GACETA JUDICIAL

"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., Título 1.o, Ley XIII).

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

DIRECTOR:
JULIAN MOTTA SALAS

"Summa itaque ope, et alacri studio has leges nostras accipite".

(Procmium Institutionum D. Justiniani).

TOMO LIV Bis — BOGOTA — COLOMBIA — AÑO DE 1942

SALA DE CASACION EN LO CIVIL

Acción de perjuicios.—Por excepción, la condición se da por cumplida cuando median las circunstancias exigidas en el inciso final del artículo 1538 del Código Civil.

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

(Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza).

En libelo fechado y notificado en julio de 1939, Abraham Bonilla demandó en vía ordinaria a Fortunato Lozano para que se le condene a pagarle los perjuicios que le causó por no haber cumplido las obligaciones que le impuso el contrato de mandato consignado en la carta de 11 de diciembre de 1938.

El Juzgado Civil del Circuito de Tuluá cerró la primera instancia con sentencia absolutoria el 30 de mayo de 1940, que el Tribunal Superior de Buga confirmó en la de 29 de noviembre de 1941 contra la cual el demandante interpuso casación' recurso que se procede a decidir.

Esa carta, punto de partida y clave del litigio, se acompañó original a la demanda, forma el folio 5 del cuaderno 1.°, y dice:

«Tuluá, diciembre 11 de 1938.

«Señores don Abraham Bonilla y Juan B. Toro L. Cali.

«Respetados señores y amigos:

«Referente a conversaciones verbales que tuvimos en esta plaza de Tuluá respecto a la venta de mi hacienda denominada *La Esmeralda*, sita en este Municipio, me permito por medio de la

presente facultarlos para dicha venta, cuyo precio es el de doscientos mil pesos ($ 200.000) moneda legal, pudiendo ustedes alcanzar sobre este precio el mayor valor que puedan, el cual dejo para ustedes como comisión sobre la venta efectuada.

«La opción que yo les doy a ustedes para llevar a cabo dicho negocio es el de sesenta días a partir de esta fecha, no pudiendo yo efectuar operación distinta en el curso del plazo ya estipulado.

«La finca consta de mil ochocientas (1.800) plazas, las que se descomponen así: un número al rededor cultivadas de 1.500 plazas de pasto pará; noventa o cien plazas de caña, unas cien plazas en arroz y el resto en llanos y montes. Tiene también su trapiche para el beneficio de las cañas, con sus correspondientes ramadas, su casa de habitación con instalaciones eléctricas y sus demás enseres.

«Soy de ustedes afectísimo, seguro servidor y amigo,

«*Fortunato Lozano.*»

Al rendir declaración como testigo en el curso de este pleito, manifestó Toro no haber gestionado nada en desempeño de esa comisión y creer que no hay lugar a remuneración alguna. Pero Bonilla pronto consiguió cliente comprador, el señor Henrique J. Eder, a quien ofreció la finca a razón de $ 135 la plaza y quien se valió de los señores Pedro Mejía y Adolfo Bueno para que la estudiaran y le informaran, hecho lo cual ofreció comprarla a $ 120 la plaza, propuesta que al rendir declaración en el juicio manifiesta haber elevado a $ 125, y solicitó el envío de los títulos a su abogado doctor Mario Scarpetta, a quien se le entregaron, aunque incompletos, por lo cual éste hizo las exigencias del caso. La visita de Mejía y Bueno, acompañados por Bonilla, a la finca, donde los recibió y atendió Lozano, fue el 4 de enero de 1939. Relacionándose directamente con Eder, le ofreció Lozano ir con tal objeto a Cali, donde Eder vivía, y cuando para cumplirle la cita el 9 de ese mes se encaminaba de Tuluá a Cali, le sobrevino a Lozano un síncope que lo determinó a devolverse y a encargar a su sobrino Alfonso Amézquita que, en su reemplazo, hablase con el presunto comprador. Pasado algún tiempo (fines de febrero), buscó Lozano a Eder en la finca *La Manuelita* y lo encontró cabalmente acompañado por personas con quienes entre tanto había adelantado la compra de otra hacienda, por lo cual no insistió en la de *La Esmeralda*, y así se lo manifestó Eder en ese acto.

Estos hechos se hallan acreditados con las declaraciones de Eder, Mejía, Bueno, Amézquita y Scarpetta y con las posiciones absueltas por Lozano antes de comenzar el pleito (marzo 31 de 1939).

Bonilla dice que cuando intervino Amézquita pidió a Eder a $ 135 la plaza y $ 30.000 adicionales por las mejoras, y llama la atención sobre que no se suministró al abogado Scarpetta lo que había echado menos respecto de títulos, no obstante que quien de veras se propone vender los ha de alistar oportunamente, y sobre que un síncope el 9 de enero no justifica la demora de Lozano en buscar a Eder, máxime cuando por correo, telégrafo y teléfono podía haberlo hecho, a más de ser tan fácil el viaje entre aquellas dos ciudades, Cali y Tuluá. Y como Lozano manifiesta haberse equivocado al señalar como cabida 1.800 plazas y no ser ella sino de 1.600 y pico, Bonilla advierte que las solas 1.600 a los $ 125 a que llegó la oferta de Eder forman los $ 200.000 señalados en la carta.

Este conjunto de hechos ordenados en debida forma y las disposiciones legales pertinentes, entre ellas los artículos 1602 y siguientes y 2142 y siguientes del Código Civil, es lo que aduce Bonilla para fundar y formular su demanda, encaminada al pago de la indemnización de perjuicios, tal como se vio en el encabezamiento del presente fallo en frases tomadas de la intención o parte petitoria del libelo inicial.

Lozano invoca en su defensa su voluntad de contratar demostrada con sus gestiones, entre ellas el viaje a Cali frustrado por su enfermedad, la que alega como fuerza mayor, y que Bonilla se apartó del mandato ofreciendo la finca, no por precio redondo y como cuerpo cierto, que era a lo que estaba facultado, sino a tanto por plaza, y, sobre todo, aduce la calidad de condicional de su obligación, sometida a que hubiese compraventa, por lo cual, no habiéndose cumplido la condición, ninguna obligación se produjo a su cargo.

El Juzgado analiza la controversia desde los varios puntos de vista en que los contendores se sitúan, y sin decidirse categóricamente acerca de los diversos temas de discusión tomados uno a uno, acaba por acoger la enfermedad de Lozano como fuerza mayor que lo exonera de toda culpa, aun en el supuesto de que para que se realizara la compraventa iniciada por Bonilla no hubiese faltado sino la entrevista con Eder. De ahí la absolución.

El Tribunal comparte en general las reflexiones del Juez y en especial acoge los reparos de Lozano sobre que el mandato no autorizaba la oferta en forma de determinarse el precio en razón de la cabida, y deduce de ahí, para llegar también a la absolución, que Bonilla se apartó de los tér-

minos del mandato, a los que rigurosamente debía ceñirse, según el artículo 2157 del Código Civil.

El abogado de Bonilla ante la Corte acusa en su demanda de casación de violación de estos artículos del Código Civil: 2157 y 2186 por aplicación indebida, y 1609, 1610, 1615, 1616, 1602, 1618, 1604, 1887 y 2160, por haberlos dejado de aplicar, y agrega que esta violación «provino del error manifiesto de hecho en que incurrió el Tribunal en la apreciación o interpretación del contrato de mandato y en el error manifiesto de hecho y en el error de derecho en la apreciación de las pruebas, así como de la falta de apreciación de éstas, todo lo cual lo condujo a concluir erradamente que Bonilla había infringido los términos del mandato, que Lozano estaba libre de culpa y que por consiguiente no era civilmente responsable y que por eso mismo no estaba obligado a pagar los perjuicios demandados.»

Detalladamente expone estos cargos y analiza las citadas disposiciones legales y las pruebas aludidas.

La Sala considera previamente:

Ante todo: las obligaciones asumidas por Lozano para con Bonilla son condicionales, puesto que dependen del hecho futuro e incierto de que haya compraventa y puesto que, de otro lado, la remuneración del mandatario depende del precio, al punto de que sólo en vista de él se sabrá si la hay, en cuanto pase de $ 200.000, y cuál su monto.

Cabría reputar la condición cumplida, a pesar de no haber habido compraventa, si Lozano se hubiese valido de medios ilícitos para impedirla o para que la otra persona que hubiera de concurrir al cumplimiento de tal condición dejara de cooperar: tales las palabras y precepto del artículo 1538 del Código Civil en su último inciso.

Y no puede en manera alguna afirmarse que la falta de diligencia que encuentra Bonilla en la conducta de Lozano constituya los medios ilícitos requeridos por aquella disposición para llegar excepcionalmente a la conclusión de dar la condición por cumplida, ni tampoco que esa negligencia tuviese el deliberado fin de impedir la venta.

De otro lado, no puede afirmarse tampoco que una conducta diligente de Lozano habría conducido precisamente a la compraventa, porque es bien sabida la distancia que va de apalabrar un negocio a cerrarlo. Con encomiable acucia Bonilla encontró cliente y provocó los pasos preparatorios, entre éstos el estudio de la finca por su cliente y la conexión de éste con su mandante; pero no hay prueba alguna de que se llegara a acuerdo entre éstos sobre el precio y además quedó desconocido aquí el estudio definitivo de los títulos y quedó faltando la indispensable aprobación que había de darles el abogado del comprador.

Se ignora asimismo la efectiva extensión de la finca y, por tanto, no se puede aceptar judicialmente que ella tenga las 1.800 plazas afirmadas categóricamente en la carta de Lozano, ni las 1.600 y pico de que éste ha hablado después; y consiguientemente no puede tomarse como base segura de razonamiento la que presenta Bonilla al considerar a Lozano obligado a vender porque las 1.600 a $ 125 son los $ 200 000 señalados en la carta. La oferta de $ 125 está respaldada por la declaración del testigo Eder.

Además, y esto tiene singular importancia en pleito sobre la remuneración, si simplemente hubiera de llegarse a este precio total, no habría margen para aquélla, siendo así que la carta definió al respecto a lo que como exceso sobre esa suma lograran los comisionistas obtener del futuro comprador que consiguiesen.

Las precedentes observaciones conducen a estas otras, en relación con el artículo 2184 del Código Civil sobre obligaciones del mandante: entre éstas figura la de pagar al mandatario la remuneración estipulada, sin poder exonerarse alegando la falta de éxito del negocio o la posibilidad de desempeñarlo a menor costo, salvo que le pruebe culpa. De esta salvedad no ocurre hablar aquí; pero sí de que esta disposición implica que el negocio se haya realizado, y ya se dijo que no lo hubo y se vio también que no puede darse por realizado como en su caso correspondería ante el citado artículo 1538.

Volviendo a éste, conviene para mayor claridad advertir que la Sala no entiende que cuando se trata de obligaciones condicionales el contratante cumplido que demanda indemnización al otro atribuyéndole incumplimiento, no pueda ser oído sino en cuanto demuestre la realidad objetiva de lo que habría sucedido si éste hubiera cumplido lo de su cargo, pues semejante exigencia, que las más de las veces sería la de una imposibilidad física, dejaría prácticamente todo incumplimiento sin sanción. Lo que la Sala ha dicho es que por excepción la condición se da por cumplida cuando median las circunstancias exigidas en dicho inciso final del artículo 1538, y que dentro de ellas no está el presente caso.

Hechas estas consideraciones, se procede a estudiar los cargos formulados en la demanda de casación, a pesar de que ellas hacen ver desde luégo que, aunque por senda distinta de la que condujo al Tribunal a absolver, ha de llegarse a conclusión igual y, por ende, a no infirmar la sentencia recurrida.

Versa el primero de ellos sobre la interpretación del mandato. Anota el recurrente que no se confirió para vender, en el sentido de otorgar el mandatario en representación del dueño la escritura pública de venta, sino sólo en el de conseguir comprador. Ello es así. Y es igualmente cierto que Lozano asumió la obligación de vender en cuanto se presentase comprador por no menos de $ 200.000. También acierta el abogado recurrente al conceptuar que Bonilla no se apartó de los términos del mandato por ofrecer la finca en forma de determinar su precio por el de cada plaza y que su oferta satisfacía la exigencia del mandante sobre precio total. La declaración de la extensión de la finca contenida en la carta no puede pasarse por alto y antes bien ha de descartarse la interpretación que la dejara sin efecto alguno (Código Civil, artículo 1620). Si Lozano la consignó allí como información sin garantizar la cabida, interpretación un tanto reñida con el tono categórico de las respectivas frases de su carta, cabría pensar que ésta no autorizó para ofrecer la hacienda sino como cuerpo cierto, aunque la costumbre impone en lo general tomar en cuenta la extensión entre los elementos del precio, como es lo natural; pero, aun así, lo ocurrido al apalabrarse y adelantarse la negociación iniciada por Bonilla sobre el referido pie de precio por plaza, obliga a reconocer que si acaso Lozano no autorizó esto en la carta, sí lo autorizó después refrendándolo, puesto que, según lo acreditan los prenombrados testigos y, sobre todo, las posiciones absueltas por Lozano, éste aceptó en principio la negociación abierta en esa forma por Bonilla, y así habló con los recomendados de Eder cuando estuvieron en *La Esmeralda* y así consideró Lozano la propuesta de Eder al entenderse con él, al punto de que cuando se le interrogó sobre el envío de Amézquita, la salvedad que hace no es sobre el hecho de haberse procedido a señalar el precio total mediante el de cada plaza, sino sólo que no recuerda cuál fuera el precio por plaza, que indicara Amézquita a Eder.

Estas sencillas reflexiones destruyen el fundamento de la sentencia consistente en no haberse ceñido Bonilla a los términos del mandato.

Igualmente estas alegaciones del recurrente destruyen el fundamento consistente en la fuerza mayor: dando por probado el síncope sobrevenido el 9 de enero a Lozano, sobre lo cual obra sólo su dicho, no cabe erigirlo en fuerza mayor que lo inhabilitara para completar los títulos y para entenderse con Eder en todo el tiempo que a partir de esa fecha faltaba para los memorados sesenta días.

Del cumplimiento de las obligaciones de Bonilla y su ajustamiento a los términos y objetivo del mandato, así como del incumplimiento de Lozano al no proceder a la venta concertada por aquél, deduce el recurrente la violación de los más de los artículos del Código Civil de cuyo quebranto acusa, según la lista ya transcrita, a saber: 2186, que obliga al mandante a cumplir las obligaciones contraídas por el mandatario en su nombre dentro de los límites del mandato; 2157, según el cual el mandatario debe ajustarse rigurosamente a los términos del mandato; 2160, que lo autoriza a emplear los medios adecuados para lograr la finalidad de éste; 1609, en el concepto de que, habiendo cumplido Bonilla lo de su cargo, no puede alegar Lozano en disculpa de su mora lo que esta disposición consigna; 1610, en cuanto, así las cosas, asiste a Bonilla la acción allí consagrada, cual es la de indemnización de los perjuicios resultantes de la infracción del contrato por Lozano; 1615 y 1616, relativos a la indemnización de perjuicios en sí; 1887, sobre venta de un predio en relación con su cabida, y 1604, en cuanto se da por comprobada, sin estarlo, la excepción que exoneraría a Lozano de la culpa en que incurrió por su negligencia.

Completan la referida lista los artículos 1602 y 1618, que respectivamente dan fuerza de ley para los contratantes a su contrato legalmente celebrado y prevalencia a su intención sobre lo literal de las palabras. A este respecto el recurrente arguye que la carta obligaba a Lozano a vender en cuanto Bonilla consiguiese comprador por no menos de $ 200.000, y que, de otro lado, su intención de vender determinando el precio por el de cada plaza está acreditada en su carta misma y en sus hechos ulteriores de que ya se habló.

Como se ve, se hallan justificados varios de los reparos del recurrente, en particular el relativo a la inteligencia del mandato y a la acogida de la excepción de fuerza mayor, así como en lo atañedero a la apreciación de la conducta de Lozano en vista de su falta de diligencia en el alistamiento de los títulos y en su entendimiento directo con Eder.

Con todo, la aceptación de estos cargos no determina la infirmación del fallo recurrido, porque a la aceptación y prosperidad de la acción incoada opone valla decisiva lo expuesto en las consideraciones previas de este fallo, en cuanto ellas hacen ver, como ya se insinuó, que se trata de obligación condicional y que la condición, que no se cumplió, no puede tampoco darse por cumplida; de suerte que el caso ha de regirse por el artículo 1542 del Código Civil, según el cual «no

REIVINDICACION

1. La interpretación buena o mala, jurídica o injurídica que un sentenciador de segunda instancia dé a un fallo de la Corte Suprema, no es reparo que pueda hacerse valer en casación. Ella cuando más es una interpretación o una opinión del Tribunal sobre el fallo de la Corte, que por sí sola no puede violentar ninguna disposición del Código Civil.

2. Los artículos 343 y 344 del Código Judicial son disposiciones que le señalan al Juez determinada línea de conducta para la prosecución de los juicios civiles, y por tanto son disposiciones puramente adjetivas que escapan a la casación.

3. Viola el artículo 970 del Código Civil la sentencia del Tribunal que revoca la del Juez que ha ordenado el pago de unas mejoras reconociendo sobre ellas el derecho de retención, pues la disposición de ese artículo reconoce expresamente el derecho de retención sobre las mejoras puestas por el poseedor vencido.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, julio treinta de mil novecientos cuarenta y *dos.*

(Ponente, Magistrado doctor José Miguel Arango).

Antecedentes del pleito.

Miguel Ortiz Eraso, en nombre propio y en beneficio de la comunidad existente en el predio denominado «Gelima», solicitó ante la justicia ordinaria que se declarara que los señores José Guerrero, Manuel Eraso, María Zambrano, Salvador Solarte, Francisco Ordóñez, Porfirio Valdés, Mercedes Meneses, Lina e Isabel López, estaban obligados a restituír o entregar a la citada comunidad, o a sus actuales subrogatarios, los terrenos denominados «Gelima», radicados en la sección «Quirós» del Municipio de La Unión por los linderos señalados en la respectiva diligencia de entrega; que como consecuencia de la restitución o entrega se les condene a pagar los frutos naturales o civiles de los nueve lotes de terreno indicados, no solamente los frutos percibidos, sino lo que la comunidad hubiere podido percibir con mediana inteligencia y actividad, teniendo los lotes en su poder, y que se les condene igualmente a pagar las costas del juicio.

Como fundamentos de hecho se invocaron éstos como principales: que la gran comunidad denominada «Quirós» concluyó mediante el juicio divisorio incoado ante el Tribunal de Arbitros, de acuerdo con el antiguo Código Judicial; entre las diferentes adjudicaciones que se hicieron está la que le correspondió a los sucesores o representantes de Blas Rivera, por los linderos señalados en la respectiva hijuela de adjudicación; con esa hijuela los adjudicatarios solicitaron la entrega material del lote descrito en la cartilla de adjudicación, y al verificarse ésta se opusieron los actuales demandados, oposición que terminó con el fallo del Tribunal de Pasto que amparó a los demandados y les reconoció el derecho de retener las mejoras que habían plantado en esas tierras.

Tramitado el juicio en forma ordinaria, el Juez de Circuito de La Unión, en fallo de 28 de septiembre de 1940, declaró no probadas las excepciones perentorias de carencia de acción, petición antes de tiempo y de un modo indebido, y condenó a los demandados a entregar a Miguel Ortiz Eraso, Eliécer Martínez M., Salomón Martínez

---

puede exigirse el cumplimiento de la obligación condicional sino verificada la condición totalmente.»

—

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 dictada en este juicio el veintinueve de noviembre de mil novecientos cuarenta y uno por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga.

Sin costas por no haberse causado.

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.

C., Ricaurte Castillo, Ricardo Muñoz, Modesto y Sofía Martínez, los lotes de terreno que poseen en el fundo de «Gelima», por los linderos señalados en la demanda, tres días después del pago de las mejoras que los demandados hubieren puesto en los respectivos lotes que poseen, con anterioridad a la ejecutoria de la sentencia de 1.° de diciembre de 1937, que ordenó la división del antiguo fundo «Quirós», mejoras que deberán ser avaluadas pericialmente, salvo convenio entre las partes. No se hizo condenación en costas.

Apelada esta sentencia por ambas partes, el Tribunal Superior de Pasto, en 8 de octubre de 1941, decidió:

1. Reforma el fallo de primera instancia en el sentido de hacer la condenación allí declarada y por los lotes que cada uno maneja en favor de la comunidad formada entre los señores Miguel Ortiz Eraso, Elíécer Martínez M., Salomón Martínez C., Ricaurte Castillo, Ricardo Muñoz E., Modesto y Sofía Martínez, como sucesores a título singular de los herederos de Blas Rivera en la cuota que les corresponda; entrega que se efectuará tan pronto como quede ejecutoriada esta sentencia.

2. Se revoca la condición de verificar la entrega tres días después del pago de las mejoras que los demandados hubiesen puesto en los respectivos lotes con anterioridad a la demanda de división; y en su lugar se resuelve, dejar a salvo ese derecho para que puedan discutir esas mejoras por cuerda separada.

3. Se condena a cada uno de los demandados a pagar a la misma comunidad los frutos naturales y civiles que hubiesen producido los lotes manejados por cada demandado desde la contestación de la presente demanda, por considerárselos poseedores de buena fe, al tenor del artículo 964, inciso 3.°, del Código Civil.

4. No se hace especial condenación en costas.

Recurso.

Contra esta decisión se interpuso por los demandados el correspondiente recurso de casación que les fue concedido, y admitido por la Corte, se estudia y decide por el presente proveído.

La causal alegada en casación es la consignada en el numeral 1.° del artículo 520 del Código Judicial, o sea que la sentencia es violatoria de la ley sustantiva, por infracción directa o aplicación indebida e interpretación errónea.

Como primer reparo al fallo del Tribunal, sostiene el recurrente que incurrió en error de hecho y de derecho al resolver la excepción perentoria sobre falta de personería sustantiva de los demandantes, puesto que en el juicio divisorio de la gran comunidad de «Quirós» se adjudicaron los lotes que son materia de este pleito a los herederos del señor Blas Rivera, pero los demandantes no han acreditado legalmente que ellos sean subrogatarios en esos derechos, ya que no existe prueba de que Amalia Eraso, Nacor y Praxedes Rivera tengan el carácter de cónyuge sobreviviente e hijos legítimos, respectivamente, de Julián Rivera, hijo éste a su turno de Blas Rivera, «*puesto que el carácter de herederos de una persona se prueba con la copia del fallo que así lo reconoce,*» y en consecuencia los actores carecen de personería sustantiva que los acredite como verdaderos subrogatarios de los indicados herederos. Por este concepto el sentenciador violó especialmente los artículos 1279, 1297 y 1321 del Código Civil.

Además, arguye el recurrente, que el carácter de heredero no lo da el reconocimiento judicial, expedido en el juicio de sucesión respectivo, sino el vínculo de consanguinidad que nace y se perpetúa desde la procreación verificada en unión matrimonial legítima, pero que ese carácter debe estar acreditado por un título que es el reconocimiento judicial hecho mediante la presentación de las pruebas que lo acreditan, de lo cual deduce el recurrente que ha sido mal interpretada por el Tribunal la doctrina de la Corte Suprema invocada por el fallador de Pasto, que así dice:

«El carácter de heredero de una persona no se adquiere por la declaración judicial que se haga del *de cujus* que lo haya instituido como tal, sin condición, o que por los lazos de sangre, se halla en el 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, mas no está obligado a probar que no hay otros herederos de grado más próximo.»

Dando por evidente que Amalia Eraso, Nacor y Praxedes Rivera no hubieran comprobado en el presente juicio su carácter de cónyuge y de hijos legítimos de Julián Rivera, la falta de esa prueba no podría traer como consecuencia la violación de los artículos invocados por el recurrente, porque el primero se refiere al derecho de pedir «que los papeles y muebles de una sucesión se guarden bajo llave hasta que se proceda al inventario solemne de los bienes»; el 1297, al derecho que pueden tener los parientes de un difunto para que se declare yacente su herencia, si dentro del término de quince días de abrirse la sucesión no se hubiere aceptado la herencia, y el 1321 consagra la acción de petición de herencia. Estas disposiciones, como se ve, son forasteras y extrañas al

presente caso. Si el Tribunal aceptó la personería sustantiva sin estar comprobado que Amalia Eraso, Nacor y Praxedes Rivera fueran cónyuge e hijos legítimos de Julián Rivera, otras muy diferentes hubieran sido las disposiciones civiles violadas por la sentencia, pero en ningún caso las relacionadas por el recurrente.

La interpretación buena o mala, jurídica o injurídica que un sentenciador de segunda instancia dé a un fallo de la Corte Suprema, no es reparo que pueda hacerse valer en casación. Ella cuando más es una interpretación, o una opinión del Tribunal sobre el fallo de la Corte, que por sí sola no puede violentar ninguna disposición del Código Civil.

Considéranse quebrantados los artículos 1156, 1163 y 1167 del Código Judicial a consecuencia del error de hecho y de derecho en que incurrió el sentenciador al analizar el auto de fecha 2 de noviembre de 1937, dictado por el juzgado de árbitros, ya que dicho auto no establece en ninguna forma ni el carácter ni el título de herederos de Blas Rivera que invocan los demandantes.

Suponiendo que el auto mencionado fuera el único fundamento del Tribunal de Pasto para resolver la litis a favor de los demandantes, y que ese auto hubiera sido apreciado con error de hecho o de derecho como lo afirma el recurrente, tampoco podría prosperar el reparo porque los artículos que el recurrente cita como violados son de mero procedimiento, que escapa al recurso de casación. Quizás en el 1667 haya algunas disposiciones sustantivas, como la de decidir las cuestiones referentes a la división del precio común, en vista de los documentos que los interesados presenten, pero es de advertirse que en el actual juicio no se pide la revisión de la sentencia dictada por el juzgado de árbitros en la división del indiviso de «Quirós», y mientras ella no sea anulada en juicio especial, tiene fuerza entre las partes que asistieron a tal juicio divisorio, y en este caso, se encuentran los demandados, a quienes esa sentencia, mientras subsista legalmente, les perjudica.

Agrega el recurrente que aun suponiendo que las simples partidas del estado civil de los herederos de Blas Rivera fueran suficientes para establecer el carácter de subrogatarios de los demandantes en los derechos de aquéllos, debe observarse que las partidas no fueron presentadas en su totalidad, pues faltan las de matrimonio de Blas Rivera con Eulalia Muñoz, la de defunción de estos cónyuges y la de nacimiento de Julián Rivera, de donde debe concluírse que en el expediente no existe documentación plena para acreditar el carácter de subrogatarios de los herederos de Blas Rivera, y por consiguiente carecen de personería sustantiva para demandar en nombre de sus tradentes, de donde concluyen que el Tribunal incurrió en error de hecho por falta de apreciación de los elementos que obran en los autos, relacionados con las pruebas que deben acreditar aquella personería, violando expresamente los artículos 669 del Código Civil y 344 del Código Judicial.

Se anota: El Tribunal conceptuó, y esta es la verdad procesal, que Ortiz Eraso demandó en su calidad de comunero y para la comunidad, basado en las escrituras números 117 de 3 de noviembre de 1935 y 111 de 21 de octubre del mismo año, por las cuales Amalia Eraso, Praxedes y Nacor Rivera le transfirieron a Eliécer Martínez la mitad de las acciones y derechos que pudieran corresponderles en el indiviso de «Quirós», y los mismos le transfirieron a Miguel Ortiz Eraso las dos terceras partes de la acción que les corresponde en la misma comunidad. Estos títulos acompañados de la respectiva hijuela de adjudicación que se les hizo en el juicio de división del terreno de «Quirós,» partición debidamente aprobada e hijuela que está registrada, son suficientes títulos para acreditar la personería sustantiva de los demandantes, tanto más cuanto en el juicio divisorio figuraron los demandados, y al hacerse entrega material a los sucesores de Blas Rivera los demandados se opusieron a la entrega y el Tribunal en el correspondiente proveído les reconoció el derecho de retención, sobre esas mejoras que hoy se discuten. Ni la sentencia de partición ni el auto del Tribunal en que les reconoció el derecho de retención, sobre esas mejoras, están hoy al estudio de la Corte, de donde se deduce que sentencia y auto obligan a los demandados, ya que ellos figuraron en el juicio divisorio y que no son materia de revisión.

El Tribunal no ha asentado concepto alguno en su fallo que sea contrario a la definición que el artículo 669, considerado por el recurrente como violado, trae del derecho de dominio, y aunque hubiere conceptuado algo que contrariare esa definición, ello no sería suficiente para casar la sentencia, ya que este artículo por sí mismo no consagra un derecho, sino que lo define.

Los artículos 343 y 344 del Código Judicial son disposiciones que le señalan al Juez determinada línea de conducta para la prosecución de los juicios civiles, y por tanto son disposiciones puramente adjetivas que escapan a la casación.

El quebrantamiento del artículo 952 del Código Civil se hace consistir en que la acción fue intentada conjuntamente contra los poseedores de los lotes de terreno especificados en la demanda y no contra cada uno de ellos separadamente, ya que se trata de parcelas determinadas, procedimiento

que equivale a una acumulación indebida de acciones.

Se replica: si la demanda no fue intentada de acuerdo con las leyes de procedimiento civil que no permiten la acumulación de acciones sino en determinados casos, ese proceder del Tribunal no pudo violar el artículo 952, que preceptúa que la acción de dominio se dirige contra el actual poseedor, y poseedores en el caso del pleito son los demandados.

El reparo que sí prospera, a juicio de la Corte, es el relativo a la violación del artículo 970 del Código Civil, porque si por auto del Tribunal que conserva hoy toda su fuerza legal, se les reconoció a los demandados el derecho de retención sobre las mejoras materia de la litis, no ha podido el sentenciador de Pasto, sin quebrantar esa disposición, revocar la sentencia del Juez en cuanto ordenó el pago de esas mejoras —las que se hubiesen puesto en los respectivos lotes con anterioridad a la demanda iniciada— y decidir que dejaba a salvo el derecho que tuvieran los demandados para discutir esas mejoras por cuerda separada, porque la disposición de ese artículo reconoce expresamente el derecho de retención sobre las mejoras puestas por el poseedor vencido.

En consecuencia se casará parcialmente la sentencia del Tribunal en cuanto revocó la de primer grado respecto a mejoras.

La Corte, como Tribunal de instancia, además de las razones expuestas para casar la sentencia, invoca éstas: Está comprobado que los demandados plantaron mejoras en los lotes que en la división del terreno de «Quirós» les correspondieron a los demandantes; ese derecho está reconocido por el Tribunal, en providencia de 15 de julio de 1938, en que declaró que los demandados de hoy tienen derecho a retener las parcelas que cada uno de ellos haya poseído materialmente en la extinguida comunidad de «Quirós»; ese auto no fue materia de la demanda para que fuera revisado en su lugar y por tanto hoy conserva todo su valor; lo que podría discutirse, y que el señor Juez resolvió, fue que las mejoras que deben pagar los demandantes son las establecidas con anterioridad a la sentencia de 1.° de diciembre de 1937 que ordenó la división del fundo de «Quirós,» y esta circunstancia es la que ha de tenerse en cuenta al hacer la apreciación del valor de tales mejoras, solución que es de justicia y de ley, porque así lo prevenía el artículo 84 de la Ley 30 de 1888, que regía cuando se dictó la sentencia de partición del indiviso «Quirós.»

En mérito 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,

FALLA:

1. Cásase parcialmente la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Pasto en cuanto revoca la del señor Juez del Circuito de La Unión, y resuelve dejar a salvo el derecho que tengan los demandados para discutir esas mejoras en cuerda separada, confirmándose la sentencia del Juez del Circuito que dice: «Condena a los señores José Guerrero, Manuel Eraso, María Zambrano, Salvador Solarte, Francisco Ordóñez, Porfirio Valdés, Mercedes Meneses, Lina e Isabel López, a entregar a los señores Miguel Ortiz Eraso, Eliécer Martínez M., Salomón Martínez C., Ricaurte Castillo, Ricardo Muñoz C., Modesto y Sofía Martínez C.. los lotes de terreno que poseen en el fundo «Gelima», alinderados como se encuentra cada uno de ellos en la corrección de la demanda de 3 de agosto de 1938, entrega que harán los demandados tres días después del pago de las mejoras que los demandados hubieran puesto en los respectivos lotes que poseen, con anterioridad a la ejecutoria de la sentencia de primero de diciembre de mil novecientos treinta y siete, que ordenó la división del antiguo fundo "Quirós," mejoras que deben ser avaluadas pericialmente.»

2. En lo demás queda subsistente el fallo del Tribunal de Pasto, en sus decisiones primera, tercera y cuarta.

3. Sin costas en el recurso.

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.

Reivindicación, error de hecho y error de derecho.

El error de hecho, ha dicho la Sala de Casación en numerosos fallos, consiste en la creencia equivocada de que sucedida una cosa que en realidad no ha ocurrido, o que no ha ocurrido un hecho que manifiestamente resulta establecido con las pruebas; y el error de derecho, en atribuírle a una prueba un mérito distinto del que le señala la ley o apreciarla sin estar legalmente producida. Cuando en concepto de un recurrente el dictamen de los peritos sí determina manifiestamente el predio o cosa objeto de la reivindicación, contra lo que consideró el Tribunal sentenciador, la acusación procedente sería por error de hecho, pero en manera alguna por habérsele negado el valor de plena prueba al dictamen que, en el caso de autos, no se le negó.

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

(Magistrado ponente, doctor Hernán Salamanca).

En libelo que lleva fecha 21 de enero de 1937, dirigido al Juzgado del Circuito de Calarcá, Liborio Gutiérrez Cruz, en su propio nombre, demandó a José y Aureliano Sosa y Alfonso Jaramillo en juicio ordinario de reivindicación para que se declare que son de su exclusiva propiedad «unas mejoras o sementeras agrícolas consistentes en plantaciones de café, plátano, pastos artificiales de india, yaraguá, micay y naturales, árboles frutales, sombrío artificial, cercas de chamba y alambrado, dos casas de habitación, etc.,» plantadas en terrenos baldíos de la Nación ubicados en la fracción de La Arboleda o La Paloma, en jurisdicción municipal de Calarcá, por los linderos que se determinan, y que, en consecuencia, se les condene a restituírselas con sus frutos y libres de todo gravamen, dentro del término de tres días contados desde la ejecutoria de la sentencia, o, subsidiariamente, a pagarles el valor de tales mejoras.

Surtido el traslado legal de la demanda, los demandados Sosas manifestaron no ser ellos poseedores sino simples tenedores como arrendatarios de Ruperto García, y el demandado Jaramillo, por su parte, negando los hechos fundamentales de la acción se opuso a que contra él se hicieran las declaraciones solicitadas en la demanda, manifestando que lo que él posee de mejoras en lote no coincidente con los delimitados por el actor, le pertenece por haberlo adquirido de manera legítima como rematador en un juicio ejecutivo que adelantó contra Juan Pablo Galeano.

Agotada la tramitación propia del grado, el Juzgado del Circuito profirió sentencia el 25 de abril de 1938 absolviendo a los demandados de los cargos de la demanda por haber hallado establecida la excepción perentoria de petición de un modo indebido.

FALLO ACUSADO

La apelación que el demandante interpuso contra esta decisión hizo subir el negocio al Tribunal Superior de Pereira, donde se tramitó la segunda instancia del juicio, que terminó con sentencia del 19 de agosto de 1941, confirmatoria de la apelada en todas sus partes y condenatoria del actor por las costas del grado.

Es muy breve y sencilla la motivación de esta sentencia. Considera en primer término que los demandados Sosas tienen una situación distinta de la del demandado Jaramillo. Respecto de los dos primeros, se funda la absolución en que ellos no son poseedores de los bienes que se pretende reivindicar, pues la afirmación que ellos hicieron desde la contestación de la demanda de no ser sino simples tenedores como arrendatarios de Ruperto García, ha tenido plena confirmación en el desarrollo del juicio, inclusive con las propias aseveraciones del actor contenidas en las posiciones que les hizo absolver, la tercera de las cuales dice: «¿Cómo es cierto, José Sosa, y cómo es cierto, Aureliano Sosa, que ustedes como arrendatarios de Ruperto García, ocupan las mejoras que yo reivindico conjuntamente?»

Y por lo que hace a Alfonso Jaramillo, consideró el Tribunal que no había lugar ni objeto de entrar en el estudio de la cuestión de fondo, enfrentando el título de propiedad aducido por el demandante con los exhibidos por el demandado, por la carencia de una de las condiciones indispensables para la prosperidad de la acción de do-

minio, como es la singularización de la cosa reivindicada y su identificación con la que se dice poseída por el reo, constitutiva de una de las excepciones perentorias que opuso y alegó el demandado. Estudia la sentencia las inspecciones oculares que con intervención de peritos se verificaron en las dos instancias del juicio, reducidas propiamente a prueba pericial porque en ellas no hay ningún testimonio personal del Juez, y aceptando las conclusiones del experticio sobre la imposibilidad de identificar el inmueble en relación con lo poseído por Alfonso Jaramillo, concluye que «no está identificada la cosa y por lo tanto no puede triunfar la acción reivindicatoria propuesta.»

EL RECURSO

Recurrió en casación contra este fallo definitivo de segunda instancia el demandante Liborio Gutiérrez Cruz, quien personalmente suscribe la demanda fundamental del recurso, que hoy se decide por haber sido admitido y estar legalmente tramitado.

Se apoya la acusación en el primero de los motivos del artículo 520 del Código Judicial, y contra el fallo del Tribunal se formulan, entre muchas consideraciones inútiles para la decisión del recurso, los cargos que pasan a considerarse.

I.—Se acusa en primer término el fallo «por ser violatorio especialmente de los artículos 756, 946, 947, 949, 950, 951, 952, 956 y siguientes del Código Civil vigente, por errónea interpretación de ellos, es decir, por haberlos aplicado en un sentido completamente distinto del que realmente tienen en la ley.» En el somero capítulo dedicado a este cargo no se expresa propiamente el concepto en que se consideran directamente infringidos por el Tribunal los textos citados, limitándose simplemente a afirmar que la acción de dominio fue bien enderezada contra José y Aureliano Sosa conjuntamente, porque ellos son los ocupantes y poseedores de las mejoras agrícolas determinadas en la demanda, y que no tenía por qué dirigir la demanda contra Ruperto García, que no es dueño de nada, ni nada tiene, como debe deducirse del hecho de que habiendo tenido conocimiento personal de la iniciación de este juicio puesto que en él rindió declaración, no se hizo parte en él. Agrega el recurrente que sostener lo contrario de lo dicho por él en su demanda «es una verdadera violación del sentido recto de la ley sustantiva» y revela en el sentenciador «un completo desconocimiento del significado jurídico de dichos artículos.»

Se considera:

No perdiendo de vista como es forzoso hacerlo los verdaderos fundamentos de la sentencia recurrida —falta de singularización e identificación de la cosa respecto del demandado Jaramillo y no posesión del bien reivindicado con referencia a los Sosas—, deducidos por el Tribunal sobre análisis de pruebas, no es posible aceptar que se haya incurrido en quebranto directo, por errónea interpretación de las disposiciones citadas, de las cuales la primera versa sobre tradición, punto completamente extraño a los razonamientos del fallo y al planteamiento que en él se hizo de la cuestión debatida. En esta parte de su demanda el recurrente no formula ningún ataque concreto contra las consideraciones con que el Tribunal respaldó su conclusión absolutoria vinculadas a indeterminación del inmueble, y el que destina a combatir la desviación de la demanda en que basó la excepción perentoria de petición de un modo indebido por no ser los demandados Sosas poseedores de la finca, carece de toda fuerza porque se hace consistir en meras contradicciones arbitrarias y en la deducción sin fundamento de que Ruperto García, de quien los Sosas dijeron ser arrendatarios, no se hizo parte en el juicio a pesar de haber sabido que el demandante Gutiérrez Cruz seguía contra los citados Sosas esta acción reivindicatoria.

El método adoptado por el sentenciador de situar en posiciones diferentes a los demandados en la acción de dominio y de fundar en razones diversas su absolución, obedeció, aunque no está explicado en la sentencia que ninguna alusión hace al respecto, a la irregularidad procesal en que se incurrió acumulando en una sola demanda dos acciones que han debido adelantarse independientemente, porque, como se deduce de los hechos fundamentales del libelo aunque en su parte petitoria se confunden, los demandados «José y Aureliano Sosa y Alfonso Jaramillo C., los dos primeros conjuntamente y el último solo,» no lo fueron como comuneros en las mejoras que se reivindican sino como poseedores particulares de lotes o porciones separadamente alinderados. Esta circunstancia, que explica un poco el confusionismo de la demanda de casación, apenas se menciona aquí porque su consideración es ajena a la materia del recurso.

Por lo visto, es inane el primer cargo.

II.—En el segundo capítulo, que el recurrente denomina «Segundo motivo,» se pueden aislar

dos cargos: el primero consistente en el error de derecho en la apreciación de las pruebas que el actor adujo al juicio en demostración de su derecho de dominio sobre las mejoras comprendidas en su demanda reivindicatoria, pues, dice la demanda, «le dio el Tribunal sentenciador a las pruebas numerosas que figuran en el juicio ordinario en favor de mis justos derechos, un valor completamente distinto del que la ley le asigna, que es la verdadera característica del error de derecho en la apreciación y calificación de las precitadas pruebas, aceptando las pruebas de la parte contraria, completamente ineficaces, deficientes e improcedentes en el caso que se contempla, porque se derivan de títulos anteriores y posteriores sin registro alguno, como se ve de las hijuelas de María Josefa Cardona, que nada dejó al morir, como tampoco su esposo Sacramento Galeano, siendo de propiedad exclusiva de Erasmo Galeano Cardona las mejoras agrícolas que yo hube de comprarle, con una posesión material de más de treinta años, que fuera de mi persona, a nadie vendió por escritura pública, según se deja demostrado en la primera y segunda instancia del juicio.»

Para no dar acogida a este reparo basta recordar, como ya se hizo al sintetizar el fallo recurrido, que el Tribunal no sometió a estimación y análisis ninguna de las pruebas instrumentales que de parte y parte se adujeron para acreditar dominio sobre los bienes demandados, porque estimó que para llegar a esta consideración de fondo le cerraba el camino la circunstancia de no aparecer debidamente singularizada e identificada la cosa en relación con la parte de que se señala como poseedor a Jaramillo. Advierte el sentenciador que enfrentados como están los litigantes en una discusión de dominio en que por parte del demandante como por la de uno de los demandados se han presentado títulos, debería hacerse el estudio de estas pruebas para deducir su prevalencia, «si no se presentara en este negocio una causal que hace inoperante penetrar en el fondo del litigio, causal que consiste en la presencia de una excepción perentoria que fue propuesta por el demandado Jaramillo.» No es posible la comisión de error de derecho respecto de pruebas que no fueron consideradas ni justipreciadas por no haberse estudiado la cuestión para cuyo establecimiento se produjeron.

También se acusa la sentencia en punto a la estimación que el Tribunal hizo de la prueba pericial acerca de la identificación del lote de mejoras que se dice poseído por el demandado Jaramillo. «Por este aspecto —se lee en la demanda— incurrió el Tribunal sentenciador en error de derecho, al no dar a los dictámenes periciales que figuran en el juicio el verdadero valor de *plena prueba*, por las circunstancias y hechos allí expuestos de manera clara y precisa, acerca de la identidad de las porciones de mejoras agrícolas que reclamo, sobre el dominio absoluto de ellas, sobre la posesión material de ellas por los mismos demandados y sobre la singularización de esas mejoras agrícolas por sus linderos especificados en la propia demanda ordinaria.»

El error de hecho, ha dicho esta Sala en innúmeros fallos, consiste en la creencia equivocada de que ha sucedido una cosa que en realidad no ha ocurrido, o que no ha ocurrido un hecho que manifiestamente resulta establecido con las pruebas; y el error de derecho, en atribuirle a una prueba un mérito distinto del que le señala la ley o apreciarla sin estar legalmente producida. En el caso de estudio, como atrás se dejó visto, lo que dice el Tribunal es que los peritos consideraron imposible identificar la porción del inmueble reivindicado con el poseído por Alfonso Jaramillo; aceptando lo cual concluyó en la falta de identificación en que hizo consistir la excepción perentoria que se declaró probada desde la primera instancia. El sentenciador, pues, no estimó el experticio con menosprecio de su mérito legal, sino que declaró que con esa prueba no tenía por demostrada la singularidad de la cosa, indispensable para poder ser objeto de reivindicación; de tal manera que el error en que hubiera podido incurrir el fallador sería de hecho y no de derecho. Si en concepto del recurrente el dictamen de los peritos sí determina manifiestamente la cosa, contra lo que consideró el Tribunal, la acusación procedente sería por error de hecho, pero en manera alguna por habérsele negado el valor de plena prueba, que no se le negó.

Pero ni aun dejando de lado esta improcedente manera de formular el cargo es posible encontrar ninguna equivocación en la apreciación que el Tribunal hizo de la precitada prueba pericial, porque leída y releída, no revela por sí misma, como sería preciso si con error de hecho se hubiera apreciado, la opuesta verdad de la que el sentenciador dedujo de su mérito, esto es, el hecho de que la porción o lote de mejoras de que se dice poseedor Alfonso Jaramillo esté realmente singularizado por linderos precisos y comprendido dentro de los términos generales que el actor señala en su libelo al inmueble que pretende reivindicar. De ninguno de los experticios verificados en cada una de las instancias del juicio, ambos detenidamente analizados en la sentencia acusada, puede deducirse en relación con el demandado Jaramillo la indispensable singularidad de la cosa que el Tribunal echó de menos al estudiar las condiciones esenciales de la acción de do-

minio. Consta, en efecto, en los correspondientes dictámenes escritos (folios 35 y 41 del cuaderno número 3, y 15 y 16 del cuaderno 36) que los peritos no pudieron identificar el inmueble que se describe en la demanda por ser completamente deficiente la relación de sus linderos, que les fue imposible precisar. Pero a pesar de esta imposibilidad de precisión, tratando de fijar los límites sobre los datos que a los peritos suministró el demandante, conceptuaron éstos, sin embargo, que las mejoras que Jaramillo ocupa no están encerradas por la alinderación que señala el demandante. Cabe anotar también, fuera de significativas contradicciones que destaca el Tribunal en el dictamen pericial, que los peritos que intervinieron en la inspección ocular practicada en el segundo grado, invirtiendo el orden en que se planteó la cuestión en la litis, parecen afirmar que el lote que alindera la demanda está comprendido dentro de los términos que abarcan las porciones poseídas por Alfonso Jaramillo. En todo caso, como se ve por lo anotado al margen de la prueba pericial, no da ella base para sustentar una afirmación categórica contrapropuesta a la que en su mérito hizo reposar el Tribunal; lo que equivale a decir que tampoco existe el error de hecho en que pudiera fundarse la acusación por quebranto indirecto de la ley sustantiva.

Y no siendo más los cargos formulados en la demanda, 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 Pereira el 19 de agosto de 1941, materia de este recurso de casación.

Costas a cargo del recurrente.

Publíquese, notifíquese, cópiese, 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. *Pedro León Rincón*, Secretario en propiedad.

Reivindicación, registro, títulos anteriores a la posesión.

Según lo tiene ya establecido la jurisprudencia de la Corte, la incorrección de que pueda adolecer una escritura por no llevar al pie de ella la nota de registro, no deja de comprobar plenamente la formalidad de éste si se ha establecido realmente el hecho del registro.

2. Al omitir el estudio de un título anterior a la posesión se quebrantan los artículos 576, 759 y 765 del Código Civil, por cuanto si la tradición del dominio de los bienes raíces se verifica por la inscripción del título y si los títulos traslaticios de dominio que deben registrarse no dan la posesión efectiva del respectivo derecho mientras no se hayan inscrito y si, finalmente, el justo título es traslaticio de dominio, preciso es entonces examinar el que presenta el demandante como final de la cadena en que ampara su derecho. Si esto no se hace se omite el estudio de una prueba, de un documento que aparece de manifiesto en los autos, con lo cual se violan disposiciones sustantivas.

3. Los actos legales de partición constituyen justo título y son, además, títulos traslaticios de dominio (artículo 765, Código Civil).

4. La discusión sobre el extremo de si un predio es o nó baldío, entraña una controversia entre la Nación y el poseedor, controversia que no puede suscitarse entre dos particulares, en una acción reivindicatoria. No puede un particular alegar contra otro, que se ampara en títulos inscritos, la calidad de baldío de un inmueble con el objeto de entrar a poseerlo, por cuanto mientras aquéllos tengan eficacia y no hayan sido desvirtuados por algún medio legal o no se interponga la prescripción, el poseedor inscrito es amparado, en su derecho de dominio, por tales títulos, si éstos son anteriores a la posesión que se le enfrenta.

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

(Magistrado ponente, doctor Liborio Escallón).

Julio Londoño demandó a Lorenzo y Manuel S. Moreno, Roberto Duque y Gabriel Tangarife, Roberto y Miguel Alcalde, para que previos los trámites de un juicio ordinario se declare que es due-

ño de los lotes de terreno alinderados en los puntos 16, 17 y 18 de la demanda, lotes que forman parte de un globo de terreno denominado «Pumi.», situado en lo que antiguamente se llamó Municipio de Belén de Umbría y actualmente Mocatán.

Además de la acción petitoria de dominio inició la reivindicatoria, que enderezó contra cada grupo de demandados, respecto del lote en que están en posesión, así: Contra Lorenzo y Manuel S. Moreno, en lo que atañe al globo de terreno individualizado en el hecho décimosexto de la demanda. Contra Roberto Duque y Gabriel Tangarife, en lo que respecta con el lote alinderado en el hecho décimoséptimo, y contra Roberto y Miguel Alcalde, en lo que reza con el lote especificado en el hecho décimoctavo.

El Juez del conocimiento, el de Circuito de Apía, falló el pleito, en sentencia de 5 de octubre de 1939, decretando todas las peticiones impetradas por la parte actora, o sea haciendo la declaración de dominio solicitada por el actor y condenando a los demandados a restituir al demandante los lotes materia de la acción reivindicatoria.

Sólo apeló de este fallo Lorenzo Moreno, de modo que para los demás demandados quedó ejecutoriado. El Tribunal Superior de Pereira estudió, como era del caso, únicamente la acción de dominio en lo que respecta al apelante Lorenzo Moreno y en lo que se refiere al lote individualizado en el hecho décimosexto de la demanda. De ese estudio llegó a la conclusión que el demandante no había comprobado el derecho de dominio que invoca, con relación al lote poseído por Moreno, y después de estudiar la acción de prescripción adquisitiva que propuso el demandante como subsidiaria y no hallándola demostrada, revocó la sentencia de primer grado en cuanto al numeral segundo de la parte resolutiva de aquélla, absolviendo en consecuencia a los demandados Lorenzo y Manuel Moreno de los cargos de la demanda.

