocupadas con título, medidas que al conservarse en 1780 demuestran que se mantuvo el cuidado que venía rigiendo en la defensa de los bienes realengos.

96—Se distingue la posesión fundada en el título y la posesión efectiva.

Hasta cuando se expidió la Cédula de 1780 no se encuentra texto alguno en las leyes que autorizara distinguir entre la ocupación efectiva de las tierras y su posesión por el título. Venían siempre unidos en la legislación los conceptos de posesión y explotación. Sobre ese particular se han consignado repetidas observaciones a lo largo del presente estudio.

Sin embargo, la Cédula de San Ildefonso parece dar entrada a una distinción en ese punto. Dice ella: "procureis con eficacia, pero por medios suaves, que los actuales legítimos poseedores de tierras inútiles, las hagan fructíferas, o por sí mismo o arrendándolas o vendiéndolas a otro". Lo que indica que tierras de "legítimos poseedores", vale decir, adquiridas en propiedad por venta y composición, no se hacían fructíferas, no se cultivaban o explotaban. Y que la Cédula admite que tan sólo por medios suaves pueda inducirse a los dueños a que lo hagan. Luego los dueños de tierras compradas o compuestas pudieron tenerlas sin explotarlas o aprovecharlas económicamente.

Esto de tener las tierras inaprovechables contraría fundamentalmen-

te los principios que venían rigiendo en materia de adquisición y conservación de tierras realengas, las que como se ha visto, las entregaba el Soberano con la mira esencial de su cultivo y labor. No se halla justificada ninguna enajenación de tierras de la Corona, antes de la Cédula de 1780, que no fuere sujeta al deber de explotarlas. Siempre los Monarcas tuvieron esa preocupación y tal finalidad en todos sus actos y disposiciones referentes a las tierras que les pertenecían en calidad de realengas.

Pero la novedad legislativa de San Ildefonso tiene una natural explicación.

Las ventas de tierras de la Corona no aparecen reguladas sistemáticamente sino a partir de la expedición del Código de Indias, en 1680. De este año a los en que se expidieron la Real Instrucción de 1754 y la Cédula de 1780, no se legisló en esta materia de prepararse o proyectasse la Cédula de 1780 uno de los funcionarios que en ello intervinieron, el Juez de Realengos de Santafé, opinó, en desacuerdo con el Fiscal de la Audiencia, que a quienes habían adquirido tierras en virtud de venta y composición no era legítimo sujetarlos al deber de explotarlas, imponiéndoles, si no lo hacían, una venta o arrendamiento obligatorio a terceros, y menos aún que fuese jurídico aceptar lo sugerido por el Virrey de Güirior de legitimar la venta, por precios preestablecidos, en favor de quienes se introducían sin permiso del dueño en sus tierras. El Juez de Realengos reclamó, por primera vez, según parece en la vida de la Colonia, el imperio de las reglas romanas sobre la posesión y la propiedad, conforme a las cuales el dueño era libre de hacer o no hacer de sus cosas lo que le viniese en gana. El criterio socialista de la legislación española para las Indias, imperante en más de dos siglos, encontraba el primer obstáculo para la realización de los fines que incansablemente venía persiguiendo desde la época del descubrimiento y conquista de América.

A las colonias no habían pasado, en materia de tierras, y en otras propias del derecho de los particulares, los principios que informaban la legislación peninsular en muchos siglos, la que sí había adoptado en varias de sus instituciones jurídicas la estructura del derecho romano.

Sin embargo, la evolución de la vida indiana impuso la novedad que se comenta, y que registró un hecho social y jurídico de evidente trascendencia histórica.

La legislación en materia de tierras clasifica, a partir de 1780, en dos categorías la propiedad territorial emanada de adjudicaciones directas o indirectas, próximas o remotas del Soberano. Unas tierras, las que provenían de ventas y composiciones —y la composición, ya se ha visto en otra parte, fue una especie de venta— parece incorporar a su régimen las normas del derecho civil, según las anotaciones que preceden. Otras tierras, las adquiridas por los demás medios capaces de trasladar legítimamente el dominio del Estado a los particulares, permanecen en la regulación especial del derecho público, que establecía normas también especiales a las que debía sujetarse su adquisición y conservación.

Solamente aquéllas que pasaron al patrimonio privado por venta y composición merecieron el respeto integral que el dominio demanda en el campo del derecho civil.

Las demás propiedades no eran definitivas e irrevocables, no quedaban incorporadas al patrimonio particular con ese carácter, pues volvían

al real patrimonio si los titulares de ellas no satisfacían a plenitud las exigencias que las leyes consagraban con fines sociales y económicos para su debido aprovechamiento. Los ocupantes de hecho, sin título, debían alcanzarlo por medio de la composición, siempre que hubiesen ocupado las tierras en la forma prevista por un término de diez años. Y los que las tenían "a título de justa prescripción", llegaban al dominio por la consumación de actos de explotación económica y la justificación de ese estado jurídico.

Tan sólo, se repite, las tierras compradas y compuestas daban a sus dueños o titulares una situación jurídica firme y estable, de acuerdo con la Cédula.

97—Se sanciona la usurpación de tierras al Rey.

En el sistema anterior a la Cédula de 1780 el respeto a las titulaciones no implicaba la liberalidad ilímite del Soberano, que permitiese a los particulares extender a voluntad las áreas comprendidas en los dichos títulos. Los que excedían sus linderos eran considerados como usurpadores y quedaban expuestos al denuncio por terceros de esas partes no cobijadas por los títulos. La Cédula que se comenta repite el anterior mandato que condena la usurpación de las tierras del Rey y subordina la protección al requisito de aducir los poseedores títulos capaces de evitar la sospecha de usurpación.

98—El deslinde y amojonamiento se sujetaba a los títulos.

Se comprende, por lo visto, que la expresión de la Cédula que dice: "y si algún interesado tiene por conveniente deslindar y amojonar según la actual posesión las que disfruta, pueda ejecutarlo con autoridad judicial", no legitima el amojonamiento de cualquier posesión de tierras, sino de las que se poseen según los títulos y en la forma que expresa la Cédula, con el requisito de que se evite la sospecha de usurpación.

La Cédula previó que los poseedores hicieran el deslinde y amojonamiento. Mas ello fue potestativo y quedó subordinado a estas condiciones en aquélla señaladas: **"pueda ejecutarlo"** con autoridad judicial, procediendo en esta diligencia **el Juez del territorio**, con mucha moderación en la exacción de sus derechos, sobre cuyo punto estará muy a la mira **el Juez Privativo de Realengos"**.

El Virrey había propuesto al Soberano que para evitar los defectos de los alindamientos de tierras que antes se practicaban, con señales insignificantes y mudables, se obligase **a los poseedores de tierras titulares** a amojonarlas en forma rigurosa, con mojones de cal y canto, orientados y relacionados según un sistema que él sugirió. El Monarca no aceptó la indicación y solicitud del Virrey. No ordenó, como éste lo deseaba, que los poseedores deslindasen y amojonasen **obligatoriamente** sus tierras. La Cédula tan sólo establece que si algún interesado lo tiene por conveniente **pueda ejecutarlo**.

El deslinde y amojonamiento de las tierras ha implicado siempre considerables erogaciones para los dueños y poseedores. La intervención de la autoridad judicial hace necesaria la contribución técnica de agrimensores y el levantamiento de planos. Y tal intervención judicial, consagrada así expresamente en la Cédula de San Ildefonso, no dejó al capricho o sola voluntad del poseedor la fijación de los linderos. Esta debía hacerse

mediante el fallo o decisión de la autoridad pública, ejercida por el Juez del territorio, "sobre cuyo punto estará muy a la mira el Juez Privativo de Realengos", dijo la Cédula. Tales funcionarios, al proceder a la práctica de los deslindes, examinaban las titulaciones aducidas por los interesados. Y era conforme a ellas, a las legítimas titulaciones, como se hacía la fijación de los linderos. Así se hizo en 1806, durante la vigencia de la Cédula de San Ildefonso, el deslinde y amojonamiento de la hacienda de "El Chocho", en jurisdicción del municipio de Fusagasugá, caso bien interesante, de que se da cuenta al final de este capítulo.

Hay que subrayar el significado de la Cédula en el punto que se considera y que se deduce del origen de ella, del proceso de su formación. La expresión de que se valió la Cédula: "si algún interesado tiene por conveniente deslindar y amojonar según la actual posesión las que disfruta", es la respuesta, negativa, a la solicitud de Guirior, de que se hiciera obligatorio el amojonamiento de las tierras. Lo cual reduce este precepto de la Cédula a ser simplemente la reiteración del requisito que se imponía en leyes anteriores, de alinderar y amojonar las tierras que se adquirían en adjudicación; con la diferencia de que tal requisito, a partir de la Cédula, no sería ya obligatorio, sino potestativo; mejor dicho, se cambiaba la obligación por facultad. Así, con este entendimiento, autorizado claramente por los antecedentes que lo ilustran, la parte de la Cédula que trata del amojonamiento se halla muy lejos de constituír la base de un argumento para deducir de él, como lo pretende el señor apoderado de la Compañía avisante, que la facultad de alinderar las tierras, consagrada en la Cédula de 1780, es una demostración de que a los poseedores con título de propiedad y sin él, que ella menciona, se les reconoció uno de los atributos que ordinariamente no se otorgan sino a los dueños: el de alinderar sus tierras. La norma de la Cédula dejó vigente la legislación anterior, sobre el modo como se practicaban los deslindes ante los jueces, debiendo, desde luego, acreditarse el derecho a que se hiciesen. Guirior había dicho: "por lo que convendría a este efecto **mandar que cada dueño de tierras las dividiese** con mojones de cal y canto"; la Cédula **no lo mandó así,** sino que dispuso que **podían** hacer tal cosa **los interesados, con intervención de la autoridad judicial.** Y por los propios antecedentes se colige que el deslinde de que trata la Cédula se refirió a los poseedores a que aludió Guirior, que pudiesen justificar ante los jueces su derecho. Los interesados que menciona la Cédula no son otros que aquéllos a que se refirió Guirior, los dueños de tierras, para quienes pedía una orden de deslindarlas y amojonarlas. El Monarca resolvió el punto planteado por Guirior, tocante con los dueños de tierras, adquiridas en venta o composición, diciendo que era potestativo el deslinde: "y que si algún interesado tiene por conveniente deslindar y amojonar según la actual posesión las que disfruta, pueda ejecutarlo con autoridad judicial". Luego la Cédula, así entendida e ilustrada en su alcance o contenido, respecto a la facultad de alinderación que ella consagra, no puede aplicarse sino a la propiedad titulada, a los dueños con título legítimo. Y de esta suerte, el argumento del señor abogado es improcedente, pues él se construye sobre la consideración de que el deslinde contemplado en la Cédula de San Ildefonso se refirió a todos los poseedores allí enumerados, cuando, como se ha visto, se limita

a los que tenían el carácter de dueños, por haber adquirido de la Corona las tierras con títulos legítimos.

Sin embargo, en el orden de ideas en que se coloca el señor apoderado cuando afirma que la acción de deslinde es propia de dueños, no está de sobra recordar lo que esta Sala de la Corte dijo en otra oportunidad: "El juicio de deslinde no tiene por objeto recuperar la posesión, el dominio, el usufructo o el uso de porciones de tierra de que se haya privado a quien alegue y pruebe un derecho real en ellas. Dicho juicio tiene por único fin el de fijar, aclarar o rectificar la línea de demarcación entre dos o más predios vecinos y fijar los correspondientes hitos o mojones con vista de las escrituras, documentos y demás pruebas que le sean presentadas al juzgador. Quizá vale decir que es este un juicio de carácter puramente geográfico o geométrico, en que toda otra cuestión sería en él extraña, dada su naturaleza especial, conforme a los artículos 862 y siguientes del Código de Procedimiento Civil". (Gac. Jud., número 1977, pág. 521).

99—Se aclara la obligación de tener siempre cultivadas las tierras.

Desde los primeros repartimientos de tierras se consagró el deber de tenerlas siempre cultivadas, bajo pena de perderlas y de readquirirlas la Corona. La Cédula de 1780, con notorio acierto, prevé la excepción a esa regla del tiempo necesario para el descanso de la tierra, que se acepta como legítimo.

100—Normas para las futuras adjudicaciones.

Los otros preceptos de la Cédula tocantes con la adjudicación de tierras, desde luego con posterioridad a ella, son muy claros y no exigen comentario, fuera de la observación que su simple examen produce, de que se reiteró el criterio de severidad que había regido a través de todas las leyes referentes a la materia, sobre defensa del patrimonio real y para la efectividad de la explotación o aprovechamiento de las tierras. Tales normas se sintetizan así: las tierras se conceden graciosamente a los sujetos que las quieran desmontar, obligándose a sembrarlas y cultivarlas, y a mantenerlas siempre así, excepto el tiempo necesario para su descanso; que a ninguna persona se conceda más porción que la que buenamente pueda labrar, atendiendo su caudal y posibles; que se pongan linderos fijos y durables, a costa del dueño del terreno; que la concesión la otorgue la Audiencia por conformidad de dos terceras partes de los votos de sus miembros.

101—Consideraciones generales sobre la Cédula.

Si se tiene en cuenta la finalidad con que se expidió la Cédula de 1780, que no fue otra sino la de resolver el problema social creado por el acaparamiento de los terratenientes, que no permitía la entrada a la calidad de propietarios a muchas personas necesitadas de una parcela para explotarla y derivar de ella su sostenimiento, es fácil fijar el contenido de tan importante mandato del Soberano.

La Cédula consta de dos partes principales: una primera destinada a declarar cuáles posesiones de tierras merecían respeto y que en ellas no se inquietase a quienes la ejercitaban; y una segunda parte en que se dan las reglas concernientes a la enajenación de realengos en el futuro.

La primera parte de la Cédula, que es la que mayormente incita a la meditación sobre su alcance respecto al reconocimiento o quebranto de de-

rechos privados nacidos al amparo de la legislación anterior, ni por su origen y su finalidad, en ninguna de sus expresiones, ni por su contexto global, da pie para pensar y entender que con ella se quiso determinar nada en relación con la prueba de la propiedad, ni menos que en ella se consigne el modo o la forma como pudiera constituírse un título de dominio de tierras realengas.

El proceso de elaboración de aquélla culminó con la declaración del Rey: "He resuelto, conformándome con el dictamen del enunciado Juez de Realengos... que en todo ese Virreinato no se inquiete a los poseedores". El Fiscal había sido de parecer, lo mismo que el Virrey, de que se hicieran obligatorios la venta y el arrendamiento de las tierras y que en esa forma se solucionara el problema social que venía preocupando a las autoridades coloniales, de no hallarse tierras disponibles en qué colocar a los más necesitados de ellas. El Monarca dijo que conformándose con el dictamen del Juez de Realengos, y desde luego en desacuerdo con el del Fiscal y el Virrey, disponía que no se inquietase a los poseedores. No admitió que se pudiese obligar a la venta o arrendamiento de las tierras. Esto fue todo el tema considerado por el Rey y por las personas que intervinieron en la preparación de la Cédula. No se contempló otra cuestión diferente. Se propuso una fórmula para resolver el problema de quienes no tenían tierras: legitimar la entrada en las que poseían otras personas, sin trabajarlas, de los que no tenían dónde hacerlo, llegándose a la compra de aquéllas por justiprecio, o a su arrendamiento.

Nada distinto a este tópico fue la materia a que se contrajo la labor de formación de la Cédula. Su contenido, en la parte que se analiza, no tiene pues por qué abarcar otros temas, menos el intrincado y grave, que otras veces fue el motivo de estudio y decisión del Soberano, sobre la validez de las titulaciones y las circunstancias y calidades jurídicas de la posesión de quienes ocupaban tierras realengas sin título, o con imperfecta titulación, o que tenían tierras fuera de las medidas de las adjudicaciones o comprensión de sus linderos.

Sin entrar la Cédula de San Ildefonso a hacer un análisis de las varias clases de posesión de tierras, ordena no inquietar a los poseedores.

La Cédula no contempló —como sí lo habían hecho otras leyes reales— la revisión de las propiedades, por el examen de sus títulos, para decidir cuáles de los poseedores con ellos, o con titulaciones imperfectas, o sin título, podían permanecer definitiva e irrevocablemente disfrutando como dueños de las tierras que ocupaban, y cuáles tierras debían volver a la Corona. No fue ese asunto objeto de la preocupación ni disposición del Soberano.

Es verdad que al tiempo de expedirse la Cédula de 1780 se puso de manifiesto el hecho de haber tierras en poder de particulares que las poseían legítimamente, sin título, o abarcando más extensión de la que éste comprendía. Pero tal cuestión no la consideró el Rey, quizá por no volver a decir lo que ya tenía ordenado en otras de sus Cédulas e Instrucciones, particularmente la expedida en el año, no remoto, de 1754.

El Virrey y el Fiscal habían propuesto **que se inquietara** a los poseedores, obligándolos a vender y arrendar; el Rey dispuso **no inquietarlos**, y que, al contrario, con eficacia, pero por medios suaves, se procurase que los legítimos poseedores de tierras inútiles las hicieran fructíferas. Inquie-

tar o no inquietar a los poseedores era cuestión que se concretaba en permitir o no que en sus posesiones entrasen terceros a trabajar las tierras. Al decirse en la Cédula que "no se inquiete a los poseedores" se significa, por tan claro antecedente, que no se les moleste, como se propuso, sino que se obtenga de ellos, por medios suaves, que cultiven las tierras, o las dén a otros para ese fin.

Hecha esta observación, que se impone por la naturaleza misma de la cuestión social y única que fue el motivo de la expedición de la Cédula, se viene fácilmente al campo donde debe entenderse que actúan las disposiciones de ese reglamento de tierras: al campo de la posesión de ellas únicamente y en forma alguna al del dominio o propiedad.

Cuáles posesiones de tierras serían legítimas y respetables para que mereciesen el acatamiento y protección de las autoridades correspondientes? Después de un prolijo estudio de este asunto en extremo delicado, la Cédula de San Ildefonso ordenó: "no se inquiete a los poseedores en posesión, en virtud de correspondientes títulos de venta, composición con mi Real Patrimonio, contrato particular, ocupación, u otro cualquiera que sea capaz de evitar la sospecha de usurpación". No inquietar a los poseedores, en modo alguno significaba la orden de que se les considerase como dueños de las tierras que poseían. La Cédula hizo una enumeración de las justas causas que podía haber en el momento de su otorgamiento para poseer legítimamente tierras realengas, y dispuso que las personas que se encontrasen en una de esas situaciones no fuesen inquietadas en su posesión.

Los efectos jurídicos que produjesen esas posesiones u ocupaciones de tierras ordenadas respetar, no eran ni fueron cuestión propia del ordenamiento dado en 1780. La legislación imperante configuraba esos derechos y las expectativas que los particulares tuviesen, para ser considerados como dueños de las tierras, por haber consumado con antelación las exigencias legales, o porque los ponían en trance de hacerse propietarios ulteriormente mediante la satisfacción de determinados y conocidos requisitos.

Se ha visto en otras partes de este estudio cómo la propiedad de las tierras realengas fue pasando válida y jurídicamente del patrimonio de la Corona al de los particulares, con aplicación de las varias y precisas normas que al respecto rigieron en las distintas épocas que forman el período histórico, legislativo y jurídico de la vida colonial, desde su iniciación hasta el momento de expedirse la Cédula de San Ildefonso. Quienes en su oportunidad ejecutaron los actos que de acuerdo con esas aludidas normas constituían propiedad en el patrimonio particular, se hicieron dueños de las tierras originariamente del patrimonio real. Propiedad o dominio que adquirieron sujeto a las condiciones especiales contempladas por la legislación también particular y de derecho público que rigió esas enajenaciones y adquisiciones de tierras del Soberano español. Quienes a tiempo de expedirse la Cédula de 1780 tenían en su favor situaciones jurídicas concretas, producidas con aplicación del derecho imperante, fueron respetados en tales situaciones; y no sólo en calidad de dueños, los que lo eran, sino también con el carácter de poseedores los que poseían a título de justa prescripción o como simples ocupantes de hecho, pues como ya se vio en otro lugar esos estados jurídicos, contemplados expresamen-

te por las leyes, eran respetables y debían merecer, por lo mismo, el respeto que les concedió la Cédula a que ahora se alude. (31, 70, 71, 73, 74, 75).

Para no hacer mención sino al caso del poseedor menos calificado, al simple ocupante de hecho, hay que recordar cómo la ocupación que ejercía podía convertirse legalmente en dominio por medio de la composición, institución jurídica vigente en 1780 y que siguió siéndolo hasta cuando se dio la primera de las leyes de la República que expresamente acabó con ella. (50, 55).

Mas es inadmisible que por el sólo hecho de aparecer protegida y respetada la ocupación, como posesión, en la Cédula de San Ildefonso, se pretenda ver en ello el reconocimiento o legitimación de un título de propiedad sobre lo ocupado, pues, no sobra repetirlo, que esa ocupación significaba un estado precario, mientras se legitimaba por la composición.

La justa prescripción, ya se ha visto, debía concretarse o predicarse respecto de una área de terreno explotado económicamente. La posesión por justa prescripción tenía origen en un repartimiento o en otra entrega oficial por parte del Soberano de tierras realengas, para los fines de su cultivo y aprovechamiento económico. De la justa prescripción nada dijo la Cédula de 1780, pero ella estaba vigente entonces, como institución jurídica, y siguió vigente después. La primera ley de la República sobre baldíos alude a ella. No obstante la omisión del legislador de San Ildefonso, los poseedores a título de justa prescripción en aquella época fueron protegidos y amparados para que la legislación que regulaba su estado jurídico pudiese cumplir sus efectos.

Y si el origen de las tierras recibidas en repartimiento o en otra forma análoga, no podía acreditarse, pero sí la ocupación o posesión, se estaría entonces en presencia de uno de los casos de posesión contemplados por la Cédula de 1780, el de la ocupación sin título. Digno de respeto entonces para que pudiese transformarse en otro estado jurídico superior.

Si la legalización de aquellos estados jurídicos imperfectos o inferiores —el de la posesión por contrato entre particulares y el de la ocupación simple— no se produjo cuando pudo alcanzarse, obteniéndose el título correspondiente, aquellos estados, transitoriamente protegidos y respetados, no se convirtieron, dentro de la vida jurídica, al derecho de dominio.

102—Un concepto del Fiscal Andino, en 1766, que armoniza con la interpretación que hace la Corte de la Cédula de San Ildefonso.

Con motivo de unas peticiones enviadas a la Audiencia por don Juan Antonio Mon, Visitador de la Provincia de Antioquia, el Fiscal dio concepto y en él expresó lo que sigue:

"La Real Cédula del año de 80 dispone que en este Virreinato no se inquiete a los poseedores de tierras realengas, en aquéllas que actualmente disfrutan y de que están en posesión en virtud de correspondientes títulos de venta, composición con el Real Patrimonio, contrato particular, ocupación, u otro cualquiera, que sea capaz de evitar la sospecha de usurpación, y que no se les obligue a que vendan, o arrienden contra su voluntad, y sólo encarga que se procure con eficacia, pero por medios suaves, que los poseedores de tierras incultas las hagan fructificar, o por sí mismos, o vendiéndolas a otros.

"Por esta resolución se manifiesta lo primero que en el día no necesitan los poseedores de tierras realengas, títulos tan robustos como pedía la instrucción del año de 54; lo segundo, que a los que las posean y disfruten no se les puede compeler a venderlas, o arrendarlas contra su voluntad; y lo tercero, que a los que las tienen incultas sólo se les pueda impulsar con eficacia pero por medios suaves a que las hagan fructificar por sí mismos, o arrendándolas, o vendiéndolas a otros.

"Fuera de estas clases de poseedores no quedan más que los que no tienen título; y los que le tienen, pero con medida, y avalúo fraudulento, y aquéllos cuyas tierras no fueron medidas ni apreciadas, y en que es manifiesto el fraude; en estas últimas clases siempre que estén cultivadas las tierras, no deben ser molestados, porque se verifica en ellos con anticipación el fin del cultivo, que se propone la citada Real Cédula, y sólo se les podrá obligar a que ocurran por el título que se debe entender fuéra del caso de pública utilidad, en que sea conveniente acomodar a más en las tierras no tituladas, o defraudadas; pero si no estuvieren cultivadas, deben repartirse, como más convenga, todas aquellas porciones que carecen de título, o se incluyeron en él con fraude o colusión". (Del libro "El Petróleo y la Ley", del doctor Pedro A. Gómez Naranjo, página 89.

Se refiere Andino, en la primera parte de su comentario, a la posesión titulada, y aludiendo a los poseedores de esa clase dice que no necesitan "títulos tan robustos".

Después agrega: "fuera de estas clases de poseedores no quedan más que los que no tienen título" (lo que demuestra que en la parte primera se refirió a los poseedores con título de propiedad), y respecto a ellos (los que no tienen título), expresa: "siempre que estén cultivadas las tierras no deben ser molestados,... y sólo se les podrá obligar a que ocurran por el título".

Además hace el Fiscal dos apreciaciones, de mucha importancia sobre esos poseedores sin título: 1ª Que si la utilidad pública lo exige se puede acomodar a más personas en las tierras no tituladas. Ya se vio cómo la Cédula, ilustrada por sus antecedentes, no autoriza a que se obligue a los dueños de las tierras a venderlas ni arrendarlas, menos aún, a permitir que en ellas se acomode a otros. El comentario de Andino, referente a las tierras ocupadas sin título, en cuanto afirma que puede acomodarse en ellas a otras personas, está revelando que, según su juicio, la Cédula no amparaba en iguales condiciones a los poseedores con título de dominio que a los poseedores sin él. 2ª Que "todas aquellas porciones que carecen de título" "deben repartirse como más convenga", "si no estuvieren cultivadas". A los poseedores con título de propiedad no permite la Cédula compelerlos a arrendar ni a vender sus tierras, aunque no estén cultivadas, menos los obliga a repartirlas a otros. Según Andino, las tierras poseídas sin título y sin cultivos, debían repartirse en la forma más conveniente. Lo que demuestra —a la luz del comentario de Andino— que los poseedores sin título de propiedad no eran protegidos al igual que los dueños.

El Fiscal Andino, refiriéndose a los poseedores de tierras sin título, y a los que las tenían con ellos pero con medida y avalúo fraudulentos, expresó que no debían ser molestados, siempre que tuviesen cultivadas las

tierras, **"y sólo se les podrá obligar a que ocurran por el título".** Lo que significa que el cultivo de las tierras, respecto a las poseídas u ocupadas en la forma a que alude el Fiscal, no producía el dominio, si además no se alcanzaba el título. Según el Fiscal, la Cédula de San Ildefonso no saneó o legitimó automáticamente las situaciones irregulares de las personas que poseían tierras realengas sin título, o de las que teniéndolas con él, habían excedido las medidas correspondientes. Quienes en esa situación se hallaban tenían necesidad de sacar el título, y aun se les podía obligar a hacerlo.

El concepto de Andino tiene muchísimo interés, en orden a la interpretación del contenido de la Cédula, por haberlo emitido un alto funcionario de la Colonia, ante la Real Audiencia, y por haberlo hecho a raíz de la vigencia de aquel estatuto.

Sus observaciones son la mejor confirmación de lo que se ha venido sosteniendo en este estudio, de que la Cédula de 1780, cuando manda no inquietar a los poseedores, no eleva a la calidad del dominio la posesión que se ejercitaba sin título o con fraude o colusión respecto al mismo. Si las tierras estaban cultivadas era preciso, sin embargo, obtener el título; luego los que las poseían no eran dueños de ellas. Si las tierras no se hallaban cultivadas, la posesión no merecía respeto, y debían las tierras repartirse a otras personas; lo que demuestra que esa posesión no tenía el carácter de propiedad.

103—Aplicaciones de la Cédula de 1780.

104. 1º Deslinde y amojonamiento de la hacienda de "El Chocho" en 1806.

La Cédula de San Ildefonso, expedida en el año de 1780, había dicho: "y que si algún interesado tiene por conveniente deslindar y amojonar según la actual posesión las que disfruta, pueda ejecutarlo con autoridad judicial".

Las tierras que forman la llamada hacienda de "El Chocho", en jurisdicción del Municipio de Fusagasugá, Departamento de Cundinamarca, tienen como títulos originarios una merced otorgada en el año de 1608 y un remate practicado en 1758. La merced se hizo por dos estancias de las antiguas y el remate por linderos.

En el año de 1806 el titular y beneficiario de las tierras, en el ánimo de evitarse incursiones extrañas en ellas y de dar estabilidad y firmeza a su posesión y dominio, ocurrió al Virrey de Santafé en estos términos:

"Excelentísimo señor. — Don Jerónimo Liévano, vecino de la Parroquia de Fusagasugá; ante Vuecelencia con el debido respeto y como más haya lugar en derecho, parezco y digo: que yo tengo y **poseo en toda propiedad** unas tierras en dicha parroquia, y como en el día, con motivo de la extracción de quinas, se me introducen los colindantes, haciéndome sufrir gravísimos perjuicios y aparejándome el que es consiguiente a la turbación... (está roto)... en que tomaría origen un pleito sobre ellas. Deseando evitar toda inquietud y **conocer los límites y linderos a que deben ceñirse mis colindantes igualmente que yo,** con el objeto de alejar tanto ahora, como en lo sucesivo, todo motivo de litigio y mantenerme **en justa tenencia de lo mío, y que me pertenezca,** se me hace necesario tratar de cortar las frecuentes introducciones, y cubrirme contra las presentes

cualquier procedimiento, como se deba temer de dichos colindantes, ya para conmigo como para mis sucesores. El medio que me asegura más a propósito en todos tiempos, es el de que se pongan y constituyan términos fijos, y que deslinden mis tierras de las de los que tienen sus posesiones contiguas con las mías, pues de este modo siéndonos conocidos los linderos, a que debemos ceñirnos, y que distinguen, y comprenden el terreno que me toque, nos contendremos cada uno, en lo que haga a nuestra propiedad, y yo conseguiré evitar la introducción que padezco, y disfrutar de las producciones de las tierras expresadas al mismo tiempo que quedaré en una quieta y pacífica posesión. Al efecto, a Vuecelencia rendidamente suplico, se digne mandar librar superior despacho cometido al Corregidor del Partido, y por su defecto a las justicias de aquella parroquia para que con citación de los colindantes y como uno de ellos, de los indios, o del señor Fiscal Protector; si se estimare necesario proceda a fijar mojones, y poner linderos en mis tierras con vista de los documentos que se pedirán todos, y cada uno de dichos colindantes, y los míos; para que con arreglo a ellos se practique dicho amojonamiento, y en caso de que alguno se sintiere perjudicado que se cite y emplace que concurra a esta misma Superioridad a más de su derecho en justicia que pido y juro y protesto lo necesario, etcétera.—Doctor Francisco Cuevas, Juan Gerónimo de Liévano, Cándido Nicolás Girón".

La solicitud se despachó por el Virrey en esta forma:

"A consecuencia de lo cual tuve a bien, con dictamen del señor don Anselmo de Bierna Mazo del Consejo de Su Majestad su Oidor honorario de la Real Audiencia de Charcas, Auditor General de Guerra del ejército de éste Reino, y Asesor por Su Majestad de su superior Gobierno, y Superintendencia General, de proveer el auto que dice así:—Santafé, marzo catorce de mil ochocientos seis.—La Justicia del Distrito que fuere competente proceda en uso de su facultad al apeo y deslinde que se solicita, oyendo las instancia o recursos que resulten en lo que haya lugar para donde corresponda, arreglándose a derechos según el mérito de los documentos que se presentaren.—Y si los indios fueren colindantes o interesados, se los cite por medio del cura, o persona que nombren de protector particular para el asunto.—Todo lo cual así lo cumplirá, y ejecutará dicha Justicia del Distrito competente precisa y puntualmente según y como queda prevenido, llevando y haciendo llevar su contenido a puro y debido efecto sin hacer, ni permitir cosa en contrario, que para todo doy el presente firmado de mi mano y rubricado del expresado señor Asesor General del Reino de Santafé a diez de abril de mil ochocientos seis años.—Antonio Amar (hay dos rúbricas).—Por mandato de su excelencia.—Domingo Caicedo".

En la diligencia respectiva el funcionario que la llevó a efecto expresó:

"En cumplimiento, o prosecución de lo mandado, y diligencias prevenidas, yo el Corregidor, y acompañado con asistencia del señor cura doctor Juan Antonio Egninguren, como protector, y defensor nombrado de Naturales, a vista, ciencia paciencia de estos dimos vista de ellas, el que se hizo en la forma ordinaria; tomado por la mano a don Juan Gerónimo Liévano le metimos en la posesión de sus enunciadas tierras, la que le dimos en nuestro nombre, y del Rey nuestro señor, y la tomó civil, y naturalmente, cuasi corporal, y en señal de ellas se paseó, arrancó yerbas, y

mudó piedras, preguntando si había quien contradijera y nadie contradijo, **teniendo a la vista los títulos y escrituras de propiedad presentados por las partes** y oídas las razones de unos y otros señalámos por linderos....." (Págs. 267 a 269, Boletín de la Oficina Nacional del Trabajo, Nos. 39 a 44.—De un estudio hecho por el doctor Guillermo Amaya Ramírez, Jefe del Departamento de Baldíos, sobre los títulos de la hacienda de "El Chocho", el 10 de marzo de 1934).

Con citación de los colindantes y por la autoridad correspondiente, como lo exigía la Cédula de 1780, se llevó a cabo el deslinde y amojonamiento de las tierras.

El interesado dijo que "deseando conocer los límites y linderos a que deben ceñirse mis colindantes igualmente que yo... y mantenerme en justa tenencia de lo mío, y que me pertenezca... que se pongan y constituyan términos fijos, y que deslinden mis tierras de las de los que tienen sus posesiones contiguas con las mías... proceda a fijar mojones, y poner linderos en mis tierras **con vista de los documentos que se pedirán todos, y cada uno de dichos colindantes, y los míos**; para que con arreglo a ellos se practique dicho amojonamiento". Petición que concuerda exactamente con lo previsto en la Cédula de 1780, según la cual "si algún interesado tiene por conveniente deslindar y amojonar según la actual posesión las que disfruta, pueda ejecutarlo con autoridad judicial".

El Virrey ordenó la práctica del "apeo y deslinde que se solicita,... según el mérito de los documentos que se presentaren"; y el comisionado del Virrey, a presencia de las partes, "teniendo a la vista los títulos y escrituras de propiedad presentados por las partes y oídas las razones de unos y otros" señaló los linderos y dio la posesión de las tierras a Juan Jerónimo Liévano.

Como se observó en otra parte, la Cédula de 1780 no legitimaba el deslinde y amojonamiento de cualquier posesión de tierras, sino de las que se poseyeran según los títulos. El deslinde y amojonamiento de "El Chocho" en 1806 se hizo con el lleno de este requisito, pues se practicó "por los linderos de los títulos".

Cuando en 1933, una comisión del Ministerio de Industrias, formada por los abogados Miguel Velandia y Guillermo Amaya Ramírez y por los ingenieros Espíritusanto Potes y Ricardo Valencia, hizo el reconocimiento de las tierras que forman la hacienda de "El Chocho", los comisionados consignaron esta apreciación en su informe al Ministerio del ramo:

"Nuestra primera preocupación fue la de verificar los linderos que figuran en el título expedido en el año de 1608 por don Juan de Borja a favor del Capitán don Francisco Gómez de la Cruz, sin resultado práctico, pues en la región no se conserva memoria de los nombres de los sitios a que se refiere dicho título, algunos de los cuales es imposible localizar hoy día, por tratarse de cultivos, fundos y criaderos de animales, que no pueden identificarse 325 años después.

"La primera relación de linderos que pudimos verificar se encuentra en el documento que contiene la diligencia de apeo y deslinde llevada a cabo en los días 2 de mayo y 22 de julio de 1806 por el Corregidor Juan Agustín de Chávez, en cumplimiento de una providencia dictada por el

Virrey Amar y Borbón a solicitud de don Juan Jerónimo Liévano, 'para evitar, con motivo de la extracción de quinas, que se introdujeran en ellas los colindantes'.

"A partir de esta fecha los linderos que figuran en las sucesivas escrituras de venta, en las diligencias judiciales de posesión, etc., de la hacienda de 'El Chocho', están basados en los que se señalaron en aquella diligencia". (Pág. 1617, Boletín de la Oficina Nacional del Trabajo, números 36 a 38).

105. 2º La Real Audiencia en 1802 consideró vigente la legislación anterior a 1780 sobre excesos en las adjudicaciones y su denuncio, y distinguió al poseedor con título del poseedor sin él.

Hay en el expediente, entre las pruebas allegadas por la Compañía avisante, una documentación del mayor interés para dilucidar las consecuencias que produjera en su aplicación la Cédula de San Ildefonso en el Virreinato, pocos años después de expedirse. La forman las copias tomadas en el Archivo Histórico Nacional, Tomo XI, "Tierras del Tolima", del expediente producido ante las autoridades coloniales, en los años de 1802 a 1808, referente a cuestiones suscitadas entre don Pedro Sánchez y don Manuel Sánchez Borda sobre unas tierras situadas en la parroquia de Aipe, jurisdicción de Neiva.

De esos documentos aparece:

a) Petición.—Muy poderoso señor: Cándido Nicolás Girón, Procurador de el Número de esta Real Audiencia, a nombre y en virtud del poder que debidamente presento, acepto y juro de don Manuel Sánchez y Borda, vecino de la ciudad de Neiva, ante vuestra alteza con mi mayor respeto y como más haya lugar en derecho, parezco y digo: Que don Pedro Sánchez, vecino dé la parroquia de Aipe, jurisdicción de dicha ciudad, solicitó en este Superior Tribunal una merced de tierras realengas en el sitio llamado Buenos Aires, de aquella misma demarcación. Al efecto, se le libró la correspondiente Real Provisión de diligencias, y según su resultado, se le hizo por vuestra alteza **la merced de cuatro estancias y no más.** Pero como el juez que entendió en las medidas del terreno fue el Alcalde partidario de Aipe, don Pablo Conde, cuñado del don Pedro Sánchez, resultó de aquí que en lugar de las cuatro estancias de la merced concedida, **vino el agraciado a conseguir muchas más tierras,** como que aún habiendo vendido a don Miguel Gaitán en cantidad de mil y cien pesos algunas de ellas, todavía le ha quedado en aquel globo un terreno muy considerable en que desde luego podría la benignidad de vuestra alteza beneficiar, conforme a las piadosas reales intenciones, a otro vecino honrado, como mi parte, que cargado de familia y necesitado de un auxilio tal, hizo en efecto el ánimo **de ocurrir en solicitud de que se le mercedase la tierra sobrante después de exactamente medidas y deslindadas las cuatro estancias concedidas al mencionado don Pedro Sánchez.**—A este justo intento se dirige la presente gestión que hago a nombre de mi parte. Pero como para precaverla y cubrir al propio tiempo el mismo don Pedro su indicado fraude, se haya valido del arbitrio, no menos fraudulento y punible, de hacer que un hijo suyo llamado don José Sánchez, de tierna edad y que aún existe bajo la patria potestad, se presentase (como lo ha

hecho ya ante vuestra alteza con otorgamiento de poder a su propio nombre) **solicitando el sobrante de dicha tierra que pretende mi constituyente;** ocurre éste por mi medio a la piedad del Tribunal, suplicando se digne expedir la correspondiente Real Provisión de diligencias para que de los jueces ordinarios de Neiva el que fuese requerido, proceda a practicar no sólo las respectivas **al reconocimiento del realengo, su dimensión y deslinde** (haciendo de nuevo las pertenecientes a las cuatro estancias dadas en merced a don Pedro Sánchez, **para que se venga en conocimiento del verdadero sobrante**) y sobre las suficientes facultades de mi parte para poblar o cultivar el que resulte...

b) **Vista Fiscal.**—Muy poderoso señor.—El Fiscal de lo Civil dice: Que son de mandarse practicar desde luego, sirviéndose el Tribunal resolverlo así, las diligencias que se solicitan en el anterior escrito, y pide también el Fiscal, por el interés de la Real Hacienda en las tierras fraudulentamente **vendidas (según se afirma) a don Miguel Gaitán por Pedro Sánchez, a quien sólo se concedió merced de cuatro estancias,** entendiéndose que dichas diligencias se practiquen con citación de los interesados y se exige y acompañe por el comisionado el instrumento de venta que se otorgaría a favor de Gaitán, **formándose el correspondiente mapa de las mercedes a Pedro Sánchez, con distinción de las demás que resulten sobrantes y realengas, que se denuncian vendidas,** y remitiéndolo todo dicho comisionado con su competente informe, que hará circunstanciado con todos los conocimientos necesarios y la pureza e integridad que exige la justicia. Santafé y noviembre veintidós de mil ochocientos y dos.—Blaya.

c) **Auto.**—Vistos: líbrese Real Provisión de diligencias que pide el señor Fiscal, cometido su cumplimiento al Alcalde ordinario de primer voto de la ciudad de Neiva y practicadas, las remita a este Tribunal sin despojar a Pedro Sánchez de la posesión en que se halla.—Por tanto, fue acordado por los supracitados mis ministros, el que se debía librar esta mi real carta, lo que he tenido a bien, y por ella os ordeno y mando a voz el Alcalde ordinario de primer voto de la ciudad de Neiva, que luégo que la recibais, veais su contenido y en su cumplimiento procedereis con citación de los colindantes y circunvecinos, **a la averiguación del realengo que se denuncia, su medida y amojonamiento y facultades del denunciante para poderlo cultivar,** y fechas que sean estas diligencias las remitireis con la posible brevedad sin despojar a Pedro Sánchez de la posesión en que se halle. Lo que así cumplireis y ejecutareis sin hacer cosa en contrario, pena de doscientos pesos para mi Cámara y fisco. Dada en Bogotá a tres de diciembre de mil ochocientos y dos años.—Yo el doctor don Esmaragdo Tavera abogado y secretario de Cámara de la Audiencia y Chancillería Real de este Reino, la hice escribir por su mandado con acuerdo de su Virrey, Presidente, Regente y Oidores. (Hay una rúbrica).

d) **Informe del comisionado.**—Muy poderoso señor.—Obedeciendo el Alcalde ordinario de primer voto de la ciudad de Neiva lo prevenido por Vuestra Alteza en el superior auto de 27 de noviembre del año pasado de 1802,... **acompaña el mapa que ha formado de las tierras realengas** y que **posee don Pedro Sánchez** en el sitio de Buenos Aires, de esta jurisdicción... **Por las diligencias que se practicaron de medida,** hallará Vuestra Alteza que las tierras que se hallan bajo los linderos que se señalaron a don Pedro Sánchez, encierran el número de trece estancias, un cuarto y

diez y nueve cabuyas, comprendiéndose éstas en los potreros que van señalados con los números 2, 3, 4 y 5 del enunciado mapa. De estos los dos que van con los números 2 y 3, son los vendidos a don Miguel Gaitán y comprenden estas ocho estancias un cuarto y siete cabuyas de tierra.—El potrero señalado con el número 1 que se le ha dado el nombre de los Ypuses, que comprende cuatro estancias y cinco cabuyas de tierra, aunque es verdad que don Pedro Sánchez ha tenido uso de él también lo es que está fuéra de los linderos que se le señalaron, y se ha confesado por él mismo ser realengo.—Entre el potrero número 3 y el número 5 está la montaña que los divide, y en el medio de ésta se ve hay otro que por falta de cultivo se conoce se va amontando. Este no se ha podido medir, sin embargo de ser realengo, por no tener camino para pasar a él por la fragosidad de la montaña.—Del mismo modo hay otras tierras realengas que se hallan entre los potreros números cuatro y cinco y que tampoco se midieron, tanto por lo retirado que se halla, como por la fragosidad de sus caminos.—(Al margen: ojo).—No puedo pasar en silencio la circunstancia de haber cultivado don Pedro Sánchez las tierras que están bajo sus linderos tanto quemando sus pajonales como metiendo ganados y abriendo caminos a barra...—Ciudad de Nieva, marzo 24 de 1803.—Muy poderoso señor.—Pedro Ignacio Coronado. (Rúbrica).

e) Memorial.—Excelentísimo señor.—Luis de Ovalle, Procurador apoderado de don Pedro Sánchez..., digo: Que el mérito de los tres cuadernos agregados a esta causa, nos hace tocar como con la mano la temeridad del contrario. Ellos nos presentan los títulos de propiedad de las tierras que ahora denuncia (sic) como realengos. En ellos encontramos primeramente las medidas de cuatro estancias pedidas por don Pedro Sánchez... Después solicita su hijo menor don Joseph Buenaventura las sobras de la misma merced. El Tribunal de la Real Audiencia ordena una nueva medida y que sobre el terreno se levante un mapa topográfico. Así se practica. Según resulta del informe del comisionado don Josepf Ignacio López foja 29 cuaderno 2º, se hallaron cuatro estancias y diez cabuyas en la merced hecha a mi parte. En la que posteriormente solicitó su hijo aparecen en los potreros llamados San Francisco, Jerónimo, Conejo y Ocachichi, nueve estancias y un cuarto de tierra: Es decir más de trece estancias de mayor.— En este estado dispone la Real Audiencia que el Juez del Distrito averigüe las facultades del pretendiente para cultivar las tierras y su representación civil, foja treinta y dos vuelta. Se practica una información de testigos que uniformemente deponen que es menor de edad; que se halla bajo la patria potestad; pero que tiene peculio propio y puede por sí mismo, y con el auxilio de su casa, cultivar las tierras. A la vista pues de todo esto se le concede la merced, foja 45... Mi parte descansa y apoya su derecho a las tierras en cuestión al abrigo de las providencias dictadas por la Real Audiencia que hoy se hallan ejecutoriadas. En su virtud, es dueño legítimo de todo el terreno que abrazan los linderos, y ha podido venderlas después de haberlas cultivado... Mi parte cuando solicitó la merced señaló ciertos y determinados linderos. La intención del Tribunal fue darle lo que pidió y así es que en sus autos expresa que concede lo que solicita, y no el resultado de las medidas... Pido Justicia — etcétera.—Luis de Ovalle.

f) **Vista Fiscal.**—Muy poderoso señor.—El Fiscal de lo civil dice: Que según resulta del cuaderno número 2º de haber concedido a don Pedro Sánchez merced de cuatro estancias y diez cabuyas (a que se reduce el cuaderno número 1º) se concedieron a su hijo don José Buenaventura nueve estancias y un cuarto de tierra, incluyendo en ellas dos y un cuarto intransitable, como lo informó el comisionado para la medida y reconocimiento, don José Ignacio López. De modo que estando ya hecha merced de ellas a padre e hijo en número de 13 o 14, que es casi el que ahora se expone por don Manuel Sánchez, **parece que no debe tener lugar su solicitud sino que resulte de sobras de las que legítimamente tienen y poseen los primeros.** Así podrá Vuestra Excelencia declararlo o como estime de justicia. Santafé, agosto 5 de 1807.—Frías (rúbrica).

g) Santafé, agosto 31 de 1807.—594.—Vistos. Se declara como parece al señor Fiscal en su respuesta de cinco del que concluye.—(Hay dos rúbricas).—Bustamante (rúbrica).

h) **Confirmación.**—Junta Superior de Real Hacienda de Santafé y diciembre 2 de 1808.—Vistos. La sentencia pronunciada en estos autos por el Superior Gobierno y Superintendencia General de Real Hacienda, y apelada para esta Junta Superior de ella, se confirma en todas sus partes.—(Hay seis rúbricas).—Bustamante (rúbrica).

Observa la Sala sobre estos documentos:

Con intervención de las más altas autoridades se tramitó el asunto de tierras a que ellos se refieren. Por esto tiene él mucha importancia para juzgar acerca de la aplicación que aquellos funcionarios hicieron de la legislación sobre tierras, entre ella, de la Cédula de San Ildefonso.

En la primera vista fiscal, al conceptuarse que se debían practicar las diligencias solicitadas, lo pidió el Fiscal "por el interés de la Real Hacienda en las tierras **fraudulantes vendidas**", y que se hiciera el mapa "con distinción de las demás que resulten **sobrantes y realengas**".

En la provisión de la Real Audiencia se ordena al Alcalde de Neiva "la averiguación **del realengo que se denuncia**, su medida y amojonamiento".

De estos dos documentos, producidos por el Fiscal y la Audiencia, aparece claro que los funcionarios que intervinieron entendían que la Real Hacienda tenía interés en evitar y sancionar los traspasos de tierras que la Corona no había enajenado; que las **tierras sobrantes** respecto a la adjudicación a Pedro Sánchez **eran realengas**; y que en el juicio se trataba de la averiguación de un **realengo denunciado** y pedido para que se hiciese merced a Manuel Sánchez Borda. Es decir, que la legislación indiana sobre excesos y denuncia de éstos se hallaba vigente en 1802, que a ella se acogía el solicitante y que el Fiscal y la Audiencia, al darle curso a la petición, entendían aplicar tales leyes sobre el régimen de las tierras.

Además, se observa que como los que excedían los límites de sus títulos podían sanear su estado irregular mediante composición, la existencia de excesos en 1802 supone la de la composición en la misma época.

Si en 1802 la Audiencia hubiese interpretado la Cédula de San Ildefonso en el sentido de que, por virtud de ese estatuto, la ocupación de la tierra realenga, por sí sola, daba la propiedad, no habría dispuesto que se hiciese un examen sobre las tierras ocupadas por Pedro Sánchez, para establecer si esa ocupación era legítima o no, y si a la luz de las leyes vi-

gentes, que permitían el denuncio de excesos, era viable el pedimento, sino que, sin entrar a hacer distinciones, habría dicho: **ampárese a Pedro Sánchez en lo que posea, no se le inquiete en la posesión que demuestre.**

El caso Sánchez acredita que en 1802 no se confundían el poseedor con título y el poseedor sin él. Pues la Real Audiencia ordenó la averiguación para que estableciera si las tierras que usufructuaba estaban comprendidas por los ttulos. Si la Audiencia hubiese entendido que los poseedores, después de 1780, merecían todos igual respeto en su posesión, no habría ordenado lo que ordenó, no habría dispuesto que se midiesen las tierras. Para qué medirlas, si una parte de ellas no se podía dar a la persona que la solicitaba? Si el primer ocupante con título podía legalmente defender su posesión en una parte de las tierras por el título mismo, y en otra como simple ocupante, tan digno de respeto en el un concepto como en el otro, era improcedente que la Real Audiencia dispusiese que se estableciera qué área de la ocupada por Pedro Sánchez se hallaba comprendida en el título de adjudicación, y qué área estaba por fuera de dicho título. La Audiencia debió disponer, si hubiese entendido que la posesión con título y la posesión sin él merecían idéntico respeto o amparo, simplemente que se averiguase si en verdad Pedro Sánchez ocupaba y cultivaba todas las tierras materia del denuncio, o si una parte de esas tierras se hallaba libre de la ocupación y labor suyas, para hacer merced en ella a Manuel Sánchez. La medida de las tierras no se justifica, si los poseedores con títulos y los poseedores sin él hubiesen merecido idéntica consideración, desde el punto de vista de su situación jurídica.

106. Interpretación que hace de la Cédula el señor apoderado.

Hay en el último escrito presentado por el distinguido abogado que representa ante la Corte a la Compañía avisante, doctor Luis Enrique Cuervo, algunas consideraciones muy interesantes sobre el contenido de la Cédula de San IdeIfonso, que se relacionan particularmente con el origen o formación de esa ley y su finalidad, y que le sirven a su autor para deducir consecuencias interpretativas diferentes de las que a la Corte le ha merecido, por lo que mira a su significado, según se ha visto, ese importante estatuto. Es conveniente que la Sala se detenga en el análisis de los puntos planteados por el abogado, para lo cual tenía que volver a ocuparse de aspectos que ella contempló ya, pero que exigen nuevo examen.

a) "Leyendo con atención el texto de esta Cédula y el de sus antecedentes —dice el abogado— sin dificultad podrá descubrirse que el Gobierno español **tuvo en mira retocar de manera fundamental el régimen de la tierra, en su colonia de la Nueva Granada,** con motivo del informe que don Manuel de Guirior pasó al Monarca, cuando aquél ejercía el Virreinato de Santa Fe. Dicho informe —rendido en carta del 8 de enero de 1776— es no sólo una pieza admirablemente escrita y documentada, sino vivo reflejo de la postración y miseria a que se había llegado, por causa del abandono de la agricultura. El Rey don Carlos III de España reprodujo casi literalmente la carta de Guirior en su Cédula dada en Aranjuez el 26 de mayo de 1777, dirigida al sucesor de aquel benemérito gobernante, y en que ordena **un estudio a fondo del problema por las altas autoridades del Nuevo Reino de Granada.**

"En concepto del Virrey Guirior, la miseria y postración de la Colo-

nia, resultante del abandono de la agricultura, no reconocía otra causa distinta de una política económica, social y jurídica, constituída o representada por leyes que si, 'fueron en su principio útiles, después con la variedad de los tiempos y otros factores (que enumera el Virrey), **ofrecían embarazo a la cultura de campos y poblaciones con ganados'.**

"**Importa no perder de vista tan categórico antecedente,** revelado por las primeras cláusulas de la carta de Guirior, que reproduce la Cédula de Aranjuez, **porque allí se marca con trazos y líneas muy vigorosos, la falta de adaptación de las antiguas leyes para remediar necesidades** que habían llegado a variar con el cambio de los tiempos. Esas leyes, que era menester variar —porque ya no eran útiles— habían considerado el ramo de enajenación directa de las tierras por el Soberano, mediante la venta y sus saneamientos del sistema de composición, como una regalía preciosa de la Corona, fuente de ingresos al Real Patrimonio, el cual se había manifestado muy celoso en esta materia, como lo comprueba la Cédula de San Lorenzo del año de 1754. Por esto, fue principal preocupación del Virrey informante demostrarle al Monarca el 'cortísimo ingreso que tenía entonces Su Real Hacienda, en la venta y composición de Tierras Realengas; pues en los quince años trascurridos desde 1759 hasta 1774, no llegaba a la suma de $ 4.000.00 en Santafé, donde con más formalidades se actuaban sus respectivas diligencias'. **Esta demostración estaba destinada a variar radicalmente el sistema, como lo varió, porque de aquél extremo, rayano en la avaricia, con que el Rey se desprendía de sus tierras, dejando siempre sujetos a los adjudicatarios a revisiones e intranquilidades, pues siempre habrían de acudir a la composición cuando de ella se tratare, y era este arbitrio muy usado para frecuentes socaliñas del fisco contra los terratenientes, de ese extremo —digo— se pasó al contrario, de gran liberalidad, consagrando la enajenación graciosa, con sola la obligación de beneficiar la tierra adjudicada,** según su calidad y las posibilidades del adjudicatario, que no era otra cosa que constreñirlo a que labrara su propio bien". (Subraya la Sala).

Evidentemente, como lo observa el señor apoderado, la Cédula de San Ildefonso trajo una innovación en el régimen tocante con la adjudicación de tierras realengas: acabó con la venta de ellas y dispuso concederlas graciosamente a las personas que las cultivasen. Pero tal innovación no es bastante para que se pueda afirmar, como lo hace dicho señor abogado, que "el gobierno español tuvo en mira retocar de manera fundamental el régimen de la tierra, en su colonia de la Nueva Granada". La reforma, por otra parte, no era nueva en la legislación para las Indias. Ya se ha visto cómo la venta de las tierras en remate no se estableció sino en 1617 y que vino a sistematizarse realmente en 1680. (Números 40, 50, 52, 57 y 76). Las tierras se daban primero a los descubridores y pobladores y a los beneficiarios de repartimientos, y de ellas hacían merced el Rey o las autoridades coloniales, en determinadas condiciones. Y el sistema rigió por mucho tiempo, de concesión graciosa de las tierras, con la sola obligación del cultivo de ellas. Exactamente el mismo que estableció la Cédula de San Ildefonso, desde luego para lo futuro.

La reforma producida por la Cédula de San Ildefonso no fue general, sobre toda la legislación anterior, sino muy concreta y especial. El Vi-

rrey Guirior había descrito al Soberano la situación difícil porque atravesaban muchos vasallos pobres, que no tenían cómo comprar las tierras, hallándose a merced de los ricos, que, o no les daban entrada en las suyas, o si lo hacían era exigiéndoles cuantiosos arrendamientos, consumando una verdadera expoliación. Tal cuestión fue la única que contempló Guirior y la que tuvieron en cuenta el Rey, sus asesores inmediatos, la Real Audiencia, el Fiscal y el Juez de Realengos de Santafé. Y como ya se ha notado (86, 87, 88), con motivo de la dilucidación del asunto hubo de contemplarse la posibilidad de afectar jurídicamente situaciones anteriores, pues Guirior sugirió que a los dueños de tierras que las tenían inexplotadas se les obligase a venderlas o arrendarlas. Y la propia Cédula de 1780 recuerda cómo el Rey había dispuesto que al estudiar el caso se tuviese en cuenta la Instrucción de 1754, lo dicho por Guirior, y que se acordase cuáles de las antiguas leyes podían alterarse; y la Cédula de San Ildefonso no declara que modifica esas disposiciones anteriores, y apenas consigna una notoria reforma para la adjudicación futura de realengos.

Contra lo que estima el señor apoderado, la Cédula no varió radicalmente el sistema, puesto que no lo tocó sino en lo referente a la disposición futura de la tierra, y por eso no hay lugar a decir que la Cédula cambiase el régimen general anterior según el cual el Rey se desprendía de sus tierras quedando "sujetos (a) los adjudicatarios a revisiones e intranquilidades, pues siempre habrían de acudir a la composición", que más bien era un fácil modo de legitimar situaciones irregulares, benéfico a los particulares. En ese concepto lo suprimió el legislador de 1821. Y el propio señor apoderado recuerda las palabras de Guirior, refiriéndose a las leyes, que "si fueron en su principio útiles, después con la variedad de los tiempos... ofrecían embarazo a la cultura de campos y poblaciones con ganados", porque, como ya se vio, el sistema de venta de la tierra conducía al acaparamiento por los ricos, que no la explotaban, en daño de los pobres, que no podían comprarla para beneficiarse de ella.

b) Después de aludir el señor apoderado a la sugestión hecha por Guirior relativa a que si había una persona que tenía tierras y no las cultivaba y otra que deseaba hacerlo, a ésta debía concedérsele el derecho de ocupar la tierra, pagándole al verdadero dueño o poseedor anterior lo que le hubiera costado, agrega lo que sigue: "Proposición que no aceptó el monarca y que, sinembargo, hubiera podido prosperar con arreglo a un criterio menos respetuoso de las adjudicaciones, las cuales, según el propio Guirior, en su carta del 8 de enero, habían dado margen para que se cometieran abusos y usurpaciones de las tierras del Rey por defectos en los títulos al señalar los linderos que determinaban las tierras: 'Mediante a no hallarse en los títulos y mercedes, clara y distintamente los términos de las estancias, ni poderse con el reconocimiento ocular formar juicio de la verdadera extensión de los terrenos'. Ante este gravísimo denuncio (subraya aquí la Sala), hecho por persona tan seria y digna de crédito como lo era Guirior delante del Rey, si éste hubiera representado un gobierno de espíritu cicatero y avaro al estilo del de Fernando VI en su Cédula de San Lorenzo, el monarca no hubiera vacilado en dar instrucciones para que se revisaran esos títulos y se aprovecharan sus deficiencias para obligar a los que poseían con arreglo a ellos a reajustar su situa-

ción ante las exigencias legales y en beneficio tanto de la hacienda real como de los que 'hubieran querido aplicarse al cultivo de la tierra'. Pero precisamente el **'no se inquiete a los poseedores'** del primer artículo de la Cédula de San Ildefonso revela que Carlos III merece el brillante dictado que le prodigan algunos de sus admiradores, llamándolo Monarca Liberal. Esta liberalidad se aplica en forma conservadora, aunque parezca paradójico, pues a todo trance **quería que se respetasen las situaciones adquiridas en el uso y goce de las tierras entonces poseídas,** porque pudo más en la mente del Monarca el concepto de don Benito del Casal y Montenegro, quien expresó en forma que recuerda también las palabras del Fiscal Moreno, su temor de que con las restricciones de la libertad a los dueños de tierras se "suscitaría en el Reino un incendio que abrasase en litigios a los poseedores sin conseguir que los pobres lograsen beneficio'. Moreno dijo: 'Por cuya causa no estima el Fiscal por conveniente, que **se inquiete a los que hasta aquí gozan de tierras compradas o compuestas**....., porque sería mover un incendio, que abrasase en litigios a los poseedores' ".

Fácil es comprender por qué el Rey no reaccionó "ante el gravísimo denuncio" hecho por Guirior, de haberse cometido abusos y usurpaciones de las tierras por defecto de los títulos al señalar los linderos, dando el Monarca instrucciones para que esos títulos se revisaran, aprovechando sus deficiencias para que se reajustase la situación en beneficio de la hacienda real. Tanto el Monarca como la Cédula rechazaron la sugestión de Guirior de hacer obligatorio el amojonamiento de las tierras **tituladas,** no obstante "no hallarse en los títulos y mercedes, clara y distintamente los términos de las estancias". Ciertamente la Cédula no dispuso la revisión de esa propiedad así titulada, porque, por una parte, a la Corona no le interesaba en esa oportunidad la revisión de la propiedad, sino la solución de un problema social de colocación de presuntos trabajadores en tierras inexplotadas, y porque no se necesitaba dicha revisión para atender o no atender a la observación que proponía Guirior de que había tierras no alinderadas. Sin necesidad de revisar la propiedad pudo muy bien el Rey disponer que los alindamientos irregularmente hechos se efectuaran en forma correcta, y obligatoriamente; con lo cual habría satisfecho el deseo de Guirior; pero aunque no lo satisfizo, sin embargo sí tomó en consideración el reparo que él proponía, no contra las titulaciones, sino a la alinderación de las tierras.

En otro lugar se examinaron los antecedentes que debieron influír en la expedición de la Cédula. Conviene volver aquí sobre algunos de ellos, en vista del comentario transcrito del señor abogado.

Comienza la Cédula de 1780 con estas palabras: "Con motivo de lo que en carta de ocho de enero de mil setecientos setenta y seis expuso vuestro antecesor don Manuel de Guirior, **acerca de las nuevas reglas y método que podrían observarse en la venta y composición de tierras para que fuesen útiles a los vasallos de este Reino, señaladamente a los pobres...**" Y más adelante agrega: "os previne..... hicieseis convocar Junta de Hacienda y que teniendo presente en ella la Real Instrucción..... **acordaseis... las reglas que juzgaseis oportunas para lo sucesivo,** y cuáles de las antiguas podrían alterarse en atención a las actuales circunstancias de esos países". El Virrey Guirior había propuesto a la Corona

puntos de vista acerca de las nuevas reglas para la venta y composición de tierras; el Rey ordenó la reunión de una Junta de Hacienda en Santafé para que en ella se acordasen las reglas que se juzgaran oportunas para lo sucesivo. El Virrey presentó indicaciones dirigidas a cambiar el sistema de disposición de las tierras realengas que venía rigiendo, para permitir que los pobres las adquiriesen graciosamente, sin necesidad de los costos y dilaciones que implicaban los remates; y que con respecto a las tierras ya enajenadas "sería también conveniente permitir a cualquier sujeto pobre, medianamente acomodado, o rico, pudiese apropiarse el terreno que necesitara en los términos anteriormente explicados, pagando al dueño legítimo el mismo valor que le hubiese costado la parte que tomaba sin permiso". Y que se amojonaran obligatoriamente las tierras por sus dueños. Ninguna de las medidas sugeridas por el Virrey implicaba la calificación de la propiedad, por el examen de sus títulos, para admitir por buena y legítima la que tuviera una titulación correcta, y negar el carácter de dueños a los que no se encontrasen en semejante estado. La venta de las tierras en lo futuro nada tiene que ver con el problema en examen. Las otras dos medidas, de la venta o arrendamiento obligatorio de la tierra y la del deslinde, sí tenían que ver con lo pasado, con la posesión ya adquirida. Pero la respuesta del Monarca a estas sugestiones fue negativa, categóricamente en cuanto al primer punto, porque ordenó que no se obligase a los poseedores a arrendar o vender sus tierras y que por medios suaves se indujese a los dueños a que las explotasen, por sí mismos o vendiéndolas o arrendándolas a otros. Y en el último punto, tocante con el deslinde y amojonamiento, tampoco accedió el Monarca a que ese amojonamiento se hiciese obligatorio, y tan sólo dispuso ser facultativo para los poseedores alinderar y amojonar sus tierras.

El Juez de Realengos ilustra en forma bien expresiva el punto referente a la obligación de vender o arrendar las tierras, refiriéndose a los únicos poseedores que reputaba dueños: "Las tierras enajenadas en virtud de uno de dichos tres títulos pasaron al dominio de sus poseedores quienes como verdaderos dueños, en virtud de sus respectivos títulos gozan la libertad de poder venderlas, donarlas, o por cualquier otro modo enajenarlas sin que se les pueda precisar a su venta o arrendamiento aunque sean muchas las que poseyeren, como sea con legítimo título". El Fiscal, refiriéndose también a las tierras compradas y compuestas, dijo: "por cuya causa no estima el Fiscal conveniente que se inquiete a los que hasta aquí gozan de tierras compradas o compuestas con su Majestad, por contrato entre particulares, porque sería mover un incendio que abrasase en litigios a los poseedores". Pero desde luego el pensamiento del Fiscal y el del Juez se subordinan a lo que era materia de consideración o examen, a las medidas proyectadas por el Virrey de Guirior, de la venta y arrendamiento obligatorio de la tierra y de su deslinde y amojonamiento. El Fiscal manifestó no ser ello conveniente, por lo que opinó que no se inquietase a los poseedores de tierras compradas y compuestas, y principalmente aludió a la obligación que proponía el Virrey del deslinde y amojonamiento.

El Juez de Realengos dijo también lo siguiente: "Asímismo se halla expresamente prohibida por dichas reales Leyes y Cédula la libertad de

ocupar tierras sin el correspondiente título de merced, composición o venta, mandando despojar de ellas a todos los que las poseyeren sin dichos títulos". Es decir, que el Juez encontraba en esto que él llamaba el despojo de las tierras a los que las poseyeren sin títulos, o sea el lanzamiento de ellas, un remedio para el mal que se contemplaba consistente en que otras personas no tuviesen tierras para su cultivo y sostenimiento. Medida, la del lanzamiento de las tierras ocupadas sin títulos, que podía y debía practicarse de conformidad con lo dispuesto en las leyes del Código de Indias y en las Cédulas. No era pues necesario reformar o adicionar la legislación en ese punto.

Segun los antecedentes que se dejan relacionados, aparece claro que el propósito de la Cédula de San Ildefonso al disponer que no se inquiete a los poseedores de tierras realengas de que están en posesión en virtud de títulos de venta, composición, contrato particular, ocupación u otro cualquiera que sea capaz de evitar la sospecha de usurpación, fue éste: que no se les inquiete en la forma propuesta cuando la Cédula se elaboró, y que no culminó en ella, o sea el arrendamiento y la venta forzosa de las tierras, y su deslinde y amojonamiento obligatorios.

Explicado queda pues, en el parecer de la Sala, por qué el Rey no reaccionó en forma distinta a como lo hizo "ante el gravísimo denuncio de Guirior" y cómo sí obró teniendo en cuenta los puntos que aquél propuso; por qué no se ordenó revisar los títulos, que no era ello pertinente al caso **sub-legislatione**; y cómo fueron las opiniones del Juez y del Fiscal, las que se pronunciaron concreta y solamente sobre el respeto que les merecía la posesión de los "verdaderos dueños —que ellos enumeran— y en modo alguno la de quienes no lo eran.

c) El señor apoderado sienta la tesis de haberse producido, por virtud de la Cédula de San Ildefonso, una composición por mayor de todas las tierras poseídas, cuando ella se expidió, por los títulos de venta, composición y otros que allí se mencionan. Para sustentar esa tesis se expresa así en la página 16 de su último escrito: "La parte sustancial e importante de esta enumeración de títulos que trae el artículo primero de la Cédula, consiste en equiparar varios hechos para justificar la posesión incluyendo la venta y la composición que eran, conforme al derecho común de Indias, los constitutivos de dominio originario emanado del Estado. — ¿Qué puede deducirse de esta nivelación por lo alto en que para justificar el respeto a la posesión se hable de correspondientes títulos entre los cuales se incluyen hechos jurídicos capaces para generar el dominio adquirido originariamente del Estado? — A mi parecer ello significa que la posesión contemplada en el primer artículo de la Cédula de San Ildefonso es el dominio; y que al hablar del contrato particular y de la ocupación lo mismo que de cualquiera otro hecho capaz de alejar la sospecha de usurpación, **el Monarca entiende que allí quedan comprendidas las posesiones con título emanado del Estado y las ejercidas por actos sucesivos de esos títulos cuya existencia se presume.** Porque si la ocupación y el contrato particular sirven para alejar la sospecha de usurpación, **es porque se supone que quien invoca el contrato o aduce la ocupación estaba en condiciones de probar hechos anteriores conectados con la venta o la composición hecha por el propio Monarca.** De la apreciación serena de este elemento, título de la posesión capaz de alejar la sospecha

de usurpación, deduzco yo que el primer artículo de la Cédula de San Ildefonso prohibe la revisión a usanza de las Cédulas de El Pardo y de San Lorenzo y reconoce una situación jurídica definitiva en favor de los realengos entonces disfrutados, aunque sus títulos adolecieran de las dificultades o inconvenientes anotados por el señor Guirior en su carta del 8 de enero. En esta aceptación con el carácter de definitiva de la situación jurídica a que me refiero, veo yo el elemento característico que me permite afirmar la tesis de la composición por mayor efectuada mediante el primer capítulo de la Cédula de San Ildefonso".

Sobre estos importantes comentarios se observa.

Al expedirse en 1780 la Cédula que se comenta regían, en lo tocante a las posesiones que se fundaban únicamente en la ocupación o en contratos entre particulares, los principios consagrados antes, especialmente en la Cédula expedida en 1754, conforme a los cuales a quienes no tenían título del Estado les bastaba la justificación que hicieran de aquella antigua posesión, cuando de ocupantes antiguos se tratase, y si eran recientes, su posesión se legitimaba por la composición.

El ocupante de hecho o el ocupante por contrato particular, cuando la ocupación de este último no emanaba de venta o composición, eran, en 1780, o antiguos poseedores, que debían justificar su posesión, o poseedores recientes, que debían acudir a la composición.

Cambió la Cédula de San Ildefonso ese estado legal de aquellos ocupantes? No debieron ya ellos, por virtud de la Cédula, justificar su antigua posesión o componer su estado los de posesión reciente? El solo hecho del amparo otorgado a ellos por la Cédula, al disponer que no se les inquietase en su posesión, los relevó del deber que tuvieron sus antecesores, en idénticas situaciones, de justificar su posesión o de ir a la composición?

La Sala estima que la consecuencia que se pretende deducir de que al ordenar la Cédula no inquietar a los poseedores aceptó el relevo para ellos de aquellas obligaciones, no es una consecuencia necesaria. Bien podía la Cédula ordenar que no se inquietara a los poseedores sin título de propiedad, a los ocupantes por ocupación directa o por contrato particular, sin que por ello estuviese admitiendo que tales poseedores quedaban relevados de la obligación, en sus respectivos casos, de justificar su antigua posesión o de componer su estado reciente de posesión, como lo tenía establecido la Cédula de San Lorenzo, cuyos ordenamientos no derogó expresamente la Cédula de San Ildefonso.

El propio abogado doctor Cuervo lo admite así implícitamente cuando dice que la ocupación y el contrato particular eran estados precarios, subordinados a la calidad de dueño, con título de venta o composición que tuviese otra persona frente al Estado, pues acepta que los solos ocupantes por ocupación directa o por contrato no eran legítimos poseedores si no justificaban su posesión en calidad de representantes del dueño o poseedor legítimo. Y agrega asímismo: "De aquí deduzco una presunción implícita en la propia ley, de que las tierras realengas poseídas, a que se refirió el artículo primero de la Cédula de San Ildefonso, ya habían sido enajenadas por alguno de los tres títulos que enunció el Juez, y que, por consiguiente, según las leyes ordinarias españolas vigentes en

las Indias y por tanto en el Virreinato de la Nueva Granada, se había producido la salida de esas tierras del patrimonio real y su ingreso al de los particulares poseedores".

Y si se trataba de contratos entre particulares y de ocupaciones que no se conectaban con la venta o la composición, qué ocurría? Para esos casos, muy naturales y posibles, parece que el doctor Cuervo no encuentra justificada, moral y jurídicamente, la composición por mayor y automática de las tierras así poseídas.

Lo dicho aquí pone de relieve que la aceptación que hizo la Cédula de San Ildefonso de las diversas clases de posesiones a que se refirió, no fue con carácter de definitiva e irrevocable, que asegurase una situación jurídica permanente.

Dos argumentos añade el señor apoderado para sustentar su tesis de la composición por mayor: que los poseedores reconocidos por la Cédula tuvieron, según ella, facultades dispositivas sobre las tierras, y gozaron de la acción de deslinde, atributos ambos que demuestran dominio y no simple posesión por parte de tales poseedores.

Que se dispusiese no obligar a los poseedores mencionados a vender ni arrendar las tierras que poseían, no es, por lo ya visto, respecto al régimen establecido al momento en que la Cédula se expidió, y que venía de atrás, otra cosa que la aplicación normal de ese régimen a la propiedad de las tierras, su posesión y ocupación; pues, se repite, el ocupante de hecho, poseedor el menos calificado, tenía sin embargo un **status** jurídico que le garantizaba el poder presentarse a justificar su posesión antigua o a componer su posesión reciente. Por ello el legislador de San Ildefonso fue justo y acertado, y consecuente con lo establecido por la legislación anterior, al disponer que no se inquietase a todos los poseedores que enumeró, inclusive a los que no tenían título de venta o composición, no obligándolos a arrendar o a vender sus tierras.

En cuanto a ser la facultad del deslinde de las tierras índice del dominio que se supone fue reconocido por la Cédula para todos los poseedores que ella comprende, ya la Sala observó cómo tal facultad no puede entenderse, en el caso que se analiza, como el poder de amojonar y alinderar ad libitum las tierras los poseedores y ocupantes, sino mediante intervención judicial, la que implica el examen de los títulos y la calificación del derecho alegado en cada caso y el sometimiento a los datos sobre linderos consignados en esos títulos. La Corte se remite en este punto a lo ya dicho en el particular. (98).

d) Se pregunta el señor apoderado qué acción se reservó el Estado español en 1780 "para disputar el dominio a los poseedores del primer capítulo de la ley", y contesta la interrogación diciendo que no se reservó acción alguna y que por consiguiente se consumó allí una auténtica composición por mayor de las tierras poseídas.

La razón principal en que sutenta su tesis el señor abogado sobre no haberse reservado acción alguna el Estado español en 1780 la deduce de que a su juicio el Estado español no tenía interés en conservar ninguna acción, como "lo demuestran varias circunstancias de hecho, reveladas por la propia Cédula y sus antecedentes, los cuales indican que, habiendo dejado de ser en el Virreinato la venta y composición de realengos, una

fuente apreciable de ingresos para la real hacienda, el monarca admitió el proyecto debido a la iniciativa de don Manuel de Guirior, de cambiar fundamentalmente el sistema de la enajenación de tales bienes y dispuso que en lo futuro se trasmitieran gratuitamente". Y con esta base concluye su razonamiento así: "Si, pues, el Estado español consideró definitivos la posesión y el disfrute de las tierras realengas, no enajenables, poseídas por virtud de correspondientes títulos de venta, composición u otro cualquiera capaz de alejar la sospecha de usurpación, sería ilógico pensar que siempre se reservó algún interés que le permitiera, o hubiera permitido, entablar acción de dominio contra los poseedores".

Arriba se vio cómo la Cédula de San Ildefonso no cambió el sistema general a que venía sometido el régimen de la tierra y que sólamente innovó en lo que mira a la adjudicación en lo futuro de las tierras realengas. Y también se observó cómo el único cambio que se produjo, y que tan grande consideración le merece al señor apoderado, no fue nuevo en 1780, pues ya había regido ese sistema antes de establecerse la venta de las tierras en 1617. Y se agrega ahora que con anterioridad a aquel año, cuando las tierras **se daban gratuitamente** a los cultivadores, como lo estableció nuevamente la Cédula de San Ildefonso, el Estado sin embargo mantenía la más celosa defensa de su patrimonio territorial. En efecto, desde cuando se establecieron los repartimientos de tierras ya el Monarca se reservó una parte, en cada repartimiento, para hacer merced de ella a su voluntad. Las disposiciones, consignadas en las Ordenanzas sobre Descubrimiento Nuevo y Población, dadas por Felipe II el 13 de julio de 1573 dicen:

"CXXVIII.—Los demás solares se repartan por suerte a los pobladores, continuando los que corresponden a la plaza mayor; **y los que restaren, queden para Nos; para hacer merced dellos a los que después fueren a poblar, o lo que la nuestra merced fuere".** — "CXXXI.—Confinando con los ejidos se señalen dehesas para los bueyes de labor, y para los caballos, y para los ganados de la carnicería, y para el número ordinario de ganados que los pobladores por ordenanza han de tener; y en alguna cantidad más, para que se cojan para propios del Consejo; y lo restante se señale a tierra de labor, de que se hagan suertes en la cantidad que se ofreciere, de manera que sean tantas como los solares que puede haber en la población; y si oviere tierras de regadío, se hagan dellas suertes y se repartan en la misma proporción, a los primeros pobladores por sus suertes; **y las demás queden para Nos para que hagamos merced a los que después fueren a poblar".** (6 y 11).

Y en la primera Cédula de El Pardo, en 1591, se estableció: "confirmándoles en lo que tienen de presente y dándoles de nuevo hasta lo que les fuere necesario **toda la demás tierra quede y esté libre y desembarazada para hacer merced y disponer de ella a mi voluntad".** (20).

El señor abogado comenta así, a la página 36 de su último escrito, un pasaje de Solórzano: 'Importa asímismo recordar que Solórzano había tratado de justificar esta facultad del Rey o de sus representantes para compeler a la exhibición de títulos, basándola en dos consideraciones: la primera, que conforme a la ley o Cédula de El Pardo de 1591, las mercedes y gracias de tierras habían de hacerse sacando éstas en almoneda y atendiendo a las precisas reglas sobre poderes de los agentes del Rey

para hacer mercedes o concesiones, y que si los poderes se habían extralimitado o las tierras no se habían sacado a remate, las concesiones eran nulas; la segunda, que 'están reservadas a la persona real estas concesiones, licencias y facultades para romper, y labrar semejantes tierras (número 8)'. En cuanto a la primera razón es admisible que el Rey tuviera facultad para revisar concesiones de tierras y desconocer a ellas su valor cuando los que las hacían no habían cumplido con las leyes; sin embargo, había el remedio de la composición para asegurar el derecho de los poseedores con títulos defectuosos. En cuanto a la segunda razón hay que distinguir: puesto que antes de 1591 cuando se dio la Cédula de El Pardo, **no se había proclamado la incorporación de las tierras de las Indias en la real Corona y era manifiesto que el derecho peninsular no había consagrado esta reserva**, como quiera que, según dejé demostrado la glosa de Gregorio López sólo habla de la presunción de pertenecer al Rey o a la ciudad las tierras incultas, su concesión se rige por el estatuto de las Capitulaciones o por el de las Ordenanzas de Poblaciones que expresamente habían querido aplicar las tierras que se descubriesen para gratificar la empresa de los conquistadores y pobladores, reconociéndoles así un simple derecho natural de ocupación; y de 1591 en adelante no tenemos título alguno invocado por el Monarca, como base de su regalía de tierras, distinto del interés económico en aplicarlas como arbitrios fiscales".

No resulta exacto el anterior comentario si se le compara con las disposiciones ya insertas de la Ordenanza de Poblaciones y de la primera Cédula de El Pardo. Conforme a ellas no hay duda de que el soberano español se reservó, en la época de que allí se trata, derechos inalienables y defendidos severísimamente por la segunda Cédula de El Pardo, sobre su patrimonio territorial en las Indias, en un período que, como se ha anotado, fue análogo al que siguió inmediatamente a la Cédula de San Ildefonso, en lo que toca con la enajenación de las tierras realengas. Ellas se entregaban por las capitulaciones y repartimientos a los pobladores, pero el Rey siempre se reservó parte en ellas para hacer merced a su voluntad. Lo que explica el celo del monarca por defender esa regalía así configurada.

Y es importante el razonamiento que aquí se está haciendo porque él destruye, a juicio de la Sala, el fundamento en que descansa la argumentación principal que hace el señor abogado al referirse a la Cédula de San Ildefonso y para deducir que con el solo hecho de su expedición la Corona española no tuvo ya interés alguno en el cumplimiento de las leyes anteriores sobre tierras, en la exhibición y examen de los títulos a ellas referentes y en las demás reglas que no es preciso mencionar ahora. Que no tenía interés el Estado español en andar inquietando a los poseedores exigiéndoles la presentación de sus títulos o en otra forma análoga, porque el cambio tan fundamental del sistema regulador de la propiedad de las tierras imponía considerar inexistentes o inaplicables aquellos preceptos expedidos en épocas lejanas para la defensa del patrimonio territorial del Rey, cuando esa defensa se justificaba, porque el Rey tenía un patrimonio de esta clase qué defender y conservar; pero que en 1780 la reserva en favor del soberano no existe, puesto que se

acaba entonces el sistema de venta de las tierras y se establece el de la concesión graciosa de ellas a los que las cultiven o exploten. Cae la argumentación porque precisamente el sistema de rigor más grande que se encuentra a través de toda la legislación indiana, en orden a la protección de los derechos territoriales del monarca español, corresponde a un período histórico perfectamente análogo al que rigió a partir de la Cédula de 1780, también de concesión graciosa de las tierras a los que las cultivaban.

Luego el interés del monarca español para hacer la defensa de su regalía en las tierras fue el mismo en 1780 que lo había sido en la época a que se ha hecho referencia; el Estado continuó manteniendo después de la Cédula de San Ildefonso el mismo interés que antes tuvo para controlar la salida de las tierras de su patrimonio al de los particulares, si no por motivos de orden fiscal, seguramente por razones de otro orden, cuyo examen no es el caso de adelantar aquí. Que la venta y composición de realengos, como lo anota el señor abogado hubiese dejado de ser en el Virreinato una fuente apreciable de ingresos para la real hacienda, no significa que el monarca careciese de interés en la forma y modo como se hiciese el traspaso de las tierras realengas; es cuestión que está por demostrar, tal falta de interés, pues el argumento aducido no lo establece, ya que antes de 1617 tampoco constituyó fuente de ingresos fiscales la entrega de las tierras en repartimiento o su ocupación por los cultivadores en general que llegaran a ocuparlas.

El interés del Estado español es conservar el control de las adjudicaciones o traspasos de las tierras realengas, a partir de 1780, pudo ser el mismo que tiene la república de intervenir por medio de las autoridades correspondientes en la expedición de títulos sobre tierras baldías a los cultivadores y colonos.

e) En otra parte de su última exposición escrita el señor abogado manifiesta: "Así, pues, diré: que no sería suficiente examinar los principios legales sustantivos de primer grado —como son los que gobiernan la cuestión jurídica de la propiedad—, si al mismo tiempo se pasan por alto los principios legales sustantivos de segundo grado —como son los que gobiernan la materia de la prueba de los hechos a que se aplica el derecho objetivo—. Porque, como lo aseveré con pleno convencimiento de hallarme en lo justo en mis anteriores alegatos, el derecho de dominio como cosa incorporal que es, no es susceptible de prueba directa; se prueban los hechos generadores del derecho, cuando se trata del campo del derecho subjetivo. Ahora, como la prueba se dirige a la mente del juez que aprecia los hechos dentro del juicio, se requiere estudiar aquí también cuáles reglas gobiernan la función probatoria tratándose de demostrar el dominio de la tierra frente al Estado. Y volviendo al tema central de la Cédula de San Ildefonso, no hay duda respecto a la doble eficacia de las reformas consagradas por ella, eficacia que se aprecia así: primeramente se varía el sistema de enajenación de las tierras incultas dejando sin efecto el anterior de la venta y composición; en segundo lugar se ordena no inquietar a los poseedores de tierras realengas cuyas posesiones existían al tiempo de promulgarse la Cédula.

De aquí se desprende una consecuencia válida para el terreno de los principios sustantivos del primer grado consistente en la abolición tá-

cita de la acción que tenía el Estado para obligar a los poseedores a justificar su posesión, puesto que, como lo he demostrado, desapareció el interés que servía de base a tal acción y que no era otro que el interés fiscal cuando la enajenación onerosa de los realengos baldíos se tenía como fuente de ingreso a la real hacienda. Y por lo que toca al campo de los principios sustantivos de segundo grado, se le rindió a la posesión el mayor homenaje de que puede gozar en el derecho, o sea, que el Estado consideró perpetua esa posesión frente a él y por virtud de la orden de no inquietar a los poseedores dada en el primer artículo del primer capítulo de la Cédula.

"Como consecuencia de este postulado yo deduzco la de que si había de discutirse el dominio de las tierras entre el Estado y los particulares a partir de 1780, **el poseedor era reputado dueño ante el Estado sin que tuviera necesidad de estar exhibiendo su título para conservar la posesión** ni quedar expuesto a las actividades oficiosas de los agentes del Rey que, operando desde el ejercicio de sus poderes administrativos hubieran pretendido excluír al poseedor de la posesión de los realengos. Queda sin embargo como posible la hipótesis de la demanda para discutir por la vía judicial, con citación y audiencia del poseedor, ese mismo dominio, **y en tal caso al Estado demandante le hubiera correspondido en estricto rigor de justicia producir la prueba por donde hubiera podido desconocerse la eficacia de la presunción de dominio a favor de quien poseía".** (Subraya la Sala).

El postulado que le sirve al doctor Cuervo para deducir las consecuencias que señala se apoya a su vez en deducciones que la Corte no ha encontrado fundadas, a saber: 1ª "la abolición tácita de la acción que tenía el Estado para obligar a los poseedores a justificar su posesión, puesto que, como lo he demostrado, desapareció el interés que servía de base a tal acción"; ya que como se vio, el Estado español sí conservó después de 1780 el interés que se echa de menos; 2ª "que el Estado consideró perpetua esa posesión frente a él y por virtud de la orden de no inquietar a los poseedores"; pues también ha dicho ya la Sala cómo a su juicio la orden de no inquietar a los poseedores no implicó el reconocimiento por el Estado de una situación permanente e irrevocable por los ocupantes y poseedores a que se refirió la Cédula. Y como el postulado propuesto no es verdadero, jurídicamente, en opinión de la Sala, lá consecuencia que sobre presunción de dominio a favor del poseedor deduce el señor abogado tampoco prospera y no puede admitirse como necesaria y jurídica.

f) No es preciso, por lo mismo, considerar algunos razonamientos que con base en esta premisa hace el doctor Cuervo acerca de la prueba en juicio del derecho territorial de los particulares frente al del Estado.

LA PRESCRIPCION EN EL PERIODO COLONIAL

107. En otros lugares de este estudio se ha hecho un examen de la legislación indiana para fijar el alcance que, en el parecer de la Corte, tuvo o debió tener dentro de ella, la institución jurídica denominada prescripción.

Conviene tener en cuenta aquí las interpretaciones que algunas personas han hecho de las normas legales que a su juicio configuran la pres-

cripción de tierras realengas en el período colonial. Son estos, autorizados pareceres los de los Consejeros de Estado Juan Pablo Restrepo y Miguel Antonio Caro, emitidos en un informe presentado en 1888 a la entidad que honraron con sus luces científicas; el del doctor Emiliano Restrepo E., en un alegato ante la Corte Suprema en el juicio de reivindicación de baldíos entre la Nación y la United Fruit Company, referente a la finca llamada Santa Ana, y un estudio del doctor Roberto Urdaneta Arbeláez; todos ellos incorporados en la obra "Derecho administrativo colombiano", del doctor Alcibíades Argüello, editada en 1927, y de la cual se hacen los traslados que adelante se ven.

108. a)—**Concepto de don Juan Pablo Restrepo y don Miguel Antonio Caro.** — Después de citar varias leyes españolas peninsulares, los ilustres informantes agregan:

"Condensando en pocas palabras el contenido de las leyes mencionadas hasta ahora, que son las más importantes de nuestra antigua legislación en el asunto de que se trata, resulta lo siguiente:

"1º Por regla general, los bienes inmuebles prescriben por diez años entre presentes y por veinte entre ausentes, mediando justo título y buena fe.

"2º Faltando el justo título y la buena fe, la prescripción se verifica en treinta años; pero si el dueño de la cosa tiene noticia del contrato de enajenación, se sigue la regla del número anterior.

"3º No están sujetas a prescripción las cosas sagradas, las religiosas, las santas, el hombre libre, la suprema jurisdicción real, las rentas públicas, las cosas de uso común, las cosas robadas o hurtadas y las que se poseen en común.

"4º Las cosas de las ciudades, villas y otros lugares que no sean de uso común, prescriben en cuarenta años, y en los cuatro siguientes puede pedirse restitución; pero, si se dejan pasar, se consuma la prescripción.

"5º Las cosas raíces de las iglesias se prescriben en cuarenta años; si se trata de la romana, en cien.

"6º Las cosas de la Nación, exceptuando las rentas públicas, están sujetas a prescripción, según las siguientes palabras de la ley 1ª, título 15, libro 4º de la "Recopilación Castellana", citadas antes: 'y asímismo lo que las leyes dicen, que las cosas del reino no se pueden ganar por tiempo, se entiende de los pechos y tributos a Nos debidos'.

"Llegados a esta conclusión, ocurre preguntar: cuál es el tiempo necesario para prescribir bienes nacionales, **según la jurisprudencia española, que era anteriormente la nuestra**? Serán diez o veinte, o treinta años, como en los casos comunes? O cuarenta, como si se tratara de bienes de ciudades, villas y otros lugares?

. . . . . .

"No estimamos necesario el estudio de esta cuestión; y si bien nos inclinamos a creer más sólida la primera de las opiniones enunciadas, juzgamos que basta dejar sentado que los bienes nacionales, exceptuadas las rentas públicas, pueden adquirirse por prescripción, por un tiempo que en ningún caso puede exceder de cuarenta y cuatro años; y que bien puede ser que se reduzca en ocasiones a diez.

"Rigió la legislación española, en los asuntos nacionales, hasta el año de 1873, época de la sanción del Código Civil".

Los señores Restrepo y Caro solamente hacen referencia a las leyes españolas que consideran pertinentes por tratarse en ellas la materia de la prescripción. Y concluyen su comentario a esas normas, juzgando, como se ha visto, que los bienes nacionales —entre ellos las tierras baldías— pueden adquirirse por prescripción. No comentan las leyes del Código de Indias ni las demás cédulas especiales que trataron la materia.

109. Las cédulas y leyes para las Indias debían aplicarse de preferencia a las leyes peninsulares. El doctor Pedro María Carreño así lo afirma, a las páginas 201 y 202 de su libro "Propiedad privada del petróleo en Colombia", edición de 1938, con fundamentos muy acertados y sólidos, como pasa a verse:

"La América española bajo el régimen colonial tuvo como ley orgánica y de aplicación preferente el Código de las Indias, y solamente a falta de disposiciones pertinentes en ese Código, era dado suplir la deficiencia con otras leyes.

"Así lo ordena la Ley I, Título I, Libro 2º de la Recopilación de Leyes de las Indias, que manda que las leyes en dicho Código contenidas 'se guarden, se cumplan y ejecuten como las nuestras.....' y en lo que no estuviere decidido por las leyes de esta recopilación para las decisiones de las causas y su determinación se guarden las leyes de la Recopilación (la Castellana) y partidas de estos reinos de Castilla conforme a la ley siguiente (la Ley II, Título I, libro 2º).

"La ley II de los mismos título y libro, dispone 'que en todos los casos, negocios y pleitos en que no estuviere decidido ni declarado lo que se debe proveer por las leyes de esta recopilación, o por cédulas, provisiones u ordenanzas dadas y no revocadas para las Indias, y las que por nuestra orden se despacharen, se guarden las leyes de nuestro Reino de Castilla conforme a las de Toro, así en cuanto a la sustancia, resolución y decisión de los casos, negocios y pleitos, como a la forma y orden de sustanciar' ".

Este entendimiento que la Corte hace sobre la aplicación preferente que debieron tener y que hay que darle hoy a las leyes especiales para las Indias, en relación con las de la Península, se hace más firme si se considera lo que estableció la ley de 13 de mayo de 1826, que fijó el orden de aplicación de las leyes. Claro es que se refiere al futuro y no al período colonial; pero como también dicha ley es una de las primeras que se expidieron en la República, pudo contemplar y contempló muy de cerca la situación que ahora vemos distante, en lo que toca a la aplicación de las leyes de la Colonia, las que habían continuado rigiendo en la República. El artículo 1º de esa ley dispuso:

"El orden con que deben observarse las leyes en todos los Tribunales y Juzgados de la República, civiles, eclesiásticos o militares, así en materias civiles como criminales, es el siguiente:

"1º Las decretadas o que en lo sucesivo decretare el Poder Legislativo.

"2º Las pragmáticas, cédulas, órdenes, decretos y ordenanzas del Gobierno español, sancionadas hasta el 18 de marzo de 1808, que estaban en observancia bajo el mismo Gobierno español en el territorio que forma la República.

"3º Las Leyes de la Recopilación de Indias.

"4º Las de la Nueva Recopilación de Castilla, y
"5º Las de las Siete Partidas".

Las normas sobre prescripción que los señores Restrepo y Caro —y también, como se verá adelante, el doctor Urdaneta Arbeláez— aplican a la adquisición de realengos en el Virreinato de la Nueva Granada, se hallan contenidas en las leyes de Castilla (Nueva y Novísima Recopilación) y en las Siete Partidas. Y el orden legal establecido en 1826 coloca primero, para su aplicación, "las pragmáticas, **cédulas**..... que estaban vigentes en el territorio de la República" (numeral 2º) y la Recopilación de Indias (numeral 3º), y después las Leyes de Castilla y las Siete Partidas (numerales 4º y 5º).

Las Leyes de Indias (el Código) y las Cédulas de El Pardo, San Lorenzo y San Ildefonso tienen, pues, preferente aplicación a las leyes peninsulares, además de ser especiales y de haber regulado completamente la materia sobre régimen de las tierras realengas en el período colonial.

Pudiera acaso decirse que por haber mencionado la prescripción el Código de Indias y la Cédula de San Lorenzo, es acertado jurídicamente entender el alcance y sentido de la prescripción a que aluden, a la luz de la legislación peninsular. Mas esto no es admisible, como pasa a verse.

Tal Código y tal Cédula se refieren evidentemente a la prescripción de las tierras realengas. La prescripción respecto a éstas fue reconocida en esas leyes; ello no puede negarse. Pero dicha prescripción debió ser armónica con lo que sobre enajenación y conservación de tierras realengas rigió en el período colonial, según las propias reglas u ordenamientos y de acuerdo con lo que ellos expresan en punto a prescripción. No puede ignorarse la naturaleza peculiar y especialísima de toda la legislación para las Indias y lo que en ella se dice de la materia de que se trata. Más jurídico es coordinar los extremos opuestos, no negando la prescripción de las tierras realengas por los particulares, pero entendiéndola subordinada al derecho público colonial sobre tierras y a lo que él estatuye sobre prescripción.

La Cédula de San Lorenzo dijo: "y no teniendo títulos, les deberá bastar la justificación que hicieren de aquella antigua posesión, como título de justa prescripción: en inteligencia, que si no tuvieren cultivados, o labrados, los tales realengos, se les debe señalar el término de tres meses, que prescribe la ley 11 del citado tít. y lib., o el que parezca competente para que lo hagan; con apercibimiento, que de lo contrario se hará merced de ello a los que denunciaren, con la misma obligación de cultivarlos".

El solo texto transcrito demuestra que la llamada prescripción estaba configurada por un régimen especial, que no era el del derecho común: no se entendía sobre cualquiera extensión que se poseyese con ánimo de señor y dueño, sino respecto de lo cultivado y explotado económicamente, y con la sanción de perder lo poseído si no se cultivaba y labraba en determinado tiempo. Se respetó la posesión antigua como título de justa prescripción; pero quedó sometido el poseedor a la condición y a la sanción de que habla la Cédula. Como se ve, es esta una prescripción muy distanciada de la establecida en el derecho común.

La prescripción se reconoció en la Cédula de San Lorenzo en la inte-

ligencia de tener cultivados o labrados los realengos, o de que si así no sucedía, se cumpliera ese requisito dentro de un término breve. Es interesante observar cómo la Cédula mencionada, al referirse al plazo que podía concederse para labrar o cultivar la tierra, se remitió a lo dispuesto en la ley II, título XII, libro IV de la Recopilación de Indias, disposición que a su turno, y como ya se anotó en otro lugar (9, 11 y 12), reprodujo en 1680 lo que tenía dispuesto una Cédula de 1536, sobre la obligación de tomar posesión de las tierras repartidas, dentro de tres meses, y hacer plantíos en ellas, "pena de perderlas"; y cómo en esa situación jurídica que configuraba los repartimientos de tierras, se encuentra el nacimiento de la "justa prescripción". Si la tierra no se trabajaba se perdía para los titulares del repartimiento; empero, mediante su cultivo, se hacía del patrimonio particular, y entonces sus adjudicatarios podían venderla y disponer de ella "como cosa suya propia". (Cédulas de 1513 y 1525). Es por demás sugestivo que el legislador indiano de 1754, al referirse a la prescripción y al definirla o señalar sus características, hiciera referencia precisamente a la ley 11 mencionada del Código de Indias, la que a su turno incorpora la Cédula de 1536 sobre la obligación que tenían los adquirentes de tierras en repartimiento de cultivarlas y alinderarlas. Esta coincidencia pone de manifiesto no estar descaminada la Sala cuando en esta sentencia ha sostenido que la justa prescripción admitida en el régimen jurídico colonial tuvo su origen en el fenómeno producido por el recibo de tierras en repartimiento, que era el único, en toda la legislación, análogo al de la prescripción, que se hallaba reconocido cuando se expidió el Código de Indias, primera ley que expresamente alude a la prescripción al disponer amparar "a los que con buenos títulos y recaudos, o con justa prescripción poseyeren".

Lo expuesto demuestra que el estudio de Restrepo y de Caro, al tratar de deducir consecuencias para la prescripción con fundamento en las leyes peninsulares, y con prescindencia de las leyes especiales para las Indias, adolece de la tacha de no haberse ajustado a la legislación pertinente.

110. b) **Concepto del doctor Emiliano Restrepo** E.—Contiene también referencias y comentarios a las leyes españolas peninsulares, los que se dejan de lado por las razones ya expuestas, concretando la Sala su examen de las interesantes opiniones del doctor Restrepo E., a los pasajes de su alegato que se refieren a las leyes indianas. Son éstos:

"El Código de Leyes intitulado Recopilación de Indias rigió en la Colonia llamada Nuevo Reino de Granada hasta después de la emancipación nacional. La vigencia de este Código en la Nueva Granada la estableció la ley primera, Parte Segunda, tratado segundo de la Recopilación Granadina, y sus disposiciones prefirieron sobre las leyes de partida, por el orden en que se determinó cuáles leyes regían en dicha Nación. A ese Código pertenece la Ley 14, título 12, libro 4º, en la cual el Soberano, después de declarar que le pertenecían en propiedad todas las tierras conquistadas en América por las armas españolas, dispuso en la parte final de esa ley 'que a las personas poseedoras de tierras, estancias, charcas y caballerías pertenecientes al patrimonio real, con títulos legítimos', se les amparase en su posesión, terminando: 'por todo lo cual ordenamos y mandamos a los Virreyes y Presidentes de Audiencias pretoriales que cuando

les pareciere señalen término competente para que los poseedores exhiban ante ellos y los ministros de sus audiencias que nombraren, los títulos de tierras, estancias, chacras y caballerías; y amparando a los que con buenos títulos y recaudos, **o justa prescripción poseyeren**, se nos vuelvan y restituyan las demás, para disponer de ellas a nuestra voluntad'. Esta disposición legislativa pasó rigiendo, del Gobierno de la Metrópoli al Gobierno republicano; y rigió hasta el año de 1882, en el cual se expidió la ley 48, que estableció la imprescriptibilidad de las tierras baldías,...

"En el erróneo supuesto de que las leyes del título 17 de la partida 2ª, que declaraban imprescriptibles los bienes raíces pertenecientes a la Corona de España, no hubieran quedado abrogadas,... habrían quedado abrogadas, en lo que se refiere a tierras realengas situadas en América, por la ley de la Recopilación de Indias que acabo de citar, en la cual se reconoció expresamente que esas tierras podían adquirirse legítimamente por medio de la prescripción; y doctrina expresamente confirmada, y ratificada por la Real Cédula expedida en El Pardo (sic) por el Soberano español el 25 de octubre de 1754, y destinada expresamente para reglamentar la adquisición en Indias de bienes realengos; Cédula que quedó comprendida, como vigente, entre las que mencionó el artículo 1º de la ley 1ª, parte 2ª, tratado 2º de la Recopilación Granadina, también de aplicación preferente a las leyes de partida, confirmación que resulta del número 4º de dicha real Cédula, que dice así: 'Constando por los títulos o instrumentos que así se presentaren, o por cualquier otro medio legal, estar en posesión de los tales realengos, en virtud de venta o composición hecha por los Subdelegados que han sido en esta comisión antes del citado año de 1700, aunque no estén confirmadas por mi Real Persona, ni por los Virreyes y Presidentes, los dejen en la libre y pacífica posesión de ellas, sin causarles la menor molestia; ni llevarles derechos algunos por estas diligencias, en conformidad con la ya citada ley 15, título 12, libro 4º de la Recopilación de Indias, haciendo notar en los tales títulos que manifestaren haber cumplido con esta obligación, para que en adelante no puedan ser turbados, emplazados ni denunciados ellos ni sus sucesores en los tales realengos; **y no teniendo títulos, les deberá bastar la justificación que hiciesen de aquella antigua posesión, como título de justa prescripción'.** Como se ve, en esta Cédula, expedida expresamente para las tierras realengas de América, se reconoce expresamente que tales tierras podían adquirirse legítimamente por medio de la prescripción. Estas dos disposiciones, la de la Recopilación de Indias y la de la Real Cédula, no han sido derogadas, ni expresa, ni tácitamente, desde que entraron a regir, hasta el año de 1882, en el cual se expidió la ley 48, por cuyo artículo 3º se estableció por primera vez la imprescriptibilidad de las tierras baldías de la Nación".

El doctor Restrepo alude a disposiciones del Código de Indias y de la Cédula de San Lorenzo para afirmar que la prescripción fue reconocida allí como medio de adquirir las tierras realengas. Las consideraciones que la Sala ha hecho en otras partes de este fallo, en particular al estudiar tales disposiciones del Código de Indias y de la Cédula de San Lorenzo, y las que hizo en el punto anterior, la han llevado a deducir que sí existió realmente una prescripción, en el derecho indiano, pero no con el carác-

ter que se le reconocía entonces en el derecho civil, sino una prescripción especial y **sui géneris**. A lo dicho en aquellas oportunidades se remite ahora la Corte; observando que los argumentos que aduce el doctor Restrepo son los mismos que en apoyo de la prescripción se han tenido en cuenta por la Sala. (49, 73).

c)—**Concepto del doctor Roberto Urdaneta Arbeláez.**—También hace este expositor un estudio muy interesante sobre las leyes llamadas de las Siete Partidas y la Nueva y la Novísima Recopilación, que la Sala no se detiene a considerar, por los motivos ya reiterados, limitando su análisis a la parte de ese concepto que su autor intitula Leyes de Indias y Cédulas Reales, y que dice:

"Vistas las disposiciones que rigieron de manera general para todas las comarcas sometidas a la Corona de España, vamos a examinar ahora las que de manera especial rigieron en las colonias españolas de América.

"La Ley 14, título XII, libro 4º de la Recopilación de Indias dice así: 'Por haver Nos fucedido enteramente en el Señorío de las Indias, y pertenecer a nuestro patrimonio y Corona Real los valdios, fuelos y tierras, que no eftuvieren concedidos por los Señores Reyes nueftros predeceffores, o por Nos, o en nueftro nombre, conviene que toda la tierra, que fe poffee fin juftos y verdaderos títulos, fe nos reftituya, fegun y como nos pertenece, para que refervando ante todas cofas lo que a Nos, o a los Virreyes, Audiencia, y Governadores pareciere neceffario para plazas, exidos, proprios, paftos y valdios de los lugares, y concejos, que eftan poblados, afsi por lo que toca al eftado prefente en que fe hallan, como al por venir, y al aumento que puedan tener, y repartiendo a los Indios lo que buenamente huvieren menefter para labrar y hacer fus fementeras, y crianzas, confirmándoles en lo que aora tienen, dandoles de nuevo lo neceffario , toda la demas tierra quede y efté libre y defembarazada para hacer merced, y difponer de ella a nueftra voluntad. Por todo lo qual ordenamos y mandamos a los Virreyes y Prefindentes de Audiencias Pretoriales, que quando les pareciere feñalen termino competente para que los poffeedores exhiban ante ellos y ante los miniftros de fus Audiencias que nombraren, los títulos de tierras, eftancias, chacras, y cavallerias, y **amparando a los que con buenos títulos y recaudos, o jufta prefcripcion poffeeyeren, fe nos buelvan y reftituyan** las demas, para difponer de ellas á nueftra voluntad'.

"Como se desprende del contexto de esta disposición de manera perfectamente clara, la prescripción corría y era reconocida sobre los baldíos, suelos y tierras que pertenecían al patrimonio de la Corona y los Virreyes, Audiencias y Gobernadores debían amparar en su posesión lo mismo a quienes presentaren buenos títulos y recaudos, que a quienes alegaran y presentaran una justa prescripción.

"En cuanto a las Cédulas Reales se refiere, encontramos en primer lugar la Cédula de 24 de noviembre de 1735 que estableció simplemente que todas las mercedes, ventas y composiciones otorgadas por las autoridades reales de las Indias debían ser confirmadas por el Rey. Luego viene la Real Cédula del 15 de octubre de 1754, la cual, en vista de los inconvenientes y de las costas que acarreaba la confirmación real, delegó sus poderes a los Virreyes y Audiencias y dio a éstos así mismo autoridad para subdelegar la facultad de corroborar los títulos sobre los realengos. Esta Cé-

dula dispuso, en cuanto a los títulos anteriores al año de 1700, que eran válidos, sin necesidad de confirmación alguna, y en cuanto a la prescripción, estatuyó lo siguiente: 'Y no teniendo título les debe bastar la justificación que hicieren de aquellas antigua posesión, como título de justa prescripción'... .

"En cuanto a las tierras tituladas con posterioridad a 1700, ordenó que no se inquietara a los poseedores de títulos refrendados por el Rey; pero respecto de aquéllos que carecían de tal refrendación debía apercibírseles para que exhibieran sus títulos y los sometieran a la formalidad de la confirmación por los Virreyes o sus delegados.

"Esta Cédula, como vemos, no solamente no destruyó la posibilidad de adquirir baldíos por prescripción, sino que expresamente la reconoció respecto de todos los terrenos ocupados con anterioridad a 1700, y en cuanto a los que hubieren sido ocupados posteriormente a esa fecha tampoco la desconoció, puesto que de manera expresa ordenó que se tuviera en cuenta la ley 14 de la Recopilación de Indias que, como arriba hemos visto, había establecido aquel medio de adquirir el dominio y lo había equiparado con los títulos de merced, de compra y de composición. La Cédula en sustancia estableció solamente una formalidad, que debían llenar igualmente quienes alegaran la prescripción y quienes presentaran otro título cualquiera.

"Habiéndose causado serios disturbios al tratar de dar cumplimiento a la Cédula de 1754, prácticamente no fue obedecida, como se desprende del contexto de la Cédula Real de 8 de mayo de 1778 que ordenó levantar una información sobre el particular y del informe rendido por el señor Fiscal de lo Civil y por el Juez de Realengos, informes que sirvieron de antecedentes a la Real Cédula de 2 de agosto de 1780, la cual dijo lo siguiente: 'Y habiéndose visto todo en mi Consejo de las Indias con los antecedentes del asunto, lo que informó la Contaduría General, y dijo mi Fiscal, he resuelto, conformándome con el dictamen del enunciado Juez de Realengos, y con el de esa mi Real Audiencia, que en todo ese Virreinato (el de la Nueva Granada) **no se inquiete a los poseedores de tierras realengas en aquéllas que actualmente disfrutan y de que están en posesión en virtud de correspondientes títulos de venta, composición con mi real patrimonio, contrato particular, ocupación u otro cualquiera que sea capaz de evitar la sospecha de usurpación'.**

"Tenemos pues que la Cédula del año 54 no solamente no desconoció sino que reconoció expresamente la prescripción sobre baldíos y que, en cuanto a la formalidad que estatuyó, ella fue derogada por la Cédula de 1780".

Contra lo que se afirma en la transcripción que precede, se observa que la Cédula de 1754 sí fue obedecida en el Virreinato, al extremo de citarse y reproducirse sus disposiciones en los títulos y demás documentos producidos para el otorgamiento de mercedes de tierras. Véanse los casos concretos citados en la parte correspondiente de este estudio (36, 80). Y nótese, también, contra lo afirmado en los pasajes transcritos, que la información que se ordenó levantar por la Cédula de 1778 no tenía otro objeto que el de investigar sobre la situación existente del acaparamiento en pocas manos de las tierras situadas cerca de los centros poblados y la

imposibilidad en que se hallaba, el mayor número de personas, de conseguir tierras para derivar de ellas su sustento, y no acerca de "disturbios" que hubiera producido la aplicación de la Cédula de 1754.

Que el Código de Indias dispusiese amparar a los que con justa prescripción poseyeren, no es suficiente razón para demostrar que ella estuvo reconocida como medio de adquirir tales tierras, de modo análogo a como se adquirían por prescripción entre particulares; fue reconocida, sí, la prescripción, pero como un medio especial y **sui géneris**, estructurado por el derecho indiano.

No existió la prescripción, admitida en las leyes durante la Colonia, en el concepto del derecho común. Hubo sí en la legislación referencias a la "justa prescripción", pero cuando ellas se hicieron se arregló que ese estado debía justificarse, que el objeto a que se contraía no entraba de modo irrevocable en el patrimonio particular, sino que quedaba sujeto a la obligación del cultivo, y que si éste no se realizaba, las tierras volvían a la Corona. Y estuvo siempre vinculado a la explotación económica. Por eso se ha sostenido en este estudio que la llamada prescripción en el derecho indiano no fue tal prescripción, si se la compara con esa institución en el derecho común, donde la posesión y el solo transcurso del tiempo, con el ánimo de adquirir, producían y producen el dominio.

Adelante, al estudiar la Corte la ley de 11 de octubre de 1821, vuelve a ocuparse de la prescripción, teniendo en cuenta la referencia que a ella se hace en ese estatuto.

111.—Las medidas, la cabida y los linderos en la determinación del área comprendida por las adjudicaciones antiguas.

Ya dijo la Corte en otra oportunidad que una cosa es la validez de un título y otra muy distinta la legitimidad de la extensión de las tierras que en un momento dado posea una persona con base en él. El fallo favorable sobre el valor legal de unos títulos no lo es, por sí solo, necesariamente, respecto a una área determinada con la cual dichos títulos se relacionen. Refiriéndose a esta cuestión, el doctor Cuervo expresa, con mucha propiedad, lo siguiente: "El punto, a primera vista, pudiera juzgarse de mero hecho, pero si se reflexiona a fondo, se advierte que él lleva consigo cuestiones de índole jurídica que, en mi sentir, implican la fijación de uno de los elementos que tradicionalmente han sido colocados entre los esenciales para la existencia de los actos jurídicos. En efecto; nuestro Código Civil estatuye, refiriéndose a los derechos personales nacidos de las obligaciones, que tengan un objeto sobre el cual verse la prestación o radique el derecho. Así lo expresa el artículo 1517 del referido Código: 'Toda declaración de voluntad debe tener por objeto una o más cosas...'. Y el 1518 al hablar de las cosas que pueden ser objeto de una declaración de voluntad exige, además de que estén en el comercio, su determinación; agregando el inciso 2º del mismo artículo 1518, que 'la cantidad puede ser incierta con tal que el acto o contrato fije reglas o contenga datos que sirvan para determinarla'.—Recordando..... que el acto jurídico es esencialmente una declaración de voluntad, no cabe duda de que la teoría del Código Civil sobre el objeto de las declaraciones de voluntad y reglas acerca de su determinación, tiene perfecta cabida en juzgándose sobre la validez de los diferentes actos de los representantes del Estado, cuando-

quiera que los títulos consistan en actos jurídicos, encaminados a producir un traspaso directo de cierto terreno, que sale del patrimonio del Estado y pasa al patrimonio de un particular".

Es pues esencial, a la luz de los principios jurídicos y del derecho positivo, la determinación del objeto sobre que recae el acto de enajenación y adjudicación por parte del Estado, de tierras que en virtud de ese acto pasan al patrimonio de los particulares.

Como las adjudicaciones se hacen con el fin de traspasar y de adquirir porciones de tierra, es indispensable, para que el acto de la autoridad produzca efectos, que la extensión territorial se determine o concrete.

Tal determinación se ha hecho siempre, a través de toda la historia, por medio de medidas que señalan el objeto de la declaración de voluntad, o por medio de linderos que encierran el área a que se refiere el mismo objeto. O señalándose por medidas la cabida o contenido de la adjudicación; o señalándose dicho contenido u objeto mediante linderos que fijen el perímetro de lo adjudicado.

Al interpretar y aplicar actualmente las titulaciones de épocas remotas a casos concretos, ocurre a veces que se halla en los títulos una determinación completa de su contenido, hecha en medidas o que resulta de alindamientos precisos. Entonces no hay problema ni dificultad para deducir cuál es el área que naturalmente corresponde a aquellas titulaciones.

En otros casos, por no existir medidas en los títulos ni datos que sirvan para hacer el alindamiento de las tierras, la determinación del área a que se refieren los títulos se hace muy difícil y en ocasiones imposible.

Si las medidas son claras, con indicación de una base y de la altura o fondo para practicarlas, la determinación del área es fácil de conseguir. Cuando las medidas no se expresan con claridad, o los demás datos necesarios para llevarlas sobre el terreno son insuficientes, el procedimiento no conduce a un resultado efectivo.

Los linderos sirven para indicar un perímetro, son elementos o factores conducentes a encerrar una superficie. Si esos datos son completos, cierran el polígono, y la superficie queda determinada con precisión. Si son deficientes, no cierran el polígono, y el área queda sin determinar.

Lindero, más propiamente **límite**, es, conforme al diccionario de la lengua, "término o línea que divide unas heredades de otras".

La determinación de una área se puede pues hacer, o directamente por su mensura, con la aplicación de medidas, o indirectamente, fijando los límites o términos que la separan de otra u otras áreas contiguas. En ambos casos existe la determinación de la superficie, que para los fines que aquí se contemplan, constituye el objeto de las adjudicaciones, sobre el cual recae el acto o declaración de voluntad del Estado.

Uno cualquiera de estos medios puede conducir a aquella determinación.

Y en ocasiones se combinan o concurren a un tiempo, uno y otro, complementándose. Esto cuando hay linderos arcifinios y medidas.

Orden lógico en una adjudicación en que figuran a la vez medidas y linderos es éste: prevalecen las medidas frente a los linderos. Si así no fuese, sobrarían las medidas.

Y por regla general, en las adjudicaciones con medidas y linderos, pri-

ma entre los dos elementos determinantes del objeto o materia de la adjudicación, el que más resalte de ellos, las medidas o los linderos.

Y cuando concurren medidas y linderos, como el lindero, en relación con la medida, es perímetro que comprende el área correspondiente a la que deberían abarcar las medidas, no puede hablarse en tal hipótesis de **linderos** sino cuando encierran con suficiente claridad o precisión la superficie que trata de establecerse.

En relación con los conceptos de **medidas y linderos**, cuando actúan a un mismo tiempo, como los linderos comprenden o encierran las medidas, no podrá lograrse la finalidad de conexión entre unas y otros, si estos no delimitan una área que permita fijar el contenido de las medidas; deben ser las medidas proporcionadas, próximas en extensión al área abarcada por los linderos, y el área encerrada por éstos, próxima a la superficie que dan las medidas. De lo contrario, serían conceptos dislocados el de las medidas y el del alindamiento, que no podrían ofrecer la relación que se busca. Si se afirma que unos linderos, formados por ejemplo por dos ríos, en dos extremos, y dos cerros o cordilleras en los otros lados contrapuestos, son los de una adjudicación de diez estancias o diez caballerías de tierras, para que la relación del área de las estancias o caballerías con la del perímetro comprendido dentro de los linderos arcifinios, pudiera producir efectos de determinación, de la una por la otra, sería necesario que las dos cabidas fuesen sensiblemente iguales o próximas. En otra forma la relación no podría establecerse. No servirían los datos de los linderos arcifinios para determinar por aproximación el área de las estancias o caballerías. Una área de estancias o caballerías equivalente hoy a diez mil hectáreas no puede ser determinada, o precisada, por otra área envolvente de cien mil hectáreas, que fuese la correspondiente a los límites arcifinios. Tal circunstancia, de abarcarse la una área por otra diez veces mayor, apenas sirve para indicar una región, una zona, un distrito, dónde razonablemente debe hallarse la adjudicación de estancias o caballerías.

Ocurre entonces, en casos como estos, que la adjudicación por medidas no puede ser determinada sobre el terreno, según los datos de los linderos arcifinios envolventes. Y por lo mismo, las medidas, si se las quiere subordinar a los linderos, son inoperantes, inexistentes prácticamente.

Los datos arcifinios vagos e incompletos, en una adjudicación que se hizo por medidas, servirán tan sólo para indicar un sitio donde aquélla debió hacerse materialmente: en la quebrada A, en el valle B, sobre el cerro X. Unicamente indicativos del punto o lugar.

Pero en orden a la determinación del terreno objeto de una adjudicación pueden sumarse otros datos que natural y razonablemente hay que tener en cuenta. Son los que se derivan de los actos posesorios, inmediatos o próximos a la adjudicación, que se ejecutaron sobre el terreno a que ella se refiere.

Considerando objetiva y realmente el fenómeno que se produjo o pudo producirse al llevar a la práctica, al hecho, una merced o título antiguo, hay que admitir, como indicio vehemente de su existencia, en su contenido y por lo que toca con su efectividad jurídica, los actos materiales que se consumaron al amparo del documento formal del título, que entonces se tuvo a la vista de los funcionarios, de las partes interesadas directa-

mente en su validez o que podían reclamar contra ella, de los testigos, peritos y avaluadores, y que hoy muchas veces llega hasta nosotros desprovisto de todos esos elementos conexos con su ejecución a raíz de su otorgamiento.

Si de esos datos aparece que se ocupó, con base en el título, una determinada extensión en el lugar señalado por aquél, servirá ello para deducir, con humana y bastante posibilidad de acierto, que según tal posesión u ocupación debió haberse otorgado efectiva y legalmente la adjudicación de que se trata, en la extensión y con el carácter con que se ejecutó, y que debe, por tanto, reconocérsele hoy ese valor.

Cualquier comprobación que sea conducente y eficaz para establecer alguna o algunas de las circunstancias de que se ha hecho mérito, sobre las medidas de las tierras y lo en ellas comprendido, o sobre los linderos de las mismas y lo que ellos abarcan, o sobre la ejecución ulterior de actos que materializaron en el terreno las medidas o los linderos, son admisibles hoy para establecer el objeto de las adjudicaciones antiguas.

No hay que olvidar que las adjudicaciones antiguas, en casi toda la vida colonial, y según las razones que se han puesto de presente en otras partes de este estudio, se hicieron con el criterio del cultivo y aprovechamiento económico de las tierras, y que el Soberano español no se desprendió de ellas sino bajo la condición de que se cultivasen y trabajasen; que en esto no hubo liberalidad o indulgencia, sino severidad, pues las tierras debían volver al patrimonio real si los adjudicatarios no satisfacían dicha obligación. Por eso, la inteligencia que hoy ha de darse a aquellas adjudicaciones, lleva a no extenderlas, sino a limitarlas más bien a su justo contenido, relacionándolo con la explotación de las tierras, porque así se dieron, limitadas, bien fuese por medidas o por linderos, pero con una área precisa y precisable desde cuando se otorgaron.

Si no es posible establecer, ni las medidas, localizadas o relacionadas cuerdamente con el terreno, ni los linderos, y si por otra parte no existen datos que acrediten actos posesorios y de ejecución próximos al nacimiento del título, que sirvan para explicar cómo él se tradujo materialmente, habrá que concluír que los títulos no demuestran a qué área determinada se refieren, y que por consiguiente fueron ineficaces en su origen para sacar del patrimonio real una porción de tierra y trasladarla al patrimonio particular.

Para concluír estas observaciones se agrega la de que si con base en una área que sí pudo determinarse en su oportunidad, se extendieron posteriormente los linderos y la ocupación a otra u otras mayores, tales extralimitaciones territoriales nunca se justificaron a la luz de las leyes que rigieron en las Indias, las que calificaban a los que tal hacían de usurpadores y los dejaban expuestos al denuncio de ellas por terceras personas, a las cuales se adjudicaban los excesos como recompensa de su celo por la guarda de las tierras que pertenecían al Rey. Luego con mayor razón, si las áreas iniciales de las adjudicaciones no fueron determinadas, quienes de ellas hacían uso, engañaban o pretendían burlar la voluntad del Soberano, expresada reiteradamente en el sentido de que se respetase la posesión de las tierras pero de conformidad con las medidas y linderos de los títulos.

No está demás hacer ahora el examen de algunos casos, en hipótesis,

referentes a la interpretación, para su efectividad, de adjudicaciones antiguas:

Primer caso.—El título dice: se adjudican diez estancias de tierras junto al cerro de La Pradera. Se dá posesión y se miden las tierras correspondientes. No hay problema de determinación actualmente.

Segundo caso.—Se adjudican en igual forma diez estancias. No se da posesión ni se miden. Aunque se conoce el cerro de La Pradera, la adjudicación es intrínsecamente indeterminada, porque el cerro tiene varios flancos o lados.

Tercer caso.—Se adjudican "las tierras de La Pradera". Aunque aparentemente indeterminada la adjudicación, actos posteriores cumplidos con la intervención de colindantes que sí tenían sus tierras bien localizadas, sirven para determinar cuáles fueron las de la merced en el tiempo en que ella se hizo, o porque, de cualquier modo, eran conocidas antes.

Cuarto caso.—En una zona o región comprendida por linderos arcifinios se hacen varias adjudicaciones que no se localizan por la entrega, medida y posesión de ellas. Sucesores de los adjudicatarios son respetados como poseedores en una extensión que comprende toda la que queda dentro de los dichos linderos arcifinios. Se declara en títulos posteriores entre particulares que quienes ocupan esas tierras son sucesores de los primitivos adjudicatarios que recibieron las mercedes.

Este caso es complejo, y sobre él ocurre pensar:

a)—La extensión total que se abarca comprende la que corresponde a veinte estancias.

b)—Hay títulos válidos para justificar la adquisición del dominio, emanado del Estado, sobre 10 estancias.

c)—Sobre lo demás se alega la explotación económica o la posesión inmemorial.

Se pregunta: tal explotación económica, o la posesión inmemorial, pudieron dar propiedad a los particulares frente al Estado?

La explotación económica de las tierras realengas se halla vinculada en su órigen a la obligación que tomaron a su cargo los adquirentes de tierras en repartimiento, pues estaban sujetos al deber de cultivarlas y de hacer en ellas su residencia, por un tiempo no menor de cuatro años. Pero desde su origen este fenómeno jurídico, que se ha llamado prescripción **sui géneris** de derecho público, por su semejanza con la prescripción de derecho civil, llevaba consigo la limitación de la tierra concedida, a aquello que se cultivaba o explotaba económicamente. Véase en las distintas partes de este estudio el desarrollo que esa institución tuvo en el régimen de la propiedad de acuerdo con las sucesivas normas que la regularon en el período colonial. Conforme a las deducciones ya hechas, la explotación de las tierras realengas debía producir la incorporación en el patrimonio particular de la que se hubiese recibido en repartimiento con la obligación de cultivo, y además la de justificar esa antigua posesión.

La posesión inmemorial pudo producir ciertos efectos, que se estudian adelante, al considerar la posesión inmemorial o prescripción, reconocida por la ley de 11 de octubre de 1821.

112. B)—LOS TITULOS ANTERIORES AL 11 DE OCTUBRE DE 1821

La ley de 11 de octubre—Compras sucesivas u otros títulos—Los reparos

del señor apoderado a un fallo de la Corte—

Así como ha sido indispensable para mejor fundar el presente fallo, y antes de calificar el valor jurídico de los títulos aducidos por la Compañía avisante, hacer un estudio de la legislación que rigió en la Colonia, hasta el comienzo de la República, es necesario examinar la eficacia legal de otros títulos antiguos, no emanados del Estado, y que suelen presentar como constituídos por actos o contratos entre particulares anteriores al 11 de octubre de 1821.

La Compañía avisante allegó varios documentos de esta clase. Su calificación por la Corte exige la consideración previa de la materia, con vista en fallos anteriores de esta misma Sala, de motivos y argumentos nuevos y de los puntos de estudio que el abogado de la sociedad avisante, doctor Luis Enrique Cuervo, le plantea a la Corte.

Esta misma Sala, en un fallo pronunciado el 25 de octubre de 1940, que se publicó en las páginas 275 y ss. de la Gaceta Judicial, Tomo L, estudia la cuestión tocante con la eficacia de los títulos anteriores al 11 de octubre de 1821, en cuanto pudieran equipararse a los emanados del Estado, y llega a una conclusión negativa respecto a esa equivalencia y a la tal calidad legal de dichos documentos.

Contra la tesis expuesta en esta sentencia, el señor apoderado de la sociedad referida propone varios argumentos que la Corte ha de considerar con la debida atención.

Antes de hacerlo, inserta en seguida las disposiciones de la ley de 11 de octubre de 1821 que se relacionan con la materia aquí en examen, para destacar en ellas los puntos que a su juicio merecen relievarse especialmente. Los textos correspondientes de la ley, que se cita como expedida el 11 de octubre, por haber hecho ya mención el legislador, la jurisprudencia y los expositores a ella como dada en tal fecha, sin embargo de haberse sancionado por el Presidente Francisco de Paula Santander, el día 13, son los siguientes:

Ley de 11 de octubre de 1821

Art. 1—Podrán enajenarse en lo sucesivo, así en las provincias marítimas como en las del interior, las tierras baldías que no han sido antes concedidas a persona alguna, o que habiéndolo sido por composición, han vuelto al dominio de la República según lo dispuesto en las leyes anteriores.

Art. 2—Se exceptúan de esta regla las tierras de comunidad de indics y de los pastos y ejidos de villas y ciudades, sobre que continuarán observándose las que rijen en el particular.

Art. 3—Queda por consiguiente abolido el método de composición establecido particularmente por la instrucción de 15 de octubre de 1754, y cualesquiera otras leyes para la enajenación de tierras baldías, debiéndo esta en lo sucesivo verificarse por los precios y con las formalidades que aquí se detallan.

Art. 4—Los que se hallan actualmente en posesión de tierras baldias con casas y labranzas en ellas, sin titulo alguno de propiedad, serán preferidos en las ventas, siempre que en concurrencia de otro se allanen a pagar el mismo precio que se ofrece por ellas.

Art. 5—Los que poseyeren tierras baldias de tiempo inmemorial, o a

pretesto de una justa prescripción, deberán concurrir en el término perentorio de un año a sacar sus títulos de propiedad, debiendo si no lo hicieren, volver al dominio de la República las espresadas tierras aunque estén pobladas o cultivadas.

Art. 12—Se creará en la capital de la República una oficina de agrimensura jeneral, y una particular en cada provincia, en que se rejistren las propiedades rurales de todos los ciudadanos y estranjeros residentes en las espresadas provincias.

Art. 13—Dentro de cuatro años contados desde la publicación de la presente ley, todos los ciudadanos y estranjeros residentes en Colombia deberán rejistrar sus propiedades rurales en las oficinas particulares de cada provincia, y desde este tiempo ningún juez ni escribano podrá autorizar contratos de compra y venta de dichas propiedades, si no se acompaña un certificado del agrimensor de haberlo así verificado.

Art. 14—Si pasados los cuatro años los propietarios no cumplieren con el rejistro prevenido, sus tierras si fueren adquiridas por merced o composición se reincorporarán al dominio de la República, y si fueron adquiridas por compras sucesivas u otros títulos, el gobierno hará practicar los rejistros a espensas de los propietarios.

(El anterior traslado de la ley se hace del libro "Cuerpo de leyes de la República de Colombia, Tomo I, publicado por Bruno Espinosa, impresor del Gobierno jeneral. Año de 1822").

Se destacan estos puntos en la ley de 1821:

1—Expresamente abolió, en su artículo 3º, el método de composición, que como se ha visto, fue establecido por las Cédulas de El Pardo, en 1591, y no por la instrucción de 1754 como se dice en la ley; y restableció la venta de las tierras baldías, que había suprimido la Cédula de San Indefonso.

2—Quienes al expedirse la ley de 1821 se hallaban en posesión de tierras baldías **con casas y labranzas en ellas,** pero sin título de propiedad, debían ser **preferidos en las ventas de tierras** (art. 4º).

3—**Los poseedores de tierras baldías de tiempo inmemorial, o a pretexto de una justa prescripción** debían concurrir **a sacar sus títulos de propiedad** (art. 5º).

Los reparos del señor apoderado

113. En primer lugar, el señor apoderado se manifiesta conforme con una tesis anterior consignada en otra decisión de esta misma Sala, proferida el primero de diciembre de 1939 (Gaceta Judicial, Tomo... Páginas... en los pasajes que copia:

"La ley de 11 de octubre de 1821 (Nº 60 de orden en la Codificación Nacional) fue la primera que se dictó sobre baldíos con el fin de fomentar la agricultura, la enajenación de baldíos a precios cómodos y la conveniente separación dael patrimonio nacional del de los particulares. Para este último fin se ordenó levantar planos de las propiedades por los agrimensores de las provincias, 'con expresión de las fanegadas, estancias, celemines o cuartillos de tierra de que conste la propiedad territorial', diligencias que jamás se practicaron.

"En la ley mencionada se reconoció una situación de hecho; la del dominio particular de las tierras adquiridas por merced o composición o

por compras sucesivas y otros títulos. Por consiguiente, en el estudio de los títulos que tienen una procedencia remota, debe aceptarse ese hecho, como una base jurídica o como un punto de partida necesario para aclarar en una forma definitiva una cuestión que ha sido materia de innumerables dificultades. Así lo hizo la comisión del Senado, según los antecedentes de la última ley del petróleo, y también el Congreso Nacional al expedir la ley 200 de 1936, que establece en su artículo 4º que el carácter de propiedad privada del respectivo globo de terreno podrá acreditarse, en una de estas formas:

"a) Con la presentación del título original emanado del Estado, que no haya perdido su eficacia legal;

"b) Con cualquiera otra prueba, también plena, de haber salido el terreno legítimamente del patrimonio del Estado, y

"c) Con la exhibición de un título traslaticio de dominio otorgado con anterioridad al 11 de octubre de 1821.

"Las oficinas de agrimensura no se crearon, según la investigación hecha por varios expositores, y en ninguna oficina se conservan registros hechos de conformidad con aquella ley, que posiblemente en esta parte se quedó escrita, por causa de las dificultades de orden fiscal que la República atravesaba en la primera época de su organización. Por consiguiente, no es posible hacer recaer hoy, después de más de un siglo de expedida dicha ley, la sanción de reincorporar al dominio de la República las tierras adquiridas por merced o composición, cuyos títulos no fueron registrados en las oficinas de agrimensura, y mucho menos sobre las tierras adquiridas por compras sucesivas u otros títulos, respecto a las cuales sólo se disponía que el registro se haría practicar por el gobierno a expensas de los propietarios".

114. Los argumentos del señor apoderado, como él mismo lo expresa, contra la doctrina consagrada en la sentencia de la Corte proferida el 25 de octubre de 1940, los deduce del propio texto de la ley de 11 de octubre de 1821, de la ley 200 de 1936, de la ley 160 de ese año y de las actas del Congreso de Bogotá de 1824. En seguida considera la Sala los anunciados reparos.