Este fallo lleva fecha de 26 de febrero de 1941, y contra él interpuso recurso de casación el apoderado del demandante, recurso que se concedió y se tramitó legalmente y que hoy pasa a fallarse.

El fundamento de la sentencia recurrida es el que en seguida se copia: «Según los hechos de la misma demanda, se tiene lo siguiente: por escritura número 350 de la Notaría de Tatamá de fecha 4 de junio de 1920, Melquíades Escobar vendió a Graciliano Quiceno y Julio Londoño B., el derecho herencial que tenía en los terrenos de "Pumía"; los comuneros en tales terrenos pidieron judicialmente expidiéndose la correspondiente hijuela a Londoño B. y a Quiceno, en común y proindiviso. Estos se dividieron el terreno, en comunidad, por escritura pública número 195 de 3 de mayo de 1923, Notaría de Anserma. El terreno que le correspondió en la expresada división es el que se presenta a reivindicar el demandante en el juicio, Julio Londoño B. Como se observa, el demandante Londoño B. sería dueño de lo que reivindica por la escritura 350, de la Notaría de Tatamá, fechada el 4 de junio de 1920. Pero se anota que la citada escritura de donde arranca el dominio el reivindicante Londoño no está registrada convenientemente motivo por el cual el instrumento no hace fe en juicio en cuanto a la tradición del dominio al tenor del artículo 2673 del Código Civil. Los títulos traslaticios de dominio que no versan sobre inmuebles determinados, que no son cuerpos ciertos, no deben inscribirse en el Libro de Registro número Primero sino en el Libro número Segundo y cuando tienen por causa una sucesión, deben inscribirse en el Libro de Causas Mortuorias.... Estas consideraciones bastan, sin necesidad de otras que pudieran hacerse, para que por este aspecto se absuelva a los demandados Manuel y Lorenzo Moreno de los cargos de la demanda contra ellos.»

El recurrente acusa la sentencia invocando la primera causal de casación. Acusa el fallo por violación de los artículos 2673, 756, 759 y 765 del Código Civil, por no haber apreciado y tenido en cuenta la escritura 195 de 3 de mayo de 1923, en la cual consta la partición extrajudicial que el demandante hizo con el comunero Quiceno y por la cual el actor vino a ser dueño del cuerpo cierto que reivindica.

Para estudiar este cargo se considera lo siguiente: El demandante Londoño, para sustentar su derecho se apoya en una larga serie de títulos que ha aducido a los autos, y además ha demostrado que posee parte del globo general, dentro del cual ocupa el demandado Moreno el lote que se le demanda en reivindicación.

Moreno no ha exhibido ningún título, sino que de autos aparece que lo que ocupa lo hace en el concepto de que es baldío.

La litis pues se ha planteado sobre este extremo: ¿Prevalece la posesión sobre los títulos? O al contrario, ¿éstos, por ser anteriores a la posesión, tienen la eficacia legal suficiente para que pueda prosperar la petición de la demanda?

El demandante, como se ha dicho, presentó una serie de títulos, en los que ampara su dominio, y el último de éstos es la escritura 195 de 3 de mayo de 1923, que corre a los folios 20 a 29 del cuaderno número 2 y de la cual aparece que Julio Londoño B. y Graciliano Quiceno, como dueños de un globo de terreno situado en el paraje de «Pumía» y «Papayal», en jurisdicción del Municipio de Belén de Umbría, dividieron ese lote, adju-

dicándose cada uno la porción correspondiente, porción que es la que reivindica hoy Londoño. Esa escritura, según certificado del Registrador de Apía, que corre a los folios 35 a 36 de dicho cuaderno, fue registrada el 29 de mayo del mismo año, en el Libro Primero, Tomo Primero, a folios 127, 128 y 129, bajo la partida 287. Observa de paso la Corte, que según lo tiene ya establecido, la incorrección de que pueda adolecer una escritura por no llevar al pie de ella la nota de registro, no deja de comprobar plenamente la formalidad de éste, si se ha establecido realmente el hecho del registro, lo cual sucede en este caso.

El Tribunal, como se ve claramente de la sentencia, ni se refirió ni tuvo en cuenta para nada la escritura 195 ya mencionada, sino que tomó como punto de partida la anterior, lo que no era pertinente porque para establecer el derecho de dominio en casos como el presente es necesario empezar por el estudio del último título presentado por el demandante, pues bien puede suceder, y sucede con frecuencia, que este último título sea por sí suficiente para respaldar la pretensión del actor.

Al omitir el estudio de un título en esas condiciones se quebrantan los artículos 756, 759 y 765 del Código Civil, por cuanto si la tradición del dominio de los bienes raíces se verifica por la inscripción del título, y si los títulos traslaticios de dominio que deben registrarse no dan la posesión efectiva del respectivo derecho mientras no se hayan inscrito, y si finalmente el justo título es traslaticio de dominio, preciso es entonces examinar el que presenta el demandante como final de la cadena en que ampara su derecho, y si esto no se hace así, se omite el estudio de una prueba, de un documento que aparece de manifiesto en los autos, con lo cual se violan disposiciones sustantivas, que es lo que ha sucedido en el presente caso por cuanto el no estudio y por consiguiente la no apreciación de la escritura 195 de 3 de mayo de 1923, llevó al Tribunal a infringir, por no aplicación, los artículos que acaban de citarse, de donde resulta que el cargo que se estudia debe prosperar.

Procede por lo tanto la sentencia de instancia, para lo cual se considera:

De autos se viene en conocimiento que el terreno de «Pumía» perteneció hace muchos años al presbítero Pedro Antonio González de la Penilla y que lo poseyó. Juan de J. y Cristóbal Gamboa, Jorge Orozco, Lorenzo Villa y Eloy Rivera (declaraciones que corren en el cuaderno número 1) declararon ante el Juez Municipal de Anserma en los días 23, 24 y 25 de enero de 1895 que el mencionado terreno perteneció al presbítero Pedro Antonio González de la Penilla y que les consta que lo poseyó por medio de arrendatarios que colocaban en él grandes partidas de mulas, que el presbítero citado lo arrendó por un tiempo, que pagaba las contribuciones municipales sobre el predio y que fue respetado hasta por un término mayor de treinta años, hasta su fallecimiento, y que en el juicio de sucesión de aquél se incluyó el terreno de «Pumía.» Graciliano Quiceno declara que siendo Secretario del Juzgado Municipal de Anserma en el año de 1895 autorizó las declaraciones de dichos testigos. Además, Jesús Rojas Peláez y Cecilio Jaramillo (fojas 9 y 10 del cuaderno número 2) declararon sobre la honorabilidad de los testigos mencionados atrás.

En el juicio de sucesión del presbítero González de la Penilla, se declaró al señor Belisario González interesado en la sucesión de dicho doctor, y en virtud de lo dispuesto por el Juez de Circuito de Roldanillo, en auto de 21 de septiembre de 1899 (fojas 16 vuelta del cuaderno número 1) se hizo la entrega a González de los terrenos de «Pumía», el 22 de septiembre de 1899 (foja 19 del cuaderno número 1).

En la sucesión de Belisario González le fue adjudicado a su hijo Juan Evangelista González el terreno de «Pumía» (fojas 26 a 28 del cuaderno número 1).

Melquíades Escobar vino a ser sucesor de Juan Evangelista González en el terreno de «Pumía», y por escritura 350 de 4 de junio de 1920, corrida ante el Notario del Circuito del Santuario, dijo que da en venta real y enajenación perpetua a Graciliano Quiceno, quien compra para sí y para el señor Julio Londoño B., la acción y derecho que le corresponda o pueda corresponderle en el proindiviso del terreno conocido con el nombre de «Pumía» y «Papayal» y delimitado como aparece en el instrumento. Dice entre otras cosas esa escritura: «Dicha acción o derecho lo hubo por compra al señor Evangelista González, según consta por escritura pública 319 pasada en la Notaría de Apía el 5 de agosto de 1910, quien la hubo por herencia de su padre Belisario González, y éste como heredero del presbítero Pedro Antonio e Isidora González de la Penilla, cuyas sucesiones se encuentran protocolizadas en las Notarías de Bugalagrande y Roldanillo respectivamente.» Esta escritura fue registrada en el Libro número Primero al folio 146, bajo la partida número 300, cuya inscripción fue asentada el 8 de junio de 1920 (fojas 24 y 24 vuelta del cuaderno número 1).

Dueños Julio Londoño B. y Graciliano Quiceno del predio de «Pumía», y poseyéndolo proindiviso, hicieron la división material de él que consignaron en la escritura número 195 de 3 de mayo

de 1923, corrida ante el Notario de Anserma (fojas 20 a 29 del cuaderno número 2 y registrada en el Libro número Primero, de la Oficina correspondiente, en el Tomo Primero a folios 127, 128 y 129 bajo la partida 287, fojas 35 vuelta del citado cuaderno).

El demandante Julio Londoño se presentó ejercitando la acción reivindicatoria en nombre propio, no en nombre de la sucesión del presbítero González de la Penilla ni como heredero de éste, lo cual era imposible, porque cuando Londoño compró ya estaba liquidada esa sucesión, según se vio atrás, y además porque Londoño no es heredero del presbítero citado. Y esta aclaración es importante, a juicio de la Corte, porque parece que el Tribunal se equivocó sobre la calidad en que demanda Londoño, al referirse al registro de este título en el Libro de Causas Mortuorias.

El expresado demandante adujo en trimer término, para reivindicar, la hijuela, en que consta la adjudicación que se le hizo en la partición material del terreno de «Pumía» de que era dueño en común y proindiviso con Graciliano Quiceno. Esa hijuela se registró, como tenía que serlo, y según se vio atrás, en el Libro Primero, y por ende al tenor del artículo 2641 del Código Civil, numeral 1.°, ese registro está bien hecho, porque los actos legales de partición constituyen títulos traslaticios de dominio (artículo 765 del Código Civil) y además son justo título. Por ese acto de partición adquirió Londoño un cuerpo cierto y determinado, en el terreno de «Pumía.»

La comunidad se formó entre Londoño y Quiceno en el año de 1920, en virtud de la compra que le hicieron a Melquíades Escobar, quien vendió cuerpo cierto y determinado y quien expresó en la escritura, como ya se vio arriba, que la sucesión del presbítero González de la Penilla estaba protocolizada. No vendió pues Escobar a Quiceno y Londoño ningún derecho sucesoral en ninguna sucesión, sino un cuerpo cierto, que le había sido adjudicado, en sucesiones ya fenecidas. La escritura en que consta esa venta se registró en el Libro número Primero, como tenía que serlo, por las razones dichas y al tenor del artículo 2652 del Código Civil, en su numeral ya citado.

Al apreciar la escritura 350 de 4 de junio de 1920, a que acaba de referirse la Corte, el fallador de Pereira erró e infringió el artículo 2641 del Código Civil, como lo dice el recurrente, cargo que también prosperaría de haberse estudiado, pues dicho Tribunal estimó que la escritura ha debido registrarse en el Libro número Segundo y en el de Causas Mortuorias, estimación que no admite la Corte porque tratándose de títulos que trasladen, modifiquen, graven o limiten el dominio, la inscripción debe hacerse en el Libro número Primero, y porque no se ve la razón para que la mentada escritura se hubiera tenido que registrar en el Libro de Causas Mortuorias, toda vez que lo comprado por Quiceno y Londoño a Escobar no provenía de un juicio de sucesión.

Esa mala apreciación llevó al Tribunal de Pereira a la conclusión sobre que apoya su sentencia, aunque observó que si no fuera por el mal registro de que adolece la escritura, en su sentir, «Londoño B. sería dueño de lo que reivindica por la escritura número 350 de la Notaría de Tatamá fechada el 4 de junio de 1920.»

Para el estudio que hace la Corte y para lo que luégo se expresará, bastan las dos escrituras que se han mencionado últimamente, o sean la 350 de 4 de junio de 1920 y la 195 de 3 de mayo de 1923. Con esas escrituras Londoño comprueba el dominio de lo que reivindica, al tenor de lo dispuesto por los artículos 669, 673, 756, 759 y 1857 del Código Civil.

A esos títulos han opuesto los demandados Morenos la posesión, sobre el concepto de que se trata de baldíos, concepto inadmisible, por cuanto la discusión sobre el extremo de si un predio es o nó baldío, entraña una controversia entre la Nación y el poseedor, controversia que no puede suscitarse entre dos particulares, en una acción reivindicatoria. No puede un particular alegar contra otro, que se ampara en títulos inscritos, la calidad de baldío de un inmueble con el objeto de entrar a poseerlo, por cuanto mientras aquéllos tengan eficacia y no hayan sido desvirtuados por algún medio legal o no se interponga la prescripción, el poseedor inscrito es amparado, en su derecho de dominio, por tales títulos, si éstos son anteriores a la posesión que se le enfrenta.

El demandante comprobó con varios testigos, Juan Alzate, Luis Angel Gutiérrez, José Uribe R., Juan de la Cruz Londoño y José Correa, que había venido poseyendo el terreno de «Pumía» hasta hace unos treinta años según los dos primeros testigos, y nueve aproximadamente, según los otros, en que los Morenos se entraron al terreno. Los testigos conocen el predio, algunos de ellos de una manera exacta, y declararon por sus directas percepciones. Los dos primeros testigos afirman, y dan razón de su dicho, que Londoño y sus antecesores en el dominio del fundo lo poseen hace treinta años.

En la inspección ocular practicada el 28 de marzo de 1940 (fojas 21 a 22 del cuaderno número 7) quedó plenamente establecido que las mejoras en el terreno ocupado por los Morenos, y consistentes en cultivos de caña, plátano, yuca y café, tienen una existencia de cuatro años más o menos el café, un año la yuca, uno el plátano en

la plantación nueva y doce en la vieja, y la casita de guadua y la enramada unos cinco años.

Los demandados Morenos, sobre el concepto de que al predio que ocupan no se le había conocido dueño antes, alegan como única defensa, enfrente de los títulos del demandante, la posesión del lote que es materia de la reivindicación, posesión que afirman ha sido mayor de treinta años.

Mas la titulación del terreno de «Pumía,» aun cuando sea deficiente en lo relativo a la inscripción de varios títulos y las declaraciones de Juan de J. y Cristóbal Gamboa, Jorge Orozco, Lorenzo Villa y Eloy Rivera, dejan sin respaldo el concepto de los demandados. Además está comprobado que en 1859 se levantó el juicio de sucesión del presbítero González de la Penilla, y de las declaraciones que acaban de citarse aparece que éste poseyó el terreno de «Pumía» por un término no menor de treinta años. En 1899, el 19 de octubre, el Juez de Apía le hizo entrega real y material de tal predio, sin oposición de ninguna persona, a Belisario González, y después se levantaron varios juicios de sucesión en los cuales se inventarió y adjudicó tal predio.

Todo lo anterior demuestra que tal terreno ha tenido siempre un dueño conocido, contrariamente a lo que afirman los Morenos.

Entonces lo que procede averiguar es si parte de ese terreno, que, repite la Corte, ha tenido siempre dueño, lo han venido a adquirir los Morenos por haberlo ocupado y poseído durante treinta años.

Aparece en autos (fojas 13 vuelta del cuaderno número 2) copia de la demanda entablada ante el Juez Municipal de Mocatán, por Julio Londoño B. y Graciliano Quiceno contra Manuel S. y Lorenzo Moreno sobre reivindicación de un lote de terreno, y la contestación de éstos oponiéndose y aseverando que hace más de doce años que poseen ese lote, contestación que lleva fecha 15 de febrero de 1923. Suponiendo que el lote cuya reivindicación se impetró en esa demanda, fuera el mismo o parte del que hoy se reivindica, resultaría que por la misma confesión de los Morenos, la posesión de ese lote no tiene treinta años; habría comenzado, según su propia confesión, se repite, entre los años de 1910 y 1911.

Suponiendo, como se ha dicho, que se trate del mismo lote de terreno del que es objeto el presente juicio, y suponiendo esa posesión desde 1910, que es el extremo más favorable a los demandados, como la demanda en este juicio les fue notificada el 24 de enero de 1936 (fojas 44 del cuaderno principal), resultaría que ese día habría quedado interrumpida la prescripción y sólo habrían, poseído por espacio de veintiséis años, tiempo insuficiente para adquirir el terreno por usucapión.

Los testigos que presentaron los Morenos, testigos que declararon en 1940 (cuaderno número 4) declaran que aquéllos poseen hace más de treinta años, o sea según ellos, por lo menos desde 1910, pero acaba de verse que aun aceptando esa posesión desde ese año, no sería suficiente para sacar triunfante la pretensión de los demandados por el concepto de la prescripción. Y esto suponiendo que lo que poseían cuando la demanda ante el Juez de Mocatán, sea el mismo lote de terreno que se reivindica en este juicio.

El demandante Londoño adujo los testimonios ya mencionados de Alzate, Gutiérrez, Uribe R. y Correa.

Juan Alzate (foja 9 del cuaderno número 2), después de declarar que conoce el terreno que se reivindica, afirma que es el mismo que poseía desde antes de la guerra de 1900 el señor Melquíades Escobar, quien tenía en ese punto una lechería y sus ganados pastaban en toda esa región. Que el demandante Londoño entró a poseer ese lote por recomendación de Melquíades Escobar hasta que se verificó la división de los terrenos de «Pumía,» fecha desde la cual posee Londoño sin interrupción de nadie; que le consta personalmente que los señores Lorenzo y Manuel Moreno poseen parte del terreno de «Pumía» hace unos cuatro años próximamente (esta declaración fue rendida en 1937), y finalmente que Manuel S. Moreno le hizo una propuesta al declarante diciéndole que le pagaba muy bien una declaración para que dijera que él y Lorenzo su hermano habían poseído el globo de terreno por más de treinta y siete años, y que si se resolvía se entendiera con el señor Carlos García Jaramillo, a lo que se negó el testigo.

Luis Angel Gutiérrez (foja 16 vuelta del cuaderno número 2) afirma, después de declarar que conoce el terreno, que el señor Londoño había venido poseyéndolo por sí y por medio de sus hijos y recomendados, construyendo cercas, cultivando pastos y surtiéndolo de ganado, sin oposición de nadie. Que tal posesión la conservó el citado Londoño hasta hace unos tres años (la declaración fue rendida en 1938), fecha en que de manera arbitraria se entraron Lorenzo y Manuel Moreno, Roberto Duque, Gabriel Tangarife y otros y ocuparon distintas porciones de terreno de propiedad del señor Londoño, construyendo alambrado, plantando sementeras y echando ganados, contra la expresa prohibición de su dueño.

José Uribe R. declara conocer el lote materia de la reivindicación, y afirma que lo venía poseyendo Julio Londoño hasta hace unos nueve años (declaración en 1940), en que los señores Manuel y Lorenzo Moreno le arrebataron en forma arbitra-

ria y violenta la posesión de ese lote, causándole con ello grandes perjuicios y apropiándose unas sementeras existentes en esa fecha (fojas 4 vuelta del cuaderno número 8). Juan de la C. Londoño (fojas 5 ibídem) declara lo mismo que el anterior, y lo mismo hace José Correa (fojas 5 vuelta ibídem).

En la inspección ocular practicada el 28 de marzo de 1940 (fojas 21 a 22 del cuaderno número 7) quedó plenamente establecido que las mejoras en el terreno ocupado por los Morenos y consistentes en cultivos de caña, plátano, yuca y cafe tienen una existencia de cuatro años más o menos el café, un año la yuca, uno el plátano en la plantación nueva, y doce en la vieja, y la casita de guadua y la enramada unos cinco años.

La Corte, teniendo en cuenta el artículo 702 del Código Judicial y los principios sobre apreciación y crítica de las pruebas, se inclina, sin duda alguna y de una manera muy segura, a las del demandante, por lo siguiente: *a*) porque el lote de «Pumía» está amparado por una serie de títulos, que aunque estén mal registrados algunos de ellos, desvirtúa el concepto de los demandados de que ese lote o es un baldío o se ha reputado como que no tenía dueño; *b)* porque esos terrenos fueron por muchos años materia de inventarios, de adjudicaciones y aun de una entrega, sin oposición ni reclamo de terceros, como la verificada en 1899, entrega judicial qne se hizo a Belisario González del precitado lote de «Pumía»; *c*) porque está comprobado que el presbítero González de la Penilla poseyó ese lote por más de treinta años y sus sucesores lo continuaron poseyendo; *d*) porque los testigos presentados por Londoño dan la razón clara de su dicho, que cuadra, en algunos testimonios, con otras pruebas escritas, que hay en autos, son más explícitas y fundadas y coinciden con el tiempo, en que según los testigos presentados por el demandante entraron los Morenos a ocupar el lote que se reivindica; *e*) porque esas declaraciones están de acuerdo con lo que respecto a la existencia de las mejoras se constató en la inspección ocular; *f*) porque las declaraciones de los testigos de la parte demandada que corren en el cuaderno número 7, son, como se dijo, menos fundadas que las de la parte actora y además esos testigos se extralimitan en sus declaraciones hasta el punto de suponer que se trata también de reivindicar la casa de habitación de los Morenos, extremo éste que está fuera del debate y respecto del cual se constató en el juicio que no entraba en la acción, porque la casa dicha está fuera de los linderos de lo que se reivindica.

De lo anterior resulta lo siguiente: Aun aceptando las declaraciones de la parte demandada, de que se acaba de hacer mérito, y prescindiendo de las demás pruebas, no se demostraría el extremo de la prescripción adquisitiva, alegada por los Morenos, porque partiendo de la base de que éstos hubieran poseído el lote de «Pumía,» desde 1910, como la demanda fue notificada el 24 de enero de 1934, la prescripción no se habría consumado en su favor. Y no puede extenderse hacia atrás la fecha de la iniciación de la posesión, porque los mismos Morenos, en la demanda entablada contra ellos ante el Juez de Mocatán, afirmaron al contestarla que su posesión databa de unos doce años, o sea desde 1910 máximo. Y téngase en cuenta, subraya la Corte, que se parte del supuesto de que el lote a que se refiere esa demanda sea precisamente el mismo al que se refiere la presente acción, suposición gratuita, porque habiendo sido dividido el lote entre Quiceno y Londoño, no se sabe si lo que poseían los Morenos desde 1910 es precisamente lo mismo que se adjudicó a Jaramillo en 1923.

Descartado pues el extremo que acaba de considerarse y considerando las pruebas de la parte actora, resulta que la iniciación de la posesión de los Morenos en el lote materia de la reivindicación, puede remontarse hasta 1930, pero como el demandante presenta un título de dominio que arranca desde 1920, por lo que ya se vio al estudiar la causal que da motivo a la casación, resulta que los títulos inscritos, es decir, a los que se refirió la Corte al estudiar la causal, comprenden un lapso mucho mayor que el de la posesión de los Morenos y desvirtúan por lo tanto la presunción que milita en favor de éstos y de que trata el artículo 762 del Código Civil.

Demostrado el derecho de dominio por parte del demandante Londoño, sobre el lote de «Pumía,» demostrada la posesión de los Morenos en lo que es materia de la reivindicación, establecida la identidad del predio reivindicado y no pudiendo los Morenos ampararse en su posesión contra los títulos del demandante, por lo ya expresado, están acreditados los factores que condicionan la acción reivindicatoria al tenor de los artículos 946, 947, 950 y 952 del Código Civil, y por lo tanto la acción incoada debe prosperar.

Opusieron los demandados Morenos las excepciones de prescripción, petición de un modo indebido y petición antes de tiempo, defensas que no pueden prosperar, por lo siguiente: 1.°, la de prescripción, por lo que se expresó arriba; 2.°, la de petición de un modo indebido, porque si el actor es dueño del terreno de «Pumía,» según se vio, y los demandados poseedores de él, la acción está bien entablada por el demandante contra los demandados; y 3.°, la de petición antes de tiempo, porque no hay en los autos ningún factor que le dé asidero, considerándola en su configuración

jurídica y en los elementos de hecho que deben sustentarla.

Llega pues la Corte a las mismas conclusiones del Juez *a quo*, y teniendo en cuenta nuevos factores probatorios, los aducidos en la segunda instancia. Además la Corte acoge las consideraciones de dicho Juez, especialmente en lo relativo a la buena fe de los demandados y al derecho que tienen éstos para que se les abonen las mejoras útiles, en los términos y forma expresados en la sentencia de primer grado.

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 pronunciada por el Tribunal Superior de Pereira el veintiséis de febrero de mil novecientos cuarenta y uno, y *adicionando* la de primera instancia, *falla* así este pleito:

Primero. No están acreditadas las excepciones propuestas por los demandados Lorenzo y Manuel Moreno;

Segundo. Confírmase el numeral segundo de la parte resolutiva de la sentencia de primer grado dictada por el Juez del Circuito de Apía el cinco de octubre de mil novecientos treinta y nueve, numeral que es el único sometido al recurso de casación;

Tercero. No es el caso de decidir sobre la petición subsidiaria de la demanda;

Cuarto. Sin costas ni en el recurso ni en la instancia.

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.

Acción petitoria de pago de una suma de pesos.

La circunstancia de reglamentar, como lo hace la Ley 153 de 1887, lo relativo a la prueba escrita en relación con la de testigos a que se refiere el artículo 1767 del Código Civil, en manera alguna modificó el artículo 1766 cuyo inciso 1.º establece que «las escrituras privadas hechas por los contratantes para alterar lo pactado en escritura pública, no producirán efecto contra terceros.» Esta disposición corrobora lo que el artículo 1759 del mismo Código establece sobre la plena fe que las declaraciones del instrumento público hacen contra los declarantes. La guarda y amparo de los terceros se confirma en el inciso 2.º del artículo 1766, conforme al cual tampoco producirán efecto contra ellos ni las contraescrituras públicas, salvo que se hayan llenado los requisitos que en la mira de aquella defensa allí mismo se exigen, que son anotación al margen de la matriz de la escritura modificada, y también en la copia de ella en cuya virtud ha obrado el tercero.

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

(Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza).

Contra el fallo de segunda instancia del Tribunal Superior de Cali, confirmatorio del de la primera del Juzgado Civil del Circuito de Palmira en el juicio ordinario de Marco A. Puente V. contra Damián Bejarano y Abelardo Manzano, interpuso casación Bejarano, recurso a cuya decisión se procede por estar tramitado en legal forma.

Antecedentes.

Bejarano manifestó en escritura de 3 de septiembre de 1918 ser deudor de Agustín Ochoa por principal de $ 1.500 en mutuo que de éste había recibido desde el 1.º de septiembre de 1916 con plazo de esos dos años, durante los cuales le había pagado los intereses estipulados, y agregó en ese instrumento que no pudiendo cubrir esa deuda, se la aseguraba a su acreedor con hipoteca de la finca allí deslindada.

En escritura de 11 de octubre de 1934, Ochoa cedió ese crédito a Marco A. Puente, y como en febrero de 1933 vendiese Bejarano parte de aquella finca a Manzano, el cesionario Puente notificó judicialmente la cesión a ambos en 1936, así: a Bejarano el 24 de marzo y a Manzano el 18 de abril.

Contra ambos entabló Puente juicio sobre venta de la finca hipotecada, el que terminó con la acogida que Juzgado y Tribunal dieron a la excepción de prescripción de la acción ejecutiva, no sin llamar la atención reiteradamente a que la vía ordinaria quedaba abierta.

Aunque en el proceso hay constancia de otra hipoteca anterior, de gestiones judiciales para su cobro y de su traspaso a Puente, no se detiene este relato en ello, porque debe concretarse a lo que forma la materia del presente juicio, al que ese crédito es extraño.

Este pleito se encamina a que por la vía ordinaria se declare: 1.°, que los demandados están obligados a pagar al demandante $ 1.500 y sus intereses al 1 por 100 mensual desde el 1.° de septiembre de 1918; 2.°, que ese pago han de hacerlo en la proporción correspondiente a sus porciones en la finca hipotecada; 3.°, que ello sea preferentemente con el valor de tal finca, y 4.°, que se les condene en costas.

El Juzgado dictó el 26 de marzo de 1940 sentencia, cuya parte resolutiva dice: «1.° Como en el presente caso se ha entablado conjuntamente con la acción personal la acción real, para los efectos de que el señor Marco A. Puente pueda hacer efectiva su acreencia, tanto real como personal, declárase que en la actualidad se encuentra vigente el crédito constituído por medio de la escritura pública número 83, de fecha tres de septiembre de mil novecientos diez y ocho, otorgada en la Notaría de Candelaria, y el respectivo gravamen hipotecario constituído por medio de esa misma escritura sobre un predio rural ubicado en el sitio de Tarragona, jurisdicción del Distrito de Candelaria, y delimitado por los siguientes linderos especiales..... 2.° No es el caso de hacer las otras declaraciones pedidas en la demanda, por considerarlas este Despacho inconducentes; 3.° Sin costas.....».

El Tribunal entendió que el Juzgado se había abstenido de fallar sobre las restantes peticiones aludidas, y por esto y por ciertas indicaciones sobre el punto 1.° de la declaración aquí transcrita, ordenó en providencia de 7 de febrero de 1941 devolverle el expediente para que sentenciase teniendo en cuenta las consideraciones de este proveído, fin con el cual revocó el apelado.

El Juzgado, cumpliendo tal orden, dictó sentencia el 4 de abril de ese año, en cuya parte motiva insiste en las reflexiones consignadas en su sentencia anterior y cuya parte resolutiva redactó ajustándose a las indicaciones aludidas del Tribunal, declarando: 1.°, no probadas las excepciones opuestas; 2.°, los demandados deben pagar al demandante $ 1.500 con sus intereses legales desde el 1.° de septiembre de 1918; 3.°, el pago han de hacerlo en proporción a sus respectivas porciones en la finca hipotecada; 4.°, a él han de proceder en forma preferente con el valor de ella, de conformidad con la citada escritura número 83 de 1918; 5.°, sin costas.

El Tribunal, adonde subió el proceso por apelación de Bejarano, confirmó esta sentencia en la de 10 de octubre del mismo año (1941), contra la cual el mismo Bejarano interpuso el recurso de casación que se está decidiendo.

El Tribunal acoge los conceptos del Juez, los que versan, como versó todo el litigio, sobre prescripción y simulación, que fueron las excepciones opuestas, las que desechó así: la primera, porque la demanda inicial de este pleito quedó notificada antes del 1.° de septiembre de 1938, y la segunda, porque carece de alcance contra Puente por ser un tercero.

El recurso.

El abogado del recurrente formula en su demanda de casación los cargos que pasan a estudiarse, en su orden.

I.—Violación de los artículos 2535 y 2539 del Código Civil, en atención a que cuando a Bejarano le llegó la oportunidad judicial de contestar el traslado de la demanda ya se habían vencido los veinte años determinantes de la prescripción invocada por él.

El cargo es inaceptable, porque es la notificación de la demanda lo que interrumpe la prescripción, y aquélla se hizo a los demandados Bejarano y Manzano el 21 y el 28, respectivamente, de junio de 1938, es decir, antes de vencerse veinte años contados desde el 1.° de septiembre de 1918 en que, según declaración expresa e incontestada de las partes, se hizo exigible la obligación.

Haber opuesto Bejarano excepciones dilatorias cuya tramitación le aplazó la contestación de la demanda, no es un hecho que pueda infirmar el decisivo ya dicho, o sea, el consistente en que su notificación la recibió ese 21 de junio.

II.—Nulidad por incompetencia de jurisdicción.

La hace consistir en que el demandante no apeló de la primera sentencia del Juzgado, según la cual, como ya se vio, éste se abstuvo de hacer las declaraciones que calificó de inconducentes y, por tanto, para el actor Puente esa negativa quedó ejecutoriada; además, siendo apelante único Bejarano, y no pudiéndose extender la apelación a lo que le era favorable, no se podía tocar ya lo ejecutoriado que constituía cosa juzgada, y no había, por ende, jurisdicción, ya que ésta se circunscribe a lo que la alzada señala como materia del recurso.

Tampoco es admisible este cargo. La primera sentencia del Juez no absolvió a los demandados de ninguno de los pedimentos del demandante, por más que al aludir a varios de ellos aquél los declarara inconducentes. Habiendo pedido Puente que se declarara en pie su acción y también la

garantía hipotecaria, si el Juzgado lo declaró así, mal pueden los demandados darse por absueltos.

En realidad lo que aconteció fue que al sentenciar encontró que eso era lo pedido, y tanto es así que en la parte resolutiva de su primera decisión, transcrita aquí para precisar la información y el pensamiento del Juez, comienza por advertir aquello muy claramente para, en seguida, declarar vigentes la acción principal del demandante, cesionario del acreedor mutuante, y también la garantía hipotecaria.

Contra esto apeló Bejarano; por tanto, no puede decirse que la jurisdicción proveniente de su recurso no se extendiera a ambas acciones, la personal y la real, tan expresamente comprendidas en la primera sentencia.

Se percató en ella el Juez de que la demanda quedaba así decidida en ambas súplicas, y de ahí su deducción de que las restantes eran inconducentes. Bien pudo, por ejemplo, decir que, dados los términos del punto primero de su decisión, ya era innecesario pronunciarla sobre aquellas otras súplicas accesorias, o advertir que con aquella solución estas otras quedan decididas, o valerse de otras palabras. El hecho es que declaró lo que sobre el crédito y su garantía, en lo atañedero a vigencia, había pedido el demandante.

Como se ve, no hubo la falta de jurisdicción de que el recurrente pretende derivar nulidad invocando el motivo 6.º de los del artículo 520 del Código Judicial, en relación con los artículos 473 y 494 del mismo.

De paso se observa que la situación del demandado Manzano ante el fallo del Tribunal no es materia del recurso; de modo que no hay lugar a que la Sala la considere en atención a habérsele demandado, no como deudor personal, sino como poseedor de la finca hipotecada. Manzano no es recurrente en casación, ni fue apelante de la sentencia del Juzgado.

III.—Violación de los artículos 2432, 2442 y 2443 del Código Civil, porque el deudor no tiene sino derechos proindiviso en un globo común y, a más de no determinar su cuota, no determinó tampoco el globo cuando constituyó la hipoteca, sino que precisó como finca suya el lote deslindado en la escritura número 83.

De estas disposiciones la primera define la hipoteca, la segunda autoriza al comunero para hipotecar su cuota y da validez al gravamen o lo caduca según en la división corresponda o nó a ese comunero lo que ha hipotecado, y la tercera establece que la hipoteca no puede tener lugar sino sobre inmuebles poseídos en propiedad o usufructo o sobre naves.

No se ve cómo la sentencia viole estas disposiciones por haberle reconocido validez a una hipoteca como la de que aquí se trata, constituída sobre un inmueble poseído en propiedad por el hipotecante, a quien no se le ha discutido por un tercero su dominio ni menos demostrado que éste sea de otra persona cuya falta de concurrencia anulara el gravamen.

En la memorada escritura número 83 (folios 1 a 3, cuaderno 1.º) dice Bejarano que lo constituye sobre la finca singular que determina allí por su ubicación y sus linderos especiales, y declara que la hubo por compra en escritura número 23, pasada en La Florida el 27 de mayo de 1915, y que aunque carga con una hipoteca a favor de Justiniano Llanos por principal de $ 400, esto no perjudica a la nueva o segunda hipoteca, porque «la propiedad en referencia vale más que el total de las dos.»

El certificado del Registrador de 8 de octubre de 1934 (folio 5 ibídem) da fe de esta compra de Bejarano como finca singular con los expresados linderos, así como de la vigencia de su inscripción y de haberse cancelado sólo en la parte vendida a Abelardo Manzano, de acuerdo con el artículo 789 del Código Civil, y dice en su punto 2.º que «los registros anteriores en un período de diez años han sido cancelados conforme al mismo artículo»; y en el punto 3.º, que «la expresada propiedad en treinta años hacia atrás de la actual fecha se halla libre de embargo judicial, pleito pendiente y condiciones resolutorias.»

Lo que todo esto significa en relación con la validez de la hipoteca no desaparece porque Bejarano dijera que esa finca, que se repite hipotecó como cuerpo cierto por sus linderos propios, está ubicada en el Municipio de Candelaria *en el proindiviso denominado Tarragona;* ni desaparece tampoco porque en la escritura citada de Arango añada éste que en esa venta entra «un derecho de tierra de valor de diez pesos de ley en el mismo proindiviso de *Tarragona* donde está establecida la finca aludida.» Bien se ve que esto no puede alterar el concepto de que lo comprado por Bejarano en 1915 e hipotecado por él en 1918 fue el inmueble singular que una y otra escritura alinderan.

El cargo, pues, no prospera en fuerza de estas consideraciones, las que hacen innecesario estudiar la objeción del opositor consistente en que este tema no se debatió en las instancias y, por ende, es inadmisible en casación por constituir un medio nuevo.

IV.—Violación de los artículos 91 a 94 de la Ley 153 de 1887.

La forma como el Tribunal estudió la simulación impide hasta la ocasión de que estas disposiciones fueran violadas, porque respecto de la prueba en sí, que es a lo que ellas se refieren, la

sentencia se limita a referir que se trajo un documento privado firmado a ruego del acreedor Agustín Ochoa y con testigos, en el que aquél aparece diciendo que no entregó a Bejarano el dinero de que habla la escritura número 83 de 3 de septiembre de 1918, la que es de confianza y cancelará en exigiéndoselo Bejarano; que Ochoa, citado a reconocer ese documento, en diligencia de 20 de junio de 1936 manifestó no ser exacto ni haber ordenado extenderlo, ni rogado que se firmara ni a los testigos que como tales lo suscribiesen, y que se adujeron en este juicio declaraciones de varios testigos en favor de la firma del documento a ruego de Ochoa y de su autoridad y veracidad.

En seguida el Tribunal, sin expresar concepto alguno sobre aquella veracidad y autenticidad, ni sobre las declaraciones de los testigos, dice: «Este intento de probar contra lo expresado en la escritura número 83 de 3 de septiembre de 1918, se quiebra ante lo estatuído en el Código Civil acerca de la fe debida a los instrumentos públicos. Contra terceros no valen las declaraciones hechas por las partes contra una escritura que otorgaron....»

Esta es la consideración que lleva al Tribunal a dar por descartada la excepción de simulación.

Así, pues, ni lugar hubo a que el Tribunal quebrantara los artículos de la Ley 153 que el recurrente da por violados.

Como en este cargo se refiere también al artículo 1766 del Código Civil, del cual entiende que aquéllos lo derogaron o reformaron en su primer inciso, conviene hacer presente la diferencia completa que hay entre lo atañedero a la reglamentación de una prueba y lo pertinente a su alcance. Así, por ejemplo, en el presente caso, aunque el Tribunal hubiera entrado a analizar las aludidas declaraciones de testigos para concluír que el documento era auténtico y veraz, nada habría adelantado con ello el demandado hoy recurrente, puesto que a aquél le bastó, para rechazar la excepción, el mero hecho de ser Puente un tercero.

La circunstancia de reglamentar como lo hace la citada Ley de 1887 lo relativo a la prueba escrita en relación con la de testigos a que se refiere el artículo 1767 del Código Civil, en manera alguna modificó el dicho artículo 1766, cuyo citado inciso 1.° establece que «Las escrituras privadas hechas por los contratantes para alterar lo pactado en escritura pública, no producirán efecto contra terceros.»

Esta disposición corrobora lo que el artículo 1759 del mismo Código establece sobre la plena fe que las declaraciones del instrumento público hacen contra los declarantes. La guarda y amparo de los terceros se confirma en el inciso 2.° del artículo 1766, conforme al cual tampoco producirán efecto contra ellos ni las contraescrituras públicas, salvo que se hayan llenado los requisitos que en la mira de aquella defensa allí mismo se exigen, que son anotación al margen de la matriz de la escritura modificada y también en la copia de ella en cuya virtud ha obrado el tercero.

Ahora bien, si se entiende que la cita de ese artículo 1766 en la demanda en estudio implica cargo por haberlo quebrantado, lo dicho aquí, que es breve resumen de lo expuesto uniforme y sostenidamente en nuestra doctrina, la que desarrolla y cumple una clara disposición de la ley, hace ver que el cargo es inadmisible, puesto que el cesionario Puente es un tercero respecto del acreedor cedente Ochoa y de Bejarano deudor del crédito cedido, en lo que hace a la declaración de Ochoa sobre que el crédito es simulado, y, por lo mismo, ningún alcance podría tener contra Puente esa declaración aunque hubiera quedado demostrada fehacientemente aquí, puesto que el cesionario al adquirir ese crédito hubo de guiarse por la escritura número 83, respecto de la cual no aparece en manera alguna comprobado ni insinuado siquiera en este proceso que, en algún momento y menos con anterioridad a esa cesión, se haya anotado al margen de su matriz y en su copia en cuya virtud obró Puente el otorgamiento de una contraescritura en la cual Ochoa y Bejarano la invalidasen por ser simulado lo declarado en ella como ahora éste dice.

Y si sólo con una contraescritura otorgada así y con esas anotaciones podría haber valido tal declaración contra Puente, con más veras, si esto cabe, es de pensarse del propio modo tratándose de un documento privado, que es lo único aducido, el cual, por otra parte, no puede tener legalmente aquí fecha distinta de la que corresponde al tenor del artículo 1762 del Código Civil, por más que aparezca datado el 12 de febrero de 1927.

—

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 dictada en este juicio el diez de octubre de mil novecientos cuarenta y uno por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali.

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—*Emilio Prieto H.*, Oficial Mayor en propiedad.

Acción petitoria de pago de una suma de pesos por perjuicios.

Es doctrina uniforme de la Corte que cuando ella llega a la misma conclusión del Tribunal, no se infirma el fallo sino que se rectifica la doctrina, sin casarlo, por ser inútil, ya que en instancia se habrá de confirmar el fallo materia del recurso.

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

(Ponente, Magistrado doctor José Miguel Arango).

Víctor M. Reyes se constituyó en deudor de Juan Medina R., por la cantidad de $ 2.000, obligación que éste endosó a favor de Carlos Ballesteros. Este descontó esa obligación en The Anglo South American Bank Ltd. En 28 de octubre de 1931, los señores Ballesteros y Medina suscribieron solidariamente un nuevo pagaré a favor del mencionado Banco por la suma de $ 2.000.

El Banco no pudo hacer efectivo el pagaré contra Víctor M. Reyes, y con fundamento en el documento suscrito por Ballesteros y Medina, demandó a estos señores ejecutivamente para el cobro de la suma adeudada.

Ballesteros, a su turno demandó al Banco mencionado para que fuera condenado a pagarle lo siguiente:

La cantidad de $ 6.000 moneda corriente en que estima los perjuicios que le ocasionó y está ocasionando el Banco demandado por no haberle entregado el aludido documento a cargo del señor Víctor M. Reyes, como petición principal, y subsidiariamente, para que le pague la cantidad que se estime o fije en forma legal por los perjuicios que el Banco le ocasionó al demandante por no haberle entregado el documento a que se refiere la petición anterior.

Fundó el peticionario su demanda en estos hechos como primordiales:

Que el documento en contra de Reyes endosado por Medina a favor del demandante le pertenecía en propiedad y que por consiguiente el Banco estaba en la obligación de devolvérselo, ya que ese pagaré había sido sustituído por otro a favor del mismo Banco firmado solidariamente por Juan Medina y Carlos Ballesteros, hoy demandante, y que el Banco se comprometió a cobrar judicialmente de Reyes el valor de ese pagaré, cosa que no hizo.

Sentencias.

El Juez 8.º del Circuito de Bogotá, en proveído de 5 de noviembre de 1937, consideró que Ballesteros había confesado que el documento a favor de Juan Medina y en contra de Reyes, endosado a Ballesteros por haber sido descontado por el Banco, había quedado de propiedad de éste; que por ende no estaba en la obligación de entregarlo al señor Ballesteros; que el Banco no había contraído obligación de hacer efectivo el pagaré a favor de Reyes por la vía ejecutiva; que lo había entregado al señor Medina con conocimiento y autorización del señor Ballesteros, y fundado en estas confesiones absolvió al demandado de todos los cargos de la demanda, condenando en costas al demandante.

Apelado este fallo por el señor Ballesteros, el Tribunal Superior de Bogotá, en 5 de septiembre de 1941, prohijando los fundamentos de la sentencia de primera instancia, lo confirmó en todas sus partes y condenó al apelante en las costas de la instancia.

Recurso.

Contra esta providencia se interpuso el correspondiente recurso de casación, que fue admitido y que hoy se decide por estar agotada su tramitación.

El recurrente considera que el fallo incurrió en error de hecho en la apreciación de la prueba de confesión rendida por el Gerente del Banco demandado con quebrantamiento, a consecuencia de ese error, del artículo 1605 del Código Civil por falta de aplicación al caso del pleito.

La confesión del Gerente del Banco demandado que el recurrente considera que fue erróneamente apreciada por el Tribunal, dice así, al ser preguntado en posiciones:

«Diga el absolvente cómo es cierto que el documento en contra del señor Víctor M. Reyes estaba endosado a mi favor por el señor Juan Medina. Contestó: Es cierto. Y a la pregunta "Y si ese fue el documento que el Banco descontó el día 9 de octubre de 1930," contestó: "Es cierto que ese documento fue el descontado por el Banco el

9 de octubre de 1930." "Diga el absolvente cómo es cierto que no ha tenido autorización para entregar el documento en contra del señor Víctor M. Reyes y endosado a mí, a persona alguna distinta del endosatario, que lo es el suscrito" dijo: "Es cierto, pero como el Banco tenia dos acreedores solidarios hizo uso de la autorización legal para entregárselo a uno de ellos que lo fue el señor Juan Medina."»

De estas confesiones deduce el recurrente que está plenamente establecido que el documento suscrito por el demandante y Juan Medina el 28 de octubre de 1931, fue para reemplazar la operación de descuento hecha por el Banco sobre el documento de Víctor M. Reyes, el cual dejó de pertenecer al Banco y volvió a ser de pertenencia de su endosatario, el demandante, y que el Banco no tuvo autorización de parte del endosatario para entregar el documento del señor Reyes al señor Medina.

Las confesiones del Gerente son claras y precisas. El Banco no fue autorizado por Ballesteros para entregar el documento firmado por Reyes al señor Medina, y por consiguiente el sentenciador al no apreciar esas pruebas, incurrió en un verdadero error de hecho que lo llevó a violar las disposiciones citadas por el recurrente.

Pero a pesar de haberse incurrido en error de hecho, por parte del sentenciador, al apreciar las confesiones del Gerente, la Corte llegará a las mismas conclusiones adoptadas por el sentenciador de segundo grado, porque si bien es cierto que el Banco demandado entregó el pagaré a una persona distinta del endosatario, también lo es que en el proceso no hay prueba ninguna, ni siquiera la de indicios, de la cual aparezca que con ese proceder el Banco le causó perjuicios al señor Ballesteros, y esta ausencia de prueba es suficiente para dictar un fallo en consonancia con el del Tribunal Superior de Bogotá.

Es doctrina uniforme de la Corte que cuando ella llega a la misma conclusión del Tribunal, no se infirma el fallo sino que se rectifica la doctrina, sin casarlo, por ser inútil, ya que en instancia se habrá de confirmar el fallo materia del recurso.

El Tribunal tuvo en cuenta la confesión de Ballesteros de que el documento firmado por Reyes a favor de Medina y endosado por éste a Ballesteros, quedó de propiedad del Banco demandado a consecuencia del nuevo pagaré que Medina y Ballesteros otorgaron al Banco, por igual suma de dinero. Esta confesión no puede considerarse como tál, porque no versa sobre una cuestión de hecho, sino sobre un punto de derecho, cual es saber si por el otorgamiento del nuevo pagaré por Medina y Ballesteros a favor del Banco, el documento primitivo pasó a ser o nó propiedad del Banco demandado.

Tampoco está demostrado en autos que el Banco hubiera contraído para con Ballesteros la obligación de cobrar ejecutivamente el pagaré contra Reyes, pero a pesar de la falta de esa comprobación, el Banco sí dio los pasos conducentes para hacer efectiva ejecutivamente esa acreencia hasta el momento en que se convenció que Reyes no tenía con qué responder por esa deuda, por estar sus bienes embargados con antelación, y por eso, y de acuerdo con Medina y Ballesteros, solicitó del abogado del Banco la suspensión del juicio ejecutivo y la devolución del documento que sirvió de recaudo.

En virtud 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, *no infirma* la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá de fecha cinco de septiembre de mil novecientos cuarenta y uno.

Sin costas.

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

JOSÉ MIGUEL ARANGO, ISAÍAS CEPEDA, RICARDO HINESTROSA DAZA, FULGENCIO LEQUERICA VÉLEZ, HERNÁN SALAMANCA—El Conjuez, TIMOLEÓN MONCADA—El Secretario, *Pedro León Rincón.*

Petición de herencia. Posesión notoria de un estado civil.

1. Poseer un estado civil es gozar notoriamente del título y de las ventajas que la ley determina y asigna al mismo estado. Para el caso, el artículo 397 del Código Civil señala precisamente los elementos o hechos que esencialmente constituyen la posesión del estado civil de hijo legítimo, los cuales, irrefragablemente establecidos y reunidos constituyen la posesión de ese estado o calidad que servirá de medio probatorio para establecerlo a falta de la prueba principal y de la supletoria directa sobre el hecho constitutivo. Esta disposición, reproduciendo propiamente los elementos tradicionales de *nomen*, *tractatus* y *fama*, dice en qué consiste la posesión notoria del estado de hijo legítimo. Esta posesión, para que pueda legalmente recibirse como prueba del estado civil, deberá haber durado diez años continuos por lo menos (artículo 398), y deberá probarse en juicio mediante un conjunto de testimonios digno de fe que la establezcan de un modo irrefragable (399). Estos caracteres de la posesión, determinados en el Código para cada caso especial, constituyen asimismo condiciones de esencia de esta última prueba supletoria del estado civil, detalladamente reglamentada en la ley. Cuando en el orden supletorio que establece el Código es procedente ocurrir a la prueba por posesión notoria para demostrar el estado civil de hijo legítimo, es preciso probar la posesión con todas sus características y condiciones especiales respecto de la madre igualmente. La necesidad de esta doble comprobación se desprende tanto de la forma plural que usa la disposición legal del artículo 397 del Código Civil como de la naturaleza misma de la filiación legítima que es el producto o resultado de una relación bipersonal, que da nacimiento por sí a vinculaciones jurídicas de un individuo no respecto de una persona simplemente sino en referencia a una familia.

2. No basta demostrar el tratamiento de padre y madre con el hijo y la fama para tener por establecido el estado civil de que se trata; se requiere, además, establecer con el mismo mérito probatorio que los hechos en que consiste la posesión han durado diez años continuos por lo menos, que es el término mínimo en que la ley presume formarse de manera aceptable la fama pública.

3. Para establecer la legitimidad del hijo es preciso demostrar su filiación materna y paterna; el matrimonio de sus padres; que su madre lo dio a luz y que fue concebido durante el matrimonio. El casamiento y el parto son probables de manera positiva y directa con las partidas correspondientes de matrimonio y nacimiento; no así la época de la concepción y su autor, que por no ser susceptibles de prueba directa las ha hecho la ley materia de presunciones, presumiendo de derecho la fecha de la concepción por la duración del embarazo (artículo 92), y si ésta cae dentro del matrimonio, que es hijo del marido y, por consiguiente, legítimo (artículos 213 y 214).

4. Las actas de registro del estado civil extendidas en otro país pueden referirse a extranjeros o a colombianos. Los extranjeros que tengan que probar su estado civil deben acreditarlo con documentos extendidos conforme a la ley del país donde se cumplieron los hechos constitutivos de su estado, conformidad que se presume si se presentan debidamente autenticados. Los colombianos que quieren hacer constar fehacientemente en Colombia los hechos constitutivos de su estado civil ocurridos fuera del territorio nacional, pueden hacerlo en conformidad con la correspondiente ley extranjera, observando sus requisitos, o de acuerdo con la ley colombiana extendiendo sus actas de estado civil según las reglas del Código ante un funcionario diplomático o consular de la República. La sujeción a la ley extranjera es, pues, facultativa para los colombianos, pero en cuanto a la producción de pruebas de un estado civil originado en hecho constitutivo cumplido fuera del territorio colombiano. La prueba principal del estado civil de los colombianos solamente puede originarse, respecto de hechos constitutivos cumplidos en el país, del registro civil colombiano o de los libros parroquiales. La disposición del artículo 382 del Código Civil se refiere exclusivamente al estado civil adquirido en el extranjero, pero en manera alguna al adquirido por colombianos dentro del territorio nacional, para cuya prueba está naturalmente excluída cualquier acta proveniente de empleados oficiales de país extranjero, cuya jurisdicción al efecto, como en Colombia, es territorial y fundada en el principio *locus regit actum.*

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

(Magistrado ponente, doctor Hernán Salamanca).

La señora Rosa Malo de Barrera, casada con José Ramón Barrera, muerta el 28 de abril de 1932, otorgó testamento el 23 de junio de 1924, y en él dispuso en la cláusula segunda: «Instituyo por mis herederos únicos y universales a mis tres hijas legítimas que son: Elvira Barrera, casada con Luis Otero; Ana Barrera, viuda del señor Vicente Infantino, y Carmen Barrera, soltera. En caso de que apareciera algún descendiente legítimo de mi hijo Julio Barrera, ya finado, a quien se reconociera con derecho a representar a mi hijo, quiero que la porción de mi citado hijo sea sólo de la legítima rigurosa, sin participación en la cuarta de libre disposición ni en la de mejoras. Esto porque en mi sentir, mi expresado hijo no dejó descendiente de legítimo matrimonio y por lo mismo no quiero que sea mayor para el representante o representantes de Julio que la legítima rigurosa.»

De acuerdo con esta memoria testamentaria y por los procedimientos de la ley, se adelantó hasta su finalización el juicio mortuorio de la señora Malo de Barrera, en el cual fueron distribuídos los bienes relictos como lo dispuso la testadora, sin que se hubiera presentado nadie en alegación de derechos de Julio Barrera.

Terminado el juicio de sucesión, que fue protocolizado en la Notaría 2.ª de este Circuito bajo la escritura número 771 de 19 de abril de 1934, julio Barrera Saba, por medio de apoderado, en libelo de fecha 2 de abril de 1937, repartido al Juzgado 5.º del Circuito de Bogotá, diciéndose hijo legítimo de Julio Barrera Malo y Nacira Saba, en representación de su padre, demandó en acción ordinaria de petición de herencia a Elvira Barrera de Otero, Ana Barrera viuda de Infantino, Carmen Barrera Malo, Inés Infantino Barrera, Vicente Infantino Barrera, Rafael Infantino Barrera, Luis Otero Barrera, Eduardo Otero Barrera, Julia Otero Barrera, Alicia Otero Barrera, Leonor Otero Barrera, actuales poseedores de los bienes relictos de la señora Rosa Malo de Barrera, para que se declare que es heredero en representación de su padre y con derecho a la legítima rigurosa de acuerdo con el testamento, y que, en consecuencia, se declare sin valor ninguno la partición verificada en el sucesorio y su sentencia aprobatoria, lo mismo que sus inscripciones en el registro, para que se ordene rehacerla teniendo en cuenta el derecho de Julio Barrera Saba, a quien los demandados deben entregar los bienes que se le adjudiquen, con sus frutos, desde la muerte de la testadora.

Agotada la tramitación del primer grado, se profirió la correspondiente sentencia el 27 de abril de 1939, en la cual se negaron todos los pedimentos de la demanda con fundamento en no haberse probado la muerte de Julio Barrera Malo. Sin costas.

Sentencia acusada.

El oportuno recurso de apelación interpuesto por el apoderado del actor contra el fallo del Juzgado dio lugar a la segunda instancia del juicio, surtida ante el Tribunal Superior de Bogotá y finalizada con sentencia de 12 de septiembre de 1941, en la cual se decidió:

«1.º Julio Barrera Saba es heredero de la señora Rosa Malo de Barrera en la cuota que ésta fijó en su testamento para los legitimarios de su hijo Julio Barrera Malo.

«2.º Rehágase la partición aprobada por la sentencia del señor Juez 2.º del Circuito de Bogotá de 14 de febrero de 1934, teniendo en cuenta los derechos de Barrera Saba, de acuerdo con lo explicado en el punto anterior.

«3.º Ordénase al Registrador de Instrumentos Públicos de Bogotá la cancelación del registro de las hijuelas de los demandados en el juicio de sucesión de la señora Rosa Malo de Barrera.

«4.º Condénase a los demandados a entregar al demandante los frutos civiles producidos por los bienes relictos, en la proporción que le corresponda, desde la notificación de la demanda.

«5.º Niéganse las demás peticiones de la demanda.

«6.º No se hace condenación en costas.»

Sobre los hechos fundamentales de la acción, enumerados en la demanda, plantea el Tribunal en la motivación de su sentencia tres cuestiones esenciales cuya solución incide directamente en la resolución del litigio, a saber: validez del matrimonio contraído por Julio Barrera Malo con Nacira Saba, padres del actor; defunción de Julio Barrera Malo, y filiación legítima del demandante.

Separadamente se estudian en la sentencia cada uno de estos puntos, y con respecto al primero concluye el Tribunal que con la partida visible al folio 19 y siguientes del cuaderno principal, traída a los autos con observancia de lo que prescribe el artículo 1.º de la Ley 39 de 1933, se prueba el matrimonio contraído por Julio Barrera Malo con Nacira o Narcisa Saba el día 5 de agosto de 1908 ante el Gobernador del Territorio Federal Amazonas, de la República de Venezuela, y su respectivo Secretario. A este respecto considera el fallo la única objeción aducida en el juicio con-

tra esta prueba matrimonial y consistente en la invalidez del vínculo, fundada en la disposición del artículo, 17 de la Ley 35 de 1888, en concordancia con el 19 del Código Civil, que hace obligatorio el matrimonio, en conformidad con las disposiciones del Concilio de Trento, para los colombianos que profesan la religión católica, advirtiendo que la solución de este problema no tiene importancia para el caso *sub judice*, porque aun aceptando la nulidad del matrimonio los hijos procreados en él conservan la calidad de legítimos al tenor del artículo 149 del Código Civil.

En relación con la muerte de Julio Barrera Malo, en cuya improbación se basó el fallo del Juzgado y en torno de la cual nada se alega en casación, la da el Tribunal por plenamente establecida con la prueba testimonial de personas que presenciaron el asesinato del mentado Barrera a manos de los indios salvajes el 3 de septiembre de 1919.

Y por lo que hace a la filiación legítima del demandante, punto central del recurso, luégo de sentar algunos principios generales cuya crítica no es necesaria para la decisión de la Corte, entra el Tribunal a estudiar las pruebas aducidas por el actor en demostración de que es hijo legítimo del matrimonio Barrera-Saba, base del derecho herencial que demanda en representación de su padre.

Considera en primer lugar una partida tomada del Registro Civil de nacimientos (folio 22, cuaderno principal) expedida por la primera autoridad civil del Distrito Heres, Estado Bolívar, de la República de Venezuela, de la cual consta que el 4 de agosto de 1917 se presentó ante el funcionario venezolano Carlos Vogelius a inscribir un niño llamado Julio José como hijo legítimo del matrimonio de Julio Barrera y Narcisa Saba, nacido en San José de Acume, en la República de Colombia, el 19 de marzo de 1915. El Tribunal rechaza esta partida como prueba improcedente del nacimiento del demandante, porque, además de no estar asentada de acuerdo con la ley venezolana que exige, según se acreditó en autos, la inscripción dentro de los ocho días siguientes al nacimiento, el Oficial Civil venezolano es incompetente para inscribir nacimientos ocurridos en territorio de Colombia, sujetos a la exclusiva jurisdicción colombiana.

Desechada la indicada prueba principal, consideró el Tribunal la supletoria de testigos aducida por el demandante para acreditar su filiación legítima y concluyó que con los testimonios rendidos legalmente por Vicente de J. Sáenz, Ernesto Ruiz Mendoza, Federico Espediel y Rosalía O. de Nieto se establecía de una manera irrefragable la posesión notoria del actor como hijo legítimo del matrimonio ya varias veces nombrado, pues demostrada tal posesión respecto de la madre quedaba automáticamente establecido el estado civil respecto del padre, pues siendo este estado indivisible y estando casados los padres, sería absurdo considerar al demandante como hijo legítimo de su madre sin considerarlo a la vez con el mismo carácter respecto de su padre, con aplicación de la presunción de paternidad que establece la ley.

De esta manera, en síntesis general, acepta la sentencia la calidad de legitimario con que se ha presentado el demandante a reclamar su participación herencial en la sucesión de su abuela, y en representación de su padre legítimo.

El recurso.

El apoderado de los demandados recurrió oportunamente en casación contra el fallo definitivo de segunda instancia, recurso que debidamente admitido y tramitado se procede a decidir hoy. En tres demandas fundamentales, todas con base en el primero de los motivos de casación que señala el artículo 520 del Código Judicial, acusa el grupo de litigantes que forman la parte demandada la sentencia del Tribunal. La Sala ha considerado atentamente los diversos cargos que se formulan de modo casi completamente coincidente en las tres demandas, y después de estudiar y analizar los distintos aspectos y acusaciones, colocándose dentro de la situación contemplada en el artículo 538 del Código Judicial, circunscribe su estudio al cargo de violación legal formulado con motivo de las conclusiones a que llegó el Tribunal sobre la filiación legítima del actor demostrada con prueba de posesión notoria, por encontrarlo fundado y suficiente para determinar la infirmación del fallo recurrido.

Se acusa la sentencia en este cargo por infracción directa y como consecuencia de equivocada valoración de los testimonios referidos, de los artículos 395, 397, 398, 399 y 213 del Código Civil en que incurrió el Tribunal sentenciador al dar entrada a la prueba supletoria por posesión notoria del estado civil de hijo legítimo sin acreditar la falta de la prueba principal; por haber aceptado la prueba testimonial producida al efecto sin que reuniera los requisitos exigidos por la ley para prestarle fe, y por haber considerado que estando acreditada la filiación materna del actor no era necesario establecer igualmente la paterna para la procedencia y aplicación de la presunción de legitimidad según la regla *pater is est quem nuptiae demonstrant*, para lo cual era legalmente bastante la prueba del matrimonio Barrera-Saba.

Considera la Sala:

Aceptada por el Tribunal, como se vio al reseñar los fundamentos de la sentencia, la prueba del matrimonio de Julio Barrera Malo con Nacira Saba y la defunción del marido, consideró que la filiación legítima del demandante, factor esencial para la prosperidad de su acción de petición de herencia, había sido plenamente probada, a falta de la prueba principal, con la posesión notoria de ese estado civil con base en los testimonios de Sáenz, Ruiz Mendoza, Espediel, Rosalía de Nieto, Félix Ortega y Rudesindo Celeita, respecto de los cuales escribió el Tribunal los siguientes pasajes en que están resumidos los fundamentos de la sentencia en esta parte que es la enfocada por las acusaciones que considera la Corte:

«Los testimonios antes analizados, con excepción de los dos últimos, en que nada consta, establecen de una manera irrefragable que el demandante sí ha tenido la posesión notoria del estado de hijo legítimo del matrimonio tántas veces nombrado. Este Tribunal, después de cuidadoso estudio del expediente, ha llegado a esta convicción, pues la misma disparidad en los testimonios y la diversa calidad de las personas que los rinden establecen que no ha habido colusión entre los testigos y que éstos han depuesto de acuerdo con la realidad de los hechos que les constan....

«Acreditado el estado civil por medio de las pruebas supletorias en la forma en que se acaba de explicar en relación con la madre Narcisa Saba de Barrera, es claro que automáticamente queda establecido dicho estado civil de hijo legítimo en relación con el padre Julio Barrera Malo, pues el estado civil es indivisible, y estando casados los dos padres o produciéndose respecto del hijo, por lo menos los efectos del matrimonio putativo, sería absurdo considerar al demandante hijo legítimo con relación a su madre sin considerarlo al mismo tiempo con el mismo carácter con relación a su padre. Se puede aplicar aquí la presunción de paternidad *pater is est....*»

Poseer un estado civil es gozar notoriamente del título y de las ventajas que la ley determina y asigna al mismo estado. Para el caso, el artículo 397 del Código Civil señala precisamente los elementos o hechos que esencialmente constituyen la posesión del estado civil de hijo legítimo, los cuales irrefragablemente establecidos y reunidos constituyen la posesión de ese estado o calidad que servirá de medio probatorio para establecerlo a falta de la prueba principal y de la supletoria directa sobre el hecho constitutivo. Esta disposición, reproduciendo propiamente los elementos tradicionales de *nomen*, *tractatus* y *fama*, dice que «la posesión notoria del estado de hijo legítimo, consiste en que sus padres le hayan tratado como tál, proveyendo a su educación y establecimiento de un modo competente, y presentándole en ese carácter a sus deudos y amigos; y en que éstos y el vecindario de su domicilio, en general, le hayan reputado y reconocido como hijos legítimos de tales padres.» Esta posesión, para que pueda legalmente recibirse como prueba del estado civil, deberá haber durado diez años continuos por lo menos (398), y deberá probarse en juicio mediante un conjunto de testimonios dignos de fe que la establezcan de un modo irrefragable (399). Estos caracteres de la posesión determinados en el Código para cada caso especial, constituyen asimismo condiciones de esencia de esta última prueba supletoria del estado civil, detalladamente reglamentada en la ley.

Cuando en el orden supletorio que establece el Código es procedente ocurrir a la prueba por posesión notoria para demostrar el estado civil de hijo legítimo, es preciso probar la posesión con todas sus características y condiciones especiales respecto del padre y respecto de la madre igualmente. La necesidad de esta doble comprobación se desprende tanto de la forma plural que usa la disposición legal del artículo 397 del Código Civil como de la naturaleza misma de la filiación legítima que es el producto o resultado de una relación bipersonal, que da nacimiento por sí a vinculaciones jurídicas de un individuo no respecto de una persona simplemente sino en referencia a una familia. «La posesión de estado sería ineficaz si sólo tendiera a probar la filiación materna; y aunque solamente se trate de probar dicha filiación, también debe existir la posesión de estado con respecto al padre. En efecto, para poder gozar el hijo de la posesión de estado, debe pasar por hijo legítimo de su madre, y no existiría filiación legítima, si no proviniera del marido de su madre; existe, por tanto, *indivisibilidad* en cuanto a los elementos de la posesión de estado con respecto de uno y otro de los padres.» (Planiol y Ripert. *Tratado práctico de Derecho Civil*, tomo 2, página 588).

Determinados someramente, extractándolos de las disposiciones pertinentes, los requisitos esenciales que debe reunir la prueba del estado civil de hijo legítimo por posesión notoria de él, procede ver, para deducir la prosperidad del cargo en casación, si los cuatro testimonios aducidos con este objeto al juicio satisfacen las exigencias legales para merecer la fe que les prestó el sentenciador, para lo cual conviene reproducir en lo atinente sus declaraciones:

Vicente de J. Sáenz dice: (folio 7 vuelto del cuaderno número 5). «....A fines del año de mil novecientos treinta y dos fui a Puerto Carreño

como Comisario Especial del Vichada; me hospedé en casa de doña Narcisa Saba de Barrera Malo, cuyo verdadero nombre era Nacira, pero que en la región era conocida con el nombre dicho de Narcisa. Por manifestaciones directas de esta señora y por el dicho de las personas de la región, en la cual era ella muy conocida, supe que era viuda del señor Julio Barrera Malo; igualmente conocí al señor Julio Barrera Saba, a quien doña Narcisa me presentó como su hijo legítimo habido en el matrimonio con el señor Julio Barrera Malo; por ese conocimiento supe también que la señora Saba de Barrera Malo presentaba a su hijo Julio como a tál entre todos sus relacionados, y en la región era tenido éste como hijo legítimo de Julio Barrera Malo y Narcisa Saba. Igualmente me consta, porque he sido su acudiente, que el señor Julio Barrera Saba ha sido matriculado en los colegios de esta ciudad, donde actualmente estudia medicina, como hijo legítimo del matrimonio de Julio Barrera Malo y Narcisa Saba»....

Ernesto Ruiz Mendoza (folio 9 vuelto del mismo cuaderno) expone: «Por allá en el año de mil novecientos veintidós, estando yo pequeño, conocí a la señora Nacira o Narcisa Saba de Barrera, quien vino a Orocué en ejercicio de su profesión de comerciante. Después de la muerte de su esposo Julio Barrera Malo, se estableció en Orocué, donde vivió algún tiempo; luégo se radicó en Puerto Carreño, donde la conocí viviendo con su hijo Julio Barrera Saba a quien presentaba siempre como hijo legítimo del matrimonio que había contraído con el señor Julio Barrera Malo. Por referencias de mi familia sé que el matrimonio Barrera Malo-Saba, o mejor dicho estos dos señores fueron amigos de las personas de mi casa. ....Igualmente me consta que en los colegios de esta ciudad el señor Julio Barrera Saba ha sido matriculado como hijo legítimo del matrimonio Barrera Malo-Saba, pues yo fui quien en muchas ocasiones desempeñé a su acudiente en el Colegio de Nuestra Señora del Rosario, pues tal acudiente era el doctor Vicente de J. Sáenz, quien me comisionaba para que le hiciera algunas diligencias en su reemplazo.... Como ya dije, a la señora Narcisa o Nacira Saba la conocí por el año de mil novecientos veintidós; a Julio Barrera Saba, aunque lo conocía de nombre, no lo conocí personalmente sino hasta hace unos ocho años, pues antes estaba en Venezuela en casa de su abuela la señora Eva de Saba.»

Federico Espeidel declara (folio 10 del mismo cuaderno): «....Después del año de mil novecientos veinte conocí a la señora Narcisa Saba; al joven Julio Barrera Saba lo conocí, hace unos tres años en Orocué, cuando bajaba de Bogotá para Puerto Carreño, en donde vivía la señora Narcisa; en Orocué me fue presentado este joven como hijo de la señora Narcisa Saba y de Julio Barrera Malo; ya con anterioridad había oído yo hablar del joven Barrera Saba, de quien se decía que era hijo de Julio Barrera Malo y la señora Narcisa Saba. Es también cierto que en Orocué y en las regiones vecinas se tiene al joven Julio Barrera Saba como hijo legítimo de Julio Barrera Malo y la señora Narcisa Saba....»

Rosalía Orjuela de Nieto expone (folio 22 vuelto del mismo cuaderno): «....Conozco al señor Julio Barrera Sabas quien era (sic) hijo del señor Julio Barrera Malo y de la señora Narcisa Sabas, siendo presentado como hijo legítimo de estos señores, hecho éste que es público y notorio consentimiento (sic) en toda esta región.»

Fuera de estos testigos, sobre esta cuestión y a pedimento también del actor, declararon Félix Ortega y Rudesindo Celeita, quienes afirman conocer a Narcisa Saba, pero a quienes no les consta en ninguna forma que ella presentara al demandante como hijo legítimo habido en su matrimonio con Julio Barrera Malo.

El análisis de estas exposiciones testificales como única prueba de la posesión del estado civil, para las cuales la ley exige un especial valor demostrativo cuando quiere «que la establezcan de un modo irrefragable» con pluralidad más numerosa que la ordinaria, revela deficiencias sustanciales en forma que sólo sobreestimándola ilegalmente pudo tenerse como base de la convicción judicial. Efectivamente; ni respecto del tratamiento ni de su consecuencia, que es la fama, es perfecta la prueba. No está demostrado, ni vagamente, que Julio Barrera Malo proveyera en ninguna forma a la educación del pretendido hijo, ni que como legítimo lo presentara a sus deudos y amigos para que éstos y el vecindario en general lo reputaran como tal hijo, pues al respecto los testigos son mudos. No aparece que Barrera Malo y la señora Saba presentaran al actor como hijo legítimo suyo a ninguno de sus deudos, y antes bien, como resulta del testamento de la madre de Barrera Malo, ella ignoraba la existencia del nieto legítimo en 1924, a los cinco años de desaparecido su hijo; y a Félix Ortega, quien fue empleado del padre de Nacira Saba y la conoció durante veinte años, como dice en su declaración, no le fue presentado el demandante en la condición ya vista. Los testimonios no se refieren a hechos cumplidos durante el matrimonio, en que se pretende concebido el hijo, sino a época posterior. Sobre la presentación como hecho concreto no depone en realidad sino el testigo Sáenz y a partir del año de 1932, que es desde cuando aparece la señora Saba dando tratamiento de legítimo a su hijo, no obstante haber nacido éste, según

se afirma en la demanda, en 1915, y haber ella enviudado en 1919. Los hechos a que se refieren los testigos no emanan o proceden de ambos padres, como lo exige la ley, sino que hacen exclusiva referencia a actividades de la señora Saba.

No basta, como se vio, dentro del conjunto de exigencias legales, demostrar el tratamiento de padre y madre con el hijo, y la fama para tener por establecido el estado civil de que se trata; se requiere, además, establecer, con el mismo mérito probatorio, que los hechos en que consiste la posesión han durado diez años continuos por lo menos, que es el término mínimo en que la ley presume que puede formarse de manera aceptable la fama pública, y por este aspecto la prueba que se estudia tampoco se acomoda a la norma legal, porque las exposiciones testimoniales atrás insertas no dan base para tener por probada esta circunstancia temporal ni la de la continuidad, requerida también. Advirtió el Tribunal este defecto, y creyó remediarlo con el siguiente razonamiento, que la Sala considera inaceptable y constitutivo de error de derecho, porque la ley no autoriza esta manera de dar por demostrados plenamente hechos no afirmados por el testigo sino inferidos o supuestos por el Juez al apreciar su declaración, fuera de que la disposición sustantiva especial excluye para el caso la prueba indirecta de indicios reduciendo la probabilidad a «un conjunto de testimonios fidedignos», que establezcan de un modo irrefragable la posesión del estado con todas sus características peculiares. Dice el Tribunal: «En cuanto a la última condición atrás nombrada, es decir, que la posesión del estado haya durado por lo menos durante diez años, ya se ha visto que al doctor Sáenz no le consta directamente tal posesión sino desde el año de 1932, aun cuando dice que la señora Saba presentaba al demandante como su hijo legítimo a sus relacionados, de donde se puede concluír que esta situación existía antes de la llegada a los llanos del citado testigo. El testigo Ernesto Ruiz también, aunque no conoció directamente al demandante, sino desde hace ocho años, ya había oído hablar de él antes por ser conocidas las familias de éste y de aquél. Federico Espeidel, igualmente antes de conocer personalmente al mismo Barrera Saba, había oído hablar de él como hijo legítimo del matrimonio tántas veces nombrado. Si los testigos no suministran una prueba directa sobre el hecho de que la posesión del estado civil de hijo legítimo por el demandante ha durado los diez años de que habla el artículo 398, sí se puede *inferir*, por lo dicho en tales testimonios, como se ha explicado, que tal posesión ha durado el lapso exigido....»

El Tribunal de Bogotá, después de estimar probada solamente la filiación legítima del actor respecto de su madre Nacira Saba por posesión notoria del estado, con base en la prueba de cuyo análisis se acaban de deducir algunas violaciones de la ley sustantiva, consideró que quedaba igualmente establecida su calidad de hijo legítimo de Julio Barrera Malo, demostrado como estaba el matrimonio Barrera-Saba, con aplicación de la regla contenida en el adagio latino *pater is est quem nuptiae demonstrant*, reproducido en la presunción legal del artículo 213 del Código Civil.

No encuentra la Sala que en el caso de estudio exista la situación jurídica que permita hacer fundadamente la deducción que hizo el sentenciador aplicando la precitada regla presuntiva, que sólo tiene operancia respecto del hijo concebido durante el matrimonio. Para establecer la legitimidad del hijo es preciso demostrar su filiación materna y paterna; el matrimonio de sus padres; que su madre lo dio a luz y que fue concebido durante el matrimonio. El casamiento y el parto son probables de manera positiva y directa con las partidas correspondientes de matrimonio y nacimiento; no así la época de la concepción y su autor, que por no ser susceptibles de prueba directa las ha hecho la ley materia de presunciones, presumiendo de derecho la fecha de la concepción por la duración del embarazo (artículo 92), y si ésta cae dentro del matrimonio, que es hijo del marido y por consiguiente legítimo (artículos 213 y 214). «De un hecho conocido, que es el parto, el cual establece la maternidad de la esposa, la ley deduce un hecho desconocido, que es la paternidad del marido, hecho que establece la legitimidad del hijo. Esta deducción se funda en que la ley debe presumir que la esposa guarda fidelidad a su marido,» como dice don Fernando Vélez.

Siendo indispensable, pues, la demostración plena del nacimiento para dar operancia a las presunciones de la ley, no hay lugar a que la máxima «*pater is est.....*» obre de manera eficiente contra el marido, cuando la filiación materna se prueba por posesión notoria, lo que vale decir, cuando el nacimiento no ha sido demostrado con la prueba principal ni con la testimonial sobre el hecho del parto. «Así, un hijo no puede, fraccionando la prueba de su filiación materna y la de su filiación paterna, limitarse a justificar su posesión de estado en cuanto a la madre que él reclama, y colocarse en seguida, en relación al marido de ésta, bajo la protección de la máxima «*pater is est quem nuptiae demonstrant*,» que no se aplica sino al caso en que la filiación materna está directamente establecida mediante la prueba del parto. (Aubry & Rau. Derecho Civil Francés. Tomo IX).

No existe en el expediente prueba legal sobre cuándo tuvo lugar el nacimiento del actor o el

parto del cual él es fruto, para poder deducir, con aplicación de las reglas del artículo 92 del Código Civil, si la época de la concepción encaja en el lapso de 1908 en que se celebró el matrimonio y 1919 en que se disolvió por muerte del marido. Ni los hechos en que se ha querido fundar la posesión notoria del estado de hijo legítimo de la señora Nacira Saba ocurrieron durante el matrimonio. De autos resulta, en efecto, que Julio Barrera Malo murió el 3 de septiembre de 1919, y los hechos acreditados testimonialmente para establecer la filiación legítima por posesión notoria ocurrieron a partir del año de 1932, de modo que se interponen trece años entre la disolución matrimonial y la época en que se coloca la posesión notoria. En estas condiciones no hay razón ninguna, ni en la hipótesis de que procediera en casos como éste la aplicación del artículo 213 del Código Civil, para basar sobre esos hechos ninguna presunción de paternidad. Ni siquiera se hace alusión en la prueba testifical a la edad que tuviera el demandante cuando era presentado por su madre, ni tal edad se ha establecido, en ausencia de la prueba que fije la época del nacimiento, en la forma que señala el artículo 400 del Código Civil.

El desprecio que el Tribunal hizo en su sentencia de la partida expedida por la autoridad civil del Distrito Heres, Estado Bolívar, de la República de Venezuela, con que se pretendió probar el nacimiento del demandante en Colombia, es perfectamente fundado, porque a un instrumento de tal naturaleza y procedencia no corresponde mérito ninguno dentro de nuestro derecho probatorio. Es una prueba inadmisible por ser legalmente ineficaz. Las actas del registro del estado civil extendidas en otro país pueden referirse a extranjeros o a colombianos. Los extranjeros que tengan que probar su estado civil deben acreditarlo con documentos extendidos conforme a la ley del país donde se cumplieron los hechos constitutivos de su estado, conformidad que se presume si se presentan debidamente autenticados. Los colombianos que quieran hacer constar fehacientemente en Colombia los hechos constitutivos de su estado civil ocurridos fuera del territorio nacional, pueden hacerlo en conformidad con la correspondiente ley extranjera, observando sus requisitos, o de acuerdo con la ley colombiana extendiendo sus actas de estado civil según las reglas del Código ante un funcionario diplomático o consular de la República. La sujeción a la ley extranjera es, pues, facultativa para los colombianos, pero en cuanto a la producción de pruebas de un estado civil originado en hecho constitutivo cumplido fuera del territorio colombiano.

La prueba principal del estado civil de los colombianos solamente puede originarse, respecto de hechos constitutivos cumplidos en el país, del registro civil colombiano o de los libros parroquiales. La disposición del artículo 382 del Código Civil se refiere exclusivamente al estado civil adquirido en el extranjero, pero en manera alguna al adquirido por colombianos dentro del territorio nacional, para cuya prueba está naturalmente excluída cualquier acta proveniente de empleados oficiales de país extranjero, cuya jurisdicción al efecto, como en los colombianos, es territorial y fundada en el principio *locus regit actum*.

Las consideraciones y razonamientos que anteceden sirven a la vez que para deducir las infracciones de la ley sustantiva que el recurrente le imputa a la sentencia acusada, para motivar la resolución que la Corte profiere en reemplazo de la del Tribunal y que ha de ser negatoria de las pretensiones de la demanda por falta de la calidad esencial para la prosperidad de la acción incoada.

Por tanto 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 Bogotá el 12 de septiembre de 1941 y en su lugar, pero por las razones expuestas en la parte motiva de este fallo, confirma la de primera instancia proferida por el Juzgado 5.º Civil del Circuito de Bogotá el 27 de abril de 1939.

No se hace condenación en costas.

Publíquese, cópiese, notifíquese, 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*, Secretario en propiedad.

Reivindicación — Madre natural — Efecto retroactivo de la aceptación de una estipulación para otro — Baldíos. Régimen de tierras conforme a la Ley 200 de 1936.

1. En el año de 1903 no tenía la madre natural la patria potestad sobre sus hijos menores ni la representación legal de éstos. Tampoco existe ni ha existido en nuestra legislación civil la nombrada «curaduría nata» de la madre natural sobre sus hijos menores. Lo que reconocía únicamente el artículo 458 del Código Civil a la madre natural era el derecho a la guarda legítima del hijo natural menor de edad, siendo necesario el discernimiento judicial para que la madre adquiriera los derechos y obligaciones del guardador y la representación del hijo.

2. La Corte se separa de la afirmación del recurrente en cuanto éste dice que la aceptación de la estipulación para otro no produce efecto retroactivo, porque no faltando sino la intervención del tercero, cuando ésta viene, no puede decirse que la validez faltara en el contrato mismo y que llegue sólo con la aceptación, de suerte que entre tanto fuera inválido el contrato. Lo indudable es que el contrato tuvo su plena eficacia contractual, desde el momento de su celebración y sus consecuencias jurídicas corresponden a la fecha en que fue celebrado. Se refuerza este concepto recordando, como casos análogos, que una tradición que en principio fue inválida por faltar el consentimiento del adquirente, *se valida retroactivamente* por la ratificación (artículo 743 del Código Civil); y que la validación por ratificación u otro medio legal se retrotrae a la fecha en que fue conferido el título (artículo 767 ibídem).

3. Al tenor del artículo 44 del Código Fiscal se denominan baldíos y en tal concepto pertenecen al Estado los terrenos situados dentro del territorio nacional, que carecen de otro dueño. Quiere esto decir que la mera formalidad administrativa de adjudicar como baldío un territorio no concede ni otorga al adjudicatario la garantía indiscutible de que lo adjudicado por el poder administrativo sea en realidad de verdad baldío, ni menos que carezca de otro dueño, en virtud de adjudicación anterior o de una titulación do dominio legal e insospechable. El Estada lo transmite al particular partiendo de lo simple presunción de que el lote adjudicadl hace parte del territorio de propiedad de Estado pero contra esta presunción es admisible la prueba tendiente a demostrar que lo adjudicado como baldío no lo es porque sobre él puede existir un dominio privado debidamente legalizado. Así lo estatuye expresamente el artículo 7.° de la Ley 98 de 1928, cuando dice que el hecho de hacerse una adjudicación de baldío ni demuestra que el terreno lo sea, de lo cual no responde el Estado, ni prueba que con ello perdió su derecho sobre el mismo. De ahí también que el artículo 47 del Código Fiscal establezca que el Estado no garantiza la calidad de baldío de los terrenos que adjudica y que la adjudicación en ningún caso perjudica a terceros y deja a salvo los derechos de los cultivadores y colonos.

4. La Ley 200 de 1936 se ha inspirado sobre todo en el anhelo de dar una justa solución a los problemas de carácter social que ha venido creando el dominio, la posesión y el debido aprovechamiento de la propiedad territorial, dentro de la nueva concepción filosófica que a ésta le reconoce la Carta Fundamental, como función social. Ha querido consagrar sobre bases más firmes de justicia social los derechos de los trabajadores que explotan la tierra, lo mismo que orientarla en orden a estabilizar la propiedad privada revistiéndola de algunas garantías de que careció durante nuestro anterior sistema jurídico. Antes de expedirse la Ley 200 era difícil en muchos casos acreditar el dominio privado de la tierra, por la imposibilidad casi absoluta de producir la prueba diabólica. Pero ahora, contra la presunción legal de ser baldíos los predios no poseídos económicamente, autoriza el artículo 3.° que se acredite la propiedad privada y se desvirtúe dicha presunción mediante uno de estos medios: 1.° el título originario expedido por el Estado y que

no haya perdido su eficacia legal; 2.° los títulos inscritos anteriores a la Ley 200, en que consten tradiciones de dominio sobre particulares por un lapso de tiempo no menor del término señalado en las leyes para la prescripción extraordinaria. En las controversias en que se disputa acerca de la propiedad territorial, para decidir si ésta pertenece al Estado en calidad de baldío, o si a los asociados por haber entrado válidamente al patrimonio privado, la expedición de la Ley 200 inició una nueva etapa que habrá de influír en la claridad de este oscuro problema, de suyo complejo y de máxima importancia para la estabilidad de uno de los derechos que más se relacionan con el progreso de los pueblos y el bienestar social, de suerte que en casos como el de autos, la exhibición de títulos de dominio privado con anterioridad mayor de treinta años sí acredita propiedad privada sobre la respectiva extensión territorial, a pesar de la adjudicación de un baldío, en virtud de esta presunción legal a favor del propietario consagrada en el artículo 3.° de Ley 200.

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

(Magistrado ponente, doctor Fulgencio Lequerica Vélez).

Ante el Juzgado del Circuito de Quibdó compareció el señor Luis F. Vivas incoando en juicio ordinario acción reivindicatoria de dominio, que dirigió contra la señora Natalia Lozano viuda de Coutin, suplicando que se le condenara en su condición de cónyuge supérstite del matrimonio Coutin-Lozano, a entregar la casa y solar donde ella está edificada, situada en la ciudad de Quibdó, dentro de los linderos señalados en el referido libelo; y a los perjuicios causados con la retención por varios años de esa propiedad, tanto por parte de los esposos Coutin-Lozano como por la última, después de muerto su marido. Esta acción la ejercitó tanto en su propio nombre como en el de representante legal de su hijo legítimo Luis Vivas Lozano.

Como hechos de la demanda aduce los siguientes:

1. La propiedad antedicha fue construída por Eduardo Lozano y luégo vendida a Carolina Sánchez, con beneficio para sus hijos menores Ester, Ernesto, Efraím, Pedro y Julio Lozano, según consta en la escritura número 4, de 10 de marzo de 1903, Notaría de Quibdó. Igualmente les vendió la quinta parte del solar en que la casa fue edificada.

2. Muerta Carolina Sánchez se ventiló su causa mortuoria, siendo declarados herederos exclusivos de dicha casa Ester y Ernesto Lozano, a quienes se adjudicó por partes iguales.

3. La mitad de dicha finca o los derechos que correspondieron a Ernesto Lozano fueron comprados por el actor Vivas al tenor de lo expuesto en la escritura número 80, de 15 de agosto de 1919, de la Notaría del Atrato.

4. El matrimonio Coutin-Lozano antes, y doña Natalia después, como cónyuge supérstite, han poseído esa propiedad sin justo título. Agrega también que ha enderezado la acción contra doña Natalia porque es la actual poseedora de dicha propiedad.

El Juez *a quo* falló la primera instancia en sentencia fechada el 20 de noviembre de 1939, en la cual niega las peticiones que hace el actor en su libelo y en su lugar declara la nulidad absoluta de la escritura número 4 de 1903, otorgada por Eduardo Lozano a favor de sus hijos menores Ester, Ernesto, Efraím, Pedro y Julio Lozano, representados por su madre Carolina Sánchez. Consideró el fallador que la venta contenida en dicho instrumento la había hecho el vendedor Lozano en beneficio de sus hijos naturales y de ahí la declaración de nulidad que hizo dándole aplicación al artículo 1852 del Código Civil, que declara nulo el contrato de venta entre el padre y el hijo de familia.

La sentencia acusada.

En virtud de apelación interpuesta por el actor decidió la segunda instancia el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, quien la finalizó en proveído de 11 de julio de 1941, en el cual revoca la providencia apelada y en su lugar resuelve que el señor Luis F. Vivas es dueño de doquintas partes sobre la casa y de dos veinticuatros avas partes del solar en que está edificada, con la alinderación señalada en el libelo de demanda; que la demandada señora Lozano viuda de Coutin debe restituír al demandante dichas cuotas indivisas; que dicha señora será considerada como de buena fe para el efecto de las mejoras y frutos de la casa y por tanto, tiene derecho a retenerla hasta que se le paguen; que restituirá los frutos percibidos desde la contestación de la demanda y no declara la excepción de prescripción ni las demás alegadas por la demandada. En cuanto a las acciones ejercitadas en nombre de Luis Vivas Lozano se declara que no se justificó la legitimación activa de la causa.

Para revocar la declaración de nulidad absoluta de la venta que reza la escritura 4 de 1903 er

tendió el Tribunal que no estuvo en el ánimo del vendedor Eduardo Lozano hacer la declaración de que los menores a cuyo beneficio manifestó que hacía la venta eran sus hijos naturales, ya que para reconocerlos como tales hubiera empleado un lenguaje más apropiado y hubiera sido más explícito en su determinación. Para el Tribunal hasta entonces tales menores tenían respecto del vendedor el carácter de hijos simplemente ilegítimos en el momento de la venta; de aquí que entre el padre y el hijo ilegítimo no tenga lugar ni aplicación la prohibición legal, que es de derecho estricto y sólo se extiende a lo que literalmente dispone la ley, o sea a la venta entre el padre y el hijo de familia.

Igualmente considera el sentenciador que la venta se hizo en el referido instrumento no a Carolina Sánchez sino a beneficio de sus hijos menores, pues de otra manera no tendría objetivo ni finalidad alguna esta manifestación, de modo que la madre sólo intervino como curadora nata de sus hijos naturales. Agrega que no puede entenderse que haya habido estipulación por otro, porque la representación legal de la madre es incompatible con esa posición; de modo tal que el dominio transferido por Eduardo Lozano no se radica en cabeza de Carolina Sánchez sino de sus hijos menores.

Sigue el Tribunal argumentando que como el actor Vivas adquirió por compra que reza la escritura número 80 de 1919 de manos de Ernesto y Efraím Lozano los derechos y acciones que les correspondieron a estos dos otorgantes en la casa y solar expresados, por virtud de la venta que les hizo Eduardo Lozano, estima que el actor no tiene derecho sino a reivindicar el dominio de las dos quintas partes proindiviso de la casa y las dos veinticuatroavas partes del solar en que ésta está ubicada, dentro de los linderos señalados, por haber sido éstas las cuotas que le fueron vendidas en el instrumento de venta número 80 de 1919.

Para negar la reivindicación intentada por el actor Vivas a nombre y en representación de su hijo menor Luis Vivas Lozano, adujo el Tribunal el argumento de que no se había comprobado en los autos la filiación legítima que se pretendía entre el representante y el representado, por lo cual carecía de personería adjetiva para representar en juicio a nombre del pretendido hijo legítimo.

El recurso.

Lo interpuso el apoderado de la parte demandada y alega la primera causal de casación de las señaladas en el artículo 520 del Código Judicial. Estima el recurrente como un acierto del Tribunal que se haya negado la acción reivindicatoria interpuesta por el actor a nombre de su pretendido hijo Luis Vivas Lozano, por no haber comprobado que sea su representante legal ni que ejerza sobre éste la patria potestad. Como la parte demandante se ha conformado con esta conclusión del fallo acusado, quiere esto decir que ha quedado fuera del recurso esta cuestión debatida antes en las instancias.

Los cargos formulados a la sentencia son los que pasan a estudiarse en su debido orden lógico, a saber:

I.—Error de hecho evidente en la apreciación de la demanda.

Lo hace consistir el recurrente en que el Tribunal falló sobre la base de que no se hubiera demandado a la señora Lozano de Coutin «en su condición de cónyuge supérstite» ni como tenedora a título de tál, sino considerándola el actor como poseedora exclusiva, como única heredera, a pesar de que las palabras del actor son que «el matrimonio Coutin-Lozano antes y doña Natalia como cónyuge supérstite han poseído esa propiedad.» Consistió el error en estimar el fallador que la señora Lozano era poseedora directa y exclusiva o única poseedora y semejante yerro lo llevó a decretar la reivindicación contra quien no era poseedor exclusivo y personal, con violación del artículo 952 del Código Civil. También resultaron violados los artículos 946 y 949 del Código Civil, por aplicación indebida, ya que la demandada no es poseedora exclusiva de las cuotas cuya reivindicación se pretende, siendo varios comuneros los poseedores de las cuotas inmuebles de que se trata y habiendo entre ellos comunidad universal, la reivindicación no tiene cabida ni se ha demandado a todos esos comuneros.

La Corte considera:

Tratándose de un presupuesto procesal como es el de la legitimación en la causa de la parte demandada, no puede considerarse como un medio nuevo en casación la tacha que en este cargo opone el recurrente, de error de hecho manifiesto en la interpretación de la demanda y que se hace consistir en la carencia de personería sustantiva de la parte opositora. Pero bien estudiado el cargo carece de fundamento porque es indudable que el actor sí quiso señalar a doña Natalia como poseedora directa y personal del inmueble que pretende reivindicar.

Al efecto, en el libelo dice que ejercita la acción de dominio «que dirijo contra doña Natalia Lozano viuda de Coutin.» Bien es verdad que a continuación añade «para que se le condene en su condición de cónyuge supérstite del matrimonio Coutin-Lozano»; pero también lo es que a ren-

glón seguido agrega esta explicación de su pensamiento y de sus intenciones: «He enderezado mi acción contra doña Natalia viuda de Contin, mayor y de este vecindario, porque es la actual poseedora de esa propiedad.»

Consecuente esta Sala con la doctrina que viene reiterada sin rectificación alguna, consistente en la potestad que tiene el juzgador para interpretar el alcance de la acción incoada y el pensamiento e intención del actor, de acuerdo con la letra y el espíritu del libelo, sin ajustarse en su criterio interpretativo a rígidos formulismos o a frases o nomenclaturas que puedan padecer de errores técnicos o tener significados taxativos, concluye que al tenor de las expresiones textualmente transcritas la acción fue enderezada contra doña Natalia en su doble carácter de cónyuge sobreviviente de la sociedad conyugal anteriormente poseedora posible del inmueble y de poseedora actual y personal del mismo, con el carácter de exclusiva a la fecha en que se inició la acción.

Pudiéndose reunir en la demanda esa doble condición se justifica que el actor las señalara en el cuerpo del libelo; pero aparece claro que en concepto del actor la opositora tenía, cuando se presentó la demanda, el carácter de poseedor exclusivo y personal del bien raíz y como tal la señaló, sin preocuparse por esa circunstancia de evidenciar la existencia del matrimonio y de la sociedad conyugal Coutin-Lozano, ni menos la posesión de esta última o de la sucesión ilíquida.

Corrobora esta interpretación que le da la Corte al libelo el hecho de que el doctor Emilio Meluk Y., con poder otorgado personal y directamente por doña Natalia, contestó la demanda oponiéndose a las pretensioues del demandante por considerar que su representada «tiene la propiedad plena del inmueble por haberlo construído con sus propios recursos y ejercido *sobre él posesión ininterrumpida de más de cuarenta años, así como por haber solicitado y obtenido de la Nación adjudicación del solar como baldío.*» (Subraya la Corte).

Por lo demás, resulta innocua y hasta impertinente en casación la tacha consistente en que la demandada no es poseedora exclusiva de la cuota cuya reivindicación se pretende, porque de una parte doña Natalia y su apoderado judicial han viendo sosteniendo en la contestación de la demanda y a través de las instancias que es propietaria exclusiva del inmueble, por haber edificado la casa con sus propios recursos y por haber obtenido la adjudicación del solar, en calidad de baldío, según consta en la Resolución ejecutiva número 145, de 24 de agosto de 1934, expedida por el Ministerio de Industrias. De manera que apareciendo demandada también en su carácter personal, como poseedora actual y exclusiva, si ella reclama el dominio total del bien raíz, no se ve cómo pueda alegarse ahora que no es poseedora exclusiva y que existe una comunidad sucesoral en la propiedad del referido inmueble.

Basta lo dicho para desestimar este cargo de error de hecho en la interpretación de la demanda, ya que se dirigió la acción contra la persona que se consideraba como actual y directa poseedora del bien materia de la reivindicación. No se han violado, por ese concepto, los artículos 946, 949 y 952 del Código Civil. Se rechaza el cargo.

II.—*Violación, por aplicación indebida, de los artículos 946, 949, y 950 del Código Civil y 3.° de la Ley 200 de 1936; por falta de aplicación de los artículos 44 y 54 del Código Fiscal y 7.° de la Ley 98 de 1928; y por violación directa de los artículos 443 y 463 del Código Civil.*

Sostiene el recurrente que el Tribunal incurrió en tales infracciones por haber dado preferencia en la prueba del dominio a las escrituras que como antecedentes de su propiedad presentó el actor, que lo son las números 4 de 1903 y 80 de 1919, a la vez que a testimonios sobre la construcción de la casa reivindicada exhibidos por parte del actor, desatendiendo un título más excelente presentado por la demandada, como lo es la copia de la Resolución número 145, de 15 de mayo de 1934, del Ministerio de Industrias, Sección de Baldíos, por medio de la cual se adjudicó como baldío a doña Natalia el lote de terreno ubicado en Quibdó, a que se refiere este proceso y donde fue edificada la casa también motivo del debate. También hace consistir la violación en haber desestimado igualmente el sentenciador de Medellín los testimonios presentados por la demandada, con los cuales demostraba plenamente que fue ella la constructora de la casa que se quiere reivindicar. Agrega que las infracciones de los textos indicados fueron la causa de la aplicación indebida de los artículos 946, 949 y 950 del Código Fiscal y 7.° de la Ley 98 de 1936, según el cual el título originario expedido por el Estado acredita la existencia de propiedad privada a favor del adjudicatario, siempre que no haya perdido su eficacia legal.

Para contestar y desestimar este cargo hace la Sala de Casación estas consideraciones:

A.—Por medio de la escritura 4 de 1903 Eduardo Lozano vendió a Carolina Sánchez, «en beneficio de sus hijos menores» antes mencionados, la casa que había construído y la quinta parte del solar donde fue edificada, heredado de su madre. Acepta el recurrente, en principio, la tesis del Tribunal de que la susodicha venta no fue hecha personal y directamente a la Sánchez sino a los hijos menores de ésta, por su intermediación. So-

bre esta cuestión no hay controversia en casación. Pero glosa la conclusión del sentenciador de segundo grado que es de este tenor: «La madre intervino como curadora nata de sus hijos naturales. No puede entenderse que haya habido estipulación por otro, porque la representación legal de la madre es incompatible con esa posición.»

Tiene razón el recurrente, y es pertinente rectificar cuanto antes ese error de doctrina del fallador de Medellín, porque en la época en que se corrió dicha escritura —año de 1903— la madre natural no tenía la patria potestad sobre sus hijos menores ni la representación legal de éstos. Tampoco existe ni ha existido en nuestra legislación civil la nombrada «curaduría nata» de la madre natural sobre sus hijos menores. Lo que reconocía únicamente el artículo 458 del Código Civil a la madre natural era el derecho a la guarda legítima del hijo natural menor de edad, siendo necesario el discernimiento judicial para que la madre adquiriera los derechos y obligaciones del guardador y la representación del hijo.

Pero como la Sánchez no adujo ni pudo demostrar ese carácter, ni así lo expresó de manera clara en el instrumento mencionado, hay que concluir que no actuó como guardadora de sus hijos, a cuyo favor es indudable que se hizo el traspaso del dominio del inmueble. Coincide esta Sala con la apreciación del recurrente de que se está en presencia de un contrato bilateral celebrado con clara estipulación para otro, que admite y reglamenta el artículo 1506 del Código Civil y que no produce efectos respecto de la tercera persona sino a virtud de su aceptación expresa o tácita. Pero se separa la Corte de la otra conclusión del recurrente, en cuanto éste dice que tal aceptación no produce efecto retroactivo, porque no faltando sino la intervención del tercero, cuando ésta viene no puede decirse que la validez faltara en el contrato mismo y que llegue sólo con la aceptación de suerte que entre tanto fuera inválido el contrato. Lo indudable es que el contrato tuvo su plena eficacia contractual desde el momento de su celebración, y sus consecuencias jurídicas corresponden a la fecha en que aparece celebrado. Se refuerza este concepto recordando, como casos análogos, que una tradición que en principio fue inválida por faltar el consentimiento del adquirente, *se valida retroactivamente* por la ratificación (artículo 743 del Código Civil); y que la validación por ratificación u otro medio legal se retrotrae a la fecha en que fue conferido el título (artículo 767 ibidem).