I.—En la sentencia de la Corte que critica el señor apoderado expuso la Sala varias consideraciones, que ahora reafirma, en lo que mira al origen, finalidad y contenido de la ley de 11 de octubre de 1821, "sobre enajenación de tierras baldías y creación de oficinas de agrimensura", y en particular de los artículos de ella en los cuales se pretende hallar el reconocimiento del carácter de títulos emanados del Estado a los documentos traslaticios de dominio entre particulares, anteriores a la ley.

115. 1º La Real Cédula de San Ildefonso consagró en 1780, especialmente para el Nuevo Reino de Granada, un sistema que debió regir por espacio de cuarenta años, hasta la expedición de la ley del Congreso de Cúcuta, de enajenación indirecta, no sometida a las fórmulas de la venta, la merced o la composición, dice el abogado. Por el desarrollo que el señor apoderado hace de su pensamiento, después de los primeros memoriales en que se refirió a la sentencia que critica, y especialmente en su último escrito, aparece que en su concepto esa enajenación indirecta resulta de las consecuencias que él le deduce a la Cédula, la que a su juicio

produjo una composición por mayor de todas las tierras poseídas u ocupadas sin título de propiedad, y que dejó, desde entonces, y para el futuro, sin interés al Estado para reclamar contra esas posesiones de tierras realengas que carecían de título.

En el detenido análisis que la Sala hizo, en otra parte de esta sentencia, de las consideraciones que el señor abogado le propuso a la Corte para interpretar la Cédula de San Ildefonso, han quedado consignadas las razones que ella tiene para no acoger tal interpretación de ese estatuto. Por eso es innecesario que como respuesta al reparo que se considera, repita la Sala los motivos ya expuestos, en que fundamenta la interpretación que ella hace de ese real ordenamiento, y según la cual no es viable, jurídicamente, en su opinión, el medio de enajenación indirecta a que se refiere el doctor Cuervo.

116. 2º—Dice el artículo 5º de la ley de 1821: "Los que poseyeren tierras baldías de tiempo inmemorial, o a pretexto de una justa prescripción, deberán concurrir en el término perentorio de un año a sacar sus títulos de propiedad, debiendo, si no lo hicieren, volver al dominio de la República las expresadas tierras aunque estén pobladas o cultivadas". Afirma el señor apoderado que hay que distinguir entre **título** como **causa jurídica** de la adquisición y título como **documento**. Que los poseedores a que el artículo 5º se refiere tenían, antes de 1821, el título en el primer sentido, pues habían adquirido jurídicamente las tierras, y les faltaba tan sólo el título en la segunda acepción, el documento. Y para sustentar su aserto agrega el señor apoderado que hay que fijar la atención en las voces del artículo que dispone que volvía al dominio de la República la tierra poseída de tiempo inmemorial, si no se sacaba el título dentro de un año, con lo que implícitamente se acepta por la ley que dicha tierra había salido del expresado dominio de la República; porque no "vuelve" sino lo que "ha salido", y agrega también que todo ello indica que se está en presencia de una condición resolutoria y no ante la falta de un título de adquisición; condición resolutoria de evento imposible, ya que las oficinas que debían expedir los títulos no se crearon.

La ley de 1821 se expidió para regular la enajenación de tierras baldías, y en ella se dice que "podrán enajenarse en lo sucesivo,... las tierras baldías **que no han sido antes concedidas a persona alguna**". Esta expresión pleonástica de la ley, corre parejas con la otra expresión impropia del artículo 5º, en cuanto en él se dice que las tierras respecto de las cuales no se sacaran los títulos de propiedad volverían al dominio de la República. Si eran baldías, y éstas según la propia ley eran las no concedidas a persona alguna, es por demás notoria la impropiedad del texto, a la luz de la misma ley, cuando dice que algunas tierras baldías volvían a la República. El punto, de simple impropiedad en la expresión, no autoriza a deducir de él las consecuencias que se pretenden.

La otra parte de la argumentación, inteligentemente construída por el señor apoderado, se relaciona con el fondo del fenómeno jurídico previsto en el artículo 5º mencionado, a saber, si los poseedores a que esa disposición se refiere habían adquirido jurídicamente las tierras antes de expedirse la ley. Este punto se trata más adelante, al hacer la Sala direc-

tamente el estudio de esa norma, que en el estatuto de 1821 se refirió a la posesión inmemorial y a la justa prescripción. (123).

117. 3º—La Corte en su fallo dictado por esta Sala el 25 de octubre de 1940 expresó su parecer de que los artículos 13 y 14 de la ley de 1821 no autorizan para deducir de ellos conclusión alguna tocante con la propiedad particular de las tierras, o más propiamente, que de esas disposiciones no puede inferirse que el legislador reconociese en razón de las mismas, la existencia de dominio privado sobre las tierras baldías por parte de las personas a que esas normas aluden.

Las disposiciones de que ahora se trata dicen:

Artículo 13. Dentro de cuatro años contados desde la publicación de la presente ley, todos los ciudadanos y extranjeros residentes en Colombia **deberán registrar sus propiedades rurales** en las oficinas particulares de cada provincia, y desde este tiempo ningún juez ni escribano podrá autorizar contratos de compra y venta de dichas propiedades, sin que acompañe un certificado del agrimensor de haberlo así verificado.

Artículo 14. **Si pasados los cuatro años los propietarios no cumplieren con el registro prevenido, sus tierras si fueren adquiridas por merced o composición se reincorporarán al dominio de la República, y si fueren adquiridas por compras sucesivas u otros títulos, el gobierno hará practicar** los registros a expensas de los propietarios.

Refiriéndose a estas disposiciones, y expresando su inconformidad el señor abogado con las conclusiones de la Corte en este punto, consignadas en la sentencia a que se ha hecho mención, razona así:

"Ante todo, anoto que este artículo 14, a diferencia del 5º, habla de la formalidad del registro; el artículo 5º habla de 'sacar el título'. Para mí tengo que sólo se registraban **los títulos sacados**; de ahí mi primer argumento en pro de la **no confusión** entre los dos artículos, es decir, el 14 y el 5º. Los poseedores del art. 5º tenían el **ius possessionis** como causa jurídica para que, unido con la 'saca del título', la situación se hiciera definitiva, indiscutible e inexpugnable, lo mismo que si el Estado les hubiera vendido las tierras bajo el régimen de la ley de Cúcuta... Pero, aun dando de barato que los poseedores del artículo 5º no hubieran adquirido un derecho definitivo, si no 'sacaron su título' (documento), en cambio me parece muy difícil sostener con base en la letra del mismo artículo 14, que los terratenientes que hubieron sus tierras por COMPRAS SUCESIVAS U OTROS TITULOS, no eran considerados como PROPIETARIOS por el Estado. El argumento no podría concluír así, porque el artículo 14, a diferencia del 5º con el sentido que admito en gracia de discusión, no contempla **una pura situación de hecho**; la situación que comtempla el artículo 14 de la ley de Cúcuta, **es situación de derecho.—¿Por qué?**—Por que habla de LOS PROPIETARIOS, y al decir propietarios dice implícitamente TITULAR DEL DERECHO DE PROPIEDAD. Entonces puedo admitir que los terratenientes que derivaban su título de COMPRAS SUCESIVAS U OTROS TITULOS, eran poseedores; **poseedores** sí, pero a **título de dueños**; disfrutaban del **ius possidenti** que permitía la **rei vindicatio** en derecho romano; no del mero **ius possessionis**, que apenas daba base para los **interdictos** o para la **actio publiciana.** Pero se dirá: 'compras sucesivas u otros títulos' es frase que indica, 'las compras hechas al Estado español, o los títulos semejantes, fundados en enajenaciones di-

rectas del mismo Estado'. A ello replico que esa interpretación repugna al mero oído; porque del Estado no se **compraban sucesivamente las tierras.** Los Legisladores de Cúcuta estaban muy lejos de admitir semejante idea. El único caso que pudiera compararse a esa hipótesis descabellada de 'comprar sucesivamente' la misma tierra del mismo Estado vendedor, sería la composición. Pues bien: era tanto el odio que les inspiraba a los patriotas el sistema ese, que fue el único que se apresuraron a declarar abolido, de manera categórica, en el artículo 3º de la ley. De aquí concluyo que la expresión 'compras sucesivas u otros títulos', debe entenderse como la entendió la Corte en su jurisprudencia anterior de petróleos, en la que sentó respecto a la ley de Tierras; como la entendió el doctor Darío Echandía; como la entendió la comisión del Senado, que hizo alusión expresa de este caso, para incluírlo, por vía de espíritu de la ley, que no quería ser casuista, como el legislador de la Colonia, entre los hechos jurídicos que deben justificar ante el Ministerio, el dominio privado del petróleo. Esa inteligencia equivale a defender al Legislador de Cúcuta, del cargo de haber pretendido consagrar una odiosa expropiación al por mayor. Todo lo contrario: aquellos patricios que sabían el concurso prestado por el modesto capital y el trabajo y el sudor de los criollos que sacudieron el yugo español no iban a premiarlo con una expropiación de los bienes que ya estaban en el comercio jurídico. Porque si la tierra había sido objeto de 'compras sucesivas' era porque estaba incorporada al comercio jurídico y entonces, en lugar de tender una trampa vil al dominio de esas tierras, lo que se hizo fue consagrar un respeto definitivo, libertando a dichas tierras, ya incorporadas al comercio jurídico, de las duras consecuencias de una medida dictada con el visible propósito de revisar adquisiciones fundadas en recientes mercedes del odioso régimen que acaban de expulsar con el precio de su sangre...

"Estoy de acuerdo con que no se deduzca del mero hecho de hacer un registro a costa de los interesados, la interpretación que se ha dado al artículo 14 de la Ley, pero no es menos evidente, según creo haberlo demostrado, que si se atiende a la letra y al espíritu de la ley claramente manifestado en ese artículo y en sus antecedentes, hay base suficiente para concluír que sí hubo reconocimiento por parte del Estado a favor de los interesados, pues los llama expresamente "propietarios"; y ser propietario equivale a tener título de propiedad. (Alegato extenso, páginas 60, 61, 62 y 64).

"Sería menester tener ojos y no ver, tener oídos y no oír, para afirmar que en esos artículos (alude al 13 y al 14), ni se habla de propietarios, ni se habla de tierras adquiridas, ni se habla del respeto a las tierras adquiridas por compras sucesivas u otros títulos, respeto consistente en la obligación que toma el gobierno de hacer practicar los registros, y para sostener que allí no hay un reconocimiento por el Estado de la propiedad de la tierra adquirida por compras sucesivas u otros títulos anteriores a 1821, propiedad que impide la enajenación de esos terrenos como si se tratara de baldíos pertenecientes a la República". (Resumen escrito de alegaciones orales en la audiencia pública).

En la página 81 de su último memorial el doctor Cuervo agrega lo que sigue, a sus razonamientos anteriores, en el punto de que se trata:

"Sin embargo, no sería lícito desconocer que, de la eficacia jurídica de los artículos 13 y 14 se deduce el valor que para los legisladores de 1821 tuvieron las compras sucesivas en calidad de títulos para amparar la propiedad inmueble, al igual de la merced y de la composición y que, por virtud de esa nivelación, hecha al considerar aquellos títulos como registrables, se reconoció a las compras sucesivas idéntico valor al de la nivelación que respecto de las posesiones consagró la Cédula de San Ildefonso. En los artículos 13 y 14 de la Ley de Cúcuta se reafirmó el reconocimiento a los derechos adquiridos conforme a la legislación anterior y en manera alguna se atribuyó a las compras sucesivas entre particulares la eficacia que una errónea opinión les ha atribuído. Lo que ocurre es sencillamente que las compras sucesivas anteriores a 1821 constituyen una prueba plena e irrecusable de que la tierra se había incorporado entonces al comercio jurídico, y que esos terrenos amparados por título de compras sucesivas habían dejado de ser baldíos enajenables a precios cómodos y equitativos".

Para la Sala, el artículo 14 contiene dos partes principales: la una en que se determina qué ha de ocurrir con las tierras adquiridas por merced o composición cuando sus propietarios no hacen el registro; y la otra, en que se dispone lo que ocurre con las tierras adquiridas por compras sucesivas u otros títulos, si los propietarios no las registran. La primera parte del artículo es categórica al disponer que en la hipótesis que ella contempla las tierras se incorporan al dominio de la República. Es una medida de severidad que se ha explicado diciendo que allí se consignó por nuestros próceres y primeros legisladores un procedimiento dirigido a corregir los excesos de prodigalidad en el patrimonio común que venían cometiendo los dirigentes españoles en el tiempo inmediato al nacimiento de la República. La segunda parte del artículo no está ya inspirada en aquel criterio de represalia, porque ella no se refiere a dádivas o regalos de tierras hechas en mercedes y composiciones, sino a adquisiciones que tenían otro origen, a lo menos en el mismo tiempo próximo al nacimiento de la nueva nacionalidad. Y como el espíritu que informa esta segunda parte del artículo es muy otro, sus consecuencias, así como su estudio y alcance, son diferentes. Desapareciendo del texto del artículo, para la parte que ahora se considera, el motivo determinante que inspiró la otra parte del mismo, se encuentra el intérprete de la disposición únicamente en presencia de las razones generales que sirvieron de acicate para la expedición de toda la ley: regular la enajenación de baldíos y hacer, para los mismos fines, un registro de las tierras que aparecían en poder de particulares. Todos los ciudadanos y extranjeros residentes en Colombia "deberán registrar sus propiedades rurales en las oficinas particulares de cada provincia", estableció el artículo 13. No tenía este registro por objeto sino lograr el empadronamiento de las propiedades rurales de particulares. Pero es obvio que él no se hacía como consecuencia de examen administrativo o judicial de los títulos, que implicara por lo mismo algo así como una decisión en el particular, favorable a los llamados propietarios si el registro se practicaba. Se crearán en la capital de la República, dijo el artículo doce, una oficina de agrimensura general, y una particular en cada provincia, en que se registren las propiedades rurales, y todos los ciudadanos y extranjeros deberán registrar sus propiedades, dispuso el

ya citado artículo 13. ¿Cómo hacían los empleados de las oficinas respectivas esos registros? Pues sencillamente dando entrada a los datos que resultaran de los títulos llevados a ellas por los propietarios. Las disposiciones comentadas no dicen que los funcionarios hicieran una calificación de los títulos y que no registraran sino aquellos que a su juicio y concepto fuesen legalmente válidos para acreditar el dominio de los particulares frente al Estado, sobre las tierras baldías. Lo que está indicando que los **propietarios y las propiedades** a que se alude en los artículos de la ley de 1821 no eran, porque no podían serlo, los propetarios y las propiedades en el concepto técnico a que se refiere el señor apoderado. Tales propietarios, los que registraban sus propiedades, eran titulares del derecho de propiedad, en razón de los documentos que presentaran para acreditarlo así. Como la ley no estableció la calificación de los títulos, sino su simple registro, es claro que no hay base en ella para deducir que cuando sus textos mencionan a los propietarios, están señalando a personas que tenían un dominio perfecto, valedero en relación con otros propietarios y también frente al Estado.

Así entendido el alcance de la ley de 1821, resulta evidente que la ordenación que dejaba en el Gobierno el deber de registrar los títulos a expensas de los propietarios de tierras adquiridas por compras sucesivas u otros títulos, no implica, en modo alguno, un reconocimiento por el Estado de la calidad de particulares o de dominio privado de las tierras que como tales se registraran.

118. Una completa confirmación de la tesis que se viene sustentando por la Sala, de que los artículos 13 y 14 de la ley de 1821 apenas se refieren a un empadronamiento de la propiedad rural para fines puramente estadísticos, sin consecuencias para la calificación del dominio privado, lo da la interpretación que los legisladores de 1824 hicieron de esas normas contenidas en la ley de 1821, al considerarse y aprobarse un proyecto de reforma de esta última, que no alcanzó a ser ley, pero cuya consideración dio oportunidad para que se expresaran conceptos y se formularan apreciaciones en torno a la ley de 1821, que revisten el mayor interés.

Pertenecen al acta de la sesión del Senado el día 29 de abril de 1824 estos pasajes:

Prosiguiéndose pues el orden del día, se continuó la tercera discusión del proyecto de ley sobre enajenación de tierras baldías, que había quedado pendiente en el artículo 11.— . . . Leyóse en seguida el artículo 13, y como nadie tomase la palabra para objetarlo, se votó y quedó aprobado en los mismos términos que lo presenta el proyecto.

"Pasóse al 14, sobre el cual reproduciendo el señor Torres cuanto en las discusiones pasadas había dicho en orden a la absoluta imposibilidad que hay para establecer esas oficinas de agrimensura en todas las Provincias, pidió la supresión de él y esta moción fue aprobada por los señores Obispo de Mérida y Malo.

"El señor Vicepresidente **dijo que desde luego convenía en que por ahora no pueden encontrarse esos agrimensores** en toda la extensión de la República, **pero también hay una absoluta necesidad de formar una estadística de todas las propiedades, ya sea bajo el nombre de agrimensura** o de escribanía de tierras; es preciso que haya una oficina donde deban **registrarse propiedades, y a donde puedan ocurrir los dueños en caso de**

que por accidentes bastante comunes hayan perdido sus títulos; así que en caso de que se rechace el establecimiento de agrimensura, se debe plantear otro que lo subrogue.

"Terminóse el debate, y habiéndose declarado previamente hallarse suficientemente discutido el punto, el señor Presidente puso a la resolución del Senado la supresión propuesta, y la Cámara convino en ella por una considerable mayoría, resolviendo igualmente que volviese el proyecto a la comisión para que presente otro artículo que subrogue al suprimido, conforme a las observaciones que se hicieron en su discusión. Y en tal estado, siendo pasada la hora, se levantó la sesión".

En el acta de la sesión del 10 de mayo se lee: "Pasóse después a examinar el artículo 12, sobre que no ofreciéndose el menor reparo se votó, y quedó aprobado sin discusión alguna, y otro tanto sucedió con el artículo 13, en cuyo estado, y siendo pasada la hora se levantó la sesión".

Los artículos 12 y 13, y el 11 que les sirve de antecedente, decían: Artículo 11. Verificado el remate, el Gobernador pasará el expediente al Intendente del Departamento, quien declara la propiedad en favor del rematador y libra el título correspondiente.—Artículo 12. Este título se registrará con agregación del plano de que trata el artículo 7º en el libro o libros que debe llevar el Oficial Mayor de la Secretaría de la Intendencia, y así verificado, pondrá a la margen de dicho título la nota que lo acredite. La indemnización de este trabajo, que satisfará el interesado, será tasada en el arancel general.—Art. 13. El Intendente del Departamento remitirá copia de dicho título y del plano topográfico cuando lo hubiere, al poder ejecutivo, por conducto de la Secretaría del Interior. Art. 14. Será de cargo del Secretario de Estado en el despacho de este ramo llevar el libro general en que se registren todos los títulos que remitieren los Intendentes según el artículo anterior.

Se observa:

El artículo 12 de la ley de 1821 había dicho: "se crearán en la capital de la República una oficina de agrimensura general, y una particular en cada Provincia, en que se registren las propiedades rurales de todos los ciudadanos y extranjeros residentes en las expresadas provincias".

El Vicepresidente dijo que convenía en que "por ahora no pueden encontrarse esos agrimensores", y agregó: "pero también hay una absoluta necesidad de formar una estadística de todas las propiedades, ya sea bajo el nombre de agrimensura o de escribanía de tierras; es preciso que haya una oficina donde deban registrarse dichas propiedades". Y añadió: "en caso de que se rechace el establecimiento de agrimensores se debe plantear otro que lo subrogue". Los artículos 12, 13 y 14 del proyecto reemplazan los de la ley en que se habla de agrimensores, y dejan el registro adscrito a otros empleados. En esas oficinas debían "registrarse dichas propiedades", al decir del Vicepresidente autor de la modificación; registro, desde luego, según sus palabras para "formar una estadística de todas las propiedades".

Más clara interpretación no puede hacerse, a raíz de la expedición de la ley de 1821, y por legisladores que habían intervenido en la formación de ésta, sobre el alcance de los preceptos que en ella consagraron el registro de las propiedades rurales. Tal registro no tenía otro objeto que el

empadronamiento de la propiedad **para "formar una estadística"**. Por consiguiente no es jurídico deducir que del registro o no registro de las propiedades se produjesen consecuencias de dominio en favor de **las propiedades** registradas, por entenderse, como lo estima el señor abogado, que la sola inscripción en aquellos registros, y puesto que la ley habla de propietarios y de propiedades, implicaba la calificación del dominio.

Dice el señor abogado que de la eficacia jurídica de los artículos 13 y 14 se deduce el valor que para los legisladores de 1821 tuvieron las compras sucesivas en calidad de títulos para amparar la propiedad inmueble, al igual de la merced y de la composición y que, **"por virtud de esa nivelación, hecha al considerar aquellos títulos como registrables"**, se reconoció a las compras sucesivas idéntico valor al de la nivelación que respecto de las posesiones consagró la Cédula de San Ildefonso. Como el registro de todos los títulos, entre ellos los de los poseedores "por compras sucesivas", tuvo el carácter, según lo ya visto, de un empadronamiento, con fines estadísticos, carece también de base la deducción que saca el señor apoderado acerca de haberse reconocido a las compras sucesivas, en razón de aquel registro, un valor igual al de la propiedad titulada.

119. II—Otra de las observaciones que el señor apoderado presenta contra la tesis o doctrina del fallo de la Corte proferido el 25 de octubre de 1940 la hace derivar de algunos antecedentes relacionados con la expedición de las leyes 160 y 200 de 1936, y que concreta al origen de las disposiciones de cada una de esas leyes que en seguida se copian:

Ley 160 de 1936—Artículo 7º ... Lo dispuesto en el inciso anterior sólo tendrá lugar si entre las pruebas que se acompañan al aviso figuran las siguientes:

a) El título emanado del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873, o a falta de éste, los documentos públicos de origen oficial emanados de autoridad competente que acrediten su existencia.

Ley 200 de 1936—Artículo 4º—Lo dispuesto en el artículo 3º no perjudica a las personas que con dos años de anterioridad a la vigencia de esta ley se hubiesen establecido, sin reconocer dominio distinto al del Estado, y no a título precario, en terreno inculto en el momento de iniciarse la ocupación.

En este caso, el carácter de propiedad privada del respectivo globo de terreno sólo podrá acreditarse en una de estas formas:

a) Con la presentación del título originario, emanado del Estado, que no haya perdido su eficacia legal;

b) Con cualquier otra prueba también plena de haber salido el terreno legítimamente del patrimonio del Estado, y

c) Con exhibición de un título traslaticio de dominio otorgado con anterioridad al 11 de octubre de 1821.

El señor apoderado trascribe y comenta el siguiente pasaje del informe de la Comisión del Senado que estudió para segundo debate el proyecto de ley que llegó a ser la 160: "Propone la Comisión que en el inciso a) del proyecto del señor Ministro se cambie la redacción de 'título originario, expedido por el Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873', porque el calificativo **originario** queda redundante, y porque la expresión **emanado del Estado** tiene mayor amplitud, quedando comprendidos en ella los títulos que tienen valor, no sólo por traspaso directo hecho en

venta, merced o remate, etc., por los funcionarios que tenían legalmente la representación del Estado al tiempo de la enajenación válida del subsuelo, sino también los que tienen valor por ministerio de determinadas disposiciones legales que reconocieron como legítimas y justas causas de dominio, determinadas situaciones de hecho o de derecho, o en que coexistían los hechos y ciertas formalidades de derecho, disposiciones entre las cuales podemos citar, en vía de ejemplo como posible origen de algunas propiedades, la ley de 11 de octubre de 1821, sobre enajenación de tierras baldías y creación de oficinas de registro".

Expresa el señor apoderado que a su entender la Comisión, fiel a su sistema de no considerar el concepto puramente formal o documental del término título, sino de atender también a su concepto jurídico, creyó que podían invocarse ante el Ministerio del ramo, por aplicación de la tarifa señalada, no sólo los casos de traspaso directo, en venta, merced o remate, etc.; sino también determinadas situaciones de hecho o de derecho, o en que coexistían los hechos y ciertas formalidades de derecho, como en las disposiciones de la ley de 11 de octubre de 1821, y estima que tales casos se deben mirar como de "traspaso indirecto".

Con respecto al origen de la parte de la disposición antes copiada de la ley 200, artículo 4º, el señor apoderado recuerda este pasaje de la exposición de motivos con que el Ministro doctor Darío Echandía acompañó el proyecto de ley respectivo: "... la necesidad de presentar ... un título originario o uno traslaticio de dominio entre particulares, de fecha anterior al 13 de octubre de 1821 tiende a garantizar la buena fe de los colonos que hayan ocupado terrenos reputados como baldíos y sobre los cuales sólo pueda exhibirse una titulación deficiente. El proyecto consagra el principio de que en la hipótesis anterior, es prueba admisible, para acreditar la propiedad privada, no sólo el título originario sino también un título traslaticio de dominio entre particulares, anterior al 13 de octubre de 1821, fundado en que la ley expedida en esa fecha, y que es la primera entre las de la República que da normas sobre baldíos, consagró precisamente como principio de legislación, para separarlos de la propiedad particular, el respeto a las titulaciones entonces existentes. No es otra cosa la interpretación que puede darse a preceptos como los que ella contiene, encaminados a empadronar la propiedad particular con base en los títulos que se exhibieran sin exigir el originario, para establecer un régimen especial y distinto del vigente durante la dominación española sobre las tierras no apropiadas por particulares, es decir, sobre las que el legislador colombiano, al iniciarse la vida independiente de la República, reputó baldías, por exclusión de las apropiadas". (Subraya la Sala).

Comentando el señor apoderado los pasajes de la Comisión del Senado y de la exposición ministerial, dice que le llama la atención que tanto en la exposición de motivos de la ley 160 de 1936, como en los antecedentes de la 200 de 1936, se hable, con igual alcance, de la ley del Congreso de Cúcuta: en la 200 de 1936, para equiparar los títulos anteriores a 1821, otorgados entre particulares, al "título originario"; en la ley 160 de 1936 (del petróleo), para decir que la expresión "título emanado del Estado" tiene mayor amplitud que la frase "título originario", porque en aquella quedan comprendidos los referidos entre particulares, anteriores a 1821.

La única explicación razonable y aceptable, a su juicio, es la unidad de mente que presidió a una y a otra ley. O sea, que el legislador de 1936, cuando dictó la norma del artículo 7º de la ley 160, relativa al petróleo, tuvo la voluntad de darles el mismo alcance de las que consignó en el artículo 4º de la ley 200, relativa a tierras; y esto porque antes de 1873, todo lo que ampare el suelo y su titulación, ampara igualmente el subsuelo petrolífero. Y que si ha de aceptarse la unidad de mente del legislador de 1936, al expedir las leyes 160 y 200 de ese año, hay que admitir consecuencialmente que los conceptos de la comisión del Senado, relativos al motivo de cambiar en el artículo 7º la frase "título originario, etc.", por la de "título emanado del Estado", con el fin de incluír aquellos hechos jurídicos, causantes de la propiedad, contemplados por el legislador de 1821 entre los que habían de valer para invocarlos ante el Ministerio, como parte integrante de la tarifa legal, dichos conceptos han de admitirse como armónicos con la estructura del artículo 4º de la ley 200, el cual nombra por separado el título originario y luégo el título entre particulares anterior a 1821; lo que está indicando que la fórmula del artículo 7º de la ley 160, en cuanto usa "título emanado del Estado", y la fórmula del artículo 4º de la ley 200, en cuanto se vale de las dos expresiones —"título originario" y "título anterior a 1821"—, concurren a producir el mismo alcance normativo.

No está de acuerdo la Sala con la conclusión a que llega el señor apoderado.

En primer lugar, porque, en su opinión, el concepto de la exposición de motivos del proyecto que vino a ser la ley 200 de 1936 no tiene el alcance que se le atribuye. Dícese allí que la ley expedida en 1821 consagró, como principio de legislación, el respeto a las titulaciones entonces existentes, pero agrega, que **para empadronar la propiedad particular con base en ellos**. La ley de 1821 ordenó evidentemente el respeto a las titulaciones entonces existentes, pero lo dispuso para los fines en ella misma previstos, que no eran otros sino los de reglamentar la enajenación de las tierras baldías, para lo cual era indispensable que se hiciese un empadronamiento de las otras propiedades que se hallaban en poder de particulares. Se respetaron o se debían respetar las titulaciones existentes, con el fin de no comprender las tierras a que ellas se referían entre las que se hallaban libres para ser adjudicadas como baldíos. Se respetaron las titulaciones, y aún más, los derechos que según ellas tenían los particulares, mas esto se hizo con un fin inmediato y transitorio; no con el mediato, permanente y definitivo del reconocimiento del dominio privado. En el punto I, numeral 1), se vieron algunas razones que así lo demuestran, sacadas de la finalidad de la ley y de las circunstancias en que se debía aplicar. Agréguese aquí que ese respeto a las titulaciones entonces existentes, en manera alguna significó el saneamiento automático y por obra de la misma ley, de los títulos de particulares que no fuesen válidos legalmente para acreditar su dominio frente al del Estado. En cada caso y por las autoridades correspondientes, se decidiría acerca de la eficacia de un título para comprobar que una propiedad particular emanada de la Nación, por haberse ésta desprendido de ella, en virtud de uno de los medios reconocidos en la pertinente legislación.

En segundo lugar, es cierto que la expresión "título emanado del Estado" tiene mayor amplitud que la de "título originario", y es claro el pensamiento de la comisión del Senado de que al hacerse el cambio se tuvo en cuenta que el nuevo término comprendiese no sólo los traspasos directos de la propiedad del Estado, hechos en venta, merced o remate, sino los que tienen valor en virtud de disposiciones que reconocieron como legítimas y justas causas de dominio determinadas situaciones de hecho o de derecho, o en que coexistían los hechos y ciertas formalidades de derecho. Pero la comisión del Senado, al citar en este punto la ley de 11 de octubre de 1821, como ejemplo de **"posible origen de algunas propiedades"**, no fue categórica, no expresó claramente su pensamiento de que esa ley fuese el origen de algunas propiedades. Parece que la comisión quiso dejar la decisión de este asunto a los jueces, para que la jurisprudencia se encargase de fijar el valor de aquella ley como medio de comprobar que algunas propiedades salieron válidamente del poder del Estado. La comisión no afirmó que la ley de 1821 fuera el origen de ciertas propiedades, sino que ella presentó, en vía de ejemplo, entre los casos que pudiera ilustrar la jurisprudencia, el posible origen en esa ley de algunas propiedades. Tal cosa ocurría también, en el pensamiento de la comisión, si la jurisprudencia llegare a admitir la prescripción, como causa legítima y justa del dominio privado de las tierras realengas y baldías, en determinadas situaciones de hecho y de derecho.

No teniendo, como no tiene, en el parecer de la Corte, el informe de la comisión del Senado el sentido que le deduce el señor apoderado, ni implicando, como no implica, que el cambio del término "título originario", por "título emanado del Estado" se hubiera hecho para reconocer validez probatoria a una disposición legal concretamente, la de 11 de octubre de 1821, sino para dar entrada al análisis por los jueces de los distintos casos que se presenten, la argumentación del señor apoderado pierde la sustentación que él le dió; y por ende no se halla demostrada la conclusión a que llega en su razonamiento, cuando afirma que por la identidad de mente del legislador que expidió los estatutos 160 y 200 de 1936, es lógico aplicar la prueba del dominio por el artículo 4º, letra c) de la ley 200 del mismo año. Ya se vio cómo la disposición de la ley 200 no tiene, en su origen, el sentido que le atribuye el señor apoderado, de haberse expedido considerando que la ley de 11 de octubre de 1821 implicó el saneamiento de la propiedad particular basada en títulos traslaticios de dominio anteriores a esa fecha. Y si tal no es un motivo determinante de la ley 200 de 1936, menos puede serlo de la 160, ya que la razón para darle esa inteligencia a esta última se desprende de la que se considera evidente respecto a la ley 200, y que como se ha visto está muy lejos de serlo.

Todo el inteligente esfuerzo del señor apoderado en torno a las normas examinadas de las leyes 160 y 200 de 1936 va encaminado a demostrar que existe una interpretación tácita de la ley de 1821 por las leyes de 1936. Tesis ésta que no resulta comprobada, por lo que se ha dicho, y además porque aún en la hipótesis de que el informe de la comisión del Senado pudiera entenderse en forma distinta a como lo hace la Corte, tal informe es apenas un documento preparatorio de la ley, elaborado por los senadores que lo suscriben, pero que, como los informes de su género, nun-

ca se aprueban por la Corporación sino en sus conclusiones, en su parte dispositiva, jamás en sus consideraciones o parte motiva. Por lo cual no hay base para afirmar que el concepto de la comisión sobre la ley de 1821 sea un concepto del Senado.

Además, el informe no es la ley, y ésta, en ninguna de sus expresiones alude siquiera a la ley mencionada de 1821, para pensarse que hace de ella una interpretación. Tampoco la hace la ley 200 tantas veces mencionada, en ninguno de sus ordenamientos, pues el aparte c) de su artículo 4º, al referirse a la ley de 1821, simplemente señala un modo para acreditar propiedad privada territorial, análogo a los de las letras a) y b), o sea el título originario y a otra prueba plena de haber salido el terreno del Estado. Se trata, en los tres casos, de documentos distintos que producen unos mismos efectos, para los fines previstos en la ley de tierras. Pero de la identidad de esos efectos no se deduce la igualdad de aquellos documentos, y que sean, por tanto, iguales el título originario del Estado y el título traslaticio entre particulares anterior a 1821. La ley dio determinados efectos a documentos diferentes, pero no igualó esos documentos. Tales documentos son los títulos anteriores a 1821 y los emanados del Estado; aptos unos y otros para demostrar que, en la hipótesis de la ley 200, las tierras con esos documentos se reputaban de propiedad particular, pero no se declara que esas tierras habían salido del Estado antes de 1821; se admite la propiedad en atención a un documento anterior a 1821, como pudo admitirse atendiendo a un documento anterior a 1850.

Un autorizado comentador de la legislación colombiana sobre tierras, el doctor Guillermo Amaya Ramírez, se pronuncia por la tesis que en este punto sustenta la Corte:

"Si se admitiera el supuesto de que la ley 200 sobre 'régimen de tierras' interpretó con autoridad la de 11 de octubre de 1821, los títulos entre particulares otorgados con anterioridad a la fecha indicada, demostrarían la propiedad del suelo y, consecuencialmente, la del subsuelo respecto de las únicas propiedades a que ellos pueden referirse, nacidas todas a la vida del derecho con anterioridad a 1873, ya que la norma legal en mención trata de títulos entre particulares expedidos antes de 1821.

"Si, como lo sostiene la Corte, el legislador de 1821 no tomó medida alguna sustantiva en el sentido indicado, la fuerza demostrativa de la existencia de la propiedad privada, dimanada de esa ley, no puede surgir sino de una ley posterior que la haya interpretado con autoridad en sentido contrario al que le da la Corte.

"¿Existe esa ley? O en otros términos: ¿el ordinal 3º del artículo 4º de la ley 200 de 1936 interpretó la de 1821 en forma opuesta a como la aprecia la Corte?...

"Sostengo que el ordinal 3º de la ley 200 no interpretó con autoridad al legislador de 1821, y aduzco para hacerlo dos razones:

"1º En parte alguna la ley de 1936 afirmó, ni sugirió siquiera, que uno de sus objetivos fuera interpretar con autoridad la legislación pretérita; y

"2º La letra y el espíritu de la ley 200 de 1936 rechazan la hipótesis de que el ordinal 3º de su artículo 4º tenga la calidad de precepto interpretativo.

"En efecto: es evidente que si se admite la hipótesis de que la ley 200 interpretó la de 1821, aquella ley tendría consecuencia y aplicación respecto del subsuelo y, por lo tanto, se violaría la letra de su artículo 5º, que dice:

" 'Las disposiciones de la presente ley se refieren exclusivamente a la propiedad territorial superficial, y no tienen aplicación ninguna respecto del subsuelo'.

"Afirmo además, que la tesis en cuestión pugna no sólo con la letra del artículo 5º de la ley 200, sino con el espíritu de la misma, porque los antecedentes y finalidades que tuvo en cuenta y buscó, respectivamente, el legislador de 1936, están acordes en demostrar que la ley sobre régimen de tierras quiso regular una parte siquiera de la cuestión agraria nacional, pero nunca el problema petrolífero, y menos la general del subsuelo.

"Si la tesis de que en 1936 se interpretó con autoridad la legislación de 1821 trae como consecuencia la violación flagrante de la letra y del espíritu del estatuto legal que se interpreta, es lógica la conclusión de que tal interpretación debe desecharse.

"Ahora bien: si se considera que el ordinal 3º del artículo 4º de la ley 200 no es interpretativo de la ley de 1821, se llega a alguna conclusión inaceptable?

"La conclusión que se impone para la hipótesis propuesta, es la de que la ley de 1821 debe interpretarse directamente por el juzgador en cada caso, que es precisamente lo que ha hecho la Corte...". (Tierras y Aguas, números 26 y 27).

120. III—Otra argumentación que presenta el señor apoderado, concediéndole importancia principal, es la que aparece de este pasaje de su alegato extenso, folios 58 y 59: "He destacado, como proposición aparte, el texto íntegro del artículo 5º de la ley de 11 de octubre de 1821, con el fin de analizarlo por sus varios aspectos. Pero como ya he avanzado algunos de ellos, como son los relativos a la obligación de "sacar' los títulos y al sentido de la condición resolutoria allí contemplada, me limitaré a observar lo que se roza con la expresión **tiempo inmemorial**.—Según lo anticipé, existe una fuente de información precisa para aclarar el sentido y el alcance de la ley de 11 de octubre de 1821, en las Actas del Congreso de 1824, reunido en Bogotá, y en cuyas sesiones se presentó, discutió y aprobó un proyecto de ley por la cual se aclaraba la del año de 1821. Esas actas las extracté, con sumo cuidado, del volumen correspondiente que fue publicado inmediatamente en seguida del Libro de Actas del Congreso de Cúcuta. A la página 23 del referido Libro de Actas del Congreso de Bogotá, de 1824, se halla el siguiente importante paso: — 'El señor Vergara se opuso a ese dictamen manifestando que la ley en cuestión era una verdadera aclaración de la otra, pues aquélla, en el artículo 5º dice "que los que poseyesen tierras baldías de tiempo inmemorial deberán concurrir a sacar sus títulos de propiedad", que semejante palabra **inmemorial** puede dar origen a mil arbitrarias y siniestras interpretaciones, y esto es precisamente lo que trata de evitar esta nueva ley, ciñendo aquella inmemorialidad de tiempo al preciso espacio de diez años' ".

No agrega el señor apoderado ningún comentario a la trascripción que

hace, y que sirviera para captar de modo claro su argumento. Parece que alude a la referencia que el señor Vergara hizo a la obligación establecida por el artículo 5º de la ley, a cargo de los poseedores de tiempo inmemorial, de acudir a sacar sus títulos de propiedad, sin saberse qué anterioridad debía comprender el concepto **tiempo inmemorial**, y que determinándola, convendría fijar un lapso corto de diez años. Con lo cual se evitaría el que se exigiese a los poseedores acreditar una posesión por más tiempo de diez años. Si este es el pensamiento del señor apoderado, no se conoce la deducción o consecuencia que de él derive, aunque no se alcanza a ver que él pretenda deducir de ese antecedente cosa distinta de la que parece fluír de su sola presentación: que para evitar "arbitrarias y siniestras interpretaciones", que exigiesen una antigüedad en los títulos, de cincuenta o de cien años, se fijase ésta en diez años solamente. En todo caso, según el proyecto reformatorio que cursó en 1824, la estructura de la ley que se quería reformar se conservaba en lo esencial, o en su integridad, en el punto de que se trata, pues se mantenía la obligación de sacar los títulos las personas que alegasen tener en su favôr una posesión de tiempo inmemorial. Sólo que se limitaba el contenido de esta expresión, para evitar exageraciones. La inmemorialidad en la posesión, por antigua que fuese, no libraba del deber de recurrir por el título.

En el extracto de las Actas del Congreso de la Gran Colombia que sesionó en 1824, y que presentó el señor abogado como parte de las pruebas aducidas por la Compañía avisante, halla la Sala otros datos ilustrativos de la materia, a los cuales considera conveniente referirse.

La obligación de sacar el título se conservaba en el proyecto de reforma que cursó en el Congreso de 1824, aunque limitando la **inmemorialidad** al lapso de diez años. En la sesión del 10 de abril, dicen las actas aludidas, "se leyó para segunda discusión el proyecto de ley acordado en la Cámara de Representantes, interpretando la de 11 de octubre del año 11 mo., sobre tierras baldías, y después de un corto debate en que el señor Méndez manifestó no deberse reputar por el señor de dichas tierras el que las poseyese por el corto espacio de diez años, y el señor Pérez, que para despachársele a éstos el título de propiedad, se hacía necesario que hubiesen desmontado y cultivado dichas tierras, teniendo en ellas las correspondientes plantaciones y crías, se dió por cerrada la segunda discusión". Esto decían los senadores Méndez y Pérez dos días después de la manifestación del senador Vergara mencionada por el apoderado. Y según el parecer de los últimos, además de la posesión de diez años, debía exigirse que se hubiesen desmontado y cultivado las tierras, colocando en ellas plantaciones y animales. La posesión inmemorial podía ser de sólo diez años, conforme al proyecto, pero también se dijo que esa posesión no era suficiente para sacar el título de propiedad, si no se agregaba la explotación y el cultivo de la tierra. Estos propósitos quedaron consignados en los artículos 3º y 4º del proyecto, y en el 5º se agregó una disposición que limitaba, en número de fanegadas, la extensión poseída que podía ser objeto de la concesión del título. Los artículos citados del dicho proyecto de ley establecían:

"Art. 3º Los que hayan poseído tierras baldías **con casas, labranzas o crías de ganado**, sin título ninguno de propiedad, **serán temidos por due-**

ños de ellas en la extensión que determina el artículo 5º de esta ley, siempre que la posesión haya durado por espacio de diez años, y así lo acrediten con declaración de cinco testigos que depongan de vista y ciencia propia.

"Art. 4º Las personas comprendidas en el artículo anterior concurrirán en el término perentorio de dos años, contados desde la publicación de esta ley, a sacar sus títulos de propiedad, debiendo, si no lo hicieren, volver al dominio de la República la propiedad de las expresadas tierras, aunque estén pobladas o cultivadas.

"Art. 5º Esta propiedad se concederá en las tierras de ganado mayor o menor por una área que no pase de trescientas fanegadas, y en las tierras de labor, por una área que no pase de doscientas fanegadas".

Por lo que expresaron los senadores Méndez y Pérez y por lo que reza el proyecto aprobado en 1824, que no alcanzó a ser ley, el término posesión inmemorial debía aplicarse solamente respecto de pequeñas porciones de tierra explotada y cultivada en un tiempo no menor de diez años, y sobre ellas se concedía la propiedad (art. 5º). Aquella limitación a doscientas o trescientas fanegadas, según el caso, traducía el pensamiento de los legisladores de 1824, y sirve para entender el de la ley de 1821 cuando alude a la posesión inmemorial y a la posesión de tierras baldías, con casas y labranzas en ellas, sin título alguno de propiedad.

121. Consecuencia de lo ilustrado con los datos que resultan del proyecto sobre reforma de la ley de 11 de octubre de 1821, a que se ha hecho mención, es la de que en el parecer de los legisladores de 1824, la ley que intentaban reformar tan sólo servía para que acogiéndose a ella los llamados poseedores de tiempo inmemorial —posesión que podía ser apenas de diez años,— de acuerdo con el proyecto, se presentasen a sacar sus títulos de propiedad, acompañando la prueba de la posesión con casas, labranzas o ganados, en extensión que no podía exceder de doscientas fanegadas para la tierra de labor y de trescientas para la de ganado. Apreciación de los legisladores de 1824 que sirve para informar la que hoy haya de hacer el intérprete de la ley de 11 de octubre de 1821, en su artículo 5º, que trata de la legitimación, por el título, de lo que se tenía, en el carácter de posesión inmemorial antes de 1821.

122. Teniendo en cuenta la Corte sus observaciones acerca del contenido de varios preceptos de la ley de 1821, y el examen cuidadoso que ha hecho de los reparos que el señor abogado de la Compañía avisante le formuló a la sentencia de esta Sala pronunciada el 25 de octubre de 1940, no encuentra motivo para modificar las tesis y deducciones consignadas en ese fallo sobre la ineficacia jurídica de los llamados títulos entre particulares, anteriores al 11 de octubre de 1821, para trasladar del patrimonio del Estado al de los particulares las tierras realengas que habían sido objeto de actos o contratos de esa clase con antelación a aquella fecha.

CUARTA PARTE

La antigua posesión y la prescripción, según el régimen establecido por la ley de 11 de octubre de 1821, son base jurídica para hacer la declaración del dominio territorial privado

123. El estudio de las cuestiones fundamentales tocantes con la pro-

piedad de las tierras, examinada esta última a la luz de las normas consagradas en el estatuto de 1821, impone una meditada consideración de lo establecido en los artículos 4º y 5º de esa ley, pues su simple lectura pone de manifiesto que allí se trata del dominio territorial como consecuencia de la posesión de las tierras baldías con casas y labranzas, o por su posesión inmemorial o a pretexto de una justa prescripción.

Por la importancia innegable o trascendencia de las disposiciones mencionadas, conviene insertarlas aquí nuevamente:

Art. 4º **Los que se hallan actualmente en posesión de tierras baldías con casas y labranzas en ellas, sin título alguno de propiedad, serán preferidos en las ventas,** siempre que en concurrencia con otro se allanen a pagar el mismo precio que se ofrece por ellas.

Art. 5º **Los que poseyesen tierras baldías de tiempo inmemorial o a pretexto de una justa prescripción, deberán concurrir en el término perentorio de un año a sacar sus títulos de propiedad, debiendo si no lo hicieren, volver al dominio de la República las expresadas tierras aunque estén pobladas o cultivadas.**

Parece compendiarse en estas disposiciones todo el problema de la propiedad territorial no protegida por títulos de adjudicación u otros emanados directamente del Estado español, al constituírse la República. Por eso es muy grande el interés que ofrece dilucidar el contenido y alcance de esas normas consignadas en la primera ley colombiana sobre "enajenación de tierras baldías y creación de oficinas de agrimensura".

Para interpretar con acierto estos preceptos de la ley de 1821 estima la Corte necesario hacer un análisis considerándolos en sí mismos, por el propósito que ellos persiguieron, relacionándolos con los textos y la finalidad de las demás disposiciones de la ley de que hacen parte, y extendiendo al propio tiempo el examen a la legislación que se hallaba vigente cuando expiró el régimen monárquico y se expidió el estatuto que se comenta. Los legisladores de Cúcuta hicieron mención de modo expreso a **las leyes anteriores,** las que dejaron en vigor, con excepción del método de composición, el que declararon abolido, y del cambio de sistema de enajenación de las tierras baldías, que después de la ley de 1821 debía hacerse mediante venta en remate, y no graciosamente a las personas que cultivaran las tierras, como así lo tenía establecido la Cédula de San Ildefonso. En lo demás continuaron vigentes las leyes españolas que se venían aplicando en el territorio del Virreinato de la Nueva Granada. El estudio que aquí se adelante exige tener en cuenta la legislación anterior a 1821, vigente entonces, para juzgar sobre las posibles mutaciones que la nueva ley produjese.

En el régimen colonial la explotación económica de las tierras realengas ocupadas sin título anterior de la autoridad pública obtenido en repartimiento que diese base a perfeccionar el dominio mediante el cultivo, o respecto de tierras simplemente ocupadas y explotadas, no constituyó, por sí sola, un medio idóneo para llegar a la propiedad. Las tierras recibidas en repartimiento de la autoridad, se convertían en propiedad de los adjudicatarios mediante el cultivo, en virtud de un fenómeno que se ha calificado de justa prescripción, y siempre que se justificara esa antigua posesión (Capítulo IV, Cédula de San Lorenzo); y las solas ocupación y

explotación debían legitimarse ulteriormente. Y la prescripción no existió en el sistema jurídico colonial en favor de los particulares, respecto a la Corona, con las características que le eran propias en el derecho civil, de particular a particular, pues el régimen territorial de defensa, permanente y rigurosa, de las tierras para el Soberano, no le dió entrada, con ese carácter, sino en una forma limitada y **sui géneris**, única que se compadecía con la organización rígida y especial de derecho público a que estuvieron siempre sujetos los traspasos de las tierras realengas a personas distintas del Estado.

Estas deducciones de la Corte se hallan suficientemente explicadas en el estudio de las diversas etapas que forman la legislación para las Indias y en los lugares correspondientes del presente fallo.

Al encontrar en la ley de 1821, artículos 4º y 5º, las normas que allí se refieren a los mismos fenómenos de explotación económica, antigua posesión y prescripción, no se puede menos de relacionar los preceptos republicanos con el régimen que reguló las instituciones análogas durante la Colonia, y particularmente en el tiempo en que la República asumió el control administrativo y jurisdiccional sobre los bienes de los ciudadanos colombianos que habían estado sujetos, en idénticas relaciones, a las autoridades y a las leyes españolas.

Hay razones poderosas para considerar que la legislación colombiana fue, en lo tocante a las tierras baldías y a su régimen, apenas una prolongación o continuación de lo que era y había sido el legislador para las Indias. Con las excepciones que hace poco se anotaron, referentes a la composición, que declaró abolida, y al sistema futuro de adjudicación de las tierras baldías, el legislador de la República no innovó en la materia, sino que conservó lo que venía rigiendo en cuanto a la regulación sobre derechos de propiedad en las tierras y sobre protección a los poseedores de ellas que aún no eran dueños frente al Estado. Era lo natural que así procediese el legislador colombiano, porque ningún interés distinto del que manifestó en forma expresa cuando se refirió al método de composición, tenía aquél para alterar el sistema que venía rigiendo y al amparo del cual se habían creado derechos y nacido expectativas en favor de habitantes de la República, ciudadanos o extranjeros, por la protección que acerca de las tierras les venía concediendo la legislación anterior.

Los que poseyeron en el período indiano a título de justa prescripción debieron justificar su posesión ante las autoridades; así lo estableció claramente la Cédula de San Lorenzo; y los que no lo hicieron no consolidaron ese estado jurídico de prescribientes, convirtiéndolo en dominio.

El fenómeno se repitió al comienzo de la vida republicana. La ley de 11 de octubre de 1821 ordenó que esos poseedores —que ella denominó poseedores inmemoriales o de justa prescripción— fuesen a sacar sus títulos de propiedad.

No tenían título de propiedad esos poseedores; no sólo les faltaba el documento, el título formal, sino el hecho jurídico capaz de convertirlos en dueños, pues no habían satisfecho las exigencias de la legislación colonial para llegar a serlo.

Al decir la ley de 1821 que fuesen por el título, estaba repitiendo lo

mismo que tenían establecido las leyes indianas: que era necesario justificar esa antigua posesión para convertirla en propiedad.

Sin embargo, fue superior el hecho a la norma. Así como durante la colonia los poseedores prescribientes no justificaron en muchos casos su posesión, también en la República los poseedores de idéntica clase dejaron de cumplir con esa obligación y no fueron por el título en el tiempo señalado.

Limitada la prescripción de que se viene hablando a la tierra que se explotaba económicamente, se explica la tolerancia de las autoridades de la Colonia, que permitieron que se mantuvieran esas situaciones, conservando, eso sí, permanentemente, el principio jurídico y la regla legal de que era necesario componer tales estados anómalos, justificando la antigua posesión. Se explica, porque las tierras se daban o adjudicaban para su explotación. Puede suponerse que ocurrió algo semejante —no igual— a lo que pasa hoy con los cultivadores de baldíos, que tienen que sacar el título, aunque con esta diferencia: algunas leyes de la República declaran que la propiedad de las tierras baldías se adquiere por el cultivo; las leyes coloniales nunca lo reconocieron así: había que justificar la antigua posesión a título de justa prescripción, sacar el título, u obtener una adjudicación respecto a la posesión reciente.

¿Qué ha de hacer hoy el intérprete de esas leyes, el juez que califica aquellos remotos estados jurídicos que pudieron dar nacimiento a la prescripción **sui géneris** en el derecho indiano?

Acerca de esto caben aquí algunas consideraciones para comparar el régimen de las tierras realengas, anterior a 1821, con el que estableció sobre baldíos dicha ley.

124. La misma antigua posesión reconocida en 1754, que allí se definió "antigua posesión, como título de justa prescripción" (capítulo IV, Cédula de San Lorenzo), y que traducía la posesión antigua en la prescripción, pasó en 1821 a la ley, artículo 5º: "los que poseyesen tierras baldías de tiempo inmemorial, o a pretexto de una justa prescripción", etc.

Y en cuanto a la posesión reciente, a la cual se refiere el artículo 4º, dijo la ley de 1821: "Los que se hallan actualmente en posesión de las tierras baldías con casas y labranzas en ellas, sin título alguno de propiedad, serán preferidos en las ventas, etcétera".

La analogía es perfecta entre los casos contemplados en 1754 y los previstos en 1821.

En 1754 se respetaron dos clases de posesiones, la antigua y la nueva. Lo mismo se hace en 1821. ¿Con qué efectos?

En 1754, ya se vio, la posesión antigua se respetaba para que el poseedor justificase o demostrase esa antigua posesión; el amparo que se le daba en razón de encontrarse en el caso de una justa prescripción; la posesión y el amparo se hallaban subordinados al cultivo de la tierra, pues si éste no se hacía, la tierra pasaba a otras manos. Y la posesión reciente se respetaba para que el interesado pudiese presentarse a obtener composición, entendiéndose por poseedor reciente el que ocupaba la tierra por un tiempo menor de diez años. El poseedor de diez años tenía un título o derecho para presentarse a composición; el poseedor antiguo —no se sabe de cuanto tiempo— tenía asímismo un derecho o título de justa prescripción.

En 1821 la protección dada por la ley de 11 de octubre a los poseedores antiguos y recientes debía producir efectos análogos. Como la composición no existe, la posesión reciente se traduce en un derecho preferencial a comprar las tierras (también la composición era prácticamente una compra); y la posesión inmemorial o justa prescripción había de justificarse, sacando el título.

La ley de 1821 se presenta benévola con la antigua posesión o prescripción; desde que la admite es porque respeta la antigua posesión o prescripción del tiempo colonial —no podía referirse a otra— respecto a la cual no se conoce en qué forma debía justificarse ni ante qué autoridades. Más tarde el fenómeno se repite: se establece en la ley de 1821 la obligación de sacar los títulos correspondientes a esa posesión inmemorial, señalándose el plazo de un año para hacerlo; no se conocen, ni el modo como debe demostrarse esa situación, ni se determina la autoridad que ha de conferir tales títulos. La paridad entre los casos contemplados por el legislador indiano en 1754 y por el de la República en 1821 no sólo admite sino que parece imponer, respecto a la interpretación de la última ley, el mismo criterio benévolo que ella empleó para calificar los estados jurídicos a que se hace referencia y que habían nacido y tomado forma bajo la legislación española anterior a la ley colombiana. El fenómeno contemplado en 1821, de la posesión inmemorial anterior, que estimó vigente el legislador de entonces, y el mismo de la posesión inmemorial o justa prescripción, visto por el Juez en 1942, respecto al período anterior a la ley primera nacional sobre tierras baldías, tienen que ser mirados con idéntico criterio de amplitud, para juzgar acerca de la omisión en que posteriormente se incurrió o pudo incurrirse, de obtener el título correspondiente; así como durante la colonia se cayó en tal omisión, en muchos casos, la que no fue estimada por el legislador de 1821 como suficiente para desconocerle valor jurídico a aquellos estados constituídos por hechos de particulares anteriores a ese acto, en la República, igual omisión no debe acarrear efectos diferentes.

Es verdad que según se ha explicado en otra parte, en 1824, al tratarse en el Congreso sobre la reforma de ley de 1821, en un proyecto que no alcanzó a ser ley, los legisladores manifestaron nítidamente su voluntad acerca de que se hiciese obligatorio en el futuro el requisito contenido en la ley de 1821, de sacar el título los que gozasen en su favor de antigua posesión, aunque ampliando a dos años el plazo respectivo, que la ley había fijado en uno. Lo que está indicando que la posesión inmemorial y justa prescripción, vistas por el legislador del año 21, no contituían un estado jurídico perfecto o completo mientras no se recibiese el título, requisito en el cual los legisladores de 1824 insistieron unánimemente, pues en las actas de los debates del proyecto no se encuentran opiniones disidentes. Pero al propio tiempo ese mismo acuerdo de los legisladores de 1824, en orden a conceder dos años más de plazo para que los interesados sacasen sus títulos de propiedad, está indicando, así como la reiteración del deber de alcanzar el título, una tolerancia por lo pasado, que se traducía en una prórroga automática de cinco años, a partir de 1821, para que se obtuviese el dicho título, en relación con el término inicial fijado en la ley de aquel año. Tolerancia que se repite en leyes ulteriores, las que adelante se examinan, y que está pregonando muy a las claras lo que

ya se expresó: que el hecho era superior a la norma, que la omisión en el deber de sacar el título se imponía como una realidad, frente al criterio rígido del cumplimiento de una obligación que claramente se hallaba establecida en las leyes de la Colonia y que se repitió con idéntica claridad en la primera ley republicana.

Hay que volver a decir que de conformidad con la legislación indiana, los estados jurídicos constituídos por la simple ocupación de hecho de las tierras realengas, o por la posesión de ellas a título de justa prescripción, no produjeron por sí solos el dominio particular. Por consiguiente, al iniciarse la vida libre de la que fue antigua colonia española, bien pudieron los legisladores ajustarse al estricto derecho que venía imperando, y desconocer todo valor a esos estados jurídicos imperfectos que no se habían convertido en dominio. Pero seguramente el espíritu de tolerancia que imperó en el régimen colonial hubo de influír en el ánimo de los legisladores pátrios, quienes reconociendo la existencia de tales situaciones, estimaron acertadamente ser de justicia y conveniencia prorrogar los términos para el arreglo de tales estados, restableciendo, en forma distinta, las instituciones que regían en la Colonia sobre composición y sobre el deber de sacar el título los poseedores.

Las otras leyes, ya anunciadas, que consagraron idéntico principio de tolerencia respecto al cumplimiento de la obligación de obtener el título los poseedores con posesión inmemorial o de justa prescripción, son la de 30 de marzo de 1843, la 70 de 1866 y el Código Fiscal de 1873. Brevemente se detiene la Sala a hacer un examen de algunas de esas disposiciones, relacionadas con el punto en cuestión.

La ley de 1843 y el Decreto que la desarrolló

Los artículos pertinentes de la ley dicen:

Artículo 6º El avalúo de las tierras baldías denunciadas se hará por los avaluadores regulando el precio en que pudieran venderse a reconocimiento, y a pagar un 5 por 100 anual de interés o censo sobre dicho precio.

Artículo 11. Los gastos de medición y avalúo de las tierras deberá pagarlos el que las denuncie y solicite comprarlas; pero su importe se le compensará en el valor en que se le vendan, abonándosele dichos gastos como cantidad pagada por él en dinero.

Artículo 12. Si las tierras se remataren en otro que no sea el denunciante que haya hecho los gastos de medición y avalúo, el rematador deberá satisfacerlos a aquél de contado, y a éste se abonarán como queda prevenido en el artículo anterior.

Artículo 13. **Los que se hallen en posesión de tierras baldías al tiempo en que se vendan, con casa y labranza en ellas, pero sin título de propiedad**, y los que las hayan denunciado y hecho los gastos de medición y avalúo, **tienen derecho al retracto de la venta** por el tanto si lo intentaren con arreglo a las leyes comunes de la materia; pero si lo intentaren tanto el poseedor como el denunciante, **será preferido el poseedor.**

El artículo 9º del Decreto de 2 de mayo de 1843, expedido en ejecución de la ley, estableció:

Artículo 9º Los que se hallen en posesión de terrenos baldíos con casa

y labranza en ellos **sin haber llenado el deber que les impuso el artículo** 5º de la ley de 13 de octubre de 1821, serán obligados a pagar un arrendamiento anual de un cinco por ciento sobre el avalúo dado a los terrenos **por todo el tiempo trascurrido,** desde que se cumplió el término prefijado en dicho artículo.

Las anteriores disposiciones suscitan este comentario: no corridos aún veintidós años contados desde la expedición de la ley de 1821, un nuevo ordenamiento legislativo, y el reglamentario de él, se refirieron concretamente a los artículos 4º y 5º de la ley de 1821, y en este último se dijo que los que no hubiesen llenado la obligación que él les impuso — la de sacar el título — quedaban obligados a pagar un arrendamiento por el tiempo transcurrido, pago que no se justifica sino es porque mediante él podían llegar los interesados a obtener el título de propiedad. Ese arrendamiento podía significar una sanción por la demora en sacar el título. En todo caso, el legislador y el ejecutor de la ley de 1843 volvieron a aceptar, como el de 1821, el hecho de no haberse dado cumplimiento a la obligación de alcanzar el título, y autorizaron el que éste se obtuviese en las condiciones que allí se señalaron.

El proyecto de ley de 1824. — Naturaleza de la posesión inmemorial o justa prescripción.

Los artículos 3º y 4º del proyecto discutido por el Congreso de 1824 y que no alcanzó a ser ley sirven para explicar las características con que se reconocía esa antigua posesión. Tales disposiciones decían:

Artículo 3º Los que **hayan poseído tierras baldías con casas, labranzas o crías de ganado sin título ninguno de propiedad, serán tenidos por** dueños de ellas en la extensión que determina el artículo 5º de esta ley, siempre que la posesión haya durado por espacio de diez años, y así lo acrediten con declaración de cinco testigos que depongan de vista y ciencia propia.

Artículo 4º Las personas comprendidas en el artículo anterior, ocurrirán, en el término perentorio de dos años, contados desde la publicación de esta ley, **a sacar sus títulos de propiedad,** .....

Y el artículo 10 del mismo proyecto se refirió a la posesión reciente:

Artículo 10. **En el acto de remate serán preferidos por el tanto los que hayan poseído por menos de diez años las tierras baldías que se trata de enajenar.**

Conforme a los artículos 3º y 4º, debía tenerse como dueños de las tierras a los que las hubiesen poseído con casas, labranzas o crías de ganado, en una extensión máxima de doscientas fanegadas para las tierras de labor y de trescientas para las de ganado (artículo 5º) y siempre que las personas interesadas ocurriesen a sacar sus títulos de propiedad. La posesión admitida como hecho y como derecho para recibir el título no era la posesión por determinados linderos, sino la posesión sobre tierras labradas o cultivadas, y limitada su extensión en la forma dicha. Este reconocimiento que los legisladores de 1824 hicieron, al querer interpretar y aplicar la ley de 1821, de la posesión inmemorial o justa prescripción, está en perfecto acuerdo con el criterio que la configuró en el período colonial, según se ha visto en otras partes de este estudio, pues tal prescripción

estuvo siempre limitada a lo explotado económicamente. El proyecto de 1824 no habló de **justa prescripción,** pero sin aplicarle tal nombre al fenómeno que contempló, sí lo consideró realmente.

En cuanto a posesión reciente, el artículo 10 del proyecto dispuso que serían preferidos por el tanto los que hubiesen poseído por menos de diez años. Este precepto revive lo previsto en el artículo 4º de la ley de 1821, explicando que la preferencia de que trata debía regir en los casos de posesiones de menos de diez años.

Los poseedores de diez años o más (artículo 3º) no estaban obligados **a comprar** la tierra, **sino a sacar el título.** Los poseedores de menos de diez años tenían un derecho preferencial de compra.

El proyecto considerado en 1824 tuvo origen en otro que aprobó la Cámara de Representantes en 1823, y en éste se halla también la disposición que va a copiarse, referente a la posesión efectiva de la tierra sobre la cual podía obtenerse el título:

"Artículo 2º **Todos los que hayan poseído tierras baldías por diez años con casa, labranza o crías en ellas** se les despachará el competente título de propiedad, sin estar obligados a hacer desembolso alguno en favor del Estado, debiendo justificar esta antigua posesión los testigos vecinos del lugar". (Del proyecto aprobado por la Cámara de Representantes, en tercer debate, el 20 de junio de 1823. Folio 310, Tomo 17, Archivo del Congreso.)

Ley 70 de 1866

Esta ley contiene una disposición, la del artículo 5º, también muy importante en cuanto se refiere al reconocimiento de la antigua posesión como medio para llegar al dominio de las tierras baldías. El artículo estableció:

"Artículo 5º Tienen el mismo carácter de baldíos pertenecientes a la Nación, los terrenos incultos de las cordilleras y los valles, a menos que los que pretendan tener algún derecho a ellos, lo comprueben con pruebas legales **o con la posesión por veinticinco años, continua, real y efectiva del terreno cultivado".**

El origen de la ley a que pertenece este artículo fue un mensaje del Presidente Tomás Cipriano de Mosquera al Congreso, en que le pidió que legislara sobre tierras baldías. En el punto tocante con los títulos y medios para acreditar propiedad particular, el mensaje expresa: "El primer artículo debería contener el principio de que todas las tierras comprendidas en los territorios de Mocoa y la Guajira y las márgenes de los ríos navegables y nuestras costas desiertas, son baldíos de propiedad nacional; y que los que se consideren dueños de parte de tales terrenos, deben presentar sus títulos a la oficina que determine el respectivo Presidente o Gobernador de cada Estado. El segundo debería disponer que son igualmente baldíos y de propiedad nacional las islas de uno y otro mar que no estén ocupadas por poblaciones organizadas, o con justo título por pobladores particulares. Y por el tercero se determinaría que tienen el mismo carácter los bosques y terrenos incultos de las cordilleras y valles, a menos que los que pretendan derecho a ellos, lo justifiquen legalmente con los títulos siguientes: 1º Concesión del Gobierno español con arreglo a las leyes; 2º Escritura de compra al mismo o al de las Provincias Unidas

de la Nueva Granada o de las antiguas repúblicas de Colombia, Nueva Granada, Confederación Granadina o de los Estados Unidos de Colombia; y 3º La prescripción por posesión real y material sobre los bosques utilizadso o cultivados, por el término que señalaban las leyes generales de los gobiernos español, colombinao, de la Nueva Granada y de la Confederación Granadina".