Ahora bien, por escritura número 80 de 1919 Ernesto y Efraím Lozano declaran que la venta realizada por Eduardo Lozano a Carolina Sánchez, su madre, fue hecha a beneficio de los otorgantes y de sus otros hermanos; que aprueban y ratifican dicho contrato, y que como dueños de las dos quintas partes de la casa y de las dos veinticincoavas partes del solar en que está edificada, venden al actor esas cuotas partes proindiviso de la referida propiedad raíz.

Con la anterior aceptación vinieron a quedar los susodichos vendedores y sus hermanos como dueños del inmueble, desde la fecha primitiva de la venta, o sea desde el año de 1903. Y al transferirlo luégo al actor Vivas por medio del instrumento número 80, le trasladaron igualmente la posesión regular y titular sobre el bién, desde la fecha antes mencionada.

Queda en esa forma rectificada la doctrina del Tribunal en cuanto a que la madre natural ejerció la curaduría nata de sus hijos. Igualmente se declara que sí hubo estipulación por otro, porque la madre no intervino como guardadora de sus hijos naturales menores, ni tuvo su representación legal al celebrar la venta con Eduardo Lozano. Pero esa doble rectificación no ha de conducir a la infirmación del fallo acusado, porque habiéndose decretado por el sentenciador de Medellín la reivindicación a favor del actor de las cuotas vendidas a éste, habría de llegarse en instancia a esa misma conclusión.

B.—Frente a esos dos títulos de dominio, exhibidos por el actor y anteriores en más de treinta años a la fecha de la demanda, opone la demandada doña Natalia una adjudicación de terreno baldío realizada por Resolución ejecutiva número 145 de 1934, y declaraciones de siete testigos sobre posesión de la finca, ejercida por dicha señora durante muchos años.

En cuanto a la adjudicación que se alega por la parte opositora, advierte la Corte que al tenor del artículo 44 del Código Fiscal, se denominan baldíos y en tal concepto pertenecen al Estado los terrenos situados dentro del territorio nacional que carecen de otro dueño. Quiere esto decir que la mera formalidad administrativa de adjudicar un territorio como baldío no concede ni otorga al adjudicatario la garantía indiscutible de que lo adjudicado por el poder administrativo sea en realidad de verdad baldío, ni menos que carezca de otro dueño, en virtud de adjudicación anterior o de una titulación de dominio legal e insospechable.

El Estado lo transmite al particular partiendo de la simple presunción de que el lote adjudicado hace parte del territorio de propiedad del Estado pero contra esta presunción es admisible la prueba tendiente a demostrar que lo adjudicado como baldío no lo es porque sobre él puede existir un dominio privado debidamente legalizado. Así lo estatuye expresamente el artículo 7.º de la Ley 9ª de 1928, cuando dice que el hecho de hacerse un

adjudicación de baldío ni demuestra que el terreno lo sea, de lo cual no responde el Estado, ni prueba que con ello perdió su derecho quien con justo título y buena fe tiene dominio anterior sobre el mismo. De ahí también que el artículo 47 del Código Fiscal establece que el Estado no garantiza la calidad de baldío de los terrenos que adjudica y que la adjudicación en ningún caso perjudica a terceros y deja a salvo los derechos de cultivadores y colonos.

También estuvo bien aplicada por el sentenciador la presunción que a favor de los particulares consagra el artículo 3.° de la Ley 200 de 1936, porque es indudable que ese nuevo estatuto de la tierra en Colombia se ha inspirado sobre todo en el anhelo de dar una justa solución a los problemas de carácter social que ha venido creando el dominio, la posesión y el debido aprovechamiento de la propiedad territorial, dentro de la nueva concepción filosófica que a ésta le reconoce la Carta Fundamental, como función social. Ha querido consagrar sobre bases más firmes de justicia social los derechos de los trabajadores que explotan la tierra, lo mismo que orientarla en orden a estabilizar la propiedad privada revistiéndola de algunas garantías de que careció durante nuestro anterior sistema jurídico.

Antes de expedirse la Ley 200 era difícil en muchos casos acreditar el dominio privado de la tierra, por la imposibilidad casi absoluta de producir la prueba diabólica. Pero ahora, contra la presunción legal de ser baldíos los predios no poseídos económicamente, autoriza el artículo 3.° que se acredite la propiedad privada y se desvirtúe dicha presunción mediante uno de estos medios: 1.° El título originario expedido por el Estado y que no haya perdido su eficacia legal; 2.° Los títulos inscritos anteriores a la Ley 200, en que consten tradiciones de dominio entre particulares por un lapso no menor del término señalado en las leyes para la prescripción extraordinaria.

En las controversias en que se disputa acerca de la propiedad territorial, para decidir si ésta pertenece al Estado en calidad de baldío, o si a los asociados por haber entrado válidamente al patrimonio privado, la expedición de la Ley 200 inició una nueva etapa que habrá de influir en la clarificación de este oscuro problema, de suyo complejo y de máxima importancia para la estabilidad de uno de los derechos que más se relacionan con el progreso de los pueblos y el bienestar individual. De suerte que en casos como el de autos, la exhibición de títulos de dominio privado con anterioridad mayor de treinta años sí acredita propiedad privada sobre la respectiva extensión territorial, a pesar de la adjudicación de un baldío, en virtud de esta presunción legal a favor del propietario consagrada en el artículo 3.° de la Ley 200.

C.— Respecto de la construcción de la casa cuyas cuotas el actor pretende reivindicar, aportó declaraciones de testigos que expresan el motivo, causa y razón de sus dichos y que no dejan lugar a duda sobre el hecho de que fue Lozano quien la edificó a sus expensas; y están informados de todos los detalles porque fueron precisamente los maestros de obras que contrató Lozano para ese trabajo. La circunstancia anotada por el recurrente de que tales deponentes no expresan la época en que se hizo la construcción en nada le resta mérito probatorio a ese medio, porque de todos modos se refieren a un lapso preciso anterior al año de 1903, en que se hizo la venta de esa finca raíz a los hijos de Carolina Sánchez. El Tribunal halló aceptable esa prueba sobre construcción de la casa por parte de Lozano, porque no adolecía de tacha alguna, y así procedió dentro de las reglas de la sana crítica y en uso de la libertad que la ley le otorga para la estimación de tal medio probatorio, sin que le sea dable a esta Sala rectificarla, porque no adolece de error manifiesto de hecho o de derecho a través de los cuales se hubiera transgredido algún precepto legal. En cambio, no consideró aceptables las declaraciones que aportó la demanda para evidenciar que fue ella quien hizo esa misma construcción, porque los testimonios de la opositora se refieren imprecisamente a la edificación de dos casas dentro de unos linderos más extensos que los señalados en la demanda al solar materia del pleito y no expresan las razones o motivos en que fundan sus deposiciones. Por tanto, hizo bien el Tribunal cuando en el fallo acusado dice: «Con tales testimonios la demandada trata de acreditar la excepción de prescripción pero no hay tal, en concepto del Tribunal, porque los testigos no deponen sobre una posesión de treinta años de manera clara y específica. Aquellos que remontan la posesión a más de treinta años no dan una razón clara de sus dichos, y, sobre todo, han sido tachados de parcialidad, en razón de amistad íntima con la parte que los invocó.»

Corolario necesario de las anteriores premisas es que hizo bien el Tribunal al darle pleno mérito probatorio, para la demostración del dominio por parte del actor, a los dos instrumentos públicos exhibidos por éste, en lo referente a las cuotas cuya reivindicación se ha decretado, sin que la adjudicación de baldío que alega la opositora pueda desvirtuar y restarle mérito a esa prueba documental, por las razones antes expuestas. Tampoco es atacable en casación la justipreciación que hizo el sentenciador de Medellín respecto de la prueba testimonial presentada por el deman-

dante, sin que haya incurrido en error manifiesto de hecho en esa estimación, enfrente de la deficiente prueba similar exhibida por la demandada. No existe violación, por ningún aspecto, de los textos legales citados. Se rechaza el cargo.

III Se formulan en este Capítulo tres cargos, a saber:

a) Sostiene el recurrente como otro error del Tribunal distinguir entre la propiedad del terreno y la de la casa construída en él, lo cual le permite declarar, como lo hace en el fallo, que «le pertenecen dos quintas partes de la casa y dos veinticuatroavas partes del solar en que está edificada,» siendo inseparable la casa del terreno. Estima violados los artículos 713 y 738 del Código Civil.

No alcanza a ver la Corte el error del sentenciador, dado que en nada repugna y en realidad de verdad ocurra con frecuencia que se construya una casa sobre un solar de mayor extensión o en el cual no tenga el propietario constructor la totalidad del dominio, sino una cuota proindiviso. El artículo 713 se limita a definir lo que es la accesión y no pudo ser infringido, por no contemplarse en el caso de autos ese fenómeno jurídico. Lo relaciona con el 738, que reglamenta la situación de construír en suelo propio con materiales ajenos, situación también extraña al caso aquí dilucidado.

Si el actor ha evidenciado que es dueño de las cuotas partes en la casa y el solar que se ordena restituírle; si se pueden reivindicar cuotas o derechos proindiviso en una cosa singular (artículo 949 del Código Civil); si no está *sub judice* ningún caso de accesión, no puede existir violación de las dos normas citadas y debe desestimarse este cargo.

b) Este segundo cargo lo hace consistir en que el Tribunal infringió el artículo 697 del Código Judicial, que exige a los declarantes que concuerden en las circunstancias de modo, tiempo y lugar, y los testigos presentados por el actor nada dicen sobre el tiempo o la fecha en que se adelantó la construcción de la casa. Considera violados, por ende, los artículos 946, 949 y 950 del Código Civil, relativos a la acción de dominio.

Ya viene dicho al estudiarse los cargos anteriores que si en verdad los testigos exhibidos por el actor no expresan en qué época o tiempo se realizó la edificación, tal omisión por sí sola no les resta valor probatorio, dado que esas obras tuvieron que adelantarse necesariamente antes del año de 1903, fecha de la venta a los hijos de Carolina Sánchez, y esos testimonios fueron aceptados por el Tribunal como más excelentes y dotados de mayor convicción que los de la parte demandada, sin que por eso incurriera en error manifiesto de hecho o de derecho en su estimación. Por lo demás, conviene advertir que lo que se persiguió con esa prueba testifical, de manera preferente, era la demostración de que la casa la construyó Lozano, causante del actor Vivas; y la circunstancia relativa a la fecha en que lo hiciera era cuestión secundaria, sobre todo evidenciado como quedó que ya estaba edificada el año de 1903, época en que fue vendida por Lozano a los hijos de Carolina. No es fundado el cargo y es de rigor desestimarlo por inoperante.

c) El recurrente acusa el fallo por error de hecho en la apreciación de la escritura número 4 de 1903, por haberse decretado en la parte resolutiva del mismo la reivindicación de las *dos veinticuatroavas partes* del solar, siendo así que dicho instrumento se refiere a la venta de las *dos veinticincoavas partes* de tal fundo urbano. Para demostrarlo hace una serie de operaciones aritméticas y concluye que por tal error se violaron directamente los artículos 946, 949 y 950 del Código Civil.

Se considera:

En uno de los apartes de la motivación de la sentencia dice el Tribunal: «Ernesto Lozano.... en asocio de Efraím Lozano vendió dos quintas partes proindiviso de la casa y *dos veinticincoavas* partes del solar que ésta ocupa. De manera que el señor Vivas no podía llamarse dueño de la mitad, sino de estas cuotas que compró a Efraím y Ernesto.»

Luégo comete indudablemente un lapsus cuando en la misma motivación dice: «Ya se dijo que mediante escritura número 80 de 1919 Ernesto y Efraím Lozano vendieron a Luis Felipe Vivas dos quintas partes de la casa y *dos veinticuatroavas* partes del solar....»

Aparece claro el yerro aritmético mencionado, que se traduce en error de hecho manifiesto en la apreciación de la escritura número 4, puesto que ese instrumento de venta fue equivocadamente estimado en la sentencia acusada, ya que decretó la reivindicación de una cuota parte del solar de mayor extensión y valorización de la que aparece realmente vendida al reivindicante. Incide en casación el cargo, que es necesario acoger a efecto de corregir el agravio y rectificar una cuestión que reviste carácter sustantivo porque atañe a la existencia y constitución misma del derecho invocado y deducido en juicio. A través de tal error se infringieron los preceptos señalados por el recurrente y es pertinente, por esa circunstancia, casar parcialmente la sentencia sometida al recurso, con el solo objeto de rectificarlo.

FALLO

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 en este juicio el 11 de julio de 1941, por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, con el exclusivo objeto de reformar el punto *a)* de la parte resolutiva del citado fallo y declarar que el señor Luis F. Vivas es dueño de dos veinticincoavas (2/25) partes sobre el solar en que está edificada la casa, dentro de los mismos linderos allí determinados. Por tanto, la señora de Coutin sólo deberá restituír al demandante la mencionada cuota indivisa.

Sin costas en el recurso.

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*, Secretario en propiedad.

Cuantía de la acción para el recurso de casación.

Reiteradamente ha dicho la Corte que cuando el actor fija y determina en un guarismo preciso la cuantía total de su acción es porque quiere dejar bien definido ese elemento, respecto del cual establece ya una situación procesal, que por su parte y por su propia iniciativa no admite debate posterior. De manera que si el demandado, al contestar la demanda y crearse por lo tanto el lazo de instancia, no la objeta o la discute, queda en firme para todos los efectos, incluso para apreciar la viabilidad del recurso de casación.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, agosto treinta y uno de mil novecientos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente, Fulgencio Lequerica Vélez).

Máxima Díaz S., mujer casada, vecina de El Tambo, demandó en juicio ordinario a Pedro Díaz, del mismo vecindario, para que el Juzgado 1.º Civil del Circuito de Pasto hiciera la declaración judicial de que el terreno denominado *Llano Largo* es de su exclusiva propiedad y por eso el demandado está en la obligación de restituírlo, con sus frutos civiles y naturales, amén del pago de una multa de cien pesos y las costas procesales si se opusiere a la acción.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto falló el pleito en segunda instancia, por medio de sentencia fechada el 12 de junio de 1942, decretando la reivindicación, la consiguiente restitución y el pago de la multa antes suplicada, pero sin hacer condenación en costas.

El demandado Díaz interpuso el recurso de casación, que fue negado fundándose el Tribunal en que la cuantía de la acción fue fijada por el actor, en el libelo de demanda, de manera clara y precisa en la cantidad de cuatrocientos pesos, oro legal ($ 400.00) y estimar, por esa especial circunstancia, que no se estaba en el caso del artículo 524 del Código Judicial, por no ofrecer ningún motivo de duda este elemento indispensable para la concesión de tal recurso extraordinario. Previa súplica de reposición de esa providencia denegatoria, el demandado interpuso recurso de hecho para ante esta Sala, el cual pasa a decidirse por ser la oportunidad y haberse recibido las copias de rigor.

El Tribunal denegó la casación porque efectivamente el actor en su libelo inicial fijó y avaluó la cuantía total de la acción en la cantidad precisa de cuatrocientos pesos. Agrega el sentenciador de Pasto, como fundamento de su decisión, que el demandado no impugnó tal fijación sino que la aceptó sin controversia, por lo cual debe considerarse como determinada para todos los efectos legales.

Considera esta Sala que es inobjetable el argumento y la tesis aducida por el fallador de segundo grado para negar el recurso de casación, porque viene dicho reiteradamente por la Corte que cuando el actor fija y determina en un guarismo preciso la cuantía total de su acción es porque quiere dejar bien definido ese elemento, respecto del cual establece ya una situación procesal, que

por su parte y por su propia iniciativa no admite debate posterior. De manera que si el demandado, al contestar la demanda y crearse por lo tanto el lazo de instancia, no la objeta o la discute, queda en firme para todos los efectos, incluso para apreciar la viabilidad del recurso de casación.

Así lo ha venido decidiendo en numerosos fallos, entre otros en el de 11 de febrero de 1938, cuya parte pertinente es de este tenor:

«De acuerdo con el artículo 519 del Código Judicial procede el recurso de casación por concepto de la cuantía, cuando ésta en los juicios ordinarios alcanza por lo menos a la suma de tres mil pesos. La estimación de la cuantía corresponde al demandante (artículo 205 ibídem). Y el demandado es quien debe objetarla, para que en este caso se determine, previo dictamen pericial (artículo 206). Cuando esto no sucede, se entiende que el demandado acepta la cuantía que fijó el actor.

«La fijación de la cuantía, en principio, tiene por objeto determinar o fijar la competencia del Juez, pero puede suceder, y sucede muchas veces que el demandante señale desde la iniciación de la demanda el valor de su acción fijando el límite o el máximo de ésta.

«Cuando esto sucede, como en el presente caso, esa estimación es intocable posteriormente, siempre que e demandado no la haya objetado. No puede por lo tanto un Tribunal ni encontrar motivo de duda en el valor de una acción así determinada, ni mucho menos sobreponerse a la fijación hecha por el directamente interesado, como es el demandante. No juega papel el hecho de que los contratos u obligaciones sobre que versa la demanda aparezcan con un valor mayor si el mismo demandante les asignó uno menor al iniciar la demanda.» (*Gaceta Judicial*, Tomo XLVI, página 115).

En mérito de las anteriores consideraciones, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, deniega el recurso de hecho y estima bien denegado el recurso de casación interpuesto por el demandado en este proceso.

Comuníquese esta resolución al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, por medio de nota, con inserción de esta providencia.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la *Gaceta Judicial* y archívese.

JOSÉ MIGUEL ARANGO, ISAÍAS CEPEDA, LIBORIO ESCALLÓN, RICARDO HINESTROSA DAZA, FULGENCIO LEQUERICA VÉLEZ, HERNÁN SALAMANCA. *Pedro León Rincón*, Secretario en propiedad.

Recurso de hecho para obtener el de casación.—Cuantía. para el recurso de casación.

El señalamiento de la cuantía en cifra precisa por el demandante queda en firme cuando no se formulan o no prosperan las objeciones a que el artículo 206 del Código Judicial autoriza al demandado. Así, cuando se reconoce el derecho del actor y no se ha comprobado satisfactoriamente sobre el *quantum*, la condena que se hace en abstracto deja para tramitación ulterior la determinación de aquél y precisamente advierte que no puede pasar de ese límite. Y cuando se reconoce al actor el derecho que ejercita y se ha comprobado el monto en avalúo pericial que lo señala en más de tal límite, la sentencia no pasa de éste. Para ello, que es el proceder reglamentario, se halla el correspondiente ordenamiento legal en la prohibición de fallar *ultra petita*.

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

(Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza).

El señor Carlos Meza Castro entabló juicio ordinario sobre indemnización de perjuicios contra el Municipio de Medellín, al que absolvió el Juzgado 4.° de ese Circuito en primera instancia, según fallo que el Tribunal Superior de allí confirmó en el de segunda el 18 de mayo último contra el cual el demandante interpuso casación. Habiéndosele negado, recurre de hecho.

La negativa proviene de que la cuantía no alcanza a la exigida por el artículo 519 del Código

Judicial, en razón de que el mismo Meza desde su libelo la fijó en $ 2.000, sin que ocurriera cambio alguno, como pudiera haber sobrevenido conforme al artículo 206 de esa obra, por lo cual esa fijación quedó en firme y ha de ser base de todo lo que en la actuación se refiera a cuantía. El actor arguye que, si bien señaló esa cifra al demandar, agregó entonces mismo que en subsidio estaría al avalúo de peritos y que, de otro lado, ha hecho después gastos que acrecientan los perjuicios de que se trata.

Se considera: el señalamiento de la cuantía en cifra precisa por el demandante queda en firme cuando no se formulan o no prosperan las objeciones a que el citado artículo 206 autoriza al demandado. Así, cuando se reconoce el derecho del actor y no se ha comprobado satisfactoriamente sobre el *quantum*, la condena que se hace en abstracto deja para tramitación ulterior la determinación de aquél y precisamente advierte que no puede pasar de ese límite. Y cuando se reconoce al actor el derecho que ejercita y se ha comprobado el monto en avalúo pericial que lo señala en más de tal límite, la sentencia no pasa de éste. Para ello, que es el proceder acostumbrado, se halla el correspondiente ordenamiento legal en la prohibición de fallar *ultra petita*.

Bien se comprende que al dejar a salvo el libelo la posibilidad de que las probanzas arrojen cifra distinta de la señalada por el demandante no pueden destruír la calidad de máximum de aspiraciones que tiene esa fijación hecha por él cuando la consigna en cifra precisa, como es el caso presente.

Y del propio modo, no puede entenderse alterada esa precisa e inequívoca fijación inicial por el hecho de que ulteriormente sobrevengan gastos en el pleito, los que, por otra parte, son de presumirse y aun de afirmarse de antemano.

En suma: el demandante señaló como cuantía fija de su acción la cantidad de dos mil pesos en forma inalterable, y consiguientemente al pronunciarse la sentencia de segunda instacia se encuentra que no cabe el recurso de casación porque esa cuantía no llega a la requerida por la ley al efecto.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, decide este recurso de hecho declarando que está bien denegado el de casación en la causa en referencia, y ordena poner este fallo en conocimiento del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín.

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

La acción de reivindicación ha de dirigirse necesariamente contra el actual poseedor.

El recurrente no puede hacer valer en casación motivo distinto de aquel en que se fundó la demanda. En efecto, si el demandante aseveró en su libelo que el demandado era poseedor del inmueble reivindicado, aseveración que equivale a una confesión que perjudica al demandante, puesto que con ella le atribuye a la contraparte el carácter de poseedor, es decir, reconoce la presunción legal de que el poseedor es reputado dueño mientras otra persona no justifique serlo, esa situación jurídica, planteada espontáneamente por el demandante al establecer la demanda, no puede ser variada por él en las instancias del juicio ni en casación. Corresponde, dado el plano jurídico en que él mismo colocó al demandado, al llamarlo en justicia, comprobar que su acción llenaba todos los requisitos que exige la ley para obtener un fallo favorable a sus pretensiones. Es algo que parece contradictorio, que el mismo demandante haga valer un extremo que necesariamente ha de inhibir la acción intentada, porque si la acción reivindicatoria tiene que dirigirse contra el actual poseedor, y así se plantea en la demanda, no es lógico ni jurídico que el mismo demandante desquicie su acción tratando de probar, o alegando, que ella carece de uno de los miembros que la ley requiere para su éxito completo, cual es el carácter de poseedor de la parte demandada.

Al demandante en reivindicación le es indispensable presentar un título anterior a la posesión del demandado que destruya la presunción de dueño que a éste cobija por mandato del artículo 762 del Código Civil.

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

(Magistrado ponente doctor, José Miguel Arango).

Ascensión Rojas de Niño, como heredera del señor Oliverio Calderón, según consta de la hijuela de adjudicación que en la causa mortuoria de aquél se le formó, demandó en juicio ordinario de reivindicación a las señoras Elisa y Soledad Calderón, para que fueran obligadas, por mandamiento judicial, a restituír a la demandante una casa y su correspondiente solar, situada en el barrio de «Pueblo Nuevo» de la ciudad de Girardot, alinderada como consta en la correspondiente demanda. La restitución han de hacerla con los frutos naturales y civiles percibidos mientras tengan el inmueble en su poder, o los que perciban después de contestar la demanda.

No contestaron el libelo de peticiones las demandadas, por lo cual el Juez abrió la causa a prueba y finalizó la litis por sentencia de 14 de noviembre de 1941, absolviendo a las demandadas de los cargos contra ellas formulados por no haber presentado título la parte demandante para fundamentar su acción, en la forma prescrita por el artículo 636 del Código Judicial.

La señora Rojas apeló de este fallo, y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en proveído fechado en 26 de septiembre del año pasado, confirmó en todas sus partes la sentencia apelada, sin costas en la instancia.

Fundóse el Tribunal para esta absolución, en que el título presentado por la reivindicadora, para reclamar dominio sobre la casa demandada, era posterior a la fecha en que principió la posesión de las demandadas, a quienes amparan la presunción que considera que el poseedor es dueño mientras otra persona no justifique su derecho.

No compartió la demandante los puntos de vista jurídicos del Tribunal sentenciador, y por ello interpuso el correspondiente recurso de casación, que le fue concedido, y como su tramitación está agotada, se procede a decidirlo, previos estos considerandos:

El recurrente acusa el fallo por la primera causal de las señaladas en el artículo 520 del Código Judicial apoyado en los siguientes motivos:

1.° Con la confesión de las demandadas se demuestra que no han tenido la casa materia de la reivindicación como poseedoras, sino como simples tenedoras, reconociendo al señor Oliverio Calderón como dueño, que es el causante de la señora demandante, procedimiento éste que trae como consecuencia el quebrantamiento del artículo 762 del Código Civil, a consecuencia del error de hecho en que incurrió el Tribunal al apreciar las confesiones de las demandadas relativas a su carácter de tenedoras de la casa reivindicada y no de poseedoras.

2.° Que al desconocer a la confesión de las demandadas el valor de confesión judicial y extrajudicial que le asignan los artículos 606 y 608 del Código Judicial, violó estas disposiciones, y el artículo 1769 del Código Civil que le asigna a la confesión el valor de plena prueba y que hace completa fe contra la persona que rindiere la confesión, en las circuntancias exigidas por la ley.

Respecto de las tachas apuntadas por el recurrente la Corte observa:

Colocándose esta Superioridad en el viso más favorable para el recurrente, podría considerarse que el sentenciador infringió las disposiciones citadas, al desconocer o no darle valor a las pruebas que aquél considera como confesiones, pero este asentimiento de la Corte con la opinión del acusador, en nada mejoraría la causa del demandante, ni se podría, en instancia, llegar a una conclusión distinta a la acogida por el Tribunal de Bogotá, porque si las demandadas, en concepto del autor del recurso, son meras tenedoras del inmueble reivindicado, y no poseedoras, él mismo está indicando, sin lugar a duda, que no puede prosperar la acción reivindicatoria instaurada, por carecer de un requisito indispensable para su viabilidad, cual es que la acción en reivindicación ha de dirigirse, necesariamente, contra el actual poseedor.

De otro lado, considera esta Superioridad, que el recurrente no puede hacer valer en casación motivo distinto de aquel en que se fundó la demanda. En efecto, si el demandante en su libelo aseveró que las demandadas eran poseedoras del bien reivindicado, aseveración que equivale a una confesión que perjudica al demandante, puesto que con ella le atribuye a la contraparte el carácter de poseedora, es decir, reconoce la presunción legal de que el poseedor es reputado dueño mientras otra persona no justifique serlo, esa situación jurídica, planteada espontáneamente por el demandante al establecer la demanda, no puede ser variada por él en las instancias del juicio ni en casación. Correspóndele, dado el plano jurídico en que él mismo colocó a las demandadas, al llamarlas en justicia, comprobar que su acción llenaba todos los requisitos que exige la ley para obtener un fallo favorable a sus pretensiones. Es algo que parece contradictorio, que el mismo demandante haga valer un extremo que necesariamente ha de inhibir la acción intentada, como sucede al presente, porque si la acción reivindicatoria tiene de dirigirse contra el actual poseedor, y así se plan-

tea la demanda, no es lógico ni jurídico, que el mismo demandante desquicie su acción tratando de probar, o alegando, que ella carece de uno de los miembros que la ley requiere para su éxito completo, cual es el carácter de poseedora, de la parte demandada.

No pudiéndose variar los presupuestos procesales, que equivalen a una ley entre las partes, tocábale al demandante comprobar que él era el verdadero dueño de la cosa reivindicada, y como el título que presentó para ese fin, fue la hijuela de adjudicación que en la mortuoria de Oliverio Calderón se le extendió a la demandante, con posterioridad a la época en que las demandadas entraron a ocupar, le era indispensable reforzar la hijuela con un título anterior a la posesión de las demandadas que destruyera la presunción de dueñas que a éstas cobija por mandato del artículo 762 del Código Civil, pero como ese deber no lo cumplió la demandante, forzoso es concluír que el Tribunal acertó en la decisión del pleito.

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 veintiséis de septiembre de mil novecientos cuarenta y uno.

2.° Las costas del recurso son a cargo del recurrente.

Publíquese, cópiese, notifíquese, 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.

Acciones de nulidad por simulación.—Reivindicación.—Apreciación de pruebas.—Régimen patrimonial de la sociedad conyugal.

1. Si bien no es admisible la tesis de que el Tribunal es absolutamente soberano en la apreciación de las pruebas, tesis que revaluó y restringió posteriormente la Corte, también lo es que cuando la convicción del Tribunal está respaldada en pruebas, esa convicción es inatacable; en eso existe la soberanía del fallador, y lo que debe averiguarse es si hubo errónea o incompleta apreciación legal de las pruebas o factores procesales en que fundó su convicción. En tratándose de la prueba indicial aparece con más claridad lo anterior y en ese caso el ataque y el estudio en casación no es otro sino el de establecer si los hechos indiciales están probados o son recibidos como pruebas.

2 La Ley 28 de 1932 consagró un nuevo régimen patrimonial entre el marido y la mujer, pero no acabó con la sociedad conyugal; llegado el 1.° de enero de 1932, por efecto de la vigencia de la Ley 28 cesó la relativa incapacidad de la mujer casada y en virtud de esto tiene *per se* la aptitud, la personería para ejercer las acciones tendientes a obtener la reintegración al patrimonio social de los bienes sociales de que el marido por sí solo haya dispuesto con posterioridad a la vigencia de dicha ley; por haber perdido el marido 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 administrativas y dispositivas sobre el conjunto de los bienes de la antigua sociedad conyugal, lo cual significa 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 aquélla conforme al derecho que les otorga el artículo 7.° de la misma Ley 28.

3. Cuando existe la simulación relativa y se ostenta el pacto secreto es necesario que la existencia de éste se haya alegado, demostrado y surja de los autos, como cualquiera otro pacto. Se le da eficacia legal al pacto secreto siempre que reúna esas circunstancias.

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

(Magistrado ponente, doctor Liborio Escallón).

Natalia Criollo v. de Murcia, en su propio nombre y en su carácter de cónyuge supérstite de Da-

vid Murcia, demandó a Alfonso Espinosa, representado por su madre natural, para que se hicieran las declaraciones que en seguida se sintetizan: Que es simulado el contrato de compraventa contenido en la escritura 149 de 5 de marzo de 1938 pasada ante el Notario del Circuito de Zipaquirá por el cual David Murcia dijo vender a Alfonso Espinosa los tres inmuebles delimitados en esa escritura; que se declare inválido el contrato celebrado entre los aparentes contratantes en fraude de los legítimos derechos de intereses de la sociedad conyugal habida entre Murcia y la demandante; que se declare que tales inmuebles no salieron ni han salido del patrimonio de la prenombrada sociedad y que consecuencialmente se declare que los inmuebles expresados son de la propiedad exclusiva de tal sociedad y que el demandado debe restituírlos a ella.

Como hechos básicos de la demanda adujo y comprobó éstos: Su matrimonio con David Murcia celebrado el 12 de octubre de 1906, la adquisición durante esa sociedad de los inmuebles que vendió Murcia a Espinosa, adquisición a título oneroso y la venta que hizo aquél a éste de los inmuebles ya mencionados. Además adujo varios hechos en que fundamenta su afirmación sobre que el contrato recogido en la escritura 149 citada es simulado.

El Juez de primera instancia, el Civil del Circuito de Zipaquirá, decretó las peticiones de la demanda, en sentencia de 17 de junio de 1940, que apelada por la parte demandada fue reformada por el Tribunal Superior de Bogotá, sentencia de 17 de abril de 1941, en el sentido de declarar simulado el contrato de compraventa pero resolviendo que el verdadero contrato es el de donación revocable hecha por David Murcia a Alfonso Espinosa y que esa donación es válida y se hizo únicamente sobre la parte o cuota que en los inmuebles corresponda al cónyuge muerto David Murcia en la sociedad formada por él y Natalia Criollo de Murcia. En tal virtud decretó la restitución de la parte o cuota que en los bienes en referencia le correspondan a la demandante, cuando se haga la liquidación de la sociedad conyugal de que formó parte, quedando a salvo las acciones que tengan la demandante o los herederos de Murcia contra la donación por causa de muerte hecha por éste a Alfonso Espinosa.

Ambas partes apelaron del fallo, recurso que tramitado legalmente pasa a decidirse.

Por vía de método la Corte entra a considerar en primer término el recurso de la parte demandada, por cuanto ataca un extremo básico de la sentencia o sea la simulación.

En el capítulo único de su demanda el recurrente acusa el fallo por violación de los artículos 66, 1506, 1757, 1849, 1857, 1866, 1880. 1928, 1929, 1934 del Código Civil y 593, 596, 601, 604 605, 607 y 610 del Código Judicial al apreciar erróneamente las pruebas producidas por la parte actora incurriendo por eso en manifiesto error de derecho.

La acusación se desenvuelve sobre el concepto de que el Tribunal apreció mal las pruebas básicas de los indicios, pruebas que, en concepto del recurrente, no tienen la eficacia para ello y que por lo tanto no demuestran los indicios en que el Tribunal fundó su convicción para decretar la simulación impetrada, y al efecto analiza cada una de esas pruebas.

Considera la Corte: Si bien no es admisible la tesis de que el Tribunal es absolutamente soberano siempre en la apreciación de las pruebas, tesis que revaluó y restringió posteriormente la Corte, también lo es que cuando la convicción del Tribunal está respaldada en pruebas, esa convicción es inatacable, en eso existe la soberanía del fallador, y lo que debe averiguarse es si hubo errónea o incompleta apreciación legal de las pruebas o factores procesales en que fundó su convicción.

En tratándose de la prueba indicial, aparece con más claridad lo anterior y en ese caso el ataque y el estudio en casación no es otro sino el de establecer si los hechos indiciales están probados o son recibibles como pruebas.

El Tribunal aceptó como indicios los siguientes: Habiendo representado a Alfonso Espinosa, el señor Jesús María Murcia, cuando se otorgó la escritura número 149, éste declara ser cierto que el contrato fue simulado, que no hubo intención de vender por parte de David ni menos de comprar por la otra ni se pagó el precio. A este testimonio le dio el Tribunal el valor probatorio que le asigna el artículo 696 del Código Judicial. Un número plural de testigos declaran que por el conocimiento que tienen de Alfonso Espinosa, cuyo oficio es jornalero, les consta carecía de bienes de fortuna para pagar los bienes a que se refiere la citada escritura 149, y muchos testigos, de la región, dicen que en ésta es de fama pública que el contrato fue simulado. El aparente vendedor siguió usufructuando y poseyendo los bienes que dijo vender a Espinosa.

Todos los anteriores factores están plenamente comprobados en los autos, no hay prueba que los contradiga o desvirtúe. El Tribunal los relacionó y coordinó entre sí, no los apreció como necesarios, pero por ser graves, en número plural, precisos y conexos, les dio el valor de prueba, de acuerdo con el artículo 665 del Código Judicial. No hubo mala apreciación de esas pruebas, ellas existen en los autos, ni ninguna de ellas es por sí misma ineficaz o de no recibo en el proceso; luego

al conexionarlas entre sí y formar sobre ellas su convicción, el Tribunal no erró de hecho ni de derecho, porque como se ha dicho, esas pruebas están ostensibles en los autos, no existe ninguna que el Tribunal dejara de apreciar y la apreciación que hizo de ellas no aparece equivocada o errónea, pues ni las interpretó mal ni les dio un alcance legal distinto del que por sí tienen.

De lo dicho se deduce que la acusación del demandado recurrente no puede prosperar.

El recurrente demandante fundado en la causal primera del artículo 520 del Código Judicial acusa la sentencia por infracción directa de los artículos 1781 del Código Civil y los de la Ley 28 de 1932 entre otras disposiciones que cita.

Aduce como razones en que funda su concepto, que siendo de la sociedad conyugal los bienes que vendió simuladamente, no podía disponer de ellos a su arbitrio, sin la concurrencia de su cónyuge, a partir de la vigencia de dicha ley.

La Corte considera: Establecido que el contrato de compraventa celebrado entre David Murcia y Alfonso Espinosa es simulado, compete saber si al cónyuge supérstite le corresponde la acción que ejercita y si los bienes que vendió de esa manera deben volver a la sociedad conyugal o si, por el contrario, David Murcia podía disponer libremente de esos inmuebles sin el consentimiento y sin la concurrencia de su cónyuge Natalia Criollo de Murcia.

Esta cuestión ha sido tratada varias veces por la Corte, la cual ha sentado jurisprudencia sobre el particular; desde la primera que dictó con fecha 20 de octubre de 1937 (*Gaceta Judicial* número 1928, tomo XLV), hasta la última, que lleva fecha 25 de junio de 1942, habiéndose pronunciado en ese intermedio varios fallos, que contienen la misma doctrina de las sentencias que acaban de mencionarse.

Puede sintetizarse así tal doctrina: *a*) La Ley 28 de 1932 consagró un nuevo régimen patrimonial entre el marido y la mujer, pero no acabó con la sociedad conyugal; *b*) llegado el 1.° de enero de 1933, por efecto de la vigencia de la Ley 28 cesó la relativa incapacidad de la mujer casada y en virtud de esto tiene *per se* la aptitud, la personería para ejercer las acciones tendientes a obtener la reintegración al patrimonio social de los bienes sociales de que el marido por sí solo haya dispuesto con posterioridad a la vigencia de dicha Ley; *c*) por haber perdido el marido el cacácter 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 bienes de la antigua sociedad conyugal, lo cual significa 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 aquélla conforme al derecho que les otorga el artículo 7.° de la misma Ley 28.

Está demostrado en autos que David Murcia y Natalia Criollo contrajeron matrimonio, por el rito católico, el 12 de octubre de 1906. Está demostrado también que David Murcia falleció en Tabio, el 9 de julio de 1938.

El contrato simulado está contenido, como ya se expresó, en la escritura 149 de 5 de marzo de 1938, pasada ante el Notario Principal del Circuito de Zipaquirá, del que aparece que David Murcia vendió a Alfonso Espinosa, tres lotes de terreno, los marcados con las letras *a*), *b*) y *c*). El primero, situado en la vereda de «Juaica,» fue adquirido por David por escritura de 29 de enero de 1924 marcada con el número 59; los otros dos fueron adquiridos: el marcado con la letra *b*) por escritura número 100 de 17 de febrero de 1932, de la Notaría de Zipaquirá, y el señalado con la letra *c*) por escritura número 258 de 21 de mayo de 1935, de la misma Notaría.

La discriminación de lo anterior es necesaria, para lo siguiente: David Murcia no podía vender por sí solo, en 1938, los inmuebles que había adquirido en 1924 y en 1932, en virtud de lo ya expresado arriba o sea de los efectos que produjo la Ley 28 de 1932.

Luego, sea que esas dos ventas hubieran sido reales, o que sean simuladas, como en efecto lo son, es claro que el contrato a ese respecto no afecta los intereses de la sociedad conyugal que formó David con su mujer Natalia, quien tiene, por lo ya dicho, la acción que ejercita en este pleito.

No se ve entonces el fundamento legal en que se apoya una decisión, que en parte da efectividad a esas ventas; por el contrario, esa resolución, a ese respecto, es violadora de las disposiciones sustantivas que cita el recurrente en el cargo que se analiza, lo que impone la casación del fallo en esa parte.

El tercer inmueble, marcado con la letra *c*), fue adquirido durante el matrimonio, a título oneroso, pero después del año de 1932 y esto plantea esta situación: David Murcia pudo venderlo realmente durante su vida, pero al declararse que la venta fue simulada queda dentro del patrimonio de la sociedad conyugal y sujeto a la distribución y liquidación posteriores, ya que no se demostró que David y Natalia hubieran liquidado provisional ni definitivamente la sociedad conyugal que formaron entre sí.

El fallador de Bogotá admite, y esto es exacto, que esos bienes eran de la sociedad conyugal; pero encuentra que si es evidente que el contrato de que fueron objeto es simulado, existe el contrato oculto, una donación por causa de muerte, o sea una donación revocable. El fallador se expresa así: «Es verdad que las partes no han demostrado directamente cuál fue el contrato oculto, ni lo definen o mencionan en forma expresa, pero se concluye que fue el precitado de donación por causa de muerte, porque hubo intención de transferir el dominio a título gratuito, pero la no entrega de los bienes que fueron su objeto y el usufructo de los mismos por el donante mientras vivió y el ejecicio de la posesión y el usufructo por el donatario sólo a la muerte de aquél, indican claramente que el derecho no nació sino a la defunción en la verdadera intención de las partes, porque obraron conforme a ella.»

No acepta la Corte el anterior concepto, que al ser admitido como tesis y doctrina, sin ninguna limitación, acabaría con la simulación absoluta, porque bastaría que el fallador que declara simulado un contrato *infiriera* que existía uno oculto y que las partes lo hayan definido o mencionado en forma expresa. No. Cuando existe la simulación relativa y se ostenta el pacto secreto es necesario que la existencia de éste se haya alegado, demostrado y surja de los autos, como cualquiera otro pacto. Se le da eficacia legal al pacto secreto siempre que reúna esas circunstancias. Pero si el mismo Tribunal ha sostenido, lo que es exacto, que las partes no definen ni mencionan ese pacto, si no hay un principio de prueba en los autos que respalde el concepto de que el contrato atacado de simulado es una donación *mortis causa* se observa que la parte demandada no adujo pruebas, ni se ve cómo y porqué el Tribunal dió por existente un contrato que no está demostrado ni mencionado en el proceso.

Todo lo contrario: La parte demandada jamás afirmó que el contrato simulado ocultara alguno otro; en la contestación de la demanda, la demandada Secundina Espinosa al contestar al hecho tercero dice: «La escritura 149 de 5 de marzo de 1938 expresa un contrato de venta real.»

El apoderado de la demanda, en la Corte, en virtud del modo como se planteó la litis y de los factores probatorios, y siguiendo la línea de conducta de la demandada, dijo muy lógicamente lo siguiente: «Por lo tanto, señores Magistrados, de la manera más respetuosa, os solicito caséis la sentencia proferida por el Tribunal, y en su lugar, negando las peticiones de la demanda, declaréis la realidad y efectividad del contrato de compraventa que consta en la escritura 149 de 5 de marzo de 1938, de la Notaría de Zipaquirá.»

No existe, pues, la donación revocable que creyó ver el Tribunal. En este punto también se equivocó el Juez de primera instancia, sin duda en virtud de la segunda petición de la demanda en que la actora suplica que se declare inválido el contrato oculto celebrado entre las partes contratantes en fraude de los legítimos derechos e intereses de la sociedad conyugal habida entre el supuesto vendedor y la demandante.

Como lo dice el Tribunal, las partes no definen ni mencionan en forma expresa cuál es el contrato oculto, y ya se vio que la parte demandada niega este extremo, puesto que afirma que el contrato que se ataca de simulado fue real.

El Juez *a quo* encontró que el contrato es de donación revocable, pero lo declaró nulo, por haber sido hecho en fraude de los intereses legítimos del cónyuge demandante y de sus herederos. El Tribunal también encontró ese fraude, y dio eficacia a la donación, en cuanto no vulneraba esos derechos, pero ya se vio y se explicó por qué el contrato de donación no está demostrado, acto que no aparece acreditado en los autos y cuya existencia niega la parte demandada.

Pero suponiendo que las partes se hubieran referido a ella, y hasta que la hubieran aceptado, tampoco subsistiría ese concepto, por lo que sigue: Ya se dijo que para declarar que decretada una simulación, existe el contrato secreto, es necesario demostrar la existencia de éste en la forma que la ley prevenga al respecto.

Ahora bien: Preceptúa el artículo 1195 del Código Civil que no valdrá como donación revocable sino aquella que se hubiere otorgado con las solemnidades que la ley prescribe para las de su clase, y enseña el artículo 31 de la Ley 57 de 1887 que las donaciones revocables se sujetan a las reglas del artículo 1056, o sea que toda donación que no se haga irrevocable sino por la muerte del donante es un testamento y debe sujetarse a las mismas solemnidades que el testamento, exceptuándose las donaciones entre marido y mujer. Como el testamento solemne y abierto debe otorgarse ante el Notario y tres testigos, el cerrado ante cinco, y teniendo en cuenta que la escritura 149 citada no puede estimarse, no sólo por el aspecto de los testigos, sólo intervinieron dos, sino por algunas otras circunstancias, como testamento de ninguna especie, resulta que el acto de la donación entre vivos, que el fallador de Bogotá infirió, no está demostrado.

Aunque por el primer capítulo de la acusación del demandante, al prosperar, como prosperó, la Corte habría tenido que entrar a dictar la sentencia de instancia y establecer lo anterior, aun no prosperando la acusación por ese concepto, habría prosperado por el tercer capítulo de ella, o

sea por infracción, entre otros, de los artículos 1199 y 1201 del Código Civil, y eso habría llevado a la Corte a las conclusiones que acaban de exponerse.

Además, observa la Corte, no se ve por qué el fallador procedió como si se tratara de una liquidación de la sociedad conyugal o como si ya ésta estuviera liquidada, e hiciera las discriminaciones que hizo en la sentencia, pertinentes si se tratara de una sociedad conyugal ya liquidada, e impertinentes en el caso del pleito, pues entre otras cosas no se sabe cuál sea la cuota que pueda corresponderle o si le corresponda alguna, al difunto David Murcia, en la sociedad conyugal que formó en virtud de su legítimo matrimonio con Natalia Criollo; y téngase además en cuenta que David dejó descendencia legítima que tiene y debe tener siempre la preeminencia.

En mérito 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, *casa parcialmente* la sentencia recurrida, *confirmando* el numeral primero de ella, *revocando* todos los demás numerales y *confirmando* los numerales tercero, cuarto y quinto de la sentencia de primer grado y *decidiendo* que *no ha lugar* a hacer la segunda petición de la demanda, con lo cual queda *revocado* el numeral segundo de la sentencia de primera instancia.

Sin costas ni en la instancia 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.

Responsabilidad civil.—Perjuicios.

Hace referencia el artículo 2342 del Código Civil a casos de responsabilidad civil generada por delitos o culpas que causen daños en las cosas para determinar el sujeto activo de la acción, esto es, quién puede demandar el derecho a la reparación del perjuicio, sobre la base del interés personal como motivo legitimante de toda acción judicial, y para esto contempla el citado precepto las diversas maneras como puede vincularse el derecho a las cosas, en forma que pueda deducirse el alcance de la indemnización sobre la verdadera realidad del daño. Es claro que las condiciones de la reparación varían según sea la situación jurídica de la víctima en relación con la cosa dañada. Si se acciona con base en el dominio absoluto el derecho indemnizatorio abarca ilimitadamente todas las lesiones que afectan la cosa, en tanto que si el demandante en la acción de responsabilidad es mero usufructuario, usuario, habitador o tenedor del bien a título precario, su interés y por tanto su acción estará limitada en la medida que haya sido perjudicado su derecho especial. Tratándose por ejemplo, de daños en un fundo, si el actor vincula su demanda a su derecho de dominio exclusivo será procedente considerar los deterioros que afectan al inmueble mismo de manera permanente y que reducen su valor, en tanto que si hace provenir su acción del hecho de haber sido perjudicado en su derecho de disfrute como arrendatario, no habrá lugar a tener como elementos de la indemnización los deterioros relacionados con el valor mismo de la finca, porque en esa parte, de acuerdo con la teoría de los riesgos, el daño hiere el interés del propietario y es a él, por consiguiente, a quien corresponde la acción reparadora. Pudiendo ser diversa en su alcance e intensidad la forma en que refluye en el patrimonio de quien se presenta como víctima el daño causado en una cosa, es lógico e indispensable que el demandante de la indemnización determine su posición jurídica respecto de esa cosa dañada, indicando en su libelo la calidad con que pide y las demás condiciones de existencia de la responsabilidad civil que demanda. Esta determinación es en estos casos uno de los fundamentos de derecho que ha de expresar todo demandante y constituye uno de los presupuestos inmodificables para el desarrollo del litigio.

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

(Magistrado ponente, doctor Hernán Salamanca).

El hecho que se señala como fuente de la responsabilidad civil extracontractual para cuya efectividad se ha seguido este juicio ha sido ya minuciosamente relatado por la Corte en los diversos fallos, en que se han decidido los litigios desarro-

llados en demanda de indemnización por esta misma causa. No es necesario, por esto ni por las cuestiones que son materia del recurso, hacer de nuevo el recuento detallado de los antecedentes. Es bastante anotar que se trata de la ruptura de la represa de las aguas del río Gachaneca que en el páramo de El Rabanal construyó la Compañía de Hilados y Tejidos de Samacá, sociedad anónima, para beneficio de sus fábricas, ruptura que produjo el desbordamiento de las aguas sobre el valle que causaron daños en numerosas heredades y de la cual se hace responsable a la mencionada sociedad por no haberse sometido en el levantamiento del muro de contención a las especificaciones técnicas que el Ministerio de Industrias le señaló para la obra de aumento del reservorio cuando a pedimento de la Compañía de Samacá se dio la licencia correspondiente.

Entre las personas que se han presentado ante las autoridades judiciales en demanda de indemnización de perjuicios por el anotado siniestro, ocurrido en la noche del 1.° de noviembre de 1936, figura el señor Alfredo Perry, actor en este juicio, vecino de Samacá, quien en libelo fechado el 28 de mayo de 1940, repartido al Juzgado 6.° Civil de este Circuito, demandó a la Compañía de Samacá, sociedad anónima domiciliada en Bogotá y representada por su Gerente, para que en la sentencia definitiva de un juicio ordinario se declare que es civilmente responsable de la ruptura del muro de contención y consiguiente desbordamiento de las aguas el día 1.° de noviembre de 1936 y en los días posteriores, y responsable, en consecuencia, de los perjuicios ocasionados al demandante en la finca de El Jarillal, de su propiedad, ubicada en la vereda de El Centro, del Municipio de Samacá, cultivada a la fecha del siniestro con una sementera de papa que ofrecía magnífica utilidad, arrasada por las aguas que cubrieron el predio de arena y cascajo, perjuicios cuyo monto debe fijarse pericialmente, y para que, finalmente, se condene a la sociedad demandada al pago de las costas judiciales.

Contestó la demanda la sociedad oponiéndose a que se hicieran las declaraciones solicitadas, negando que el rompimiento de la muralla fuera ocasionado por su culpa y manifestando que ignoraba que el demandante fuera dueño del predio en que dice haber sido perjudicado, lo mismo que el estado de producción en que se hallara. Desarrollado sobre estas bases el litigio, el Juzgado del Circuito lo sentenció en primera instancia el 5 de febrero de 1941 diciendo que no era el caso de hacer ninguna de las declaraciones pedidas por la demanda por no haberse acreditado la existencia de la sociedad demandada en la forma que previene el artículo 40 de la Ley 28 de 1931.

Fallo acusado

La oportuna apelación interpuesta por el actor contra el fallo del Juzgado dio lugar al segundo grado del juicio, surtido ante el Tribunal Superior de Bogotá y decidido en sentencia del 18 de septiembre de 1941, confirmatoria de la apelada, con costas a cargo del recurrente.

La decisión de segunda instancia no se funda en las mismas razones en que se apoyó el sentenciador del primer grado, porque a los autos se trajo oportunamente la prueba de la existencia y personería de la sociedad demandada. Expone el Tribunal, para motivar su fallo, que de acuerdo con el artículo 2342 del Código Civil, pueden pedir la indemnización del daño no sólo el dueño o poseedor de la cosa sino el usufructuario, el habitador o el usuario si el daño irroga perjuicio a su derecho de usufructo, habitación o uso, y que como la indemnización tiene por objeto reparar el daño real sufrido por la pérdida de la cosa o de su utilidad, es necesario determinar la calidad en que se acciona, pues la indemnización ha de ser distinta según sea el derecho lesionado. En el caso de autos, como inequívocamente aparece de los términos de la demanda, Perry ha demandado en su calidad de dueño o propietario de la finca El Jarillal, y en el proceso aparece que solamente adquirió este fundo por compra a Justino Beltrán el 19 de abril de 1937, según lo reza la escritura de esa fecha otorgada ante el Notario 1.° del Circuito de Tunja. «De forma —se lee en la sentencia— que el día 1.° de noviembre de 1936, fecha en que acaeció el siniestro, el actor no era dueño del fundo y no consta en autos que el dueño de ese entonces señor Beltrán hubiera cedido la acción al actor.»

En la sentencia acusada se estudian las pruebas traídas al expediente y luégo de analizarlas se concluye que el demandante no era dueño, contra lo que afirma en su demanda, no tenía la posesión de El Jarillal y que tampoco resulta establecido que lo fuera de las sementeras que afirma fueron destruídas por las aguas desbordadas; de tal manera que ni interpretando la demanda como si se pidiera como propietario de las sementeras simplemente habría base para la prosperidad de la acción indemnizatoria.

El recurso

Contra esta sentencia definitiva de segunda instancia, cuya síntesis fundamental acaba de hacerse, interpuso el actor recurso de casación, el cual, sometido a la tramitación de ley, se decide hoy. Con apoyo en la primera de las causales de casación (artículo 520 del Código Judicial) acusa

el recurrente el fallo del Tribunal por las violaciones legales que en seguida se enuncian, compendiando las razones expresadas en la demanda.

Violación directa, por errónea interpretación del artículo 2342 del Código Civil porque la acción intentada en este caso para obtener la reparación de perjuicios es una acción personal y no real como lo entendió el Tribunal. El demandante Perry la inició con la conciencia de ser el único propietario y poseedor de El Jarillal, porque Justino Beltrán, de quien lo adquirió por compra, le había entregado la finca desde mediados de 1936, aunque el contrato en virtud del cual se la entregó solamente se solemnizó en el mes de abril de 1937 con el otorgamiento de la correspondiente escritura pública. El actor era poseedor del mencionado predio y como tál tenía y tiene derecho y acción para cobrar los perjuicios que se le causaron, además de que como a poseedor lo ampara la presunción legal de dominio.

El Tribunal violó también, en concepto del recurrente, no sólo la citada disposición del artículo 2342 del Código Civil sino también los artículos 762 y 2341 de la misma obra y los artículos 661, 664, 696 y 697 del Código Judicial como consecuencia de los errores de hecho y de derecho en que incurrió al apreciar las pruebas oportuna y legalmente aducidas y en contradicción de las cuales concluyó que el demandante Alfredo Perry no tenía la posesión de la finca El Jarillal, ni era dueño de ella ni de los frutos o plantaciones existentes allí a la fecha del siniestro de que se trata. Las pruebas en cuya apreciación dice el recurrente se cometieron los errores anotados fueron las declaraciones de los testigos Manuel Chávez, Adeodato Molano, Silvino Buitrago y Pedro Sierra, la confesión provocada de Justino Beltrán, los documentos oficiales procedentes del Ministerio de Industrias para establecer la culpa de la sociedad demandada, lo mismo que la inspección ocular y el dictamen pericial y la copia del contrato de mutuo con prenda agraria celebrado por Alfredo Perry con la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, de Tunja, de todas las cuales resulta que el demandante era dueño de El Jarillal y que tenía este fundo dedicado a labores agrícolas para la época en que acaeció la ruptura de la represa de El Rabanal, y que a consecuencia de ésta sufrió la pérdida de su sementera de papa y la desmejora de su tierra por la destrucción de cercas y la acumulación sobre ella de piedra y cascajo que acarreó la torrentera.

No sólo por haberle negado al actor el Tribunal la calidad de dueño y poseedor del mencionado predio, el primero de noviembre de 1936, incurrió en error de hecho al apreciar las precitadas pruebas, sino también por haberse negado a reconocer y decretar la indemnización por los daños sufridos por el demandante en el mes de mayo de 1937, plenamente comprobados en el juicio y causados cuando ya el actor Perry era dueño inscrito, según la tesis de la sentencia, y cuya reparación está también demandada en el libelo, que se refiere a los perjuicios causados el día del siniestro y a los ocasionados en los días posteriores.

La Sala considera los cargos.

Hace referencia el artículo 2342 del Código Civil a casos de responsabilidad civil generada por delitos o culpas que causen daños en las cosas para determinar el sujeto activo de la acción, esto es, quién puede demandar el derecho a la reparación del perjuicio, sobre la base del interés personal como motivo legitimante de toda acción judicial, y para esto contempla el citado precepto las diversas maneras como puede vincularse el derecho a las cosas, en forma que pueda deducirse el alcance de la indemnización sobre la verdadera realidad del daño. Es claro que las condiciones de la reparación varían según sea la situación jurídica de la víctima en relación con la cosa dañada. Si se acciona con base en el dominio absoluto el derecho indemnizatorio abarca ilimitadamente todas las lesiones que afectan la cosa, en tanto que si el demandante en la acción de responsabilidad es mero usufructuario, usuario, habitador o tenedor del bien a título precario, su interés y por tanto su acción estará limitado en la medida que haya sido perjudicado su derecho especial. Tratándose, por ejemplo, de daños en un fundo, si el actor vincula su demanda a su derecho de dominio exclusivo será procedente considerar los deterioros que afectan el inmueble mismo de manera permanente y que reducen su valor, en tanto que si hace provenir su acción del hecho de haber sido perjudicado en su derecho de disfrute como arrendatario, no habrá lugar a tener como elementos de la indemnización los deterioros relacionados con el valor mismo de la finca, porque en esa parte, de acuerdo con la teoría de los riesgos, el daño hiere el interés del propietario y es a él, por consiguiente, a quien corresponde la acción reparadora.

Pudiendo ser diversa en su alcance e intensidad la forma en que refluye en el patrimonio de quien se presenta como víctima el daño causado en una cosa, es lógico e indispensable que el demandante de la indemnización determine su posición jurídica respecto de esa cosa dañada, indicando en su libelo la calidad con que pide y las demás condiciones de existencia de la responsabilidad civil que demanda. Esta determinación es en estos casos uno de los fundamentos de derecho que ha de expresar todo demandante y constituye uno de los

presupuestos inmodificables para el desarrollo del litigio.

En el caso de autos consideró el Tribunal que la posición que incuestionablemente asumió el actor al emplazar a la Compañía de Samacá en este juicio de responsabilidad fue la de dueño o propietario del fundo que afirma fue dañado por culpa imputable a la sociedad. Sobre este particular no hay lugar a ninguna duda, porque muy claramente está fijado en la demanda y ha sido sostenido por el actor a lo largo del pleito. Ha pedido indemnización por haber sido herido en su derecho de dominio, por haber sufrido su predio deterioros de naturaleza permanente y haber perdido sus frutos pendientes el día del siniestro y pertenecientes a él como dueño de la tierra, y no por ningún título precario que no sólo no se ha alegado sino que ha sido empeñosamente negado.

En armonía con estas nociones y sobre el planteamiento que se dio a esta acción de responsabilidad sentenció absolutoriamente el Tribunal por no haberse demostrado que el demandante era dueño del fundo de El Jarillal, esto es, por no haberse probado la situación jurídica en que se colocó para demandar. No encuentra la Sala en este sencillo y acertado proceso de motivación el quebranto directo que el recurrente afirma se hizo del artículo 2342 del Código Civil, y halla infundado del todo el razonamiento que se hace sobre el supuesto de que el Tribunal consideró como real la acción que dio origen a este pleito, error éste para cuya imputación ningún pasaje ni palabra del fallo da asidero. No es atinente a esta cuestión la cita que trae la demanda de una sentencia de esta Sala (*Gaceta Judicial*, Tomo LI, página 590) en que se consideró, no la personería activa como en este caso, sino la procedencia de la acción respecto de la persona obligada a responder.

Por lo que hace a las acusaciones por violación indirecta de la ley sustantiva, el recurrente, como se dejó visto, afirma que el sentenciador erró de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas que adujo para demostrar su derecho de dominio sobre El Jarillal, es decir, en respaldo de la posición jurídica original indicada en su demanda. Dice que inició su acción con la conciencia de ser «propietario y poseedor regular» del inmueble dañado y que el Tribunal, a pesar de las probanzas, se negó a reconocer su derecho de dominio sobre el predio y sus frutos.

Las pruebas que el recurrente considera subestimadas son las exposiciones testificales de Sierra, Chaves, Molano, Buitrago y Justino Beltrán y la copia del contrato de préstamo con prenda agraria celebrado por el demandante con la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero de Tunja el 19 de abril de 1937.

Sobra advertir desde luégo que estas pruebas, por su propia naturaleza, habiéndose demostrado con la copia correspondiente de la escritura pública que el demandante sólo adquirió la propiedad de El Jarillal el 19 de abril de 1937 por compra que le hizo a Justino Beltrán, son completamente ineficaces y carentes de mérito para acreditar dominio sobre ese bien raíz el primero de noviembre de 1936, como lo pretende el actor. Pero se dice—cosa que no se ha demostrado porque solamente lo afirma Beltrán cuya declaración es simplemente testimonial, no contentiva de ninguna confesión— que desde mediados de 1936 le fue entregado al actor Perry el predio por virtud del contrato de venta que sólo se perfeccionó en abril de 1937. Esta posesión, que se vincula así a un título traslaticio de dominio como es la venta de Beltrán, es una posesión regular puesto que se hace provenir de justo título, se dice adquirida de buena fe y por virtud de la tradición, en forma que resulta ser la que por ir unida al dominio corresponde al propietario. Presentada de este modo la posesión como consecuencia de la propiedad, como su manifestación aparente, indisolublemente ligada a la calidad y título de dueño, no se ve claro que pueda dar lugar y base a la presunción del artículo 762 del Código Civil, actualizable sobre todo cuando se controvierte directamente el derecho de dominio y se opone por el poseedor a pretensiones de quien demanda la entrega de la cosa como dueño.

Era poseedor de El Jarillal el 1.° de noviembre de 1936 porque era dueño, es la tesis del actor, quien dice, refiriéndose a las declaraciones que señala como mal apreciadas: «Todos estos testimonios, que cumpliendo las exigencias legales obraron en los autos, y que fueron practicadas con citación de la parte contraria, establecen de modo inconfundible y concreto que el señor Perry era el propietario y poseedor de la finca en cuestión.» No se puede aceptar la comisión de error de derecho en el justiprecio de esta prueba testimonial por haber desechado el Tribunal la afirmación de los testigos de ser el actor dueño de la finca el día del siniestro y haberse acogido a lo que sobre este particular demuestra plenamente la escritura pública de abril de 1937. Dentro de los límites circunscritos de la litis y dada la destinación precisa que el actor dio a sus pruebas, carece de razón y fundamento la afirmación de que fueron apreciadas en contravención de los mandatos legales. Las exposiciones de los citados testigos se refieren en realidad a dos épocas: la anterior al primero de noviembre de 1936. fecha del acontecimiento de autos, a la cual hacen referencia los declarantes afirmando el dominio del actor sobre

El Jarillal sin determinar hechos precisos que den base para utilizar la prueba en demostración de actos de posesión y goce del predio independientemente de su propiedad, y el lapso referente al año de 1937 en que se refieren concretamente a pérdida de una sementera de papa existente en El Jarillal y destruída por inundación ocurrida entonces. Por lo que hace a la primera época, la Sala no encuentra manifiestamente en esos testimonios la evidencia contraria a la conclusión que sobre ellas asentó el sentenciador sobre disfrute del actor como dueño y que sería necesaria para poder estructurar el pretendido error de hecho en su apreciación.

Y en lo referente a los perjuicios sufridos por destrucción de frutos de El Jarillal durante el año de 1937, por avenidas del río que inundaron el predio como resultado, según dicen los testigos, del siniestro del primero de noviembre, ya bajo el dominio del demandante, época a la que también se refiere el contrato con la Caja Agraria, la situación que se plantea es distinta. Efectivamente la sentencia no estudió este aspecto del litigio a que alude este cargo relacionado con daños causados en el predio de El Jarillal posteriormente al primero de noviembre de 1936, cuando la propiedad del actor sobre la finca no puede someterse ya a duda, señalados como efecto de la misma causa y comprendidos en los pedimentos del libelo; pero esta circunstancia por sí sola no comunica prosperidad a la acusación porque yendo al fondo de la cuestión que plantea esta solicitud el resultado absolutorio de la decisión acusada no puede variarse. Da completo conocimiento, en efecto, el proceso, en lo concerniente a las inundaciones y desbordamientos del río sobre tierras del valle de Samacá después de la ruptura del muro de almacenamiento en el páramo de El Rabanal en noviembre de 1936, que tales fenómenos están fuera del campo de la causalidad que jurídicamente podría comprometer la responsabilidad civil de la Compañía demandada. El rompimiento de la represa del río Gachaneca, al que se vincula la culpa de la Compañía, es un acontecimiento o hecho que por su propia naturaleza no puede ser permanente o crónico, ya que una vez rota la muralla que represaba el río se desbordaron violentamente por el fuerte desnivel hacia el valle las aguas almacenadas, y una vez que se agotó el reservorio, las que siguieron corriendo son las que forman el caudal ordinario del río, las que lo formaban antes de la construcción de la obra por su mismo cauce y las que determinaban las inundaciones que periódicamente ocurrían en el valle como consecuencia normal de su hidrografía. De este dato esencial sobre las inundaciones anuales que perjudicaban la agricultura del valle de Samacá se tiene conocimiento en el juicio por las propias afirmaciones del demandante, que dice, junto con muchos vecinos de ese Municipio y en comunicaciones del 22 de noviembre y 1.º de diciembre de 1936, espontáneamente dirigidas a la Compañía a raíz del siniestro y protocolizadas por ella en marzo de 1937 en la Notaría 2.ª de este Circuito:

«Samacá, noviembre 22 de 1936.

«Señor Administrador de las Fábricas de Hilados y Tejidos de Samacá—En su Oficina.

«Muy estimado señor y amigo:

«Quienes firmamos esta carta somos propietarios de tierras en el valle de Samacá y directa o indirectamente recibimos la influencia del río Gachaneca, ya sea con el beneficio de sus aguas en los veranos o con el mal de las inundaciones en los grandes inviernos. Ante todo, debemos manifestar a usted, con el fin de que los haga llegar a la Gerencia y Dirección de la Empresa a su buen cargo, los sentimientos de pesar por la catástrofe ocurrida recientemente a causa de la rotura de la muralla en la presa de "El Rabanal", con lo cual se registraron pérdidas de vidas y otros daños materiales de significación, especialmente los sufridos por las fábricas. Creemos firmemente que sólo la fatalidad ocasionó la rotura de la represa mencionada, ya que la construcción de ella y su conservación fueron obra de ingenieros competentes. Hemos sido noticiados de que algunos de los propietarios de fincas que sufrieron daños con la inundación, intentan un reclamo judicial contra la Empresa. No podemos menos de decir a usted que no estamos de acuerdo con este proceder, aun cuando tales reclamantes hayan sufrido daños efectivos y relativamente valiosos. Porque nadie puede desconocer que la represa que ha quedado destruída y que fue obra de la Compañía de Samacá, prestó a las fincas riberanas del valle grandes beneficios, ya que en muchos años no se han registrado ni las grandes inundaciones, ni las asoladoras sequías padecidas antiguamente por la falta de tan importante obra. Deseamos que muy pronto pueda la Empresa reponer los daños sufridos y reanudar sus actividades, y que muy en breve iniciará la reconstrucción de la represa en las mejores condiciones posibles, para lo cual le ofrecemos nuestra colaboración efectiva.»

.....

«Sabemos muy bien el sinnúmero de intrigas que se han desatado a raíz de tal hecho, y hemos visto con tristeza que algunos individuos quieren descargar todas las responsabilidades sobre la Compañía Samacá, persiguiendo únicamente una indemnización en dinero, porque diz, han reci-

bido graves perjuicios. Manifiestan que en Samacá, jamás se habían presentado inundaciones. Nosotros preguntamos a dichos sujetos: ¿En qué consisten los perjuicios que tánto alegan haber recibido? ¿Recuerdan la cantidad de aguas que recibían en sus fincas, por las corrientes del río Gachaneca que se precipitaban sin control? Ahora bien: en actas que creemos reposen aún en los libros del archivo del Concejo Municipal de este lugar, aparece que fue propuesta a algunos hacendados y ribereños del río, la construcción de la presa de El Rabanal, precisamente teniendo en cuenta las continuas inundaciones que se presentaban, ocasionadas por los constantes desbordamientos del mencionado río. Hoy por hoy, los hacendados y demás ribereños, que firman la presente, y que sí se cuentan entre los verdaderamente perjudicados, reconocen y aprecian el inmenso beneficio recibido con la construcción de la presa que en buena hora llevó a cabo la Compañía Samacá. Para reforzar esta aseveración, ponemos de presente lo siguiente: está absolutamente comprobado que antes de existir la presa de "El Rabanal", la mayor parte del valle de Samacá se inundaba todos los años, inundación motivada porque la corriente de agua del río nombrado no tenía el control que adquirió posteriormente con la construcción de la citada presa.»

Carece de todo fundamento también el cargo que se hace consistir en que el Tribunal no apreció el mérito probatorio de los documentos oficiales provenientes del Ministerio de Industrias sobre las condiciones técnicas que se le señalaron a la Compañía para la construcción del muro de la represa, ni de la inspección ocular y el dictamen de peritos, pruebas producidas para demostrar la culpa de la sociedad demandada y la cuantía de los daños sufridos, porque habiéndose planteado la decisión del litigio en la forma en que se vio, no había para qué considerar estos elementos probatorios vinculados con un punto cuya consideración era improcedente para la acertada resolución de la litis.

En fuerza 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 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 18 de septiembre 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.

JOSÉ MIGUEL ARANGO, ISAÍAS CEPEDA, LIBORIO ESCALLÓN, FULGENCIO LEQUERICA VÉLEZ, RICARDO HINESTROSA DAZA, HERNÁN SALAMANCA—*Pedro León Rincón*, Secretario en propiedad.

Incongruencia—Sociedad conyugal bajo el imperio de las disposiciones anteriores a la Ley 28 de 1932. Subrogación.

1. La absolución es decisión y, por ende, cualquiera que sea su motivo, impide conceptuar que hay falta de consonancia entre la sentencia y las pretensiones de los litigantes a que la ley se refiere en el motivo 2.° del artículo 520 del Código Judicial.

2. Ante el Código Civil la jefatura que daba al marido y la identidad de patrimonios entre el de él y el social para con terceros, apartaban la sociedad conyugal en forma que, prácticamente, era como si no existiese.

3. El artículo 1668 del Código Civil, contentivo de enumeración de casos en que especialmente se produce por ministerio de la ley la subrogación, indica como tales, con el consiguiente beneficio, el de pago de deuda ajena por quien a ella se halla obligado solidaria o subsidiariamente, y de quien la paga consintiéndolo expresa o tácitamente el deudor. Tales sus numerales 3.° y 5.° La subrogación transmite los derechos del acreedor a ese tercero pagador, según el artículo 1666 *ibidem*, derechos que se extienden a todos los accesorios para poner al acreedor nuevo en el mismo pie y puesto del antiguo, según el artículo 1670 de la misma obra.

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

(Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza).

El señor Leonidas Borrero Durán ha seguido juicio ordinario contra los consortes Ulpiano Soto

y Sara Santos y otros a fin de obtener en sentencia definitiva ciertas declaraciones, de las cuales unas se hicieron y otras se negaron, tanto en la sentencia de primera instancia del Juzgado 6.º Civil del Circuito de Bogotá de 5 de octubre de 1938, como en la de segunda de 27 de septiembre último, contra la cual ambas partes interpusieron casación.

Concedidos y admitidos ambos recursos, fundó el suyo oportunamente el demandante; no así el demandado, por lo cual el de éste se declaró desierto, y como en su calidad de opositor había contestado la demanda de casación de que acaba de hablarse, el proceso ha entrado a estudio para sentencia con los problemas de casación reducidos a los presentados por el demandante.

Entre las declaraciones pedidas por él en el libelo inicial y negadas por el Juzgado en su dicha sentencia, acogida en esta parte por el Tribunal, se hallan estas dos: *a*) que son de la exclusiva propiedad de Soto ciertos semovientes discriminados en la demanda, por haberse hallado en sus manos y depositado sin oposición de tercero en las diligencias de embargo y secuestro preventivos que el libelo cita, y *b*) que ciertas deudas de que adelante se hablará a espacio, contraídas por Soto, son de cargo de la sociedad conyugal existente entre él y su consorte.

Respecto de la primera de estas negativas el recurrente aduce como motivo de casación el 2.º de los del artículo 520 del Código Judicial, alegando que la sentencia recurrida dejó dé decidir este punto expresándolo así en su parte motiva, en la que advierte que tal declaración es innecesaria e inoficiosa.

Si efectivamente tal sucediera, el motivo sería el 7.º de los de aqnella disposición; pero acontece que el fallo no se pronunció simplemente así en su parte resolutiva o, por mejor decir, no se limitó en ésta a manifestar abstención, sino que terminantemente absuelve a Soto y demás demandados de ese cargo, como se ve en la parte final del numeral respectivo. Y sabido es que la absolución es decisión que, por ende, cualquiera que sea su motivo, impide conceptuar que hay la falta de consonancia entre la sentencia y las pretensiones de los litigantes a que la ley se refiere en dicho motivo 2.º

No prospera, pues, el cargo.

No prospera tampoco el relativo al segundo de los temas antedichos. El recurrente invoca las disposiciones del Código Civil sobre régimen de la sociedad conyugal, de ellas señaladamente el artículo 1781, que reputa violado por la negativa a declarar que las aludidas deudas son sociales. Pero para no aceptar el cargo basta recordar que ante el Código la jefatura que daba al marido y la identidad de patrimonios entre el de él y el social para con terceros, apartaban la sociedad conyugal en forma que, prácticamente, era como si no existiese. Claro es que se está hablando de lo que acontecía en la marcha y administración ordinaria de la sociedad y que al tema materia del presente litigio es ajeno lo atañedero a las relaciones de cada uno de los consortes con el otro o con la sociedad conyugal, así como al estado de liquidación o al de sociedad ya liquidada, del propio modo que sería extraño aquí estudiar esas situaciones ante la Ley 28 de 1932.

Correspondiendo aquellas deudas a época anterior a esta Ley y tratándose de sociedad conyugal vigente, no cabe declarar desde luégo que sean de cargo de la sociedad conyugal y no del marido, en pleito con terceros, como lo es el demandante.

De resto, lo que haya en el fondo como acertadamente anotó el Juez en concepto acogido por el Tribunal, para la fijación del deudor o escogencia como tál del marido o de la sociedad, depende de circunstancias y modalidades extrañas a la declaración pedida.

Las aludidas deudas son dos y constan en sendos pagarés a favor del Banco de Bogotá, así: uno por $ 15.000 de 3 de julio de 1929, renovado el 3 de enero de 1930 por igual suma, y otro por $ 6.000 de 9 del mismo enero. En ambos quedaron cubiertos anticipadamente los intereses del plazo que para los dos venció el 20 de marzo de 1930, y se señaló como interés moratorio el 15 por 100 anual.

Los suscribieron como deudores principales y solidarios Ulpiano Soto y Leonidas Borrero D.; pero en este juicio en la parte en que la sentencia del Tribunal, confirmatoria en ello de la del Juzgado, quedó en firme por haberse declarado desierto el recurso de casación de la parte demandada, obtuvo Borrero el reconocimiento y declaración de que tales deudas fueron sólo de Soto, quien tiene por acreedor a Borrero en virtud de haberlas pagado éste al Banco el 13 de marzo de 1931.

La súplica respectiva de la demanda inicial fue acogida como acaba de verse; pero en lo tocante al interés, que Borrero pide a la rata legal y a partir del 20 de marzo de 1930, la sentencia no la despachó así, sino que toma por fecha inicial la de la notificación de la demanda, sobre el pie de que Soto no estaba en mora y no vino a estarlo sino por el requerimiento implicado en esa notificación.

El recurrente acusa de violación de las disposiciones sustantivas que se verán en seguida, en razón de que ocurrió una subrogación que, colo-

cando a Borrero en el puesto del Banco, impide exigir requerimiento para reconocer la mora.

Este cargo se halla justificado. El artículo 1668 del Código Civil, contentivo de enumeración de casos en que especialmente se produce por ministerio de la ley la subrogación, indica como tales, con el consiguiente beneficio, el de pago de deuda ajena por quien a ella se halla obligado solidaria y subsidiariamente, y de quien la paga consintiéndolo expresa o tácitamente el deudor. Tales sus numerales 3.° y 5.° La subrogación transmite los derechos del acreedor a ese tercero pagador, según el artículo 1666 *ibidem*, derechos que se extienden a todos los accesorios para poner al acreedor nuevo en el mismo pie y puesto del antiguo, según el artículo 1670 de la misma obra. Por consiguiente, no era el caso de aplicar los artículos 1608 y 1615 de ella, invocados por el Tribunal, quien por ello los quebrantó, como quebrantó los ya citados sobre subrogación dejando de aplicarlos.

Conforme establece la sentencia recurrida, firme en esto por lo antedicho, las deudas fueron de Soto y las pagó Borrero; esto implica subrogación, la que a su turno implica continuidad, sin lugar a que el deudor viera interrumpida su obligación de pagar intereses por el cambio que la subrogación introduce, el que es meramente personal.

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 dictada en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el veintisiete de septiembre de mil novecientos cuarenta y uno, en el sentido de declarar la Corte, como en efecto declara, que los intereses legales de las deudas determinadas en el punto primero (1.°) de la parte resolutiva de la sentencia de primera instancia corren a cargo de Ulpiano Soto y a favor de Leonidas Borrero Durán desde el veinte de marzo de mil novecientos treinta y uno.

En todo lo demás queda en pie la sentencia recurrida.

Sin costas.

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.

Propiedad de los frutos percibidos durante la indivisión de los bienes herenciales relictos.

La Corte considera que la discusión planteada por las doctrinas que informan el recurso de casación frente a las que sustentan el fallo del Tribunal de Bogotá, respecto a la pertenencia de los frutos percibidos durante la indivisión de los bienes relictos, o sea desde la delación de la herencia hasta el registro de la sentencia aprobatoria de la partición, es bastante teórica, pues si se cotejan de fondo las dos doctrinas, resultan acordes. Que se diga que los aludidos frutos pertenecen a la sucesión, que es la tesis del Tribunal, o que se afirme que pertenecen a los herederos, que es la doctrina del recurrente; que se diga que los frutos en cuestión forman parte de la masa hereditaria indivisa, según la sentencia, o que forman parte de la hijuela de cada heredero a prorrata de su cuota, como lo cree el recurrente, es usar de modalidades que no afectan la realidad consistente en que siempre es al patrimonio de los herederos adonde la ley conduce la definitiva radicación de la propiedad de los frutos, junto con la de los demás bienes que quepan dentro del haber líquido, transmisible y distribuíble para ellos.

El artículo 1395 del Código Civil no define ninguna cuestión de propiedad aun que la presuponga por razón de reglas generales que con anterioridad el Código ha venido dictando, sino que se concreta a regular la forma y cuantía de dividir tales frutos: «Los frutos percibidos después de la muerte del testador y durante la indivisión, se dividirán del modo siguiente», dice ese precepto. Y en seguida regula la forma y cuantía como ellos han de dividirse, según se trate de asignatarios de especies, de legatarios de cantidades o géneros, o de herederos de verdad. Y la expresión que para cada caso usa el artículo y que reproduce con naturalidad es que tales interesados en la asignación, en el legado o en la herencia «tendrán derecho a los frutos» o «no tendrán derecho a ellos,» expresión que indudablemente le-

gitima la atribución de su dominio, y al mismo tiempo es una regla que proporciona la cuantía atribuída según la calidad del partícipe, no con acción *in re* sino *ad rem*, a los frutos. De ahí resulta la regla 3ª del artículo 1395 del Código Civil.

La sucesión por causa de muerte es un modo de adquirir el dominio, pero no para la sucesión misma, sino para las personas llamadas a sustituír al *de cujus*. Si la doctrina que fluye de los textos legales y que la jurisprudencia vivifica a través de ciertas figuras jurídicas, ve la conveniencia de designar en ocasiones a la sucesión con el nombre de «patrimonio autónomo,» o de «entidad» y casi, casi hasta de «persona jurídica», o con cualquiera otra metáfora, no es porque la considere como un asiento y cofre de radicación de derechos y obligaciones al modo de un sér humano o físico dotado de la capacidad de adquirir derechos y de contraer obligaciones, sino por necesidades transitorias, como transitorio es todo modo o manera, encaminado sólo a llenar ciertos fines, como reconstruír un patrimonio, fijar las cuotas de división, pagar impuestos y distribuír entre los llamados a participar en el patrimonio líquido, los bienes, derechos y obligaciones del *de cujus*, que no sufren un momento siquiera de solución de continuidad en su titularidad, ya que la herencia se defiere al heredero o legatario en el momento de fallecer la persona de cuya sucesión se trata, y el efecto del registro de las hijuelas es declarativo y no constitutivo. No puede, pues, ver la Corte en la tesis del Tribunal, por este aspecto de la pertenencia de los bienes relictos y de sus frutos y accesiones, el fondo violador de la ley de que habla el recurrente, porque la misma tesis de éste, consistente en atribuír la propiedad a los herederos, por exclusión y contraposición a la propiedad radicada en la masa hereditaria, concurre a reconocer lo que el Tribunal afirma, o sea, el derecho del heredero a esos bienes, en proporción a la cuota que en la herencia le corresponda.

Como ya se dejó dicho por la Sala, el ordinal 3.º del artículo 1395 del Código Civil, sin atribuír propiedad sobre los frutos, pero también sin dudar de que éstos van a aumentar esa propiedad, no la cuota o proporción del heredero en los bienes deferidos, sino la cuantía de éstos, los distribuye a prorrata de sus cuotas con esta expresión: «Los herederos tendrán derecho a . . .» Al reconocerles la ley a los herederos este derecho, por ello mismo les concede una acción de cobro, personal o de crédito sobre los frutos en proporción a la respectiva cuota. No se ve, pues, por qué pueda carecer de acción o derecho el heredero para percibir de los frutos una cuota proporcional a su derecho de herencia. El llevar los frutos a la masa hereditaria, mediante una acción dirigida a favor de la masa y para ésta, como lo exige el Tribunal, no tendría otro fin u objeto que el de integrarlos al haber común para incluírlos como parte de este haber y repartirlos en seguida entre los herederos, deducidos los gastos y expensas con que carga la sucesión, entre los herederos a prorrata de sus cuotas hereditarias. Se explica así que durante la indivisión la acción de recobro de los frutos haya de ejercitarse a favor de la masa y para ella, no porque la masa tenga precisamente un derecho de propiedad sobre los frutos, como antes se aclaró, sino porque aún no se sabe cuáles de esos frutos le corresponden a cada heredero y cuántos. Pero una vez hecha la liquidación de la masa y la adjudicación de bienes a todos y a cada uno de los copartícipes, carece de objeto que sobre los frutos y accesiones se haga una nueva reintegración de masa, liquidación y distribución, por cuanto estas operaciones ya se verificaron sobre los mismos bienes que forman la masa hereditaria, que fueron los deferidos por el *de cujus* al momento de su muerte. La proporción o cuota hereditaria es un divisor ya determinado por la participación que fija la cuota o proporción conforme a la cual deben distribuirse los frutos.

Durante la proindivisión de los bienes los herederos apenas tienen un derecho a los frutos en igual proporción que su derecho herencial sobre los bienes relictos, y si se aprovechan de los frutos tomándolos para sí en mayor proporción de la cuota que sobre la herencia les corresponde, han de restituír el exceso a favor de aquel o aquellos herederos que no hayan percibido la totalidad de la cuota que a su vez les corresponde.

2º. Aseverar que determinados bienes inmuebles y muebles adjudicados en una hijuela, no se le han entregado al adjudicatario, no es una negación indefinida, porque él puede demostrar que los bienes se hallan en poder de otro. No es precisamente lo negativo lo que excusa la prueba, sino lo indefinido cuya dificultad de demostración aparezca como imposible y aun como ímproba carga, realmente no susceptible de demostración, a juicio del Juez.

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

(Magistrado ponente, doctor Fulgencio Lequerica Vélez).

ANTECEDENTES

1. En el juicio de sucesión de Lucila Estévez o Montero de Barón correspondieron a Angela Enriqueta Icaza de Barón las tres cuartas partes del haber sucesoral. El doctor Avelino Manotas fue reconocido en la mencionada mortuoria como cesionario de los derechos herenciales de dicha heredera.

2. El señor Juan B. Castaño también fue reconocido en el sucesorio como cesionario de los derechos hereditarios de algunos hermanos naturales de la causante, todos los cuales representaban en conjunto la cuarta parte del patrimonio herencial.

3. El Juzgado 7.° Civil del Circuito de Bogotá, que conoció del proceso, nombró al doctor Ignacio Rojas Iregui depositario de los bienes de la sucesión y le hizo entrega de éstos en el año de 1919. Entre tales bienes depositados y entregados al depositario nombrado figuraba una casa marcada con el número 3-A de la carrera 11 de esta ciudad, hoy número 4-45 de la misma carrera, cuyos linderos constan en la respectiva partición.

4. A principios del mes de mayo de 1920 el señor Juan B. Castaño, en su indicado carácter de cesionario de algunos herederos de la causante señora de Barón, recibió del depositario doctor Rojas Iregui la referida casa para que percibiera sus productos.

5. En la partición de dicha mortuoria se adjudicó al doctor Avelino Manotas las tres cuartas partes de la masa hereditaria. Para cubrirle tal derecho se le adjudicó, entre otros bienes, la casa mencionada de la carrera 11 de esta ciudad. El 1.° de octubre de 1926 se registraron en la Oficina de Registro de Bogotá la sentencia aprobatoria de la partición de bienes de la sucesión y las adjudicaciones en ella verificadas.

6. El 8 de agosto de 1927 el Juzgado que conocía de la mortuoria entregó al partícipe doctor Manotas la casa adjudicada, después de haberse fallado el incidente sobre oposición a la entrega de la misma que se formuló al señor Castaño, quien por entonces alegó que «estaba en posesión de ella en su propio nombre, personalmente y no como interesado en la presente sucesión.»

EL PROCESO

En libelo repartido al Juzgado 3 ° Civil del Circuito de Bogotá, el doctor Avelino Manotas demandó por la vía ordinaria al señor Juan B. Castaño, para que se le condene a pagarle la cantidad de tres mil novecientos quince pesos ($ 3.915), o la que se determine pericialmente en el juicio, por concepto del valor de las tres cuartas partes del producto de la mencionada casa, en el tiempo comprendido entre el mes de mayo de 1920 al 8 de agosto de 1927, o sea durante 87 meses en que el demandado Castaño estuvo usufructuando el referido inmueble; los intereses legales de la cantidad reclamada, desde el 8 de agosto de 1927 hasta el día que verifique el pago, y las costas procesales.

El demandado negó casi en su totalidad los hechos de la demanda anteriormente extractados y respondió al 13.° de esta manera:

«En acuerdo completo entre el depositario de los bienes de la sucesión de Lucila Estévez o Montero de Barón y de los representantes de dicha herencia, se me hizo entrega de la casa a que se refiere la demanda, por considerar que siendo yo dueño de la mitad de la herencia, era justo que gozara de los frutos de algunas de las fincas, lo que fue motivado también en su mayor parte por el mal estado en que se hallaban los bienes de la sucesión, hecho que me obligó a hacerle a la casa de que se viene hablando las mejoras que la transformaron completamente, dándole así un valor doble del que tenía. Además, yo pagué los impuestos de la casa durante todo el tiempo en que la ocupé e hice las mejoras indicadas con asentimiento expreso del depositario, señor Rojas Iregui.»

El Juez del conocimiento falló la primera instancia en sentencia fechada el 8 de noviembre de 1938, negando las peticiones de la demanda y absolviendo al demandado de los cargos formulados. Se fundó en que el actor doctor Manotas no demostró su condición de adjudicatario de doña Lucila, debido a que la escritura número 1919 carecía de valor probatorio al efecto, por ausencia del registro.

LA SENTENCIA ACUSADA

En virtud de apelación propuesta por la parte actora le correspondió decidir el segundo grado de este proceso al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en providencia definitiva de 23 de mayo de 1941, en la cual revoca la apelada y en su lugar resuelve condenar al señor Juan B. Castaño a pagar a Manotas la cantidad de trescientos treinta y dos pesos con cincuenta y cua-

tro centavos, moneda legal ($ 332.54), y los intereses legales sobre esta suma, desde el 1.° de julio de 1937 hasta el día del pago, cantidad equivalente a las tres cuartas partes de los frutos producidos por la casa en el período comprendido del 1.° de octubre de 1926 al 8 de agosto de 1927. Declara no probada la excepción propuesta por el demandado, niega las demás peticiones del libelo, dejando a salvo las acciones indicadas en la motivación de su fallo y no condena en costas.

Como se verá, el Tribunal limitó la condenación a favor del actor doctor Manotas a la cantidad equivalente a las tres cuartas partes de los frutos producidos por la susodicha casa, pero sólo en el período comprendido entre la fecha del registro de la sentencia aprobatoria de la partición y la fecha en que el inmueble fue entregado definitivamente al cesionario Manotas. Para hacer esa limitación ostensible en el reconocimiento que se hace del derecho del actor a los mencionados frutos y negarlos durante el período de indivisión sucesoral alega el sentenciador de segundo grado los argumentos que para mayor claridad de la cuestión debatida en casación en seguida se transcriben:

«Los vencidos antes de la muerte del *de cujus*, por no percibidos, son del acervo hereditario. Terminado el juicio mortuorio, el partícipe respectivo será dueño de los que produzcan las especies que se le adjudiquen; y los producidos después de la muerte del causante y durante la indivisión forman parte de la masa hereditaria, y los herederos tienen derecho a ellos, a prorrata de sus cuotas, siempre que los frutos se hayan percibido; pues los pendientes al tiempo de la adjudicación se miran como parte de las respectivas especies adjudicadas, y corresponden al partícipe respectivo.

«Así, pues, es necesario distinguir entre los frutos de los bienes hereditarios producidos en el período de indivisión.

«Los percibidos forman parte de la masa hereditaria indivisa y pertenecen a todos los herederos entre quienes se deben dividir á prorrata de sus cuotas. Si no se liquidan, distribuyen y adjudican, seguirán formando parte de la masa indivisa y son de propiedad de la sucesión, sin que ninguno de los herederos pueda reclamarlos en nombre propio o aspirar a un derecho exclusivo sobre ellos.»

De lo anterior deduce el Tribunal que los frutos producidos por los bienes relictos durante el período de la indivisión del patrimonio sucesoral no pertenecen al actor Manotas sino a la masa herencial; y debe negarse por ese motivo esta parte de sus peticiones, porque carece de personería sustantiva para reclamar en nombre propio y ha debido demandar en nombre y para la sucesión de doña Lucila; y porque la acción para exigir pago de frutos durante dicha indivisión ha debido dirigirla contra el depositario, quien es el responsable del depósito confiado a su cuidado.

EL RECURSO

Contra el fallo de segundo grado interpone casación el actor y lo acusa por ser violatorio de la ley sustantiva en su doble aspecto de infracción directa e interpretación errónea de varios textos legales. Queda dicho que alega el motivo primero de los señalados en el artículo 520 del Código Judicial. De los cargos formulados considera la Sala que debe prosperar el que pasa a extractarse para mayor claridad:

I. Violación directa de los artículos 1008 y 1395 del Código Civil e interpretación errónea de los artículos 1395 y 2328 de la misma obra.

Sostiene el recurrente que en materia de frutos de los bienes hereditarios solamente forman parte de la masa herencial los naturales y civiles *pendientes* a la muerte del *de cujus*, como que constituyen créditos a favor del causante. Los frutos naturales y civiles *percibidos* durante la indivisión no forman ni pueden formar parte del acervo hereditario, por la razón de que no existen como especies determinadas o cosas de género en el momento de abrirse la sucesión, sino que se producen con posterioridad a dicha apertura.

Nada más erróneo que la interpretación que hace el Tribunal del inciso 3.° del artículo 1395 del Código Civil, a juicio del recurrente, porque la interpretación correcta de dicho ordinal es la que precisamente fluye de su clarísimo tenor literal, vale decir, que los herederos tendrán derecho a todos los frutos y accesiones de la masa hereditaria indivisa, a prorrata de sus cuotas, texto que el Tribunal ha entendido equivocadamente en el sentido de que la masa hereditaria tiene derecho a los frutos producidos por la misma masa y percibidos durante la indivisión.

Concluye que al pretender la sentencia acusada que los frutos percibidos durante la indivisión y producidos por la masa hereditaria forman parte de la misma, supone en contra del artículo 1008 del Código Civil que se puede suceder a una persona en bienes que no existían al tiempo de su muerte y que no eran ni podían ser suyos.

Considera la Sala de Casación:

Reza el artículo 1008 del Código Civil que se sucede a una persona difunta a título universal o a título singular. El título es universal cuando se sucede al difunto en todos sus bienes, derechos y obligaciones transmisibles o en una cuota de ellos, como la mitad, tercio o quinto.

Estatuye igualmente el artículo 1395 de la misma obra que los frutos de los bienes relictos percibidos después de la muerte del testador y durante la indivisión se dividirán del modo siguiente:

«.... 3.° Los herederos tendrán derecho a todos los frutos y acciones de la masa hereditaria indivisa, a prorrata de sus cuotas, deducidos, empero, los frutos y acciones pertenecientes a los asignatarios de especies.»

ESTUDIO DE LOS CARGOS

I. La Corte considera que la discusión planteada por las doctrinas que informan el recurso de casación frente a las que sustentan el fallo del Tribunal de Bogotá respecto a la pertenencia de los frutos percibidos durante la indivisión de los bienes relictos, o sea desde la delación de la herencia hasta el registro de la sentencia aprobatoria de la partición, es bastante teórica, pues si se cotejan de fondo las dos doctrinas, resultan acordes.

Que se diga que los aludidos frutos pertenecen a la sucesión, que es la tesis del Tribunal, o que se afirme que pertenecen a los herederos, que es la doctrina del recurrente; que se diga que los frutos en cuestión forman parte de la masa hereditaria indivisa, según la sentencia, o que forman parte de la hijuela de cada heredero a prorrata de su cuota, como lo cree el recurrente, es usar de modalidades que no afectan la realidad consistente en que siempre es al patrimonio de los herederos adonde la ley conduce la definitiva radicación de la propiedad de los frutos, junto con la de los demás bienes que quepan dentro del haber líquido, transmisible y distribuíble para ellos.

El artículo 1395 del Código Civil no define ninguna cuestión de propiedad, aunque la presuponga por razón de reglas generales que con anterioridad el Código ha venido dictando, sino que se concreta a regular la forma y cuantía de dividir tales frutos: «Los frutos percibidos después de la muerte del testador y durante la indivisión, se dividirán del modo siguiente,» dice ese precepto. Y en seguida regula la forma y cuantía como ellos han de dividirse, según se trate de asignatarios de especies, de legatarios de cantidades o géneros, o de herederos de verdad. Y la expresión que para cada caso usa el artículo y que reproduce con naturalidad es que tales interesados en la asignación, en el legado o en la herencia, «tendrán derecho a los frutos» o «no tendrán derecho a ellos,» expresión que indudablemente legitima la atribución de su dominio, y al mismo tiempo es una regla que proporciona la cuantía atribuída según la calidad del partícipe, no con acción *in re* sino *ad rem*, a los frutos.

De ahí resulta la regla tercera del artículo 1395 del Código Civil, diciendo así: «3.° Los herederos tendrán derecho a todos los frutos y accesiones de la masa hereditaria indivisa, a prorrata de sus cuotas; deducidos, empero, los frutos y accesiones pertenecientes a los asignatarios de especies.»

La sucesión por causa de muerte es un modo de adquirir el dominio, pero no para la sucesión misma, sino para las personas llamadas a sustituír al *de cujus*. Si la doctrina que fluye de los textos legales y que la jurisprudencia vivifica a través de ciertas figuras jurídicas, ve la conveniencia de designar en ocasiones a la sucesión con el nombre de «patrimonio autónomo,» o de «entidad» y casi, casi hasta de «persona jurídica,» o con cualquiera otra metáfora, no es porque la considere como un asiento y cofre de radicación de derechos y de obligaciones al modo de un sér humano o físico dotado de la capacidad de adquirir derechos y de contraer obligaciones, sino por necesidades transitorias, como transitorio es todo modo o manera, encaminado sólo a llenar ciertos fines, como reconstruír un patrimonio, fijar las cuotas de división, pagar impuestos y distribuír entre los llamados a participar en el patrimonio líquido, los bienes, derechos y obligaciones del *de cujus*, que no sufren un momento siquiera de solución de continuidad en su titularidad, ya que la herencia se defiere al heredero o legatario en el momento de fallecer la persona de cuya sucesión se trata, y el efecto del registro de las hijuelas es declarativo y no constitutivo.

No puede, pues, ver la Corte en la tesis del Tribunal, por este aspecto de la pertenencia de los bienes relictos y de sus frutos y accesiones, el fondo violador de la ley cuyo destacamiento ensaya hacer el recurrente, porque la misma tesis de éste, consistente en atribuír la propiedad a los herederos, por exclusión y contraposición a la propiedad radicada en la masa hereditaria, concurre a reconocer lo que el Tribunal afirma, o sea el derecho del heredero a esos bienes, en proporción a la cuota que en la herencia le corresponda.

II.—Después de fijar la Corte su sentir acerca del anterior y primer aspecto del problema, en que no hay cargo válido para la casación, se apreciará mejor un segundo aspecto, suficiente para los fines del recurso, a saber:

El Tribunal sentenciador le reconoce al heredero demandante acción o derecho para cobrar del demandado, heredero como él en la misma causa, los frutos producidos por la casa de la ciudad que a aquél se le adjudicó al distribuírse los bienes de la herencia, desde la adjudicación en adelante. La discusión no versa sobre estos frutos. En cambio, el sentenciador no concede acción o derecho al

heredero demandante para cobrar del demandado los frutos que éste percibió o debió percibir por razón de la posesión sobre la misma casa durante algún lapso de la sucesión indivisa.

El Tribunal afirma literalmente: «*a*) Porque él carece de personería sustantiva para raclamarlos en nombre propio. Ha debido demandar en nombre y para la sucesión de doña Lucila.»

Para llegar a esa conclusión, el sentenciador tuvo en cuenta que los frutos en cuestión «forman parte de la masa herencial» para el efecto de decidir quién los puede reclamar, de tal manera que si integran la masa misma, aunque no hayan sido inventariados ni sean materia de especial adjudicación por el partidor, sólo pueden reclamarse para la masa o sucesión hereditaria y en nombre de ésta, «sin que ninguno de los herederos pueda reclamarlos en nombre propio o aspirar a un derecho exclusivo sobre ellos.»

Como se ve, el fenómeno legal de la personería sustantiva, es decir, el derecho o acción de recibir para sí, fue el que determinó la decisión negativa del fallador.

El recurrente ataca esa concepción legal de la sentencia por interpretación errónea del ordinal 3.° del artículo 1395, en cuanto ese pasaje definitivo desconoce que la ley allí dice «los herederos tendrán derecho a» y no «la masa hereditaria tendrá derecho,» error de interpretación que llevó al Tribunal a ver radicada la acción por los frutos en la masa hereditaria misma y no en cabeza del heredero, a prorrata de su cuota.

La Corte considera que es fundado el cargo que ella casi destaca y sintetiza.

Como atrás se deja dicho por la Sala, el ordinal 3.° del artículo 1395 del Código Civil, sin atribuír propiedad sobre los frutos, pero también sin dudar de que éstos van a aumentar esa propiedad, no la cuota o proporción del heredero en los bienes deferidos, sino la cuantía de éstos, los distribuye a prorrata de sus cuotas con esta expresión: «los herederos tendrán derecho a.» Al reconocerles la ley a los herederos este derecho, por ello mismo les concede una acción de cobro, personal o de crédito sobre los frutos en proporción a la respectiva cuota. No se ve, pues, por qué pueda carecer de acción o derecho el heredero para percibir de los frutos una cuota proporcional a su derecho de herencia.

El llevar los frutos a la masa hereditaria, mediante una acción dirigida a favor de la masa y para ésta, como lo exige el Tribunal, no tendría otra finalidad u objeto que el de integrarlos al haber común para incluírlos como parte de este haber y repartirlos en seguida entre los herederos, deducidos los gastos y expensas con que carga la sucesión, entre los herederos a prorrata de sus cuotas hereditarias. Se explica así que durante la indivisión la acción de recobro de los frutos haya de ejercitarse a favor de la masa y para ella, no porque la masa tenga precisamente un derecho de propiedad sobre los frutos, como ántes se aclaró, sino porque aún no se sabe qué de esos frutos, le toca a cada heredero y cuánto. Pero una vez hecha la liquidación de la masa y la adjudicación de bienes a todos y cada uno de los partícipes, carece de objeto que sobre los frutos y accesiones se haga una nueva reintegración de masa, liquidación y distribución, por cuanto estas operaciones ya se verificaron sobre los bienes que forman la masa hereditaria, que fueron los deferidos por el *de cujus* al momento de su muerte. La proporción o cuota hereditaria es un divisor ya determinado por la participación que fija la cuota o proporción conforme a la cual deben distribuírse los frutos.