El artículo 6º del proyecto aprobado por el Senado decía:

"Artículo 6º Los títulos de que trata el artículo anterior son los siguientes:

"1º Concesión del Gobierno español con arreglo a las leyes recopiladas de Indias y Nueva Recopilación castellana o por reales cédulas y pragmáticas debidamente comunicadas;

"2º Escritura de compra al mismo gobierno español o al de las Provincias Unidas de la Nueva Granada, o de las antiguas repúblicas de Colombia, Nueva Granada y Confederación Granadina; y

"3º La posesión real y efectiva del terreno cultivado, por veinticinco años....."

Posteriormente el artículo en curso fue reemplazado por éste:

"Artículo. Tienen el mismo carácter de baldíos pertenecientes a la Nación los terrenos incultos de las cordilleras y valles, a menos que los que pretendan tener algún derecho a ellos lo comprueben con pruebas legales o con la posesión por veinticinco años, continua, real y efectiva del terreno cultivado". (Folios 66 a 67, Tomo 1º, Senado, 1866, Archivo del Congreso).

La sola confrontación del texto adoptado definitivamente y del que sugirió el Presidente de la República demuestra que esta posesión real y efectiva del terreno cultivado, exigida por la ley de 1866, es la misma contemplada por Mosquera y que él llamó "prescripción por posesión real y material sobre los bosques utilizados o cultivados". Los títulos coloniales y republicanos, emanados directamente del Estado, vinieron a quedar comprendidos en la expresión "pruebas legales", y la posesión por veinticinco años reemplazó a la prescripción por posesión real y material de que habló el mensaje del Presidente.

El Código Fiscal de 1873

El precepto correspondiente estatuye:

"Artículo 879. Los que se consideren dueños de parte de las tierras expresadas en el artículo anterior, o que pretendan tener algún derecho a ellas, deberán comprobarlo ante la Oficina de la Estadística Nacional, con títulos legítimos, o con la justificación legal de haberlas poseído durante veinticinco años, con posesión continua, real y efectiva del terreno cultivado".

La disposición es casi textualmente la misma de la ley dada en 1866, y por eso el comentario que sugiere coincide con el que produce la primera norma.

De todas las leyes brevemente examinadas, expedidas en 1843, 1866, 1873, así como del proyecto aprobado por el Congreso en 1824, resulta claramente establecido que en todas esas oportunidades la autoridad pública legislativa contempló la situación en que se hallaban los poseedores de antigua posesión y resolvió autorizar que en forma legal se expidie-

sen los títulos correspondientes a la tierra efectiva y realmente cultivada o explotada. Aunque el mensaje de Mosquera calificó de prescripción ese estado jurídico, hay que entender que la calificación la hizo en el mismo concepto en que ella se aplicó durante el régimen colonial, pues esa llamada prescripción no debía regir para lo futuro, sino para solucionar estados anteriores, luego no era prescripción, en el sentido en que la consagra el derecho civil, y porque se limitaba a lo explotado económicamente.

La ley de 1843 sanciona la demora de los poseedores en obtener el título e implícitamente permite que concurran a recibirlo; la ley de 1866 también admite que los poseedores de veinticinco años alcancen el reconocimiento de su propiedad sobre las posesiones efectivas; y el Código de 1873 repite el ordenamiento de 1866. Y todas estas leyes guardan armonía con lo acordado por el Congreso de 1824 sobre las características de la posesión inmemorial, entendiendo que ésta se convertía en propiedad, limitada tan sólo al terreno explotado económicamente.

Tan preciosos y precisos desarrollos del pensamiento legislativo consagrado en la ley de 1821 permiten ilustrar y entender, con bastante seguridad de acierto, el contenido jurídico de los artículos 4º y 5º de la ley citada de 11 de octubre de aquel año. En efecto, los legisladores de 1824 y los que les siguieron estimaron necesario reconocer valor a la posesión inmemorial o justa prescripción, admitida en 1821, y al hacerlo fijaron la naturaleza de esa posesión, en la forma que se ha explicado.

Robustecen pues grandemente las deducciones de la Sala, en punto al significado y efectos de las normas citadas de la ley de 11 de octubre de 1821, las consideraciones que acaban de hacerse. Esa ley reconoció la prescripción, en la cual resumía la antigua posesión o posesión inmemorial, como medio idóneo para llegar al dominio los prescribientes que sacaran los títulos respectivos. La propiedad se debía reconocer sobre lo cultivado y explotado. Y el no cumplimiento de la obligación de sacar los títulos dentro del año señalado en la ley de 1821 no puede razonablemente conducir a la negación del derecho de los prescribientes. La Corte considera que no sería un criterio basado en equidad y justicia aplicar el rigor interpretativo de la ley de 1821, en cuanto señala ese término de un año para la obtención del título, desentendiéndose de otra consecuencia que la propia ley impone, referente al modo como ella misma apreció el cumpliento del requisito mencionado, de sacar en oportunidad los títulos respectivos, en lo que concierne al período colonial. El Congreso de 1821 fue comprensivo cuando reconoció valor a situaciones jurídicas irregulares que exigían para su arreglo el lleno de determinados requisitos, a fin de que tuviesen eficacia, de acuerdo con la legislación indiana; el órgano judicial de la República debe también, en opinión de la Corte, aplicar idéntico criterio para juzgar sobre el cumplimiento de las mismas obligaciones, establecidas por la ley de 1821. No parece natural que el juez que va ya a aplicar en 1942 la ley de 1821 se sustraiga a la realidad que la inspiró, de tolerancia para la satisfacción del deber que tenían los poseedores de legitimar su posesión durante el período colonial, y que no lo habían hecho al iniciarse la República; criterio de amplitud que se repitió en 1824 y en 1843 de modo expreso, y que más adelante en 1866 y 1873

aparece en forma un tanto distinta, al autorizar la comprobación del dominio privado con fundamento en la posesión real y efectiva de veinticinco años.

Considera, por tanto, la Sala que la omisión en el deber de sacar oportunamente los títulos los poseedores de tiempo inmemorial o de justa prescripción, a que se refiere la ley de 1821, no constituye fundamento jurídico para deducir que por ese solo hecho, de la omisión mencionada, los poseedores que en ella incurrieron hubiesen caído en la sanción prevista en el artículo 5º de dicha ley y que por tanto sus tierras hubiesen vuelto automáticamente, por el trascurso del plazo señalado sin el cumplimiento de la obligación, al dominio de la República. Estima la Corte que así como en 1843, por disposición expresa de la ley, los antiguos poseedores podían ocurrir por el título de propiedad, y como después, en virtud de las leyes de 1866 y 1873, pudieron hacerlo también los poseedores con posesión anterior de veinticinco años, puede hoy el órgano judicial hacer el reconocimiento de la propiedad por justa prescripción o posesión inmemorial contemplada en el artículo 5º de la ley de 1821, previas las comprobaciones necesarias de haberse poseído o explotado económicamente las tierras antes de la vigencia de aquel estatuto legal.

Claramente se ha visto que la posesión inmemorial o justa prescripción debió ser efectiva y real, concepto que se reproduce acertadamente con el de explotación económica. Habrá pues que acreditar tal explotación económica para ponerse en capacidad de alcanzar hoy la declaración judicial de propiedad sobre tierras realengas poseídas a título de justa prescripción o por posesión inmemorial durante la colonia.

Observa la Sala que ha llegado el reconocimiento del valor que tiene la explotación económica como prueba del dominio sobre tierras realengas, por razón distinta a la propuesta por el señor apoderado de la Compañía avisante, doctor Cuervo, quien le pidió a la Corte que reconociera ese valor, independientemente de la prescripción. Y se anota también cómo si es verdad que la Corte no admite la tesis planteada por el mismo señor apoderado, de haberse producido ipso jure el dominio en favor de los particulares que poseían tierras, de tiempo inmemorial, antes de iniciarse la vida republicana, y de que no necesitaban por lo mismo sacar sus títulos, sin embargo llega a la conclusión de que no obstante el deber legal de obtenerlos en el término de un año, la omisión en hacerlo, no puede entenderla la Corte como causa de pérdida del derecho a conseguir actualmente de la autoridad judicial la declaración de dominio en atención a haberse hecho la explotación económica en el tiempo anterior a la ley de 1821.

QUINTA PARTE

Examen de los títulos presentados por la Compañía avisante, de otros documentos y de algunos motivos legales concernientes a la prueba del dominio privado en las tierras objeto del aviso

La consideración por la Corte de esta delicada materia impone su división así: 1. Títulos emanados del Estado. a) Los títulos del padre Oviedo. b) Actos sobre ejecución próxima de los títulos originarios. c) Actuaciones ante las autoridades en 1647 y 1652. — 2. Contratos y otros ac-

tos entre particulares, anteriores a 1821. — 3. La explotación económica anterior a 1821, demostrativa de justa prescripción y de dominio.

1—Títulos emanados del Estado. a) Los títulos del Padre Oviedo

Al comienzo de la Parte Tercera del presente fallo se hace una relación de los títulos aducidos en el juicio como emanados del Estado, tomándola de la que a su turno hizo en 1647 el Corregidor de Coyaima, don Francisco López Lamedo, a solicitud del presbítero Francisco de Oviedo; se explica allí cómo dos de esos títulos aparecen originales, y los demás apenas resultan de la certificación dada en aquel año sobre lo actuado entonces ante la autoridad; y finalmente acaba la Sala admitiendo la existencia de esos títulos emanados del Estado, unos por haberse presentado en copia auténtica y los demás por inferirse legalmente su existencia, de conformidad con lo previsto en el artículo 7º de la ley 160 de 1936.

En cuanto á la validez jurídica de los mismos títulos y a la extensión territorial que con fundamento en ellos pudiese llegar a reconocerse como de dominio privado, la Sala se reservó su juicio para después de haber hecho un estudio de la legislación española indiana, vigente cuando dichos títulos se otorgaron, y sobre los efectos que pudieron producir como demostrativos y constitutivos de dominio particular. Realizado ese estudio de carácter general, es llegada la oportunidad de aplicar sus deducciones a los referidos títulos.

En el capítulo de este fallo denominado "Las medidas, la cabida y los linderos en la determinación del área comprendida por las adjudicaciones antiguas (111), fijó la Sala su pensamiento acerca de lo que puede constituír un criterio para entender y aplicar los títulos antiguos, ya sea que en ellos se haga una determinación completa del objeto materia de la adjudicación, por medio de la medida de las tierras y la localización en ellas del área indicada en el acto de la autoridad que otorgó el título; o bien cuando la determinación resulta de ciertos datos arcifinios, de la expresión de medidas y del señalamiento de linderos; y cómo actos próximos de ejecución en el terreno, de las adjudicaciones antiguas, sirven para determinar, en forma también satisfactoria, el contenido de los títulos.

Un somero análisis de los dos títulos originarios del Estado que se presentan en copia auténtica, el concedido por el cabildo de la ciudad de Medina de las Torres a don Martín de Zúñiga en 1587, por una estancia de ganado mayor, otra de menor y una de pan coger, y el otorgado al presbítero Francisco de Oviedo, en 1633, por el Presidente de la Nueva Granada, de seis estancias de ganado mayor, pone de manifiesto, como va a verse, que esos títulos se ajustaron a las normas que regulaban su expedición en el tiempo en que se confirieron.

Merced a Martín de Zúñiga.

Según copia auténtica traída a los autos (folios 357 y 358, Titulación antigua, primera parte), los términos esenciales de esa adjudicación rezan:

"Nos el Cabildo Justicia y Regimiento de la ciudad real de Medina de las Torres, frontera de los indios Pijaos, guarda y defensa de los caminos

reales de este Nuevo Reino de Granada, estando los dichos señores en su ayuntamiento, como lo tienen de uso y costumbre, pareció presente Martín de Zúñiga, residente en esta dicha ciudad y presentó una petición del tenor siguiente:—Ilustre Señor.—Martín de Zúñiga, residente en esta ciudad de Medina de las Torres, ante vuestra merced parezco y digo, que yo tengo necesidad para el sustento de mi casa y familia, de una estancia de ganado mayor y otra de menor, y otra de pan coger que son en términos de esta dicha ciudad, en la parte y lugar que el capitán Diego de Boca-negra quería poblar esta dicha ciudad, que es a la rivera del río de Amoyá, a mano izquierda río abajo, 'como dice el camino acombula' el río abajo de una banda y otra del dicho río en todas las llanadas, de una banda y otra, a vuestras mercedes pido y suplico sean servidos mandar se me provean como lo pido que en ello recibiré bien y merced, para lo cual, etc.—MARTIN DE ZUÑIGA.—E vista la dicha petición los dichos señores dijeron que la proveían y proveyeron como en la dicha petición las pide sin perjuicio de otro tercero que mejor derecho a ellas tenga, teniendo atención a que el dicho Martín de Zúñiga, es hombre principal y que en esta dicha ciudad sustenta casa y familia y que en todas las cosas que a esta dicha ciudad se le ofrecen acude con sus armas y caballo a todo lo que se le manda y que atento a todo lo susodicho se las daban y dieron para él y para sus herederos y sucesores y que las pueda vender, trocar, cambiar y enajenar como bienes suyos propios y desde luego le amparaban en ellas y le metían en la dicha posesión para que como cosa suya propia las haya y tenga y goce de ellas y haga en ellas a toda su voluntad sin que nadie le ponga impedimento alguno, sin primero ser oído y vencido, y así lo proveyeron y mandaron y lo firmaron los dichos señores Justicia y Regimiento que es fecho en veinte y cinco de febrero de mil y quinientos y ochenta y siete años.—DIEGO ORTIZ RASERON.—JUAN DE VELASCO.—SEBASTIAN BOCANEGRA.—JUAN DE RUGUITA. — Por mandato de la ciudad real de Medina de las Torres,—Sebastián Gómez de Tapia,—escribano.—En la ciudad de Ibagué, viernes, a quince días del mes de junio de mil y quinientos y noventa y un años, Bernardino de Mojica Guevara, Gobernador y Capitán General perpetuo por el Rey nuestro señor, de esta Gobernación de Saldaña, Pijaos y Paeces y otras provincias y habiendo visto el título y merced de estancia arriba contenido, presentado ante su merced por el Capitán Martín de Zúñiga, sobre que se le apruebe y dé por bueno, y teniendo atención y consideración a que el dicho Capitán Martín de Zúñiga es uno de los primeros que con su Merced entraron en la pacificación de estas provincias y a las demás cosas que se debían considerar, dijo que en nombre de su Majestad, usando del poder y facultad que para ello tiene, como mejor ha lugar de derecho aprueba, confirma y ratifica el dicho título y merced arriba contenido, según y de la forma que en él se declara y parece haberse proveído por el cabildo Justicia y Regimiento de la ciudad de Medina de las Torres, que fue fundada por el Capitán Diego Bocanegra, y después despoblada en estas provincias, y mando que cualesquier Justicias de la ciudad de San Miguel de Pedraza, en cuyos términos parece estar la dicha estancia o estancias, le manden dar y dén la posesión de ella a él (o a quien su poder hubiere) y se la den sin perjuicio de tercero porque así se la provee su merced, y que dado que le hayan la dicha posesión le amparen y defiendan en ella y esta dicha con-

firmación y aprobación, dijo que hacía e hizo en forma y lo firmó.—BERNARDINO DE MOJICA GUEVARA. Por su mandato,—Alonso Dorado de Vergara.—Exhibió este título el Padre Isidro Cobo, presbítero, en cumplimiento de lo proveído por el señor Licenciado don Fernando de Saavedra, del Consejo de su Majestad y su Fiscal en la real Audiencia y visitador de los indios Coyaimas y Natagaimas, en el pueblo de los Coyaimas, a ocho de abril de mil y seiscientos y veinte y un años.—Rodrigo Zapata.—...".

Merced a don Francisco de Oviedo.

Con idéntico origen aparece a folios 355 y 356 del mismo cuaderno citado copia de esta merced:

"Don Sancho Girón, Marqués de Sofraga, del Consejo de su Majestad, gentil hombre de su boca, comendador de la peraleda del orden de Alcántara, Gobernador y Capitán General de este Nuevo Reino y Presidente en la Real Audiencia de él.—Por cuanto ante mí se presentó la petición siguiente—Diego de Velasco y Guevara, en nombre de Francisco de Oviedo, presbítero, mi parte por quien presto voz y causión, digo que el susodicho es persona benemérita, hijo y nieto de primeros conquistadores de la ciudad de Ibagué, de donde es natural y está pobre y con necesidad y para ayuda a su sustento la tiene de que vuestra señoría siendo servido le hagan merced de seis estancias de pan y ganado mayor en tierras de aquella provincia cuyos linderos son de San Juan de Gandia o, puesto del Chaparral corriendo para abajo entre el río de Amoyá y Tetuán hasta donde entra el dicho Amoyá en el río de Saldaña, las cuales dichas tierras están baldías y no resulta en perjuicio de tercero el hacerle la dicha merced, antes de mucho útil que se pueblen, por haberlas tenido impedidas los indios Pijaos, atento a lo cual — A vuestra señoría pido y suplico haga al dicho mi parte la dicha merced despachando mandamiento ordinario de diligencias cometido al Capitán Juan de Ortega, justicia mayor de aquel distrito, en que recibiré merced, &.—DIEGO DE VELASCO.—Sobre lo cual libré mandamiento de diligencias para que se hiciesen en la forma ordinaria y parece que Juan de Ortega, en presencia de el beneficiado Francisco de Oviedo, cura y vicario de Coyaima y por intérprete citó a don Melchor, cacique que respondió tenían un... (está roto)... de amparo de... (roto)... tierras del Chaparral y habiéndole pedido el dicho amparo pareció se... (roto)...ción del cacique y el dicho Juan de Ortega dió el parecer siguiente: El Capitán Juan de Ortega Carrillo, justicia mayor en este distrito, habiendo visto las tierras que hay en el llano del Chaparral y la parte y lugar donde señala linderos el beneficiado Francisco de Oviedo que es en el sitio de el Fuerte de las Tejas, conforme al pedimento del Capitán Alonso Cobos, difunto, mirando la vía del Reino por una parte vertientes al río de Amoyá y por la otra al de Tetuán hasta la quebrada Honda, a donde los Pijaos mataron a tres soldados. Por la frente las barrancas que caen a la quebrada del Mene corriendo por ellas hasta el río de Amoyá, hay tierra bastante y suficiente para las seis estancias del pedimento sin que perjudique al ganado que tiene Pedro Caibo y otros en el llano de la quebrada del Mene por bajo de las dichas barrancas ni a la otra banda de la quebrada Honda en donde trae su ganado el cacique don Melchor y su gente, por lo cual me parece se le puede hacer merced de las seis estancias al dicho Francisco de Oviedo, por ser persona bene-

mérita y que los naturales gustan de tenerle por vecino por el amor y afabilidad con que los consuela y trata, y éste es mi parecer y lo firmé en Saldaña a veinte y nueve días de agosto de mil y seiscientos y treinta y un años. — JUAN DE ORTEGA. — Todo lo cual por mí visto, mandé despachar el presente y por él en nombre del Rey Nuestro Señor y de la facultad que suya tengo, hago merced al dicho Francisco de Oviedo, presbítero, de las dichas seis estancias de ganado mayor, para que las tenga, goce y posea como cosa suya propia sin perjuicio del derecho real y de otro tercero y con que cuando se trate de composición acuda a ella y pueble las dichas estancias dentro de seis meses y no se vendan sin mi licencia y pague los derechos de media anata, y mando a cualesquier justicias y jueces de su Majestad del dicho partido de Coyaima y a las demás de este reino le den y hagan dar al dicho Francisco de Oviedo la posesión de las dichas estancias y en ellas le amparen y defiendan y no consientan sea desposeído sin primer ser oído y vencido, pena de cien pesos de buen oro para la cámara de su Majestad. — Fecho en Santafé a veinte y nueve de noviembre de mil y seiscientos y treinta y tres años. — EL MARQUES DE SOFRAGA. — Tomóse la razón de este título y pagó cinco patacones por la media anata y doscientos en que el señor doctor don Francisco de Sosa tasó las dichas seis estancias como parece de la dicha tasación que está en el legajo de ella a 119 y la paga a fojas 21 del Libro común. — Fecho en Santafé a veinte y nueve de noviembre de mil y seiscientos y treinta y tres años. — Juan de Sologuren — Don Pedro Henríquez.— ....."

En el tiempo en que se otorgaron los títulos preinsertos, entre los años de 1587 y 1633, se hallaban en vigor en el Virreinato de la Nueva Granada las Ordenanzas de Población y las Cédulas de El Pardo. El título a Martín de Zúñiga fue otorgado por el cabildo de la ciudad de Medina de las Torres y confirmado por don Bernardino de Mojica, Gobernador y Capitán General de la Gobernación de Saldaña, Pijaos y Paeces y otras Provincias, en las condiciones y con los requisitos previstos en aquellas leyes, en forma perfectamente análoga a la expedición del título dado por el Cabildo de Vélez a Juan Durán en 1577 y a su confirmación por el Presidente don Antonio González en 1595 (18, 36). El título concedido por el Marqués de Sofraga, Gobernador y Capitán General del Nuevo Reino, al padre Oviedo, se ajusta a las exigencias consignadas en las Cédulas de El Pardo.

No puede negarse valor jurídico a los títulos mencionados, de 1587 y 1633, para acreditar con ellos que las autoridades de la Colonia hicieron merced de las estancias de tierras que allí se indican.

Y como respecto a los demás títulos emanados del Estado aducidos en este juicio, que no se han presentado originales, la Sala admite su validez por la razón ya expresada, unos y otros son procesalmente idóneos para acreditar, en principio, dominio privado.

Con todo, no obstante ese valor inicial de aquellos documentos, capaz de acreditar a su vez los actos de enajenación a que ellos se refieren, no sirven por sí solos, para comprobar el dominio territorial, en lugar y en extensión determinados, por la vaguedad de los datos que ellos suministran para la determinación del objeto materia de las mercedes dichas. En efecto, en el primer título las expresiones "la parte y lugar que el Ca-

pitán Diego de Boca-negra quería poblar esta dicha ciudad, que es a la ribera del río de Amoyá, a mano izquierda río abajo, como dice el camino acombula, el río abajo de una banda y otra del dicho río en todas las llanadas, de una banda y otra", y en el segundo título "cuyos linderos son de San Juan de Gandia o puesto del Chaparral corriendo para abajo entre el río de Amoyá y Tetuán hasta donde entra el dicho Amoyá en el río Saldaña" y "habiendo visto las tierras que hay en el llano del Chaparral... en el sitio de el Fuerte de las Tejas, conforme al pedimento del Capitán Alonso Cobos, difunto, mirando la vía del Reino por una parte vertientes al río de Amoyá y por la otra al de Tetuán hasta la quebrada Honda, a donde los Pijaos mataron a tres soldados. Por el frente las barrancas que caen a la quebrada del Mene corriendo por ellas hasta el río Amoyá", son expresiones que, en cuanto al primer título, apenas indican una "parte y lugar" a la orilla del río de Amoyá, a una y otra banda, sin determinarse en otra forma sino diciendo ser el punto donde el Capitán Diego de Bocanegra quería poblar, y que con estos datos no puede establecerse o determinarse; y en cuanto al segundo, los puntos arcifinios que allí se mencionan, el Fuerte de las Tejas, los ríos Amoyá y Tetuán, la quebrada Honda y la del Mene, indican una región dentro de la cual había de hacerse la adjudicación de que se trata. Estos últimos datos sirven únicamente para indicar la parte y lugar donde la adjudicación debía hacerse. Se trata, en el un caso y en el otro, de datos arcifinios vagos o incompletos, respecto a adjudicaciones que se dieron por medidas, y que tan sólo sirven para indicar los lugares donde aquellas debieron hacerse materialmente: a la orilla del río Amoyá, en el llano del Chaparral, en el Fuerte de las Tejas.

Los demás títulos, vistos apenas a través de la relación que de ellos hace el certificado expedido por el Teniente López Lamedo, no se conocen en la integridad de su contenido, y por ende, los datos para fijar el área a que cada uno de ellos se refiere, son muchísimos más débiles.

Este examen sobre los títulos emanados del Estado aducidos en el juicio demuestra que ellos no son aptos para que por su medio se pueda establecer en el terreno la extensión que debieron cubrir.

b) Actos sobre ejecución próxima de los títulos originarios.

En el capítulo citado de la Tercera Parte de este fallo (111), se hizo notar cómo, en orden a la determinación del terreno que es objeto de una adjudicación, pueden sumarse otros datos que natural y razonablemente hay que tener en cuenta: los que se derivan de los actos posesorios inmediatos o próximos a la adjudicación, que se ejecutaron sobre el terreno a que ella se refiere.

Próximos o inmediatos a la expedición de los títulos del padre Oviedo se ejecutaron en las tierras a que ellos podían referirse, varios actos importantes, como son los que acreditan los propios documentos ya citados, en que aparece la lista de esos títulos, presentados en el pleito entre el padre Oviedo y los Indios. Pero los dichos documentos no establecen en forma clara la ejecución en el terreno de las mercedes de que era titular el padre Oviedo: éste realizó actos de defensa de tierras que consideraba suyas, pero tan sólo en parte reducida, la que limitaba con los indios. Esta observación se hace, en lo que toca al período que siguió inmediata

y próximamente a la expedición de los títulos; pues más adelante aparecen otros actos ejecutados por sucesores del padre Oviedo, en la misma región, cuyas consecuencias jurídicas también se examinan ulteriormente.

Resulta claro, a la luz de las informaciones que arroja el proceso, que el segundo evento contemplado por la Corte para acreditar el dominio en virtud de títulos emanados del Estado, el de la ejecución de actos que materialicen las adjudicaciones en un tiempo próximo al en que ellas se conceden, no aparece acreditado en el caso de autos.

c) **Actuaciones ante las autoridades en 1647 y en 1652.**

Hay en el expediente dos documentos producidos con intervención de las autoridades coloniales, respecto a las tierras a que parecen referirse los títulos del padre Oviedo, que interesa examinar: son los que acreditan el amparo dado por el Corregidor de Coyaima al padre Oviedo en 1647, de que se ha hecho mención, y el convenio celebrado entre el padre Oviedo y los indios en 1652, con intervención del Oidor Juan Blásquez de Valverde, que aprobó la Real Audiencia de Santafé.

El amparo de tierras de 1647.—Memorial.—"Francisco de Oviedo, Clérigo presbítero, digo que a mi noticia es venido que el cacique de este pueblo don Melchor Cuqui ha traído un mandamiento refrendado por su Excelencia del señor don Juan Fernández de Córdoba y Coalla, Presidente Gobernador y Capitán General de este nuevo Reino, en el cual manda sea amparado por las justicias de esta jurisdicción, ganado desde sus principios con siniestras relaciones a que se debe ir con la atendencia conveniente y que se vea que lo que dicho cacique pide es vicioso y con demasiada malicia, pues dice que el llano del Chaparral y las tierras de.... ya están dentro de la demarcación de sus resguardos y que las tienen pobladas y han tenido con ganados y hatos por necesidad que de ellas tenía para crianza y labranza, siendo así que viéndolas —vacas y exentas el Capitán Alonso Cobos de Luna, las pidió a su señoría señor don Juan de Borja, presidente que fue de este nuevo Reino y le hizo merced de parte de ellas y habiéndolas yo habido y viendo había más cantidad de tierras vacas en dicho llano de Chaparral y sin perjuicio de los naturales las pedí a su señoría del señor don Sancho Girón, presidente gobernador y capitán general que era en la ocasión de este nuevo Reino y habiendo despachado su Mandamiento de diligencia, el capitán Joan de Ortega Carrillo, corregidor de esta jurisdicción dió su parecer por el cual su señoría me hace merced de seis estancias de ganado mayor en el llano del Chaparral y en la ocasión dicho cacique presentó el mandamiento de amparo y dicho capitán Joan de Ortega habiendo visto ser ganado con siniestra relación y que dichos indios necesitaban de más resguardos de los que tenían y que su pedimento era superfluo porque aún las tierras que tenían no las ocupaban por ser tantas como son y no haber menester las que pedían ni serles de ningún útil y de para alejarse más de su pueblo por haber distancia de él a dichas tierras más de diez leguas, informó a su señoría del señor Marqués y consta de este título que presentó con que se me hizo dicha merced y entré en posesión de las unas y otras tierras poblándolas con ganados que tenía de mi patrimonio, para poderme sustentar en este beneficio trayéndolos de la jurisdicción de la ciudad de Ibagué donde los tenía ya más tiempo de catorce o quince años que poblé

dichas tierras y estancias sin contradicción ni estorvo por estar fuera de la demarcación y sin perjuicio de los naturales y que en ellas no han tenido hatos de ganados por no competirles ni tener necesidad de ellas; y para que conste estar fuera de dichos resguardos, mande vuestra merced ver el auto de visita que hizo el señor don Fernando de Saavedra en que les repartió dichos resguardos, el cual se coteje con los pedimentos así de mis tierras como de dicho mandamiento de amparo y de todo se informe a su Excelencia del señor Marqués y en cuanto a las tierras de Amoyá y sabanas de Curco que dice Tomás Peres del Olmo quiere poblar y quitar es siniestro y público y notorio las poseyó el Capitán Juan de Ortega más de veinte años y después de su muerte las hube —y poblé en ellas—a dicho Tomás Rodriguez en las mesmas casas y corrales que el dicho Capitán Juan de Ortega tenía y ha más de cuatro años que las tengo pobladas y el dicho Capitán Juan de Ortega pidió dichas tierras por estar fuera de los resguardos de dhs. indios y en gratificación de sus servicios como más largamente consta de este título que de ellas presento, le hicieron merced de ellas y así mesmo hago presentación de los demás títulos que de dichas tierras tengo, para que constando de mi justicia se me vuelvan para ocurrir ante su Excelencia del señor marqués, ante quien protesto alegar lo que más me convenga y para podello hacer conforme a derecho, pido se me dé testimonio autorizado en manera que haga fe en la contradicción que desde luego hago a lo que dicho cacique pretende y de el mandamiento de amparo que tiene presentado por el cual no se le debe amparar en más de lo que le incumbe dentro de la demarcación de sus resguardos, los cuales tienen libres y sin que en ellos habiten ni asistan con hatos ni ganados, españoles ni otros que no sean de su nación. Por todo lo cual—A vuestra merced pido y suplico mande dar dicho testimonio y que no sea amparado dicho cacique en las tierras que están fuera de sus resguardos, por ser como son mías y estar poseyéndolas todo el tiempo que tengo referido y haber sido ganado dicho mandamiento con siniestras relaciones y de proveer lo contrario suplico de dicho mandamiento y hablando con el debido respeto apelo de todo lo que sobre esta causa se actuere y no fuere en mi favor, para ante el señor Presidente de este nuevo Reino o para ante quien viere que me convenga. Pido justicia y costas y en lo necesario, &—FRANCISCO DE OVIEDO. (Rúbrica)".

Observa la Sala cómo según esta relación que hace el padre Oviedo, al explicar el origen de las tierras cuya posesión defendía, dijo que "viéndolas vacas y exentas el Capitán Alonso Cobos de Luna, las pidió a su señoría señor don Juan de Borja, Presidente que fue de este nuevo Reino, y le hizo merced de parte de ellas, y habiéndolas yo habido y viendo había más cantidad de tierras vacas en dicho llano de Chaparral y sin perjuicio de los naturales las pedí a su señoría el señor don Sancho Girón", "y consta de este título que presento que se me hizo dicha merced y entré en posesión de las unas y otras tierras poblándolas con ganado que tenía de mi patrimonio; y en cuanto a las tierras de Amoyá y sabanas de Curco..... las poseyó el Capitán Juan de Ortega más de veinte años y después de su muerte las hube..... y ha más de cuatro años que las tengo pobladas;..... y así mesmo hago presentación de los demás títulos que de dichas tierras tengo; a vuestra merced pido y suplico man-

de dar dicho testimonio y que no sea amparado dicho cacique en las tierras que están fuera de sus resguardos por ser como son mías y estar poseyéndolas todo el tiempo que tengo referido".

Y luego, en el testimonio dado por Francisco López Lamedo, Teniente de Corregidor y Justicia Mayor de Coyaima, se expresa que "habiendo visto los autos títulos que el Bdo. Francisco de Oviedo, cura y vicario de dicho pueblo presentó, y el auto de la demarcación de los resguardos.... y fuera de ellos parece haber proveído el señor don Juan de Borja, Gobernador y Capitán General de este nuevo Reino y Presidente de la Real Audiencia de él, al capitán Alonso Cobos de Luna, **cinco estancias en los llanos del Chaparral** como parece por título proveído en la ciudad de Santafé.....; otro título proveído al beneficiado Francisco de Oviedo..... **de seis estancias de ganado mayor, lindando con las estancias de arriba** que son entre los ríos de Amoyá y el río de Tetuán"; "así mesmo parece otro título de diez estancias de ganado mayor y pan coger, proveídas al beneficiado Francisco de Oviedo..... **linde las dichas estancias con las de arriba**"; "y así mesmo pareció otro título proveído a dicho beneficiado Francisco de Oviedo de seis estancias de ganado mayor proveídas en las quebradas del Mene que linda con las estancias de arriba. Y así mesmo pareció otro título de una estancia de ganado mayor de las antiguas y una de ganado menor y otra de pan coger proveídas por el Cabildo de la ciudad de Medina de las Torres..... **en las riberas del río de Amoyá.....**". "Y así mesmo presentó otro título de **seis caballerías de las antiguas**, proveídas al Capitán Juan de Ortega Carrillo por el señor Presidente don Juan de Borja, que **sus linderos corren de donde entra el río de Amoyá en el del Saldaña para arriba de la otra parte del dicho río de Amoyá**"..... "Y parece haber pedido dicho beneficiado Francisco de Oviedo, se diese posesión de los dichos títulos y estancias ante el Capitán Juan de Ortega, y el dicho Capitán dio comisión a cualquier persona que supiera leer y escribir, las diese, y parece que Alonso Gómez Morcillo dio las dichas posesiones". Y agrega el funcionario lo siguiente: "que todas las dichas tierras y estancias, según sus linderos, están debajo del pedimento del cacique don Melchor y muchas más según los linderos debajo de que piden le ampare S. E. y según los linderos de los resguardos, caen las dichas estancias proveídas al dicho beneficiado Francisco de Oviedo y al Capitán Juan de Ortega y el título proveído por el Gobernador Bernardino de Mojica y las proveídas al Capitán Alonso Cobos de Luna, **que de todas ellas es dueño dicho beneficiado Francisco de Oviedo**". (Fls. 339 v. y 340 ibidem).

El testimonio de lo actuado en 1647 es claro en el sentido de haberse amparado al padre Oviedo en la posesión de todas las tierras a que se referían sus títulos, frente a las pretensiones del cacique Melchor Cuqui, tierras que el padre había adquirido, en parte, de mercedes de adjudicación hechas a él, y en parte de compras de tierras adjudicadas a otras personas. Tales adjudicaciones, de acuerdo con los datos de los títulos, estaban ubicadas en dos puntos principales, **el llano de Chaparral y una zona comprendida entre los ríos Amoyá y Saldaña. Es evidente que de esas tierras se dio posesión al padre Oviedo y que se le prestó amparo por la autoridad.** Desafortunadamente los datos de los títulos, como se vio

arriba, y los que se dan en las diligencias surtidas ante el Corregidor de Coyaima, no permiten localizar esas adjudicaciones sino de un modo general en los puntos y regiones en que fueron hechas.

Convenio celebrado en 1652.

La Real Audiencia comisionó al Oidor doctor Juan Blásquez de Valverde —aprovechando un viaje suyo a la ciudad de Lima— para que al pasar por Coyaima procurase un arreglo o transacción en el pleito que adelantaban los indios Coyaimas y Natagaimas y el padre de Oviedo.

Trasladado al lugar de la disputa, el Oidor declara, en comunicación a la Audiencia que "consta: Lo primero que estas tierras que llaman del Chaparral y Amoyá sobre que es este pleito y pretenden los Coyaimas se les adjudiquen de ninguna suerte están comprendidas en los resguardos de los indios Coyaimas..... Consta por los títulos presentados por parte del dicho padre Francisco de Oviedo que están desde fojas cuarenta y tres en adelante del cuaderno pequeño de este pleito de los indios Coyaimas que se comenzó a pedimento del señor Oidor don Diego de Carrasquilla, siendo Fiscal de esta Real Audiencia, en cuyos derechos ha sucedido el dicho padre Francisco de Oviedo por compras que ha hecho y en parte de ellas por merced que se le hizo de estancias para ganado de que consta en dichos recados. El título con que los indios podrán pretender estas tierras sólo puede ser el de haberlas menester para su conservación y estar algunos de ellos poblados en ellas y habiéndolo reconocido ansí traté de medio y conveniencia con el dicho padre Francisco de Oviedo para que ni se le quitasen todas las del Chaparral y Amoyá como los indios pretenden, ni tampoco dejase de dar parte de ellas por la necesidad que los indios representan y rigor que alegarían sería quitarlos de donde estaban sus casas (aunque fuéra de sus resguardos), y asenté con el por medio de conveniencia y concierto que diese y dejase a los indios más de seis leguas de tierras con que aumentasen las de sus resguardos y se quedasen en ellas los que las tienen beneficiadas de esta manera. Que desde el término del resguardo que llega al camino real y del paso del río de Tetuán que va al Chaparral lo que hay de tierra hasta el hato que hoy tiene poblado el padre Francisco de Oviedo, que a lo que tengo entendido y me informan habrá dos leguas de tierras de ancho, se compartan igualmente con el dicho padre Francisco de Oviedo, dando a los indios la mitad de ellas por la parte que son contiguas a sus resguardos, corriendo por lo largo hasta dar al mismo río de Amoyá. Con que habrá de largo dos leguas según me dicen y informan los mismos indios, con lo cual se quedan en esta parte los que están poblados en ellas y tienen sus rozas".

El Padre Oviedo accedió al pedimento del Oidor y dijo que, aprobándolo la Audiencia, "daré a los indios y desde luego les doy, cedo y traspaso los pedazos de tierras que el señor Oidor refiere en su parecer, sinembargo de pertenecerme por mis títulos; y lo hago por el bien y utilidad de estos indios Coyaimas que son mis feligreses y por quitarme de pleitos....." Y la Real Audiencia confirmó el acuerdo y dispuso "se cumpla, guarde y observe". (Folios 342 a 346, Titulación Antigua, primera parte).

Estos pasajes del convenio celebrado entre el padre Oviedo y los indios, con intervención de la autoridad, están demostrando sin lugar a duda, que el padre Oviedo continuaba, en la fecha del convenio, ejerciendo

actos de dueño y poseedor sobre una extensión considerable de tierras, al amparo de los títulos que había recibido directamente y por las compras hechas a otras personas, que a su turno habían adquirido de la Corona. Este documento atestigua haberse reputado como comprendida por los títulos una faja de tierra de dos leguas de ancho, en el lindero con los indios, entre el camino real y el paso del río Tetuán que va al Chaparral y el río de Amoyá. Este dato, que es interesante para fines ulteriores contemplados en el presente fallo, no acredita, por sí solo, la posesión, defendida por el padre Oviedo, sino sobre una parte apenas de las tierras a que se referían los títulos.

2—Contratos y otros actos entre particulares anteriores a 1821

En la abundante documentación allegada por la Compañía avisante hay numerosos documentos que demuestran la verificación de actos y contratos entre particulares a lo largo de todo el tiempo que siguió al que se ha examinado y hasta el comienzo de la República. De esos numerosos actos menciona la Sala la venta hecha en 1702 por Agustín de Llanos a Francisco de la Vega, de unas tierras en Amoyá; la partición amigable entre los Olmos y los Cuencas, en 1717, de sus tierras en la región del Chaparral; la venta que don Pedro de Rivas y Luna hace a Alonso Galindo en 1755; la donación de Francisco de Oviedo a Francisco de Soria en 1758; el compromiso entre Jerónimo de Oviedo y Francisco de Soria en 1760; la donación de Jerónimo de Oviedo a Jacinto de Oviedo en 1764; la hipoteca constituída por María Josefa de la Romana y Herrera a favor de la Capellanía de José Ricaurte en 1769.

Todos esos actos sobre tierras, se aducen para acreditar dominio particular frente al Estado, considerando que esas ventas, donaciones, particiones, etc., son de la clase de aquellos actos y contratos entre particulares anteriores al 11 de octubre de 1821, que de conformidad con esa ley, y según la interpretación que se le ha dado por algunas personas, son aptos para acreditar que las tierras a que se refieren salieron válidamente del Estado durante el tiempo de la colonia. La Corte ha reafirmado en el presente fallo su concepto anterior acerca de que documentos de esa naturaleza son insuficientes, por sí mismo, para demostrar la propiedad particular respecto al Estado. En tal virtud niega la Sala a esos documentos, y a los demás similares que se trajeron al juicio, el valor probatorio que se pretende en orden a la demostración del dominio privado de las tierras en ellos relacionadas.

3 — La explotación económica anterior a 1821, demostrativa de justa prescripción y de dominio

Llegando a esta parte de la sentencia, la Sala expresa su voluntad de limitar el examen de los documentos aducidos, — títulos originarios, actos próximos de ejecución material de ellos y de defensa de la posesión ante las autoridades, contratos y actos entre particulares, planos y mapas — al área a que se contrae el aviso de exploración, que se halla dibujada con color ocre en el plano topográfico número uno, hecho en escala de 1:50000. En el mismo plano se hallan dibujadas otras extensiones territoriales a las cuales, según los estudios hechos por la Compañía avisante, se pretende alcanzan las mercedes de que fue dueño el padre Oviedo. Mas no siendo necesario el pronunciamiento de la Corte sobre tan

dilatada extensión, se concreta a aquélla que constituye, como se ha dicho, el área del aviso, lo que facilita un tanto la decisión final.

Aquí se remite la Sala a lo observado en el punto 1 de esta parte del fallo, letras b) y c), en especial a esta última, donde aparece explicado que, con excepción de las seis caballerías al sur del río Amoyá, las demás estancias comprendidas en los títulos que presentó el padre Oviedo en 1647, se localizaban entre los ríos Tetuán y Amoyá, y que, tomando como punto inicial la merced concedida en el Fuerte de las Tejas o Puesto del Chaparral, estaban todas situadas unas a continuación de otras hacia el río Amoya. Más tarde, en 1652, el acuerdo entre el padre Oviedo y los indios informa ser de propiedad de Oviedo, como se ha visto, una faja territorial de dos leguas de anchura, del paso real en el camino del reino, sobre el río Tetuán, hacia el Chaparral, hasta el río de Amoyá. Tales datos de localización son ambiguos, y no permiten fijar con precisión el área cobijada por las mercedes, ni siquiera respecto de la que más datos arcifinios ofrece, que es la adjudicación que se hizo tomando como sitio inicial de ella el Fuerte de las Tejas.

Estas consideraciones han llevado a la Corte a estimar ineficaces los títulos emanados del Estado, los actos próximos de ejecución material y los cumplidos con intervención de autoridades, para comprobar el dominio que intenta acreditar la Compañía avisante.

Sin embargo, hay en documentos ya examinados y en otros que van a verse, datos reveladores de explotación económica de todas las tierras comprendidas en el aviso de exploración, realizados unos en el tiempo inmediato a los títulos, y otros un poco más de un siglo después, con los cuales se demuestra, a juicio de la Sala, haberse adquirido a título de justa prescripción, frente a la Corona, las tierras de que se trata.

El propio padre Oviedo, en su memorial presentado al Corregidor de Coyaima en 1647, después de mencionar todos sus títulos sobre las tierras en el llano del Chaparral y en Amoyá, decía: "y entré en posesión de las unas y otras tierras, **poblándolas con ganados que tenía de mi patrimonio** para poderme sustentar en este beneficio, **trayéndolos de la jurisdicción de la ciudad de Ibagué**, donde los tenía....."

En el informe del Oidor Blásquez de Valverde, en 1652, se lee: "lo más útil y lo más apetecible de estos indios, como más necesario para sus rozas y cañaverales y sembrados, son las riberas del río de Saldaña por una parte y por otra de él, ...; pedí al dicho padre Francisco de Oviedo que conviniese en dejarles estas riberas y no lo pude conseguir en todo, **respecto de tener el dicho padre su hato y trapiche en una de estas riberas**, hacia la parte del río de Amoyá".

Es manifiesto que el padre Oviedo, no sólo había poblado las tierras con ganados, llevándolos de Ibagué, sino que el Oidor Blásquez encontró "hato y trapiche", signos demostrativos de explotación económica.

En 1712 doña Josefa del Olmo instituyó una cápellanía a favor de su sobrino el maestro Gaspar de Oviedo, hijo del segundo capitán del Olmo y Oviedo. La capellanía se constituyó obrando conjuntamente el Capitán Juan Bartolomé Rodríguez del Olmo y Oviedo y su mujer Mariana Marmolejo, quienes traspasaron a su hijo Gaspar de Oviedo, instituído capellán en la capellanía de su tía doña Josefa, cuya legítima se le recono-

ció "en una caballería de tierras en el sitio del Chaparral que según su avalúo es de cuatrocientos pesos, doscientas reses de cría a dos pesos cabeza, treinta yeguas a dos pesos, que hacen sesenta pesos, doce caballos a seis pesos cada uno, que importaban setenta y dos pesos, diez mulas mansas a veinte y cinco pesos cada una, un mulato esclavo en doscientos pesos, llamado Francisco, con más otro mulato esclavo llamado Juan..." Esta capellanía, sobre tierras del Chaparral, es demostrativa de explotación económica.

En el año de 1755 don Pedro de Rivas y Luna le vende a don Alonso Galindo de Mendoza un extenso globo de tierra denominado Apa y San Bartolomé, que cubre prácticamente todo el sector sur del área comprendida por el aviso de exploración, donde hoy se hallan las fincas "El Queso", "Apa" y "Juncal", "San Bartolomé de Amoyá", "Agua Dulce" y "El Diamante". Don Francisco de Rivas era sobrino del padre Oviedo, hijo de Tomasa de Oviedo y José de Luna.

En la escritura de venta el otorgante declara: "Sépase, con esta carta, cómo yo el Bachiller don Pedro de Rivas, Clérigo Presbítero domiciliario de este Arzobispado y residente en esta Villa de la Purificación, digo por mí y en nombre de mis herederos y sucesores y de los què de mí y de ellos hubieren título y causa, que vendo y doy en venta rrl. por fuero de heredad para siempre jamás, al capitán don Alonso Galindo, vecino de la ciudad de Santafé y residente en el sitio del Chaparral y a quien su derecho representare, las tierras que llaman de Apa y San Bartolomé que tengo en dicho sitio del Chaparral, cuyos linderos se comprenden desde la boca de la quebrada nombrada de la López que desagua en el río de Amoyá frente al potrero de Tuluní de la hacienda de Amoya mirando al cerro de Calarma hasta el bordo de la Mesa del mismo Chaparral, en donde fundó doña Josefa del Olmo difunta una capellanía de mil y quinientos pesos que hoy sirve el doctor don Jerónimo de Oviedo, y por todo el bordo de la propia mesa y caídas a lo llano con las vueltas y ensenadas de Irco hasta llegar a la punta de Pipiní, en cuyas tierras comprendidas en el a que pertenecen el Rodeo de la Aguada está fundada otra capellanía de mil pesos que hoy sirve el doctor don Juan de Luna; y desde el paso de la quebrada de Guainí o del camino real que va de Santafé a la hacienda de Juan de Amoyá lindando con tierras de los indios de Coyaima, a dar al referido río de Amoyá y por éste arriba hasta la boca de la expresada quebrada de la López".

Según la escritura de venta, había en los terrenos de Apa y San Bartolomé dos capellanías, lo que demuestra que en ellas existía explotación económica, pues sin ésta no podían servirse las capellanías.

En 1757 se produjo un documento que obra a folios 69 a 71 del cuaderno Titulación Antigua, tercera parte, y es la "razón" que el doctor don Jerónimo de Oviedo da al doctor don Francisco de Oviedo, del caudal que tiene en la hacienda Chaparral. Allí se lee: "Razón que yo el doctor don Jerónimo de Oviedo doy al doctor don Francisco de Oviedo, mi hermano, del caudal que hoy tengo y se ha agenciado desde el año pasado de mil setecientos veintinueve. En dicho año salí del colegio y habiendo llegado al sitio de Llano Grande, sin principio alguno, dicho mi hermano me habilitó ..... Luégo habiendo llegado estaba a cuidado de Fran-

cisco de Cedeño en este Chaparral dos mil y cuatrocientas reses, cincuenta y siete caballos, ciento diez y seis yeguas y ventidós mulas, que todo me lo entregó. Hoy a fuerza de mi trabajo se halla de hacienda **existente en estas haciendas** lo siguiente: primeramente **dos mil reses de cría reducidas a rodeo** y bien doctrinado, que a tres pesos son seis mil pesos, 6.000. — Item, **cien yeguas** con sus padrones a cuatro pesos $ 400.—Item, **dos garañones** de cincuenta pesos, 100. — Item, **veinticinco mulas** a veinticinco pesos, 625. — Item, **setenta caballos** a seis pesos, 420.—Item, **doce bueyes** útiles a diez pesos, 120. — Casas en el Chaparral, oficinas necesarias, casas, corrales y manga en el sitio de la Capellanía, manga en el sitio de la Tasajera, Cuira la casa de vivienda que tiene noventa pies de largo lo que corresponde a lo ancho, tres corrales, huerta de cuatro cuadras en cuadro cercado de piedra, oratorio adornado de todo lo necesario, ... — **Trapiche a orillas del Amoyá, a la parte occidental**, con su ramada de cien pies, ... (en seguida se halla una larga lista de esclavos al servicio de la hacienda. ..... A más de esto se han mantenido pleitos el espacio de siete años, y lo que se ha gastado en Pachito hasta el estado en que va; tienen también estas haciendas pendiente el pleito de don Alonso Galindo y de el padre Rivas, tienen dos mil pesos de el Carmen, dos mil de la capellanía de Pachito y trescientos pesos de la Iglesia de Coyaima. Esto es cuanto he trabajado divirtiendo algunos oritos en vestuarios, herramientas, mantención de negros y lo más que se ofrece y se ha gastado en pleitos con el conocido adelantamiento que a fuerza de mi trabajo personal y de mis industrias he adquirido y por cesión que me hizo dicho mi hermano de la Capellanía, la serví y dije las misas hasta que entró Pachito; es de advertir que todo lo referido se debe entender sin entrar en esta cuenta las tierras, que la Capellanía de Pachito es en esta forma: Nota — **Seiscientas reses a doce reales** y lo demás en tierras, de las seiscientas reses, como que he dicho las misas me he aprovechado de los productos y lo demás esta en ser, a nuestro sobrino Juanito **le habilité con cien novillos y bueyes de carga** y ventidós cargas de sál; de esto sólo tengo recibido cuatrocientos y cincuenta pesos y de lo demás no se. El doctor don Jerónimo de Oviedo estuvo en el Colegio, allí estudió y se graduó y consiguió últimamente el grado de presbítero y **todos los costos fueron de esta hacienda y con la decencia que requería la persona**. ....."

Esta relación, que figura en el expediente de la mortuoria del presbítero don Jerónimo de Oviedo, es por demás expresiva sobre actos de explotación económica realizados en las haciendas del Chaparral, en el período a que ella se refiere. El padre Jerónimo recibió dos mil cuatrocientas reses y los demás semovientes relacionados. Después explica tener dos mil reses de cría de rodeo y los otros semovientes que señala; que a la capellanía del nombrado Pachito corresponden seiscientas reses y que habilitó a Juanito con cien reses, y explica cómo las haciendas atendían a muchas y cuantiosas erogaciones.

En 1758 el doctor Francisco Javier de Oviedo hace donación al doctor Francisco Javier de Soria y Oviedo, en estos términos: "Que siendo como es dueño de la hacienda de el Chaparral ..... en consideración a que cuando murió su padre sólo había en dicha hacienda setecien-

tas reses..... por cuyas razones le pertenecen al otorgante, más por compra que por herencia, lo que le movió a retirarse de dicha hacienda para transar dichas dependencias, dejándola en manos de Francisco Cedeño, a quien puso de administrador de ella, quien después entregó dicha hacienda y sus aperos al doctor don Jerónimo de Oviedo, hermano del otorgante, con sola la orden presunta que para ello dió entendiendo el otorgante que la cuidase y adelantase, lo que no hizo ni ha hecho, **habiéndose encontrado al tiempo de esta entrega dos mil y cuatrocientas reses con todo lo demás anexo.** (En seguida vienen las declaraciones sobre la donación que hace el otorgante a Francisco Javier de Soria, presbítero, su sobrino). (Folios 450 y 451, Titulación Antigua, segunda parte).

El anterior documento confirma los datos sobre existencia de semovientes y otros elementos demostrativos de explotación económica en la hacienda de Chaparral, a que se hizo mención en el punto anterior.

En el mismo año de 1758 otorga su testamento don Alonso de Galindo y en él consta: "20. Item. Declaro por bienes míos, **la hacienda de Amoyá**..... Y en el presente se compone de **siete mil reses más o menos de ganado de cría en rodeo** sujetos según el tanteo de personas inteligentes, y alguno manso **que los unos pastan entre los dos ríos de Amoyá y Saldaña y los otros en tierras del Chaparral que llaman de San Bartolomé,** pertenecientes a doña Josefa del Olmo, mi tía, a quien pagué los arrendamientos. Doscientas yeguas....."

Con este documento se acreditan actos de explotación económica, tanto en las tierras de Amoyá como en las del Chaparral, siendo de advertir que San Bartolomé hace parte de las tierras de Apa y San Bartolomé ya citadas, demostrándose por lo mismo, explotación en esta parte sur del área a que se refiere el aviso.

En 1765 don Jerónimo de Oviedo dice en su testamento: "8. Item... (roto)..... por bienes míos un rodeo de ganado de cría que llaman de la Tasajera y consta de setecientas a ochocientas reses más o menos". La Tasajera está situada dentro del área del aviso, en la parte más próxima a la ciudad de Chaparral.

En 1781 otorga testamento doña María Josefa Romana y Herrera y en él expresa: "7º Declaro igualmente que a mis hijos José, Joaquín, Josefa Mariana, Antonia les he entregado su legítima paterna, al primero en las tierras de San Francisco desde la quebrada de Icurco, hasta la de Tune; **a la segunda en las tierras El Queso**; a la tercera en las de el Bejucal y a la cuarta en las de Tuluní, que todas son bien conocidas y cada **una ha llevado igual número de ganado y bestias".** También **El Queso** es hacienda que queda hoy dentro del área comprendida por el aviso, próxima a San Bartolomé.

Los numerosos documentos que ha examinado la Corte, en los cuales se hace referencia a la posesión de tierras con ganados, son demostrativos de que en ellas se cumplieron actos de explotación económica de la clase de los que la legislación indiana requería para que pudiese acreditarse la justa prescripción, al tenor de lo establecido especialmente en la Cédula de San Lorenzo, que definió lo que por tal debía entenderse. Según el testamento de Alfonso de Mendoza, tenía él 7.000 reses en tierras de Amoyá y del Chaparral, y de los otros actos examinados resulta haber 3.300 reses en la hacienda del Chaparral, y si se supone —como

es racional— que de las 7.000 reses citadas, 4.000 **poblasen** la parte de Amoyá que queda por fuera del aviso de exploración, se tiene un total de 6.300 reses, además de otros semovientes, como justificativo de explotación económica en una área, la del aviso, de 14.000 hectáreas, en terrenos que son de sabana en su mayor parte. Esos actos de explotación económica, considerados independientemente de los títulos que sobre las mismas tierras o sobre una parte de ellas se habían otorgado al padre Oviedo y a otras personas, constituyen, en el parecer de la Sala, **la justificación** que los interesados pudieron hacer de su posesión durante el régimen colonial, e igualmente, al tenor de lo previsto en la ley 11 de octubre de 1821, artículo 5º, para obtener, de conformidad con esta última, el título de propiedad.

Por los motivos que se han expuesto en otro lugar (123), puede y debe la Corte hacer ahora la declaración que no se hizo, ni en el tiempo colonial, ni en los primeros años de la República, respecto al hecho de haberse consumado jurídicamente la prescripción adquisitiva de esas tierras frente al Estado, por actos de explotación realizados con anterioridad al año de 1821.

En el presente juicio no es del caso hacer tal declaración de dominio, por la índole del mismo; pero sí el de declarar, por las mismas razones en que aquella se fundaría, que en las tierras de que se trata, comprendidas en el aviso de exploración, por haber salido del patrimonio del Estado al de los particulares antes del 11 de octubre de 1821, en virtud de justa prescripción, puede la Compañía avisante explorar y explotar petróleo, pues ha satisfecho el presupuesto de la ley 160 de 1936, que en su artículo 10 exige, en casos como el del presente juicio, que se acredite haber salido las tierras legalmente del patrimonio del Estado antes de la reserva del subsuelo petrolífero para la Nación, o sea con anterioridad al 28 de octubre de 1873.

El otro requisito contemplado en esta última norma, de no haberse recuperado los terrenos por la Nación en virtud de nulidad, caducidad, resolución u otra causa legal, no toca con el asunto propio de este juicio, pues el fenómeno de la prescripción es excluyente de los otros a que la norma se refiere.

Habiéndose adoptado por la Corte, para la solución del caso sub-judice, un criterio que no hace necesaria la medida de las tierras, o más propiamente, la comparación del área cubierta por el aviso con la que autorizaban los títulos originarios de que fue dueño el padre Oviedo, tampoco es de oportunidad que la Corte haga declaración alguna sobre la equivalencia de las medidas antiguas con las medidas modernas, asunto que ilustraron técnicamente los peritos que actuaron en el juicio, ingenieros Jorge Alvarez Lleras y Alfredo Ortega Díaz.

El concepto del Procurador Delegado en lo Civil.

La Corte ha tenido muy en cuenta, en la discusión y redacción de este fallo, el importantísimo trabajo presentado en este juicio por el señor Procurador Delegado en lo Civil, doctor Carlos J. Medellín, que consta en exposiciones escritas y en el resumen de la oral. En varias de sus partes

esta sentencia se halla de acuerdo con las tesis jurídicas que sostuvo el señor representante de la Nación.

El concurso del señor apoderado.

La intervención del señor abogado de la Compañía avisante, doctor Luis Enrique Cuervo, le mereció a la Corte la consideración extensa y detenida que acusa el presente fallo, en varias de sus partes. Si es verdad que la Sala no ha estado de acuerdo con algunas de las tesis y apreciaciones del señor apoderado, también es cierto que ellas han contribuído notoriamente a la información del pleito y a la ilustración de la materia general y doctrinaria a que él se refiere.

FALLO:

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, DECIDE que es fundada la pretensión de la Texas Petroleum Company, de explorar y explotar petróleo en las tierras situadas en el Municipio de Chaparral, Departamento del Tolima, en el área comprendida por los linderos que aparecen relacionados en la PRIMERA PARTE de esta providencia.

Publíquese, cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Ministerio del ramo.

Aníbal Cardoso Gaitán. — José M. Blanco Núñez. — Arturo Tapias Pilonieta. — Manuel Pineda Garrido, Srio. en ppdad.

INDICE

Páginas

EDITORIALES. — LA PRUEBA DE LA EXISTENCIA DE LA PROPIEDAD TERRITORIAL Y LA SITUACION JURIDICA DEL SUBSUELO PETROLIFERO, por Guillermo Amaya Ramírez I

LA PROPIEDAD PRIVADA DEL PETROLEO EN COLOMBIA, por Hernando Navia Cajiao XII

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

LEGISLACION ESPAÑOLA SOBRE TIERRAS EN AMERICA Y REGLAS JURIDICAS ACERCA DE ESTE PUNTO DESDE LA CONQUISTA HASTA HOY. — PRIMER PERIODO, DESDE 1492 HASTA 1591, QUE COMPRENDE EL DE CAPITULACIONES CON LOS DESCUBRIDORES, DONACIONES DE TIERRAS A LOS POBLADORES, ETC. — REPARTIMIENTO DE TIERRAS POR PEONIAS Y CABALLERIAS FUERA DEL CIRCUITO POBLADO. — PRESCRIPCION DEL DOMINIO DE ESAS TIERRAS. — DESPACHOS SOBRE TIERRAS OTORGADOS POR LOS CABILDOS Y VIRREYES, PRIMEROS TITULOS DE TIERRAS. — SEGUNDO PERIODO, DE 1951 A 1680. — CEDULAS DE EL PARDO. — ALCANCE JURIDICO DE LAS PALABRAS MERCED Y DONACION. — SIGNIFICADO JURIDICO DE LAS EXPRESIONES "CABALLERIA" Y "PEONIA" DE TIERRAS. — OCUPACION Y POSESION DE TIERRAS. — CONFORME A AQUELLAS CEDULAS. — QUE SE ENTENDIA POR "COMPOSICION". — VENTA DE TIERRAS REALENGAS. — TERCER PERIODO: DE 1680 A 1754. — EL CODIGO DE INDIAS O RECOPILACION DE LEYES DE LAS INDIAS. — PRESCRIPCION DE TIERRAS CONFORME A ESTE CODIGO. — CUARTO PERIODO, LAS CEDULAS DE SAN LORENZO EN 1754 Y DE SAN ILDEFONSO EN 1780. — CULTIVO DE LAS TIERRAS COMO BASE DE UNA JUSTA PRESCRIPCION. — PRESCRIPCION DISTINTA DE LA DEL DERECHO COMUN. — MEDIDAS Y LINDEROS DE TIERRAS. — EFICACIA DE LOS TITULOS ANTERIORES AL 11 DE OCTUBRE DE 1821. — INTERPRETACION DE VARIOS ARTICULOS DE ESTA LEY. — LA ANTIGUA POSESION Y LA PRESCRIPCION SEGUN EL REGIMEN ESTABLECIDO POR LA LEY DE 11 DE OCTUBRE DE 1821, SON BASE JURIDICA PARA HACER LA DECLARACION DEL DOMINIO

Páginas

TERRITORIAL PRIVADO. — DEDUCCIONES JURIDICAS SOBRE TITULOS PRESENTADOS POR LA COMPAÑIA AVISANTE EN RELACION CON LA DOCTRINA DEL FALLO SOBRE EXPLOTACION ECONOMICA DE LAS TIERRAS Y SU JUSTA PRESCRIPCION. — Se decide que es fundada la pretensión de la Texas Petroleum Company para explorar y explotar petróleo en el área comprendida por los linderos que aparecen relacionados en la primera parte de esta providencia. Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán 781

CONTENIDO DE LA SENTENCIA:

PRIMERA PARTE

I. — El aviso de exploración..... 793
II. — Lo que expresó el Procurador General al Ministerio..... 798
III. — La resolución del Ministerio..... 798

SEGUNDA PARTE

La tramitación en la Corte.—El auto para mejor proveer, la inspección ocular y pericial, la audiencia pública. — Ubicación de las tierras a que los títulos antiguos se refieren..... 801

TERCERA PARTE

Los títulos antiguos. Su existencia, su validez jurídica y la extensión o área que comprenden 807
A) EL DOMINIO TERRITORIAL PRIVADO EN LA LEGISLACION INDIANA 809

PRIMER PERIODO. — EL DESCUBRIMIENTO Y LA CONQUISTA 1492 a 1591

Las capitulaciones con los descubridores.—Fundación de poblaciones y repartimientos de tierras.—Adjudicaciones por los Cabildos 809
Los Despachos sobre tierras otorgados por los Cabildos y Virreyes, primeros títulos de tierras 817
Despacho-título otorgado por el Cabildo de Vélez el 10 de abril de 1577 a Juan Durán 817

SEGUNDO PERIODO. — LAS CEDULAS DE EL PARDO 1591 a 1680.