Por lo demás, esa misma conclusión o tesis fue acogida por esta Sala cuando en reciente fallo pronunciado en caso similar dijo: «.....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 forme 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..... En ambos casos los artículos 1395 y 1398 del Código Civil señalan a tales frutos una destinación especial, a efecto de que no figuren en el haber sucesoral.....» (*Gaceta Judicial*, Tomo LIII, página 244).

Durante la proindivisión de los bienes, los herederos apenas tienen un derecho a los frutos en igual proporción que su derecho herencial sobre los bienes relictos, y si se aprovechan de los frutos tomándolos para sí en mayor proporción de la cuota que sobre la herencia les corresponda, han de restituír el exceso a favor de aquel o aquellos herederos que no hayan percibido la totalidad de la cuota que a su vez les corresponde.

Como el sentenciador desconoció la acción o derecho a percibir los frutos ejercitada por uno de los herederos, sin excederse a demandar en la proporción de su cuota, contra otro heredero que no demostró haber entregado a la masa heredita-

ria los frutos de que se aprovechó, sosteniendo el fallador que el derecho de recobro de los frutos correspondía a la masa hereditaria y no al heredero aun después de consumada la partición, es claro que violó por mala interpretación el artículo 1395, ordinal 3.°, del Código Civil, en cuanto éste dice «los herederos tendrán derecho a» y no dice «la masa hereditaria tendrá derecho a.»

Como este aspecto es fundamental en el fallo y el recurrente en casación hizo de él capítulo expreso de acusación, se impone casar en fallo, para reconocerle al heredero la acción que el sentenciador creyó que no le asistía.

SENTENCIA DE INSTANCIA

Relatados como quedan ya los hechos sobre los cuales se trabó la litis y las peticiones de la demanda y otras circunstancias anotadas con motivo del estudio de los cargos en casación y referencias a la sentencia del Tribunal, se limita la Corte en este fallo de instancia a analizar las cuestiones fundamentales para ordenar la parte resolutiva.

El señor Juan B. Castaño, demandado, ocupó la casa de cuyos frutos se trata desde principios del mes de mayo de 1920, y desde esa época para acá la ha poseído pacífica, tranquila e ininterrumpidamente, según su propia confesión, de que hay prueba a folios 15 vuelto del cuaderno 1.°, hasta el día 8 de agosto de 1927, en que el Juzgado 7.° del Circuito de Bogotá se la entregó al doctor Avelino Manotas, aquí demandante, según consta de copia auténtica de la diligencia de entrega corriente a folios 12 vuelto y 13 del mismo cuaderno, parte de este expediente.

Las partes están de acuerdo en que el señor Castaño recibió la casa de manos del depositario que en el juicio de sucesión, de que demandante y demandado fueron partícipes, se nombró para fines legales. Ninguno de los dos herederos discuten su condición de tales. El demandado Castaño, aunque en alguna ocasión alegó que el título por el cual ocupó la casa fue de señor y dueño de ella, varió después su propia apreciación aclarando que fue un convenio entre los herederos el que dio lugar a que el depositario de los bienes sucesorales se la entregara para su propio provecho correspondiente a su condición de heredero. Pero ese acuerdo entre los herederos, que diera lugar a que Castaño recibiera la casa, saliendo de las manos del depositario, no sólo no ha sido demostrado en este debate por el señor Castaño, a quien la demostración correspondía por ser quien del hecho invocado recibiría ventajas, sino que está contradicha por la actitud del demandante, que era otro heredero, al reclamar del demandado Castaño la entrega de una cuota-parte de los frutos. La prueba de que ese acuerdo existiera sería absolutamente necesaria en este juicio, porque de no haber existido el acuerdo no es legítimo que un depositario por sí y ante sí le entregue bienes de la sucesión a uno de los herederos, siendo así que el depósito o secuestro de bienes de una sucesión ilíquida tiene por objeto precisamente el sustraer, por previsión y seguridad, de manos de los herederos, la administración de dichos bienes, que es la razón de esos depósitos, por presumirse el desacuerdo entre herederos o por no ser posible la administración conjunta de éstos.

El monto de las tres cuartas partes de los frutos percibidos resulta ser de $ 2.348.75, al tenor de la siguiente regulación probatoria:

Los tres peritos que intervinieron en el avalúo de la cuantía de los frutos durante los ochenta y siete (87) meses comprendidos de mayo de 1920 a agosto de 1927, no pudieron llegar a un acuerdo uniforme sobre su valor y por eso rindieron sus dictámenes por separado. Considera la Corte que los tres experticios están suficientemente explicados y fundamentados, y por eso los acepta como medio probatorio pleno y suficiente para establecer la cuantía total de los arrendamientos de la finca, ya que se trata de hacer una regulación en cifra numérica. En vista de que hay desacuerdo, pero que a la vez la diferencia entre los dos extremos no excede de un cincuenta por ciento de la cantidad menor, es pertinente darle aplicación al artículo 721 del Código Judicial, y a ello se procede mediante la siguiente operación:

Avalúo del perito del demandante.....$	4.020.00
Avalúo del perito del demandado.....	2 610 00
Avalúo del perito tercero.....	2.765.00
Suman los tres experticios.....$	9.395.00
Medio aritmético.....$	3.131.66
Se resta una cuarta parte por petición especial del actor en su libelo, de acuerdo con su cuota hereditaria....	782.91
Valor de la acción.....$	2.348.75

El demandado señor Castaño alega dos hechos para disminuir la cuantía de las tres cuartas partes del valor de los frutos que recibió: un hecho consiste en que él pagó unos impuestos municipales por razón de la casa de que se aprovechaba, e hizo unos gastos consistentes en reparaciones que exigía perentoriamente el mal estado de la casa para poder ocuparla o arrendarla. El otro hecho constituye una excepción, la de compensación. La Corte se refiere ahora sucesivamente a una y otra cuestión.

A folio 19 vuelto del cuaderno 2.° el Tesorero Municipal de Bogotá certifica que por la casa se pagaron unos impuestos prediales, y agrega: «Según los comprobantes que se llevan en esta dependencia, dichos pagos fueron hechos en la libreta que figura a nombre del señor Francisco Montero.» De este comprobante no se puede decir que resulte probado que el pago se hizo por cuenta del señor Juan B. Castaño, ni éste intentó acreditar esa circunstancia, y ni siquiera explicarla.

En cuanto a los gastos que se hicieran para reparación y arreglo de la casa por cuenta del demandado Castaño, éste intentó probarlos por declaraciones de obreros que intervinieron en la obra en los años 1917 y 1918, declaraciones que el señor Castaño obtuvo en un juicio distinto al presente, en controversia con el exdepositario de los bienes de la sucesión, seguido ante el Juzgado 5.° del Circuito de Bogotá. Pero hay dos inconvenientes para admitir que esa prueba demuestre esos hechos: el primero es que esos testimonios fueron recibidos, no en este juicio, sino en otro distinto, juicio en que, además, no fue parte el que aquí es demandante, doctor Manotas, lo cual hacía necesario, para apreciarlos como prueba en este juicio, que aquí se hubiera pedido y decretado su ratificación durante el término probatorio, a fin de que la otra parte, el demandante Manotas, interviniera en la diligencia, repreguntara y ejercitara su derecho de infirmar la prueba, al tenor de la regla prescrita por el artículo 693 del Código Judicial, que no es sino una aplicación al testimonio de la regla general de pruebas conforme a lacual éstas, para poder ser estimadas, requieren no sólo ser públicas, sino haber tenido ocasión de ser contradichas. En segundo lugar, en cuanto al mérito intrínseco de la prueba, los gastos de reparación de la casa a que aluden los testigos, se refieren a una fecha muy anterior a la en que el demandado Castaño ocupó la casa, pues según los testigos las reparaciones se hicieron en los años de 1917 o 1918, y no después de mayo de 1920. De autos no se sabe a qué título se disponía en aquella época ni por cuenta de quién, de la tenencia y usufructo de la casa.

El segundo hecho alegado por el señor Castaño, al contestar su demanda, considerado por él como excepción de compensación, consiste en lo siguiente, según su propia redacción:

«Fundo esta excepción en que los frutos de los bienes que pertenecieron a la sucesión de Lucila Estévez o Montero de Barón y que me fueron adjudicados como cesionario de unos herederos, no se me han entregado y esos frutos son mayores ol os estimo en una suma mayor de lo que pudiera corresponderme pagar en el caso improbable de una sentencia adversa a mis intereses y esta suma se acrecienta con el valor de las mejoras que le hice a la casa que luégo se le adjudicó al actor, mejoras cuyo valor me deben aún los demás herederos, entre los cuales el mayor deudor es el cesionario señor Avelino Manotas, adjudicatario de ese inmueble, quien debe devolverme también el valor de los impuestos que gravaron la finca durante el tiempo en que yo la ocupé y cuyo pago hice al Municipio.»

Como se ve, el demandado Castaño alega como hecho, para deducir un crédito a su favor y oponer este crédito a título de compensación con el que se le cobra, el de que el señor Castaño a su turno fue uno de los herederos y que los bienes que se le adjudicaron no se le han entregado, ni bienes ni frutos.

Para que la excepción de compensación prosperara, se necesitaría que quien la invoca hubiese demostrado a su vez que el demandante Manotas administró los bienes de la herencia y se aprovechó de sus frutos, por lo menos en una cantidad que hubiera excedido de la que correspondía a su propia cuota hereditaria.

Ahora bien: no hay en el expediente prueba alguna, pero ni siquiera se ha hecho la afirmación de que el heredero Manotas hubiese administrado bienes de la herencia ni usufructuado alguna parte de ellos. Por el contrario, todo el litigio ha rodado sobre un reclamo del heredero Manotas, según el cual fue el heredero Castaño quien recibió algunos de los bienes de la herencia, con absoluta exclusión de provecho alguno para el demandante Manotas y de cualquier acto de administración por parte de éste.

De lo que hay pruebas en el expediente es de que el señor Castaño fue heredero adjudicatario, como cesionario de algunos. Las hijuelas muestran los bienes que le adjudicaron, muebles e inmuebles.

Que no se le hayan entregado es aseveración que carece de respaldo probatorio. Y no se piense que es una afirmación que envuelve negación cuya prueba en contrario, es decir, la prueba de que sí se le entregaron, correspondiera a la otra parte, porque según el artículo 595 del Código Judicial, si la negación se apoya en la afirmación de hechos positivos cuya existencia puede comprobarse, no excusa, esa aparente negación, de dar la prueba al que la hace. Aseverar que determinados bienes inmuebles y muebles, adjudicados en una hijuela, no se le han entregado al adjudicatario, no es una negación indefinida, porque él puede demostrar que los bienes se hallan en poder de otro. No es precisamente lo negativo lo que excusa la prueba, sino lo indefinido cuya dificultad de demostración aparezca como imposi-

ble y aun como improba carga, realmente no susceptible de demostración, a juicio del juez.

Por otra parte, la compensación es un fenómeno jurídico que entre otras calidades exige la de que pueda oponerse, en forma exigible y además líquida, contra quien le debe algo igualmente líquido y exigible a quien la opone, según los artículos 1714 a 1716 del Código Civil. En el presente caso el demandado Castaño, que opone la excepción, ha debido empezar por demostrar, si el hecho que alega es cierto, que el demandante Manotas fue usufructuario, como fue Castaño, de otros bienes de la sucesión y de que en esta calidad hubiese percibido frutos en mayor proporción de la que como a heredero le correspondía. El heredero a su vez se vería en el caso de demostrar qué hizo con los frutos percibidos en exceso, si los entregó a la masa y hasta qué cantidad tuvo derecho de retenerlos.

En cuanto a los frutos percibidos por el demandado Castaño con posterioridad a la fecha del registro de su hijuela y hasta que entregó la casa por conducto de un juez al adjudicatario Manotas, debe mantenerse la condición hecha por el Tribunal, limitada a las tres cuartas partes, o sea a la cantidad a que el actor mismo limitó su demanda.

En cuanto a intereses, Castaño debe a Manotas los legales, o sea el 6 por 100 anual desde la fecha en que aquél entregó la casa, 8 de agosto de 1927, hasta el día en que verifique el pago, pues si la obligación es de pagar una cantidad de dinero, tales intereses son compensatorios de los perjuicios por la mora, al tenor del artículo 1617 del Código Civil y desde la fecha de la mora.

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 del Distrito Judicial de Bogotá el 23 de mayo de 1941, y previa revocatoria de la dictada por el Juez de primer grado, falla este pleito así:

1.° Condénase al señor Juan B. Castaño, vecino de esta ciudad, a pagar al doctor Avelino Manotas, seis días después de ejecutoriado el auto de cumplimiento de esta providencia, la cantidad de *dos mil trescientos cuarenta y ocho pesos con setenta y cinco centavos* moneda legal ($ 2.348.75), por concepto del valor de las tres cuartas partes del producto de la casa marcada con el número 3-A, antigua nomenclatura, hoy con el 4-45 de la carrera 11, de esta ciudad, en el período de tiempo comprendido entre el mes de mayo de 1920 y el 8 de agosto de 1927, o sea durante ochenta y siete (87) meses en que el señor Castaño estuvo percibiendo los frutos del referido inmueble.

2.° Condénasele igualmente a pagar al actor el valor de los intereses legales de la referida cantidad de dinero, desde el 8 de agosto de 1927, hasta durante ochenta y siete (87) meses, el que hará dentro del término indicado en el punto anterior.

Sin costas ni en las instancias ni en el recurso.

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

JOSÉ MIGUEL ARANGO, ISAÍAS CEPEDA, LIBORIO ESCALLÓN, FULGENCIO LEQUERICA VÉLEZ, HERNÁN SALAMANCA. El Conjuez, ANTONIO ROCHA. *Pedro León Rincón*, Secretario en propiedad.

Acciones de cobro y de simulación — Desglose — Interés del acreedor en solicitar la simulación de actos o contratos por parte de su deudor.

1. La determinación del sentenciador de no decretar un desglose no puede ser rectificada en casación dentro de la libertad de apreciación que para tales casos tiene el juzgador, mientras no se haya incurrido en errores manifiestos de hecho o de derecho, a través de los cuales se haya cometido una transgresión de la ley. Y como el precepto del artículo 648 del Código Judicial permite que se traiga en copia un documento que figure en otro proceso, siempre que a juicio del fallador no se pueda o no convenga obtener el desglose, no adolece tal determinación de yerro alguno, ni esa exclusiva circunstancia le resta por sí sola a ese medio probatorio su virtualidad.—2. El acreedor tiene interés en demandar la simulación de los actos ejecutados por su deudor en perjuicio de sus intereses, según reiterada jurisprudencia de la Corte.—3. En la apreciación de indicios no necesarios, pero graves, conexos y debidamente relacionados entre sí, no está sujeto el juzgador a una pauta precisa y goza de libertad para estimarlos y darles el mérito que estime conveniente, dentro de las reglas de la sana crítica, sin que pueda modificarse esa justipreciación sino cuando a través de manifiestos errores de hecho o de derecho, que pugnen con la evidencia manifiesta de los demostrados en otra forma en el proceso, se haya transgredido la ley sustantiva. De ahí que la Corte, al tenor de una jurisprudencia reiterada constantemente, sea muy precavida al estudiar un recurso en que se ataque un fallo de instancia por errada interpretación de hechos indiciarios, orque el criterio de justipreciación del juzgador no puede ser rectificado sino cuando el error de estimación sea manifiesto.

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

(Magistrado ponente, doctor Fulgencio Lequerica Vélez).

ANTECEDENTES

Son antecedentes de este proceso los que a continuación se expresan y que constan en el fallo acusado:

1. En el mes de julio de 1930, el señor Ulpiano Soto «presentó a sus acreedores el balance general de sus negocios con una diferencia del pasivo sobre el activo de más de ochenta mil pesos ($ 80.000)». Varios de sus acreedores, uno de los cuales ha sido el señor Leonidas Borrero Durán, le ofrecieron reducir el monto de sus créditos con el objeto de equilibrar el balance, siempre que los bancos acreedores convinieran en hacerle la misma concesión.

2. El 8 de febrero de 1931, se volvieron a reunir los acreedores del señor Soto, pero éste «no aceptó lo acordado» en dicha junta, pretextando que allí no habían concurrido todos sus acreedores, que el acta no estaba suscrita por ellos, y «la desvalorización de todo en esos momentos.»

3. El 23 de enero de 1931, don Ulpiano Soto otorga en Baraya, ante el Notario 2.° del Circuito de Neiva, la escritura pública No. 78, en la cual declara vender al señor Pablo Santos, por la cantidad de tres mil pesos ($ 3 000), que confiesa recibidos de éste a satisfacción, la casa y los dos lotes allí especificados.

Acto seguido, y por escritura número 79, el comprador Santos cede gratuitamente a su sobrina Sara Santos de Soto, cónyuge de don Ulpiano Soto, los tres referidos inmuebles, a los que asigna un valor de mil pesos (1.000).

4. Dichos instrumentos escriturarios extendidos sucesivamente en la misma fecha, ante el mismo Notario y ante los mismos testigos, señores Salvador Vanegas y Luis J. Falla, también fueron registrados a continuación uno del otro, bajo los números 39 y 40, respectivamente, del tomo I del Libro 1.° de la Oficina de Registro del Circuito de Neiva, el 31 de enero de 1931.

5. El 26 de agosto de 1937, el Juzgado 2.° del Circuito Civil de Bogotá libró orden de pago por la vía ejecutiva a favor del señor Leonidas Borrero Durán y a cargo de don Ulpiano Soto, por la cantidad de quince mil pesos ($ 15.000) oro. Sirvió como recaudo ejecutivo el pagaré a la orden, de fecha 30 de enero de 1930, suscrito en Girardot por los deudores solidarios Ulpiano Soto y Gabriel Cuéllar, a favor de don Bonifacio Dussán y endosado por éste al señor Borrero Durán. El anterior mandamiento ejecutivo fue intimado

al ejecutado el 13 de septiembre de 1938, por el Juzgado Municipal de Neiva, comisionado al efecto.

6. El ejecutado denunció para el pago unos créditos a su favor. El ejecutante, unos semovientes que afirmó ser de propiedad del señor Soto; pero al ir a secuestrarlos, el administrador de las dehesas en donde pastaban se opuso a nombre de doña Sara Santos de Soto, alegando derechos exclusivos sobre aquéllos, por lo cual se dejaron secuestrados en poder del opositor.

EL LITIGIO

El señor Leonidas Borrero Durán, en libelo de 25 de noviembre de 1937, instauró demanda ordinaria ante el Juzgado 2.º Civil del Circuito de Bogotá, contra Ulpiano Soto, Pablo Santos y Sara Santos de Soto, demanda que aclaró y corrigió por escrito de 11 de febrero de 1938, y en la cual formuló las siguientes súplicas:

1.ª Que se declare que Ulpiano Soto no ha enajenado realmente los inmuebles cuya situación y linderos se determinan en dicha petición.

2.ª Que se declare que el contrato de compraventa de que da cuenta la escritura número 78 de 23 de enero de 1931, de la Notaría 2.ª de Neiva, es un contrato aparente, carente de causa real y lícita, nulo y sin ningún valor.

3.ª Que como consecuencia se declare que son nulos y sin ningún valor por ser simulados los contratos que en seguida se determinan: el contenido en la escritura 78 de 1931; el contenido en la escritura 79 de 1931, en el cual de manera simulada Pablo Santos dijo donarle a Sara Santos de Soto los bienes allí determinados.

4.ª Que en consecuencia ni Pablo Santos ni Sara Santos de Soto han sido dueños de los bienes determinados en esta demanda.

5.ª Que se declare que los contratos de que dan cuenta las escrituras citadas son nulos de nulidad absoluta, pues su objetivo fue traspasar simuladamente los bienes en ellas determinados.

6.ª Que se declare que Ulpiano Soto debe a Leonidas Borrero Durán la suma de cuatro mil ochocientos pesos, cuya deuda contrajo a favor de Roberto Pastrana, más los intereses a la rata legal desde el 30 de marzo de 1930 hasta cuando se verifique el pago.

7.ª Que se condene a los demandados al pago de las costas y gastos de este proceso.

8.ª Que se declare que Ulpiano Soto con el ánimo de defraudar a sus acreedores traspasó simuladamente sus bienes a su esposa Sara Santos de Soto; y

9.ª Que se declare que los bienes adquiridos por Sara Santos de Soto, de modo aparente, pertenecen en todo o en parte a Ulpiano Soto.

Trabada la litis, el Juzgado del conocimiento le puso término a la primera instancia en sentencia fechada el 2 de noviembre de 1938, en la cual declaró establecida la excepción de falta de personería sustantiva del actor, y absolvió, en consecuencia, a los demandados de los cargos formulados contra ellos. También condenó en costas al actor.

LA SENTENCIA ACUSADA

Apelada por el demandante la providencia de primer grado, correspondió decidir la segunda instancia de este juicio al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, quien en providencia de 20 de agosto de 1941 decidió revocar el fallo motivo de la alzada, y en su lugar declarar: 1.º Que Ulpiano Soto es deudor de Leonidas Borrero Durán de la cantidad de cuatro mil ochocientos pesos oro legal ($ 4.800), y los intereses legales sobre dicha suma desde el 30 de marzo de 1930 hasta el día del pago. 2.º Declarar absolutamente simulados los contratos de compraventa y de donación contenidos, respectivamente, en las escrituras números 78 y 79, de 23 de enero de 1931, Notaría 2.ª de Neiva. 3.º Declarar que el derecho de dominio sobre la casa y los dos lotes singularizados en el texto de los precitados instrumentos ha permanecido en el patrimonio de Ulpiano Soto. 4.º Declarar la cancelación de los registros de las dos aludidas escrituras. 5.º Cancelar el registro de esta demanda. 6.º Condenar a los demandados en las costas de la segunda instancia. 7.º Desestimar y negar las demás peticiones de la demanda, y 8.º Declarar improcedente y no probada la excepción de prescripción aducida por la parte demandada.

Estima el Tribunal debidamente comprobadas las dos acciones incoadas, la primera de cobro o de crédito sobre pago de la cantidad de cuatro mil ochocientos pesos ($ 4.800), de plazo vencido y que consta en documento privado de deber exhibido en copia auténtica y cedido por el primitivo acreedor Pastrana al actor Borrero Durán. Agrega el sentenciador que tal documento reviste el carácter de prueba plena, y aun cuando la cesión no fue notificada al deudor demandado, como entre éste y el cesionario se ha trabado la presente controversia, aquella formalidad y la aceptación se surtieron por ministerio de la ley, según el texto del artículo 1962 del Código Civil.

Para determinar la naturaleza jurídica de la segunda acción hace el Tribunal un largo y erudito estudio teórico sobre las acciones oblicua o subrogatoria, la pauliana y la de simulación, para llegar a la conclusión de que se trata de esta última y no de la pauliana, por las siguientes razones:

«*a*) Porque en el libelo de demanda no cita ninguno de los artículos que establecen la segunda acción, y sí los que consagran aquélla.

«*b*) Porque lo pedido por el apoderado del actor en las súplicas primera a quinta, octava y novena de la demanda, es, en resumen, que se declaren absolutamente simulados los contratos contenidos en las mencionadas escrituras públicas números 78 y 79, otorgadas el 23 de enero de 1931, en la población de Baraya, ante el Notario 2.° del Circuito de Neiva, y anotadas en la Oficina de Registro del Circuito de Ne va, el 31 del citado mes, por medio de las cuales Ulpiano Soto vendió a Pablo Santos tres inmuebles que éste en seguida donó a su sobrina Sara Santos de Soto, cónyuge de su vendedor. Y que se decreten las prestaciones consiguientes a la simulación, a saber: Que se declare que los bienes no han salido del patrimonio de don Ulpiano Soto y que por lo tanto le pertenecen; y que se ordene la cancelación del registro de tales instrumentos, y

«*c*) Porque el actor reiteradamente afirma la simulación de las operaciones impugnadas, y en ninguna parte del juicio acepta la seriedad o realidad de las mismas.»

Sigue la sentencia: «Es verdad que el señor apoderado del demandante habla de la nulidad por simulación, y que atribuye al señor Ulpiano Soto ánimo de defraudar a sus acreedores, sustrayendo los tres inmuebles a la persecución de éstos, y que repite confusamente las mismas peticiones, pero estas imperfecciones de redacción no varían la naturaleza jurídica de la acción instaurada, sino que apenas obscurecen el libelo, haciéndolo confuso.»

De los numerosos indicios aportados al debate y en concepto del Tribunal suficientemente demostrados, deduce dicho fallador que está plenamente comprobada la simulación de los dos contratos de venta y de donación contenidos, respectivamente, en las escrituras números 78 y 79 de 1931, pues aunque ninguno de tales indicios reviste el carácter de necesario, lo cierto es que debidamente unidos y conexionados entre sí constituyen plena prueba, por ser graves, precisos y concordantes.

EL RECURSO

El apoderado de los demandados acusa en casación el fallo anterior invocando el primer motivo de los consagrados en el artículo 520 del Código Judicial, esto es, por considerarlo violatorio de ley sustantiva, en su triple aspecto de infracción directa, aplicación indebida e interpretación errónea, todo como consecuencia de apreciación equivocada de unas pruebas y falta de apreciación de otras. Acepta el recurrente implícitamente la decisión del Tribunal respecto de que la acción incoada es la de simulación, pero al formular los cinco primeros cargos critica al sentenciador la doble conclusión a que llegó de que el carácter de acreedor por parte de Borrero Durán está plenamente acreditado y de que el contrato que reza la escritura 78 de 1931 dejó al demandado Ulpiano Soto sin bienes suficientes para cubrirle sus créditos al actor, hasta el punto de conferirle a éste, como acreedor sin respaldo, personería suficiente para adelantar la acción de simulación.

Cargo 1.° Erró el Tribunal al aceptar que la venta que hizo Ulpiano Soto a Pablo Santos dejó al actor Borrero Durán en incapacidad de hacer efectivos sus créditos, y ese error procedió de no haber apreciado como prueba a favor del demandado el denuncio de bienes que éste hizo al notificársele el mandamiento ejecutivo y la diligencia de secuestro de bienes que figura en el juicio ejecutivo, seguido por el actor contra el demandado. Ese error tuvo incidencia en el fallo ahora acusado, y con base en él se consideró plenamente acreditada la personería sustantiva del demandante, en su calidad de acreedor de un insolvente, y acreditada también la simulación del contrato contenido en la escritura número 78. Por tales errores manifiestos de hecho y de derecho se violaron, por no haberlos aplicado, los artículos 593, 597, 601, 632 del Código Judicial; 1602, 1759, 1857, 1494, 752 y 775 del Código Civil y 34 de la Ley 57 de 1887, por infracción directa.

Cargo 2.° Dice el recurrente que para decretar el pago de la cantidad de $ 4.800, no tuvo a la vista el Tribunal el documento privado de deber, sino copia tomada del original, que obra en el juicio ejecutivo adelantado por el mismo actor contra Ulpiano Soto ante el Juzgado 2.° Civil de este Circuito.

En este caso surge la duda de si ese crédito ya fue cancelado en vista de ese medio coactivo judicial; por otra parte, cuando un documento privado figura ya en juicio y no se puede o no convenga obtener el desglose es cuando el legislador le otorga el valor a la copia, y no existe la demostración de que el desglose era imposible o de que no convenía obtenerlo. Entonces ese documento tenía que obrar original en los autos, y por tal motivo no puede reconocérsele mérito probatorio ni establecerse la presunción de que el documento quedó reconocido en virtud de haber figurado en el juicio y no haber sido redargüido de falso.

Pero como el Tribunal no lo apreció así, incurrió en error de hecho manifiesto al tener ese documento en copia como prueba plena de la obligación y de la personería sustantiva del actor, y en error de derecho al sacar la consecuencia de

que por parte de Borrero Durán estaba demostrada su calidad de acreedor de Soto. Esos errores indujeron a la violación, por aplicación indebida, de los artículos 593, 597, 601, 632, 645 y 648 del Código Judicial; y por violación directa, interpretación errónea y aplicación indebida de los textos 1602, 1757, 1761, 1960, 1961 y 1963 del Código Civil y 34 de la Ley 57 de 1887.

Cargo 3.° Para establecer la insolvencia de Soto y llegar a la conclusión de que el contrato contenido en la escritura 78 es simulado, dice el Tribunal que «la insolvencia del señor Soto está demostrada con las posiciones extrajudiciales, con la inspección ocular y con la diligencia de secuestro, mencionados en los numerales 1.° a 6.°, respectivamente, de los antecedentes.»

Como el Tribunal, al apreciarlo así, sacó la consecuencia de que el contrato que reza la escritura 78 era absolutamente simulado, erró de hecho manifiesto al estimar la diligencia de secuestro, siendo así que de tal diligencia se deducen datos contrarios a esa apreciación, lo que lo indujo al quebrantamiento de los artículos 593, 597, 601 y 632 del Código Judicial; 762, 775, 1494, 1602, 1759 y 2488 del Código Civil.

Cargo 4.° Para sacar el Tribunal la conclusión de que Soto era insolvente se fundó en la diligencia de inspección ocular, en la cual se alude a una acta suscrita en Neiva el 29 de julio de 1930 por Ignacio Solano, Leonidas Borrero Durán y demás acreedores de Ulpiano Soto, y también por este último. Pero se ignora cuál es el contexto o significado de esa acta, porque en la inspección ocular no se dijo nada sobre su contenido y tampoco aparece su copia, a pesar de que se ordenó que se allegara a los autos para tenerla como prueba. Como el Tribunal apreció esa diligencia de inspección como prueba de la insolvencia de Soto y con base en ella rompió el contrato de la escritura 78, incurrió en error de hecho al basarse en un acto inexistente —el acta de acreedores— y en error de derecho al deducir de ella las consecuencias jurídicas que consignó en la sentencia, con quebrantamiento de los artículos 593, 597, 601, 724 y 730 del Código Judicial; y 762, 775, 1602, 1488, 1756, 1766 y 1857 del Código Civil, por haber aplicado unos sin ser el caso y haber dejado de aplicar otros.

Cargo 5.° El Tribunal erró también manifiestamente de hecho y de derecho al apreciar las posiciones extrajudiciales que rindió Soto, como prueba de la insolvencia del mismo El Tribunal tuvo por confeso a Soto considerando sus respuestas como evasivas y dándole aplicación al artículo 617 del Código Judicial; pero se ignora de qué lo tuvo por confeso, ya que sobre los extremos del perjuicio al actor o de la completa insolvencia de Soto a causa de tal venta no hubo pregunta en esas posiciones.

Como tal yerro incidió definitivamente en el fallo y en la declaración de simulación, quebrantó los artículos 593, 597, 601, 612, 617 y 623 del Código Judicial; y 762, 775, 1478, 1524, 1602, 1766, 1769 y 1994 del Código Civil.

Considera la Sala de Casación:

Los cinco primeros cargos que formula el actor y recurrente tienden todos a demostrar que el Tribunal decretó la simulación del contrato de compraventa entre Ulpiano Soto y Pablo Santos, que reza la escritura 78, sin que el actor Leonidas Borrero Durán haya evidenciado que tenga interés jurídico en obtener su declaratoria judicial; y falta ese interés jurídico, en concepto del recurrente, porque no se encuentra debidamente establecido en el proceso ni la calidad de acreedor del demandante, ni que el demandado Soto, supuesto deudor, hubiera caído en insolvencia por la enajenación de esos bienes, que de manos de Santos pasaron luégo a poder de la señora de Ulpiano Soto, en vista de la donación que consta en la escritura 79, de la misma fecha que la anterior.

Conviene, por tanto, para considerar la personería sustantiva del actor y el consiguiente interés jurídico del mismo, igual que la insolvencia del deudor Ulpiano Soto, estudiar estas dos cuestiones, a saber: *a)* Borrero Durán es acreedor de Ulpiano Soto; y *b)* El acto ejecutado por su deudor lo perjudica porque Soto estaba en estado de insolvencia cuando otorgó la escritura número 78 de 1931.

a) Leonidas Borrero Durán si es acreedor de Ulpiano Soto.

Para aceptar el Tribunal la personería sustantiva del actor, base de la legitimidad de las acciones tanto de cobro como de simulación, hace estas consideraciones en el fallo acusado:

«Al folio 21 vuelto del cuaderno número 4 obra, en copia, un documento privado de deber suscrito en la ciudad de Garzón el 5 de octubre de 1929 por medio del cual Ulpiano Soto se declara deudor de Roberto Pastrana de la cantidad de $ 4.800 oro legal, valor de ochenta "reses" que le compró, cantidad que se obligó a pagarle en dicha población dentro de un plazo de seis meses contados a partir de la fecha del documento, plazo que expiró el 30 de marzo de 1930, y reconociendo desde ese día, en caso de mora y durante ella intereses a la rata del uno y medio por ciento mensual, sin perjuicio de la acción ejecutiva.

«Dicho documento fue cedido por Pastrana al señor Leonidas Borrero Durán "por la cantidad que él expresa junto con sus respectivos intereses," según consta en la anotación escrita al pie del mismo y autorizada por Roberto Pastrana en Garzón a 4 de julio de 1937.

«La copia del aludido documento fue tomada del original que obra en el juicio ejecutivo adelantado por Leonidas Borrero Durán contra Ulpiano Soto ante el Juzgado 2.° de lo Civil de este Circuito y fue expedida por orden de este Tribunal dictada en el presente juicio, durante el término de prueba de segunda instancia, en auto de fecha 26 de abril de 1939 (folio 6, cuaderno número 4). Por tanto dicha copia tiene el mismo valor probatorio que el original, según doctrina del artículo 648 del Código Judicial; y como ha obrado en juicio con conocimiento del demandado, sin haber sido objetada ni redargüida de falsa, hace plena fe al tenor del artículo 645 ibídem.

«La cesión no fue notificada al deudor, pero como entre éste y el cesionario se ha trabado la presente controversia, aquella formalidad y la aceptación correspondiente son ya innecesarias, pues se surtieron por ministerio de la ley según el texto 1962 del Código Civil.»

Estima la Corte que son inobjetables las apreciaciones anteriores del sentenciador de segundo grado, porque con la copia auténtica del documento de deber ha demostrado el actor la existencia del crédito y su indudable condición de acreedor. Si la copia, como viene dicho, fue tomada del original que obra en el juicio ejecutivo adelantado ante el Juzgado 2.° del Circuito, y si fue expedida por orden del Tribunal fallador, en virtud de petición de parte interesada y con conocimiento y audiencia del deudor demandado, sin haber sido tachada ni redargüida de falsa, debe producir pleno efecto probatorio al tenor del artículo 647 del Código Judicial.

De nada vale la tacha del recurrente de que tal crédito pudo haber sido solucionado por el deudor en virtud de la traba creada en el juicio ejecutivo, o de que tal documento pudo haber resultado falso, porque esas tachas no fueron presentadas ni discutidas durante las instancias y vendrían a constituir medios nuevos en casación, inaceptables por la circunstancia apuntada; fuera de que son en realidad medios defensivos tendientes a enervar o a hacer desaparecer el derecho de crédito invocado, y por tal motivo constituyen verdaderas excepciones, que debieron presentarse durante el debate cuya carga probatoria correspondía por entero al demandado, que sólo ahora las alega.

Pero también ataca el recurrente la apreciación que hizo el Tribunal de la copia del citado documento de deber, endosado por Pastrana a favor del actor, «porque cuando un documento privado figura ya en juicio y no se pueda y no convenga obtener el desglose es cuando el legislador le da valor a la copia. Pero en este caso no existe la demostración de que el desglose del documento era imposible....»

Responde la Corte, en primer término, que si el fallador de instancia decretó esa prueba en su oportunidad fue porque entonces consideró que se estaba en presencia del numeral 4.° del artículo 648 del Código Judicial y que no se podía o no convenía, en el caso de autos, decretar el desglose; y tal determinación, que por lo demás no fue discutida por el demandado, no puede ser rectificada en casación dentro de la libertad de apreciación que para tales casos tiene el juzgador, mientras no incurra al hacerlo en errores manifiestos de hecho o de derecho, a través de los cuales cometa transgresión de ley sustantiva. Y como el precepto antes mencionado permite que se traiga en copia un documento que figure en otro proceso, siempre que a juicio del fallador no se pueda o no convenga obtener el desglose, no adolece tal determinación de yerro alguno, ni esa exclusiva circunstancia le resta por sí sola a ese medio probatorio su virtualidad y eficacia.

Fuera de lo dicho, conviene aclarar que en el punto primero de la sentencia acusada no se reconoce una nueva obligación a cargo del demandado Ulpiano Soto, sino que se declara la misma que consta en la copia del aludido documento; de manera que si posteriormente se llegare a establecer que esa obligación ha sido solucionada, surte esa demostración todos sus efectos porque en el fallo que se estudia no se ha creado ni se ha impuesto una nueva obligación. Se está en presencia de una decisión judicial declarativa y no de condena, y por esa circunstancia no es fundada la observación del recurrente de que la obligación de deber ha nacido con posterioridad a los contratos de venta y de donación y al estado de insolvencia del demandado, por derivarse tal obligación creditaria originariamente de la sentencia acusada.

También se trajo a los autos copias auténticas del documento de deber por valor de quince mil pesos. ($ 15.000) otorgado por Soto a favor de Benicio Dussán y endosado por éste al actor Borrero Durán, y del mandamiento de pago que con vista de éste libró el Juzgado 2.° Civil de este Circuito, el 26 de agosto de 1937. Es evidente que tal obligación no está sometida a la presente litis, pero sí es un antecedente que sirve de apoyo a la conclusión del Tribunal en el sentido de reconocer el interés jurídico del actor, porque establece

una nueva situación jurídica creada entre las partes, en sus relaciones de acreedor a deudor.

De manera que sí aparece debidamente demostrada la condición de acreedor por parte del actor y su interés jurídico *en perseguir la declaración de simulación*, ya que viene dicho por la Corte en numerosos fallos, entre otros en el de Avilés de Sánchez contra Avilés, que «quien se presente, pues, ejercitando una acción de nulidad, la pauliana o la de simulación, invocando su carácter de acreedor por una obligación de dar, hacer o pagar, o no hacer, debe demostrar primero la existencia plena de ese carácter, aun cuando el crédito no sea de plazo vencido, y segundo establecer también plenamente que el acto acusado lo perjudica por cuanto en virtud de él queda en incapacidad para hacer efectivo su derecho, por no poseer el obligado otros bienes.» (*Gaceta Judicial* números 1953-1954).

Y en sentencia de 17 de septiembre de 1941 se amplió mejor ese concepto cuando dijo esta Sala: «Estas decisiones de la Corte de Casación tienen hoy la aprobación irrestricta de la actual Sala, porque si el demandante no prueba que el acto tachado de nulo o simulado, aminora la capacidad económica del deudor para cubrir sus deudas, es decir, si el acto tachado de nulo o simulado deja en el patrimonio del deudor bienes suficientes con que cubrir el crédito que persigue del acreedor, éste naturalmente no tiene interés, ni jurídico ni material, en hacer volver al patrimonio del deudor un bien cuya enajenación no perjudica sus intereses. La palabra *interés* traída en el artículo 15 de la Ley 95 de 1890 y 2 de la Ley 50 de 1936, no puede tomarse en un sentido amplísimo. Ella ha de interpretarse con criterio restrictivo: que el acto o contrato tachado de nulo o de simulado produzca la insolvencia total o parcial del deudor, de suerte que si ese bien no vuelve al patrimonio del deudor, se haga imposible al acreedor la eficacia de su crédito, en todo o en parte.» (*Gaceta Judicial*, Tomo LII, página 386).

b) El acto ejecutado por el deudor Ulpiano Soto perjudica al actor, porque estaba en estado de insolvencia cuando otorgó la venta a Pablo Santos, en la escritura 78 de 1931.

Critica el recurrente la conclusión a que llegó el sentenciador de segundo grado, de que «la insolvencia de Soto está demostrada con las posiciones extrajudiciales, con la inspección ocular y con la diligencia de secuestro»; de donde dedujo el Tribunal con toda precisión que «quedaba demostrada la incapacidad económica de Soto para cumplir las obligaciones que contrajo para con Borrero Durán. Esta incapacidad y el carácter de acreedor del demandante le dan personería sustantiva para incoar la presente acción de simulación.»

En cuanto a la confesión extrajudicial de Ulpiano Soto, que consta en las posiciones rendidas por éste en otro juicio y agregadas en copia a este proceso con noticia y sin oposición o tacha de la parte interesada, no puede ser rectificada en casación la apreciación que hizo el Tribunal al considerar las respuestas manifiestamente evasivas de éste como una aceptación implícita de los hechos preguntados, porque el absolvente Soto se limitó a repetir reiteradamente a todas las preguntas que le fueron hechas con este estribillo: «yo no niego ni mi firma ni mis deudas.» Ante su renuencia para contestar categóricamente las preguntas que le fueron formuladas, era el caso de dar estricta aplicación al artículo 608 del Código Judicial y dar por ciertos los hechos interrogados, porque el texto general de esa diligencia revela claramente la voluntad deliberada del absolvente de eludir las respuestas.

La misma parte demandada, en su alegato de primera instancia (folio 50, cuaderno 2.°), al referirse al estado de insolvencia de Soto, añade «que el simple conocimiento de la quiebra de Soto no prueba que ella fuera dolosa y fraudulenta.» Por lo demás, son muy numerosos los testimonios recogidos en el proceso, entre los cuales basta citar los de Santiago Rubiano, Paulino Pascua, Wenceslao Manrique, Isaías Horta L., Carlos Arturo Horta, quienes deponen sobre la quiebra o insolvencia de Soto como de un fenómeno de notorio conocimiento público.

En lo que mira a la prueba de inspección ocular, es evidente que en esa diligencia no se insertó el acta suscrita en Neiva el 29 de julio de 1930 por Ignacio Solano, Leonidas Borrero Durán y demás acreedores de Ulpiano Soto y también por este último; tampoco se cumplió la orden dada por el sustanciador de que se trajera a los autos una copia auténtica de la misma y que se tuviera como prueba. Pero en esa diligencia de inspección sí se alude a la existencia de tal acta, y allí se dice «que consta de dos hojas y que comprende los folios 5 y 6 del cuaderno que contiene las diligencias del despacho número 153, librado por el Juzgado 2.° Civil del Circuito de Bogotá, cuaderno que se tuvo a la vista por el personal de la diligencia.»

De manera tal que al realizarse la inspección sí se tuvo a la vista la mencionada acta de acreedores y se dejó constancia de su existencia. Sería objetable la apreciación del Tribunal, si tal documento fuera el único elemento probatorio en que fundara el sentenciador su conclusión de que Soto estaba insolvente ya cuando otorgó la venta contenida en la escritura 78. Pero no es así, sino que tal estado de penuria lo deduce de numerosas pruebas, y el acta sobre junta de acreedores sólo

ha servido al fallador para establecer una nueva presunción de tan aflictiva situación que une a los demás elementos para robustecer esa conclusión. De manera que, aun aceptada la tacha que se formula contra esa prueba, quedaría en pie la decisión de la sentencia con base y fundamento en las demás pruebas. Y sea la oportunidad de aludir a la carta dirigida por Soto al Gerente del Banco de Bogotá, de 1.° de abril de 1931 (folio 2, cuaderno 4.°), en que trata de explicar su incumplimiento al acuerdo realizado con sus acreedores, en la junta del 8 de febrero de ese año. Esa carta se tuvo como implícitamente reconocida en posiciones por su autor, en virtud de haber eludido reconocerla mediante la respuesta evasiva ya mencionada, y en ella dice Soto que «la desvalorización de todo en estos momentos me hace no aceptar lo acordado en la fecha citada....»

En lo atañedero a errada apreciación de la diligencia de secuestro, realizada en el juicio ejecutivo seguido por Borrero Durán, se observa, en primer término, que tal prueba no es única ni exclusiva para aceptarse el estado de insolvencia; y en segundo lugar, que la cita que hace el Tribunal de la diligencia de secuestro sólo tuvo como objetivo probatorio demostrar que la propiedad de los bienes secuestrados, en especial de los semovientes, se presentaba en forma tan dudosa que tendría que ser discutida judicialmente, de suerte que el dominio del ejecutado sobre ellos no pudo establecerse a través de la simple presunción legal que favorece al poseedor, ya que respecto de los semovientes muchos pretendidos propietarios hicieron oposición al secuestro, y el mismo administrador de la finca donde pastoreaban dijo que ignoraba quién fuera su verdadero dueño.

Resumiendo, se concluye que no es procedente rectificar en casación la apreciación que hizo el Tribunal de esos tres elementos probatorios. Resulta por tanto fundada la conclusión de que el deudor Soto estaba insolvente cuando hizo la venta a Pablo Santos por escritura 78. Carecen de fundamento los cinco primeros cargos que contiene la demanda de casación y deben rechazarse.

Cargos 6.° a 10. Los cargos 6.° a 10 se refieren todos a la viabilidad decretada por el sentenciador de la acción de simulación, y en ellos se ataca el fallo por la apreciación que se hizo de algunos de los indicios en que se funda el reconocimiento de la simulación; entra a atacar tales hechos indiciarios a causa de equivocada apreciación de pruebas, o de omisión de algunas de éstas, y considera violados por estos conceptos los artículos 593, 601, 604, 605, 606, 608, 610, 612, 623, 630, 632, 686, 687, 688, 697, 698 y 701 del Código Judicial; 35, 37, 346, 347, 395, 1524, 1602, 1757, 1759, 1761, 1765, 1766, 1767, 1769, 1776, 1959 y 1994 del Código Civil; 22 de la Ley 57 de 1887 y 91, 92 y 93 de la Ley 153 de 1887.

Para rechazar estos cargos considera la Sala de Casación:

A) En el caso de autos se está en presencia de numerosos indicios que, si bien no revisten el carácter de necesarios, sí son la mayoría de ellos graves por su estrecha y directa relación con el hecho que se investiga, el de la simulación, amén de ser conexos entre sí. Bien sabido es que en la apreciación de indicios no necesarios pero graves, conexos y debidamente relacionados entre sí, no está sujeto el juzgador a una pauta precisa y goza de libertad para estimarlos y darles el mérito que estime conveniente, dentro de las reglas de la sana crítica, sin que pueda modificarse esa justipreciación sino cuando a través de manifiestos errores de hecho o de derecho, que pugnen con la evidencia manifiesta de los en otra forma demostrados en el proceso, se haya transgredido la ley sustantiva. De ahí que la Corte, al tenor de una jurisprudencia constantemente reiterada, sea muy precavida al estudiar un recurso en que se ataque un fallo de instancia por errada interpretación de hechos indiciarios, porque el criterio de justipreciación del juzgador no puede ser rectificado sino cuando el error de estimación sea manifiesto. Y bien estudiados los cargos formulados a tales indicios, se alcanza a ver que ninguno es fundado ni pone de resalto un yerro de esa naturaleza.

B) El recurrente acusa por errada apreciación algunos de tales indicios, como el del parentesco entre los otorgantes de la venta; la aceptación de la simulación por parte del pretenso comprador Pablo Santos; la falta de estimación del pagaré a cargo de Ulpiano Soto, cancelado por su acreedor Santos; la ineficacia de varios testimonios para probar la pobreza de Pablo Santos, y mala apreciación de la prueba testimonial en cuanto a la continuación por parte del vendedor de la posesión de los inmuebles vendidos. Pero se abstiene de atacar igualmente otras presunciones de naturaleza grave en las cuales funda el fallador su decisión sobre declaratoria de la simulación, tales como la identidad cronológica en el otorgamiento y registro de las dos escrituras números 78 y 79, y el ser ambas posteriores al estado de insolvencia de don Ulpiano. Bien dice el opositor en este recurso que si el Tribunal colocó estos dos indicios en primer término fue porque les asignaba máxima gravedad y eficacia probatoria, ya que sustraían varios bienes valiosos de manos de un deudor insolvente para pasarlos en el mismo día y por intermedio de testaferro a manos de la propia mujer legítima de Soto, pero a título gratuito de donación, con la indudable finalidad de que no ingresaran a la so-

ciedad conyugal y no pudieran ser denunciados y perseguidos en parte por los acreedores.

Pues bien: con tales presunciones, por sí solas, bien pudo el Tribunal fundamentar su decisión condenatoria, y como esos soportes no han sido atacados en casación, los tales, debidamente conexionados con otros cuya apreciación resulta irreprochable, sirven de sustentáculo suficiente a la declaratoria de simulación de los pactos de venta y de donación que aparecen celebrados sucesivamente y el mismo día por medio de dichos instrumentos públicos.

No son fundados los cargos 6.° a 10. Se rechazan.

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 pronunciada en este negocio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 20 de agosto de 1941.

Las costas del recurso serán 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*, Secretario en propiedad.

ACCION SOBRE INDEMNIZACION DE PERJUICIOS.

1. Los artículos 697 y 702 del Código Judicial 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 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 e 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 cuya cita, que indudablemente contribuyen a dar luz cuando se hace, no es necesaria, y cuyo quebrantamiento, cíteseles o nó, es lo que constituye precisamente el error de derecho en su apreciación.

2. El artículo 702 del Código Judicial por sí mismo no es una disposición de carácter sustantivo que reconozca un derecho y así lo declare. Es un norte jurídico que la ley señala a los falladores, o una regla de conducta que deben seguir, cuando se presentare el caso de exposiciones de testigos de una y otra parte, contradictorias entre sí. Con esta ocasión, el Juez, atendiendo las condiciones de las exposiciones, la calidad, número, fama o ilustración de los deponentes, resuelve si hay plena prueba testimonial o meros indicios y si debe prescindir de ella al fallar el asunto. Ha dicho la Corte que cuando un fallador aplica el artículo 702, obra dentro de la órbita de las reglas generales de la sana crítica, y que para que pueda modificarse la apreciación del Tribunal en este caso, es necesario que haya interpretado equivocada o erróneamente las pruebas que figuran en autos. En otros términos, para que pueda prosperar en casación el reparo consistente en que el Tribunal aplicó mal ese artículo, es indispensable que se demuestre que el Juez no tuvo en cuenta la calidad, número, fama o ilustración de los testigos cuyas deposiciones le sirvieron de prueba, incurriendo, por lo tanto, con este proceder, en error de hecho en su apreciación, o que prescindió de ellos, siendo el caso de tenerlas en consideración.