Primera Cédula de El Pardo 819
Segunda Cédula de El Pardo 822
Aplicación de las Cédulas de El Pardo..... 824
Autoridades que hacían las adjudicaciones 827
La venta de tierras realengas 828
Los comentadores del derecho indiano a principios del siglo XVII. 829

Páginas

Don Antonio de León 829
Don Juan de Solórzano 831

TERCER PERIODO. — EL CODIGO DE INDIAS O RECOPILACION DE LEYES DE LOS REINOS DE LAS INDIAS.—1680 a 1754 833

La composición de excesos 837
No se permitía la de tierras poseídas con título vicioso..... 837
La venta de tierras 837

CUARTO PERIODO. — LAS CEDULAS DE SAN LORENZO EN 1754 Y DE SAN ILDEFONSO EN 1780

I. — **La Cédula-Instrucción de San Lorenzo**..... 837
Las ventas y composiciones de tierras..... 841
Del amparo a los dueños y poseedores..... 841
Los títulos, comprobación del dominio 841
Los realengos ocupados sin título —aun labrados y cultivados— pasaban al patrimonio real si no se recibían en composición y confirmación 841
Dos géneros de ocupación o posesión de realengos..... 842
Justificación de la posesión 843
La justa prescripción 843
Una opinión de Solórzano 846
El deber del cultivo 846
Los excesos 847
La obligación de medir las tierras..... 847
Otras disposiciones 847
Aplicación de la Cédula de 1754.—Merced hecha en Pamplona a José Gregorio Fereirra 847
Amparo de posesión decretado por la Real Audiencia de Santafé bajo los límites y linderos, sin lugar a la medida de las tierras.. 851
II. — **La Cédula de San Ildefonso** 854
Una cuestión social y jurídica 860
Se suprime la venta de tierras realengas 861
El "contrato particular" 862
La ocupación 863
Títulos que alejaban la sospecha de usurpación..... 864
Se distingue la posesión fundada en el título y la posesión efectiva. 864
Se sanciona la usurpación de tierras al Rey..... 866
El deslinde y amojonamiento se sujetaba a los títulos..... 866
Se aclara la obligación de tener siempre cultivadas las tierras.... 868
Normas para las futuras adjudicaciones..... 868
Consideraciones generales sobre la Cédula..... 868
Un concepto del Fiscal Andino, en 1766, que armoniza con la interpretación que hace la Corte de la Cédula de San Ildefonso..... 871

Páginas

Aplicaciones de la Cédula de 1780.—1º Deslinde y amojonamiento de la hacienda de "El Chocho" en 1806..... 873
2º La Real Audiencia en 1802 consideró vigente la legislación anterior a 1780 876
Interpretación que hace de la Cédula el señor apoderado..... 880
LA PRESCRIPCION EN EL PERIODO COLONIAL..... 891
LAS MEDIDAS, LA CABIDA Y LOS LINDEROS EN LA DETERMINACION DEL AREA COMPRENDIDA POR LAS ADJUDICACIONES ANTIGUAS 899
B) LOS TITULOS ANTERIORES AL 11 DE OCTUBRE DE 1821.
La ley de 11 de octubre.—Compras sucesivas u otros títulos.—Los reparos del señor apoderado a un fallo de la Corte. 903

CUARTA PARTE

La antigua posesión y la prescripción, según el régimen establecido por la ley de 11 de octubre de 1821, con base jurídica para hacer la declaración del dominio territorial privado..... 920
La ley de 1843 y el Decreto que la desarrolló..... 925
El proyecto de ley de 1824.—Naturaleza de la posesión inmemorial o justa prescripción 926
La ley 70 de 1866..... 927
El Código Fiscal de 1873..... 928

QUINTA PARTE

Examen de los títulos presentados por la Compañía avisante, de otros documentos y de algunos motivos legales concernientes a la prueba del dominio privado en las tierras objeto del aviso.
1. Títulos emanados del Estado.— a) Los títulos del Padre Oviedo. 931
b) Actos sobre ejecución próxima de los títulos originarios..... 935
c) Actuaciones ante las autoridades en 1647 y en 1652..... 936
2. Contratos y otros actos entre particulares anteriores a 1821.... 940
3. La explotación económica anterior a 1821, demostrativa de justa prescripción y de dominio 940
El concepto del Procurador Delegado en lo Civil..... 945
El concurso del señor apoderado 946
FALLO..... 946

GACETA JUDICIAL

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

DIRECTOR: JULIAN MOTTA SALAS

TOMO LIII | BOGOTA, 1944 | NUMERO 1988

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.
EXTRACTO DE LAS DOCTRINAS CONTENIDAS EN EL TOMO LIII

POR

JULIAN MOTTA SALAS

RELATOR DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

A

ABUSO DE CONFIANZA

— 1 —

De nuevo la Corte reafirma la verdad obvia, de comprensión elemental, que ya había expresado en dos providencias publicadas en la *Gaceta Judicial*, número 1959, de agosto y septiembre de 1940, páginas 871 y 872, y número 1970, de junio de 1941, páginas 103 y 105, verdad consistente en dos puntos principales: que la infracción llamada abuso de confianza, en su aspecto de apropiación, delito que es de la categoría de los instantáneos, no se consuma o perpetra en el lugar en que surge la intención de cometerlo, sino en el territorio en que se manifiestan los actos positivos de la apropiación; y que la instantaneidad de un delito no se sujeta al tiempo que tarde el delincuente en prepararlo ni a la complicación de factores para su ejecución, pues un delito de tal naturaleza sólo implica unidad de tiempo y no de acto en la consumación. (Auto. Sala de Casación Penal, LIII, número 1983, junio 8 de 1942)..... .....Pág. 130, 1.ª y 2.ª y ss.

ABUSO DEL DERECHO

— 2 —

En dos casos bien distintos tiene ocurrencia en asuntos de esta naturaleza el fenómeno jurídico del abuso del derecho: cuando se ejerce con la única intención de causar daño sin motivo legítimo, esto es, concretamente en el sentido de la legalidad, pero injustamente, lo que sucede en los actos propiamente abusivos, y cuando el derecho se ejerce de una manera mal dirigida, es decir, distinta de su propia y natural destinación o fuera de sus límites adecuados, casos éstos en que la intención maliciosa cede su lugar preferente a la desviación en el ejercicio del derecho como elemento constitucional de la culpa y que constituyen los llamados actos excesivos. En ambos casos la actividad es evidentemente contraria al derecho, ilícita, constitutiva de culpa. (Casación, LIII, números 1984 y 1985, marzo 25 de 1942).....Pág. 279, 1.ª y 2.ª

— 3 —

El abuso del derecho implica como punto de partida un derecho legítimo y efectivo en cuyo ejercicio se ha llegado más allá de donde corresponde a su finalidad o se le ha desviado de ella. Entre nosotros aquella locución no designa simplemente una teoría, sino que ya determina disposiciones legales, como la del artículo 283 del Código Judicial y la del 294 del mismo. (Casación, LIII, abril 9 de 1942, números 1984 y 1985).....Pág. 303, 2.ª

— 4 —

Sí puede suceder que haya abuso del derecho por parte de una entidad estatal cuando, estimando que está ejerciendo un derecho o una facultad legal, no pone en su ejercicio la debida acuciosidad, diligencia y cuidado a fin de no vulnerar o desconocer derechos probados de los asociados. Esta misma doctrina fue sentada con toda claridad y a espacio por la Corte ya estando vigente la Ley 97 de 1913, que faculta a los Municipios para trazar y arreglar sus calles y vías urbanas en general. Así pues, la indiscutible facultad que tienen los Municipios para arreglar sus calles no puede ejercerse en sentido absoluto, sin miramiento a los derechos de los particulares dueños de los edificios y predios fronterizos. (Casación, LIII, número 1986, junio 25 de 1942). Pág. 666, 2.ª

ACCIDENTES DEL TRABAJO

— 5 —

La competencia y la jurisdicción en las controversias judiciales sobre accidentes de trabajo, pensiones de jubilación, seguros de vida obligatorios, jornales de trabajo y descanso dominical se regula por la cuantía del asunto y por la vecindad de las partes, y no por la calidad de los litigantes. Esta doctrina tiene su funda-

mento jurídico en el artículo 1.° de la Ley 45 de 1939, cuyo fin, estrictamente social, tiende a que las clases obreras puedan hacer valer sus derechos nacidos de cuestiones del trabajo, ya sea contra los Departamentos, contra la Nación o contra simples particulares, desde sus propios domicilios y en las condiciones menos onerosas. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LIII, números 1984 y 1985. Noviembre 26 de 1941)....Pág. 446.

— 6 —

Aun cuando anteriormente la Sala había admitido que de los juicios sobre prestaciones sociales contra la Nación o los Departamentos debían conocer los Tribunales de primera instancia, un estudio reciente la ha llevado a la conclusión de que el artículo 1.° de la Ley 45 de 1939 es de aplicación general y que comprende así a la Nación como a los Departamentos. Son los Personeros Municipales los que representan a la Nación y a los Departamentos ante los Jueces Municipales o de Circuito en las controversias contempladas en la Ley mencionada. (Sentencia Sala de Negocios Generales, LIII, números 1984 y 1985, noviembre 19 de 1941). Págs. 438 y ss.

ACCIÓN EJECUTIVA

— 7 —

La circunstancia de que no se haya apropiado en el presupuesto de un Departamento la partida necesaria para el pago de una suma de dinero a que fue condenado en sentencia ejecutoriada, no es óbice para la prosperidad de la acción ejecutiva, pues no sería aceptable ni ante la ley ni ante la justicia que pudiese quedar al arbitrio del mismo Departamento deudor el hacer ineficaz el cobro y la efectividad del crédito de su acreedor con sólo abstenerse de hacer en el presupuesto la correspondiente apropiación para atender a la solución de dicho crédito. (Auto, Sala de Negocios Generales, LIII, números 1984 y 1985, marzo 27 de 1942). Pág. 505, 2.ª

ACCIÓN PETITORIA DE DOMINIO Y ACCIÓN REIVINDICATORIA

— 8 —

De larga data ha distinguido la Corte la acción petitoria para que se declare la propiedad exclusiva de una cosa, de la acción reivindicatoria o de dominio. Esas acciones son diferentes, pues en la reivindicatoria el demandante, apoyándose en que es dueño de la cosa a que se refiere el litigio, pide que se le restituya, y en la petitoria pide que se le declare dueño de la cosa materia del litigio. En la acción reivindicatoria lo que se pide es la restitución de una cosa, y en la petitoria lo que se pide es una declaración de propiedad. Tienen algo de común estas acciones, pero son en el fondo diferentes. (Casación, LIII, números 1984 y 1985, marzo 24 de 1942).....Pág. 265, 1.ª y 2.ª

ACCIONES REALES

— 9 —

La sucesión por causa de muerte, sea testamentaria o abintestato, es un modo de adquirir el dominio (artículo 673 Código Civil) y éste es un derecho real (artículo 665 Código Civil), lo que necesariamente quiere decir que la acción para hacer efectivo ese derecho no es una acción personal. El derecho de herencia es un derecho real de acuerdo con el artículo 665 del Código Civil. Todas las leyes relativas a los modos de adquirir el dominio son reales, porque versan directamente sobre las cosas sin consideración a las personas, y por consiguiente las leyes sobre la transmisión de los bienes por causa de muerte son también leyes reales. Conforme a esa misma disposición, de esos derechos nacen las acciones reales. La acción que se ejercita para hacer efectivo el derecho de herencia es, por tanto, real. (Auto. Sala de Casación Civil, LIII, número 1983, marzo 10 de 1942) .....Págs. 104, 2.ª, y 105, 1.ª

ACCIÓN RESCISORIA POR LESIÓN ENORME DE UNA PARTICIÓN

— 10 —

En la acción rescisoria por lesión enorme lo que se debate en juicio y lo que en realidad constituye la sujeta materia de la controversia no es el origen, ni la legitimidad de existencia del derecho mismo que se considera lesionado, ni las demás circunstancias que conduzcan a fijarlo en cabeza del actor. Son otras las acciones que la ley otorga para la defensa de un derecho o interés patrimonial. Ya dijo la Corte que «por este aspecto del problema lo que viene a ser conducente en el debate judicial y lo que constituye en esencia el cuasi-contrato de *litis contestatio* es la debida confrontación y examen del precio estipulado por la venta y del justo precio de la cosa vendida en la fecha de la convención, para de esa manera decidir judicialmente si, en efecto, entre esos dos precios o elementos de estimación existe una diferencia tan sustancial que ésta se eleve más de la mitad del justo precio de la cosa o más del doble del precio estipulado». De manera que para que prospere la acción rescisoria por lesión enorme de una partición herencial, al tenor del artículo 1405 del Código Civil es necesario que en realidad se pueda hacer en juicio la debida confrontación y examen entre el precio o valor señalado en los inventarios y en la hijuela al bien o bienes adjudicados al heredero lesionado y del justo precio o valor venal de tal o tales bienes comprendidos en la hijuela lesionada, para decidir judicialmente y con vista de tales factores estimativos si, en efecto, entre las dos valoraciones antes determinadas existe una diferencia tan sustancial que ésta baje de la mitad del justo precio de la cosa adjudicada. (Casación, LIII, números 1984 y 1985, marzo 13 de 1942))....Pág. 243, 2.ª

ACTAS DE ESTADO CIVIL

— 11 —

El artículo 636 del Código Judicial no es aplicable a las certificaciones que expidan los curas párrocos porque éstos no son funcionarios públicos, y la norma citada se refiere a tales funcionarios. Estos no tienen el carácter de tales sino en cuanto son creados, reconocidos o erigidos, de una manera clara, expresa y taxativa, por la ley, y si bien es cierto que los certificados de los curas párrocos hacen plena fe respecto de nacimientos, matrimonios o defunciones, también lo es que los párrocos no tienen el carácter de funcionarios públicos en el estricto sentido de la ley. Las partidas de origen eclesiástico no pueden considerarse como instrumentos públicos y, por consiguiente, con respecto a ellas no es aplicable el artículo 636 del Código Judicial. El 632 de la misma obra hace distinción entre instrumentos públicos y certificaciones de quienes lleven el registro civil de las personas, respecto de las cuales tal disposición dice que hacen plena prueba respecto de su contenido. Una partida o acta de bautismo o de

matrimonio, ya sea de origen civil o eclesiástico, no comprueba por sí sino el hecho del bautismo o el acto del matrimonio. Dichas partidas tienen al respecto el mismo valor probatorio. (Artículos 347 del Código Civil, 632 del Código Judicial y Ley 57 de 1887). El estado civil debe constar en el registro respectivo según enseña el artículo 347 citado, y las actas son la prueba del respectivo estado. De este principio se deduce que con la mera acta de matrimonio o la simple de bautismo no puede comprobarse el estado civil de hijo legítimo sino que es preciso, cuando de esto se trata, acompañar ambas cosas para deducir de ellas la legitimidad, aplicando la presunción *pater est is quem nuptias demonstrant*. Esa es la razón por la cual el artículo 351 del Código Civil dispone que en el acta de nacimiento se expresen, entre otras circunstancias, quién es la madre de la criatura y su estado, quién el padre si fue conocido, quiénes los abuelos paternos y maternos. Esa es también la razón por la cual el canon 777 ordena que se dejen expresadas las mismas circunstancias en las actas de nacimiento. El derecho civil y el canónico son a este respecto idénticos y vale la pena observar que las conferencias episcopales reunidas en Colombia se han orientado al respecto en el sentido de acomodar la forma de las partidas del estado civil de origen eclesiástico a las establecidas por la legislación civil. Si bien es cierto que un acta de bautizo o una de matrimonio sólo atestiguan que se verificó el hecho, también lo es que como tales actas deben expresar ciertas circunstancias que sirven posteriormente para establecer el estado civil de las personas, esas circunstancias no pueden desestimarse de plano ni menos puede el juzgador hacer caso omiso de ellas sin que se demuestre su inexactitud. Todo lo contrario: de esas circunstancias deriva el juzgador consecuencias ineludibles; así, presentada un acta de bautizo en que se expresa que el bautizado tiene tantos días de nacido y es hijo de tales padres, el juzgador da por ciertas tales aseveraciones y entonces, teniendo en cuenta la partida de matrimonio, deduce o nó la legitimidad del hijo, aplicando la presunción de que se ha hecho mérito, de acuerdo con lo dispuesto en su caso por los artículos 213, 236 del Código Civil y 1.º de la Ley 45 de 1936, entre otros. Ahora bien: la veracidad de lo certificado respecto del nacimiento o del matrimonio, por el notario o por el cura párroco, se presume, y por ese aspecto mientras el acta no sea redargüída u objetada de falsa y demostrada la tacha, el certificado hace plena prueba. Mas respecto de las demás circunstancias expresadas en las actas la veracidad no la garantiza la ley por cuanto el notario o el párroco se limitan, porque no podía ser de otra manera, a expresar lo que digan los interesados. De ahí el artículo 394 del Código Civil, aplicable a las actas civiles y eclesiásticas. Mas si no está garantizada la veracidad de esas declaraciones, eso no quiere decir, no significa que deba hacerse caso omiso de ellas, que deban pasarse por alto, pues se mantiene en pie mientras no se demuestre su falsedad. Por eso dice así la parte final de dicha norma: «Podrán impugnarse, haciendo constar que fue falsa la declaración en el punto de que se trata». Una partida de bautizo, como también una de matrimonio o de defunción, contienen aseveraciones distintas; la constatación del bautismo, o del hecho de la muerte; y la relación de quiénes son los padres del bautizado, de los contrayentes o del difunto. Si esto último resultare inexacto, se mantendría no obstante en pie la aseveración que el notario o el párroco hicieran del hecho del nacimiento, de la muerte o del acto del matrimonio. Cuando no hay impugnación sobre las circunstancias expresadas en el acta respecto de los ascendientes del bautizado, del muerto o de los contrayentes, el juzgador toma la partida, y considera el acta de una manera integral. Y así lo hace también mientras no se demuestre, no se impugne la declaración sobre los ascendientes, que consta en la partida. Quien la presenta para demostrar un estado civil se apoya en ella; quien la impugna, como es excepcionante, toma sobre el particular el carácter de actor, y entonces debe demostrar la falsedad de la declaración consignada en la partida. El principio consagrado en el inciso 2.º del artículo 394 que ya se deja transcrito se condiciona entonces a la norma general del derecho probatorio de que quien afirma o excepciona debe probar su aserto. (Casación, LIII, número 1983, febrero 14 de 1942) ....Págs. 5³, 1.ª y 2.ª y ss.

AGENTE DEL MINISTERIO PÚBLICO

— 12 —

El artículo 502 del Código Judicial determina que el traslado se debe correr al Agente del Ministerio Público, *en los casos en que él debe intervenir* y no para aquellos en que es parte en el negocio alguna entidad de derecho público. Cuando un Departamento tiene constituídos apoderados especiales en un pleito, la intervención del Agente del Ministerio Público no es necesaria. (Auto. Sala de Negocios Generales, LIII, número 1986, junio 22 de 1942)..... Pág. 775, 1.ª y 2.ª

— 13 —

Los Agentes del Ministerio Público no pueden promover acciones ni desistir de las que hayan promovido, sino con orden e instrucciones previas del Gobierno. No sólo es esto lo que claramente se deduce de los artículos 169, 170 y 171 del Código de Procedimiento Civil, sino que es también principio que tiene su origen en el artículo 138 de la Constitución Nacional, según el cual el Ministerio Público se ejerce bajo la suprema dirección *del Gobierno*, entendiéndose por *Gobierno*, según el numeral 3.º del artículo 53 de la misma Carta, «el Presidente y los Ministros, y en cada negocio particular, *el Presidente con el Ministro del respectivo ramo*».

La Corte entiende que estas reglas, de orden legal y constitucional, deben comprender también el caso de que una demanda promovida por orden del Presidente de la República y del Ministro respectivo se pretenda «retirar» con los documentos presentados y sin dejar copia de ella, después de haber sido repartida, adjudicada, admitida y ordenado su traslado al demandado. Tal «retiro» en esas circunstancias no es un acto sin importancia que pertenezca a la marcha ordinaria y normal del proceso, menos aún si se ha ejecutoriado el auto en que se haya dado por surtida la notificación a los demandados.

En las circunstancias anotadas, no basta para «retirar» la demanda la sola orden del Ministro, sino que es necesaria también la del Presidente de la República, pues en ese negocio particular éste y aquél constituyen el Gobierno al tenor del artículo 53 de la Constitución Nacional. (Auto. Sala de Negocios Generales, LIII, Nos. 1984 y 1985, marzo 24 de 1942). Págs. 490, 1.ª y 2.ª

ARRENDATARIO

— 14 —

Los expositores separan las obligaciones «determinadas, precisas o de resultado», de las obligaciones «generales de prudencia y diligencia», para el efecto de saber cuándo se requiere la prueba de la ausencia de la culpa y cuándo la prueba del caso fortuito, de la

fuerza mayor o de la causa extraña. (Véase sobre el particular la doctrina de la Corte en sentencia del 30 de noviembre de 1935, *Gaceta Judicial* números 1905 y 1906).—El artículo 2005, inciso 4.°, se equipara en su contenido y efectos con el 1732 del Código Civil francés. Puede decirse con los tratadistas franceses que en este caso se trata de obligaciones de diligencia y prudencia en las cuales se debe emplear por el arrendador toda clase de cuidados respecto de la cosa dada en arrendamiento y que en el caso es admisible en su favor la prueba de la ausencia de culpa. Respecto del inciso 1.° del susodicho artículo, el arrendatario tiene una obligación cierta, precisa y determinada: *devolver al arrendador el bien en el estado en que le fue entregado.* Y en el caso de destrucción de la finca por incendio, inundación, terremoto u otra causa cualquiera, ¿cómo prueba el arrendatario que en ella no está comprometida su responsabilidad? En la legislación francesa el único medio de contraprobar la presunción de responsabilidad en el locatario es demostrando el caso fortuito, la fuerza mayor, o la causa extraña. En la legislación colombiana, en la que nada se dice al respecto, parece que se deja a juicio del Juez exigir la prueba de la ausencia de culpa, o la del caso fortuito, según lo reclamen las incidencias del negocio. (Sentencia, Sala Civil de Unica Instancia, LIII, números 1984 y 1985, mayo 5 de 1942)..... .....Pág. 563, 1.° y 2.°

AUTO PARA MEJOR PROVEER

— 15 —

La facultad que tiene un juzgador para dictar auto para mejor proveer, en el caso del artículo 721 del Código Judicial, no es materia de casación. (Casación, LIII, números 1984 y 1985, abril 30 de 391942). Pág.1, 1.ª

B

BUENA FE

— 16 —

La mención de la teoría de la buena fe como creadora de derechos no da base, como es obvio, para un cargo en casación por quebranto de ley sustantiva, porque, como doctrinaria y jurisprudencialmente se ha establecido, el reconocimiento de esos efectos de la buena fe en los casos muy excepcionales en que es procedente hacerlo, se hace precisamente contra la ley, violando sus ordenamientos y preceptos. No existe ni la más leve razón de legalidad para afirmar que la buena fe del demandado impide la reivindicación, como si no pudieran ser vencidos en esta especie de acción los poseedores de buena fe, cuya situación para ese caso está especialmente reglamentada en la ley. (Casación, LIII, N.° 1986, junio 25 de 1942). Pág. 685, 1.ª

C

CABALLERÍAS DE TIERRAS

— 17 —

(Véase la doctrina titulada *Propiedad de tierras y de minas.* La sentencia de la Sala de Negocios Generales de fecha 5 de agosto de 1942, *Gaceta Judicial* número 1986, páginas 793 y siguientes).

CASACIÓN

— 18 —

La violación de los artículos 600, 601, 745 y 746 del Código Judicial no puede dar lugar a una acusación en casación por tratarse de normas procedimentales. Si se pretende que ha incurrido el Tribunal en equivocada apreciación de una prueba, la vía regular no es señalar como infringido el artículo 601, sino alegar el respectivo error de hecho o de derecho y aducir el texto sustantivo desconocido o mal aplicado. Lo mismo en lo atañedero a infraciones que sacrifiquen algún derecho sustantivo del recurrente. Si dentro de la pugna de las instancias y al tenor de lo establecido en el artículo 600 del Código Judicial no hay lugar a recurso alguno contra los autos dictados para mejor proveer, mal pueden ser éstos materia de controversia en casación. (Casación, LIII, número 1986, junio 16 de 1942)..... .... Pág. 650, 1.ª

CAUSALES DE CASACIÓN EN MATERIA PENAL

— 19 —

No es posible involucrar causales de la antigua ley con otras de la que ahora rige. Bajo la vigencia de aquélla ocurrieron los hechos que se imputan a los reos (marzo de mil novecientos treinta y cinco), y se adelantó el proceso, de suerte que el antiguo Código y sus leyes complementarias (como la de casación), rigen los trámites y el recurso ante la Corte; los procesados podían acogerse a la ley nueva si la estimaban más favorable para ellos, pero no invocando conjuntamente causales de una y otra ley. (Casación, LIII, números 1984 y 1985, julio 8 de 1942) .....Pág. 384, 1.ª.

CÉDULAS DE EL PARDO

— 20 —

(Véase la doctrina titulada *Propiedad de tierras y de minas.* La sentencia de la Sala de Negocios Generales de fecha 5 de agosto de 1942, *Gaceta Judicial* número 1986, páginas 793 y siguientes).

CÉDULAS DE SAN LORENZO Y DE SAN ILDEFONSO

— 21 —

(Véase la doctrina titulada *Propiedad de tierras y de minas.* La sentencia de la Sala de Negocios Generales de fecha 5 de agosto de 1942; *Gaceta Judicial,* número 1986, páginas 793 y siguientes).

CESIÓN DE CRÉDITOS

— 22 —

La cesión de créditos requiere que entre el cedente y el cesionario exista un contrato traslaticio de dominio, que puede ser venta, permuta, donación, etc., puesto que la cesión es apenas el modo de hacer la tradición del derecho personal del cedente al cesionario; contrato que se perfecciona entre éstos según las reglas generales, sin que se necesite para nada el consentimiento e intervención del deudor. Quien cede a otro un crédito personal por venta, permuta, etc., debe hacer la tradición del derecho cedido, la que con arreglo al artículo 33 de la Ley 57 de 1887 se efectúa por la entrega del título hecha por el cedente al cesionario,

con la cual se consuma la transferencia del dominio del crédito y queda radicado éste en manos del cesionario. Termina con este acto la primera etapa de la cesión. El deudor es ajeno y extraño a la etapa anterior. Empero, como es él quien va a efectuar el pago, es de absoluta necesidad que se le dé conocimiento de la cesión de lo cual surge la segunda etapa de ella, regulada por los artículos 1960, 1961 y 1962 del Código Civil. La notificación de la cesión no tiene otro efecto que dar publicidad a la cesión, ponerla en conocimiento del deudor y de terceros. Es por eso por lo que su omisión produce solamente los efectos señalados en el artículo 1963 ibídem, sin que afecte el contrato entre el cedente y el cesionario. La entrega del título perfecciona la cesión entre el cedente y el cesionario. Respecto de terceros una formalidad más debe intervenir para consumar esa transferencia: es la notificación del traspaso al deudor o que éste lo acepte. Por eso la omisión de dicha formalidad, erigida en interés y protección de los terceros, entre los cuales está el deudor, no invalida la tradición que el cedente le haya hecho al cesionario; pero respecto de dichos terceros el crédito se reputa subsistente en manos del cedente. (Sentencia, Sala Civil de Unica Instancia, LIII, números 1984 y 1985, marzo 26 de 1942).... .....Pág. 555, 1.ª y 2.ª

CESIÓN DEL DERECHO DE HERENCIA

— 23 —

El derecho real de herencia, cuya característica peculiar es ser universal, es diferente del de dominio en cuanto a su objeto, porque mientras éste se ejerce directamente sobre las cosas corporales singularmente, aquél versa sobre una cosa incorporal como es la universalidad jurídica de la herencia, que es cosa diversa de los bienes mismos que la constituyen. Este derecho de herencia, como todo derecho patrimonial, es cesible a cualquier título, pero con resultados y consecuencias diferentes según la manera de cederlo y según sea gratuita y onerosa la cesión, por lo que toca a la responsabilidad del cedente. La herencia puede cederse contractualmente como una universalidad comprensiva de especies determinadas, cuando el cedente especifica detalladamente los efectos de que se compone la herencia, lo cual equivale a ceder determinadamente los bienes que se enumeran con todas las consecuencias que a un acto semejante señalan las reglas generales, tales como responder de la entrega de cada una de las cosas y de su obligación de saneamiento. Puede hacerse también la cesión del derecho de herencia sin especificar los efectos o bienes de que se compone, y entonces, si el título es gratuito el cedente no responde de nada, y si oneroso, no se hace responsable sino de su calidad de heredero. El cedente a título lucrativo de un derecho de herencia sin determinación de bienes, lo que cede es su derecho a ocupar su puesto en la sucesión por lo que respecta a los resultados patrimoniales que le puedan corresponder después del proceso legal de la liquidación sucesoria, de modo que él no garantiza ni responde de que el activo sea mayor que el pasivo, ni de la existencia o propiedad sucesoral de tales o cuales bienes corporales o incorporales, a menos que a ello expresamente se comprometa, en este caso con la consecuencia excepcional de tener que responder de la evicción de las especies que determine como comprendidas en la herencia. La ley limita la responsabilidad del cedente a la mera calidad de heredero (artículo 1967 Código Civil), de manera que más allá de este elemento esencial no existe ninguna obligación del cedente en relación con el resultado patrimonial definitivo de la cesión pendiente, además de diversos factores influyentes en la economía del contrato que no pueden determinarse previamente y de manera precisa en el momento de su celebración. Esta peculiaridad de este contrato, debida a la ley, a la naturaleza del derecho que le sirve de objeto a la cesión, lo coloca dentro de la clasificación de los aleatorios definidos en el artículo 1438 del Código Civil, en los cuales no es posible predeterminar los resultados de la convención en el momento en que se celebra, y en los cuales, por esta circunstancia, no procede la acción rescisoria por lesión enorme que implica la equivalencia obligatoria en las prestaciones de los contratantes. La acción rescisoria de lesión enorme no es procedente en tratándose de contratos onerosos de cesión de derechos de herencia sin determinación de especie, porque estando en estos casos legalmente restringida la responsabilidad del cedente a su calidad de heredero, no podría deducirse acción por lesión del comprador, y esta solución resulta inaceptable porque no engrana dentro de la reglamentación jurídica de la lesión enorme como fenómeno bilateral en los contratos en que procede. Desde el punto de vista del carácter jurídico, mueble o inmueble del derecho de herencia, tampoco resulta la procedencia de la acción rescisoria de que se trata, limitada por la ley a la venta de bienes raíces. La Corte ha considerado que el derecho de herencia no puede catalogarse como inmueble y que su venta no es contrato de los que causan mutación o traslación de la propiedad de bienes raíces, en cuyo caso la inspección de la escritura pública debería hacerse en la Oficina de Registro de la ubicación del inmueble y no solamente en la de su otorgamiento. Esta catalogación no puede rectificarse por virtud de la vigencia del artículo 1.º de la Ley 67 de 1930, porque es evidente que el fundamento de tal disposición no es la naturaleza inmueble del derecho de herencia a que se refiere sino la necesidad de proteger especialmente los bienes de los incapaces, precisamente por la imposibilidad jurídica de catalogar el derecho de herencia como bien inmueble debido a su naturaleza especial. (Casación, LIII, número 1983, marzo 11 de 1942).

Págs. 114, 2.ª y 115, 1.ª

COADYUVACIÓN EN LOS JUICIOS

— 24 —

De conformidad con el artículo 233 del Código Judicial, la facultad de intervención en un juicio no la tiene cualquiera persona, sino sólo aquella a quien «conforme a la ley» aprovecha o perjudica el fallo. No todo interés, ni todo posible o eventual perjuicio o provecho justifican la intervención de un tercero en un juicio. En cuestión tan excepcional y trascendental como la de permitir que un tercero se haga parte en un juicio ajeno, no puede estar y no lo está, en acuerdo con la legislación colombiana, al arbitrio del Juez calificar las circunstancias de hecho o de derecho justificativas del interés de ese tercero para intervenir en el pleito ajeno, por el provecho o el perjuicio, presuntos, que el fallo que recaiga en tal pleito pueda proporcionarle a quien alegue tal interés. Este interés no puede resultar sino de aquellos casos en que, conforme a nuestra ley, pueda una sentencia aprovechar o perjudicar a aquellas personas que no fueron partes en el juicio, y cuando de modo indubitable aparece creada, en forma legal, una relación jurídica que dé base a la admisión de la coadyuvancia. De ahí que esta cuestión no puede considerarse ni resolverse sino en la más estrecha relación o armonía con los artículos 473 y 474. Conviene agregar que el derecho que se otorga para pedir la declaración de nulidad absoluta de un acto o contrato «a todo el que tenga interés en ello», no autoriza el desconocimiento o la no aplicación de aquellas reglas de nuestro derecho procesal sobre la natu-

raleza y alcance de la cosa juzgada, y del derecho de intervención de terceros en un juicio, pues cuando regía el artículo 15 de la Ley 95 de 1890 (hoy subrogado por el segundo de la Ley 50 de 1936), regía también el artículo 863 del antiguo Código Judicial, disposición similar a la del artículo 233 del actual, y durante la vigencia de esas dos disposiciones, hoy sustituídas por las citadas, la jurisprudencia nacional, de manera uniforme, siempre reconoció que el derecho que concedía el mencionado artículo 863 no podía reconocerse sino «en los casos que la ley ha señalado, y esos casos son los indicados en los artículos 847 a 857 del Código Judicial. (Auto, Sala Civil de Unica Instancia, LIII, números 1984 y 1985, noviembre 27 de 1941).

Pág. 540, 1.ª y 2.ª

COMPETENCIA ENTRE JUECES SUPERIORES

— 25 —

I

La disposición del artículo 50 de la Ley 94 de 1938 fija la competencia para conocer de procesos por delitos sometidos a la jurisdicción de autoridades judiciales de distinta jerarquía, que deben ser fallados bajo una misma cuerda, por el Juez que tenga competencia para conocer del delito más grave, como, por ejemplo, cuando se trata de delitos de competencia del Juez Superior, del Juez del Circuito y del Juez Municipal (homicidio, lesiones personales, en algunos casos y delitos contra la propiedad en otros, respectivamente), hipótesis en la cual le correspondería al primero de dichos funcionarios conocer de todos esos delitos, a menos que alguno o algunos de los sindicados estuvieren sometidos a fuero especial, caso en el cual se dividiría el proceso (artículo 51, ibídem).

II

La locución «en lugares distintos» empleada en el artículo 57 de la expresada Ley, hace referencia al delito cuya ejecución comienza en un lugar y termina en otro diferente, como sería el caso —citado por uno de los miembros de la Comisión que elaboró el proyecto de Código de Procedimiento Penal— de un sujeto que causara varias heridas a otro, las primeras en Girardot (Cundinamarca), las segundas en Flandes (Tolima), a consecuencia de las cuales muriera. En tal evento se juzgaría al responsable, no por heridas ni en procesos distintos, sino en uno solo por el delito de homicidio y por el Juez Superior en cuya jurisdicción se hubiere formulado primero el denuncio, o se hubiere iniciado, también primero, la respectiva instrucción, y, en igualdad de circunstancias, por el Juez del Distrito Judicial en donde primero se hubiere aprehendido al sindicado.

III

La Corte no puede, al dirimir un incidente sobre colisión de competencias entre dos Jueces Superiores de distintos Distritos Judiciales, afirmar ni negar la existencia de los hechos materia de la investigación, ni avanzar concepto alguno sobre si ellos son delictuosos o nó, o si constituyen una o dos infracciones penales, porque eso es de la exclusiva competencia de los Jueces de instancia, y la Sala usurparía jurisdicción si se apresurase a entrar en tales apreciaciones, ya que no está fallando un recurso de casación, ni asunto de aquellos en que actúa como juez de instancia. (Auto, Sala de Casación Penal, LIII, números 1984 y 1985, julio 21 de 1942) .... Págs. 424 y 425.

COMPETENCIA PROMOVIDA POR LA CORTE AL CONSEJO DE ESTADO

— 26 —

(Véase sentencia Sala Plena, LIII, número 1983, mayo 13 de 1942). .... Págs. 7, 2.ª y 8.ª, 1.ª y 2.ª

COMPOSICIÓN DE TIERRAS

— 27 —

(Véase la doctrina titulada *Propiedad de Tierras y de Minas*. La sentencia de la Sala de Negocios Generales de fecha 5 de agosto de 1942, *Gaceta Judicial*, número 1986, páginas 793 y siguientes).

COMPRAVENTA Y PERMUTA

— 28 —

Al contrato de compraventa se le aplica, en caso de incumplimiento de uno de los contratantes, lo dispuesto por el artículo 1546 del Código Civil, pero este contrato no puede sujetarse a las disposiciones de los artículos 1887 y 1888, porque ellas se oponen a la naturaleza del contrato de permuta. En efecto, en el contrato de compraventa una de las partes se obliga a dar una cosa y la otra a pagarla en dinero, lo que constituye el precio. Este en el contrato de compraventa en la generalidad de los casos ha de ser todo en dinero. El dinero como precio en el sentido pecuniario que en la compraventa le asigna el artículo 1849 del Código Civil es de la esencia de ese contrato. En la permuta no hay propiamente precio en el sentido ya indicado. Los contratantes se obligan a dar una especie o cuerpo cierto por otro, sin que se estipule precio. Si en el contrato de permuta no hay precio en la acepción que éste comporta en el contrato de compraventa, las más de las disposiciones del contrato de compraventa que se refieren al precio son extrañas y opuestas a la naturaleza de aquel contrato, de suerte que si estas premisas tienen un valor jurídico incontrastable, como lo tienen, las disposiciones de los artículos atrás memorados, que regulan en esos casos el precio, no pueden predicarse de un contrato en que éste no existe y por lo tanto su aplicación al contrato de permuta violenta su naturaleza Comprometiéndose los contratantes en la estipulación sobre permutación o cambio, a dar un cuerpo cierto por otro, si se aplicaran a ese contrato las disposiciones de los artículos 1887, 1888 y 1889, no se sabría, y sería de todo punto imposible apreciar cómo se aumenta el precio proporcionalmente cuando la cabida real fuere mayor que la cabida declarada, porque ya se ha visto que en el contrato de permuta no hay precio en el sentido que esta palabra comporta en el contrato de compraventa, es decir, una cantidad de dinero susceptible de aumentarse o disminuirse. Tampoco se ve la manera de rebajar o aminorar la extensión superficiaria, y en qué cantidad, de uno de los cuerpos ciertos que se permutan cuando el otro cuerpo no ha podido ser entregado por los linderos especificados en el respectivo contrato de permuta. En estos casos la acción de resolución o desistimiento del contrato no puede ejercitarse sino cuando el precio de la cabida que sobre alcance a más de una décima parte del precio de la cabida completa. Para la aplicación de estas disposiciones se parte del supuesto de que pueda haber contrato de permuta por cabida o con sólo señalamiento de linderos. (Casación, LIII, números 1984 y 1985, abril 14 de 1942) .... Págs. 307, 1.ª y 2.ª

COMUNERO

— 29 —

Ya no se discute, y está aceptada como verdad jurídica, tanto en la práctica de los Tribunales como de los Juzgados del país, que el comunero de la cosa común la posee en su propio nombre y en el de sus condueños, principio que se desprende rectamente de la genuina interpretación del artículo 2525 del Código Civil. En efecto, si un comunero ejercita una acción o ejecuta un acto de los que producen interrupción civil o natural de la posesión y esa interrupción aprovecha a todos los comuneros, es porque la ley presume que éstos han sido poseedores y sus derechos de posesión los han ejercitado por sí o por medio de cualquiera de sus condueños, quienes para obtener el beneficio de la interrupción respecto de toda la cosa común debe tenerse como poseedor que fue de toda ella, en nombre de las personas para quienes obtiene el favor de la interrupción. Si el que interrumpe para sí interrumpe para todos, es porque la ley entiende que el que ha poseído para sí ha poseído para todos, pues no se puede interrumpir sin haber poseído. Hay una especie de solidaridad entre los comuneros respecto de la posesión y sus efectos. Es verdad incontrovertible en derecho que el comunero posee la cosa común en todas y en cada una de sus partes, para sí y para sus condueños. Si esta doctrina de la Corte es una verdad jurídica, fluye inexorablemente la conclusión de que cualquier comunero que ocupe una porción del terreno procomunal, es poseedor en su propio nombre y en representación de sus condóminos, y por consiguiente ha de reputarse dueño mientras otra persona no justifique serlo, y esta presunción aleja y aparta la condición que exige el artículo 706 del Código Civil para que pueda estimarse un bien raíz vacante, cual es la de no tener dueño conocido; el poseedor es dueño aparente y conocido, de suerte que en tratándose de comunidades ocupadas materialmente por alguno o algunos de los comuneros no puede decirse que no tengan dueño aparente o conocido, pues que el poseedor lo es. (Casación LIII, número 1936, junio 2 de 1942). Pág. 621, 1.ª

CONCURSO RECÍPROCO

— 30 —

El *concurso recíproco*, forma de codelincuencia que bajo ese sombre figuraba en el Código Penal de 1890, es la participación *material* de varias personas en un delito, con un grado de complicidad y unas modalidades que se condicionan a las circunstancias especiales de la cooperación, no pudiéndose dar, por tanto, una regla fija para circunscribir netamente aquel fenómeno, el cual suele suceder aun cuando cada partícipe no llegue a agotar los elementos que constituyan el hecho punible. En el caso a que se refiere el proceso, uno llevó a cabo el homicidio por medio del disparo de escopeta, y los otros dos impulsaron eficazmente al ejecutor efectivo, sin participar en la acción física y sin encontrarse presentes en el sitio del crimen. No pueden ser llamados por tanto coautores en concurso recíproco. (Casación, LIII, número 1936, agosto 28 de 1942)..... Pág. 700, 2.ª

CONFESIÓN

— 31 —

La confesión no es prueba del estado civil de las personas, y él debe establecerse con las partidas de origen eclesiástico y, a falta de ellas, con las supletorias que la misma ley reconoce. (Casación, LIII, número 1983, febrero 4 de 1942)..... Pág. 37, 1.ª

CONSEJO ADMINISTRATIVO DE LOS FERROCARRILES NACIONALES

— 32 —

De la simple lectura del artículo 2.º de la Ley 29 de 1931 se concluye que el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales tiene facultad para demandar en juicio y para actuar cuando se le demanda. Su personería no es solamente activa (para poder demandar) sino pasiva, para ser demandado, pues las excepciones se ejercitan precisamente en la posición pasiva que al Consejo corresponde, como en el caso de autos. Si el Consejo puede presentar excepciones en juicio, también podrá representar a la Nación pasivamente. No considera la Corte que haya fundamento para creer que solamente corresponde al Consejo una personería activa, porque si este hubiera sido el pensamiento del legislador, así lo habría consignado expresamente. Si no lo hizo se entiende que otorgó al Consejo una personería amplia y general que es la que armoniza mejor con el propósito de la ley, de que los ferrocarriles sean administrados con una completa independencia, si con un acto de administración se afectan derechos de terceros que deben discutirse ante el Organo Judicial, la atención del asunto debe corresponder al Consejo o a sus agentes, con lo cual quedarán mejor protegidos los intereses nacionales confiados al Consejo, ya que esta entidad está mejor capacitada que los señores Agentes del Ministerio Público para defender los de la Nación. Muy poca sería la independencia y autonomía del Consejo Administrativo si cuandoquiera que se tratase de defender los intereses a su cuidado tuviera que solicitar el concurso del Ministerio Público. Habiendo recibido el Consejo un mandato para administrar los Ferrocarriles Nacionales y teniendo el carácter de persona jurídica autónoma para todo lo referente a esa administración, es claro que debe ser el legítimo representante de sus intereses, cuando tratan de afectarse en un juicio. (Auto, Sala de Negocios Generales, LIII, números 1984 y 1985, julio 18 de 1942). Pág. 435, 2.ª

CONSEJO ADMINISTRATIVO DE LOS FERROCARRILES NACIONALES

— 33 —

De la simple lectura del artículo 2.º de la Ley 29 de 1931 se concluye que el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales tiene facultad para demandar en juicio y para actuar cuando se le demanda, doctrina que en numerosos fallos ha consagrado la Corte. En consecuencia, adelantado un juicio sin que se haya citado y oído en él, cuando era el caso, al Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, se incurre en la causal de nulidad contemplada en el numeral 2.º del artículo 448 del Código Judicial. (Auto, Sala de Negocios Generales, LIII, números 1984 y 1985, marzo 25 de 1942)..... Pág. 494, 2.ª

Ha dicho la Corte, en reiterados fallos, que habiendo establecido la ley orgánica del Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales la representación especial y privativa de los intereses del Estado por esa entidad, dicha ley constituye una norma de imperativo cumplimiento para los jueces, por encima de controversias o conflictos que puedan llegar a presentarse entre dos o más pretendidos representantes de aquélla ante los Tribunales. La ley aludida, por la

interpretación que de ella ha hecho la Corte en varias de sus decisiones, impone el reconocimiento de la personería exclusiva y privativa del Consejo en tales negocios. El Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales tiene patrimonio propio para los fines de la administración que se le ha confiado. Así como asume derechos y contrae obligaciones, puede adquirir bienes y enajenar de los que posee aquéllos indispensables para el ejercicio de su mandato. Que no tenga el Consejo un patrimonio como el de una persona natural cualquiera, con facultades de libre y total enajenación, no quiere decir que no tenga un patrimonio propio, que maneja con absoluta independencia y que se halla afecto a los resultados de su administración. Siendo los negocios del Consejo asuntos en que tiene parte la Nación, puede, por razón de ellos, ser demandado ese establecimiento público ante los Tribunales de Distrito Judicial. (Auto, Sala de Negocios Generales, LIII, números 1984 y 1985, marzo 18 de 1942)..... ....Págs. 456, 1.ª y 2ª y ss.

CONSULTA DE SOBRESEIMIENTOS

— 34 —

El Código de Procedimiento que hoy rige no le dio a la Corte competencia legal para asumir el grado especial de jurisdicción que implica conocer por consulta de los sobreseimientos proferidos por Tribunales Superiores. Así lo ha explicado la Sala en repetidos autos. Tales decisiones versan sobre asuntos iniciados a partir del 1.° de julio de 1938, pues la Corte sí había venido conociendo por consulta de los autos de sobreseimiento dictados en negocios anteriores a tal fecha, ya que aquellos negocios debían seguir rigiéndose por el procedimiento anterior, de acuerdo con lo que dispone el artículo 722 del nuevo Código. Pero como este artículo fue declarado inexequible por la Corte en Sala Plena, queda en claro que el nuevo Código puede aplicarse en negocios antiguos cuando resulte ley más favorable al sindicado que el Código ahora vigente. En el caso a que aluden los autos la no consultabilidad del sobreseimiento resulta favorable al sindicado, por las razones que de modo insistente ha presentado a la Corte el señor Procurador de la Nación. (Auto, Sala de Casación en lo Criminal, LIII, números 1984 y 1985, junio 8 de 1942)..... .... Pág. 399, 2.ª

CORRECCIÓN DE LA DEMANDA

— 35 —

De acuerdo con el artículo 208 del Código Judicial el actor puede corregir su demanda; pero no hay norma que obligue a hacer una nueva demanda *in integrum* cuando se corrige la primitiva. (Casación, LIII, números 1984 y 1985, abril 8 de 1942).....Pág. 287, 2.ª

CUADRILLA DE MALHECHORES

— 36 —

La reunión de varias personas para asaltar una casa no significa que ellas estén asociadas y organizadas con el propósito permanente de cometer delitos. Como acertadamente lo dice el señor Procurador «no puede estimarse jurídicamente que haya nacido una cuadrilla de malhechores por el solo hecho de que cuatro o más personas se hayan puesto de acuerdo para cometer determinado delito, pues semejante armonía en la intención delictuosa tan sólo implica un concurso de delincuentes, o mejor aún, una pluralidad de copartícipes en la realización del delito previamente acordado. Para que aparezca el fenómeno específico de la cuadrilla es indispensable que ésta tenga la fisonomía de una organización, de una asociación de carácter permanente, sometida como toda organización primitiva o avanzada, a ciertas normas, a ciertas tendencias, y sobre todo a un fin común y definido. Por otra parte, requiere dos elementos indispensables, a saber: la pluralidad de elementos que obedecen y la unidad en el comando que gobierna. Al hablar el artículo 248 del Código Penal de 1890, de la reunión de varias personas para cometer, ya juntas, ya separadamente, pero de común acuerdo, algún delito o delitos, se refiere, no a un delito especial y determinado, sino a un género o a una clase de delitos, es decir, que la mancomunidad, la asociación, el acuerdo se encaminen a la ejecución futura de actos atentatorios, en general, contra las personas, o contra las propiedades, y por esto es por lo que el delito de cuadrilla de malhechores es *sui generis*, tiene existencia propia o independiente de las demás violaciones que cometan los cuadrilleros. Se observa que nuestro legislador configura el delito específico de cuadrilla de malhechores como toda reunión o asociación de cuatro más personas, mancomunada para cometer, ya juntas, ya separadamente, pero de común acuerdo, *algún* delito o delitos contra las personas o contra las propiedades. No se habla en esa definición del conjunto de personas asociadas, previo acuerdo, para la comisión de un delito. Por consiguiente, resulta de la esencia de este fenómeno jurídico la indeterminación de los hechos criminosos que pretenden ejecutar los cuadrilleros, porque la palabra *algún* es un adjetivo que se aplica indeterminadamente a una persona o cosa con respecto a varios o muchos. (Diccionario de la Real Academia de la Lengua). La singularidad a que alude el artículo 248 cuando dice *algún* delito, se refiere a especie delictiva, pero no a un delito determinado. En otros términos: la ley concibe la cuadrilla de malhechores encaminada a la realización de una clase de delito, como el robo, el homicidio, la falsificación, etc. Puede, por tanto, existir cuadrilla de malhechores encaminada a la perpetración de varias especies de delitos o a la consumación de una sola especie de ellos. Podrá existir esa asociación para atacar las buenas costumbres, los derechos de propiedad y la vida de las personas, etc. Y podrá también existir la cuadrilla únicamente para violar la propiedad, o únicamente para cometer homicidios, o únicamente para transgredir las buenas costumbres». (Casación, LIII, número 1983, mayo 18 de 1942 Págs. 120, 1.ª y 2.ª; 121, 1.ª

CUENTAS

— 37 —

Si se piden cuentas en un período determinado, pero el demandado demuestra que los negocios habidos con el demandante empezaron bastante antes de la fecha señalada por éste, y prueba que debido al encadenamiento de los negocios no sería posible definir los asuntos pendientes entre ellos sin rendir la cuenta total de su gestión, no puede sostenerse jurídicamente que la sentencia que aprueba las cuentas generales sea incongruente con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes. (Casación, LIII, número 1983, febrero 25 de 1942),..... .....Pág. 78, 2.ª

CULPA

— 38 —

Tratándose de una sola culpa, como en el caso de autos, no es aceptable por injurídico, considerarla a la vez como culpa contractual y como culpa aquiliana,

buscando a un mismo tiempo la aplicación de disposiciones aplicables sólo en el concepto de haber contrato y la de disposiciones cuya aplicabilidad requiere precisamente que no lo haya. Claro es que pueden ocurrir a la vez ambas culpas y que puede acontecer que simultáneamente hayan de estudiarse y juzgarse las dos, lo que precisamente habrá de hacerse en tal evento tomando cada una a la luz de sus peculiaridades. (Casación, LIII, números 1984 y 1985, marzo 18 de 1942).....Pág. 248, 2.ª

Dos son las fuentes de la culpa: la que nace de un acto contractual y la que se deriva de un hecho que infiere perjuicio o daño a otro sin vinculación jurídica previa. La primera, como es obvio, es la llamada contractual; la segunda es la denominada por algunos tratadistas delictual, pero que con más propiedad ha de calificarse de extracontractual o aquiliana. Ambas culpas se traducen en la indemnización de perjuicios, pero tienen fuentes muy distintas: en la una el acto jurídico, en la otra el hecho, y en sus proyecciones concretas y su naturaleza y trascendencia tienen configuración legal muy distinta. Por eso ha sostenido la Corte, como lo sostienen los tratadistas, que esas dos culpas no pueden, en general, acumularse en una misma demanda, por cuanto son entidades de diversa naturaleza y hasta contradictorias muchas veces, pues no se ve cómo una culpa contractual pueda generar una acción delictual, ni cómo ésta pueda tener como base un pacto jurídico. Aún más: en la misma culpa extracontractual y según el sistema de nuestro Código Civil, se halla ésta dividida en tres categorías o grupos: el primero constituído por los artículos 2341 y 2345, que contienen los principios generales de la responsabilidad delictual y cuasidelictual del hecho personal; el segundo formado por los artículos 2346, 2347, 2349 y 2352, que regulan lo relativo a la misma responsabilidad por el hecho de personas que están bajo el cuidado o dependencia de otro, y el tercero que comprende los artículos 2350, 2351, 2353, 2354, 2355 y 2356, que se refiere a la responsabilidad por las cosas animadas o inanimadas. Y esta distinción no es meramente académica, sino que constantemente influye en la solución de los múltiples casos que al respecto se presentan, por cuanto cada uno de esos tres grupos contempla situaciones distintas e inconfundibles, de manera que no es posible resolver problemas relativos al tercer grupo con las normas del segundo. Por eso llamó la Corte la atención, entre otras sentencias, a la de 25 de febrero de 1942, en que sostuvo que el artículo 2356 del Código Civil no es una repetición del 2341 de la misma obra, como algunos creyeron, por cuanto regla situaciones muy distintas, especialmente desde el punto de vista de la prueba. (Casación, LIII, número 1986, junio 24 de 1942).....Pág. 658, 1.ª

El concepto estimativo de la diligencia, prudencia y reflexión cuya falta constituye la culpa, es un proceso mental del sentenciador que escapa a la casación, como en lo general sucede con la apreciación de los indicios. Bien puede suceder que la Corte suponga que en un litigio dado habría hallado culpa donde el Tribunal no la encontró o que donde éste la encuentra no la habría hallado ella, y sin embargo no podría romper por eso solo el fallo del Tribunal, siendo así que para casar por violación de ley sustantiva, cuando a ella se llega por mala apreciación de pruebas, se necesita que haya en ésta error de derecho o error de hecho que aparezca de modo manifiesto en los autos, y este concepto de error no puede recaer sobre las inducciones o deducciones derivadas de la estimación psicológica, por decirlo así, de pruebas como las que figuraron en el asunto a que alude el proceso. Cuando ellas de suyo establecen ciertos hechos y el Tribunal sentencia desconociéndolos, o cuando ellas no los establecen y el Tribunal sentencia en forma que implica que están demostrados, es cuando incurre en el error a que se refiere la ley para establecer causal de casación, si de él se ha derivado quebranto de disposiciones sustantivas. (Casación, LIII, números 1984 y 1985, abril 9 de 1942).....Pág. 303, 1.ª

CH

CHEQUES FALSOS

— 39 —

(Véase lo que sobre este punto dijo la Sala de Casación Penal, en auto de fecha 8 de junio de 1942, publicado en el número 1983, *Gaceta Judicial*, tomo LIII, páginas 131 y ss.).

D

DECRETO ACUSADO NÚMERO 1332 DE 1939

— 40 —

Los artículos 2.º y 5.º del Decreto acusado no son inconstitucionales.

No siempre tienen el carácter de gracias o recompensas gratuitas las que el Estado concede a ciertas personas. Casos hay en que la concesión de tal beneficio tiene el verdadero carácter de acto compensador o conmutativo, que se funda o tiene su raíz en el reconocimiento y pago de un servicio prestado al Estado.

El artículo 6.º acusado, modifica aditivamente las leyes relativas a las «recompensas» para los «antiguos militares» exigiendo nuevos requisitos o condiciones distintos de las que exigen tales leyes para la concesión de dichas «recompensas», esto es, porque rebasa la simple potestad reglamentaria que la Carta concede al Organo Ejecutivo. Vale decir que cuando el artículo 3.º de la Ley 7.ª de 1938 establece que «para que se conceda el auxilio de que trata el artículo 2.º de la misma "es preciso que los aspirantes comprueben" con las formalidades que el Gobierno exija, los servicios militares prestados por su causa y el grado militar que tuvieran en el Ejército en que fueron prestados dichos servicios», no puede entenderse por esas «formalidades» sino las meramente procedimentales para comprobar los dos requisitos que tal artículo exige, a saber: la prestación del servicio por parte del antiguo militar, y el grado que éste obtuvo durante la prestación de tal servicio, fuera de las tendientes a acreditar el enlistamiento de ese ciudadano en el Escalafón, como lo establecen las Leyes 65 de 1937, 7.ª y 142 de 1938. (Sentencia, Sala Plena, LIII, números 1984 y 1985, julio 24 de 1942).....Págs. 573, 1.ª y 2.ª y ss.

DENUNCIOS CRIMINALES

— 41 —

La facultad que otorga a los ciudadanos el artículo 12 de la nueva Ley de Procedimiento Penal (artículo 1614 del Código Judicial abolido), no es ilimitada, sino que debe ejercerse sin abusar del derecho. (Casación, LIII, números 1984 y 1985, marzo 25 de 1942).

Pág. 278, 1.ª y 2.ª

DESLINDE

— 42 —

La redacción de que se valen las escrituras públicas para indicar los límites de inmuebles trasferidos en ellas, es uno de los medios conducentes a establecer el

alinderamiento efectivo del mismo, como es obvio; pero no puede decidir por sí sola la disputa sobre la línea de colindancia entre ese predio y el contiguo. En controversias de esta clase puede en lo general dividirse la labor del sentenciador en esta forma: analizar en primer lugar los títulos para ver cómo están redactados sus linderos, y en segundo lugar estudiar, según las pruebas pertinentes, entre las cuales por fortuna suele figurar su propia vista de ojos, la topografía del terreno y los demás elementos materiales, para indagar y determinar cómo se ajustan esas indicaciones de las escrituras a la realidad de los elementos materiales respectivos. En el caso en que dos corrientes de agua confluyen y de las cuales una se señala como lindero en las escrituras, desde esa confluencia hasta su origen, la sentencia que busca la escogencia entre esas dos corrientes podrá no conseguir el acierto buscado y ser consiguientemente atacada; pero en ataque no cabe el cargo de error de derecho o de hecho en la apreciación de los títulos.

En disputa sobre linderos puede decirse que siempre hay una zona comprendida entre las líneas sostenidas por los contrincantes, la que al señalarse la línea de colindancia por el juzgador puede quedar en parte del uno y en parte del otro de aquéllos o íntegramente del uno o del otro, como resultado de consideraciones referentes no al dominio en sí, sino a la materialidad de la línea controvertida. De aquí se deduce que lo que ha sucedido por obra de esa fijación judicial es que se ha precisado el respectivo límite de uno y otro de tales predios; pero en manera alguna que la sentencia haya conferido título a cada contendor sobre lo que de esa zona queda siendo integrante de su predio, arrebatándole al otro esa porción a la zona toda, según el caso. Mediante esa fijación cada uno de los dueños sabe hasta dónde va su fundo y ninguno de los dos puede decir legítimamente que el Juez le canceló su título de propiedad para conferírselo a su adversario sobre aquellos en que ven frustradas o mermadas sus aspiraciones. (Casación, LIII, número 1986, junio 26 de 1942). ....Pág. 673, 1.ª.

DICTAMEN PERICIAL

— 43 —

En innúmeras decisiones de la Sala de Casación se ha aceptado la jurisprudencia de que el dictamen pericial, cuando es uniforme, explicado y debidamente fundamentado, hace plena prueba, pero es necesario que sea debidamente fundamentado. Esta condición la aprecia libremente el juzgador, y el superior no puede variarla sino en tanto que se compruebe que en esa apreciación se incurrió en verdadero error de hecho que aparezca de bulto o de manifiesto en los autos. (Casación, LIII, números 1984 y 1985, abril 30 de 1942)..... .....Pág. 391, 1.ª

DISCERNIMIENTO DEL CARGO DE CURADOR *AD LITEM*

— 44 —

El auto por el cual se discierne a un curador *ad litem* ese cargo, siendo de mera sustanciación, es inapelable. (Auto, Sala de Negocios Generales, LIII, números 1984 y 1985, noviembre 29 de 1941). Pág. 448, 2.ª

DOMICILIO

— 45 —

Habiendo circunstancias constitutivas de domicilio en varios Municipios, dice el artículo 152 del Código Judicial, regla 5.ª, es Juez competente para conocer privativamente del juicio de sucesión el de aquel que corresponda al asiento principal de sus negocios. (Auto, Sala de Negocios Generales, LIII, números 1984 y 1985. Marzo 21 de 1942)..... .....Pág. 485, 2.ª

E

EJECUCIONES CONTRA LOS DEPARTAMENTOS

— 46 —

Los Departamentos pueden ser ejecutados sin que para ello se necesite la apropiación de la partida de dinero en el presupuesto departamental.

El artículo 554 del Código Judicial se refiere exclusivamente al Estado y así debe entenderse, sin que el privilegio que él establece se pueda hacer extensivo a los Departamentos. (Auto, Sala de Negocios Generales, LIII, números 1984 y 1985, marzo 14 de 1942).
Pág. 453, 2.ª

EMBARGO

— 47 —

Cuando equivocadamente se denuncia para el pago de una ejecución un bien de persona no obligada al pago, para quejarse ella del perjuicio que esto le haya causado le basta su calidad de dueño del bien y de extraño a la deuda, sin necesidad de que, si el denunciante fue el ejecutante, éste haya incurrido en exceso al ejercitar el derecho que le confiere el artículo 2488 del Código Civil, por haber ya bienes suficientes en la traba ejecutiva. Esos perjuicios se los ha de indemnizar quien se los causó si obró culposamente. Así las cosas, el concepto de abuso del derecho resulta improcedente, salvo en cuanto pueda servir como detalle corroborador del error de conducta del denunciante que, no sólo lo fue de bienes de terceros sino que a ello procedió innecesariamente. (Casación, LIII, números 1984 y 1985, abril 9 de 1942)..... .... Pág. 303, 2.ª

ENAJENACIÓN DE ESPECIES LEGADAS POR TESTAMENTO

— 48 —

Cuando el testador vende por acto posterior al testamentario una de las especies legadas, ya sea en todo o en parte, se da aplicación estricta al artículo 1193 del Código Civil. (Casación, LIII, números 1984 y 1985, marzo 23 de 1942).....Pág. 256, 1.ª

ERROR

— 49 —

El error en la apreciación probatoria no es por sí mismo motivo de casación, sino medio por el cual puede llegarse a él, que es la violación de la ley. La

cita de los textos es indispensable en este caso para que la Corte pueda saber con qué ley ha de hacer la confrontación de la sentencia acusada. (Casación, LIII, número 1983, febrero 10 de 1942). ....Pág. 46, 1.ª

ERROR

— 50 —

El error de hecho es el que aparece de manifiesto, con la sola lectura, sin que para probar su existencia haya de recurrirse a diversos razonamientos, porque desde que éstos entraren en juego para demostrar el error éste ya deja de ser manifiesto para convertirse en una cuestión debatida, sujeta a diversas apreciaciones. (Casación, LIII, números 1984 y 1985, marzo 24 de 1942) ....Pág. 266 2.ª

ERROR DE HECHO

— 51 —

Para que el error de hecho se justifique es necesario que él sea tan claro y potente que no admita interpretación distinta del sentido literal en que está concebida la demanda. (Casación, LIII, número 1986, junio 19 de 1942) ....Pág. 654, 1.ª

ERROR DE HECHO

— 52 —

Para que el error de hecho, que produce la violación de la ley incida en casación, es preciso que sea manifiesto y que se señale en qué consiste. (Casación, LIII, números 1984 y 1985, abril 8 de 1942). Pág. 291, 2.ª

ERROR GRAVE

— 53 —

El error grave debe ser ostensible, para lo cual debe recaer sobre circunstancias materiales u objetivas de la sujeta materia sometida a la pericia; como si tratándose de avaluar una casa de construcción antigua los peritos parten de la base de que es nueva; o una hacienda dedicada al engorde y cría de ganados, los peritos la aprecian como si estuviese dedicada, no a la ganadería sino a la agricultura; o una joya en cuyo justiprecio debe jugar principalmente su valor de afección, los peritos la estiman como joya común, por su valor comercial, etc. En todos estos casos y sus semejantes podrá haber error grave, sujeto a comprobación y a la rectificación consiguiente. Dentro del error grave cabe también el error esencial, de que hablaba el antiguo Código de Procedimiento que rigió hasta el año de 1931, y que se refería, según lo entendió la jurisprudencia, a cualidades más fundamentales de las cosas, contentivas de sus atributos específicos, como si un anillo de oro se avalúa como de plata, o en vez de avaluar un caballo se avalúa un novillo. Pero en la tacha de error grave no puede caber más que lo dicho. Si con su pretexto se aceptase en el incidente de tacha discusión alrededor de las bases subjetivas que cada perito estime adecuadas para sacar sus deducciones, se prejuzgaría sobre el fondo mismo del dictamen, anticipándose fallo sobre aspectos propios de la sentencia definitiva, pues es en ésta donde se analiza el proceso intelectivo a que el experto acude para formular la conclusión que él juzga más acertada. Esto es lo que constituye la crítica del experticio, impropia de hacer en el incidente previsto en el artículo 720 del Código Judicial. (Auto, Sala de Negocios Generales, LIII, números 1984 y 1985, diciembre 6 de 1941).
Pág. 451, 1.ª y 2.ª

ESTADO CIVIL

— 54 —

La trascendencia del estado civil y de todo lo concerniente a él, comenzando por las pruebas de los hechos que lo constituyen o de que se deriva, ha determinado siempre en las diversas legislaciones sistemas de la más severa nimiedad y acucia, en busca de la mayor seguridad posible sobre la autenticidad de esas pruebas y su ajustamiento a la verdad en cada caso. Así se encuentran en aquellas múltiples disposiciones hasta sobre pequeños detalles, como el modo de salvar raspaduras y enmendaduras, o la prohibición de usar abreviaturas, de dejar blancos, de expresar en números y no en letras las cifras del caso, y también la fijación de términos, en lo general brevísimos, para extender las actas. Tales previsiones las contienen varios códigos como el de Francia y el nuestro y también la legislación canónica, en la que son de notar los cánones 777 y 779. (Casación, LIII, número 1983, marzo 9 de 1942).....Pág 101, 2.ª

ESTAMPILLAS

— 55 —

Lo que la ley busca en casos de pretendido fraude al Fisco por la falta de estampillas correspondientes debidamente anuladas en los actos o contratos que deben llevarlas conforme al artículo 6.º, numeral 14, de la Ley 20 de 1923, es, no la nulidad del acto o contrato en su parte intrínseca, de derecho sustantivo, sino una sanción pecuniaria con la cual se da la ocasión de revalidar el documento. Cuando la ley dice que los actos o documentos que no han cumplido con los impuestos de papel sellado y timbre nacional carecen de valor legal y en juicio no pueden ser tenidos como prueba, está apenas calificando fiscalmente dichos documentos. En ellos el valor que les imprime la ley civil puede ser pleno e irrefutable, pero les falta el lleno formal del pago de los impuestos, que se verifica con el importe aumentado en la proporción que señala la ley. (Sentencia, Sala Civil de Unica Instancia, LIII, números 1984 y 1985, mayo 5 de 1942)..... ..... Pág. 562, 1.ª

EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS

— 56 —

La *exceptio non adimpleti contractus* no es pertinente sino cuando la fuente de la obligación es la primera de las enumeradas en el artículo 1994 del Código Civil, el contrato, y no tiene incidencia en tratándose de la culpa extracontractual, pues la exoneración de la responsabilidad por caso fortuito, fuerza mayor o intervención de un elemento extraño, dentro de la cual pueda estar el error de la víctima, constituye, según los casos, la defensa cuando se ejercita la acción por esta última. clase de culpa. (Casación, LIII, número 1986, junio 24 de 1942)..... Pág. 659, 1.º

EXPROPIACIÓN

— 57 —

De ninguna manera debe entenderse que es una facultad que el Estado puede ejercer sin discreción ni como sistema, la que él en ocasiones puede tener por

vía de excepción, y de excepción de muy rara ocurrencia, para ocupar o usar, temporal o definitivamente, la propiedad privada, prescindiendo de las formalidades de un juicio previo de expropiación, que es la regla general. Cuando tal cosa ocurre, se debe tratar de obras públicas cuya urgencia, importancia y necesidad manifiestas determinan esa actividad excepcional de parte del Estado, en orden a un fin de utilidad general o de interés público, ante el cual debe ceder el interés privado del propietario, quien no sólo no pierde, sino que conserva intacto su derecho a ser cumplidamente indemnizado por el menoscabo patrimonial que esa ocupación de hecho por parte del Estado le hubiese ocasionado. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LIII, números 1934 y 1985, marzo 26 de 1942). Pág. 500, 1.ª

F

FIANZA

— 58 —

La fianza, como obligación accesoria, en virtud de la cual una o más personas responden de una obligación ajena, no se presume, lo que indica que ella ha de interpretarse de manera restrictiva y estarse, para fijar el alcance y las obligaciones contraídas por el fiador, al tenor literal del documento que contiene la fianza y a falta de ese tenor, si no fuere claro, a la intención de las partes. (Casación, LIII, número 1983, febrero 6 de 1942) ..... Pág. 41, 1.ª

FIANZA

— 59 —

La fianza, como obligación personal accesoria que es, puede sufrir limitaciones, tanto en la cuantía como en el tiempo, en relación con la obligación principal, y como contrato debe interpretarse como mejor convenga a éste en su totalidad. Cuando en el documento en el cual se constituyó la fianza se dijo que ésta era provisional, así debe entenderse. Hay que investigar en ese caso el término de su duración. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LIII, números 1984 y 1985, noviembre 22 de 1941) ..... Pág. 444, 1.ª y 2.ª.