3. Comentando el artículo 494 del Código Judicial, ha dicho la Corte:

"El superior que conoce por apelación de un auto, sea mediante el procedimiento de la segunda instancia, o bien con las

ritualidades previstas para los autos interlocutorios, tiene un límite que le impide enmendar el auto objeto del recurso en el sentido de agravar la situación procesal adquirida por la parte apelante con la sentencia o el auto recurrido."

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

(Ponente, Magistrado doctor José Miguel Arango).

Por instrumento público, María Carlina Lara de Rodríguez, en su propio nombre, en representación de su menor hija Graciela Rodríguez y como agente oficioso de su hijo Carlos José Rodríguez, y Aurora Rodríguez personalmente, arrendaron al señor Ignacio Ramírez Vargas la finca rural denominada «Santa Sofía,» del Municipio de Girardot. El término de contrato fue de cuatro años, a contar del 15 de febrero de 1934.

En las cláusulas F y H se estipuló lo siguiente:

«El arrendatario entregará la finca al vencerse el contrato con sus potreros pastados y desmalezados, sus cercas en buen estado y lo mismo las casas y corrales, siendo de advertir que en la parte alta de la finca hay un trecho sin cerco que los arrendadores no consideran necesario encerrar; que el señor Leonidas Hernández se constituyó deudor solidario con el señor Ignacio Ramírez Vargas por todas y cada una de las obligaciones de éste en el presente contrato.»

La finca fue entregada a los arrendadores al cumplirse el término del contrato, pero éstos consideraron que Ramírez Vargas lo incumplió puesto que la devolvió sin pastos, enmalezada, las cercas en mal estado y la casa deteriorada, lo mismo que los corrales.

Y por ello demandaron a Ramírez Vargas y a Hernández para que fueran obligados a pagarles la cantidad de $ 3.500 moneda corriente, a título de indemnización por los perjuicios causados.

SENTENCIAS

El Juez respectivo, en sentencia de fecha treinta de enero de mil novecientos cuarenta, falló:

«1.° Los demandados Ignacio Ramírez V. y Leonidas Hernández están solidariamente obligados a pagar a las demandantes María Carlina Lara viuda de Rodríguez y Aura María R. de Ardila, el valor de los perjuicios que les ocasionaron con el incumplimiento de la sexta cláusula del contrato de arrendamiento contenido en la escritura pública número treinta y seis, que con fecha treinta de enero de mil novecientos treinta y cuatro otorgaron en la Notaría del Circuito de Girardot.

«2.° La cuantía de los perjuicios, en los que sólo habrá lugar de considerar el daño emergente ocasionado a las arrendadoras por la no entrega de los potreros limpios y pastados, cual se previno en el contrato, se determinará en la ejecución de la sentencia, de conformidad con el artículo 480 del Código de Procedimiento, y no podrán exceder en ningún caso de la cantidad de mil doscientos pesos.

«No se accede a las otras declaraciones solicitadas en la demanda.»

Apelado este fallo por el apoderado de la parte demandada, cerróse ante el Tribunal Superior de Bogotá el segundo grado del juicio con el proveído de 27 de noviembre de 1941, por el cual se reformó el fallo apelado, en estos términos:

«1.° Se declara que los demandados Ignacio Ramírez Vargas y Leonidas Hernández incumplieron el contrato de arrendamiento que celebraron con las demandantes por medio de la escritura pública número 36 de 31 de enero de 1934, otorgada en la Notaría de Girardot, en cuanto devolvieron la finca de «Santa Sofía» a las arrendadoras, sin desmalezar sus potreros.

«2.° Se condena a dichos demandados a pagar a las demandantes María Carlina Lara v. de Rodríguez y Aura María R. de Ardila, en forma solidaria, el valor de los perjuicios que les ocasionaron con ese incumplimiento.

«Parágrafo. La cuantía de los perjuicios, que comprenden daño emergente y lucro cesante, se determinará en la ejecución de la sentencia, de conformidad con el artículo 553 del Código Judicial, y no podrá exceder en ningún caso de la suma en que los estima la parte actora.

«3.° No se accede a las demás declaraciones solicitadas en la demanda.

«4.° Sin costas el juicio ni el recurso.

«En los anteriores términos se reforma el fallo apelado de treinta de enero de mil novecientos cuarenta.»

RECURSO

El mismo apoderado interpuso el correspondiente recurso de casación que hoy se decide, previas estas consideraciones:

Por razón de método, se estudiarán las causales de casación invocadas, en orden inverso al en que fueron propuestas.

Violación del artículo 732 del Código Judicial debido a la errónea apreciación que hizo de la prueba de inspección ocular el Tribunal fallador, al atribuírle a esa diligencia, efectuada el 26 de

febrero de 1938, practicada a petición de la demandante y antes de establecerse el presente juicio, el mérito probatorio de simple indicio leve con relación al incumplimiento del contrato que se examina.

Es verdad que la disposición en cita atribuye a las inspecciones oculares, practicadas fuéra de jucio, el valor de una presunción más o menos grave conforme a las reglas generales, según la naturaleza de la prueba misma y de los hechos examinados, y evidente también que el sentenciador le dio a dicha exposición el valor de simple indicio leve, contrariando así el texto de la ley, pero esta equivocación del Tribunal no tiene influencia ninguna en casación, porque el fallador de Bogotá no se fundó en esa presunción, o en ese indicio, como se calificó en el fallo, para resolver la controversia a favor de la parte demandada. El incumplimiento del contrato lo dedujo el sentenciador de la prueba de testigos presentada por una y otra parte, y ya se verá que en la apreciación de esa prueba, el fallador de segundo grado obró correctamente a pesar del ataque que contra ella se formula en casación, como adelante se demostrará.

Quebrantamiento de los artículos 697 y 702 del Código Judicial, disposiciones que el recurrente considera sustantivas y que hace consistir en que la sentencia del Tribunal les dio valor de plena prueba a las declaraciones de los testigos presentados por la parte actora, no obstante que de acuerdo con la disposición citada del artículo 697 para que la declaración de dos testigos, o más, formen plena prueba, es necesario que ella sea admisible para el caso conforme a la ley.

Arguye el recurrente que a los testigos no se les interrogó ni respondieron sobre hechos pasados que hubieren presenciado, en un tiempo determinado, sino que se les pide un concepto sobre el estado en que fue entregada la finca, sabiendo que la misión del testigo no es conceptuar sino declarar sobre hechos pretéritos.

Esta acusación del recurrente es a todas luces injusta, porque el sentenciador, al darles valor probatorio a esos testimonios, dijo, en síntesis, que con ellos se justificaban estos hechos: *a*) Que la hacienda de «Santa Sofía» fue devuelta a la arrendadora en el mes de febrero de 1938; *b*) Que a la sazón, los potreros estaban enmalezados o enmontados y sin pasto; *c*) Que por esta circunstancia, al recibir la hacienda la señora Lara de Rodríguez se vio obligada a limpiar los potreros, encargo que le confió al señor Lucio Carvajal.

Aun cuando el demandado presentó también un número plural de testigos para contrarrestar la prueba aducida por la demandante, el sentenciador, dando aplicación al artículo 702 del Código Judicial, acogió la prueba testimonial de la demandante y observó que lo único en que hay uniformidad testimonial es en cuanto a que los potreros estaban enmalezados en el momento de la entrega, que es en lo que hace consistir la demandante el incumplimiento del señor Ramírez Vargas.

No se aparte de la memoria que los testigos depusieron sobre hechos que estaban sujetos a sus sentidos, cuales eran si los potreros, en el momento de efectuarse la restitución de la cosa arrendada, estaban enmalezados y sin pastos, y que sobre estos hechos están acordes tanto los de la parte actora como los de la parte demandada. Esos testigos concuerdan en el hecho y circunstancias de modo, tiempo y lugar, y por consiguiente constituyen plena prueba acerca del estado en que fue devuelta la finca, es decir, que los potreros estaban enmalezados, que fue uno de los fundamentos que invocó la demandante para cobrar del arrendatario los correspondientes perjuicios por falta del cumplimiento de la cláusula en que éste se obligaba a restituir la finca limpia y libre de malezas. Se ha llenado, pues, el requisito que exige la ley, para que el dicho de los testigos forme plena prueba, de lo cual se deduce que hay que rechazar el cargo por violación del artículo 697 del Código Judicial, que por referirse al valor de las pruebas tiene un carácter sustantivo, tanto más cuanto el querellante en casación no ha acusado la apreciación de esa prueba por error de hecho evidente.

Con pretexto de una acusación semejante ha dicho esta Sala:

«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 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 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 nó, es lo que constituye precisamente el error de derecho en su apreciación.» (Sentencia proferida en junio diez y seis de mil novecientos cuarenta y dos, en el juicio promovido por Pedro León Ortiz y otro contra el Ferrocarril de Cundinamarca, cuya doctrina se apoya también en decisión publicada en el tomo XLVI, página 205 de la *Gaceta Judicial*).

En cuanto al quebrantamiento del artículo 702 del Código Judicial, él por sí mismo no es una disposición de carácter sustantivo que reconozca un derecho y así lo declare. Es un norte jurídico que la ley señala a los falladores, o una regla de conducta que deben seguir, cuando se presentare el caso de exposiciones de testigos de una y otra parte, contradictorias entre sí. Con esta ocasión, el Juez, atendiendo las condiciones de las exposiciones, la calidad, número, fama o ilustración de los deponentes, resuelve si hay plena prueba testimonial o meros indicios y si debe prescindir de ella al fallar el asunto. Ha dicho la Corte que cuando un fallador aplica el artículo 702 en cita, obra dentro de la órbita de las reglas generales de la sana crítica, y que para que pueda modificarse la apreciación del Tribunal en este caso, es necesario que haya interpretado equivocada o erróneamente las pruebas que figuran en autos. En otros términos, para que pueda prosperar en casación el reparo consistente en que el Tribunal aplicó mal el artículo 702, es indispensable que se demuestre que el Juez no tuvo en cuenta la calidad, número, fama o ilustración de los testigos cuyas deposiciones le sirvieron de prueba, incurriendo, por lo tanto, con este proceder, en error de hecho en su apreciación, o que prescindió de ellas, siendo el caso de tenerlas en consideración, aspecto éste que no ha sido tratado en el recurso que se estudia. Todo esto se dice partiendo del supuesto que la disposición del artículo 702 fuera por sí misma una norma sustantiva y no una regla de estimación impuesta por la ley al fallador. En consecuencia se desecha el cargo formulado. (*Gaceta Judicial*, tomo XLVIII, número 1950).

Se estudiará en esta última parte el primer reparo que el recurrente le hace al fallo del Tribunal de Bogotá.

La sentencia de primera instancia condenó a los demandados a pagar el valor de los perjuicios que le ocasionaron a los demandantes por el incumplimiento de la cláusula sexta del respectivo contrato de arrendamiento, especificándose que al fijarse la cuantía de los perjuicios sólo habrá lugar de considerar el daño emergente ocasionado a las arrendadoras por la no entrega de los potreros limpios y pastados.

Esta decisión fue consentida sin reparo alguno por la parte demandante. La demandada apeló del fallo, y el Tribunal, al revisar la sentencia, modificó la decisión del Juez *a quo*, ordenando, perentoriamente, que en la cuantía de los perjuicios se comprenderá el daño emergente y el lucro cesante.

Dice el recurrente, con fundamento en estos antecedentes procesales, que el Tribunal quebrantó el artículo 494 del Código Judicial porque el superior no puede enmendar la providencia del inferior en la parte que no es objeto del recurso, puesto que la apelación se entiende interpuesta sólo en lo desfavorable al apelante.

Sóbrale razón al recurrente en este reparo. El demandado fue condenado en primera instancia a pagar los perjuicios ocasionados únicamente por el daño emergente. Esa decisión quedó en firme para el demandante que no la apeló, y respecto de los demandados la sentencia del Tribunal implica un gravamen más, cual es condenarlos al lucro cesante, cosa que no se había hecho en el fallo de primera instancia, lo que está indicando que el Tribunal resolvió sobre un punto que no estaba sujeto a su decisión, cual es el de los perjuicios por el lucro cesante, proveído que implica un gravamen más para los demandados, que en primera instancia, se ha visto, no fueron condenados a él, y que implica una extralimitación de jurisdicción.

Comentando este artículo ha dicho esta Superioridad en repetidas sentencias:

El superior que conoce por apelación de un auto, sea mediante el procedimiento de la segunda instancia, o bien con las ritualidades previstas para los autos interlocutorios, tiene un límite que le impide enmendar el auto objeto del recurso en el sentido de agravar la situación procesal adquirida por la parte apelante con la sentencia o el auto recurrido.» (Casación de 25 de noviembre de 1938. Tomo 47, número 1943 de la *Gaceta Judicial*. Tomo 51, número 1975 de 29 de julio de 1941).

A consecuencia de lo dicho, habrá que casar parcialmente el fallo para suprimir del parágrafo del numeral segundo en que condenó a los demandados a pagar el lucro cesante, esta frase, entendido que los razonamientos expuestos al estudiar el recurso de casación, sirven igualmente de fundamento para el fallo de instancia.

A mérito 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,

FALLA:

a) Infírmase parcialmente el fallo del Tribunal Superior de Bogotá, de fecha veintiséis de no-

viembre de mil novecientos cuarenta y uno, con el objeto únicamente de suprimir del parágrafo del numeral segundo de la parte resolutiva la frase «y lucro cesante.» De suerte que la sentencia del Tribunal quedará así:

1.° Se declara que los demandados Ignacio Ramírez Vargas y Leonidas Hernández incumplieron el contrato de arrendamiento que celebraron con los demandantes por medio de la escritura pública número treinta y seis de treinta y uno de enero de mil novecientos treinta y cuatro, otorgada en la Notaría de Girardot, en cuanto devolvieron la finca de «Santa Sofía» a las arrendadoras, sin desmalezar sus potreros.

2.° Se condena a dichos demandados a pagar a las demandantes María Carlina Lara v. de Rodríguez y Aura María R. de Ardila, en forma solidaria, el valor de los perjuicios que les ocasionaron con ese incumplimiento.

Parágrafo. La cuantía de los perjuicios que comprende el daño emergente únicamente, se determinará en la ejecución de la sentencia de conformidad con el artículo 553 del Código Judicial, y no podrá exceder en ningún caso de la suma en que los estima la parte actora.

3.° No se accede a las demás declaraciones solicitadas en la demanda.

4.° Sin costas en el juicio ni en el recurso.

B) Sin costas en el recurso de casación.

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*, Secretario.

Acción petitoria de dominio de unas aguas. Causal 2.ª de casación.

1. Es sabido que el conceder o negar tales o cuales de las pretensiones de las partes no es lo que da lugar a invocar el 2.° motivo de casación conforme al artículo 520 del Código Judicial, ni tampoco la circunstancia de que para tal concesión o negación se aduzcan razones distintas de las presentadas por los litigantes o el problema se considere a luz distinta de la indicada por ellos o por tal o cual de ellos.

2. No es del resorte del Organo Judicial indicar a los Cabildos qué pueden o qué no pueden hacer en el ejercicio de sus funciones; ni de su resorte es en ningún caso corregir una medida no tomada aún por ellos. De conformidad con las leyes sobre jurisdicción contencioso-administrativa, es a la respectiva entidad de ese ramo adonde los acuerdos municipales que lesionan derechos, que no se ajustan a las respectivas disposiciones de la Constitución, leyes y ordenanzas, se llevan para que el yerro cese y, con él, en su caso, el quebranto del derecho que se haya lesionado o desconocido.

3. No cabe demandar uno de los comuneros la declaración de cierto derecho exclusivo para la comunidad escogiendo por demandado para ese fin a otro comunero, al que no puede considerársele despojado de su propio interés de tál y aun convertido en adversario por el hecho de que el que asume el papel de demandante tenga a bien asignarle el de demandado. Actor y reo, en cuanto comuneros, tienen un mismo interés en cuanto atañe a la integridad de la cosa común, a la existencia y vigencia del derecho común.

4. Un Municipio no puede ser el demandado en acción petitoria de dominio de unas aguas que son de uso público, sino la Nación.

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

(Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza).

El señor Domingo Pérez Hernández demandó en vía ordinaria al Municipio de Pamplona ante el Juez Civil de ese Circuito, quien desató la litis en primera instancia en fallo de 30 de enero de 1940, de que aquél apeló y que el Tribunal Superior de allí confirmó en el de la segunda el 17 de noviembre de 1941, contra el cual el demandante interpuso casación, recurso a cuya decisión se procede por estar debidamente tramitado.

ANTECEDENTES

Las aguas del río Pamplonita y de la quebrada Monteadentro, represadas en el sitio de Villafran-

ca para encauzarlas por la llamada Toma de Miramar, vuelven en su sobrante al cauce ordinario después de haber atravesado y beneficiado diversas fincas, la última de las cuales es la denominada Molino La Fe, de propiedad del demandante, en la cual tiene éste el molino que le da nombre, garajes y baños públicos, para lo cual, así como para sus menesteres domésticos, las usa y aprovecha, como continuamente lo hicieron sus antecesores en el dominio de ese fundo por tiempo ya mayor de treinta años cuando se presentó y notificó en julio de 1937 la demanda inicial de este juicio.

Este solicita sentencia en que se hagan las siguientes declaraciones: 1.°. que el demandante es dueño absoluto y poseedor de la finca Molino La Fe, ubicada en aquella ciudad y deslindada como el libelo reza; 2.°, que son de propiedad exclusiva del demandante, dueño de la heredad inferior, y de otros propietarios superiores, cuya representación invoca, por la comunidad singular existente entre todos ellos, en beneficio de tal comunidad y en especial del fundo de él, todas las aguas que corren por el cauce artificial aludido, el que la demanda describe; 3.°, que esa «toma o acueducto no es bien de uso público por correr las aguas por cauce artificial construído a expensas de personas particulares desde tiempo inmemorial, que han adquirido de tal modo el título legal prescriptivo, en especial los dueños sucesivos del Molino La Fe que han sido usuarios del servicio de aguas del extremo inferior del acueducto»; 4.°, que el demandante «tiene adquirido por prescripción de diez años y aun por el goce inmemorial de sus antecesores en el dominio de su heredad Molino La Fe, el derecho exclusivo a servirse libremente de las aguas de la toma «.....sin que el Municipio pueda disponer de tales aguas ni disminuírlas en manera alguna ni gravar con impuestos municipales el aprovechamiento, uso y goce industrial y doméstico de las mismas»; 5.°, que el Municipio no tiene título alguno para captar, usar, distribuír y vender las aguas de la mencionada toma o acueducto particular ni para disminuírlas o desviarlas estableciendo acueducto público derivado de aquella toma, ni tiene facultad o aptitud para tales procedimientos, por tratarse de un acueducto de propiedad privada por cauce artificial construído a expensa ajena,»..... y en consecuencia debe abstenerse de perturbar al demandante en ese uso, goce y aprovechamiento en su referido predio, y de desviar o disminuír el volumen de las aguas de esa toma particular»; y 6.°, que debe resarcir al demandante los perjuicios que le ha causado y le siga causando por haber construído un tanque en predio de José Vicente Ramírez para captar gran parte de esas aguas y conducirlas por tuberías metálicas y distribuírlas en gran parte de la ciudad, sin haber comprado a los propietarios de aquel acueducto particular el derecho para usar esas aguas, ni solicitádoles permiso, ni intentado en forma legal y previa indemnización su expropiación, sino, por el contrario, procediendo *manu militari* a tomarlas en parte con el fin de establecer ese acueducto público, ya en servicio.

El Personero Municipal de Pamplona, después de oponer excepciones dilatorias que se declararon no probadas, contestó la demanda manifestando: que el actor no tiene título constitutivo de la servidumbre activa que pretende ejercitar; que los bienes de uso público no se prescriben; que la prescripción adquisitiva no puede intentarse como acción sino en las ocasiones excepcionales en que la autoriza la Ley 120 de 1928, dentro de las cuales no se halla la presente; que esta Ley no permite intentarla contra la Nación ni demás entidades de derecho público, y que el Municipio con el nuevo acueducto no ha mermado las aguas sino antes bien reducido la cantidad que tomaba anteriormente, por lo cual no ha causado al actor el perjuicio de que se queja.

SENTENCIAS DE INSTANCIA

El Juzgado, en vista de los títulos presentados por el demandante, hizo la primera de las declaraciones solicitadas, esto es, que el Molino La Fe le pertenece como su dueño absoluto, y negó todas las restantes, razonando en suma así:

Sobre la segunda: las aguas corrientes son de propiedad de la Nación; no son, pues, susceptibles sino del derecho de uso; el demandante no presenta el título requerido por el artículo 760 del Código Civil; éste no puede suplirse, según el artículo 1760 de esta obra; no habiendo título constitutivo de la servidumbre, no pueden ejercitarse derechos que sólo corresponden a quien lo tenga, en su caso, y la prescripción no cabe en éste, de conformidad con el artículo 2519 de ese Código y el 2.°, inciso 2.°, de la citada Ley 120.

Sobre la tercera: la toma es en parte natural y en parte artificial, las aguas corren por varios predios de distintos dueños y en un trayecto atraviesan una plaza pública en parte de la cual van descubiertas; de modo que allí las toman los vecinos para sus menesteres domésticos y abrevan los animales, lo que de hecho corrobora y hace efectivo el concepto de ser de uso público como corresponde a su naturaleza y al expreso querer de la ley.

Sobre la cuarta: insiste en esa calidad de uso público, añade que el Municipio es riberano y tiene los derechos consiguientes, vuelve sobre la

imprescriptibilidad de las cosas de uso público, agrega que el derecho público no es derogable por convenios particulares y concluye anotando que el uso público efectivo de las aguas en la plazuela Almeida demuestra que el Municipio también ha estado en posesión pacífica de ellas sin oposición del actor.

Sobre la quinta: insiste en el derecho del Municipio por lo antedicho y en la prevalencia del interés general sobre el particular.

Cuanto a la sexta, dice que los perjuicios de que se queja el demandante no se han demostrado.

El Tribunal, en vista del artículo 494 del Código Judicial, de que el demandante es apelante único y de que la acogida que dio el Juzgado a su primera petición sobre dominio del predio Molino La Fe no puede entenderse reclamada por él, considera intocable esa primera declaración y, concretándose por lo mismo a las restantes, llega sobre éstas a la misma conclusión del Juzgado, mediante consideraciones que se resumen así: es prematuro ejercitar un derecho en razón de su violación en la misma demanda en que se pide que él se declare; de suerte que si el demandante comienza por solicitar que se reconozca su dominio sobre el agua en referencia por haberlo adquirido por prescripción, no puede desde ahora mismo demandar indemnización de perjuicios por habérsele quebrantado ese derecho, y sólo con sentencia favorable sobre la prescripción tendría el título necesario para demandar indemnización; y, por otra parte, dice que la prescripción adquisitiva no puede ejercitarse como acción en este caso, concepto para el cual cita los artículos 881, 882 y 2534 del Código Civil, 9.º de la Ley 95 de 1890 y la Ley 120 de 1928.

EL RECURSO

Se invocan los motivos 1.º y 2.º del artículo 520 del Código Judicial.

El 2.º se descarta desde luégo por improcedente, porque la sentencia no dejó de decidir ninguna de las peticiones de la demanda, ni versó sobre algo no pedido, ni se excedió al conceder algo de lo demandado. Sabido es que el conceder o negar tales o cuales de las pretensiones de las partes no es lo que da lugar a ese motivo de casación, ni tampoco la circunstancia de que para tal concesión o negativa se aduzcan razones distintas de las presentadas por los litigantes, o el problema se considere a luz distinta de la indicada por ellos o por tal o cual de ellos.

Dentro del motivo 1.º acusa ante todo por error en la apreciación de la demanda, en cuanto el Tribunal no estudió sino lo relativo a prescripción y pasó por alto el título invocado en primer lugar que es el que el demandante deduce del artículo 895 del Código Civil, disposición consiguientemente quebrantada por no haberse aplicado, y a cuya luz debe prosperar el segundo de sus pedimentos, del cual puede decirse que la sentencia recurrida ni siquiera lo estudió.

Acusa de falta de aplicación y consiguiente quebranto del artículo 893 del Código Civil en su numeral 1.º, a cuya luz se imponía fallo favorable para su tercer pedimento.

Con éste enlaza el cuarto, encaminado a obtener la declaración de prescripción adquisitiva de diez años, a la que se refiere en especial la cita del dicho artículo 893. Al respecto agrega el cargo de error de interpretación y de falta de aplicación de la Ley 120 de 1928 en sus artículos 4.º y 5.º e inciso 1.º del 2.º, por haber el Tribunal desconocido que la acción se dirige singularmente contra el Municipio y négado el derecho de ejercitar como acción la prescripción en forma distinta de la indicada en esta Ley, a la que atribuye la creación de tal acción, a pesar de que desde mucho antes de esa Ley, ésta podía aducirse por el demandante como extintiva y como adquisitiva, según doctrina consignada en varias sentencias de la Corte.

La quinta súplica la considera el recurrente *actio negatoria servitutis*, y se queja porque el fallador la pasó por alto sin siquiera intentar analizarla.

Y sobre la sexta anota que el Tribunal funda su negativa en el concepto de ser prematura porque, dependiendo de la prescripción, no puede formular reclamo basado en ella sin habérsela declarado. Rebate este concepto afirmando que la prescripción no tiene por día inicial el del fallo que la reconoce, el cual no hace sino declarar un hecho que precisamente ha de ser anterior a él, y advierte que, además, no es la prescripción su único fundamento o punto de partida, puesto que antes que ella invoca el derecho conferido por el dicho artículo 895.

Formula también el cargo de error en la apreciación de las varias pruebas que al efecto puntualiza y que adelante se estudiarán, y el de violación por ello de los artículos 471 y 472 del Código Judicial que ordenan examinar la demanda y las pruebas, del 730 del mismo que da fuerza de plena prueba a la inspección ocular respecto de los hechos y circunstancias observados en ella por el funcionario que la practica, según la parte que el recurrente transcribe del acta de esa diligencia, y del artículo 697 de ese Código, por no haber escuchado las declaraciones de los testigos que afirman la merma de las aguas desde que el Municipio estableció su nuevo acueducto.

Estas pruebas demuestran, al decir del recurrente, el perjuicio cuya indemnización demanda, y sin embargo el Tribunal se la niega.

—

En obsequio de la claridad conviene traer a cuento las pruebas aducidas y los hechos establecidos con ellas en las oportunidades correspondientes de ambas instancias.

El Tribunal practicó en los días 11 y 14 de junio de 1940 la inspección ocular aludida (cuaderno 5.°, folios 10 vuelta a 13), en la que se identificó el cauce afirmado y descrito en el libelo de demanda y se vio cuáles son los predios atravesados por las aguas; en esa diligencia se recibieron las declaraciones de los testigos Juan Evangelista Antolínez y Samuel Villamizar; a más de estos testigos depusieron en el Tribunal Domingo Mantilla y Agustín Araque (cuaderno 6.°, folios 6 y 10) y en el Juzgado, Rafael Blanco (cuaderno 3.°, folios 7 y 8) y Máximo Rozo, Hipólito Acero y Arturo Rojas (folios 5, 6 y 9 *ibidem*). En debida forma vino al proceso copia de la escritura número 549, otorgada ante el Notario 1.° de Pamplona el 1.° de agosto de 1935 (cuaderno 2.°, folios 14 a 16), por medio de la cual José Vicente Ramírez segrega de su finca La Esperanza el lote rectangular allí precisado y lo transfiere al Municipio de Pamplona «con destino al establecimiento de los tanques para el acueducto de emergencia.» De paso se indica que por escritura número 985 de esa Notaría, otorgada el 14 de octubre de 1937, se hizo constar la participación de Ramírez en las utilidades de ese acueducto, al cual se refiere esta escritura como ya construído.

Con esas pruebas quedaron acreditados estos hechos: *a*) la existencia del referido arcaduz y la conducción por él de las dichas aguas a través de los varios predios aludidos y que el último de éstos es el Molino La Fe, propiedad del demandante; *b*) que el Municipio demandado compró un lote de terreno de uno de esos predios —el del señor Ramírez— para un tanque que efectivamente construyó destinado a las aguas que de aquella acequia toma para conducirlas a la ciudad en servicio público de acueducto; *c*) que el agua que allí toma con este objeto y aplica a este servicio el Municipio es la que corresponde a dos tubos de dos pulgadas de diámetro cada uno; *d*) que en el tiempo anterior tomaba el Municipio de las mismas aguas de esa acequia en tres tuberías de a dos pulgadas de diámetro cada una, un total de seis pulgadas para las casas de Santo Domingo y La Pesa y gran trayecto de la Calle Real; *e*) en todo tiempo el vecindario de la plazuela Almeida, barrio de San Francisco, se ha servido y sirve del agua de la dicha acequia cogiéndola en cántaras y otras vasijas para sus menesteres domésticos, a más de que abrevan y han abrevado los animales llevados a esa plazuela, todo ello en el trayecto de la acequia que allí va al descubierto; *f*) que los hechos resumidos en los dos puntos inmediatamente anteriores no han sido motivo de protesta o reclamo del demandante ni de ninguno otro de los restantes dueños de predios atravesados por el arcaduz; *g*) que el nuevo acueducto con su provisión de cuatro pulgadas ha reemplazado el servicio anterior de las referidas seis pulgadas, al punto de que las tuberías de éstas se han levantado y suprimido.

Los testigos José Eusebio Calderón y Miguel Santos (cuaderno 5.°, folios 9 vuelta y 10) manifiestan constarles por haberlo observado de vista y muy frecuentemente que desde que el Municipio estableció el nuevo acueducto, las aguas se han mermado notablemente y no llegan al Molino La Fe algunos días, y otros llegan en cantidad escasa, lo que paraliza por varias horas el trabajo del molino.

Con estas declaraciones, en relación con lo antedicho sobre establecimiento del acueducto, es con lo que el demandante entiende haber comprobado el perjuicio cuya indemnización solicita.

Formula este cargo en casación, o sea, su queja por no haberse aquélla decretado, en la errónea apreciación de tales pruebas, sin completarlo con la indicación de las disposiciones sustantivas quebrantadas y de la forma en que por ese error se haya producido este quebranto. Cita sólo las disposiciones procedimentales pertinentes a esa apreciación, y si bien algunas de éstas tienen calidad de sustantivas, ello no basta a la aludida exigencia del recurso, la que consiste en que se señale precisamente el quebranto consecuencial de las disposiciones que establecen el derecho desconocido o violado. En repetidos fallos esta Sala ha expuesto estas consideraciones impuestas por el claro tenor e intención del citado numeral 1.° del artículo 520 del Código Judicial, que en sus dos incisos se refiere a violación de ley sustantiva para decir que es en ella en lo que consiste el motivo de casación allí establecido, así se llegue a tal resultado a través o por obra de error en la apreciación de tales o cuales pruebas. El artículo 531 de ese Código concurre a la misma opinión.

Pero si, prescindiendo de tal reparo, se entrara a estudiar el cargo, se le hallaría inadmisible al considerar que en una indemnización de perjuicios es indispensable la relación de causa a efecto entre el acto u omisión del demandado y el daño sufrido por el actor, y aquí, aun dando por probado el daño con el dicho de los testigos Santos y Calderón, queda faltando el elemento causalidad. En efecto: si en la plazuela Almeida ha

habido el consumo de agua antedicho y si, principalmente, el Municipio venía tomando de la acequia las referidas seis pulgadas, y si éstas cedieron el campo a las cuatro pulgadas del acueducto nuevo, no puede atribuirse al establecimiento de éste la disminución de las aguas del Molino La Fe. Tal vez se trate de mera coincidencia; mas sea de ello lo que fuere, el caso es que al tomar en cuenta el sentenciador todo el haz probatorio erigido por las partes, como es su deber primordial, no puede reputar establecida en el proceso aquella relación de causa a efecto que, se repite, es elemento indispensable para una condena a indemnizar.

Este concepto decisivo contra tal condena, cual es el de que con el nuevo acueducto lo que ha disminuído es el respectivo consumo municipal, se contiene en las categóricas afirmaciones del testigo Rafael Blanco (folios 6 vuelto a 8 del cuaderno 3.°) y de los testigos que deponen en igual sentido, señores Domingo Mantilla y Agustín Araque (cuaderno 6.°, folios 6 y 10) y Samuel Villamizar en la inspección ocular, como ya se dijo. El testigo Blanco dice en lo pertinente: «El Municipio tomaba de años anteriores y en la plazuela de Almeida las siguientes derivaciones de agua: dos pulgadas para La Pesa, dos pulgadas para la Calle Real, dos pulgadas para la familia Cortés y otras familias, fuera de la que tomaba todo el público que quería servirse de ellas.... Las seis pulgadas que antiguamente tomaba el Municipio en la plazuela y que se restaban al caudal de aguas que luégo iban al Molino de La Fe, fueron suprimidas, es decir, el Municipio prescindió de ellas, los tubos fueron levantados y solamente en su lugar quedan hoy, en lugar de las seis pulgadas ya citadas, las cuatro que ha tomado el Municipio antes del molino del señor Vicente Ramírez y que se recogen en un tanque.....»

Al final de la diligencia de inspección ocular se hicieron constar por el Tribunal ciertas conclusiones, entre ellas éstas: «4.°, que de dicha toma el Municipio de Pamplona capta cuatro pulgadas de agua para el servicio del acueducto municipal; 5.°, que de dicha toma, en el trayecto destapado de la plazuela de Almeida, se proveen los vecinos de agua por medio de cántaras o tarros, y que dicha plazuela de Almeida, por donde pasa la toma en referencia, es de uso público, por donde transitan libremente los habitantes y en la cual se verifican ferias y ventas de ganado.» (Cuaderno 5.°, folio 15).

Tampoco indica la demanda de casación cuáles sean las disposiciones sustantivas quebrantadas por el Tribunal al no hacer la declaración pedida sobre que el Municipio no puede gravar a ninguno de los aludidos predios en razón del uso de las aguas de la acequia que los atraviesa. Pero, haciendo observación análoga a la formulada con motivo del cargo sobre falta de condena a indemnizar perjuicios, esto es, colocándose la Sala en gracia de hipótesis en la posibilidad de entrar en el fondo, se tendría que este otro cargo no puede prosperar, porque no es del resorte del Organo Judicial indicar a los Cabildos qué pueden o qué no pueden hacer en el ejercicio de sus funciones; ni de su resorte es en ningún caso corregir una medida no tomada aún por ellos. De conformidad con las leyes sobre jurisdicción contencioso-administrativa, es a la respectiva entidad de ese ramo adonde los acuerdos municipales que lesionan derechos, que no se ajustan a las respectivas disposiciones de Constitución, leyes y ordenanzas, se llevan para que el yerro cese y, con él, en su caso, el quebranto del derecho que se haya lesionado o desconocido.

Las peticiones restantes de la demanda versan, según se ha visto, sobre declaración de derecho exclusivo a las aguas que corren por la acequia descrita en el libelo y en la inspección ocular, derivado del artículo 895 del Código Civil y de la prescripción, para la cual se invoca el artículo 893 del mismo en su numeral 1.°, del mismo Código.

Contra esa pretensión se yergue el hecho decisivo de ser el Municipio uno de los comuneros, uno de los miembros de esa comunidad para la cual y en cuyo beneficio manifiesta obrar el demandante. No cabe demandar uno de los comuneros la declaración de cierto derecho exclusivo para la comunidad escogiendo por demandado para ese fin a otro comunero, al que no puede considerársele despojado de su propio interés de tal y aun convertido en adversario por el hecho de que el que asume el papel de demandante tenga a bien asignarle el de demandado. Actor y reo, en cuanto comuneros, tienen un mismo interés en cuanto atañe a la integridad de la cosa común, a la existencia y vigencia del derecho común.

De otro lado, todo en el proceso concurre a demostrar, y la sola demanda con su contexto y aun con el mero hecho de señalar al Municipio como demandado, a hacer ver con la mayor claridad que la idea de exclusividad tan insistentemente expuesta a lo largo del litigio, así como el sostenido empeño de excluir tienen como señalado objetivo al Municipio, a quien el demandante califica de *usurpador*.

También con claridad se ve que esta opinión la deriva del establecimiento del nuevo acueducto y de la creencia de que es esto lo que le disminuye las aguas que llegan a su predio. Senci-

llamente se colige que ésta ha sido lo determinante del pleito. No se explicaría un juicio contra el Municipio para conseguir una declaración genérica, ya que la sentencia que la pronunciara no tendría alcance de cosa juzgada sino de conformidad con el artículo 474 del Código Judicial.

De dos fuentes deduce su derecho el actor, como repetidamente se ha dicho: el artículo 895 citado y la prescripción, presentados ambos derechos por él sobre el pie de que cada uno por sí solo bastaría. Y si al Municipio, por su lado, puede faltarle el derecho derivado de costear la construcción y conservación del cauce artificial, le asiste y le basta el de haber tomado continuamente por tiempo no inferior al requerido por la ley para prescribir, aguas de las conducidas por el cauce que, de paso sea dicho, no es artificial en toda su longitud.

Sin entrar a considerar la procedencia de una acción sobre dominio particular y exclusivo de un bien de uso público y dando por sentado en hipótesis que aguas encauzadas como las de que aquí se trata pasen por lo mismo del dominio de la Nación al de particulares, la contienda encaminada a que así se reconozca o declare ha de trabarse con la Nación, en cuyo dominio se hallan *ab origine* por ministerio de la ley y del cual han de salir o haber salido para ingresar en ese patrimonio particular a cuyo favor ha de hacerse la declaración consiguiente.

Esta reflexión indica que un Municipio no puede ser el demandado con ese fin. Así, en el presente caso, aunque el Municipio de Pamplona no fuese comunero, no tendría tampoco por qué responder de la demanda en lo que de ella se encamina a obtener la declaración de dominio exclusivo y particular de que se está hablando.

Vistas las cosas como corresponde a las consideraciones precedentes se comprende que ni lugar hubo a quebranto del tan citado artículo 895, cuyo alcance es, por lo mismo, inoficioso indagar aquí, y que del propio modo no hubo lugar tampoco a quebranto de las disposiciones que el recurrente cita en lo tocante a sus cargos relativos a la prescripción.

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 dictada en este juicio el diez y siete de noviembre de mil novecientos cuarenta y uno por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona. Sin costas.

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.

Acción de impugnación de un estado civil y de petición de herencia.

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

(Magistrado ponente, doctor Isaías Cepeda).

José Isabel Castellanos presentó ante el Juez 1.º Civil del Circuito de Ibagué, el 28 de febrero de 1940, demanda ordinaria contra José Luis Devia, y pidió que, con audiencia del representante del Ministerio Público, se hicieran por sentencia definitiva las siguientes declaraciones:

«Primera. Que el citado José Luis Devia, hijo natural de Crispina Devia, no tiene el carácter de hijo natural del difunto señor Félix Bonilla, quien era mayor y vecino de este Municipio, donde murió y fue su último domicilio.

«Segunda. Que declare sin valor ni efecto alguno el auto de fecha veintiocho de septiembre del año pasado, proferido por el Juzgado 1.º Municipal de esta ciudad, auto en el cual se reconoce a José Luis Devia como heredero de Félix Bonilla, reconociéndole sumaria y erróneamente la calidad de hijo natural, que no tiene en el hecho ni en el derecho.

«Tercera. Que se declare que quien tiene el derecho a suceder a Félix Bonilla como único heredero de él, en su carácter de hermano natural, soy yo, José Isabel Castellanos o Navarro y que, por consiguiente, el reconocimiento de heredero que se ha hecho por el Juzgado 1.º Municipal en la persona del demandado, señor José Luis Devia, ni tiene valor alguno ni perjudica en forma alguna mis derechos.

«Cuarta. Que el juicio de sucesión que actualmente se adelanta en el Juzgado 1.º Municipal de esta ciudad, es írrito o sin valor ninguno, porque se ha reconocido como heredero en forma sumaria a quien ha debido acudir a la vía ordinaria según la ley, para obtener lo que en forma errada y absurda ha obtenido ante el mencionado Juzgado.»

Los hechos fundamentales de la demanda pueden sintetizarse así:

Que José Luis Devia es hijo natural de Crispina Devia, pero no de Félix Bonilla;

Que la prueba supletoria presentada por el demandado no tiene eficacia, ni es la conducente, ni puede tomarse como base para que se considere a Devia como hijo natural de Félix Bonilla;

Que Devia obtuvo del Juzgado 1.º Municipal de Ibagué el reconocimiento de heredero, cuya ineficacia o invalidez se solicita;

Que el actor tiene el carácter de hermano natural del causante, Félix Bonilla;

Que el demandante es el único heredero de Félix Bonilla, porque éste no dejó descendientes ni ascendientes legítimos, ni hijos naturales, ni cónyuge sobreviviente, ni otros colaterales del grado indicado por la ley para suceder.

Devia contestó la demanda oponiéndose a que se hagan las declaraciones pedidas y negando el derecho del actor y la mayor parte de los hechos en que se apoya el libelo. El Agente del Ministerio Público se abstuvo de emitir concepto en el fondo y se limitó a manifestar que de acuerdo con el artículo 12 de la Ley 45 de 1936 los trámites del juicio debían surtirse «precisamente por medio de abogado titulado.»

Agotada la actuación de primer grado, el asunto se decidió por sentencia de fecha doce de agosto de mil novecientos cuarenta, así:

«Primero. El demandado José Luis Devia no tiene el carácter ni la calidad de hijo natural de Félix Bonilla, muerto en este Municipio, de donde fue vecino.

«Segundo. Se declara sin valor y efecto ninguno el auto de veintiocho de septiembre de mil novecientos treinta y nueve, proferido por el Juzgado 1.º Municipal de esta ciudad, en el sucesorio de Félix Bonilla, y por el cual se reconocía al demandado como hijo natural de aquél.

«Tercero. El actor, José Isabel Castellanos, como hermano natural de Félix Bonilla, ha demostrado mejor derecho que el demandado, José Luis Devia, a suceder al citado Bonilla, en la condición expresada.

«Cuarto. No procede declarar la nulidad del juicio de sucesión de Félix Bonilla, tramitada en el Juzgado 1.º Municipal de esta ciudad, con motivo del reconocimiento festinado que se hizo al demandado como hijo natural del causante, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

«Sin costas.»

El Juez del conocimiento funda su decisión, especialmente, en que no es procedente reconocer o declarar, dentro de un juicio de sucesión, a determinado individuo como hijo natural del causante, sin que previamente se haya hecho esa declaratoria en juicio ordinario, iniciado en vida del presunto padre, de acuerdo con la doctrina sentada por la Corte sobre filiación natural, en sentencia del 26 de abril de 1940, y en que el actor, José Isabel Castellanos, demostró ser hermano natural de Félix Bonilla y, por tanto, tener mejor derecho que el demandado a los bienes de la herencia.

De este fallo apeló el demandado y subido el negocio al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué y cumplidos allí los requisitos de la segunda instancia, esa entidad decidió el juicio por sentencia del 29 de abril de 1941, por la cual revocó aquél, menos en lo relativo a la petición segunda de la demanda, que lo reformó, de modo que la parte resolutiva quedó así:

«Declárase ineficaz y sin efecto el reconocimiento sumario que de heredero y en calidad de hijo natural se hizo a favor de José Luis Devia dentro del juicio mortuorio de Félix Bonilla, por medio de auto dictado el 28 de septiembre de 1939.

«Como consecuencia de la revocatoria, se absuelve al demandado José Luis Devia de los cargos de la demanda que sobre impugnación de la calidad de hijo natural le promovió José Isabel Castellanos.

«No se hace condenación en costas.»

Estimó el Tribunal que la acción intentada es, en lo fundamental, de impugnación del estado civil de hijo natural, y de petición de herencia. Consideró ineficaz el reconocimiento de Devia como heredero de Félix Bonilla, en su calidad de hijo natural de éste, hecho en el respectivo juicio de sucesión, por no haberlo sido en juicio contradictorio, y teniendo en cuenta que esa calidad le ha sido desconocida en el presente juicio por el demandante, juzgó que había nacido para Devia la obligación de probarla y contra la opinión del juzgador de primer grado encontró que el demandado Devia demostró plenamente la posesión notoria del estado de hijo natural, con relación a Félix Bonilla, y adoptando la doctrina contraria a la sostenida por la Corte, consideró «que la muerte del presunto padre no extingue la acción sobre filiación natural,» pero no hizo la declaratoria correspondiente en favor de Devia.

EL RECURSO

Contra el fallo del Tribunal interpuso recurso de casación el demandante, quien, por medio de apoderado, lo acusa por las dos primeras causales que establece el artículo 520 del Código Judicial.

La primera causal, o sea la de violación de ley, la divide el recurrente en tres cargos así:

I. Infracción directa: *a*) De los artículos 1, 2 y 7 de la Ley 45 de 1936, y 401, 403 y 404 del Código Civil; y *b*), De los artículos 1321 y siguientes del mismo Código, y del 22 de la citada Ley 45.

II. Indebida aplicación del artículo 402 del Código Civil.

III. Violación de los artículos 395, 398 y 399 del Código Civil, en armonía con el 7 de la Ley 45 de 1936, 4 —ordinal 5.°— y 6 de la propia Ley, sobre posesión notoria del estado civil de hijo natural, y de las disposiciones legales ya citadas en el *primer motivo*, todo a consecuencia de errores de derecho y de hecho en la apreciación de la prueba de posesión notoria de estado.

El recurrente analiza ampliamente los tres cargos que acaban de transcribirse y sostiene que es aplicable al caso en estudio la doctrina sobre filiación natural sentada por la Corte en sus sentencias del 26 de abril de 1940 y 30 de junio de 1941.

La causal segunda la hace consistir el recurrente en que el Tribunal, al decir que el demandante «al negar a Devia el carácter de hijo natural del causante implícitamente afirmó que era hijo de otro padre y no lo acreditó,» por lo cual «debe concluirse asímismo que las pretensiones del actor en este juicio deben considerarse improcedentes, y, por tanto, que se impone la necesidad de revocar el fallo,» pone de presente la falta de consonancia de la sentencia con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes, pues al respecto la controversia no ha versado sino sobre impugnación de un aparente estado civil, apariencia que ha tenido por causa el reconocimiento sumario con que fue favorecido el demandado, dentro de la sucesión de Félix Bonilla, por auto de 28 de septiembre de 1939.

El señor Procurador Delegado en lo Civil, al contestar la demanda de casación, dijo:

«Conocida ya la doctrina de ese Supremo Tribunal sobre la improcedencia de la acción declarativa de filiación natural una vez muerto el pretendido padre, y considerando que tal doctrina fue el resultado de una plena convicción jurídica, a que se llegó después de intensísimos debates en que se agotó la argumentación de uno y otro lado, no espero por ahora que la honorable Sala haya de adoptar la doctrina contraria, que sigo considerando como la más acertada, con profundo respeto por las opiniones ilustres de la mayoría de vosotros. Y como creo que a pesar del cambio de la posición de las partes en este juicio, se contempla la misma cuestión jurídica que en las otras causas, falladas ya en casación, le es aplicable al caso la misma doctrina, sí, como lo he dicho, no es de esperarse por ahora un cambio de ella.»

ESTUDIO DE LOS CARGOS

Para resolver se considera:

En concepto de la Corte son perfectamente infundados e improcedentes los cargos de infracción directa de los artículos 1, 2 y 7 de la Ley 45 de 1936, y 401, 403 y 404 del Código Civil; de indebida aplicación del 402 y de violación de los artículos 395, 398 y 399 del propio Código, en armonía con los artículos 4, ordinal 5.°, 6 y 7 de la citada Ley 45, por las razones que pasan a explicarse:

La parte resolutiva de la sentencia del Tribunal no declaró a José Luis Devia hijo natural de Félix Bonilla, ni le reconoció dicha calidad.

Devia fue reconocido como heredero de Félix Bonilla, en su calidad de hijo natural de éste, por auto de fecha veintiocho de septiembre de mil novecientos treinta y nueve, dictado por el Juez 1.° Municipal de Ibagué, dentro del juicio de sucesión de Bonilla.

En la sentencia de primer grado pronunciada en el presente juicio, se declaró sin valor ni efecto alguno el mencionado auto, y el Tribunal, al revocar en parte y reformar aquella sentencia, dijo:

«Declárase ineficaz y sin efectos el reconocimiento sumario que de heredero y en calidad de hijo natural se hizo a favor de José Luis Devia dentro del juicio mortuorio de Félix Bonilla, por medio de auto dictado el veintiocho de septiembre de mil novecientos treinta y nueve.»

De modo, pues, que a José Luis Devia no sólo no se le ha declarado en este juicio hijo natural de Félix Bonilla, sino que se resolvió que es ineficaz y por lo mismo no produce efectos el reconocimiento sumario que se le había hecho. De consiguiente, la sentencia del Tribunal no violó los preceptos legales antes citados, ni es el caso de impugnarle a Devia en casación un estado civil que no posee. Por lo mismo, tampoco puede sostenerse que sea aplicable aquí la doctrina que sobre filiación natural ha sustentado en varias sentencias la mayoría de la Sala.

Completamente infundado es también el cargo que se hace al fallo acusado, de incongruencia con las pretensiones del actor, en lo relativo a la impugnación del estado civil del demandado, porque,

como se ha visto, Devia no ha sido declarado hijo natural de Félix Bonilla.

Otra cosa es que la sentencia del Tribunal sea contradictoria, en lo relacionado con la acción sobre petición de herencia incoada por el actor, porque es claro que no habiendo sido declarado José Luis Devia hijo natural de Félix Bonilla, quien debe sucederlo es José Isabel Castellanos, como hermano natural del causante, a falta de otros herederos con mejor derecho. Desde este punto de vista es fundado y debe prosperar el cargo de violación de los artículos 1321 y siguientes del Código Civil, y 22 de la Ley 45 de 1936.

Por tanto, debe casarse parcialmente la sentencia del Tribunal y reformarse, en parte también, la del Juzgado, para dictar en su lugar la decisión que corresponda, con apoyo en lo dicho anteriormente.

En mérito de lo expuesto, 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 parcialmente la sentencia pronunciada en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué el veintinueve de abril de mil novecientos cuarenta y uno, y reformando la dictada por el Juez 1.° Civil del Circuito de Ibagué con fecha 12 de agosto de mil novecientos cuarenta, falla este pleito así:

Primero. Declárase ineficaz y sin valor ni efecto alguno el reconocimiento sumario que de heredero y en calidad de hijo natural, se hizo a favor de José Luis Devia dentro del juicio mortuorio de Félix Bonilla, por medio de auto dictado por el Juez 1.° Municipal de Ibagué el veintiocho de septiembre de mil novecientos treinta y nueve.