FRUTOS

— 60 —

Los frutos naturales y civiles producidos con posterioridad a la muerte del causante, por los bienes que constituyen la mortuoria, no forman parte del haber sucesoral, como entidad separada que forma parte del activo; ni menos deben considerarse como parte específica de éste, para los efectos de la liquidación de las respectivas asignaciones herenciales. Tales frutos no es procedente inventariarlos separadamente, ya que ellos pertenecen a los herederos, a prorrata de sus cuotas hereditarias y habida consideración a los bienes que los produjeron y a los asignatarios a quienes se adjudicaron. A lo que puede agregarse que ni aun por motivos fiscales es de rigor inventariarlos, por estar eximidos del pago de impuestos y no tomarse en consideración para la fijación y cobro de las respectivas contribuciones sobre las mortuorias. (Casación, LIII, Nos. 1984 y 1985, marzo 13 de 1942) Pág. 244, 2.ª.

H

HEREDEROS. SU RESPONSABILIDAD

— 61 —

Para explicar en parte el artículo 1324 del Código Civil, don Andrés Bello dijo en una nota que el heredero vencido no está en el caso de restituír, si el precio de lo enajenado le corresponde por algún concepto en la herencia, como legítima, cuarta de libre disposición, etc. Es pues una especie de compensación lo que en principio se establece. Pero la jurisprudencia y la doctrina han sacado mayores consecuencias del artículo, que de una manera expresa consagra el principio del enriquecimiento sin causa, principio que se deriva en nuestra legislación de normas generales como las contenidas en los artículos 5.º y 6.º de la Ley 153 de 1887 o de textos expresos como el citado y también para casos específicos, como los contenidos en los artículos 2313 y 2314 del Código Civil. Por eso el heredero que de buena fe paga una deuda del causante, con bienes de la sucesión, no puede ser obligado a restituír el precio de la enajenación porque entonces habría un empobrecimiento sin causa en contra de quien hace el pago y un enriquecimiento también sin causa a favor de los otros herederos; lo mismo puede decirse cuando el heredero, en cumplimiento de la voluntad del causante, hace ciertos pagos a terceros, a título gratuito. Por eso la responsabilidad del heredero por la enajenación de los cosas hereditarias no le atañe sino en cuanto se haya hecho más rico o sea en cuanto por aquéllas haya aumentado su patrimonio, y esto delimita el alcance del artículo 1324, el cual no significa que el heredero no responda por toda clase de enajenaciones, lo que sería inadmisible, porque redundaría en perjuicio de los herederos de mejor derecho, sino que esa responsabilidad se termina y se convierte en la no restitución del precio de las enajenaciones, cuando éstas no han aumentado el patrimonio del heredero vencido, ni éste tuvo siquiera la intención de enriquecerse con las enajenaciones que hizo sino que las condicionó en la forma dicha, porque —subraya la Corte— no es de toda enajenación de la que no responde el heredero vencido sino de aquéllas hechas en el sentido taxativo que acaba de expresarse. (Casación, LIII, números 1984 y 1985, abril 8 de 1942). Pág. 293, 2.ª.

HIJOS NATURALES

— 62 —

Si es cierto que de acuerdo con el artículo 401 del Código Civil aplicable, por disposición expresa de la Ley 45 de 1936, al caso de la filiación natural, la sentencia que se dicte sobre la falsa o verdadera legitimidad de un hijo vale no sólo respecto de las personas que han intervenido en el juicio, sino respecto de todos, relativo a los efectos que dicho estado civil acarree, también lo es que la acción no se puede dirigir contra la primera persona que al pasar se encuentre, porque la misma ley civil ha establecido que para que esos fallos produzcan los efectos señalados por el artículo 401, es necesario, entre otras cosas, que se hayan pronunciado contra legítimo contradictor, y el Código Civil en su artículo 403, que también se aplica a la filiación natural, ha dicho taxativamente, quién es el legítimo contradictor. (Casación, LIII, número 1983, febrero 4 de 1942) ..... Pág 37, 1.ª y 2.ª

HIJOS NATURALES

— 63 —

Aunque el artículo 7.º de la Ley 95 de 1890 presumió el reconocimiento por parte de la madre respecto de los hijos concebidos por ella siendo soltera o viuda, esa presunción no le dio la patria potestad por cuanto entre los derechos y obligaciones entre los padres y los hijos naturales, que determinaron los artículos 59 a 64 de la Ley 153 de 1887, no se le dio a la madre natural el de la patria potestad. Fue éste un vacío que vino a llenar el artículo 14 de la Ley 45 de 1936. (Casación, LIII, números 1984 y 1985, marzo 23 de 1942) Pág. 257, 1.ª y 2.ª

HIJOS NATURALES

— 64 —

La Ley 45 de 1936 tiene alto fin social, no puede menos de interpretarse de una manera restrictiva, ceñida a su contexto literal, porque ésta es mandamiento de excepción que exige interpretación restrictiva. (Casación, LIII, números 1984 y 1985, marzo 25 de 1942). Pág. 272, 2.ª

HIJUELAS

— 65 —

Por ley, así como por doctrina constante, debe complementarse la hijuela con la prueba del dominio del *de cujus*, así fuese tan sólo por la facilidad con que los interesados en una causa mortuoria pueden relacionar como bienes relictos todos los que a bien tengan.

La causa mortuoria en que figuran inmuebles de distintas ubicaciones debe inscribirse en el libro correspondiente de cada uno de los respectivos Circuitos; pero de que en una copia de hijuela de adjudicación de un bien no aparezca el registro de la mortuoria en los Circuitos de los bienes restantes, no puede deducirse el rechazo de ella como prueba si, por otra parte, contiene el registro del Circuito de ubicación del bien de que se trata.

La falta de transcripción de la escritura de protocolización de una mortuoria en la copia de una hijuela no puede tampoco impedir que ésta sea estimada, si contiene todo lo atañedero al título en sí, como la adjudicación misma, sentencia aprobatoria, registro, etc., ya porque ello permite ver que aquel acto se realizó, máxime si la copia cita el número y fecha del instrumento de protocolización, ya porque el hecho de expedir la copia el Notario y hacerlo con estos detalles, obliga a suponer o reconocer que en su protocolo se hizo la incorporación consiguiente. (Casación, LIII, número 1983, febrero 18 de 1942). Págs. 60, 2.ª y 61, 1.ª y 2.ª

HIPOTECA CONSTITUÍDA POR UN DUEÑO APARENTE—DERECHOS DEL ACREEDOR HIPOTECARIO QUE NO HA INTERVENIDO EN EL JUICIO SOBRE NULIDAD DEL TÍTULO DEL HIPOTECANTE

— 66 —

Valiéndose del principio jurídico según el cual *error communis facit jus*, la jurisprudencia de otros países convalida las hipotecas constituídas por el dueño aparente, que exhibe un justo título de propiedad. Mientras las apariencias fundadas subsisten, el dueño del inmueble sigue siendo el propietario ante terceros y las hipotecas que conceda son válidas aunque después se anule el título. Entre nosotros no es dudoso que con igual principio se pueda llegar al mismo resultado cuando el título de propiedad se anula sin audiencia del acreedor, quien con pleno derecho le dio su confianza por ser un justo título de adquisición, rodeado de todas las apariencias de legalidad. Sería aberrante que la justicia dejase desamparada la buena fe del acreedor anulándole un derecho sin su intervención y por la mera voluntad de otros. Pero es del artículo 478 del Código Judicial de donde se desprende una amplia y sólida doctrina jurídica que salvaguardia el derecho de los acreedores hipotecarios Según el sentido claro de este precepto, de los acreedores, los *personales* son los únicos contra quienes tienen efectos prácticos y perjudiciales las sentencias condenatorias del deudor. Los demás acreedores, *a contrario sensu*, entre los cuales están como principales los hipotecarios, quedan, por lo tanto, fuera del alcance de los efectos de la cosa juzgada reglamentada por el artículo 474, ibidem, respecto de las sentencias pronunciadas contra su deudor, en lo concerniente a su derecho real de garantía. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LIII, números 1984 y 1985, marzo 27 de 1942)..... Páginas 509, 2.ª y 510, 1.ª

HOMICIDIO

— 67 —

Aunque en el Código Penal de 1936 el homicidio no se desnaturaliza porque la persona contra quien se comete el delito fallezca en cualquier época, más allá del límite de sesenta días establecido en el artículo 619 del Código Penal de 1890, eso no estorba la comparación de ambos Códigos a fin de preferir el que sea menos gravoso. Si por heridas responde una persona, ellas no se truecan en homicidio porque se denominen lesiones personales.

En pruebas judiciales se sabe que la declaración del ofendido hace fe en cuanto se limita a señalar a la persona ofensora, mas no en lo tocante a los accidentes, particularidades o circunstancias del hecho o agresión, pues si el propio interés obliga a no mentir en lo primero, como es natural y obvio, ese mismo interés, por fuerza de lo humano, en lo segundo lleva o puede conducir a la desfiguración de la verdad, callándola o exagerando el cómo y el porqué de la agresión u ofensa. En el caso a que se refiere el proceso no cabe duda de que Rosaliano López fue veraz cuando acusó a Simeón Flor Olave de haberlo herido, y en eso es digno de entero crédito porque en su interés estaba que la justicia exigiese la condigna responsabilidad a quien realmente lo había atacado; pero en tesis legal no vale la relación de las modalidades del encuentro, hecha por López, *el único que la hace*, ya que su propia conveniencia pudo inclinarlo a ocultar circunstancias que quizá lo perjudicaran o que disminuyeran la gravedad del acto criminoso de Olave.

Por el hecho de no conocerse el motivo de una agresión no es dable concluír que fue gratuita y que hubo verdadera cobardía en la acción delictiva. Ignorar el móvil no conduce a suponer lo inmotivado ni lo cobarde del acto.

Para la punibilidad de las heridas, golpes y malos tratamientos, la jurisprudencia tuvo como superfluo el requisito de la premeditación en los artículos 645 a 650 del Código Penal de 1890, pues de lo contrario no habrían podido reprimirse —como se reprimieron haciendo caso omiso de dicho elemento— las heridas que, verbigracia, se cometían en un acto primo o en riña, sin resolución anticipada de causarlas. La frial-

dad de ánimo es problema discutido y discutible en la premeditación, y eso cuando se trata del delito de homicidio, y al paso que algunos expositores de derecho penal creen necesario en la pre n editación para matar el factor psicológico del *animo pacato*, otros, en cambio, no comulgan con esa teoría (que es pura teoría), del sereno proceder, de la frialdad espiritual, de la calma interior en el sujeto que, con «circunspecta preparación», da muerte a alguien No obstante, aun otorgándole a la tesis del señor Procurador Delegado la condición *sine qua non* que él defiende. La *sangre fría* admite gradaciones. Puede ser mayor o menor. Y nótese que la circunstancia 3.ª del artículo 117 del Código Penal antiguo, consiste, entre varios casos, en la *mayor sangre* fría que haya en la acción.

El proceso o procesos penales que se le sigan a una persona, de por sí no demuestran la calidad dañosa del comportamiento social de un hombre. Sin embargo, como agravante o como atenuante y para constituir simple indicio de responsabilidad, es jurídico y legal acreditar la conducta con prueba de testigos.

La Corte tiene sentada doctrina según la cual es injurídica la mezcla de distintas legislaciones penales al proferir una sentencia. (Casación, LIII, números 1984 y 1985, julio 8 de 1942)..... ..... Página 412, 2.ª

HOMICIDIO

— 68 —

El fenómeno interno de la intención de ocasionar la muerte de alguna persona no siempre puede establecerse con los únicos factores del medio o arma empleada y el sitio o lugar de la lesión. Ello es, en veces, un complejo problema que permite al Jurado, sin que el Jurado se salga de sus naturales atribuciones y derechos, admitir la intención de matar, o negarla, ya que si así lo fuese desaparecería la especie de homicidio de que se trata, en que el agresor causa la muerte de otro cuando sólo se propuso perpetrar un mal diverso o una lesión personal. (Casación, LIII, números 1984 y 1985, junio 19 de 1942)..... .. .... Página 404, 1.ª

II

ILEGITIMIDAD DE LA PERSONERÍA

— 69 —

Ha sido reiterada doctrina de la Corte de Casación la de que el derecho de accionar o de excepcionar con base en la nulidad por ilegitimidad de la personería no corresponde a cualquiera de los actores ni a cualquiera de los reos, sino privativamente a la parte mal representada, única en quien reside el interés legítimo para alegar la causal de invalidación como tal, o como motivo de casación. (Casación, LIII, números 1984 y 1985, abril 16 de 1942) ....Pág. 330, 2.ª

IMPEDIMENTOS Y RECUSACIONES EN MATERIA PENAL

— 70 —

La esencia de las causales de recusación e impedimento se reduce a un presunto interés del Juez o Magistrado, ora en favor del reo o ya en su perjuicio. Según esto, la simple circunstancia de que el fallador haya atestiguado que es buena la conducta del sujeto sometido a una acción penal, no puede traducirse en interés por el reo, puesto que deponer aquello no alcanza a constituir, ni en la más rígida de las delicadezas morales, una inclinación del ánimo hacia el sindicado. De no ser así, siempre habría interés del fallador que va a juzgar al individuo conocido, respecto del cual sabe de cierto que es de buena o mala conducta. Tampo semejante testimonio del Juez o Magistrado implica prejuzgamiento alguno en lo concerniente a la personalidad de la parte procesada. No es la conducta el solo factor que determina esa personalidad, fuera de que cabe en el particular el mismo argumento *ab absurdo*, anterior: que siempre tendría un juicio anticipado de la personalidad del reo el Juez o Magistrado que va a juzgar al hombre por el bien conocido.

Saber de propias y directas percepciones quién es en el fondo el individuo sindicado, ¿más bien no será para el fallador la ambicionable posesión de un valioso dato que ha de ayudarle a impartir justicia con mayores probabilidades de acierto? (Auto, Sala de Casación en lo Criminal, LIII, números 1984 y 1985, junio 18 de 1942) .... Págs. 402, 1.ª y 2.ª

INCOMPETENCIA DE JURISDICCIÓN

— 71 —

La incompetencia de jurisdicción no entraña nulidad sino cuando la jurisdicción es *improrrogable*. Y jurisdicción improrrogable es la que no puede salirse de la esfera que le traza la ley, como si los Jueces y Tribunales conocen de procesos no atribuídos a ellos *ratione materiae, ratione loci, ratione personae*. Porque competencia es la facultad que tiene un Juez o Tribunal para ejercer, por autoridad de la ley, en determinado negocio, la jurisdicción que corresponde a la República, competencia que se fija en atención a la naturaleza del hecho, a la calidad de la persona que lo cometió y al lugar de la perpetración. Por razón del hecho y de las personas la competencia no es prorrogable, y sí lo es en ocasiones por razón del lugar. Adquirida la jurisdicción con la investidura del destino de Magistrado o Juez (nombramiento y posesión), son explícitas las reglas de la ley a fin de saber en qué casos hay incompetencia para ejercer esa jurisdicción. (Casación, LIII, número 1986, agosto 28 de 1942). Págs. 702, 2.ª

INEXEQUIBILIDAD

— 72 —

La guarda de la integridad de la Constitución está confiada, de modo exclusivo, a la Corte Suprema de Justicia, conforme al artículo 149 de ella (41 del Acto legislativo número 3 de 1910).

El artículo 62 de la Ley 167 de 1941 no puede interpretarse aisladamente, sino íntimamente relacionado con los artículos 33 y 34 de la misma ley, según los cuales el Consejo de Estado no puede conocer de las demandas de inexequibilidad de leyes y decretos por estar atribuído su conocimiento a la exclusiva competencia de la Corte Suprema de Justicia. Para la Corte no es válido, ni tiene fundamento jurídico el argumento de que el Acto legislativo número 3 de 1910 fue expedido cuando estaba suprimido el Consejo de Estado, y de que el Acto legislativo de 1914, al restablecerlo, dispuso que el Consejo tendría, fuera de las atribuciones allí conferidas, «las demás que le señalen las leyes», porque esa frase, que emplea el constituyente a cada paso para indicar lo que el legislador está autorizado para hacer, no cabe interpretarla en el sentido de que la ley puede expedirse con violación de preceptos constitucionales expresos, sino, por el

contrario, respetando el orden constitucional existente y ajustándose a él. Tampoco valdría decir que como el constituyente ordenó al legislador establecer la jurisdicción contencioso-administrativa (artículo 164 de la Constitución, 42 del Acto Legislativo número 3 de de 1910), lo facultó para asignarle las funciones que a bien tuviera, porque es entendido que tal establecimiento no podía hacerse sino respetando asimismo el orden constitucional en vigencia. Aun en caso de que quedara alguna duda al respecto sobre la interpretación del artículo 62 de la Ley 167 de 1941, se estaría entonces en presencia de un caso de incompatibilidad manifiesta entre la Constitución y la ley, y la Corte tendría que insistir en que ella debe conocer del asunto a que se refiere la competencia positiva propuesta por virtud de lo ordenado en el artículo 150 de aquélla. Al hablar así la Corte, nada ha prejuzgado sobre la exequibilidad del citado artículo legal. (Sentencia, Sala Plena, LIII, número 1983, mayo 13 de 1942).

Págs. 7, 2.ª y 8.ª, 1.ª y 2.ª

J

JUEZ COMISIONADO

— 73 —

El espíritu y la letra de todas las disposiciones sobre diligencias que deben practicarse por comisión fuera del lugar de la causa, llevan a la conclusión de que debe evitarse que la autoridad comisionada tenga que estar pendiente —dentro del tenor literal de la comisión— de enviar al lugar del domicilio del comitente consultas o diligencias relacionadas con la ejecución de la misma comisión que le fue confiada. (Auto, Sala de Negocios Generales, LIII, números 1984 y 1985, marzo 28 de 1942) ..... Pág. 515, 1.ª

JURADO

— 74 —

Las decisiones de los jueces de conciencia no pueden reputarse injustas sino cuando ellas contradicen palmariamente la realidad procesal. En los juicios por Jurado bástale al juzgador de derecho examinar en la sentencia si el veredicto tiene o no respaldo en pruebas del proceso. No está obligado a establecer, además, que de acuerdo con los principios legales sobre la plenitud de las pruebas, los autos suministran la demostración plena y completa de la responsabilidad del acusado. La convicción moral, que es lo que la ley exige de los jurados, no está subordinada a las condiciones predeterminadas en que se funda la certeza legal. (Casación, LIII, números 1984 y 1985, julio 24 de 1942) ..... Pág. 428, 2.ª

JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA EN ASUNTOS REFERENTES A LA PROPIEDAD O A LA POSESIÓN

— 75 —

Las sentencias del Consejo de Estado no pueden ser obstáculo para que los jueces ordinarios ejerzan la función que constitucional y legalmente les corresponde de manera privativa y exclusiva de decidir si una persona tiene la posesión de un inmueble y debe ser amparado en esa posesión. En nuestro derecho público no es posible jurídicamente que las autoridades administrativas tengan la potestad de fallar con alcances jurisdiccionales las controversias relativas al derecho de propiedad de los particulares ni al ejercicio de las acciones posesorias con que se ampara aquel derecho; principio que es innegable aun en los casos en que la propiedad provenga o se origine en actos de enajenación efectuados por el Estado, y que el conflicto esté por él provocado. La función administrativa, incluyendo en ella la que emana de los fallos jurisdiccionales del Consejo de Estado, en nuestro derecho está erigida con miras distintas de las de definir las acciones civiles provenientes de la propiedad y posesión de inmuebles. Si existe alguna materia de la atribución propia y excluyente de la justicia ordinaria es ésta. A la jurisdicción administrativa le está vedado invadirla. Si esto tratase de hacerse se violarían varios preceptos de la Carta fundamental que proclaman el principio de la separación de los tres Organos estatales por ella reconocidos. En consecuencia fallos pronunciados por los Tribunales administrativos sobre cuestiones referentes a la propiedad o a la posesión, como los que han sido aludidos por el señor Procurador, no tienen ni pueden tener el carácter de cosa juzgada que obligue a la justicia ordinaria. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LIII, números 1984 y 1985, abril 25 de 1942).

Págs. 524, 1.ª y 2.ª y ss.

L

LEY 167 DE 1941, ORGÁNICA DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA, ACUSADA COMO INSTITUCIONAL EN SUS ARTÍCULOS 62, 7.°, INCISO 2.°, 8.°, INCISO 3.°, Y 24, INCISO FINAL

— 76 —

El artículo 41 del Acto legislativo número 3 de 1910, correspondiente al 149 de la Constitución Nacional vigente, es nítido al declarar de manera perentoria que a la Corte Suprema le está atribuído el conocimiento de los actos legislativos, de las leyes y de los decretos acusados por ser inexequibles ante la Carta Fundamental. Por tanto, ha de entenderse que es inexequible la parte del artículo 62 de la Ley 167 de 1941, que atribuye al Consejo de Estado competencia para fallar sobre la inconstitucionalidad de los decretos del Gobierno, sin que sea valedera jurídica ni legalmente la interpretación que ha pretendido hacerse de la parte final del artículo 137 de la Constitución en el sentido de que puede ejercer el Consejo de Estado todas las funciones que las leyes determinen y que como la Ley 167 de 1941 atribuyó al Consejo el conocimiento de decretos tachados de inconstitucionalidad, la disposición mencionada se halla conforme con la Carta. Cuando la Constitución delega en la ley la facultad de dar atribuciones a un órgano público, a medida que se haga necesario establecerlas, se entiende que el legislador debe obrar en perfecta armonía con las disposiciones de la Carta. No le es dable abusar de la atribución que se le confiere, porque sobre la autoridad de la ley está la de la Constitución. Lo contrario sembraría el caos jurisdiccional, legislativo y administrativo. La Constitución consagra normas generales pero básicas de jurisdicción: la Corte Suprema tendrá la guarda de la integridad de la Carta Fundamental; el Consejo de Estado será Tribunal Supremo en lo Contencioso-administrativo y ejercerá funciones consultivas, jurisdiccionales y administrativas, y a él corresponderá también el conocimiento de la constitucionalidad de los actos del Gobierno no adscritos para su examen a la Corte. Estas normas de jurisdicción y competencia deben ser respetadas siempre por el legislador. Lo cual sirve para concluir que la expresión aludida, sobre atribuciones del Consejo de Estado, consignada en la parte

final del artículo 137, en modo alguno es base para estimar que el legislador tiene la potestad de conceder atribuciones libremente al Consejo de Estado, sin las limitaciones constitucionales. El inciso 2.° del artículo 7.° de la ley acusada no peca por inconstitucionalidad en atención a estas razones: Primera. El inciso ordena que por el Senado de la República se nombre un Consejero de Estado con calidad de segundo suplente, lo cual en modo alguno pugna con la disposición número 70 de la Constitución Nacional, que se refiere exclusivamente al nombramiento de Designados primero y segundo, para ejercer el Poder Ejecutivo a falta del Presidente de la República. Segunda. El Consejero segundo suplente —como Consejero de Estado— tiene funciones propias de tal investidura, que no las que le atribuye el demandante, de entrar a presidir el Gobierno a falta del primero y segundo Designados, arrebatando así el derecho de sucesión a las personas que en su orden determina el artículo 124 de la Constitución Nacional, y Tercera. Porque el Senado de la República no elige suplente al segundo Designado —como lo entiende el demandante— sino que por virtud de autorización dada por la Constitución (artículo 136) a la ley, ésta determina el número de suplentes que deben tener, sea en forma permanente o accidental, los Consejeros de Estado. Es lo que hace el inciso que se acusa, establecer el nombramiento de un segundo suplente Consejero, cada cuatro años, por el Senado, con el propósito de evitar que se desintegre el Consejo por falta del séptimo miembro, en el caso en que cualquiera de los dos designados no quisiere o no pudiere presidir el Consejo. El nombramiento de interino por el Presidente de la Republica, en el caso de faltar el Consejero principal y los Consejeros suplentes, es atribución que no viola en ninguna de sus partes el artículo 136 de la Constitución, el cual da a la ley la determinación del número de suplentes que deben tener los Consejeros; lo deja intacto, en nada lo desfigura, pero ni siquiera lo interpreta. Así como la Constitución le da al Presidente la facultad de nombrar Magistrados interinos de la Corte Suprema, el Código de Régimen Político y Municipal permite que nombre, en general los empleados que deben designar las Cámaras, a falta de ellas. La disposición que se acusa traduce el mismo principio de prudente y buena administración que evita el que se paralice el funcionamiento del primer órgano contencioso-administrativo del país, permitiendo también, en casos verdaderamente excepcionales, y para que obre efecto muy transitorio, mientras las Cámaras proveen lo conducente, que el Presidente designe en interinidad Consejeros de Estado. La disposición no recorta o disminuye las atribuciones del Congreso, ya que éste puede, en cualquier momento, ejercer sus funciones propias, cesando, desde entonces, los efectos del acto de nombramiento hecho por el Presidente de la República. Las leyes o los decretos que regulen las funciones consultivas del Consejo de Estado han de dictarse con sometimiento al artículo 137 de la Constitución Nacional. Por tanto, el mandato que contraría la regla dicha de que los conceptos del Consejo no obligan al Ejecutivo, viola la ley fundamental en su artículo 137. En tal situación se halla el inciso final del artículo 24 de la ley acusada. (Sentencia, Sala Plena, LIII, números 1984 y 1985, julio 7 de 1942). ....Págs. 233, 2.° y ss.

M

MERCED Y DONACIÓN DE TIERRAS

— 77 —

(Véase la doctrina titulada *Propiedad de tierras y de minas*. La sentencia de la Sala de Negocios Generales de fecha 5 de agosto de 1942, *Gaceta Judicial*, número 1986, páginas 793 y siguientes).

MÉRITO EJECUTIVO

— 78 —

De acuerdo con el artículo 982 del Código Judicial dos son los requisitos que debe reunir una obligación para que pueda cobrarse ejecutivamente: *a*) que ella conste en un acto o documento que provenga del deudor o de su causante y constituya por sí solo, según la ley, plena prueba contra él, o que emane de una decisión judicial que deba cumplirse, y *b*) que del documento o la decisión resulte una obligación expresa, clara y actualmente exigible de hacer, o de entregar una especie o cuerpo cierto, o bienes de género, o de pagar una cantidad líquida de dinero. Al principio de que la obligación de pagar dinero debe constar en el acto o documento, en cantidad líquida, se establece una excepción en los artículos 987, 988 y 989 de la misma obra en cuanto permiten la ejecución por obligaciones de hacer, de entregar una especie o cuerpo cierto o especies indeterminadas de un género, y al mismo tiempo de pagar perjuicios, no determinados en cantidad líquida en el título que sirve de recaudo ejecutivo. El artículo 991 ibídem no es sino una consecuencia de la anterior excepción para el caso en que el ejecutante sólo pida el pago de perjuicios por el incumplimiento de la obligación principal. En tal evento, este artículo lo faculta para estimarlos si no se han señalado, es decir, si no se han determinado en cantidad líquida en el título que sirve de recaudo ejecutivo. (Auto, Sala de Negocios Generales, LIII, número 1986, abril 30 de 1942). .... Págs. 714, 1.ª y 2.ª

MÉRITO EJECUTIVO

— 79 —

Para que un acto o documento preste mérito ejecutivo se necesita que provenga de título claro, expreso, actualmente exigible y que emane del deudor, de su causante o de una decisión judicial. La obligación puede ser de hacer o de dar un cuerpo cierto, o bienes de género, o una cantidad líquida de dinero. También prestan mérito ejecutivo los actos y documentos a que se refiere el artículo 40 del Código Postal y Telegráfico de la República. (Auto, Sala de Negocios Generales, LIII, números 1984 y 1985, marzo 23 de 1942). Pág. 486, 2.ª

MULTA POR NO LLEVAR CIERTOS LIBROS

— 80 —

Entre el Decreto número 818 de 1936, reglamentario de la Ley 78 de 1935, y ésta misma, hay una notoria contradicción proveniente de que en la ley no se previó la formalidad de llevar libros que el decreto establece, sancionando con multa la omisión. Frente a semejante contradicción entre la ley y su decreto reglamentario, es de rigor aplicar de preferencia el ordenamiento legal, conforme a elementales normas de interpretación. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LIII, número 1986, junio 2 de 1942). Pág. 752, 1.° y 2.

MINAS

— 81 —

El artículo 4.° de la Ley 59 de 1909 contiene dos partes que es preciso deslindar debidamente; la obligación

para el denunciante de hacer practicar las diligencias conducentes a darle curso al denuncio, y la fijación del término dentro del cual debe hacerlo. Por «diligencias conducentes a darle curso al denuncio» se entiende notificar éste al público, mediante la fijación del cartel y la ejecución de los pregones de que hablan los artículos 46, 48 y 49 del Código de Minas. En concepto de la Corte la otra parte del artículo es suficientemente clara, en lo relativo a que el amplio término de un año que tiene el denunciante para hacer practicar aquellas diligencias se cuenta a partir de la presentación del denuncio, y no desde que se admite. Si se presentan incidentes que no permiten fijar el cartel dentro del año, en tal evento el denunciante ha estado cumpliendo con su deber, pues no ha dejado el asunto paralizado o en suspenso, y es indudable que si el negocio ha estado moviéndose y no es posible fijar el cartel por causas ajenas a la voluntad del interesado, no sería aplicable el artículo que se analiza, o existiría justa causa para pedir la restitución de los términos, conforme al artículo 47 del Código de Minas. Se interpreta bien el artículo 47 del Código de Minas al considerar que los interesados deben pedir a la Gobernación la restitución de términos (1). (Casación LIII, número 1983, noviembre 30 de 1940)..... Pág. 31, 1.ª y 2.ª

MINAS

— 82 —

Lo mismo que en el Derecho Civil en Derecho Minero la posesión puede ser *regular* o *irregular*, dividida esta última en *violenta* y *clandestina* (artículos 292, 295, Código de Minas). También existe en Derecho Minero la posesión llamada *ordinaria*, desconocida en Derecho Civil, que se adquiere por el aviso del que, según los artículos 8.º, 79, 346 y 367, denuncia a la autoridad una mina con el fin de obtener del Estado su adjudicación; o por el que, a semejanza de lo que ocurre en el Derecho Común, ocupa materialmente una mina sin violencia ni clandestinidad (artículo 305). Y a diferencia de lo que ocurre en el Derecho Civil, en el Minero pueden subsistir sobre una misma mina posesiones de varias clases y aun poseedores de una misma clase (artículo 305). Así la posesión ordinaria emanada del aviso en favor del avisante subsiste con la posesión ordinaria de otra persona que ocupa materialmente una mina sin violencia ni clandestinidad. Concurren en este caso dos posesiones ordinarias simultáneamente. De igual manera el avisante de una mina poseída por otro a título de poseedor regular, tiene el carácter del poseedor ordinario con los derechos de tál para el efecto de hacerse adjudicar la mina en el caso de que resulte dentro del juicio correspondiente que aquel poseedor no tiene de dicho carácter sino las apariencias, por haber abandonado, por ejemplo, la mina de que se trata y no haberla recobrado según la ley. La posesión ordinaria es inferior en el Código de Minas a la posesión regular, ya que la ley contempla a aquélla como la vía o el medio para alcanzar el siguiente grado más perfecto: el de la propiedad mediante la posesión regular. El poseedor regular que por cualquier causa pierde este carácter se convierte en poseedor ordinario siempre que conserve la tenencia material de la mina (artículo 310) y con esta calidad puede recobrar nuevamente la propiedad, sin necesidad de que tenga que someterse al primitivo trámite administrativo, con sólo pagar los impuestos de que esté en mora con sus intereses, cuando la pérdida de la posesión regular proviene de la falta de pago del impuesto debido (artículo 163). El Código ampara tanto al poseedor regular como al ordinario contra los actos injustos de terceros para hacer efectiva o conservar la posesión de las minas o de los derechos reales constituídos en su favor (artículo 320), y otros artículos del Código Minero establecen el orden de preferencia que corresponde a los poseedores en las acciones de amparo. La acción consagrada por el artículo 331 es exactamente igual a la que consagra el artículo 984 del Código Civil en beneficio de los poseedores y tenedores del derecho común de bienes raíces. Y salvo esta excepción, las acciones posesorias sólo se conceden conforme al artículo 321. De la redacción de esta disposición se desprende que el poseedor regular o el que pretende serlo no está obligado en la acción posesoria a demostrar plenamente su condición de tál; le basta exhibir el título emanado del Estado con que esté poseyendo y la prueba de que en el último año pagó el impuesto de estaca, para que la autoridad le dé protección frente a un tercero sin título o con título de fecha posterior al del poseedor. En lo que atañe al impuesto, el pago del año anterior es pues el único requisito, con lo cual la ley descarta implícitamente toda controversia alrededor del pago de otros años y del fenómeno del abandono de la mina a virtud de la falta o de la insuficiencia de pago de anualidades distintas. En lo tocante al título es suficiente al poseedor presentar el que le haya otorgado el Estado que le dé el carácter de dueño. La validez de este título no puede discutirse dentro del juicio sumario de amparo de minas. Por eso se da por satisfecha la ley, en lo relativo al pago de todos los impuestos causados, con que se justifique el pago de la anualidad anterior a la presentación de la demanda, no obstante que en Derecho Minero el pago cumplido y periódico de los impuestos equivale a la tenencia material de la mina (artículo 289); y por ello también cuando la acción de amparo se ventila entre dos poseedores regulares, dispone el Código que venza el que exhiba título más antiguo. Estos principios no se modifican o atenúan cuando el poseedor regular ejercita la acción de amparo contra el Estado. Es improcedente en los interdictos de amparo, sea entre particulares o sea contra el Estado, cuando el querellante demanda con la calidad de poseedor regular y la acredita sumariamente, según el artículo 321, determinar si por haber perdido dicha calidad, dejando de pagar, por ejemplo, una o varias anualidades distintas de aquella a que el precepto se refiere, se ha trocado en poseedor ordinario, y si en esa nueva condición posee la protección que demanda.

Quien exhiba un título que en su materialidad y condiciones externas compruebe la propiedad de una mina y justifique el pago del impuesto en el año anterior, con sólo esos dos factores, o el certificado de redención de la mina, suficiente también, tiene acción posesoria en calidad de poseedor regular aun contra el Estado, sin que en el juicio respectivo pueda avanzarse en un examen acerca de la validez intrínseca del abandono de la mina por falta de otros pagos. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LIII, números 1984 y 1985, abril 25 de 1942)..... Págs. 527 y ss.

MINAS

— 83 —

Es un hecho indudable que por el trámite del juicio ordinario de minas deben seguirse no sólo los que se promuevan directamente con todas las formalidades de un juicio ordinario, sino también aquéllos en que se ventila la posesión y la propiedad y que son originados por las oposiciones, y los litigios sobre mejor

(1) Salvó su voto, en cuanto a algunas consideraciones de la parte motiva, el Magistrado Hernán Salamanca.

derecho a la adjudicación de una mina. Así lo pregonan con toda claridad los artículos 66 y 382 del Código de Minas. En armonía con estas reglas generales de procedimiento es razonable sostener que por el trámite ordinario pueden proponerse y discutirse cuestiones que atañen a la inexistencia de una mina o a la nulidad de un aviso o de un denuncio de minerales, cuestiones litigiosas todas éstas que pueden presentarse entre particulares interesados en la adjudicación minera. Se acepta que todas esas cuestiones, que se relacionan con la posesión ordinaria o regular de una mina deben dilucidarse en juicio ordinario. Por primer descubridor de una mina debe entenderse el individuo que primero da el aviso de que trata el artículo 8.° del Código de Minas, mientras conserve su derecho según lo dispuesto en el artículo 118, ibídem. Quien descubre una mina, como primera diligencia administrativa debe cumplir la de dar noticia de ello al Alcalde del Municipio dentro del cual se halla ubicada, y la fecha de tal acto es la del descubrimiento (artículos 8.° a 12 del Código de Minas). Lo mismo deben hacer los que deseen que se les adjudique una mina abandonada, en su condición de restauradores (artículos 346 y 347 del Código de Minas); como igualmente los que pretenden el exceso de una mina titulada (artículos 366, 367 y 368, ibídem). De donde se desprende que el aviso da un derecho preferente respecto a los demás particulares para obtener la adjudicación de una mina, y así lo estatuye el artículo 117 del Código de la materia, precepto éste que de modo especial da la norma para resolver los conflictos que por razón de derechos preferentes puedan plantearse entre varios interesados en la posesión de un mismo mineral. De ahí que en todos los casos antes especificados la ley concede amparo posesorio a los respectivos avisantes, frente a los actos perturbadores de terceros, debido a que el estatuto minero les reconoce facultad legal para adquirir la mina con preferencia a toda otra persona, tratándose por supuesto de una mina adjudicable sometida a la legislación común y no sometida a la reserva de la Ley 13 de 1937. De modo tal que mientras el avisante adelante dentro de los términos legales las diligencias administrativas posteriores al aviso, hasta la expedición del título, lo lógico es que goce del derecho prelatorio a su adjudicación y del amparo posesorio contra cualquier perturbador o avisante posterior. Este es el fin de la posesión ordinaria, que cesa cuando el avisante o descubridor se transforma en dueño de la mina, o lo que es lo mismo, en poseedor regular de ella. (Casación, LIII; número 1986, julio 5 de 1942)..... .....Pág. 628, 2.ª

N

NULIDADES

— 84 —

Las causales de nulidad son taxativas. Las nulidades de que puede adolecer un juicio ejecutivo no son otras que las establecidas en el artículo 448 del Código Judicial, de carácter general para todos los juicios, y las especiales del Ejecutivo a que se refiere el artículo 451 de la misma obra. (Casación, LIII, número 1986, junio 12 de 1942)..... .... Pág. 635. 2.ª

NULIDAD DEL PROCESO PENAL

— 85 —

Cuando en una audiencia renuncia el defensor el derecho a hablar en defensa del procesado por ambas veces, manifestando que nada tiene que decir en favor de éste, sino que antes bien no tiene el convencimiento de la inocencia de su defendido, se comete un acto no sólo inmoral sino contrario a los principios constitucionales y legales. En tales circunstancias se vence al procesado sin oírlo en juicio, violando así expresamente la garantía constitucional, por lo cual debe darse aplicación al artículo 22 de la Constitución Nacional, anulando lo actuado, para que la celebración del juicio se lleve a efecto en la forma amplia y controvertida que quiere la ley. (Casación, LIII, número 1983, mayo 18 de 1942)..... Págs. 122, 2ª y 123, 1.ª

NULIDAD DE TESTAMENTOS

— 86 —

La jurisprudencia, en lo tocante a la validez y eficacia o a la nulidad de los testamentos, se orienta cada día más hacia un criterio de amplitud, en el sentido de proteger el consentimiento del testador en cuanto no se oponga a disposiciones expresas de la ley, y el mismo legislador ha atenuado el rigor de los antiguos principios, a fin de rodear de mayores garantías el respeto y el cumplimiento de la voluntad de aquél, para hacer más efectiva la libertad de testar. Como ejemplo de ello puede citarse el artículo 11 de la Ley 95 de 1890, que modificó los artículos 1073, 1080 y 1081 del Código Civil en el sentido indicado. (Casación LIII, números 1984 y 1985, abril 29 de 1942). Pág. 366, 2.ª

P

PAPEL SELLADO PARA LA ACTUACIÓN

— 87 —

El artículo 353 del Código Judicial se refiere al papel que las partes interesadas deben suministrar para el repartimiento, y a los términos en que ese suministro deba hacerse. El Estado, los Departamentos y los Municipios nada tienen que ver con la mencionada disposición, puesto que están exentos de esa obligación, que el artículo que se estudia impone a los litigantes ordinarios. Y no vale la razón de que el término para suministrar papel lo concede la ley en previsión de que el apelante lo necesita para conseguir apoderado, porque en el presente caso, y en todos aquellos en que interviene en el litigio una entidad de derecho público ésta no puede carecer de representantes, ya que esa representación es una de las funciones que obligatoriamente corresponden a los señores Agentes del Ministerio Público. Por lo que no puede entenderse que el término que concede el artículo 353 del Código Judicial para el suministro de papel (en la Corte treinta días cuando la apelación es de un auto interlocutorio y sesenta si se trata de una sentencia), haya querido reemplazarlo el legislador con un traslado de cinco días para el representante de las entidades de Derecho Público. Entre el artículo 353 y el 502 no hay relación alguna. El primero solamente se refiere a los litigantes ordinarios, por las razones que acaban de exponerse, y el traslado de que trata el segundo sólo en los casos en que en el litigio intervienen los Agentes del Ministerio Público. Además no deben confundirse los priviligios que la ley otorga a los Agentes del Ministerio Público—en su calidad de tales— con los que concede a las entidades de Derecho Público. Los que aquéllos tienen en los juicios los han recibido en virtud de la personería especial que la ley les asigna y no de la calidad de la entidad que representen; podría entenderse de otra manera si sus funciones estuvieran reducidas a la repre-

sentación de esas entidades, pero esa no es su función única, sino toda las comprendidas en el Título XL del Libro Primero del Código Judicial; ellos representan a la sociedad, son colaboradores de las personas y entidades encargadas de administrar justicia y no representantes exclusivos de las entidades de Derecho Público. Sus privilegios, se repite, los concede la ley de procedimiento en virtud de la personería que ella misma les otorga y no en razón de la entidad que representan (Auto, Sala de Negocios Generales, LIII, número 1986, junio 22 de 1942).....Pág. 774, 1.ª y 2.ª

PARTICIÓN MATERIAL

— 88 —

En la división o partición material de un fundo se aplican las reglas que rigen la partición de los bienes, a que se refiere el Título 10.° del Libro 3.° del Código Civil. Pero esto no quiere decir que esa aplicación se extienda a todos los casos contemplados en dicho título. La aplicabilidad de esas normas, y así lo tiene resuelto la jurisprudencia, tiende a buscar en la división de un bien común las resultantes de equidad y hasta de comodidad a que se refieren las reglas dadas por el legislador en el artículo 1394. Pero hay otras, como la contenida en el artículo 1932, que se refieren principalmente al valor de la tasación por peritos como base para que el partidor de una herencia acomode a ella su trabajo. Y esa regla no es tampoco rígida por cuanto los interesados pueden convenir en otra cosa. Cuando en la división material de un fundo se prescinde del avalúo previo de éste, tal prescindencia no es óbice para que la partición sea aprobada. Se necesita para su aprobación la incidencia de otras circunstancias, especialmente de alguna de las determinadas en el artículo 1394. El avalúo a que se refiere el artículo 2338 del Código Civil, es una cuestión procedimental, de previo pronunciamiento dentro del juicio y que tiene lugar, cuando en la secuela de éste, antes de la partición, lo solicitan los interesados. Hay muchos casos en que esta solicitud no se hace, y entonces toca al partidor estimar el valor del bien que divide, estimación que puede dar lugar a una objeción. Esto hace ver que la pretermisión del avalúo en el caso del artículo 2338 no es óbice para que una partición se objete ni menos se anule por ese concepto. (Casación, LIII, números 1984 y 1985, abril 30 de 1942)..... .....Pág. 373, 2.ª

PATRIMONIO

— 89 —

De conformidad con la Ley 78 de 1935 no están susujetos al gravamen sobre el patrimonio los capitales invertidos en predios, plantaciones, edificios y maquinarias destinados actual y principalmente a las industrias de café y bananos. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LIII, número 1896, junio 2 de 1942). Pág. 752, 1.ª

PENA

— 90 —

«Sobre este problema decidió la Corte en reciente sentencia (quince de junio de mil novecientos cuarenta y dos, casación de Arturo Herrera y Moisés Montoya), y en sentido favorable a la tesis que el señor Procurador propone también para el presente caso. Esta Sala dijo en la citada sentencia, refiriéndose al artículo 45 del Código Penal, lo siguiente:

Determina el artículo 45 el mínimo y el máximo imponible de cada una de las penas establecidas como principales en el Código.

Pero no se sabe si los autores de éste se propusieron solamente dar una norma general, con el ánimo de que luégo se sometiese a ella la cuantía de las penas en la parte especial del Código para las diferentes clases de delitos; o si quisieron con el artículo 45 fijar el máximo de pena imponible en todo caso, aun en el de concurso de delitos y de reincidencia (artículos 31 a 34), así como el mínimo del cual no debe bajarse aun en aquellos casos en que la misma ley autoriza la imposición de una cuota parte la de pena verbigracia cuando se trata de la sanción correspondiente al cómplice no necesario (artículo 20) o de la mitigada para el que delinque en estado de ira o de intenso dolor causado por grave e injusta provocación (artículo 28).

En algunas disposiciones de la Parte Especial se sobrepasa el límite fijado como máximo por el artículo 45: por ejemplo, en los casos de los artículos 161, 25 y 258, que señalan pena de prisión hasta por diez años o de los artículos 317 y 391, que autorizan aumento en la pena de prisión fijada por otros artículos, pues al imponer el máximo de la respectiva pena si se hacen esos aumentos la sanción excedería de los límites fijados por el artículo 45.

No está sometida, en el presente caso, a la Corte la cuestión de saber si el Juez debe ceñirse siempre a los términos mínimo y máximo fijados en el artículo 45 tratándose de cualquiera de las penas establecidas como principales; por ahora su estudio y decisión deben limitarse al punto de si la pena de veinticuatro años puede sobrepasarse o no en una sentencia condenatoria que contemple el caso de un concurso real de delitos.

En el precitado fallo se examinan a espacio tres antecedentes de importancia relativos al origen y discusión del proyecto que vino a ser Código Penal colombiano de 1936, a saber: sistema que se proponía en el anteproyecto italiano de Ferri (año de 1921), antes proyecto que siguieron muy de cerca los autores del nuestro Código Penal; ideas de éstos sobre pena máxima imponible y modificación que sufrió el proyecto de Código en el Senado acerca de ese mismo punto, la cual define claramente el propósito del legislador colombiano al respecto. Lo más pertinente de tal estudio puede resumirse así:

La Comisión colombiana que redactó el proyecto de Código Penal de 1936 tomó como derrotero el presentado por otra Comisión colombiana en 1924 a 1925; éste tuvo como fuente de inspiración el anteproyecto elaborado para el Reino de Italia, en el año de 192 por Ferri y otros hombres de ciencia de aquella N ción; pero en el Código nuestro no hay unidad de pensamiento tal que permita considerarlo como fiel tr sunto del proyecto de Ferri; éste es integralmente su jetivista mientras que en el Código colombiano so bastantes las disposiciones en que se ve el ánimo no quebrar por completo la tradición jurídico-pen que reconoce predominio al elemento objetivo.

El proyecto italiano (artículo 20) toma como fund mento único de la sanción la peligrosidad del deli cuente y apenas asigna el carácter de elementos d mostrativos de ella a la gravedad y modalidades d hecho delictuoso, los motivos determinantes y la p sonalidad misma del delincuente; mientras que en ley colombiana parecen equipararse estos cuatro el mentos:

a) Gravedad y modalidades del hecho delictuoso;
b) Motivos determinantes.
c) Circunstancias de mayor o menor peligrosid "que lo acompañen" (al hecho?), y
d) Personalidad del agente.

El anteproyecto de Ferri, aunque determina el máximo y el mínimo de cada una de las sanciones imponibles, confería al Juez la facultad de propasarse del máximo o bajar del mínimo, según que las circunstancias de mayor o menor peligrosidad fuesen más o menos numerosas (artículos 74 a 77); mientras que el Código colombiano no autoriza al Juez para salirse de los límites mínimo y máximo de la sanción aplicable en un caso determinado; por eso el artículo 45, que fija el mínimo y el máximo de las sanciones, hace diferir notablemente el sistema del que proponía el anteproyecto italiano de 1921 y aun podrá dejar sin aplicación en muchos casos los artículos 31 a 36 sobre concurso de delitos y reincidencias.

El anteproyecto italiano, a pesar de que aceptaba la condenación a tiempo indeterminado y la prisión perpetua, para el caso de concurso de delitos estatuía que se aplicara la sanción correspondiente al más grave, considerando los otros delitos únicamente como circunstancias de mayor peligrosidad; sólo a este título, no por el hecho objetivo del concurso mismo, podía pensarse, y eso interpretando el artículo 23 en relación con el 75 de aquel proyecto, que en tal caso también estaba facultado el Juez para aplicar una sanción superior al máximo de la establecida para el delito más grave. En el Código colombiano no hay disposición que autorice expresamente al Juez para imponer una cantidad de pena superior al máximo de la respectiva sanción; y si es verdad que el artículo 33 dice: "Al responsable de varios delitos cometidos separada o conjuntamente y que se juzguen en un mismo proceso se le aplicará la sanción establecida para el más grave, aumentada hasta el otro tanto", esto no significa que se suponga como base el máximo de la sanción correspondiente al delito más grave y que sobre ese máximo haya de hacerse el aumento.

La Comisión redactora del anteproyecto de Código Penal colombiano no acogió la pena de prisión perpetua, ni siquiera la sentencia a tiempo indeterminado; y propuso como pena máxima imponible, sin distinguir si se trataba de aplicarla por uno o por varios delitos, la de treinta años de presidio; la Comisión del Senado que estudió el anteproyecto y que lo propuso como proyecto al mismo Senado estimó excesiva la sanción de treinta años teniendo en cuenta varios considerandos, entre otros el promedio de duración de la vida humana en Colombia, y resolvió bajar a veinticuatro años el máximo de pena imponible, sin establecer excepciones ni hacer distinción para el caso de que se tratase de sancionar a un reo por varios delitos.

La trayectoria recorrida por el legislador colombiano muestra que, apartándose del anteproyecto de Ferri, no sólo prescindió de establecer la prisión perpetua sino que aun consideró excesivo el término de treinta años para la pena de presidio, la cual restringió a veinticuatro años como máximo.

La ley más benigna es la que debe aplicarse al procesado, aun cuando ella sea posterior al acto materia del juicio, según principio reconocido expresamente por los artículos 22 de la Constitución, 44 y 45 de la Ley 153 de 1887, 3.º del Código Penal y 5.º del Código de Procedimiento. En el caso a que se refiere el procesado la pena que debió imponerse es la que establece el Código de 1936 y no la del Código de 1890, por señalar éste veinticinco años de presidio y aquél solamente veinticuatro. Por consiguiente, la sentencia recurrida, que se atuvo al Código Penal de 1890, hizo una indebida aplicación de éste, y debe invalidarse». Casación, LIII. números 1984 y 1985, julio 8 de 1942). Páginas 395 y ss.

PENA DE PRESIDIO MÁXIMA

— 91 —

— I —

La Comisión colombiana que redactó el proyecto de Código Penal de 1936 siguió como derrotero el anteproyecto elaborado para el Reino de Italia, en el año de 1921, por Ferri y otros hombres de ciencia de aquella nación; pero en el Código nuestro no hay unidad de pensamiento tal que permita considerarlo como fiel trasunto del proyecto de Ferri; éste es integralmente subjetivista, mientras que en el Código colombiano son bastantes las disposiciones en que se ve el ánimo de no quebrar por completo la tradición jurídico-penal que reconoce predominio al elemento objetivo.

— II —

El proyecto italiano (artículo 20), toma como fundamento único de la sanción la peligrosidaddel delincuente y apenas asigna el carácter de elementos demostrativos de ella a la gravedad y modalidades del hecho delictuoso, los motivos determinantes y la personalidad misma del delincuente; mientras que en la ley colombiana parecen equipararse estos cuatro elementos: *a*), gravedad y modalidades del hecho delictuoso; *b*), motivos determinantes; *c*) circunstancias de mayor o menor peligrosidad «que lo acompañen» (¿al hecho?), y *d*) personalidad del agente. (Artículo 36).

— III —

1.º El anteproyecto de Ferri, aunque determinaba el máximo y el mínimo de cada una de las sanciones imponibles, confería al juez la facultad de propasarse del máximo o bajar del mínimo, según que las circunstancias de mayor o menor peligrosidad fuesen más o menos numerosas (artículos 74 a 77).

El Código colombiano no autoriza al juez para salirse de los límites mínimo y máximo de la sanción aplicable en un caso determinado; por eso el artículo 45, que fija el mínimo y el máximo de las sanciones, hace diferir notablemente el sistema del que proponía el anteproyecto italiano de 1921 y aun podrá dejar sin aplicación en muchos casos los artículos 31 a 36 sobre concurso de delitos y reincidencia.

2.º El anteproyecto italiano, a pesar de que adoptaba la condenación a tiempo indeterminado y la prisión perpetua, para el caso de concurso de delitos estatuía que se aplicara la sanción correspondiente al más grave, considerando los otros delitos únicamente como circunstancias de mayor peligrosidad; sólo a este título, no por el hecho objetivo del concurso mismo, podía pensarse, y eso interpretando el artículo 23 en relación con el 75, que en tal caso también estaba facultado el juez para aplicar una sanción superior al máximo de la establecida para el delito más grave.

3.º En el Código Colombiano no hay disposición que autorice expresamente al juez para imponer una cantidad de pena superior al máximo fijado para la respectiva sanción; y si es verdad que el artículo 33 dice: «Al responsable de varios delitos cometidos separada o conjuntamente y que se juzguen en un mismo proceso, se le aplicará la sanción establecida para el más grave, aumentada hasta en otro tanto», esto no significa que se suponga como base el máximo de la sanción correspondiente al delito más grave para hacer sobre ese máximo el aumento.

IV

La Comisión redactora del anteproyecto de Código Penal Colombiano no acogió la pena de prisión perpetua, ni siquiera la sentencia a tiempo indeterminado, y propuso como pena máxima imponible, sin distinguir si se trataba de aplicarla por uno o por varios delitos, la de treinta años de presidio.

La Comisión del Senado que estudió el anteproyecto y que lo propuso como proyecto al mismo Senado, estimó excesiva la sanción de treinta años teniendo en cuenta varios considerandos, entre otros el promedio de duración de la vida humana en Colombia, y resolvió bajar a veinticuatro años el máximo de pena imponible, sin establecer excepciones ni hacer distinción para el caso de que se trate de sancionar a un reo por varios delitos. La trayectoria recorrida por el legislador colombiano muestra que, apartándose del anteproyecto de Ferri, no sólo prescindió de establecer la prisión perpetua sino que aun consideró excesivo el término de treinta años para la pena de presidio, la cual restringió a veinticuatro años como máximo.

V

La ley más benigna es la que debe aplicarse al procesado, aun cuando ella sea posterior al acto materia del juicio, según principio reconocido expresamente por los artículos 22 de la Constitución, 44 y 45 de la Ley 153 de 1887, 3.° del Código Penal y 5.° del Código de Procedimiento. En el caso a que se refiere el proceso la pena que debió imponerse es la que establece el Código de 1936 y no la del Código de 1890, por señalar éste veinticinco años de presidio y aquél solamente veinticuatro. Como la sentencia recurrida se atuvo al Código Penal de 1890, hizo una indebida aplicación de éste, y por tanto debe invalidarse. (Casación, LIII, número 1933, junio 15 de 1942).

Págs. 139, 1.ª y 2.ª y ss.

PENA MÁXIMA

— 92 —

El problema de la pena máxima en el Código de 1936, originado por la discordancia entre el texto del artículo 45 y otras disposiciones del mismo estatuto, ha sido resuelto recientemente por la Corte. En el fallo sobre el particular llegó a la conclusión de que la pena de presidio imponible no puede exceder de veinticuatro años, ya se trate de sancionar al reo por uno o por varios delitos. En dicha sentencia se hace un resumen de las razones que sirven de apoyo a la solución referida. (Casación, LIII, números 1984 y 1985, julio 13 de 1942). ..... Pág. 421, 1.ª

PEONÍAS DE TIERRAS

— 93 —

(Véase la doctrina titulada *Propiedad de Tierras y de Minas*. La sentencia de la Sala de Negocios Generales, de fecha 5 de agosto de 1942, *Gaceta Judicial*, número 1986, páginas 793 y siguientes).

PENSIONES

— 94 —

Tratándose de pensiones, cuyo conocimiento corresponde hoy al Consejo de Estado de conformidad con el artículo 4.° de la Ley 153 de 1938, ha sentado la Sala la doctrina de que tiene jurisdicción para conocer de ellas cuando la demanda haya sido instaurada antes de la vigencia de la citada ley.

También ha sentado la Sala la doctrina de que la pensión debe pagarse desde la presentación de la demanda y no desde la sentencia, porque ésta no crea el derecho sino que se limita a reconocerlo. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LIII, números 1984 y 1985, marzo 27 de 1942). ..... Pág. 502, 1.ª

PERITOS

— 95 —

La inobservancia de un requisito como el del sorteo de peritos que les impone a los síndicos o recaudadores del impuesto de herencias una resolución administrativa, no está consagrada en la ley, ni en tal carácter podría consagrarla una simple resolución ministerial, como causal de nulidad del avalúo. (Sentencia, Sala de Negoctos Generales, LIII, números 1984 y 1985, junio 17 de 1942) ..... Pág. 431, 2.ª.

PERJUICIOS

— 96 —

El artículo 2356 párte, como es obvio, de la base de que no existe vinculación contractual entre la víctima y el responsable del daño sino que deriva de la responsabilidad, de la malicia o de la negligencia del autor del daño. Basta establecer que éste se causó, basta la relación de causalidad, para deducir el perjuicio; la enumeración que hace esa norma no es taxativa, como lo ha dicho la Corte, sino enumerativa, por vía de ejemplo. Si lo anterior es evidente, lo es también, como lo ha dicho esta Corte, que el artículo 2356 no establece la llamada teoría del riesgo, porque en ésta no existe exoneración de responsabilidad al paso que en la teoría de la culpa y en el caso del artículo que acaba de citarse, se párte de la presunción de responsabilidad que pesa sobre el autor del daño, pero que puede ser desvirtuada por la fuerza mayor siempre; por el caso fortuito, pero con ciertos requisitos puesto que cuando el caso fortuito pudo ser previsto, no excusa, y por la intervención de un elemento extraño, dentro del cual puede caber el error de conducta de la víctima (artículo 2357 Código Civil). Ha sostenido la Corte que no pueden involucrarse en una misma demanda la responsabilidad contractual y la delictual, pues ni la ley ni la doctrina autorizan el ejercicio de esta acción híbrida, según expresión de los expositores, porque la yuxtaposición o acumulación de estas dos especies diferenciales de responsabilidad es imposible, ya que la contractual, por su propia naturaleza, excluye la generada por el delito. La acción de indemnización de perjuicios por el hecho que causa la muerte de una persona es una acción directa de los directamente perjudicados, y entonces no es necesario hacerla valer a través de una sucesión, o de una sociedad conyugal disuelta. (Casación, LIII, número 1986, junio 24 de 1942... Págs. 659, 2.ª, 660, 1.ª y 2

PERSONERÍA

— 97 —

La disposición del artículo 232 del Código Judicial no es aplicable cuando se resuelve de plano sobre lo pedido en la demanda, como sucede en el juicio ejecutivo, pues en tales circunstancias procesales la *legimatio ad causam* debe hallarse plenamente establecida, así adjetiva como sustantivamente. Y de otro lado, la personería de los herederos con relación a la herencia,

objetivamente considerada, no es *adjetiva* sino *sustantiva*. Vale decir que los herederos no *representan* a la herencia a la manera que una persona representa a otra, sino que tienen un interés jurídico-económico propio en la masa herencial. Y esa personería de carácter sustantivo debe hallarse legalmente acreditada en el momento mismo de librarse la ejecución, a fin de que la obligación aparezca *clara* en lo que respecta al actual sujeto pasivo de ella. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LIII, número 1985, junio 12 de 1942). Pág..... .....771, 1.ª y 2.ª

PERSONERÍA ADJETIVA

— 98 —

Cuando el vicio procedimental de la personería adjetiva de una de las partes no se proponga a la consideración del juez haciendo uso del incidente exceptivo para que sea decidido en forma de especial y previo pronuciamiento, o cuando propuesto no ha sido decidido adecuadamente, sino que se elude propiamente la decisión a la sombra de una decisión del punto de representación con la cuestión de fondo, entonces el vicio, no purificado, sigue afectando la validez de la actuación en forma de una de las causas generales de nulidad (artículo 448, Código Judicial), que puede producir sus efectos legales de acuerdo con el procedimiento señalado por el artículo 456 del Código Judicial a petición del interesado, o de manera oficiosa según el 455 de la misma obra. El orden público está interesado en la estabilidad definitiva de las actuaciones judiciales a través de las cuales se ejerce la jurisdicción del Estado, y por eso impone a los jueces, antes de proferir sus sentencias definitivas, la obligación de considerar la validez procedimental para que en caso de que observen alguna causal de nulidad le apliquen el tratamiento que da la ley a efecto de limpiar de todo vicio el proceso antes de ser sentenciado firmemente, o para que sea invalidada la actuación y repuesta, en su caso. (Casación, LIII, números 1984 y 1985, marzo 18 de 1942) ..... Pág. 253, 1.ª y 2.ª

PETICIÓN DE HERENCIA

— 99 —

El derecho real de herencia no es materia de la reivindicación sino de la acción de petición de herencia que consagran los artículos 1321 a 1325 del Código Civil. (Casación, LIII, números 1984 y 1985, abril 8 de 1942) ....Pág. 292, 2.ª

PETRÓLEOS

— 100 —

1. Las sentencias que ponen fin a los juicios breves y sumarios de que trata el artículo 5.° de la Ley 160 de 1936 no admiten recurso de reposición ni otro alguno ante la misma Sala falladora, tanto porque es demasiado claro que después de esa clase de juicios sólo queda la vía del juicio ordinario a que se refiere ese mismo artículo, como porque tales sentencias están gobernadas procesalmente por la regla general del artículo 482 del Código de Procedimiento Civil, según el cual «la sentencia no es revocable ni reformable por el mismo juez que la ha pronunciado». Con respecto al artículo 472 del Código Judicial es completamente erróneo creer que tal artículo autorice a los jueces y tribunales «para que en las sentencias se haga caso omiso de las fórmulas judiciales, ni para alterar las disposiciones legales, ni para hacer lo que la arbitrariedad aconseje», como lo sería, agrega la Sala, convertir en *auto interlocutorio*, que admita reposición o revocación, la SENTENCIA QUE LE PONE FIN al juicio sumario que por virtud del artículo 5.° de la Ley 160 de 1936 se origina de las oposiciones a la propuesta de contrato relacionada con la exploración y explotación de petróleo, siendo así que por mandato de ese mismo artículo, después de tal *sentencia* sólo queda a las partes la vía de otro juicio: el ordinario. Y en cuanto a la cita que de los artículos 1203 y siguientes del Código Judicial hace el mismo artículo 5.° de la Ley 160 de 1936, de ninguna manera da pie tampoco para afirmar, como lo sugiere el reclamante, que con base en ellos puede la Corte reponer o revocar sentencias como la de que se trata. Tampoco dan base estos artículos para la equivocada tesis del reclamante de que la cuestión DE HECHO, relativa a la identificación de los terrenos de la posición en sí mismos y con respecto a los de la propuesta de exploración y explotación de petróleo no es materia sujeta a la decisión de la Corte en esta clase de juicios, sino cuestión de la competencia exclusiva del Ministerio de Minas y Petróleos. Basta la simple lectura de esos artículos para observar cuán equivocada es la tesis del reclamante, ya que el juez, en casos como el de autos, «no debe acceder a lo que se le pide sino cuando estén probados LOS HECHOS en que se funde la solicitud y se hayan cumplido además los requisitos que exige la ley....» Después de leer y oír esto no puede afirmarse, sería y serenamente, que la Sala de Negocios Generales de la Corte no es competente para examinar y para exigir y resolver acerca *del hecho* de la identificación de las tierras materia de las oposiciones en esta clase de juicios breves y sumarios, sino que esta es materia reservada al conocimiento y decisión exclusiva del Ministerio de Minas y Petróleos.— 2. La Sala no encuentra ninguna razón de carácter legal ni de otra clase para sostener que el «avisante» o el «proponente» de exploraciones o explotaciones de petróleos están obligados a individualizar debidamente los terrenos materia del «aviso» o de la «propuestá», para que puedan tales terrenos identificarse, pero que el opositor no está en la obligación de individualizar o determinar debidamente y a identificar, principalmente cuando hay contradicción a la oposición, como en el caso de autos la hay, aquellos que pretende que se *excluyan* de la propuesta de contrato — 3. Las pruebas que debe presentar el opositor para fundar su oposición y en las cuales debe apoyarse la Corte para decidir «si es fundada o no la oposición», son no sólo aquellas consagradas por la legislación vigente como indispensables para comprobar dominio particular sobre el petróleo, sino las que debe aportar todo el que, alegando dominio sobre un bien raíz, pretende obtener que se declare fundada una oposición o una acción excluyente de esta clase, apoyado en que este bien raíz es el mismo que reclama como incluído dentro del área del terreno materia de la propuesta.— 4. No existe ninguna legislación de excepción conforme a la cual haya de pretenderse que el opositor no está obligado *a individualizar* los terrenos a que se refiere su oposición, ni a cumplir los requisitos señalados en los artículos 205, 222, 593, del Código Judicial, y 2594 del Código Civil. Tampoco existe ningún informe del Congreso que contradiga esto; pero en la hipótesis de que existiera, entre lo que este informe diga y lo que diga o haya dejado de decir la ley, habrá de estarse a esto último. Ni existe, como consecuencia de todo lo anterior, ninguna disposición que obligue a un juez o tribunal a dictar una sentencia que no sea conforme con la verdad en los hechos, ni con la ley sustantiva en el derecho.— 5. Si los conceptos del Ministerio del ramo tuvieran para la Corte el alcance que el reclamante les atribuye, el papel de aquélla quedaría reducido a la nada frente a la Ley

160 de 1936, *cuando ésta la faculta* para decidir si es o no fundada la oposición, *sin la distinción* que el reclamante anota entre cuestión *de hecho* y cuestión *de derecho*, porque apenas podrá imaginarse juicio alguno donde los hechos no sean base *del derecho* que se invoca, y porque jamás podrá conseguirse juez o tribunal conocedor de sus deberes que pueda dictar una sentencia para reconocer un derecho que no estuviese justificado por hechos previa y plenamente comprobados por los medios consagrados en la ley. (Código Judicial, artículo 593). De acuerdo con esto, los conceptos del Ministerio del ramo, en estos casos, lo mismo cuando sean favorables que cuando sean desfavorables a las respectivas pretensiones de las partes, serán apreciados o estimados por la Corte, en armonía con la realidad procesal y con las normas de la ley.— 6. Cuando se trata de miles de hectáreas, de vastas extensiones de terreno que se pretende excluír de otro terreno; cuando han pasado decenas de años y aun siglos, la más leve variación o el más ligero cambio en un lindero, en un rumbo, en la referencia a un punto arcifinio, puede dar lugar a errores de gravísimas consecuencias en la determinación e indentificación del predio de que se trate, razón por la cual el juzgador, en tales circunstancias equívocas, no puede atenerse a hipótesis ni a inferencias en esta materia, sino a la realidad topográfica y geográfica del predio, y esa realidad no puede conocerse con la seguridad o precisión que la ley exige en acciones de esta naturaleza, sobre todo cuando hay controversia o contradicción y han transcurrido tántos años, sino por medio de un reconocimiento directo u ocular del predio que se pretende excluír, para así localizar en el *terreno* la cosa a que se refiere el instrumento o título en que esa cosa aparece determinada teóricamente. No puede, pues, existir divorcio entre el título y el predio a que el título se refiere, o sea entre la cosa u objeto y el instrumento en que se funda el derecho de propiedad que sobre esa cosa se alega. El título da cuenta del predio en su existencia puramente *teórica*, cuando en aquél está bien determinado ese predio. La localización del predio *en el terreno* es la que acredita su existencia *real* cuando, puesta en relación la descripción abstracta o teórica del predio según su título o títulos *básicos*, con la realidad topográfica o geográfica, se encuentra que ese predio corresponde, *en el terreno*, a la descripción que de él se ha hecho teóricamente en el título o títulos que se invocan como determinantes de su existencia y como generadores del derecho de dominio que en él se pretende. La determinación e identidad de un predio por lo general no depende de que así lo exprese teóricamente un título, sino de esa realidad procesal, geográfica y topográfica que resulte de poner en relación, en el terreno, lo que ese título exprese, con los elementos determinantes que sirvan para conocer el objeto a que el título se refiere, cuando median las circunstancias, susceptibles de inducir a error, a las cuales se ha hecho arriba referencia. Si el predio está bien determinado en el título primitivo, pero no es *identificable* claramente con los demás elementos determinantes que contienen los títulos posteriores, o con los anteriores de fechas más recientes en que los posteriores se apoyan, ya sea porque con el transcurso del tiempo o por cualquiera otra circunstancia esos elementos determinantes han cambiado, quiere decir que se ha roto la relación que debe existir entre el título y su objeto, que vuelve a confrontarse el problema de la indeterminación, y que al juez no le es posible declarar ni la *identidad* del predio con respecto a ese título ni el derecho de dominio que se pretenda deducir en ese predio con base en ese título; y es esto así porque estas son situaciones jurídicamente correlativas; porque de lo indeterminado no puede surgir lo determinado, y porque de acuerdo con el artículo 593 del Código de Procedimiento Civil «toda decisión judicial, en materia civil, se funda en los hechos conducentes de la demanda y de la defensa, si la existencia y verdad de unos y otros aparecen demostradas, de manera plena y completa según la ley, por alguno o algunos de los medios probatorios especificados en el presente título y conocidos universalmente con el nombre de pruebas». Casos habrá, y los hay seguramente, en que la relación entre los títulos originarios, cuando ellos se aducen, el predio a que se refieren y los títulos posteriores, puede establecerse sin gran dificultad, ya por la claridad en la descripción del predio en todos los títulos, ya porque las fechas de éstos son más o menos recientes, ya por la poca extensión del predio a que el título se refiere, o porque en caso de haberse efectuado cambios de nombres o de lugares con el transcurso del tiempo, las partes hayan hecho aclarar o rectificar oportunamente y en la forma legal tales discrepancias en el juicio de que se trate. Sólo en ese caso podría ser innecesario el reconocimiento directo u ocular del predio, para constatar que su realidad teórica o meramente abstracta, de que da cuenta el instrumento respectivo, está conforme con su realidad topográfica y geográfica en el terreno.— 7. El concepto de ingenieros y geólogos, si no es válido en cuanto a establecer que el terreno a que se refieren es de propiedad particular porque ésta es una cuestión de derecho, sí vale en cuanto a su identidad, porque ésta es una cuestión de hecho, pues esta cuestión es fundamental para establecer lo concerniente al dominio. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LIII, número 1983, junio 27 de 1942) ..... Págs. 185, 2.ª y ss.

PETRÓLEOS

— 101 —

A la luz de nuestro estatuto legal en materia de petróleos, para demostrar la propiedad privada del subsuelo y por consiguiente del petróleo que en éste pueda encontrarse, es necesario que se presente el título emanado del Estado expedido antes del 28 de octubre de 1874 y que se acredite ese dominio en cabeza del particular que lo alegue; o que a falta de título se presenten los documentos públicos de origen oficial que demuestren su existencia. La Sala sustentó en fallo anterior la tesis de que verificado el remate de una finca raíz antes del 28 de octubre de 1873 y aprobado también antes de la misma fecha por el Gobierno, aunque la diligencia respectiva se haya registrado años después, los efectos del registro se retrotraen a la fecha del respectivo remate. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LIII, número 1896, junio 8 de 1942)..... ..... Págs. 761, 1.ª y siguientes.

PETRÓLEOS

— 102 —

Es sabido que en la actualidad el estatuto de la propiedad privada del petróleo es, principalmente, la Ley 160 de 1936. La determinación *precisa* del terreno de que se trata, la de la extensión y linderos del fundo en que deban efectuarse (o en que no deban efectuarse, cuando se trata de oposición) trabajos de exploración y explotación de petróleos, es, pues, requisito indispensable para que prospere un aviso o una oposición de esta clase, conforme a los artículos 5.º, 6.º y 7.º de la ley citada, y, por consiguiente, innecesario se hace entrar en el examen del fondo mismo del derecho de propiedad alegado, si no aparece claramente identificado el predio de que se trata, tanto en sí mismo como en relación con el que es ma-

teria de la propuesta, pues como lo expresó recientemente la Sala, en sentencia del 20 de marzo de este año, «lo primero es saber cuál es la cosa a que se refiere un título. Y sólo a condición de que esta cosa sea identificable, cabe ahondar acerca de la situación jurídica que el título creó en relación con su objeto.» No puede negarse que en estas cuestiones siempre se agita y va envuelta una cuestión de dominio, pero por lo mismo que se trata de un juicio que debe tramitarse y decidirse *breve y sumariamente*, y no con sujeción a las fórmulas y normas procesales del juicio de que trata la misma Ley 160 de 1936 en su artículo 7.°, inciso 6.°, parte final, aquellas cuestiones relacionadas con la propiedad alegada deben ofrecerse al fallador en la forma más clara, precisa, inequívoca e incontrovertible, sobre todo, y ante todo, en lo atinente a la identidad del fundo de que se trate, porque ésta debe ser la base principal de toda acción de dominio. Es obligación de todo el que alegue derecho de dominio en un inmueble presentar ante el juzgador la prueba directa, plena e inequívoca acerca de la *identidad* del bien que reclama como propio. Esta obligación es tanto mayor si se trata de un juicio breve y sumario, de extensas porciones de terreno, que no pueden ser fácilmente identificables sin títulos suficientemente claros, sin inspecciones oculares, mensuras, planos y demás elementos de juicio que, más que a la técnica jurídica y a la crítica y a la observación directa y personal del juez, corresponden a disciplinas mentales distintas y peculiares a expertos o peritos en materia de topografía y agrimensura. Además, en cuanto se trate de probar dominio en un inmueble no es aceptable la prueba de confesión ni la de testigos. La aquiescencia tácita o expresa de las partes acerca del dominio del inmueble en disputa no hace fe en juicio. Los artículos 697 y 698 del Código Judicial son aquí inaplicables. Tratándose de una diligencia de deslinde antigua no cabe hablar de cosa juzgada donde no puede saberse si existe uno de los principales elementos de hecho indispensables para configurar ese fenómeno jurídico, a saber: *la identidad de la cosa u objeto* sobre que versa el nuevo juicio, en relación con la cosa u objeto que fue materia del anterior. No cabe tampoco la alegación de prescripción donde no se ha identificado debidamente el bien raíz sobre el cual deben haberse ejercitado los necesarios actos de posesión material generadores de ese otro fenómeno jurídico. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, tomo LIII, número 1983, mayo 11 de 1942)..... ..... Págs. 177, 2.ª y ss.

POSESIÓN DEL COMUNERO

— 103 —

Véase: *Comunero.*

POSESIÓN DE MINAS

— 104 —

Acción de amparo de posesión de una mina.

Confrontando la Corte las disposiciones de los artículos 877 y 885 y siguientes del Código Judicial, y 427 a 428 del Código de Minas, considera que estas disposiciones tienen aplicación directa en el interdicto destinado a prevenir una posible perturbación, porque dadas las circunstancias que lo generan, de atentados contra la posesión que está ya en vía de ejecutarse, se engloban dentro del procedimiento creado en las disposiciones citadas. En efecto, no hay diferencia sustancial entre hechos ya consumados violatorios de la posesión y otros de igual índole pero que apenas están en la etapa preliminar de ejecución. Por lo tanto no hay razón en diferenciar los unos de los otros respecto al modo como la ley ampara al poseedor en su derecho.

Lo mismo que en el Derecho Civil, en Derecho Minero la posesión regular puede ser *regular* o *irregular*, dividida esta última en *violenta* y *clandestina* (artículos 292, 295, Código de Minas). También existe en Derecho Minero la posesión llamada *ordinaria*, desconocida en Derecho Civil, que se adquiere por el aviso del que, según los artículos 8.°, 79, 346 y 367, denuncia a la autoridad una mina con el fin de obtener del Estado su adjudicación; o por el que, a semejanza de lo que ocurre en el derecho común, ocupa materialmente una mina sin violencia ni clandestinidad (artículo 305). Y a diferencia de lo que ocurre en el Derecho Civil, en el minero pueden subsistir sobre una misma mina posesiones de varias clases y aun poseedores de una misma clase (artículo 305). Así la posesión ordinaria emanada del aviso en favor del avisante subsiste con la posesión ordinaria de otra persona que ocupa materialmente una mina sin violencia ni clandestinidad. Concurren en este caso dos posesiones ordinarias simultáneamente. De igual manera el avisante de una mina poseída por otro a título de poseedor regular tiene el carácter de poseedor ordinario con los derechos de tál para el efecto de hacerse adjudicar la mina en el caso de que resulte dentro del juicio correspondiente que aquel poseedor no tiene de dicho carácter sino las apariencias por haber abandonado, por ejemplo, la mina de que se trata y no haberla recobrado según la ley. La posesión ordinaria es inferior en el Código de Minas a la posesión regular, ya que la ley contempla a aquélla como la vía o el medio para alcanzar el siguiente grado más perfecto: el de la propiedad mediante la posesión regular. El poseedor regular que por cualquier causa pierde este carácter se convierte en poseedor ordinario siempre que conserve la tenencia material de la mina (artículo 310), y con esta calidad puede recobrar nuevamente la propiedad, sin necesidad de que tenga que someterse al primitivo trámite administrativo, con sólo pagar los impuestos de que esté en mora con sus intereses, cuando la pérdida de la posesión regular proviene de la falta de pago del impuesto debido (artículo 163). El Código ampara tanto al poseedor regular como al ordinario contra los actos injustos de terceros para hacer efectiva o conservar la posesión de las minas o de los derechos reales constituídos en su favor (artículo 320), y otros artículos del Código minero establecen el orden de preferencia que corresponde a los poseedores en las acciones de amparo. La acción consagrada por el artículo 331, que es exactamente igual a la que consagra el artículo 984 del Código Civil en beneficio de los poseedores y tenedores del derecho común de bienes raíces. Y salvo esta excepción, las acciones posesorias sólo se conceden conforme al artículo 321. De la redacción de esta disposición se desprende que el poseedor regular o el que pretende serlo no está obligado en la acción posesoria a demostrar plenamente su condición de tál; le basta exhibir el título emanado del Estado con que esté poseyendo y la prueba de que en el último año pagó el impuesto de estaca, para que la autoridad le dé protección frente a un tercero sin título o con título de fecha posterior al del poseedor. En lo que atañe al impuesto, el pago del año anterior es pues el único requisito, con lo cual la ley descarta implícitamente toda controversia alrededor del pago de otros años y del fenómeno del abandono de la mina a virtud de la falta o de la insuficiencia de pago de anualidades distintas. En lo tocante al título es suficiente al poseedor presentar el que le haya otorgado el Estado que le dé el carácter de dueño. La validez de este título no puede discutirse dentro del juicio sumario de amparo de mi-

nas. Por eso se da por satisfecha la ley, en lo relativo al pago de todos los impuestos causados, con que se justifique el pago de la anualidad anterior a la presentación de la demanda, no obstante que en Derecho minero el pago cumplido y periódico de los impuestos equivale a la tenencia material de la mina (artículo 289); y por ello también cuando la acción de amparo se ventila entre dos poseedores regulares, dispone el Código que venza el que exhiba título más antiguo. Estos principios no se modifican o atenúan cuando el poseedor regular ejercita la acción de amparo contra el Estado.

Es improcedente en los interdictos de amparo, sea entre particulares o sea contra el Estado, cuando el querellante demanda con la calidad de poseedor regular y la acredita sumariamente, según el artículo 321, determinar si por haber perdido dicha calidad, dejando de pagar, por ejemplo, una o varias anualidades distintas de aquella a que el precepto se refiere, se ha trocado en poseedor ordinario y si en esa nueva condición posee la protección que demanda.

Quien exhiba un título que en su materialidad y condiciones externas compruebe la propiedad de una mina y justifique el pago del impuesto en el año anterior, con sólo esos dos factores, o el certificado de redención de la mina, suficiente también, tiene acción posesoria en calidad de poseedor regular aun contra el Estado, sin que en el juicio respectivo pueda avanzarse en un examen acerca de la validez intrínseca del título y del abandono de la mina por falta de otros pagos.

La legislación sobre la propiedad minera ha tenido en todo tiempo a lo largo de la República regulaciones independientes de las referentes a la propiedad puramente territorial. Aun en Estados como el del Cauca, que reconocieron a los dueños de los terrenos la propiedad de «todas las minas y mineras» que contuvieran los respectivos terrenos, se legisló especialmente sobre la propiedad minera. En el Cauca también hubo un Código de Minas. Empezó a regir en el año de 1859. Y fue en ese estatuto donde a la vez que se hizo aquel reconocimiento con carácter de regla general, se agregó en el artículo 22 que desde el momento en que se concede «una mina o minera aun al mismo propietario de la superficie», se distinguen dos propiedades inmuebles. El mismo Código impuso además determinadas obligaciones a todos los dueños para conservar la propiedad de las minas. Una de ellas establecía a cargo de los poseedores a virtud de títulos antiguos, la de registrarlos, con cuyo requisito, según el artículo 46, el Estado confirmaba la propiedad de las minas, y expedía «nuevos títulos refrendando los antiguos». La misma legislación caucana sometió a los dueños de minas, cualquiera que fuese el título de adquisición, a esta otra obligación primordial para conservar la propiedad: «el laboreo de dichas minas o mineras por el tiempo que la ley establece para declararlas desiertas o abandonadas». (Artículo 5.°, Ley 356 de 1874). Unificada la legislación nacional desde 1886, las regulaciones de la propiedad minera tomaron rumbos todavía más distintos de los de la propiedad territorial. Por de pronto entró a regir el artículo 5.° de la Ley 38 de 1887, la cual acogió para la Nación entera el Código de Minas del extinguido Estado de Antioquia. Por virtud de ese artículo 5.° en adelante y sólo por el término de un año el dueño de un terreno que descubriera nuevas minas, para ser dueño de ellas tenía que denunciarlas, con lo cual obtenía su adjudicación preferencial. El artículo 90 del Código de Minas del Cauca reconocía expresamente los títulos mineros antiguos, y agregó el precepto que los dueños de tales títulos conservarían la propiedad pagando el impuesto establecido en el Código, sin que a tal conservación de propiedad fuera óbice el que el título comprendiese una extensión de mucha magnitud. El nuevo estatuto minero de la República proveyó igualmente al registro y revalidación de títulos antiguos, según los artículos 129 y sus concordantes.

De acuerdo con el artículo 328 del Código de Minas el interdicto de amparo de la posesión también debe ser formulado cuando existe un *fundado temor* de ser perturbado. No es suficiente la preocupación y la inquietud del poseedor derivada de hechos de terceros que no conduzcan con alguna probabilidad a revelar intenciones de desconocer su derecho. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LIII, número 1896, mayo 30 de 1942), ... Págs. 736, 1.ª y ss.

POSESIÓN DE MINAS

— 105 —

Es significativo que el artículo 430 del Código de Minas diga que el auto que decide una acción posesoria por perturbación tiene el carácter de sentencia interlocutoria, y también lo es la consideración de que siendo de esta clase el auto de primera instancia, de idéntica especie ha de ser el de segunda. Dicha calificación, de sentencia interlocutoria, no la hace extensiva el Código a la acción por despojo. Y así limitada la interpretación o la literalidad del texto, habría base para sostener que el fallo que decide la acción de despojo tiene el carácter de interlocutorio. Sin embargo, como acerca de ambos autos se previene que puede proponerse el recurso de revocación, hoy de reposición, hay analogía entre la naturaleza de las dos especies de decisiones, y por ello la Corte las considera en un plano de igualdad para el examen del asunto. Expresa el artículo 466 del Código Judicial que las resoluciones de carácter judicial se denominan *autos* y *sentencias*. Los juicios posesorios comunes y los posesorios mineros son juicios especiales que tienen por objeto «conservar o recuperar la posesión de bienes raíces, o de derechos reales constituídos en ellos», según el Código Civil, artículo 972, o «hacer efectiva o conservar la posesión de las minas y de los derechos reales constituídos en su favor», artículo 320 del Código de Minas. Tales juicios tienen un objeto idéntico, se determinan por medio de resoluciones judiciales comprendidas en la categoría de las sentencias. En efecto: ellas deciden definitivamente sobre la controversia que constituye la materia del juicio, pues éste tiene por fin hacer efectiva, conservar o recuperar la posesión, y el fallo judicial correspondiente se pronuncia para definir la cuestión propuesta tocante a la posesión de bienes en general o de las minas. La decisión no tan sólo recae sobre lo principal del pleito sino sobre el pleito mismo, y en él se resuelve en definitiva acerca de la materia controvertida. Los fallos que les ponen término a los juicios en que se ejercitan acciones posesorias reúnen, pues, a plenitud los caracteres legales propios de las sentencias. La aplicabilidad de las disposiciones del Código Judicial a los juicios posesorios de minas en orden a definir la naturaleza de los fallos en ellos proferidos, está fuera de duda. Las normas de dicho Código son de aplicación general, y en el punto que se considera, tocante con la definición de los requisitos característicos de las providencias judiciales, obligan siempre que se trate de entender acerca de la naturaleza procesal de las decisiones. El Código Judicial es ley derogatoria de las disposiciones que le sean contrarias, y después de expedido no caben distingos entre unas decisiones y otras si todas ellas reúnen las calidades que se requieren, según la última ley dada, o sea el Código Judicial, para merecer la denominación de sentencias. Tal cosa ocurre con las que se dictan en los

uicios posesorios mineros, que llamaba interlocutoios el Código de Minas, pero que hoy, en fuerza del mperio de las reglas del Código Judicial, tienen el arácter de sentencias. Esas reglas son especiales y oncretas en cuanto a la definición de las calidades listintivas de las resoluciones judiciales, y por lo misno, de preferente aplicación. En nuestro Derecho Público no es posible jurídicamente que las autoidades administrativas tengan la potestad de fallar on alcances jurisdiccionales las controversias relatias al derecho de propiedad de los particulares ni al jercicio de las acciones posesorias con que se ampara quel derecho; este principio es innegable aun en los asos en que la propiedad provenga y se origine dectos de enajenación ejecutados por el Estado, y que l conflicto esté por él provocado. La función admiistrativa, incluyendo en ella la que emana de los allos jurisdiccionales del Consejo de Estado, está eriida en nuestro derecho con miras distintas de las de lefinir las acciones civiles provenientes de la propiedad y posesión de inmuebles. Si existe alguna mateia de la atribución propia y excluyente de la justicia rdinaria es ésta. A la jurisdicción administrativa le stá vedado invadirla. Para hacer lícita la intervenión de los otros Organos del Poder Público en el conocimiento y fallo de las acciones civiles, ordinarias y sumarias, sobre la propiedad y posesión de inmuebles, habría que eliminar varios preceptos de la Carta Fundamental que proclaman el principio de la separación de los tres Organos estatales por ella reconocidos. Se repite que en manera alguna ocurre variación de este principio por el hecho de que la propiedad y la posesión provengan de actos directos del Estado. Siempre se tratará del derecho de propiedad privada que fue lo que el Estado se propuso otorgar al conferir el título de enajenación respecto de cualquier bien. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LIII, número 1986, abril 25 de 1942)..... .....Pág. 722, 1.ª y 2.ª

POTESTAD REGLAMENTARIA

— 106 —

Es imposible que el legislador pueda abarcar en sus mandamientos todos los casos. Son tántos los particulares que pueden presentarse sobre cada especie dudosa, que forzosamente ha de conformarse aquél con expedir reglas generales, tan amplias como sea posible, que permitan dar solución a las cuestiones no previstas. Pero como a pesar de esto podrían presentarse serias dificultades en la ejecución de las leyes, se reconoce en el Derecho Público la facultad del Organo que tiene a su cargo esa ejecución, para expedir el reglamento o dar la orden que le permita llenar satisfactoriamente su cometido, esto es, *ejecutar* las normas y proveer bajo su responsabilidad. Esa es la potestad reglamentaria. Las medidas que dicta el Organo Ejecutivo por medio del decreto reglamentario, es decir, en ejercicio de la potestad reglamentaria, deben conducir a la cumplida *ejecución* de la ley, como lo preceptúa el numeral 3º del artículo 115 del Estatuto Fundamental. Cuando así no sucede, cuando el conjunto de preceptos dictados para la ejecución de la ley, extralimita esa norma, el Ejecutivo se aparta de su verdadera misión, invade campo reservado a otro Organo del Poder Público, el Congreso. Por eso se ha dicho que «cuando el reglamento extralimita la competencia constitucional del Ejecutivo equivale a una nueva ley, lo cual es contrario a nuestros principios constitucionales». Toca a la ley estatuír sobre los principios, dar reglas amplias y generales; la labor de detalle para la cumplida ejecución de la ley corresponde al Organo Ejecutivo por medio de los llamados decretos reglamentarios que han de dictarse, teniendo en cuenta que la misión fundamental de éste es asegurar la ejecución de la ley, pero no elaborarla. (Sentencia, Sala Plena, LIII, números 1984 y 1985, julio 24 de 1942)..... .....Pág. 573, 1ª y 2.ª

PRELACIÓN DE CRÉDITOS

— 107 —

El artículo 1084 del Código Judicial debe entenderse en relación con los insolventes por virtud de obligaciones civiles, porque los comerciantes sí pueden ser declarados en quiebra, de oficio, por el Juez. La parte legitima puede ser el deudor mismo o cualquiera de sus acreedores. El concurso de acreedores es un juicio universal que atrae todos los juicios pendientes contra el concursado y que produce efectos *erga omnes*. En el concurso de acreedores la masa de éstos es una persona jurídica desde el punto de vista legal. Los acreedores, por el efecto de la providencia de la índole declarativa en que se declara abierto el concurso, pierden los medios o vías legales de ejecución de que ordinariamente disponen para la efectividad de sus créditos, y en lugar de esas acciones procedimentales que se les cierran, se les abre la de hacerse admitir en el concurso y participar en su liquidación. Los acreedores pueden hacerse parte en el juicio durante el término señalado en el ordinal 1.º del artículo 1085 del Código Judicial. Los que en un principio no pudieron acompañar la prueba de su carácter pueden volver a hacerse parte en el juicio, lo mismo que los acreedores nuevos que antes no se habían apersonado, durante el término de cuarenta días previsto en el inciso 1.º del artículo 1089 ibídem. Ese término probatorio transcurre para estas tres hipótesis:

1ª La admisión: al acreedor que la pretende le corresponde probar la sinceridad de su crédito y pueden suscitarse controversias en relación con la existencia y la validez del crédito aducido. De tal manera que el acreedor admitido en el auto a que se refiere el artículo 1087 puede quedar excluído en la sentencia de graduación, como resultado de las pruebas.

2ª Discusión del crédito sometido a verificación: los demás acreedores, en vez de admitir el crédito sin protesta, lo controvierten en cuanto a su existencia, su veracidad, su validez, su cuantía, su naturaleza, etc.

3.ª No compareciendo dentro del plazo legal normal: en este caso los acreedores que por primera vez se apersonan en el juicio y los que no fueron provisionalmente reconocidos, disfrutan del término de cuarenta días para el solo efecto de producir sus pruebas a fin de que se les tenga en cuenta en la sentencia de prelación. Como se ve, ese término lo aprovechan también los acreedores que integran la masa para controvertir recíprocamente sus créditos, o sea para lo previsto en la segunda hipótesis, incluso los créditos de los nuevos y los de los rechazados primeramente.

El argumento de que la sentencia de prelación en el ejecutivo hace tránsito a la cosa juzgada cuando se acumula a un concurso no es jurídico. En el concurso de acreedores puede revisarse la sentencia de excepciones o la de prelación de créditos pronunciada en un juicio ejecutivo.

Esa clase de sentencias tiene fuerza de cosa juzgada formal o adjetiva, pero no material o sustantiva, como lo indica en el artículo 473 del Código Judicial en relación con el 1030 del mismo Código. La función de la fuerza material o sustantiva de la cosa juzgada es positiva. De ella no gozan las sentencias a que se refiere el artículo 1030, las que se limitan a ser ley del mismo proceso pero no de otro. Cuando la sentencia no es impugnable, entonces lo que tiene es fuerza de cosa juzgada en su sentido formal, adjetivo o extre-

mo. Naturalmente que no puede existir cosa juzgada en sentido material, sustantivo o intrínseco sin que haya cosa juzgada en sentido formal o externo, pero lo contrario sí es frecuente. La sentencia de prelación en el ejecutivo, que el legislador expresamente despojó del aspecto positivo de la fuerza de cosa juzgada, porque permite que se revise por la vía ordinaria, tiene sólo fuerza formal o extensa de cosa juzgada, porque se cumple y no es impugnable una vez transcurrido el plazo de su ejecutoria. Pero nada más porque sí es revisable en juicio separado. En el juicio de concurso de acreedores el juez del conocimiento no está vinculado a esa clase de sentencias y los terceros participantes en la masa pueden volver a discutir lo resuelto en ellas. (Casación, LIII, números 1984 y 1985, abril 15 de 1942)..... Pág. 317, 2.ª

PREPOSICIÓN MERCANTIL

— 108 —

El contrato celebrado entre el dueño de un almacén y el empleado o factor según el cual aquél encarga a éste de administrar el almacén mediante una remuneración eventual equivalente a un determinado porcentaje en las utilidades, no es sociedad, sino simplemente de preposición mercantil, conforme al artículo 345 del Código de Comercio. (Casación, LIII, número 1986, junio 11 de 1942)..... Pág. 633, 1.ª

PRESCRIPCIÓN DE TIERRAS CONFORME AL CÓDIGO DE INDIAS O RECOPILACIÓN DE LEYES DE LOS REINOS DE LAS INDIAS

— 109 —

(Véase la doctrina titulada *Propiedad de Tierras y de Minas*. La sentencia de la Sala de Negocios Generales, de fecha 5 de agosto de 1942, *Gaceta Judicial* número 1986, páginas 793 y siguientes).

PRESTACIONES SOCIALES

— 110 —

(Véase: accidentes del trabajo),

PROPIEDAD DE TIERRAS Y DE MINAS

— 111 —

1. En el primer período que comprende desde 1492 hasta 1591, prevalece el sistema de la adquisición de tierras en virtud de capitulaciones con el Soberano, otorgadas a los descubridores y conquistadores, y el de los repartimientos que aquéllos y los fundadores de poblaciones hacían a otras personas. Las tierras de labor se repartían fuera del circuito poblado, de sus plazas, solares y ejidos, y podían serlo por peonías y caballerías. Una prescripción *sui generis* debía completar y perfeccionar el dominio de esas tierras. Si la tierra no se trabajaba, se perdía para los titulares del repartimiento; empero, mediante su cultivo, se hacía del patrimonio particular, y entonces sus adjudicatarios podían venderla y disponer de ella como cosa suya propia. La prescripción a que se alude se consumaba, respecto a tierras de la Corona, siempre que el interesado ejecutara determinados hechos en las tierras que le habían sido asignadas, no en las que a su voluntad se tomase. La propiedad de las tierras, en este primer período, tuvo este origen: *a*) La que adquirieron los descubridores y conquistadores conforme a los términos de las capitulaciones con los Reyes de España; *b*) La propiedad municipal, adquirida por las poblaciones, para su propia área, como plazas, ejidos y dehesas permitidas para el sostenimiento de un corto número de ganados; *c*) La que adquirieron los fundadores comunes de poblaciones, en compensación de su esfuerzo, y que consistía en una cuarta parte escogida por ellos de la tierra que quedaba dentro de los términos señalados, después de sacar lo necesario para solares del pueblo, ejidos, dehesas y propios del lugar; *d*) La que emanaba de los repartimientos de solares, en el área urbana, y *e*) La que provenía de los repartimientos de tierras.

2. La adjudicación de tierras, a partir de 1563, debía sujetarse al trámite previsto en la Ordenanza de Felipe II de ese año. Los despachos de los Cabildos, dados con la intervención de los Virreyes y Presidentes fueron los títulos de adjudicación de los realengos desde el mencionado año de 1563 hasta cuando se modificó el sistema en virtud de otros ordenamientos reales. Constituye esa Ordenanza un acontecimiento histórico importante en la legislación para las Indias, en materia de tierras, porque es ella el estatuto que por primera vez consagra la intervención de la autoridad pública en la concesión de adjudicaciones de tierras y en la expedición de Despachos que constituyeron la causa formal de las primeras adquisiciones privadas de tierras de la Corona.

3. En el período histórico de 1591 a 1680 configuran la propiedad de las tierras, además de las normas anteriores vigentes en la primera de estas fechas y en especial las que emanaban de las Cédulas de Felipe II dadas el 20 de noviembre de 1578 y el 8 de marzo de 1589, las famosas Cédulas de El Pardo, que resumen aquellas dos y que forman el estatuto principal de tierras en ese lapso. Tienen ellas mucha importancia para juzgar del origen y conservación de la propiedad territorial entre nosotros, porque fueron dadas especialmente para su vigencia en el Nuevo Reino de Granada. La primera Cédula de El Pardo contempla de modo especial el estado de quienes «con ocasión que tienen de la merced de algunas tierras» se han «entrado e ocupado otras muchas sin título, causa ni razón» y de que otros «las tengan y conserven con títulos fingidos e inválidos, de quien no tuvo poder ni facultad para poderlos dar». El uso de la palabra *Merced* en este instrumento, por la forma en que se emplea, al decir «que unos que tienen de la *Merced* algunas tierras», etc., sugiere su aplicación general a todas las donaciones de tierras por capitulaciones y repartimientos, ya que eso eran entonces los solos medios adquisitivos de dominio de tierras realengas, que implicaban liberalidad, pues aunque la prescripción tenía también origen en una liberalidad, de un repartimiento de tierras, el dominio perfecto en virtud de la prescripción no se adquiría sino por la residencia *in situ* y la explotación económica. *Merced* y *donación* son, pues, términos de igual contenido jurídico en la Cédula de que se trata. Tierras «sin título, causa ni razón» eran las que se tenían sin que su posesión emanase de capitulación, repartimiento ni prescripción. Aunque esta Cédula no la menciona expresamente, puede entenderse que la prescripción estaba comprendida en la «causa» y «razón» que con el título, hacían legales las adquisiciones de tierras, lo que se infiere del propio texto a que pertenecen estas expresiones y de las normas generales entonces imperantes. Títulos «fingidos e inválidos» eran los que aparecían otorgados por quien no tenía facultad para darlos. Esta Cédula indica que las incursiones en tierras no entregadas en virtud de título o de causa legal, no estaban permitidas y no merecía amparo o protección, no creaban estados jurídicos dignos de respeto. Conforme a esta Cédula las autoridades de la Colonia estaban facultadas para examina

los títulos y decidir sobre su validez en forma definitiva e inaplazable. Era ésta una atribución totalitaria, que sumaba las funciones del Organo Administrativo con las del Judicial del Poder Público. También se deduce de la misma Cédula que al Estado no le correspondía demandar en juicio a los particulares, para aclarar o definir cuestiones territoriales de dominio. Los particulares no tenían, sobre sus propiedades o posesiones, una situación tal que les permitiese esperar la acción o demanda de parte de las autoridades reales. Debían ellos aducir sus títulos y causas legales de dominio y posesión para poderse mantener legítimamente en esas situaciones que en su favor respetaban las leyes. La segunda Cédula de El Pardo completó la primera en cuanto a las medidas que debían tomarse para atender a la defensa del patrimonio territorial del Soberano. En ella se trata por primera vez de la composición de lo ocupado ilegítimamente o sin título legal. Se alude también a la posesión de las tierras con ocupación de ellas, a la posesión efectiva, no a una posesión simplemente escrita, no existente entonces y que no contemplaban las instituciones sobre tierras. Conforme a esta Cédula se debía restituír al Rey todo lo que se hallara sin título válido y legítimo y se agregaba que los que no quisieran la composición debían restituír las tierras de acuerdo con el dictamen de las personas que tenían el poder de ver los títulos, sin que hubiese necesidad de pleito. Los que teniendo ilegítima posesión aceptaban la composición serían en adelante verdaderos señores y legítimos poseedores de sus tierras. Esas Cédulas de El Pardo fueron ejecutadas prontamente en América.

4. Las donaciones de tierras a los conquistadores, descubridores y pobladores se mantuvieron hasta el año de 1617 en que, por Cédula de Felipe III, se trató expresamente de la venta de tierras en pública almoneda.

5. El Código de Indias o Recopilación de leyes de los Reinos de las Indias, que se expidió en Madrid el año de 1680, contiene en su Título XII, Libro IV, las Leyes 14, 15, 16, 17 y 19, disposiciones importantes. Así, por ejemplo, la Ley 14 contiene reglas referentes al amparo de posesión de los que poseyeron tierras con buen título y recaudo y también para «los que con justa prescripción poseyeron». Se refería ese Código a la única prescripción autorizada legalmente respecto a tierras realengas, a la única prescripción «justa», vale decir, reconocida por el derecho imperante: la que regía en favor de los pobladores a quienes se entregaba tierra en repartimiento y que se hacían dueños de ella por su explotación económica. Esta prescripción se refería a las relaciones entre la Corona y los pobladores y adjudicatarios de tierras en repartimiento; no entre unos particulares y otros, con aplicación de reglas del Derecho Civil. Conforme a una de esas leyes el que no hubiera poseído las tierras por diez años, aunque alegase que las estaba poseyendo, no podía ser admitido a composición y ésta no podía verificarse en relación con las tierras que se poseían con título vicioso. El Código de Indias contiene ya una sistematización de la venta de tierras, establecida por primera vez a partir del año de 1617. Debían venderse de acuerdo con la Junta de Hacienda y en pública almoneda. Y tanto las tierras que se recibían en composición como las que se vendían, quedaban sometidas al requisito de sacarlas al pregón y rematarlas en pública subasta.

6. Las Cédulas de San Lorenzo de 1754 y de San Ildefonso de 1780 contienen modificaciones, complementos y aclaraciones de mucho significado a la legislación anterior sobre tierras. Con ellas se cierra el ciclo legislativo indiano, porque fueron los últimos documentos de su clase expedidos antes de la emancipación y del comienzo de la vida republicana. La Cédula-instrucción de San Lorenzo del Real tiene como objeto inicial y dominante el de tomar medidas adecuadas que aseguren la explotación de las tierras. Esta Cédula exige la exhibición de los títulos respecto de tierras realengas poseídas—estando o nó pobladas, cultivadas o labradas—desde el año de 1700, como así lo previene el Capítulo III. Los títulos anteriores a 1700 no estaban sujetos a su exhibición ni quedaron comprendidos en la sanción por no presentarlos, establecida para los otros. Sin embargo, el Capítulo IV, refiriéndose a la posesión de realengos en virtud de venta o composición hecha por los Subdelegados antes del citado año de 1700, dispone que aunque no estèn confirmados los títulos, se les deje a los titulares en libre y quieta posesión. Lo que indica que aunque nó se exigió la presentación de títulos anteriores al 1700, cuando ellos se presentaban y hallaban justos los interesados no debían ser en adelante turbados, emplazados ni denunciados respecto a la posesión de dichas tierras. La exhibición de los títulos fue obligatoria respecto al período corrido entre 1700 y el otorgamiento de la instrucción, y no respecto al tiempo anterior; pero los beneficios que la Cédula reconoce a favor de quienes recibían la confirmación de sus títulos es general para todos, los anteriores y los posteriores al año de 1700.

De la circunstancia de referirse la Cédula de 1754 a las posesiones y títulos de un corto lapso se puede deducir que las normas de la anterior legislación se respetaban en cuanto a los efectos ya causados y se mantenían en los puntos no afectados por los nuevos reglamentos. Regulaba esa Cédula la posesión con título y la posesión sin él; el amparo a la primera, como al dominio, y el amparo a la segunda, por constituír una calidad jurídica susceptible de llegar a serlo. Los realengos ocupados sin título, aún labrados y cultivados, pasaban al patrimonio real si no se recibían en composición y confirmación. Sugería la Cédula dos géneros de ocupación de realengos sin título: ocupados sin título, de ocupación antigua, y ocupados sin título de ocupación reciente. Así se deduce al relacionar lo dispuesto en el Capítulo IV y VII. La disposición de aquel Capítulo no resulta contradictoria con la del VII, si la de este último se interpreta como pertinente tan sólo a la posesión u ocupación reciente por un tiempo no menor de diez años. Quiso el legislador que esa situación anómala de corto tiempo no perdurara, y que se aclarase y definiese en composición y confirmación, para lo cual se dispensaba del deber de ocupación por diez años De donde se deduce que la instrucción de 1754 contempló dos clases de posesión u ocupación sin título: la antigua posesión, la posesión u ocupación reciente o nueva. Ese ordenamiento comprendía varias proposiciones: Primera. A los poseedores sin título les bastaba una antigua posesión para ser amparados. Segunda. Esos poseedores debían justificar aquella posesión. Tercera. La protección o amparo a la antigua posesión se otorgaba en calidad o como título de justa prescripción. Cuarta. Si no se cultivaba la tierra, en término perentorio, se hacía merced de ella a otras personas. Quinta. Los terceros adquirentes estaban también obligados al cultivo. De las declaraciones contenidas en el texto legal resaltaban éstas: la justificación de la posesión; lo que se entendía por justa prescripción, y el deber del cultivo Importante es observar que la Corona no estimaba haberse desprendido definitivamente de las tierras si no se hacía un cultivo de ellas. Título de justa prescripción era motivo, razón o derecho para prescribir. Si no se cultivaba la tierra poseída, el derecho de justa prescripción desaparecía, no se convertía en dominio. La justa prescripción no se confundía con éste Era una prescripción *sui generis*, como se dijo al principio del fallo, un derecho

que se elevaba a dominio si no se perdía por caer bajo la sanción resolutoria preestablecida por causa del no cultivo o aprovechamiento de la tierra Para que existiese la propiedad por efecto de justa prescripción se requería la antigua posesión, justificada o demostrada, y la ocupación o explotación económica de lo poseído.

Preocupación permanente de los legisladores de la Corona fue la del cultivo de la tierra. Había que cultivar la tierra que se tuviese a título de justa prescripción, en término breve, pues de lo contrario se hacía merced de ella a los que la denunciaran. Sobre excesos se estatuía que las personas que hubiesen excedido los límites de lo comprado o compuesto, *agregándose o introduciéndose en más terreno de lo concedido, debían componer el exceso* y recibir nuevo título y confirmación de éste. Del exceso, *precediendo medida* y avalúo, se despachaba título y confirmación.

7. De las tierras adjudicadas había que recibir posesión. Si se daban títulos y no podía posesionarse el interesado, es claro que el título, que no le servía para ello a raíz de su expedición, tampoco podía servirle después, y que consecuencialmente los sucesores de quienes en tal situación se hallaban no podían alegar hoy dominio y posesión con base en la posesión inicial que no tuvieron sus antecesores. El título solo no suponía la posesión. Especial para el Nuevo Reino de Granada, como lo fueron las Cédulas de El Pardo, expidió el Rey de España su famosa Cédula de San Ildefonso el día 2 de agosto de 1780. La nueva ley sobre régimen de tierras en estos dominios de la Corona es el último acto de su género dictado por la monarquía en época ya muy próxima a la emancipación. Esta Cédula de San Ildefonso llevó a la legislación una institución de vasto alcance económico-social y jurídico-social al dar tierras a los más necesitados, teniendo que lesionar posiblemente los presuntos o reales derechos de quienes habían adquirido tierras aptas para su beneficio y que las mantenían yermas o sin cultivos. Explicación o motivación de esa Cédula es el dictamen uniforme del Virrey el Fiscal de la Real Audiencia de que para lo futuro las tierras realengas se concedieran gratuitamente a los que quisieran desmontarlas o cultivarlas, y que se terminara el sistema hasta entonces vigente de la venta de las tierras al mejor postor o en pública subasta, porque él permitía a los ricos y poderosos adueñarse de las tierras, cuando los más necesitados no podían acudir en competencia con aquéllos para su adquisición. La Cédula se pronuncia por el respeto a la posesión adquirida en venta y composición, y no admite la tesis de las ventas y arrendamientos forzosos, limitándose a establecer que se procure «con eficacia, pero por medios suaves, que los actuales legítimos poseedores de tierras inútiles las hagan fructíferas, o por sí mismos o arrendándolas o vendiéndolas a otros». Se comprende que la Cédula alude a los dueños de tierras con títulos emanados de venta y composición cuando habla de «legítimos poseedores», pues a éstos, en su calidad de verdaderos dueños, se refirió el Juez de Realengos cuando dijo que no se les podía impedir venderlas o arrendarlas como propias, según su deseo.

En cuanto al «contrato particular» queda fuera de los tres medios de adquisición del dominio, que eran la merced, la composición y la venta, por medio de los cuales los poseedores podían llegar a la calidad de dueños. Cuando el Fiscal hace mención a los que tenían tierras con *origen en venta*, y composiciones por «contrato particular», como habla de los que gozan de tierras compradas y compuestas con Su Majestad, es claro que al mencionar los contratos entre particulares se refiere a la posesión que se ejercita en virtud de contratos de venta, arrendamiento u otros entre particulares cuando los primeros otorgantes adquirieron las tierras en venta o composición No debe perturbar el juicio del intérprete la consideración que acaso pudiera hacerse de que la Cédula, al hablar de los *poseedores* por contrato particular, se refiere a una posesión que equivale al dominio, pues debe recordarse cómo a través de toda la legislación indiana fueron siempre sinónimos los términos *posesión* y *ocupación*, y se usaron indistintamente, sin atender al sentido técnico del vocablo *posesión*, indicativo en el Derecho Civil, de tener una cosa con ánimo de señor y dueño. La posesión de que trata esta Cédula, como todas las anteriores, es la ocupación. Tanto la ocupación sin título como la ocupación con él se calificaron de *posesiones* en las leyes españolas para las Indias, y se llamaron *poseedores* a los que tenían una simple ocupación de hecho como a los que la ejercían en calidad de dueños. Para los poseedores de tierras sin títulos u ocupantes de hecho había una protección por medio de composición, que se obtenía acreditando una ocupación de diez años. No sorprende, por lo mismo, que la Cédula de San Ildefonso disponga no inquietar a los poseedores de tierras realengas por *ocupación* de ellas, pues la ocupación era lícita y podía significar un estado jurídico digno de respeto, que hizo muy bien en reconocer y proteger la mencionada Cédula.

Entre los títulos que evitaban la sospecha de usurpación se hallaban conforme a la Cédula, aquellos distintos de la venta o composición, o sean la capitulación, el repartimiento de tierras y el título de justa prescripción, mas no el contrato de venta entre particulares de tierras que podían haber sido usurpadas al Rey. Es de notar en esta Cédula de San Idelfonso que, aunque los Monarcas españoles habían venido propugnando la explotación económica de las tierras en ella parece consagrarse el imperio de las reglas romanas sobre la posesión y la propiedad, conforme a las cuales el dueño era libre de hacer o no hacer de sus cosas lo que le viniera en gana. Esta Cédula sancionaba con el dictado de usurpadores a los que excedían los linderos de lo adjudicado. Solamente los poseedores a que aludió el Virrey Guirior o los interesados legítimamente podían pedir el deslinde y amojonamiento, el cual se sujetaba a los títulos. No era cualquier poseedor el que tenía la acción de deslinde, sino el que tenía su propiedad titulada, o el dueño con título legítimo. Aunque los primeros repartimientos consagraban el deber de tener cultivadas siempre las tierras so pena de perderlas y de verificarse la reversión de su dominio a favor de la Corona, esta Cédula, con notorio acierto, previó la excepción del tiempo necesario para el descanso de la tierra.

Otros preceptos de la Cédula pueden sintetizarse así: las tierras se concedían graciosamente a los sujetos que las quisiesen desmontar, obligándose a sembrarlas y cultivarlas, y a mantenerlas siempre así, excepto el tiempo necesario para su descanso; que a ninguna persona se concediese más porción que la que buenamente pudiera labrar, atendiendo su caudal y posibles; que se pusieran linderos fijos y durables, a costa del dueño del terreno; que la concesión la otorgara la Audiencia por conformidad de dos terceras partes de los votos de sus miembros. Sobre todo lo anterior debe observarse que la interpretación que ha hecho la Corte de la Cédula de San Idelfonso armoniza con el concepto que dio el Fiscal Andino y Mon el año de 1766. Las observaciones del Fiscal son la mejor confirmación de lo que se ha venido sosteniendo por la Corte, de que la Cédula de 1780, cuando manda no inquietar a los poseedores, no eleva a la calidad de dominio la posesión que se ejercitaba sin título o con fraude o colusión respecto al mismo. Si las tierras estaban cultivadas era preciso, sin embargo,

obtener el título; luego los que las poseían no eran dueños de ellas. Si las tierras no se hallaban cultivadas, la posesión no merecía respeto, y debían las tierras repartirse a otras personas; lo que demuestra que esa posesión no tenía el carácter de propiedad. En aplicación de esta Cédula de 1780 se hicieron varios deslindes, como el de la hacienda de «El Chocho» el año de 1806. Ya la Real Audiencia en 1802 había considerado vigente la legislación anterior a 1780 sobre excesos en las adjudicaciones y su denuncio, y había distinguido al poseedor con título del poseedor sin él. Esta Cédula no cambió el sistema general a que había venido sometido el régimen de tierras y solamente innovó en lo que mira a la adjudicación en el futuro de las tierras realengas. El único cambio que se produjo no fue nuevo en 1780, pues ya había regido ese sistema antes de establecerse la venta de las tierras en 1617. Antes de aquel año, cuando las tierras se *daban gratuitamente* a los cultivadores, como lo estableció nuevamente la Cédula de San Ildefonso, el Estado, sin embargo, mantenía la más celosa defensa de su patrimonio territorial. En efecto, desde cuando se establecieron los repartimientos de tierras ya el Monarca se había reservado una parte, en cada repartimiento, para hacer merced de ella a su voluntad. Esto también resulta de la Ordenanza de Poblaciones de la primera Cédula de El Pardo. Conforme a ellas, el Soberano se reservó, en la época de que allí se trata, derechos inalienables y defendidos severísimamente por la segunda Cédula de El Pardo sobre su patrimonio territorial en las Indias, en un período que fue análogo al que siguió inmediatamente a la Cédula de San Idelfonso, en lo tocante a la enajenación de las tierras realengas. Ellas se entregaban por las capitulaciones y repartimientos a los pobladores, pero el Rey siempre se reservó parte en ellas para hacer merced a su voluntad. Lo que explica el celo del Monarca para defender esa regalía así configurada. Se repite que el interés del Monarca español para hacer la defensa de su regalía en las tierras fue el mismo en 1 80 que lo había sido en la época a que se ha hecho referencia; el Estado continuó manteniendo después de la Cédula de San Ildefonso el mismo interés que antes tuvo para controlar la salida de las tierras de su patrimonio al de los particulares, si no por motivos de orden fiscal, seguramente por razones de otro orden. La circunstancia de haberse dado la orden de no inquietar a los poseedores no implicó el reconocimiento por el Estado de una situación permanente e irrevocable por los ocupantes y poseedores a que se refirió la Cédula.

8. En cuanto a la llamada prescripción de que se habló en un principio, estaba configurada por un régimen especial que no era el del derecho común; no se entendía sobre cualquiera extensión que se poseyese con ánimo de señor y dueño, sino respecto de lo cultivado y explotado económicamente, y con la sanción de perder lo poseído si no se cultivaba y labraba en determina do tiempo. Se respetó la posesión antigua como título de justa prescripción, pero quedó sometido el poseedor a la condición y a la sanción de que habla la Cédula. Como se ve, es ésta una prescripción muy distinta de la establecida en el derecho común.

9. Las tierras han de determinarse, y ello se hace por medio de medidas o linderos. En una adjudicación de tierras el orden lógico en que figuran a la vez medidas y linderos, es éste: prevalecen las medidas frente a los linderos. Si así no fuese, sobrarían las medidas. Y por regla general, en las adjudicaciones con medidas y linderos, prima entre los dos elementos determinantes del objeto o materia de la adjudicación el que más resalte de ellos, las medidas o los linderos. Y cuando concurren medidas y linderos, como el lindero, en relación con la medida, es perímetro que comprende el área correspondiente a la que deberían abarcar las medidas, no puede hablarse en tal hipótesis de *linderos* sino cuando encierran con suficiente claridad o precisión la superficie que trata de establecerse. Las medidas deben ser proporcionadas, próximas en extensión al área abarcada por los linderos, y el área encerrada por éstos, próxima a la superficie que dan las medidas. Si se afirma que unos linderos, formados por ejemplo por dos ríos, en dos extremos, y dos cerros o cordilleras en los otros lados contrapuestos, son los de una adjudicación de diez estancias o diez caballerías de tierras, para que la relación del área de las estancias o caballerías con la del perímetro comprendido dentro de los linderos arcifinios, pudiera producir efectos de determinación, de la una por la otra, sería necesario que las dos cabidas fuesen sensiblemente iguales o próximas. En otra forma la relación no podría establecerse. No servirían los datos de los linderos arcifinios para determinar por aproximación el área de las estancias o caballerías. Los datos arcifinios vagos e incompletos, en una adjudicación que se hizo por medidas, servirán tan sólo para indicar un sitio donde aquélla debió hacerse materialmente: en la quebrada A, en el valle B, sobre el cerro X. Unicamente indicativos del punto o lugar. Para determinar un terreno objeto de una adjudicación serán de suma utilidad las indicaciones que se deriven de los actos posesorios que se consumaron al amparo de un título que se tuvo a la vista de los funcionarios, de las partes interesadas directamente en su validez o que podían reclamar contra ella, de los testigos, peritos y avaluadores, y que hoy muchas veces llega hasta nosotros desprovisto de todos esos elementos conexos con su ejecución a raíz de su otorgamiento. Cualquier otra comprobación que sea conducente y eficaz para establecer alguna o algunas de las circunstancias de que se ha hecho mérito, sobre las medidas de las tierras y lo en ellas comprendido, o sobre los linderos de las mismas y lo que ellos abarcan, o sobre la ejecución ulterior de actos que materializaron en el terreno las medidas o los linderos, son admisibles hoy para establecer el objeto de las adjudicaciones antiguas. En este asunto debe tenerse en cuenta que el criterio con que se hacían adjudicaciones en aquellos tiempos era el de no extenderlas, sino el de limitarlas más bien a su justo contenido, relacionándolo con la explotación de las tierras, porque así se dieron, limitadas, bien fuese por medidas o por linderos, pero con un área precisa o precisable desde cuando se otorgaron.

10. En la Ley de 11 de octubre de 1821 deben anotarse estos puntos: 1.º Expresamente abolió, en su artículo 3.º, el método de composición, que fue establecido por las Cédulas de El Pardo en 1591, y no por la Instrucción de 1754, como se dice en la ley; y restableció la venta de las tierras baldías, que había suprimido la Cédula de San Ildefonso; 2.º Quienes al expedirse la Ley de 1821 se hallaban en posesión de tierras baldías *con casas y labranzas en ellas*, pero sin título de propiedad, debían *ser preferidos en las ventas de tierras* (artículo 4.º); 3.º *Los poseedores de tierras baldías de tiempo inmemorial o a pretexto de una justa prescripción*, debían concurrir *a sacar sus títulos de propiedad* (artículo 5.º). La Ley de 1821 se expidió para regular la enajenación de tierras baldías, y en ella se dice que «podrán enajenarse en lo sucesivo ..... las tierras baldías *que no han sido antes concedidas a persona alguna*». Esta expresión pleonástica de la ley corre parejas con la otra expresión impropia del artículo 5.º, en cuanto en él se dice que las tierras respecto de las cuales no se sacasen los títulos de propiedad volverían al dominio de la República. Si eran baldías, y éstas, según la propia ley, eran las no concedidas a persona alguna, es por demás notoria la im

propiedad del texto, a la luz de la misma ley, cuando dice que algunas tierras baldías volvían a la República. En cuanto a los artículos 13 y 14 de la Ley de 1821, ya la Sala había expresado su parecer de que esos artículos no autorizan para deducir de ellos conclusión alguna tocante con la propiedad particular de las tierras, o más propiamente, que de esas disposiciones no puede inferirse que el legislador reconociera, en razón de las mismas, la existencia de dominio privado sobre las tierras baldías por parte de las personas a que esas normas aluden.

El artículo 14 contiene dos partes principales: la una, en que se determina qué ha de ocurrir con las tierras adquiridas por merced o composición cuando sus propietarios no hacen el registro; y la otra, en que se dispone lo que ocurre con las tierras adquiridas por compras sucesivas u otros títulos, si los propietarios no los registran. La primera parte del artículo es categórica al disponer que en la hipótesis que ella contempla las tierras se incorporan al dominio de la República. Es una medida de severidad que se ha explicado diciendo que allí se consignó por nuestros próceres y primeros legisladores un procedimiento dirigido a corregir los excesos de prodigalidad en el patrimonio común que venían cometiendo los dirigentes españoles en el tiempo inmediato al nacimiento de la República. La segunda parte del artículo no está ya inspirada en aquel criterio de represalia, porque ella no se refiere a dádivas o regalos de tierras hechas en mercedes y composiciones, sino a adquisiciones que tenían otro origen, a lo menos en el mismo tiempo próximo al nacimiento de la nueva nacionalidad. Y como el espíritu que informa esta segunda parte del artículo es muy otro, sus consecuencias, así como su estudio y alcance, son diferentes. Esta ley regulaba la enajenación de baldíos y ordenaba un registro de las tierras que aparecían en poder de particulares. Los que registraban sus propiedades eran titulares del derecho de propiedad, en razón de los documentos que presentaran para acreditarlo así. Como la ley no estableció la clasificación de los títulos, sino su simple registro, es claro que no hay base en ella para deducir que cuando sus textos mencionan a los propietarios, están señalando a personas que tenían un dominio perfecto, valedero en relación con otros propietarios y también frente al Estado. Esto no implica, en modo alguno, un reconocimiento por el Estado de la calidad de particulares o de dominio privado de las tierras que como tales se registraron. Estos artículos 13 y 14 de la citada ley apenas se referían a un simple empadronamiento de la propiedad rural para fines puramente estadísticos, sin consecuencia para la calificación del dominio privado. Así lo entendieron los legisladores del año de 1824, como se deduce del acta de la sesión del 29 de abril de ese año. El registro, que no tenía otro objeto que el empadronamiento de las propiedades, era, como lo dijeron aquellos legisladores, «para formar una estadística». Por consiguiente, no es jurídico deducir que del registro o no registro de las propiedades se produjesen consecuencias de dominio en favor de las propiedades registradas, por entenderse, como lo estima el abogado de la Compañía avisante, que la sola inscripción en aquellos registros, y puesto que la ley habla de *propietarios y de propiedades*, implicaba la calificación del dominio. Ni va contra la doctrina de la Corte el Informe de la Comisión del Senado sobre los proyectos que fueron después las leyes 160 y 200 de 1936, pues de él no puede deducirse que el cambio del término «título originario» por «título emanado del Estado» se hubiera hecho para reconocer validez probatoria a una disposición legal concretamente, la de 11 de octubre de 1821, sino para dar entrada al análisis por los jueces de los diversos casos que se presenten; por ende, no se halla demostrada la conclusión a que llega el apoderado en su razonamiento, cuando afirma que por la identidad de mente del legislador que expidió los estatutos 160 y 200 de 1936, es lógico aplicar a la prueba del dominio privado del petróleo el medio establecido para la propiedad territorial por el artículo 4.°, letra *c*) de la Ley 200 del mismo año. La disposición de esta ley no implicó, como ya se dijo, el saneamiento de la propiedad particular basada en títulos traslaticios de dominio anteriores a esta fecha. Ni del informe de la Comisión del Senado podía deducirse la interpretación del apoderado, fuera de que este informe no es la ley y de que ésta, en ninguna de sus expresiones alude siquiera a la Ley de 1821, para que pudiera pensarse que hace de ella una interpretación. Tampoco la hace la Ley 200 en ninguno de sus ordenamientos, pues el aparte *c*) de su artículo 4.°, al referirse a la ley de 1821, simplemente señala un modo para acreditar propiedad privada territorial, análogo a los de las letras *a*) y *b*), o sea el título originario y a otra prueba plena de haber salido el terreno del Estado. Se trata, en los tres casos, de documentos distintos que producen unos mismos efectos, para los fines previstos en la Ley de Tierras. Pero de la identidad de esos efectos no se deduce la igualdad de aquellos documentos, y que sean, por tanto, iguales el título originario del Estado y el título traslaticio entre particulares anterior a 1821.

La ley dio determinados efectos a documentos diferentes, pero no igualó esos documentos. Tales documentos son los títulos anteriores a 1821 y los emanados del Estado; aptos unos y otros para demostrar que, en la hipótesis de la Ley 200, las tierras con esos documentos se reputaban de propiedad particular, pero no se declara que esas tierras habían salido del Estado antes de 1821; se admite la propiedad en atención a un documento anterior a 1821, como pudo admitirse atendiendo a un documento anterior a 1850.

11. En los artículos 4.° y 5.° de la Ley de 11 de octubre de 1821 se trata del dominio territorial como consecuencia de la posesión de las tierras baldías con casas y labranzas, o por su posesión inmemorial o a pretexto de una justa prescripción. El legislador, en lo tocante a las tierras baldías y a su régimen, fue una prolongación o continuación de lo que era y había sido el legislador para las Indias. Con algunas excepciones, referentes a composición, que declaró abolida, y al sistema futuro de adjudicación de las tierras baldías, el legislador de la República no innovó en la materia, sino que conservó lo que venía rigiendo en cuanto a la regulación sobre derechos de propiedad en las tierras y sobre protección a los poseedores de ellas que aún no eran dueños frente al Estado. Era lo natural que así procediese el legislador colombiano, porque ningún interés distinto del que manifestó en forma expresa cuando se refirió al método de composición tenía aquél para alterar el sistema que venía rigiendo y al amparo del cual se habían creado derechos y nacido expectativas en favor de habitantes de la República, ciudadanos o extranjeros, por la protección que acerca de las tierras les venía concediendo la legislación anterior. Los que poseyeron en el período indiano a título de justa prescripción, debieron justificar su posesión ante las autoridades; así lo estableció claramente la Cédula de San Lorenzo; y los que no lo hicieron, no consolidaron ese estado jurídico de prescribientes, convirtiéndolo en dominio. El fenómeno se repitió al comienzo de la vida republicana. La Ley de 11 de octubre de 1821 ordenó que esos poseedores —que ella denominó poseedores inmemoriales o de justa prescripción— fuesen a sacar sus títulos de propiedad. No tenían título de propiedad esos poseedores; no sólo les faltaba el documento, el título formal, sino el hecho jurídico capaz de convertirlos en dueños, pues no habían satisfecho las exigencias de la legislación colo-

nial para llegar a serlo. La Ley de 1821 contenía el requisito de sacar el título respectivo, en el cual insistieron los legisladores de 1824, con la excepción de otorgar dos años más de plazo para que los interesados sacasen sus títulos de propiedad, lo que está indicando, así como la reiteración del deber de alcanzar el título, una tolerancia por lo pasado, que se traducía en una prórroga automática de cinco años, a partir de 1821, para que se obtuviese el dicho título, en relación con el término inicial fijado en la ley de aquel año. Esa tolerancia se repite en leyes posteriores y está pregonando muy a las claras lo que ya se expresó: que el hecho era superior a la norma, que la omisión en el deber de sacar el título se imponía como una realidad, frente al criterio rígido del cumplimiento de una obligación que claramente se hallaba establecida en las leyes de la Colonia y que se repitió con idéntica claridad en la primera ley republicana. Igual principio de tolerancia respecto al cumplimiento de la obligación de obtener el título los poseedores con posesión inmemorial o de justa prescripción, son la de 30 de marzo de 1843, con el Decreto reglamentario de ésta de fecha 2 de mayo de 1843, la 70 de 1866 y el Código Fiscal de 1873. El legislador y el ejecutor de la Ley de 1843 volvieron a aceptar, como el de 1821, el hecho de no haberse dado cumplimiento a la obligación de alcanzar el título, y autorizaron el que éste se obtuviese en las condiciones que allí se señalaron. El artículo 5.º de la Ley 70 de 1866 contiene una disposición muy importante en cuanto se refiere al reconocimiento de la antigua posesión como medio para llegar al dominio de las tierras baldías. La confrontación de este texto adoptado definitivamente y del que sugirió el entonces Presidente de la República demuestra que la posesión real y efectiva a que él se refiere, del terreno cultivado, es la misma contemplada por Mosquera y que él llamó «prescripción por posesión real y material sobre los bosques utilizados o cultivados». Los títulos coloniales, emanados directamente del Estado, vinieron a quedar comprendidos en la expresión «pruebas legales», y la posesión por veinticinco años reemplazó a la prescripción por posesión real y material de que habló el mensaje del Presidente. Finalmente, el artículo 879 del Código Fiscal de 1873 es casi textualmente el mismo de la ley dada en 1866 y por eso el comentario que sugiere coincide con el que produce la primera norma. De todas estas leyes, así como del proyecto aprobado por el Congreso el año de 1824, resulta claramente establecido que en todas esas oportunidades la autoridad pública legislativa contempló la situación en que se hallaban los poseedores de antigua posesión y resolvió autorizar que en forma legal se expidiesen los títulos correspondientes a la tierra efectiva y realmente cultivada o explotada. Aunque el mensaje de Mosquera calificó de prescripción ese estado jurídico, hay que entender que la calificación la hizo en el mismo concepto en que ella se aplicó durante el régimen colonial, pues esa llamada prescripción no debía regir para lo futuro, sino para solucionar estados anteriores, luego no era prescripción, en el sentido en que la consagra el Derecho Civil y porque se limitaba a lo explotado económicamente. Todas estas leyes son armónicas en el sentido de considerar que esa posesión inmemorial se convertía en propiedad, limitada tan sólo al terreno explotado económicamente. La ley de 11 de octubre de 1821 reconoció la prescripción, en la cual resumía la antigua posesión o posesión inmemorial, como medio idóneo para llegar al dominio los prescribientes que sacaran los títutulos respectivos. La propiedad se debía reconocer sobre lo cultivado y explotado. Y el no cumplimiento de la obligación de sacar los títulos dentro del año señalado en la ley de 1821 no puede razonablemente conducir a la negación del derecho de los prescribientes. La omisión en el deber de sacar oportunamente los títulos los poseedores de tiempo inmemorial o de justa prescripción, a que se refiere la ley de 1821, no constituye fundamento jurídico para deducir que por ese solo hecho de la omisión mencionada, los poseedores que en ella incurrieron hubiesen caído en la sanción prevista en el artículo 5.º de dicha ley y que, por tanto, sus tierras hubiesen vuelto automáticamente, por el transcurso del plazo señalado sin el cumplimiento de la obligación, al dominio de la República. Y como claramente se ha visto que la posesión inmemorial o justa prescripción debió ser efectiva y real, concepto que se reproduce en el de explotación económica, habrá que acreditar tal explotación económica para ponerse en capacidad de alcanzar hoy la declaración judicial de propiedad sobre tierras realengas poseídas a título de justa prescripción o por posesión inmemorial durante la Colonia.

En el presente juicio se ha comprobado la explotación económica de las tierras a que se refiere la Compañía avisante y que ellas salieron del patrimonio del Estado al de los particulares cuyas titulaciones se han examinado, en virtud de justa prescripción.

PRUEBAS

— 112 —

En tesis general el análisis de las pruebas de un proceso corresponde exclusivamente a los sentenciadores de instancia, porque los detalles accidentales sobre que versan las tachas del testimonio son cosas de la libre apreciación de los jueces. La prueba testimonial, como las demás que autoriza la ley, no puede ser materia de acusación en este recurso extraordinario sino en cuanto su mala apreciación sea inductiva a un error de hecho, esto es, a una evidencia manifiestamente contraria a la que se tuvo demostrada por la prueba, o a un error de derecho por haberle otorgado un mérito o valor distinto del que le adscribe la ley. (Casación, LIII, números 1984 y 1985, abril 16 de 1942).

Pág. 327, 2.ª

PRUEBAS

— 113 —

Es bien sabido que en el recurso de casación no se pueden aportar pruebas, sino en el único caso de que, casado un fallo, se dicte auto para mejor proveer. (Casación, LIII, número 1965, febrero 18 de 1942).

Pág. 69, 2.ª

PRUEBAS

— 114 —

Muchas veces se ha repetido que la errónea apreciación de pruebas judiciales no es por sí causal de casación, sino un medio por el cual puede llegarse al motivo que es la violación de ley sustantiva. Cuando esta infracción se hace provenir de equivocada apreciación probatoria es indispensable que la acusación no se detenga en el señalamiento y demostración del error, sino que es preciso citar la ley sustantiva que se considera infringida, que es con la que debe hacer la Corte la confrontación de la sentencia. Sin este complemento el cargo queda a medio camino y es inútil. Y esto aun tratándose de error de derecho por haber desoído el Tribunal las disposiciones legales reglamentarias de la prueba y de su estimación y alcance, disposiciones estas cuya cita, que indudablemente contribuye a dar luz cuando se hace, no es necesaria, y cuyo quebrantamiento, cíteselas o nó, es lo que cons-

tituye precisamente el error de derecho en su apreciación. La calidad sustantiva que siempre se ha reconocido a las disposiciones que consagran la estimación obligatoria de determinadas pruebas —sustantividad de carácter procesal en el sentido de importancia como medios de demostrar el derecho, pero no en la aceptación de fuentes de derecho— no basta para tener por satisfecha la exigencia que impone la ley al recurrente de señalar la disposición propiamente sustantiva, porque, como se acaba de decir, la inexacta apreciación jurídica de la fuerza o eficacia de un elemento de prueba es apenas constitutiva del error de derecho, mediante el cual llegó el sentenciador a una equivocada conclusión sobre la cuestión de fondo debatida en el juicio. Dentro del mecanismo técnico de la causal primera de casación, cuando la violación de la ley proviene de apreciación errónea de pruebas podría llamarse a la del correspondiente artículo que fija el mérito probatorio *violación de medio*, porque de ella, una vez demostrada, hay que deducir todavía el quebrantamiento de la que propiamente llama el artículo 520 del Código Judicial ley sustantiva, y que es el único motivo que da acceso a la casación. (Casación, LIII, número 1986, junio 16 de 1942)..... Pág. 641, 1.ª

PRUEBA TESTIMONIAL

— 115 —

Si un Tribunal, en presencia de testimonios contradictorios que no permiten sacar una conclusión evidente en un sentido o en otro, se halla perplejo o en duda, debe prescindir de la prueba testimonial, por ser ineficaz en este caso, y absolver, con estricta aplicación de lo ordenado en los artículos 601 y 702 del Código Judicial. (Casación, LIII, números 1984 y 1985, abril 29 de 1942).....Pág. 369, 1.ª

R

RECURSO DE CASACIÓN

— 116 —

Cuando para el recurso se invoca el primer motivo legal de casación, restringido a violación de la ley sustantiva, la técnica indefectible exige, como invariablemente se tiene establecido en innúmeros fallos, que se indiquen con la debida precisión los textos legales que se estiman infringidos, expresando, además, en qué concepto, si por violación directa, aplicación indebida, falta de aplicación o interpretación errónea. (Casación, LIII, número 1933, febrero 10 de 1942) .....Pág. 46, 1ª.

RÉGIMEN PATRIMONIAL CONFORME A LA LEY 28 DE 1932

— 117 —

La Ley 28 de 1932 consagró un nuevo régimen patrimonial en la organización y administración de la sociedad conyugal y entró a regir el 1.º de enero de 1933. Pero la adopción en nuestro derecho positivo de tal reforma no produjo el efecto jurídico de hacer desaparecer para lo futuro el régimen de las sociedades conyugales, ni de liquidar las ya existentes, como lo ha dicho la Corte en numerosos fallos. Dedúcese de lo expuesto que los bienes que eran sociales el 1.º de enero de 1933, y que no dejaban de serlo por la sola circunstancia de entrar a regir la Ley 28 de 1932, no pueden enajenarse bajo el imperio del nuevo estatuto sino por ambos socios, mientras perdure la sociedad de bienes entre los cónyuges y no se haya realizado la liquidación provisional que permite el artículo 7.º de la Ley 28. De ahí que sean atacables las enajenaciones de bienes sociales hechas por el marido, con posterioridad al 1.º de enero de 1933, sin el concurso o intervención de la mujer, o viceversa. Como corolario del mismo sistema consagrado en la reforma, los adquiridos por uno solo de los cónyuges a cualquier título, durante el matrimonio y bajo la vigencia de la nueva ley, son de su libre disposición y administración, en términos que para enajenarlos no se requiere de la intervención del otro cónyuge asociado. La mujer casada, bajo el régimen de la Ley 28, tiene aptitud para ejercer todos los actos de la vida civil y para comparecer en juicio sin la asistencia del marido. Uno de los efectos jurídicos del nuevo sistema es la personería sustantiva de la mujer casada para accionar o para excepcionar en defensa del patrimonio social o del suyo propio, siempre que fuere necesario, sin necesidad de la intervención del marido o de la justicia, en subsidio. Mientras no se liquide definitivamente la sociedad conyugal en virtud de su disolución, o no se haga la liquidación provisional que permite el artículo 7.º de la Ley 28, no puede decirse que cada cónyuge tenga derecho exclusivo y directo de dominio *in re* sobre un bien social, ya que cada uno de éstos puede adjudicarse en su totalidad o en parte a uno solo de los socios en la partición, luégo de hacerse previamente las deducciones y compensaciones que ordena la ley, si fuere el caso. (Casación, LIII, números 1984 y 1985, abril 30 de 1942) ....Pág. 380, 1.ª y 2.ª

REGISTRO

— 118 —

En tratándose de inmuebles no basta la tradicióu inscrita y el consiguiente registro de la compraventa para que se considere cumplida de manera completa la obligación que la ley (artículo 756, Código Civil) impone al vendedor de hacer entrega al comprador, de la cosa vendida, con la oportunidad que señala precisamente para estos casos el artículo 1832 del Código Civil. (Casación, LIII, números 1984 y 1985, abril 30 de 1942)..... ....Pág. 383, 2.ª

REGISTRO

— 119 —

La inscripción o registro de un título es formalidad posterior al otorgamiento de la escritura, que puede realizarse en cualquier tiempo, salvo el registro de la hipoteca. Mientras no se realiza, suspende la fe probatoria que debe darse al instrumento, pero no arruina el vínculo contractual voluntariamente creado, ni hace desaparecer las prestaciones contraídas. (Casación, LIII, número 1986, junio 16 de 1942)....Pág. 649, 2.ª

REGISTRO

— 120 —

Como ha decidido la Corte varias veces, el registro se retrotrae a la fecha en que se otorga la respectiva escritura. Es imposible, en efecto, que la tradición inscrita, dado nuestro régimen de registro, se verifique coetáneamente, en el mismo instante en que los interesados firman la escritura. Vendido un inmueble, el vendedor tiene la obligación de hacer la tradición de aquél y el comprador, por su parte, está interesado en

el mismo sentido. Por eso éste, con frecuencia, hace las diligencias del caso. Pesa sobre el vendedor la obligación de hacer que se efectúe la tradición inscrita, obligación que pasa a sus herederos. (Casación, LIII, números 1984 y 1985, marzo 23 de 1942).
Pág. 258, 1.ª

REGISTRO DE LA MORTUORIA

— 121 —

La causa mortuoria en que figuran inuebles de distintas ubicaciones debe inscribirse en el libro correspondiente de cada uno de los respectivos circuitos; pero de que en una copia de hijuela de adjudicación de un bien no aparezca el registro de la mortuoria en los circuitos de los bienes restantes no puede deducirse el rechazo de ella como prueba si, por otra parte, contiene el registro del Circuito de ubicación del bien de que se trata. (Casación, LIII, número 1983, febrero 18 de 1942).....Pág. 61, 1.ª y 2.ª

REGISTRO DE LA SENTENCIA

— 122 —

La sola inscripción de la sentencia produce el resultado previsto en el artículo 789 del Código Civil. (Casación, LIII, números 1984 y 1985, abril 20 de 1942).
Pág. 336, 2.ª

REIVINDICACIÓN

— 123 —

No es viable la acción reivindicatoria cuando los bienes objeto de ésta han sido destinados a un objeto especial o afectados a un servicio público por voluntad expresa, aunque unilateral, de quien después se presenta como reivindicador. (Casación, LIII, número 1986, junio 25 de 1942) .....Págs. 695, 2.ª y s. s.

REIVINDICACIÓN

— 124 —

Para que la acción de dominio prospere son necesarias cuatro condiciones: 1.ª, cosa singular reivindicable o cuota determinada de cosa singular; 2.ª, derecho de dominio en el demandante; 3.ª, posesión material en el demandado y 4.ª, identificación de la cosa materia de la reivindicación, o sea que lo que se reivindica por el actor sea lo mismo que posee el demandado. No se pueden reivindicar las obras que hacen parte integrante de un servicio público, o que han sido incorporadas a él en virtud de expropiación por parte del Estado. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LIII, números 1984 y 1985, marzo 26 de 1942).
Pág. 499, 1.ª y 2.ª

REIVINDICACIÓN

— 125 —

En derecho colombiano no puede sostenerse la aserción de que para que prospere una acción reivindicatoria es indispensable demandar la nulidad del contrato por el cual la cosa que se reivindica fue enajenada, porque si bien el artículo 1784 del Código Civil da acción reivindicatoria cuando se pronuncia la nulidad, cierto es también que la acción reivindicatoria puede intentarse sin demandar la nulidad del respectivo contrato, porque en esta acción se comparan títulos y de esa comparación resulta la preferencia o prevalencia de unos sobre otros. Si prevalecen los del demandante la acción prospera. (Casación, LIII, números 1984 y 1985, marzo 24 de 1942) .....Pág. 267, 1.ª

REIVINDICACIÓN DE BIENES ENAJENADOS POR EL MARIDO SIN CONSENTIMIENTO DE LA MUJER

— 126 —

La Corte, interpretando la Ley 28 de 1932, que cambió el régimen de la sociedad conyugal, ha establecido en varias decisiones que ese estatuto no se aplica a toda clase de sociedades conyugales, no liquidadas, bien sea a las establecidas con anterioridad a su vigencia, o a las formadas con posterioridad a ella, y que en esta situación el marido ha dejado de ser el único administrador de los bienes sociales, y ya no es dueño, respecto de terceros de dichos haberes, y no puede disponer de ellos con independencia absoluta de la mujer. Y en reciente fallo, la Corte ha ratificado de manera definitiva la anterior doctrina, sosteniendo que a la mujer le compete la acción reivindicatoria a favor de la sociedad conyugal, de los bienes enajenados por el marido únicamente, sin consentimiento de la mujer. (Casación, LIII, números 1984 y 1985, marzo 24 de 1942) .....Pág. 263, 1.ª y 2.ª

REIVINDICACIÓN PARA LA SOCIEDAD CONYUGAL HECHA POR PARTE DE LA MUJER CASADA, CUYOS BIENES SE VENDIERON POR EL MARIDO EN CONTRAVENCIÓN A LO DISPUESTO POR LA LEY 28 DE 1932

— 127 —

La mujer como socia y, por lo tanto, partícipe en los bienes de la sociedad conyugal existente cuando entró a regir la Ley 28, tiene personería propia e independiente del marido para demandar la nulidad o inexistencia de los contratos celebrados por el marido tendientes a extraer bienes de esa sociedad de manera ilegítima; y la reivindicación de esos bienes está bien demandada para la sociedad porque de la sociedad conyugal son y a la sociedad conyugal deben volver. (Casación, LIII, número1986, junio 25 de 1942).
Pág. 680, 1.ª

REIVINDICACIÓN Y SUFICIENCIA DE TÍTULOS

— 128 —

Quien intenta reivindicar o solicitar una declaración de dominio ha de probarlo con la escritura pública correspondiente, en tratándose de bienes raíces, de acuerdo con el artículo 630 del Código Judicial.

Una cosa es el título mismo y otra la suficiencia de él, y como es precisamente en una acción de propiedad donde se controvierten o discuten los títulos que aduzcan las partes, lo que se hace en debate amplio, al demandante le basta afirmar y comprobar su condición de dueño presentando el título, y al demandado, si tiene otro anterior o posterior de mejores condiciones, proceder a oponérselo al primero; en este caso, sólo entonces, si el demandante quiere demostrar que su título es legalmente atendible, puede acreditar su suficiencia para mayor abundamiento y convicción. Al reivindicador le basta demostrar que es dueño de la cosa, y esa demostración se hace con la

presentación de su título debidamente registrado y nada más. En ninguna parte ha dicho la ley que para reivindicar u obtener una demostración de propiedad es necesario presentar título acreditado como suficiente. Si sólo con título acreditado de suficiente pudiera obtenerse una declaración de propiedad, resultaría que dueños de terrenos con títulos de corta data no podrían ampararse en la justicia para volver a su patrimonio lo que les pertenece, pero que por una u otra circunstancia está poseído por terceros; y esto es desde todo punto de vista inaceptable. La suficiencia del título sería necesario demostrarla si quien reivindica o quiere una declaración de propiedad fuera obligado a dirigir su acción contra todo sujeto de derecho. (Casación. L, números 1964 y 1965, agosto 12 de 1940).

Págs. 339, 2.ª y 340, 1.ª

REMATE

— 129 —

El acta de remate con su auto de aprobación se equiparan a una escritura pública y la persona cuyo dominio se transfiere es el tradente y el juez su representante legal (artículo 741 del Código Civil y 1502 del Código Judicial), de donde se desprende que el acta de remate es título suficiente para reivindicar cuando el demandado no le opone otro registrado con antelación, o la correspondiente excepción de prescripción adquisitiva, ya sea ordinaria o extraordinaria. No es necesario para que prospere la acción reivindicatoria que el título que se exhiba para ello tenga que llenar los requisitos del artículo 653 del Código Judicial porque la ley no exige para la viabilidad de esta acción que se acredite la suficiencia del título (Casación LIII, números 1984 y 1985, marzo 24 de 1942.

..... Pág. 266, 1.ª y 2.ª

REMISIÓN

— 130 —

Aunque de acuerdo con el artículo 1712 del Código Civil la remisión que procede de mera liberalidad está sujeta en todo a las reglas de la donación entre vivos y necesita de insinuación en los casos en que ésta se requiere, sin embargo, tratándose de remisión tácita no es posible aplicar aquellos preceptos en cuanto sólo se refieran a requisitos exteriores, porque fundándose en un hecho que se traduce en manifestación de voluntad tácita, esto es, en ausencia de toda forma, no hay lugar a exigir ninguna condición externa esencial. (Casación, L, números 1964 y 1965, noviembre 20 de 1940).....Pág. 448, 2.ª

RENTA VITALICIA

— 131 —

El hecho negativo alegado por el actor, consistente en que el demandado no pagó la renta vitalicia mensual a que se obligó, no constituye una negativa de carácter indefinido, sino que se traduce en el hecho positivo del pago, que puede y debe demostrarlo quien afirma que lo hizo. En el contrato de renta vitalicia no tiene cabida la acción de resolución por el no pago de la renta, conforme a lo dispuesto en el artículo 2294 del Código Civil, a menos que las partes hayan estipulado otra cosa. La acción procedente es la que establece el artículo 2295 de la obra citada, para obtener el pago de lo atrasado y obligar al deudor a prestar seguridades para el pago futuro. (Casación, LIII, número 1983, marzo 10 de 1942).....Pág. 109, 1.ª y 2.ª

RESOLUCIÓN DE CONTRATO

— 132 —

Es evidente que para que pueda pedirse la resolución de un contrato se requiere, por una parte, que uno de los contratantes no haya cumplido su obligación por su culpa, y por la otra, que el otro contratante haya cumplido la suya. La ley autoriza el ejercicio de esta acción resolutoria a la parte que ha cumplido contra el contratante moroso. Para que la acción prospere es indispensable que uno de los constratantes se encuentre en mora, de tal modo que si el demandante no ha cumplido su obligacion, el contratante contra quien pide la resolución no se encuentra en estado de mora en virtud de lo dispuesto por el artículo 1609 del Código Civil. (Casación, LIII, número 1983, febrero 2 de 1942)..... Pág. 47, 1.ª

RESPONSABILIDAD CIVIL POR CULPA AQUILIANA

— 133 —

La jurisprudencia de la Corte sobre culpas contractual y aquiliana, reiterada en numerosos fallos, se funda en las múltiples y sustanciales diferencias que distinguen las dos clases de responsabilidad citadas. Estas diferencias, que a la vez que las caracterizan las colocan bajo regímenes legales distintos y de especialidad obligatoria en su aplicación, se refieren a su origen, a las reglas sobre capacidad que les son aplicables, a la extensión y límites de la indemnización a que dan lugar, a las condiciones de su exigibilidad y al régimen probatorio de la culpa que les sirve de fuente. A más de estas características, que no dejan confundir las dos responsabilidades, conviene destacar la circunstancia constitutiva también de una modalidad diferencial, de que solamente la culpa contractual, esto es, la que incide en el cumplimiento de una obligación preexistente, es la que admite las tres gradaciones de grave, leve y levísima que establece y define el artículo 63 del Código Civil con el objeto muy importante de determinar el alcance de la responsabilidad del deudor en los distintos contratos según el beneficio exclusivo o común que de ellos reporten los contratantes, como lo estatuye el artículo 1604 del mismo Código. La culpa *extracontractual*, que incide en un simple hecho ocurrido al margen de toda relación convencional, no admite esta clasificación tripartita porque la responsabilidad que genera da derecho a una indemnización total cuya única medida es la realidad del daño sufrido y en la cual no cabe tampoco la clasificación de perjuicios previstos e imprevistos que sí condicionan la extensión de la responsabilidad contractual. La reducción en la apreciación del daño que autoriza el artículo 2351 del Código Civil en el tratado de la culpa delictual, en el caso de que el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente es un fenómeno jurídico en la concurrencia de culpas que nada tiene que ver con la gradación en tres de que sólo es susceptible la culpa contractual. No es legal involucrar la responsabilidad contractual y la responsabilidad delictual en una misma relación jurídica, pues, como lo ha dicho la Corte, «ni la ley ni la doctrina autorizan el ejercicio de esta acción híbrida según expresión de los expositores, porque la yuxtaposición o acumulación de estas dos especies diferenciadas de responsabilidad es imposible, ya que la contractual, por su propia naturaleza, excluye la generada por el delito». (Casación, LIII, número 1983, febrero 2 de 1942) ..... Pág. 85, 1.ª y 2.ª

RIESGO

— 134 —

El riesgo creado por una persona natural o jurídica, al poner en juego sus actividades, no da nacimiento por sí solo a la obligación de reparar los daños y perjuicios acaecidos por ese riesgo, teoría expuesta por algunos expositores y que la Corte hasta ahora no ha prohijado y sí rechazado. (Casación, LIII, número 1986, junio 19 de 1942).....Pág. 655, 1.ª.

S

SANEAMIENTO POR EVICCIÓN

— 135 —

De conformidad con los artículos 1893, 1894 y 1895 del Código Civil la acción de saneamiento por evicción presupone la existencia de estos elementos esenciales: 1.° Que el demandado, directa o indirectamente, haya vendido al demandante la cosa evicta; 2.° Que el demandante comprador haya perdido total o parcialmente el dominio y posesión del bien comprado directa o indirectamente al demandado, y 3.° Que la cosa evicta en una sentencia sea la misma que el comprador demandante adquirió del demandado vendedor, directa o indirectamente. (Casación, LIII, números 1984 y 1985, abril 20 de 1942)..Pág. 334, 1.ª

SENTENCIA ABSOLUTORIA

— 136 —

Se ha repetido tesoneramente, y es cuestión que ya no se discute en casación, que todo fallo absolutorio está en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas en la demanda, cuando en él se han estudiado todas las cuestiones propuestas en la demanda. (Casación, LIII, números 1984 y 1985, abril 30 de 1942).....Pág. 391, 2.ª

SENTENCIA ABSOLUTORIA

— 137 —

No parece, ni es aceptable, la consideración de un recurrente de que no hay consonancia entre lo pedido y lo fallado, cuando la decisión de fondo es completamente adversa a las pretensiones del demandante, porque todas las sentencias absolutorias adolecerían de la tara de incongruencia, ya que no armonizan con las pretensiones del demandante. (Casación, LIII, números 1984 y 1985, marzo 24 de 1942).....Pág. 262, 2.ª

SENTENCIAS EN JUICIOS POSESORIOS DE MINAS

— 138 —

Es doctrina de la Corte la de que los fallos que deciden en el fondo los juicios posesorios de minas tienen el carácter de sentencias definitivas y no pueden ser revisados, por lo tanto, ni repuestos por el mismo juez o Tribunal que los pronuncia. (Auto, Sala de Negocios Generales, LIII, número 1896, julio 10 de 1942).....Págs. 749, 1.° y 2.ª y ss.

SOCIEDADES

— 139 —

Las sociedades de hecho se dividen en dos clases, así: 1.° Las que se forman por virtud de un consentimiento expreso y que, por falta de uno o de varios o de todos los requisitos o de las solemnidades que la ley exige para las sociedades de derecho, no alcanzan la categoría de tales. 2.ª Las que se originan en la colaboración de dos o más personas en una misma explotación y resultan de un conjunto o de una serie coordinada de operaciones que efectúan esas personas y de las cuales se induce un consentimiento implícito. Aunque en la anterior definición alude la doctrina jurisdiccional de la Corte a la manera como puede surgir este fenómeno jurídico, en general, es igualmente aplicable tanto a las sociedades de hecho del derecho comercial como a las que vienen reconocidas y reguladas por el derecho civil. La Corte acepta con Planiol y Ripert que las sociedades de hecho pueden ser civiles y comerciales. De acogerse la tesis contraria y de negarse rotundamente la existencia de las sociedades civiles de hecho, no tendría aplicación alguna ni menos interpretación razonable el artículo 2083 del Código Civil. El concepto absoluto de que toda sociedad civil, cualquiera que sea su naturaleza y calidad, es de carácter consensual y no requiere de formalidades externas quirografarias, no es exacto, dado que si bien la sociedad civil regular en general es consensual, algunas de sus formas o especies sí exigen formalidades externas escritas, tales como las sociedades civiles en comandita por acciones y las anónimas, que están sujetas a los mismos requisitos que sus similares del derecho comercial; y la sociedad civil de responsabilidad limitada, que también debe someterse a ciertas formalidades *ad solemnitatem*, según lo consagra la ley.

Siendo la sociedad civil, por regla general y salvo casos excepcionales, consensual, no requiere para su validez y perfeccionamiento de formalidades externas o escritas. Teniendo tal carácter, queda sometida a las reglas generales probatorias de nuestro derecho procesal y no es menester demostrar su existencia en juicio por medio de elementos quirografarios. (Casación LIII, número 1983, febrero 26 de 1942).

Págs. 91, 2.ª y ss.

SOCIEDADES EXTRANJERAS

— 140 —

Las compañías domiciliadas en el Exterior con negocios permanentes establecidos o por establecer en Colombia, podrían hallarse en relación con el decreto legislativo número 2 de 1906 en alguna de estas situaciones: o los iban a establecer, y entonces el decreto las comprendía claramente y tenían para llenar sus exigencias los seis meses de que él habla en el inciso 1.° de su artículo 1.°; o los tenían ya establecidos, y en este caso podía suceder que ya estuviesen legalizadas por haberse ajustado a las exigencias de las leyes anteriores al decreto, o que ningún paso hubieran dado en este sentido, caso en el cual tenían para llenar aquellos requisitos el año fijado por el mismo artículo 1.° en su inciso 2.°. Como la compañía demandada estableció negocios en territorio colombiano en 1900, su legalización tenía que ajustarse a la Ley 42 de 1898, que estaba a la sazón vigente. En derecho sería inaceptable que las omisiones de requisitos necesarios en una época dada se juzgasen a la luz de un sistema legal distinto del vigente en ella. Y lo extraño de semejante modo de juzgar cobraría mayor relieve si ese sistema distinto es posterior, si establece requisitos nuevos y sanciones nuevas más graves y si se guarda de abarcar con alcance de retroactividad las omisiones en que antes de él se haya incurrido.

Ni las Leyes 62 y 124 de 1888, ni la 42 de 1898 establecieron la nulidad de los contratos celebrados por compañías que faltasen a los requisitos necesarios se-

gún aquéllas para que éstas se constituyesen o funcionasen en Colombia, pues la más severa de ellas, que es la 62, castiga la falta con la declaración de inexistencia de la compañía infractora. Se ve cuán aberrante sería que, habiéndose la compañía demandada acogido a estas leyes, que era lo que precisamente tenía que hacer y lo único que era dado exigirle, se le desconociera la situación legal en que se colocó y se la reputase bajo las exigencias y consiguientemente bajo las sanciones del decreto de 1906. (Casación, LIII, número 1986, junio 2 de 1942). .....Pág. 607, 1.ª y 2.ª

SOBROGACIÓN

— 141 —

Para que se realice el fenómeno de la subrogación es de rigor, en primer término, que tratándose de la mujer casada y antes de la vigencia de la Ley 28 de 1932 se obtenga el consentimiento de ésta y la autorización judicial con conocimiento de causa; y en segundo lugar, que se haga constar expresamente la intención de subrogar tanto en la escritura de venta del inmueble de la mujer como en la compra del destinado a reemplazarlo (artículos 1783, 1789, 1790 y 1791, Código Civil). Esto con el fin de que los terceros que la conozcan sepan la naturaleza jurídica del negocio realizado, al entrar en relaciones con la sociedad conyugal o con cualquiera de los cónyuges.

Estima la Corte que se puede subrogar un bien raíz de uno de los cónyuges a otro inmueble en su totalidad o a cuotas o derechos proindivisos sobre éste, sin que exista transgresión del artículo 1789 del Código Civil. (Casación, LIII, número 1986, junio 16 de 1942).....Pág. 649, 1.ª

SUFICIENCIA DE TÍTULOS

— 142 —

Por regla general es bastante, para acreditar los actos y contratos sujetos a la solemnidad de la escritura pública, la presentación del correspondiente instrumento en copia con nota de haberse hecho el registro en la forma debida; pero existen casos en que la ley exige que, además de la presentación de este título registrado, se acredite su suficiencia, como sucede, entre otros, en los contemplados en los artículos 998, 1135 y 1189 del Código Judicial. Esta forma de acreditar el dominio, que como se ve es solamente sumaria, procede legalmente cuando es necesario de mostrar la propiedad en juicios en que ese derecho no es el objeto de la controversia; por ejemplo, para reclamar indemnización y pago en casos de expropiación de una propiedad cuya titularidad queda así suficientemente acreditada, o para iniciar una acción de deslinde o una divisoria de bienes comunes, o para demandar el desembargo en el caso del artículo 1008 del Código Judicial, o para comprobar la solvencia de un fiador, etc. Pero no es de ley exigir que se compruebe la suficiencia del título en juicio de reivindicación en los que no se trata de demostrar sumariamente el dominio, sino de justificar, con relación al demandado, el derecho que se tiene para que la cosa que éste posee pase a poder del demandante estableciendo probatoriamente, con una confrontación de títulos, una situación jurídica más arreglada a derecho. (Casación, LIII, número 1986, junio 25 de 1942). Pág. 682, 2.ª.

T

TERCERÍAS

— 143 —

Aun cuando el artículo 236 de la Ley 105 de 1890 preceptuaba que las tercerías se tramitaban por el respectivo juicio ordinario, eso no significó nunca que una tercería tuviera todas las características de tal juicio. Así lo sostuvo la Corte en numerosos fallos y fundó jurisprudencia sobre el particular que acataron todos los jueces y tribunales. (Casación, LIII, números 1984 y 1985, abril 15 de 1942). ..... Pág. 310, 2.ª

TESTADOR

— 144 —

La ley, la jurisprudencia y la doctrina se inclinan cada día más a salvar la voluntad del testador, para que ésta prevalezca sobre los ataques sobrevinientes por herederos que se crean defraudados en sus aspiraciones, en virtud del testamento de su causante. La capacidad y el estado sano mental del testador se presumen y lo amparan, de modo que es sólo cuando esa presunción se destruye plenamente, cuando su voluntad expresada en el acto testamentario no tiene eficacia legal. Para destruirla no basta simplemente la duda en el juzgador ni puede éste tampoco basarse al respecto en pruebas deficientes, sino que por lo mismo que es tan grave y trascendental e irreparable no darle prevalencia a la voluntad de un testador, que no puede defenderla, es preciso que la prueba se destaque y brille con absoluta nitidez y precisión para que pueda anularse el efecto de lo consignado en el testamento. Además de la presunción sobre capacidad y estado sano mental del testador existe otra de carácter general y es la de que siendo los Notarios depositarios de la fe pública, sus declaraciones propias llevan una presunción de veracidad que no puede destruírse sino en virtud de factores probatorios que plenamente eliminen aquélla. Cuando el Notario declara que el testador se halla en su entero y cabal juicio y en el pleno uso de sus facultades mentales, esa aseveración rige y prima, mientras no sea desvirtuada. Esa misma presunción de veracidad que ampara al Notario y que es garantía y base de seguridad para todos refluye sobre las declaraciones del testador o de los comparecientes a un acto notarial, respecto de la libertad y espontaneidad, en el primer caso de la disposición de los bienes, en el segundo de las declaraciones contractuales, que constan en la escritura pública respectiva. Por eso también esa presunción al respecto no puede destruírse sino en la forma ya indicada. La disposición del artículo 1118 del Código Civil está encaminada no sólo a evitar influencias sobre la voluntad del testador, sino a asegurar la exactitud y espontaneidad de sus declaraciones testamentarias. Para que este artículo tenga operancia es preciso que la asignación testamentaria dependa únicamente de la respuesta afirmativa o de la señal de la misma naturaleza que haya dado o hecho el testador, o sea, es necesario que su voluntad al respecto aparezca movida por alguna persona. Mas cuando escrito el testamento y preguntado el testador por el Notario si el testamento está corriente, responde aquél que sí lo está, no tiene ni puede tener incidencia el precitado artículo 1118, por cuanto entonces lo que hace el testador es ratificar o dar su asentimiento a lo que anteriormente escribió o mandó escribir. En

esto sucede exactamente lo mismo que en todo acto pasado ante un Notario, en que una vez leída la escritura que ha sido tomada de la minuta llevada por los interesados o de lo que éstos han dictado directamente a los empleados o al Notario, pregunta éste a las partes si está corriente. Es claro que no se podrá sostener que en esos casos es la voluntad del Notario la que ha influido o la que se ha escrito. En la jurisprudencia tanto chilena como colombiana, referente a los artículos 1060 y 1118 de los respectivos Códigos Civiles se ha delimitado el alcance de esos artículos en el sentido de considerar que la respuesta a una pregunta del Notario, dada por el testador, sobre una asignación o sobre el nombramiento de albacea, no vicia la disposición o designación si por otra parte una u otra son espontáneas del testador. Resulta entonces que cuando se demuestra que el testador ha escrito u ordenado escribir, o dictado su testamento, no puede tener aplicación el artículo 1118 del Código Civil, pôr más que el Notario, al tiempo de la firma del acto pregunte al testador, después de leérselo, si está bien lo escrito y éste conteste con un sí o con una señal afirmativa. (Casación, LIII, número 1986, junio 2 de 1942). ..... Pag. 613, 2.ª

TESTAMENTO NUNCUPATIVO

— 145 —

La ley autoriza el testamento nuncupativo ante testigos, sin la presencia del Notario, como lo estatuye el artículo 1071 del Código Civil, pero sólo en forma subsidiaria del nuncupativo solemne ordinario y para el caso excepcional de que en el lugar donde ha de otorgarse el testamento no hubiere Notario, o faltare este funcionario (artículo 1071 ibid.). Fuera de esta situación especial de excepción, no puede válidamente testarse ante cinco testigos. (Casación, LIII, números 1984 y 1985, abril 16 de 1942) ..... Pág. 330, 2.ª

TESTAMENTOS

— 146 —

La Corte, con un criterio racional que tiende a salvar siempre la voluntad del testador, ha decidido que la ley no exige que se haga constar en los testamentos solemnes el cumplimiento de las formalidades a que aluden los artículos 1071 a 1074 del Código Civil, inclusive, y que por lo tanto del hecho de que no se deje constancia de ellas no se deduce que no se hayan cumplido. Y sobre el alcance del artículo 1075 del Código Civil há mucho tiempo que la Corte, guiada por el criterio de que se ha hablado, decidió, y es hoy jurisprudencia casi universal, que «los testamentos abiertos pueden ser válidamente firmados por el testador con firma no entera, con tal que sean conocidos el Notario y las demás personas que intervienen en su otorgamiento y que el espíritu de la ley que exige, y no como indispensable, la firma del testador en el testamento, no puede ser otro que el de que ese documento, que ha de producir sus efectos después de la muerte de aquél, lleve consigo una señal inequívoca de su autenticidad». En tratándose de las inhabilidades de los testigos y refiriéndose al numeral 9.º del artículo 1068 del Código Civil, que prohibe a los amanuenses del Notario ser testigos del testamento, la Corte, en sentencia de casación pronunciada en 1922 decidió que los amanuenses del Notario a quienes la ley prohibe ser testigos de instrumentos solemnes son los empleados que tiene permanentemente en su oficina y no quien ocasionalmente escribe el instrumento o acta; y posteriormente, en sentencia de 18 de marzo de 1936, estudió por todos sus aspectos el asunto fijando el alcance que debe darse al vocablo amanuense del Notario, empleado por el numeral 9.º del artículo 1068 del Código Civil y decidiendo que no puede confundirse al simple copista con el empleado del Notario ocupado en forma permanente por éste y pagado en forma constante y las más de las veces, por no decir siempre, a sueldo fijo. Se fijó en ese fallo la calidad de dependiente del Notario, como amanuense, y el simple carácter de amanuense pero sin esa dependencia como empleado, para decidir que quien no tenga esa dependencia, que caracteriza al empleado, puede ser testigo del testamento. (Casación, LIII, números 1984 y 1985, abril 8 de 1942)..... Págs. 288, 1.ª y 2.ª, y 289, 1.ª y 2.ª

TITULACIONES

— 147 —

Lo primero en el estudio de una titulación es saber cuál es la cosa a que se refiere un título. Y sólo a condición de que tal cosa sea identificable, cabe ahondar acerca de la situación jurídica que el título creó en relación con su objeto. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LII, números 1984 y 1985, marzo 20 de 1942). Pág. 476, 1.ª

TÍTULOS DE TIERRAS ANTERIORES AL AÑO DE 1821

— 148 —

(Véase la doctrina titulada *Propiedad de tierras y de minas*. La sentencia de la Sala de Negocios Generales de fecha 5 de agosto de 1942, *Gaceta Judicial* número 1985, páginas 793 y siguientes).

TÍTULO REGISTRADO

— 149 —

El artículo 635 del Código Judicial tiene su aplicación en diversos juicios, como en el divisorio, si la prueba del demandante consiste en un título registrado, y la tiene aún extremando la exigencia sobre longitud del período, cuando se embargan bienes en ejecuciones o cuando por trámite especial se solicita la venta de fincas hipotecadas (artículos 1008 y 1189 del Código Judicial). En estos casos, y seguramente en algunos otros, será indispensable presentar la consabida prueba. No así cuando se ejercita la acción real de dominio. (Casación LIII, número 1985, junio 25 de 1942). ..... Pág. 670, 1.ª

TRANSACCIÓN

— 150 —

Por el fenómeno de la transacción se verifica no sólo un desplazamiento sino una situación o modificación del pacto primitivo en virtud del nuevo acordado por los contratantes, y entonces las relaciones jurídicas entre éstos, lo mismo que todas las consecuencias que emanan de ellas, son regidas por el nuevo convenio en lo que sustituye al anterior. Y no solamente tiene la transacción, entre otros, el carácter y la naturaleza de que se ha hecho mérito, sino especialísimo y de excepción, o sea el de producir el efecto de la cosa juzgada, por lo mismo que con ella terminan un litigio las partes o evitan un pleito. (Artículo 2483 del Código Civil). La sentencia ejecutoriada sobre el modo de cumplir un contrato y la transacción

que las partes hagan al respecto tienen la misma fuerza, aunque procedan de fuentes distintas. En el primer caso, es el imperio del juez, que teniendo a la vista el contrato y estudiándolo, falla según las normas de derecho, sin poder apartarse de lo estipulado por las partes. En el segundo, la voluntad contractual movida por el deseo de prevenir o poner fin a un litigio, cede en sus pretensiones y modifica el pacto primitivo. Cuando la transacción se verifica dentro del pleito produce no sólo el efecto de variar y hasta eliminar los términos de la demanda y la misma naturaleza de la acción incoada, sino también de impedir al juzgador el fallo sobre lo que fue transigido. En esta última parte el efecto de la transacción es el mismo del desistimiento judicial. Lógicamente resulta entonces que todas las peticiones derivadas de una demanda, por la ejecución, cumplimiento o incumplimienlo de un contrato, cuando se ha verificado la transacción, quedan afectadas en la misma forma en que lo ha sido el objeto principal del convenio de transacción. (Casación, LIII, números 1984 y 1985, abril 25 de 1942).

Pág. 353, 1.ª y 2.ª

V

VENTA DE BIENES DE LA SUCESIÓN ANTES DE LA PARTICIÓN

— 151 —

El artículo 1401 del Código Civil se refiere a la enajenación sin mencionar la hipoteca; pero a más de que el 779 abarca a ambas, el 2442 no puede entenderse limitado a cosa singular, de suerte que excluya una comunidad de otra clase, ya porque no se vería motivo para establecer diferencia de disposición no habiéndola en las razones, ya porque su redacción misma obliga a reconocer que comprende la pluralidad de bienes, sin reducirse al de uno solo, puesto que expresamente contempla el caso de que los haya de clases distintas, unos hipotecables, otros no, y puesto que habla de *bienes* —así en plural— adjudicados a los otros copartícipes. Y no es este simple argumento que pudiera tacharse de meramente gramatical lo que conduce a esa opinión, sino, más aún, la aludida igualdad de razón, consistente en que, tanto en la comunidad universal como en la singular, media incertidumbre sobre lo que precisamente acabará por cubrir el haber de cada comunero, y no se ve motivo jurídico para que ante la contingencia de que a cierta persona se adjudique o no esto o aquello, el legislador permitiera en un caso sacar avante la validez de la hipoteca y negara lo mismo en el otro, al extremo de hacerla absolutamente nula. No pueden pasarse por alto las peculiaridades del lapso que transcurre entre la muerte del de *cujus* y la partición. Entre tanto el heredero o herederos no tienen título inscrito y personal sobre tal o cual de los bienes relictos y al mismo tiempo tienen derecho en todos. Es una época de incertidumbre acerca de con cuál o cuáles bienes se ha de cubrir el haber herencial de cada uno de los herederos y aun sobre ese haber mismo, que sólo se precisará cuando al partir se haga la liquidación a que el legislador atiende expresamente como pago inicial. (Código Civil, artículo 1394).

La enajenación anterior a la partición puede tener validez plena porque lo enajenado por el heredero viene a adjudicársele; o puede tener sólo la validez correspondiente a la venta de cosa ajena, con todas las resultas de ésta, si lo enajenado no se le adjudica. La hipoteca anterior a la partición puede tener a su turno la plena validez correspondiente a que lo hipotecado se adjudica al hipotecante o puede, por adjudicarse a persona o personas distintas, carecer de valor al punto de no tenerlo sino en cuanto el consentimiento de los adjudicatarios se lo confiera.

El artículo 2442 del Código Civil no puede ser interpretado en forma de que excluya la comunidad universal o la pluralidad de bienes de que se habló en la parte motiva del fallo. Ya había dicho la Corte que «estando el dominio del comunero, por decirlo así, sobre todo el inmueble, no es pertinente ni aceptado equiparar la hipoteca, de cualquiera extensión que sea, que otorgue sobre la finca indivisa un copropietario, con la hipoteca sobre cosa ajena. Decidida por virtud del efecto retroactivo que corresponde a la partición la suerte y el alcance de la hipoteca otorgada por un comunero o indivisario sobre la totalidad o una parte de la finca común, surge la noción de cosa ajena en favor de los copartícipes restantes, adjudicatarios de parte del inmueble gravado hipotecariamente por otro comunero, y de esta manera se explica la caducidad de la hipoteca contemplada en el artículo 2442 del Código Civil. Viva la comunidad, no procede ninguna acción de nulidad de los comuneros por hipoteca *a non domino* y cesado el condominio indiviso, el ejercicio de tales acciones no corresponde sino al dueño exclusivo en quien se radica el interés jurídico, es decir, a los adjudicarios de lo que no corresponde al hipotecante; en ningún caso a éste mismo.... En principio, no existe nulidad por concepto de cosa ajena o *a non domino* en la hipoteca, de cualquiera extensión, que un comunero constituye sobre el inmueble común. La suerte de este gravamen no puede determinarse mientras no cese el condominio por la partición correspondiente, a cuyos resultados, según expresas disposiciones del Código, queda completamente subordinada». Casación, LIII, número 1983, febrero 20 de 1942).....Págs. 73, 1.ª y 2.ª y s. s.

VENTA DE UNA FINCA RAÍZ HECHA POR EL CÓNYUGE ADQUIRENTE BAJO EL IMPERIO DE LA LEY 28 DE 1932

— 152 —

La Corte no halla que la facultad de libre disposición otorgada por la ley 28 de 1932 en su artículo 1.º se limite a los bienes que hayan sido materia de la liquidación autorizada en su artículo 7.º; ni encuentra circunscrita esa libre disposición a los bienes que constituían adquisiciones personales y no sociales a la luz del Código. Aquella facultad dispositiva se confiere a cada cónyuge sobre toda adquisición del mismo, sin distinción ni salvedad alguna en lo atañedero a adquisiciones posteriores al 1.º de enero de 1933. Los bienes que eran sociales para dicho primero de enero y que no tenían por què dejar de serlo ante el solo hecho de regir la nueva ley, no pueden enajenarse, ya bajo ella, sino por ambos socios mientras dure y no haya habido liquidación que los traspase a uno solo de los dos; de ahí que sean infirmables y aun se hayan infirmado enajenaciones de bienes en esa situación hechas por el marido sin el concurso de la mujer o por ésta sin el concurso del marido. En contraste con esos bienes, los adquiridos por uno de los consortes a cualquier título durante el matrimonio bajo la vigencia de la nueva ley, son de la libre disposición del respectivo adquirente, de suerte que para la validez de su enajenación no se requiere la concurrencia o intervención del otro. (Casación, LIII, números 1984 y 1985, abril 20 de 1942).....Pág. 341, 2.ª

VEREDICTO

— 153 —

Las decisiones de los jueces de conciencia no pueden reputarse injustas sino cuando aparezca palmariamente que ellas pecan contra la realidad procesal. En los juicios por Jurado le basta al juzgador de derecho examinar en la sentencia si el veredicto tiene o nó respaldo en pruebas del proceso. No está obligado a establecer, además, que de acuerdo con los principios legales sobre la plenitud de las pruebas, los autos suministran la demostración plena y completa de la responsabilidad del acusado. La convicción moral, que es lo que la ley exige de los Jurados, no está subordinada a las condiciones predeterminadas en que se funda la certeza legal. (Casación, LIII, números 1984 y 1985, julio 10 de 1942). Pág. 416, 1.

VEREDICTO

— 154 —

También es doctrina repetida por la Sala en varios fallos la de que en los juicios por Jurado no puede considerarse el veredicto notoriamente injusto si tiene respaldo suficiente en las pruebas del proceso; y que la mera conjetura sobre posible equivocación en el veredicto no bastaría para declararlo injusto ni, menos, notoriamente injusto. (Casación, LIII, números 1984 y 1985, julio 8 de 1942).....Pág. 394, 2.

TABLA

DE LAS DISPOSICIONES CONSTITUCIONALES, LEGALES Y ADMINISTRATIVAS CITADAS, INTERPRETADAS O ALUDIDAS POR LA CORTE EN EL PRESENTE TOMO LIII DE LA «GACETA JUDICIAL»

CONSTITUCIÓN NACIONAL DE 1886

Arts.	Número
41	72
42	72

CONSTITUCIÓN NACIONAL DE 1936

22	85, 90, 91
53	13, 115/106
124	76
136	76
137	76
138	13
149	72, 76

CÓDIGO CIVIL

63	133
213	11
236	11
347	11
351	11
394	11
401	62
403	62
665	9
673	9
706	29
741	129
756	118
789	122
972	105
984	82
1041	151
1068	146
1071	145, 146
1072	146
1073	86, 146
1080	86
1081	86
1118	144
1193	48
1321	99
1322	99
1323	99
1324	61, 99
1394	88, 151
1405	10
1438	23
1546	28
1609	132
1712	130
1732	14
1783	141

CÓDIGO CIVIL

Arts.	Número
1784	125
1789	141
1790	141
1791	141
1849	28
1882	118
1887	28
1888	28
1889	28
1893	135
1894	135
1895	135
1960	22
1961	22
1962	22
1967	23
1994	56
2005	14
2083	139
2294	131
2295	131
2313	61
2314	61
2338	88
2341	38
2345	38
2346	38
2347	38
2349	38
2350	38
2351	38, 133
2352	38
2353	38
2354	38
2355	38
2356	38, 96
2357	96
2442	151
2448	47
2483	150
2525	29
2564	100

CÓDIGO DE MINAS

8.°	82, 83
9.°	83
10	83
11	83
46	81
47	81
48	81

CÓDIGO DE MINAS

Arts.	Número
49	81
66	83
79	82
117	83
118	83
163	82
289	82
292	82, 104
295	82, 104
306	82
310	82
320	82
321	82
331	82
346	82
366	83
367	82, 83
368	83
382	83

CÓDIGO FISCAL DE 1873

—	111
879	111

CÓDIGO PENAL DE 1890

117	67
248	36
619	67
650	67

CÓDIGO PENAL DE 1936

—	67
3.°	90
20	90
28	90
23	90
31	90
32	90
33	90
45	90
74	90
75	90
76	90
161	90
254	90
258	90

CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL ACTUAL

Arts.	Número
5.°	90, 91
12	41
722	34

CÓDIGO JUDICIAL DEROGADO

863	24
1614	41

CÓDIGO JUDICIAL ACTUAL

152	45
169	13
170	13
171	13
205	100,
208	35
222	100
232	97
233	24
283	3
294	3
320	105
353	87
448	33, 84, 98
451	84
455	98
466	105
472	100
473	724, 130
474	24, 66
478	66
482	100
502	12, 87
554	46
593	100
600	18
601	18, 115
630	128
632	11
635	149
636	11
653	129
697	102
698	102
702	115
720	53
721	15
745	18
746	18
847	24
848	24
849	24
850	24
851	24
852	24
853	24
854	24
855	24
857	24
877	104
885	104
982	78
987	78
988	78
989	78
991	78
998	142
1008	149
1030	107

CÓDIGO JUDICIAL ACTUAL

Arts.	Número
1084	107
1089	107
1135	142
1189	142, 149
1203	100
1502	129

CÓDIGO CANÓNICO

777	11, 54
779	54

CÓDIGO POSTAL Y TELEGRÁFICO

40	79

LEYES ESPECIALES:

LEY DE 11 DE OCTUBRE DE 1821

4.°	111
5.°	111
13	111
14	111

LEY DE 30 DE MAYO DE 1846

—	111

LEY 70 DE 1866

	111

LEY 356 DE 1872

5.°	104

LEY 38 DE 1887

5.°	104

LEY 57 DE 1887

—	11
33	22

LEY 153 DE 1887

5.°	61
6.°	61
44	90, 91
45	90, 91
59	63
60	63
61	63
62	63
63	63

LEY 62 DE 1888

—	140

LEY 124 DE 1888

Arts.	Número
—	140

LEY 95 DE 1890

7.°	63
11	86
15	24

LEY 105 DE 1890

236	143

LEY 42 DE 1898

—	140

LEY 59 DE 1909

4.°	81

LEY 97 DE 1913

—	4

LEY 20 DE 1923

6.°	55

LEY 67 DE 1930

1.°	23

LEY 29 DE 1931

2.°	32, 33

LEY 28 DE 1932

—	141, 152, 117, 126, 127
1.°	152
7.°	117, 152

LEY 45 DE 1936

—	62, 64,
14	63

LEY 50 DE 1936

—	24

LEY 78 DE 1935

—	80

LEY 160 DE 1935

5.°	100
5.°	10
6.°	102
7.°	102

LEY 200 DE 1936

—	111
4.°	111

LEY 13 DE 1937

Arts.	Número
—	83

LEY 65 DE 1937

—	40

LEY 7.ª DE 1938

3.°	40

LEY 94 DE 1938

50	25
57	25

LEY 142 DE 1938

Arts.	Número
—	40

LEY 153 DE 1938

4.°	94

LEY 45 DE 1939

1.°	5, 6

LEY 167 DE 1941

7.°	76
24	76
33	72
34	72
62	72, 76

DECRETOS:

DECRETO LEGISLATIVO N.° 2 DE 1906

Arts.	Número
—	140

DECRETO N.° 818 DE 1936

—	80

DECRETO N.° 1332 DE 1939

2.°	40
5.°	40

INDICE ALFABETICO

— A —

Págs.

Acero Gaitán Alfredo y Lucila Acero Gaitán de Otálora, contra Ricardo Cubides. Ordinario sobre rescisión por lesión enorme 112

Acero Castro Fernando contra Ernesto y Vitalina Rincón. Ordinario sobre mejor derecho a una herencia 345

Acevedo v. de Ramírez Rosina contra el Municipio de Medellín. Ordinario sobre indemnización de perjuicios 88

Almanza Alfredo, Jesús Murcia Salas y David Cortés o Villamil. Proceso en que se absuelve por el delito de cuadrilla de malhechores 119

Arango R. Julio contra la sociedad denominada Uribe, Botero y Cía., en liquidación. Ordinario sobre rendición de cuentas 76

Arango Escobar Aníbal. Sumario por responsabilidad. Impedimento de un Magistrado..... 401

Araque Justiniano, como apoderado de Efraím Araque, contra Balvanera Sierra y otros. Ordinario sobre oposición a la adjudicación de una mina..... 26

Ariza Camilo e Isaías Matéus. Causa por homicidio..... 428

Avila R. Matías contra Alejandro Riaño. Ordinario sobre nulidad por simulación, según la petición de la demanda..... 601

— B —

Bastidas Manuel. Homicidio ultraintencional..... 710

Becerra Luis y Lorenzo Gómez contra el Ferrocarril Central del Norte. Ordinario sobre pago de una suma de pesos por concepto de un seguro de vida..... 445

Bedoya Absalón. Solicitud de pensión..... 501

Bernal Pablo Enrique y Manuel Darío contra Rafael Ruiz. Ordinario sobre nulidad relativa de un contrato de hipoteca, por minoridad de uno de los contratantes..... 594

Blanco Gerardo y Ernesto Camejo contra Jesús María Bona C. Ordinario sobre indemnización de perjuicios..... 275

Bravo Germán y otro contra Ricardo Holguín Arboleda. Ordinario sobre liquidación de una sociedad..... 349

Burbano Rafael y Clelia Burbano de Paredes. Objeciones a una partición..... 372

— C —

Caballero de Rey Belén contra Nicolás Romanowski. Ordinario sobre reivindicación..... 677

...na de Carrillo Emma, Ana Betsabé Cadena de Ortiz y otros contra Edelmira Peña de Cadena. Ordinario sobre nulidad de unos testamentos y sobre restitución de bienes 285

...o Federico contra la sociedad denominada ...áez & Montoya, representada por sus so... Manuel Peláez y Manuel Tiberio Mon... Ordinario sobre reivindicación..... 630

...Amaya Ana Tulia contra los herede... sucesión de María Antonia Cajigas ...z. Ordinario sobre rescisión por le... de la partición..... 241

...lernando contra la sucesión de ... Pulecio. Ordinario sobre cumplimiento de un contrato y sobre resolución en subsidio..... 5

Caracas Rosaura contra Leopoldo Jiménez y Laurentino Quintana. Ordinario sobre simulación de un contrato y otras acciones..... 2

Carvajalino Sixto A. contra Carmen Vergel y Telésforo Castro. Ordinario sobre infirmación de la sentencia que declaró la nulidad de unas hipotecas..... 1

Compañía Colombiana de Mutualidad y otros. Oposición a la propuesta de exploración y explotación de petróleos hecha por Frederic A. Ryan..... 1

Compañía Minera de Nariño S. A. contra la Nación. Restitución de tenencia de una mina .. 7

Competencia positiva promovida por la Corte al Consejo de Estado para conocer exclusivamente de la exequibilidad del Decreto-ley número 970 del 15 de abril de 1942..... 1

Competencia positiva promovida por el Juez 1.º Civil de La Mesa al Juez 3.º Civil de Barranquilla sobre el conocimienlo de la sucesión de Braulio Patiño Cardoso... 4

Cordero Víctor J. Acusación por detención arbitraria. Consulta del sobreseimiento definitivo..... 3

Corzo Tomás y Domingo. Causa por asesinato.... 6

Cuéllar Chaves Zoilo contra el Departamento de Cundinamarca. Ejecutivo..... 7

— CH —

Chaves B. José María contra la Nación. Revisión de una sentencia de excepciones en juicio ejecutivo por jurisdicción coactiva..... 7

— D —

Decreto número 1332 de 1939, reglamentario de las Leyes 65 de 1937 y 142 de 1938, acusado como inconstitucional en sus artículos 2.º, en parte, y 5.º y 6.º..... 5

Del Castillo Julio contra la Nación. Acción sobre conservación de posesión de unas minas 5

Desmoineaux de Badrán Solangel contra el Departamento del Atlántico. Ejecutivo..... 5

Díaz Calderón Eustaquio. Causa por homicidio involuntario..... 4

Duque Olano Alirio contra la Compañía de Petróleos Shell. Ordinario sobre indemnización de perjuicios..... 6

— E —

Empresa Agrícola de Santander. Oposición a la propuesta de exploración y explotación de petróleos presentada por el doctor Carlos A. Torres Pinzón..... 4

Estrada Antonio José. Causa por asesinato y robo 4

— F —

Forero Isaac y Julio contra José Asunción y Pedro Forero. Ordinario sobre nulidad de una escritura, suspensión de una partición y otras acciones..... .....

— G —

Págs.

leano Marco Antonio. Causa por homicidio. ... 707
rcía Julio César contra Julio Ramírez Urrea. Ordinario sobre resolución de un contrato. ... 251
edelman Alfonso contra Carmen Carrizosa de Ricaurte, Belén S. Santamaría de Defrancisco y otros ... 255
nzález Ramón E. contra el Departamento del Tolima. Incidente de desembargo ... 453
zmán Argemira contra Pureza Gutiérrez v. de Padilla, representante de la sucesión de José Antonio Padilla. Ordinario sobre filiación natural ... 35
zmán Manuel contra Cipriano Ríos Hoyos. Ordinario sobre rescisión de un contrato ... 339
zmán Pedro Antonio contra la Nación. Ordinario sobre indemnización de perjuicios ... 559
égory M. Francisco y Blanca contra Horacio Jaramillo Sanín, Santiago Nicholls G. y Blanca Murillo Hernández. Ordinario sobre nulidad de un contrato ... 309

— H —

rnández Lesmes Paulina contra Elisa Nieto de Torres y otro. Ordinario sobre nulidad de un contrato ... 100
rrera Arturo y Moisés Montoya. Causa por asesinato ... 136

— J —

amillo Arcesio contra la Nación. Ordinario sobre reivindicación ... 496
amillo Gregorio contra el Departamento de Boyacá. Acción ejecutiva sobre cumplimiento de un contrato ... 505
iénez G. Rafael contra Rafael Duque H. Ordinario sobre indemnización de perjuicios ... 300
iénez R. Arcadio contra Luis Arango y Ananías Arias. Ordinario de oposición a la posesión de una mina ... 624

— K —

rman Israel contra Cinemas América. Ordinario sobre indemización de perjuicios ... 247

— L —

Nación contra la sucesión de Manuel Antonio Ordóñez Serrano. Ejecutivo. Excepciones ... 434
Nación Contra Mario Valenzuela M. y Juan de D. Alfonso Cardeñosa. Ejecutivo. Excepciones 442
Nación contra The Dorada Railway Company. Ejecutivo ... 447
Nación (Juzgado Nacional de Ejecuciones Fiscales) contra Luis Eduardo Díaz Agudelo, Francisco J. Camacho y José María Velásquez V. Ejecutivo ... 486
Nación (Fiscal del Tribunal Superior de Pasto) contra la Sociedad Ordinaria de Minas, contra Julio del Castillo y la Sociedad Anónima Compañía Minera de Nariño S. A., sobre las minas de oro de Telembí ... 489
Nación (Juzgado Nacional de Ejecuciones Fiscales) contra Roberto E. Echeverri, Antonia y Josefa María González Vengoechea y otros. Ejecutivo. Excepciones ... 508
Nación contra The Tropical Oil Company. Coadyuvación que intentó en ese juicio Germán Molina Callejas ... 540
Nación (Juzgado Nacional de Rentas de Bogotá) contra Carlos Rodríguez Maldonado. Ejecutivo. Excepciones ... 751
La Nación contra Eufracio Pulido y la Compañía Eléctrica de Ibagué. Ordinario sobre nulidad de un juicio posesorio ... 754
Ley 167 de 1941, orgánica de la jurisdicción contencioso-administrativa, acusada como inconstitucional en sus artículos 62, 7.º, inciso 2.º, 8.º, inciso 3.º y 24, inciso final ... 232
Londoño C. Rafael contra el Municipio de Pereira. Ordinario sobre indemnización de perjuicios 664
Lozano Manuel contra Rogerio López. Ordinario sobre reivindicación ... 59

— M —

Mahecha de Basto Eva contra Francisco Guzmán. Ordinario sobre saneamiento por evicción ... 332
Maldonado Carmen, Antonio y Guillermo Téllez. Causa por asesinato y robo ... 394
María Ana contra Paulino Sierra M. Ordinario que pide la declaración de una paternidad natural ... 270
Martínez Landínez Jorge contra la Nación. Ordinario sobre nulidad de una Resolución ejecutiva 544
Medina Nolasco contra Elisa Velásquez de Medina y Fernandina Medina. Ordinario sobre nulidad absoluta de una renta vitalicia ... 106
Molano Adeodato contra Juan Cajigas. Ordinario sobre liquidación de una sociedad de hecho. 89
Montoya Carlina contra el Municipio de Medellín. Ordinario sobre indemnización de perjuicios ... 656
Morelli Clara. No se repone el auto que decidió que no era el caso de ejecutar una sentencia extranjera ... 104

— O —

Ochoa L. Francisco y Bernardina Saldarriaga. Ordinario sobre indemnización de perjuicios ... 450
Olave Simeón Flor. Causa por homicidio ... 409
Ortegón Casas Samuel. Sumario por responsabilidad. Consulta del auto que decretó la prescripción de la acción penal ... 704
Ortiz Pedro León y Susana Reyes de Ortiz contra la Compañía del Ferrocarril de Cundinamarca. Ordinario sobre indemnización de perjuicios ... 638
Osorio Benigno contra el Municipio de Villahermosa. Ordinario sobre indemnización de perjuicios ... 386

— P —

Palacio Pedro Pablo contra Honorio Quintero y Pastor Duarte. Ordinario sobre nulidad de un contrato ... 634
Parada Marco A. Causa por homicidio ...
Patiño Manuel Salvador contra la Nación. Ordinario sobre indemnización de perjuicios ...
Patiño Manuel Salvador contra la Nación. Incidente de nulidad de lo actuado en dicho juicio ...
Peña María Elena y otros. Recurso de casación contra la sentencia de graduación de créditos en el juicio de concurso de acreedores contra la sucesión de Francisco Peña ...
Personero Municipal de Palmira. Acción para tener la declaración de bienes vacantes a favor de ese Municipio ...
Pinzón Abraham contra Pedro Antonio Ordinario sobre revisión de una s

Págs.

Potosí Rosero Sara contra Luis Alfonso Rosero, Victoria Rosero de Henríquez, Rosa Pinchao y otros. Ordinario sobre nulidad de un testamento ... 324

— R —

Recaudación de Saldos Fiscales de Boyacá contra la sucesión de Roberto González. Ejecutivo. Excepciones ... 767

Ramírez José María, Emiliana, Clara Rosa y Eusebio contra Julio Gómez R., Jesús y Policarpo Ramírez y Juan N. Aristizábal. Ordinario sobre nulidad de un testamento ... 612

Recusación del doctor José Arturo Andrade, como Conjuez, por haber conceptuado sobre la constitucionalidad de la ley acusada, para conocer de la inexequibilidad demandada de las Leyes 44 de 1928 y 110 de 1937. Auto de Sala Plena ... 17

Rey Suárez Abel y Soledad Rey de Castañeda contra Demetrio Suárez. Ordinario para que se declarase que éste no tenía el carácter de hijo legítimo de Demetrio Suárez y Encarnación Hurtado de Suárez ... 49

Ryan Frederic R. Propuesta de exploración y explotación de petróleos ... 150

Ryan Frederic R. No se repone la sentencia proferida en ese juicio ... 184

— S —

Salazar Raúl contra Bernardo González Bernal.... Ordinario sobre indemnización de perjuicios. 355

Salazar Caballero Víctor contra Roberto Restrepo. Ordinario sobre rescisión por lesión enorme ... 389

Salvamento de voto del Magistrado doctor Campo Elías Aguirre al auto por el cual se dispuso que del sumario por rapto contra Manuel Antonio Triviño conociera el Juez Superior de Buga ... 426

Salvamento de voto del Magistrado doctor José Martín Blanco Núñez a la sentencia que decidió el juicio promovido por Ernesto Abello H. contra la Nación ... 465

Salvamento de voto del Magistrado doctor Liborio Escallón a la sentencia de la Sala Plena que decidió la competencia positiva promovida por la Corte al Consejo de Estado para conocer exclusivamente de la exequibilidad del Decreto-ley número 970 de 15 de abril de 1942 ... 11

Salvamento del mismo Magistrado al auto que decidió la recusación del Conjuez doctor José Arturo Andrade, por haber conceptuado sobre la constitucionalidad de las Leyes acusadas, 44 de 1928 y 110 de 1937 ... 20

Salvamento de voto del Magistrado doctor Fulgencio Lequerica Vélez en ese mismo asunto. 20

Salvamento del mismo Magistrado a la sentencia de la Sala Plena que decidió la competencia positiva promovida por la Corte al Consejo de Estado para conocer exclusivamente de la exequibilidad del Decreto-ley número 970 de 15 de abril de 1942 ... 12

Salvamento del Magistrado José Antonio Montalvo en este mismo asunto ... 14

Salvamento de este mismo Magistrado al auto que decidió la recusación del Conjuez doctor José Arturo Andrade, por haber conceptuado sobre la constitucionalidad de las Leyes acusadas, 44 de 1928 y 110 de 1937 ... 20

Págs.

Salvamento de voto del Magistrado doctor Hernán Salamanca a la sentencia que decidió el juicio ordinario de oposición a la posesión de una mina, propuesto por Justiniano Araque contra Balvanera Sierra y otros ... 3

Salvamento de voto del Magistrado doctor Arturo Tapias Pilonieta a la sentencia de la Sala Plena que decidió la competencia positiva promovida por la Corte al Consejo, de que arriba se hizo mención ... 16

Salvamento del mismo Magistrado al auto que decidió la recusación del doctor José Arturo Andrade, arriba mencionado ... 2

Salvamento del Conjuez doctor Eduardo Zuleta Angel en este mismo asunto ... 2

Sanclemente Maximiliano contra Juan José Mejía. Ordinario sobre resolución de un contrato 4

Santacruz de Reyes Adelaida, Rita Santacruz de Núñez, Zoila Santacruz de Mesa y otro contra Carmen León. Ordinario sobre nulidad de un testamento cerrado ... 36

Sierra S. Néstor. Denuncio contra Antonio Vélez Gil por apropiación indebida de un semoviente. Se decide una colisión de competencias ... 12

Soler Francisco C. contra la Nación y el Departamento de Boyacá. Ordinario sobre indemnización de perjuicios ... 75

Soto Díaz Petronila y María contra los herederos de José Antonio Soto. Ordinario sobre exclusión de una finca raíz de los inventarios ... 6

Schuttmann Willy contra la United Fruit Company. Ordinario sobre nulidad de un contrato de compraventa ... 6

Suárez Benjamín contra la Nación. Incidente de nulidad ... 4

T

Texas Petroleum Company. Aviso sobre exploración y explotación de Petróleos en el Municipio del Chaparral. Oposición de la Procuraduría General de la Nación ... 7

The Western Andes Mining Company. Oposición a un juicio de deslinde ... 2

The Western Andes Mining Compay Limited contra Juan de la C. Piedrahita y Tulio Ramírez. Ordinario de contradicción a un deslinde ... 6

The New Timbiqui Gold Mines Limited contra la Nación. Ordinario sobre amparo de posesión de una mina ... 7

Triviño Manuel María. Rapto ... 4

U

Ulloa Jorge Enrique y Ana Zárate de Ulloa contra Sacramento Pinzón. Ordinario sobre resolución de un contrato de permuta ... 3

Unión Oil Company of Nevada. Ordinario de oposición a la propuesta de exploración y explotación de petróleos hecha por »La Perla de Colombia», Sociedad de Minas ... 7

Uribe Mayne Enrique contra el Municipio de Bogotá. Ordinario de reivindicación ... 6

V

Velásquez Uladislao contra el Municipio de Bello. Ordinario sobre extinción de una fianza. 3

Z

Zárate Emilio. Especial sobre indemnización por accidentes del trabajo ... 4