Segundo. El actor, José Isabel Castellanos, como hermano natural de Félix Bonilla, tiene mejor derecho que el demandado, José Luis Devia, a suceder el citado Bonilla.

Tercero. No es el caso de hacer las demás declaraciones pedidas en la demanda.

Sin costas en las instancias 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*, Secretario en propiedad.

ACCION DE NULIDAD DE UN CONTRATO

1. Una demanda sobre nulidad de un contrato tiene que proponerse contra todos los que intervinieron en el acto que se trata de invalidar. Doctrinariamente es inobjetable esta tesis porque la acción de nulidad es personal y, en consecuencia, debe proponerse y desarrollarse con intervención y audiencia de todos los que concurrieron como partes a la celebración del contrato, que son con quienes ha de discutirse y probarse la validez y legalidad de la común fuente de sus obligaciones y derechos para que la sentencia que defina la querella pueda producir las consecuencias naturales de la nulidad judicialmente declarada.

2. La intervención voluntaria adhesiva *(ad adjuvandum)* está reconocida y autorizada en nuestra ley de procedimiento civil. (Artículo 233, Código Judicial.

3 El artículo 1749 del Código Civil, que contempla los efectos de la nulidad judicialmente declarada, consagra el principio de que el beneficio de la anulación es enteramente personal, por lo cual establece que la nulidad declarada en favor de un contratante no aprovecha por sí misma a los otros, ya que la invalidación puede provenir de causas personales de uno de los contratantes que en nada afecten a los demás, como ocurriría en el caso de que uno solo de varios compradores o vendedores, por ejemplo, haya sido el único engañado o violentado o incapaz por minoridad o porque los demás contratantes quieran ratificar el contrato.

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

(Magistrado ponente, doctor Hernán Salamanca).

En documento privado otorgado y suscrito en el Corregimiento de San Francisco, del Distrito de Colón, Comisaría del Putumayo el 11 de mayo de 1940, Laura M v. de Suárez prometió vender a Temístocles Zamora y Mesías Medina, entre-

gándolo desde ese día, un globo de terreno consistente en el derecho de propiedad, posesión y mejoras de cultivadora adquiridas sobre el lote sito en su finca denominada «La Primavera,» ubicada en el citado Corregimiento, alinderado como allí se dice, por la suma de $ 4.000, pagaderos así: $ 500 en la fecha del documento; $ 1.500 dentro de tres meses; $ 1.000 dentro de seis meses, y el resto dentro de un año contados desde el contrato. Se estipuló que la escritura pública de venta se otorgaría al hacerse el segundo pago y se acordó una multa de $ 500 para el caso de incumplimiento.

Corridos dos meses y medio desde la celebración de este contrato de promesa de venta, por medio de libelo fechado el 29 de julio de 1940, repartido al Juzgado 1.° del Circuito de Pasto, Mesías Medina, en su propio nombre, demandó a Laura Maya v. de Suárez para que en la sentencia definitiva de un juicio ordinario se declare que el contrato contenido en el documento del 11 de mayo de 1940 «adolece de nulidad absoluta por carecer de los requisitos esenciales para la validez de tal contrato; por estar prohibido por la ley dado que versa sobre un inmueble determinado de una sucesión, y por pertenecer a menores»; que tal contrato no es sólo nulo sino inexistente, y que en consecuencia el actor no está obligado a cumplirlo y la demandada debe devolverle los $ 500 que le dio como parte de precio. Pide también, para el caso de que no se considere absolutamente nulo el contrato, que se declare afectado de nulidad relativa, también con la consecuencial de la devolución de la parte de precio pagada, y, finalmente, que se condene a la demandada a las costas del juicio.

Se opuso la señora Maya viuda de Suárez a las pretensiones del libelo, negando los hechos fundamentales de la acción, y en la debida oportunidad y separadamente propuso demanda de reconvención contra el actor Medina para que se le condenara a pagar el segundo contado del precio, de acuerdo con el contrato referido, o, subsidiariamente, la mitad con los correspondientes intereses moratorios, contrademanda ésta a la que dio contestación el actor oponiéndose categóricamente a sus pretensiones.

Tramitada la primera instancia de este juicio doble, fue decidida por el Juzgado del Circuito en sentencia del 21 de marzo de 1941, en la cual «se declara improcedente la demanda propuesta» por no haberse dirigido la acción de nulidad contra todas las personas que intervinieron en el contrato que se pretende invalidar. Nada se dijo ni se resolvió nada sobre la demanda de reconvención, y no se hizo condenación en costas.

FALLO ACUSADO

La apelación que ambas partes interpusieron contra la sentencia del Juzgado llevó el negocio al Tribunal Superior de Pasto, donde, luégo de agotar los trámites legales, se pronunció el fallo definitivo que está hoy al conocimiento de la Corte, y en el cual se confirmó totalmente el apelado.

Participó el Tribunal de la tesis fundamental del Juzgado y la adoptó como principal motivo de su decisión confirmatoria. Estimó que la circunstancia de no haber intervenido originalmente en el juicio Temístocles Zamora, que figuró al lado de Mesías Medina en el contrato de promesa, sino simplemente como coadyuvante que no le dio la calidad de parte, afectaba esencialmente la relación procesal, porque «es por demás sabido que no puede romperse el vínculo jurídico que une a varios contratantes por medio de sentencia recaída en un juicio en que no son partes todos los que intervinieron en el contrato cuya nulidad se pide, como también que no puede hacerse declaración con respecto a los demandados únicamente porque el contrato no puede tener vida jurídica para unos y sí tenerla para otros.»

A más de esta razón, que el Tribunal consideró suficiente fundamento para su sentencia, se advirtió como razonamiento secundario, que al entrar al estudio de fondo de las acciones propuestas la solución absolutoria sería la misma por consideraciones sustantivas que conducirían igualmente a la improcedencia de la demanda, como son las que se hacen consistir en que el contrato de promesa es fuente de obligaciones distinta del contrato prometido, y que la circunstancia de ser ajena la cosa cuya venta se promete o pertenecer a una sucesión ilíquida no son hechos que induzcan invalidez de la promesa, y que la acción que corresponde contra quien ha incumplido por imposibilidad u otra causa su obligación de contratar, generada en un contrato de promesa, no es la acción de nulidad absoluta ni relativa, ejercitada en este caso.

EL RECURSO

El demandante Medina, que ha perdido el pleito en sus dos instancias y ha litigado bajo el amparo de pobreza, interpuso oportunamente el recurso de casación contra la sentencia definitiva del Tribunal, que acusa, con base en la causal primera del artículo 520 del Código Judicial, de ser violadora de la ley sustantiva. De las consideraciones que contiene la demanda de casación, se deducen solamente dos cargos concretos en que se citan como textos legales infringidos los artículos 1749 y 303 del Código Civil.

Vincula el recurrente la violación del primero de estos preceptos legales a la tesis consignada en la sentencia, como su principal fundamento, de que una demanda sobre nulidad de un contrato tiene que proponerse contra todos los que intervinieron en el acto que se trata de invalidar, y combate esta conclusión del Tribunal afirmando que no es necesario el emplazamiento de todos los contratantes en la acción de nulidad, puesto que la sentencia que la decrete no aprovecha ni perjudica sino a los que hayan intervenido en el litigio «y no es de justicia que las personas a quienes no les va a afectar el fallo tengan obligación de comparecer en el juicio, con mayor razón existiendo un precepto legal como el artículo 1749 del Código Civil que expresamente prevé el caso.»

Se considera el cargo:

Doctrinariamente es inobjetable la tesis de la sentencia porque la acción de nulidad es personal y en consecuencia debe proponerse y desarrollarse con intervención y audiencia de todos los que concurrieron como partes a la celebración del contrato, que es con quienes ha de discutirse y probarse la validez y legalidad de la común fuente de sus obligaciones y derechos para que la sentencia que defina la querella pueda producir las consecuencias naturales de la nulidad judicialmente declarada. No así la aplicación del principio al caso del pleito, en el cual no es acertado decir que no han intervenido todos los que fueron partes en el contrato de promesa contenido en el documento privado del 11 de mayo de 1940, pues aunque es verdad que Témistocles Zamora, uno de los dos promitentes compradores, no figuró en la demanda con que se dio origen al litigio, al folio 39 del cuaderno principal de la primera instancia obra un memorial de este señor en que manifiesta al Juez del Circuito que por tener interés directo en el juicio y aprovecharle o perjudicarle la sentencia que haya de proferirse en él pide que se le tenga como coadyuvante de la parte actora, cuyos pedimentos prohija y defiende. En auto recaído a esta solicitud se reconoció a Zamora derecho de intervenir en el litigio y se le reconoció personería al apoderado judicial que designó y que en su nombre ha participado en el juicio, apelando, junto con el demandante Medina, de la sentencia de primer grado. Esta intervención voluntaria adhesiva *(ad adyuvandum)*, reconocida y autorizada en nuestra ley de procedimiento civil (artículo 233, Código Judicial), le dio a Zamora la calidad de litis consorte porque lo vinculó en la relación procesal con el adversario y lo colocó por consiguiente bajo todos los efectos ordinarios de la sentencia final.

Sin embargo, esta equivocada conclusión del Tribunal no conduce a ninguna decisión infirmatoria del fallo acusado, ya porque ella no fue en realidad utilizada para prescindir del estudio de fondo de la cuestión propuesta en el pleito, como ha de verse, ya porque no ha sido atacada eficazmente en el recurso desde el punto de vista de la causal de casación alegada. El artículo 1749 del Código Civil, que es la disposición legal que se señala como infringida por el Tribunal en el extremo que se estudia, carece, en efecto, de pertinencia y no puede alegarse como razón contra la doctrina expuesta en la sentencia de que la nulidad contractual debe pronunciarse en juicio contradictorio en que hayan sido emplazados y oídos todos los que celebraron el contrato, sin lo cual se crea un vicio que afecta la personería sustantiva. Este artículo, que contempla los efectos de la nulidad judicialmente declarada, consagra el principio de que el beneficio de la anulación es enteramente personal, por lo cual establece que la nulidad declarada en favor de un contratante no aprovecha por sí misma a los otros, ya que la invalidación puede provenir de causas personales de uno de los contratantes que en nada afecten a los demás, como ocurría en el caso de que uno solo de varios compradores o vendedores, por ejemplo, haya sido el único engañado o violentado o incapaz por minoridad o porque los demás cocontratantes quieran ratificar el contrato.

Por lo que hace al otro texto legal que se indica como infringido, la ineficacia del cargo no es menor. Se dice que el Tribunal quebrantó el artículo 303 de Código Civil, que prohibe enajenar e hipotecar los bienes raíces del hijo, aun pertenecientes a su peculio profesional, sin autorización judicial dada con conocimiento de causa. La desconexión de esta regla legal con el caso del pleito aparece evidente a la simple vista con sólo recordar que el contrato cuya nulidad se ha demandado en este juicio es de promesa de venta de un lote de terreno que la promitente vendedora dice que es de su propiedad por haberlo adquirido como heredera de su marido, de tal modo que es impertinente traer a consideración una regla exclusivamente relacionada con actos de disposición tratándose de una promesa, que no produce ninguna transferencia del dominio ni es acto de enajenación, y que a pesar de su conexidad con la venta prometida es una convención distinta de esa, cuya validez ha de considerarse independiente. Por otra parte, sin dejar de advertir que hay contradicción en afirmar el dominio simultáneo y exclusivo de la sucesión ilíquida y el de menores sobre el inmueble prometido en venta, es del caso anotar que el citado artículo 303 del Código Civil, en la hipótesis de que fuera

atinente su cita, no implica prohibición absoluta de contratar, en forma que su violación por inobservancia de las formalidades que establece en razón del estado de las personas, induciría solamente nulidad relativa, cuya declaratoria no podría ser demandada sino por los menores, que son los dueños de la acción rescisoria establecida en su exclusivo beneficio por la ley.

Pero es que además de esto, que ya sería suficiente para dejar intacto el imperio del fallo acusado, el Tribunal lo sustentó en consideraciones sustantivas sobre la cuestión debatida que no se atacan en la demanda de casación. «El fondo del asunto —dice el recurrente—, esto es si existe o nó nulidad en el contrato de promesa de venta, es de menor importancia, desde que con posterioridad a la demanda la presunta vendedora se puso en imposibilidad de cumplir con el contrato, al vender el inmueble a un tercero, y en tal caso bastaría reclamar los perjuicios. Mas por esto tampoco ha debido el Tribunal rehusar fallar el asunto en cuanto al fondo, ya que el contrato de promesa de venta como todo contrato puede adolecer de nulidad. En una demanda pueden alegarse muchas causales de nulidad, pero de que no tengan fundamento, no se sigue que la acción sea improcedente.»

No es exacto que el Tribunal haya eludido el estudio y consideración del asunto esencial del litigio, ni tampoco que haya dicho que la acción era improcedente en el sentido de que no había lugar a estudiarla en el fondo. En el orden de importancia fundamental, como se vio al resumir la sentencia recurrida, expresó el Tribunal la circunstancia, calificada ya por la Sala como errónea pero mal atacada en casación, de no haber figurado en el juicio desde su comienzo uno de los promitentes compradores (Temístocles Zamora), pero expresó también como otro motivo básico para su decisión absolutoria las causas sustantivas que se encuentran al considerar el fondo de las acciones propuestas, y que consignó en los siguientes apartes de su fallo:

«En efecto, no debe perderse de vista que se trata de un contrato de promesa de venta; que dicho contrato es distinto del que debe ser consecuencia de la promesa; que el objeto de ésta es la obligación de hacer la venta y el objeto del contrato de venta es la cosa a que éste se refiere; y que si la venta de cosa ajena vale, y tiene toda su eficacia como originaria de obligaciones, a fortiori la tiene el de promesa cuyo objeto es sólo una obligación de hacer. Por consiguiente, que la cosa a que se refiere la promesa de venta sea ajena; que pertenezca a una sucesión en que son partes menores de edad, etc., son hechos que no inducen nulidad, porque si ello fuese cierto, o por cualquier otro motivo el promitente está o se pone en imposibilidad de cumplir su obligación de vender, entonces la acción que corresponde al contratante perjudicado es distinta de la de nulidad; según algunos fallos nacionales es la consagrada por el artículo 1610 del Código Civil.

«Se ha alegado también como causal de nulidad el hecho de que el inmueble a que se refiere la promesa de venta pertenece a una sucesión ilíquida en la que no se ha expedido el decreto de posesión efectiva, respecto de lo cual, se observa:

«Es necesario repetir que no se trata de un contrato de venta sino de una promesa cuyo objeto es únicamente la obligación de verificar la venta, y bastaría esto para no conceder fundamento a dicha alegación; pero no es por demás, transcribir sobre el particular el siguiente comentario del doctor Fernando Vélez, quien estima que la disposición del artículo 757 no contiene una prohibición expresa, y agrega: "pero suponiendo que el artículo 757 sea una disposición prohibitoria, como el 1401, establece que si alguno de los coasignatarios, ha enajenado una cosa que en la partición se adjudica a otro de ellos, se procederá como en el caso de venta de cosa ajena, quiere decir que la prohibición del artículo 757 tiene un efecto distinto al de la nulidad. Si esto no fuese así, tendremos que son contradictorios los artículos 757 y 1401, y que debe preferirse el último por ser posterior, desde que ambos tienen una misma especialidad, puesto que hablan de la venta que un heredero haga de los bienes de la sucesión."

«El contrato de promesa de venta de que se trata reúne los requisitos exigidos al efecto por el artículo 89 de la Ley 153 de 1887, siendo de anotar únicamente que de acuerdo con la jurisprudencia de nuestros Tribunales, es válido el otorgado por documento privado, ya que la disposición citada sólo exige sobre el particular que conste por escrito.

«Por otra parte, no se ha puesto en discusión la capacidad legal de los contratantes; tampoco se ha objetado falta de consentimiento, y la obligación de vender es lícita aunque se refiera a un bien ajeno.»

Los preinsertos conceptos de la sentencia, contra los cuales no podría hacerse válidamente ningún reparo jurídico y en los cuales reposa también la resolución del litigio, no han sido materia de acusación en la demanda fundamental del recurso. Propone el recurrente en su libelo una serie de consideraciones en torno de la reforma legislativa que introdujo el decreto de posesión efectiva de la herencia, que por no estar destinadas a demostrar concretamente violación de la

ley tienen un carácter propiamente académico y que por no plantear ningún problema ni solución prácticos dentro de la jurisdicción del recurso, no los hace objeto de especial análisis la Corte.

En mérito 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 Pasto el 10 de diciembre de 1941, que ha sido materia de este recurso de casación.

No hay lugar a condenación en costas. (Artículo 585 del Código Judicial).

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

JOSÉ MIGUEL ARANGO, ISAÍAS CEPEDA, LIBORIO ESCALLÓN, FULGENCIO LEQUERICA VÉLEZ, RICARDO HINESTROSA DAZA, HERNÁN SALAMANCA.—*Pedro León Rincón*, Secretario en propiedad.

FILIACION NATURAL

HISTORIA EVOLUTIVA DEL DERECHO SOBRE ESTA MATERIA EN FRANCIA. CINCO CASOS EN QUE PERMITE LA LEY FRANCESA LA INVESTIGACIÓN DE LA PATERNIDAD. HISTORIA SOBRE LA MATERIA EN COLOMBIA. ANALOGÍAS Y DIFERENCIAS ENTRE LAS DOS LEGISLACIONES. EL ESTATUTO PATRIO NO SEÑALÓ TÉRMINOS PARA EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN DE INVESTIGACIÓN. LA MUERTE DEL PADRE NATURAL ES CAUSA DE LA EXTINCIÓN DE ESA ACCIÓN. QUIÉN ES LEGÍTIMO CONTRADICTOR CONFORME A NUESTRA LEGISLACIÓN, EN LA CUESTIÓN DE PATERNIDAD. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 12 DE LA LEY 45 DE 1936 RESPUESTA A VARIAS OBJECIONES.

1. Sólo debido a una errada interpretación del artículo 12 de la Ley 45 de 1936 se ha venido dando intervención, como demandado, al Ministerio Público en los juicios sobre filiación natural, cuando únicamente debe considerarse como parte en los que sean iniciados por él, en virtud de lo dispuesto en el artículo 12.

2. Los cinco casos en que con criterio de justicia social admite la Ley 45 de 1936 la acción de investigación de la paternidad son similares en su esencia a los de la ley francesa de 1912, de suerte que las exposiciones de algunos expositores franceses como Josserand, Planiol y Ripert, Colin y Capitant sobre el particular tienen completa actualidad y aplicación al texto colombiano. Mas difieren las dos legislaciones en relación con los términos procesales para el ejercicio de la acción de estado y con la viabilidad y procedencia de la misma. Nuestra legislación no señala, como la francesa, términos perentorios para el ejercicio de la acción de investigación y, en cuanto a la viabilidad de la acción de investigación contra los herederos del presunto padre natural no es una misma la doctrina, pues en tanto que los tratadistas y la jurisprudencia franceses no admiten el fallecimiento del pretendido padre como causa extintiva del derecho del hijo, entre nosotros no cabe admitir lo mismo. Dentro del sistema normativo francés la doctrina y la jurisprudencia son rigurosamente lógicas Tales doctrina y jurisprudencia, fundadas en el silencio de la ley francesa y en el señalamiento de plazos cortos prescriptivos, no pueden tener aplicación en nuestro país, dado que la ley colombiana se apartó en tales extremos de la francesa. Al efecto, el estatuto patrio no fijó términos perentorios para el ejercicio de la acción; y en cambio la Ley 45 sí señaló de manera tácita o implícita la muerte del padre natural como causa de extinción de la acción.

3. Los artículos 403 y 404 del Código Civil, a los cuales quiso darles estricta y obligatoria aplicación la Ley 45 de 1936, son de tan diáfana claridad que no es necesario acudir a reglas complicadas de hermenéutica para conocer e interpretar su sentido. Estatuyen y consagran que en controversias de esta índole sólo es legítimo contradictor el padre contra el hijo o viceversa, y que siempre que esté comprometida la paternidad «*deberá intervenir el padre forzosamente.*» En consecuencia, siempre que en una cuestión esté comprometida la paternidad del hijo natural, deberá el padre intervenir, so pena de nulidad. Aunque la Corte comparte, en principio, la tesis general sobre la legitimidad de la personería de todo el que tenga interés jurídico sobre la materia, en perfecta armonía con ella acepta y sostiene que en estas acciones de investigación

de la paternidad el Código colombiano ha sentado una expresa, definida y concreta excepción a ese principio general de derecho procesal. Tal excepción está consagrada por los artículos 403 y 404 del Código Civil, sin que el más ilustrado y generoso jurisprudencial pueda modificar la interpretación y alcance de esos textos legales. En ellos se ha dispuesto que sólo puede ser legítimo contradictor el padre, so pena de nulidad, y que los herederos únicamente representan al contradictor legítimo que ha fallecido antes de la sentencia. No hay fuerza de dialéctica que tenga la operancia de oscurecer o modificar el sentido natural y obvio de tales preceptos, que establecen en una norma procesal especial a esta clase de controversias sobre filiación. Y si el artículo 7.º de la Ley 45 dispone perentoriamente que tales reglas del Código sean de obligatoria aplicación a los juicios de filiación natural, no es posible hacer un esguince a tan imperativos preceptos, para ir a derogarlos con el pretexto de darles aplicación a simples reglas de derecho procesal, que no se compadecen con nuestro sistema normativo en la materia.

4. En el artículo 403 se reconoce como exclusivo y legítimo contradictor en estos juicios al mismo padre, o a sus herederos o representantes, si fallece antes de fenecer el proceso Si no fuera esta la única interpretación que puede dársele al mencionado texto, quedaría sin sentido ni aplicación el artículo 404, en cuya virtud los herederos representan al contradictor legítimo que ha fallecido antes de la sentencia; lo que quiere decir que la accción tiene que iniciarse en vida del pretendido padre. Estima la Corte que al artículo 401 no puede dársele otra interpretación distinta de la de que los fallos en esta clase de juicios deben siempre producir efectos obligatorios para toda persona *erga omnes*, aunque no hayan estado representadas en el litigio, porque la naturaleza intrínseca de esta clase de controversias y la trascendencia de la declaración de filiación así lo exigen. Para esto sólo es necesario que se haya proferido la sentencia contra legítimo contradictor (artículo 402), pues bien claro resulta que si no existe en la parte opositora capacidad jurídica para ser parte, ningún resultado puede producir la declaración judicial de paternidad. Los fallos de filiación, para que prosperen, siempre han de seguirse contra legítimo contradictor, so pena de nulidad, y esos fallos siempre producirán efectos *erga omnes*.

5. Si en Francia nadie discute que el hijo tiene derecho a obtener la declaración de su filiación natural después de muerto el padre, eso se explica en presencia de determinantes preceptos como el artículo 1351 del Código Civil francés y la Ley de 16 de noviembre de 1912; pero en Colombia resulta que nuestro Código Civil, en sus artículos 401 a 403, y la Ley 45 de 1936 en su artículo 7.º disponen cosa distinta. El artículo 401 del Código Civil colombiano consagra no la teoría del legítimo contradictor, sino el principio de los efectos absolutos de las sentencias sobre filiación; de manera que la regla pragmática del artículo 17 del Código Civil no es aplicable a los procesos sobre filiación legítima o ilegítima, porque el legislador colombiano así lo ha querido al consagrar la regla de excepción del artículo 401, que atribuye efectos absolutos a esta clase de fallos. Por esa circunstancia no pueden tener aplicación en Colombia las reglas del derecho francés, ni puede adoptarse la jurisprudencia francesa sobre relatividad de estas decisiones, ni caben las observaciones de los doctrinales franceses.

6. No comparte la Corte el concepto de que la teoría del legítimo contradictor nada tiene que ver con el derecho del hijo a ejercitar la acción de reconocimiento ante los herederos del padre, porque nuestro legislador quiso precisamente que estas acciones sobre reconocimiento de la paternidad natural se siguieran con el supuesto padre, como legítimo contradictor en el proceso, y ante esa exigencia perentoria de nuestro sistema normativo es claro que la tesis del legítimo contradictor sí tiene que ver con la pretendida facultad del hijo para ejercitar la acción ante los herederos del padre.

7. El estado civil de hijo natural no puede adquirirse después de fallecido quien debía aceptarlo o rechazarlo, quien debía ser vencido en juicio por quien lo pretendiera, y una cosa es la transmisibilidad a los herederos de los derechos y obligaciones del *de cujus*, y otra totalmente distinta el estado civil, que no es derecho transmisible.

8. Al rechazar la Corte cualquiera interpretación de los textos legales citados que se base en teorías transaccionales francesas o en determinadas interpretaciones jurisprudenciales que no sean las que claramente establecen los preceptos de nuestro Código Civil, no admite la distinción que pretende establecer entre la tesis del legítimo contradictor y la viabilidad misma de la acción, pues si nuestra ley dijera en alguna de sus normas que los fallos sobre filiación tienen efectos absolutos cuando interviene el contradictor legítimo y sólo relativos cuando se obtiene contra los herederos o causahabientes, habría razón para formular esa glosa.

Pero como lejos de aceptar esa distinción consagra en el artículo 401 que esta clase de procesos sólo pueden adelantarse contra legítimo contradictor, aparece evidente que esa conclusión o distinción es infundada porque nuestra ley no la hace en texto alguno.

9. Nadie nace hijo natural respecto de su padre y para adquirir ese estado se requiere el cumplimiento de alguno de los dos requisitos que establece el artículo 1.° de la Ley 45 de 1936: reconocimiento voluntario del padre por alguno de los medios solemnes que estatuye taxativamente el artículo 2.°, o declaración judicial de filiación natural, hecha conforme a lo dispuesto en la citada Ley.

10. Por lo demás, la tesis de la Corte, que es la consagrada en textos expresos de nuestra legislación civil, resulta mucho más generosa, más eficaz y más protectora que las adoptadas en otras legislaciones, como las de Francia, Alemania, Bélgica, Suiza, etc., dado que en nuestro país y con aplicación de esta doctrina, la acción de reconocimiento puede ejecutarse durante toda la vida del pretendido padre, mientras que en aquellas legislaciones se han fijado términos cortos para su viabilidad y ejercicio. Ni se ajusta a la realidad del cargo de que se ha adulterado el pensamiento que tuvo el legislador al dictar esa Ley 45 de 1936, porque éste no tuvo la voluntad, ni menos el propósito de asignarle al nuevo estatuto la extensión y la eficacia a que se aspira con la interpretación que se pretende. Ni la doctrina de la Corte puede tacharse de exegética porque no está reñida con el método de interpretación científica.

11. A lo anterior agrega la Corte que el artículo 401 del Código Civil consagra, no la teoría del legítimo contradictor, sino el principio de los efectos absolutos de las sentencias sobre filiación; de manera que la regla pragmática del artículo 17 del Codigo Civil no es aplicable a los procesos sobre filiación legítima o ilegítima, porque el legislador colombiano así lo ha querido al consagrar la regla de excepción del artículo 401, que atribuye efectos absolutos a esta clase de fallos. Por esa circunstancia, no pueden tener aplicación en Colombia las reglas del derecho francés, ni puede adoptarse la jurisprudencia francesa sobre relatividad de estas decisiones, ni caben las observaciones de los doctrinantes franceses. Bien se explica, por otra parte, que en Francia nadie discuta que el pretendido hijo pueda perseguir la declaración, muerto el supuesto padre, porque el legislador francés, al atenuar el principio de la prohibición de la investigación de la paternidad natural, fijó los breves plazos extintivos de la acción consagrada en los ordinales 11, 12 y 13 del artículo 340 del Código Francés, plazos que en ese caso sí establecen un claro derecho sustantivo de acción procesal a favor de los interesados y que no pueden ser desconocidos por el juzgador, ni menos estar sometidos a la contingencia de la muerte del supuesto padre. En suma, la Corte expone tres argumentos más que refuerzan la doctrina que la Sala ha venido sosteniendo: *a*) El inciso final del artículo 4.° de la Ley 45 de 1936 indica que únicamente el presunto padre, desde luégo mientras viva, puede ser demandado para que se declare judicialmente la paternidad natural; *b*) De acuerdo con lo ordenado en el artículo 7.° de la Ley 45 de 1936, las reglas de los artículos 401, 403 y 404, entre otros, del Código Civil, se aplican al caso de la filiación natural. No se aplica, por tanto, lo dispuesto en el artículo 402. ¿Por qué? Sin duda porque el legislador quiso que los fallos sobre declaración de paternidad natural produzcan *siempre* efectos *erga omnes*, conforme al artículo 401, porque deben *siempre* pronunciarse contra el legítimo contradictor de que habla el artículo 403, o sea contra el presunto padre. De lo contrario, no se explicaría el que no se apliquen a esos fallos las reglas del artículo 402; *c*) Sostiene el doctor Zuleta Angel que "en todos los juicios que se refieran a la paternidad deberá intervenir forzosamente el padre, si vive, y si éste ha muerto, sus herederos," porque, en su sentir, «siendo los sucesores a título universal continuadores de la persona del *de cujus*, aquéllos sustituyen completamente a éste tanto desde el punto de vista pasivo como del punto de vista activo, de suerte que todos los derechos, bienes, obligaciones y cargas del *de cujus* pasan en principio a sus sucesores, pues la sucesión no es sino una transmisión de todos los bienes y cargas, salvo de aquellos que por disposición de la ley o por la convención se extingan con la muerte del *de cujus*.» Acepta la Sala que la tesis del doctor Zuleta Angel es exacta, como regla general de derecho, pero ella no tiene cabida en los casos de filiación natural, porque los artículos 401 a 404 constituyen una verdadera excepción a dicha regla general, y como tal excepción es de aplicación restrictiva. Desde luégo que el artículo 404 dice que "los herederos representan al contradictor legítimo que ha fallecido antes de la sentencia," está afirmando claramente que no lo representan cuando el juicio se inicia después de muerto aquél, porque si no fuera así sobraría completamente el citado artículo 404.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, 22 de septiembre de mil novecientos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Isaías Cepeda).

El 25 de julio de 1938 Peregrino Coral, por medio de apoderado, presentó demanda ordinaria sobre filiación natural ante el Juez Civil del Circuito de Túquerres para que, con audiencia del representante del Ministerio Público y de los señores Zenón Realpe y Trinidad Realpe, se hicieran por sentencia definitiva las siguientes declaraciones:

«Primera: Que mi mandante señor Peregrino Coral, mayor de edad y vecino del Municipio de Guachucal, es hijo natural del señor Presbítero doctor Eustorgio D. Morán y éste es su padre natural.

«Segunda: Que consecuencialmente de la declaratoria de filiación de paternidad natural (sic), se producen respecto a Peregrino Coral todos los efectos que la ley asigna a los hijos de tal condición, en defecto de otros legitimarios.»

Como hechos fundamentales de la demanda expuso el actor los que en seguida se transcriben:

«Primero: El señor Presbítero doctor Eustorgio D. Morán, en estado de soltería y antes de optar el carácter de clérigo con órdenes sagradas, estado en que falleció, tuvo por hijo a Peregrino Coral en la señora Sabina Coral, el que fue concebido por ésta también en estado de soltería, de donde procede su condición de hijo natural del expresado Padre Eustorgio D. Morán.

«Segundo: El señor Presbítero doctor Eustorgio D. Morán notoriamente reconoció y trató a Peregrino Coral como a su hijo natural desde su nacimiento, y con el carácter de padre natural atendió a su subsistencia, mediana educación, establecimiento y demás necesidades mediante la provisión de recursos, reconocimiento que ratificó una vez más en forma expresa ante sus deudos el día quince de febrero del año en curso, cuatro o cinco horas antes de su fallecimiento; por lo cual éstos, sus amigos y el vecindario de su domicilio en general siempre lo han reputado como hijo natural del señor Presbítero doctor Eustorgio D. Morán.

«Tercero: Peregrino Coral continuamente ha vivido en posesión notoria de su estado de hijo natural de su predicho padre Eustorgio D. Morán, por un lapso mayor de treinta años.»

El representante del Ministerio Público manifestó que estimaba procedente la acción siempre que en tiempo oportuno se demostraran satisfactoria y plenamente los hechos en que se apoyaba.

Los demandados Trinidad y Zenón Realpe contestaron la demanda oponiéndose a la acción intentada, negando los hechos y el derecho, y aquélla propuso las excepciones perentorias de «carencia de derecho e improcedencia de la demanda.»

El juicio terminó en la primera instancia por sentencia del veintiuno de noviembre de mil novecientos treinta y nueve, la cual estimó no probadas las excepciones propuestas, y además dijo:

«A su vez declara que el señor Peregrino Coral, de las notas civiles ya indicadas, es hijo natural del Presbítero señor Eustorgio D. Morán, y éste su padre natural; consecuencialmente esta declaratoria de filiación de paternidad natural (sic) surtirá todos los efectos que la ley asigna.»

No se hizo condenación en costas.

Apelado ese fallo por la parte demandada, subió el negocio al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, donde, surtida la tramitación correspondiente, se le puso fin por sentencia fechada el veintiuno de noviembre de mil novecientos cuarenta, por medio de la cual se confirmó la de primer grado, con salvamento de voto del Magistrado doctor Vicente Andrade.

Tampoco se hizo condenación en costas.

El Tribunal se refiere ampliamente a la doctrina sostenida por la Corte en su sentencia del 26 de abril de 1940 y a la propugnada en los salvamentos de voto de los señores Magistrados doctores Mújica, Salamanca y Tapias Pilonieta, y se pronuncia por la última.

Luégo hace un ligero análisis de las pruebas aducidas, para demostrar la posesión notoria del estado de hijo natural, y concluye que Peregrino Coral tiene esa calidad con respecto al Presbítero Eustorgio D. Morán.

EL RECURSO

Contra el fallo del Tribunal interpuso recurso de casación el señor apoderado de los demandados, quien, en extensa demanda, formula contra él nueve cargos, con fundamento en el artículo 520 del Código Judicial, los que pueden sintetizarse así:

1. El Tribunal omitió estudiar si el actor había demostrado ser mayor de edad, omisión que implica un manifiesto error de hecho, por falta de tal apreciación, con lo cual infringió, por no haberlos aplicado, los artículos 22 de la Ley 57 de 1887, 400 del Código Civil y 12 de la Ley 45 de 1936.

2. El fallo se profirió con audiencia de los señores Zenón y Trinidad Realpe, quienes fueron citados personalmente y en nombre propio, pero no como herederos y representantes del Presbítero Eustorgio D. Morán.

En esta materia el Tribunal incurrió en error de derecho evidente porque, en tales condiciones, dijo que debía entenderse que los señores Realpe eran demandados en su carácter de herederos.

3. El Tribunal incidió en error de derecho por infracción directa de los artículos 403 y 404 del Código Civil y 7.° de la Ley 45 de 1936, por esto: el fallo declara a Peregrino Coral, con audiencia de los señores Zenón y Trinidad Realpe, sin que ninguno de ellos tenga el carácter de presunto padre natural del actor, su condición de hijo natural respecto del Presbítero doctor Eustorgio D. Morán.

De acuerdo con estas disposiciones, mis mandantes no son *legítimos contradictores en el presente juicio*. El artículo 7.° de la Ley 45 de 1936 preceptúa que son aplicables a las controversias sobre filiación natural los artículos 401, 403 y 404 del Código Civil.

4. Errores de hecho y de derecho evidentes en que incurrió el Tribunal por errónea apreciación de la prueba con que se pretende acreditar que Coral nació de una mujer, Sabina Coral, cuya existencia se ignora. Tales errores llevaron al Tribunal a no darles aplicación a los artículos 1.° y 5.° de la Ley 45 de 1936, en armonía con otras disposiciones sustantivas.

5. Errores de hecho y de derecho en la apreciación de la prueba aducida por Peregrino Coral para demostrar que es hijo natural de Sabina Coral, con lo cual la sentencia violó los artículos 4.° y 5.° de la Ley 45 de 1936.

6 Errores de hecho y de derecho al considerar demostrada la existencia de Sabina Coral, los cuales llevaron al Tribunal a violar, por no haberlos aplicado, los artículos 90 del Código Civil y 9.° de la Ley 57 de 1887.

7. Errores de hecho y de derecho en que incurrió el Tribunal al estimar que con las declaraciones de Félix Bolaños, Mesías Realpe, Luz María de Gómez, Roberto Gómez, Francisco Chamorro y Félix Tobar se comprueba la existencia de la persona llamada Sabina Coral, con lo cual violó los artículos 22 de la Ley 57 de 1887 y 395 del Código Civil, en armonía con el 90 del propio Código y con el 9.° de la indicada Ley.

8 Error de derecho en la apreciación de la prueba testimonial con la cual se aspira a demostrar la posesión notoria del actor como hijo natural del doctor Eustorgio D. Morán, error que condujo al Tribunal a violar, entre otras disposiciones legales que el recurrente cita, los artículos 399 del Código Civil, 699 y 701 del Código Judicial y 6.° y 7.° de la Ley 45 de 1936.

9. Errores de hecho y de derecho en que incurrió el Tribunal al aceptar que con las declaraciones que el recurrente analiza, se prueba que el Presbítero Morán proveyó a la educación de Peregrino Coral, cuando existen otras declaraciones que demuestran que la educación primaria, que fue la única que recibió Coral, se la suministró su supuesta madre natural, Sabina Coral.

El señor Procurador Delegado en lo Civil, al contestar la demanda de casación, reitera su concepto relacionado con la tesis del legítimo contradictor en los juicios sobre filiación natural, que lo ha llevado a estar en desacuerdo con la doctrina sentada por la Corte al respecto, pero advierte que insiste en sostener que para conjurar los peligros acerca de la producción de pruebas falsas después de muerto el pretendido padre, el Juez ha de ser particularmente severo en la apreciación de los elementos correspondientes, y finaliza su concepto así:

«Aplicando ese criterio severo al caso *subjudice*, no sale muy bien librada la prueba producida sobre la posesión notoria del estado civil de hijo natural por parte del demandante. La parte recurrente hace un severo análisis y una muy bien fundada crítica de dicha prueba, lo que por hallarse de acuerdo con la verdad procesal ha de conducir a la conclusión de que hubo por parte del Tribunal errada apreciación de la prueba en referencia, lo cual lo condujo a la violación de la ley sustantiva por su indebida aplicación al caso del pleito.»

Conviene advertir, para que se tenga en cuenta en lo sucesivo por Jueces y Tribunales, que sólo debido a una errada interpretación del artículo 12 de la Ley 45 de 1936 se ha venido dando intervención, como demandado, al Ministerio Público en los juicios sobre filiación natural, cuando únicamente debe considerarse como parte en los que sean iniciados por él, en virtud de lo dispuesto en el mencionado artículo 12. Ya la Corte, en sentencia del 12 de agosto de 1941, dijo:

«La disposición del artículo 12 de la Ley 45 de de 1936 limita el número y calidad de las personas que legalmente tienen el derecho de demandar la declaratoria judicial de filiación, señalándolas taxativamente, durante la vida del hijo. Entre estos sujetos activos de la acción, dentro del orden y oportunidad que exige la ley, figura el Ministerio Público, comprensivo de sus diversas categorías. La citada disposición dice que el Ministerio Público es parte en los juicios sobre filiación, y que las acciones encaminadas a obtener su declaratoria judicial se surten precisamente por medio de abogado titulado, salvo cuando las siga un agente de ese Ministerio, de tal manera que es indiscutible que en último término asiste al Ministerio Público derecho de intervención como actor o la facultad para instaurar acciones sobre inves-

tigación y declaración de filiación natural. No es pertinente estudiar aquí el carácter de esta intervención ni los casos en que es legalmente posible el ejercicio de esta personería activa. Fuera de estas ocurrencias en que legítimamente puede asumir la calidad de demandante, el Ministerio Público puede intervenir e interviene como lo manda la ley, ya no estrictamente como parte, sino más bien como el órgano del interés público para vigilar la actuación de la ley, en consideración al trascendente interés social que conlleva el ejercicio de estas acciones familiares, para prevenir e impedir el engaño o el fraude en las declaratorias judiciales de la calidad civil de hijos naturales. Pero lo que no puede entenderse autorizado por la ley ni por la doctrina en materia de intervención del Ministerio Público es lo que en este pleito se ha querido hacer, esto es, darle la calidad legal de legítimo contradictor a uno de sus agentes o funcionarios para obtener con su exclusiva audiencia la declaratoria judicial de filiación.» (*Gaceta Judicial*, número 1978, página 181).

El señor doctor Eduardo Zuleta Angel, apoderado del actor, solicitó audiencia pública en este negocio, a fin de analizar ampliamente la doctrina sustentada por la Corte en lo relativo a filiación natural. Adelante se referirá la Sala a los argumentos aducidos por tan distinguido jurisconsulto.

ESTUDIO DE LOS CARGOS

Entre los cargos formulados encuentra la Corte que es fundado el marcado con el número 3.°, o sea el de violación directa de los artículos 403 y 404 del Código Civil y 7.° de la Ley 45 de 1936, porque el juicio se inició cuando ya el presunto padre del actor había muerto, por lo cual no se siguió contra el legítimo contradictor. De consiguiente, el estudio se concreta a dicho cargo, con prescindencia de los otros como lo ordena el artículo 538 del Código Judicial.

Ahora bien: como el caso en estudio es perfectamente igual a los que decidió la Corte por sentencias de fechas 26 de abril de 1940 y 30 de junio de 1941, y como el objeto del recurso de casación es uniformar la jurisprudencia, y la Sala no encuentra razones suficientemente poderosas para variar la doctrina sostenida en aquellos fallos, es pertinente reproducir aquí, como fundamento de esta sentencia, lo dicho en el último de aquéllos, en el cual no sólo se sostuvo la jurisprudencia sentada en el primero, sino que se amplió y completó convenientemente.

Dice así:

«FILIACIÓN NATURAL. EVOLUCIÓN DEL DERECHO EN ESTA MATERIA

«*A.—En Francia:*

«A través del derecho feudal europeo se halla reconocido y consagrado el principio de la libre investigación de la paternidad, como un postulado de derecho natural que inclina fatalmente a los seres a buscar y conocer a sus progenitores.

«Así lo consagró el derecho francés de la antigua monarquía, pero tal régimen de la libre investigación de la paternidad vino a ser abolido por la Revolución Francesa, en la Ley del 12 de Brumario, año II, promulgada por la Convención Revolucionaria, que así procedió a pesar de haber sentado principios rígidos de justicia social e igualdad jurídica y de haber abolido todas las prerrogativas del sistema feudal.

«Las razones que asistieron a la Convención para proceder con tan severo criterio nos las explican los expositores Planiol y Ripert en su *Traité Elémentaire de Droit Civil*, en esta forma: "En el antiguo derecho, hasta la Revolución, la investigación de la paternidad era libre, aunque con fines distintos de los actuales, porque los bastardos carecían de derechos sucesorales: se dirigía al único objeto de obtener alimentos. Sin embargo, las acciones de investigación eran frecuentes. Los procesos de este género vinieron a ser, según la expresión de Rigot du Presmeneu, el azote de la sociedad. Tronchet refiere que las muchachas que querían dar un padre a sus hijos, perseguían al más rico de los que las habían frecuentado. Cuando una muchacha se declaraba encinta e indicaba un hombre como el autor de su embarazo, ese hombre era condenado sin remedio, con la simple afirmación de ella, a proveer provisionalmente a los gastos del parto de la madre y al mantenimiento del hijo. De ahí el adagio: *Virgini praegnati creditur.*"

«Expirada en Francia la etapa revolucionaria, el Código de Napoleón de 1604 consagró el mismo criterio revolucionario, al prohibir en el artículo 430 la libre investigación de la paternidad ilegítima, con la única excepción del caso de rapto.

«Al decir de los principales redactores de tan famosa obra, el antiguo sistema deshonró la justicia y asoló la sociedad. Tal norma prohibitiva se mantuvo en Francia hasta 1912, en que —atendiéndose a la opinión expresada por tratadistas y tribunales contra la inflexibilidad de la prohibición— se dictó la Ley de 16 de noviembre de 1912, que autoriza la investigación de la paterni-

dad en cinco casos, aunque manteniendo implícitamente la prohibición en principio.

«El eminente expositor Luis Josserand explica en su *Cours de Droit Civil Français* tal evolución del derecho francés en materia de investigación de la paternidad.

«Dice así:

"En nuestro antiguo derecho la investigación de la paternidad era libre, y aun cuando no podía aspirarse a recoger una herencia, puesto que en aquella época no heredaban los bastardos, se utilizó de manera muy frecuente y abusiva. Por eso el derecho intermedio tuvo que reaccionar prohibiendo la investigación de la paternidad natural. El Código Civil siguió el derecho revolucionario en el sentido en que se había orientado..... La Jurisprudencia no podía hacer cosa distinta de inclinarse ante la prohibición formulada por razones de orden público..... Una campaña de protesta se inició contra el régimen del Código Civil, que consagraba el derecho del más fuerte, por escritores, dramaturgos, sociólogos y moralistas.

"Esta campaña tuvo su culminación en 1912, en que vino a autorizarse la investigación de la paternidad natural..... Esta Ley, con espíritu de moderación, de humanidad y de justicia, realiza una transacción aceptable entre los intereses antagónicos que se enfrentan en las relaciones extramatrimoniales. El dogma de la irresponsabilidad del padre natural se quebranta, sin que se abra la puerta a los abusos y a las tentativas de chantaje..... La Ley de 1912 no cambió completamente la situación anterior; no abolió la regla que prohibe la investigación de la paternidad natural. Se limitó a consagrar importantes derogaciones al principio; pero la base no se cambió, y por consiguiente, la Ley de 1912 requiere interpretación restrictiva." (Páginas 679 a 681).

«Los cinco casos en que permite la ley francesa de 1912 la investigación de la paternidad son los siguientes:

«1.º En el caso de rapto o violación, cuando la época del rapto o de la violación coincide con la de la concepción.

«2.º En el caso de seducción realizada mediante actos dolosos, abuso de autoridad, promesa de matrimonio o de esponsales, si existe un principio de prueba por escrito, según indica el artículo 1347.

«3.º En el caso de que existan cartas u otro escrito privado cualquiera del presunto padre y de los cuales resulte una confesión inequívoca de paternidad.

«4.º En el caso de que el pretenso padre y la madre hayan vivido en concubinato notorio durante el período legal de la concepción.

«5.º En el caso de que el pretenso padre haya provisto o participado, en calidad de padre, al mantenimiento y educación del hijo.

«Comentando Planiol y Ripert esta reforma y la nueva redacción del artículo 340 del Código Francés, dicen que «La enumeración legal es limitativa y los Tribunales no pueden declarar arbitrariamente una filiación fuera de los casos previstos.»

«B) *En Colombia.*

«Calcado nuestro Código Civil en el proyecto primitivo de don Andrés Bello, todo su ordenamiento fue inspirado en el Código de Napoleón, la legislación canónica y el antiguo derecho español. Bajo tales influencias dividió la progenie en dos clases: hijos legítimos e ilegítimos, y dentro de éstos los de dañado y punible ayuntamiento, los naturales (ilegítimos reconocidos) y los simplemente ilegítimos. Eran hijos naturales los nacidos fuera del matrimonio, pero reconocidos por sus padres o por uno de ellos, reconocimiento que debía hacerse por instrumento público entre vivos o por acto testamentario. (Artículo 318 del Código Civil, derogado por el artículo 65 de la Ley 153 de 1887).

«Nuestro Código no quiso adoptar el sistema prohibitivo del francés en lo relativo a la investigación de la paternidad, y, separándose de tales influencias, adoptó el principio contrario, de la libertad de investigación. Al efecto, todo hijo nacido fuera del matrimonio y no reconocido voluntariamente por sus padres, en la forma anterior, podía hacer que su padre o madre lo reconociera, haciéndole citar ante el Juez para que, bajo juramento, declarara sobre la pretendida paternidad. Tal investigación podía solicitarla el mismo hijo natural personalmente o por intermedio de cualquier persona que probara haber cuidado de su crianza. (Artículos 319 a 323 del Código Civil, derogados por el artículo 65 de la Ley 153 de 1887).

«Pero conviene advertir que tanto el reconocimiento voluntario de los padres naturales, como la declaración judicial de paternidad, estaban destinados a producir en el sistema de nuestro Código limitados efectos jurídicos, tales como el derecho de los padres de cuidar personalmente de sus hijos y atender a los gastos de crianza y educación, incluyéndose en esta última la enseñanza primaria y el aprendizaje de una profesión u oficio. (Artículos 333 y 334 del Código Civil, derogados por el artículo 75 de la Ley 153 de 1887).

«La Ley 153 de 1887 incorporó en nuestra legislación civil modificaciones sustanciales al régimen consagrado por el Código en materia de filiación ilegítima. Ante todo, sólo otorgaba la condición y prerrogativas de hijo natural al nacido fuera de matrimonio que no proviniera, a la vez, de dañado ayuntamiento; quedando éstos, es decir, los adulterinos e incestuosos, al margen de toda protección de la ley, salvo la excepción del artículo 66 de la Ley 153 de 1887 respecto de los alimentos.

«Igualmente adoptó este nuevo estatuto el sistema del Código francés, consagrando que el reconocimiento era un acto libre y voluntario del padre o de la madre que reconoce; lo que equivale a prohibir implícitamente la investigación de la paternidad en las uniones ilegales. Cuando el reconocimiento provenía de un acto voluntario, debía hacerse por instrumento público o por acto testamentario; debía ser aceptado o repudiado por el hijo; podía ser impugnado por toda persona que probara tener interés actual en ello; y tampoco debía producir otros efectos que los de cuidar personalmente de los hijos naturales y atender a los gastos de su crianza y alimentación, incluídos los de la enseñanza primaria y el aprendizaje de una profesión u oficio. (Artículos 54 a 59, 61 y 62 de la Ley 153 de 1887).

«Una sola excepción vino a consagrarse dentro de este nuevo régimen prohibitivo de la investigación de la paternidad, en el artículo 7.° de la Ley 95 de 1890, al sentar la presunción de reconocimiento por parte de la madre respecto de los hijos concebidos por ella siendo soltera o viuda, los que en consecuencia tendrían el carácter de naturales con relación a su madre.

«Este régimen restrictivo de la investigación perduró hasta que vino a ser modificado por el actual estatuto, consagrado en la Ley 45 de 1936, que autoriza la investigación y la consiguiente declaración judicial de la paternidad en determinados casos, taxativamente señalados en el artículo 4.° de esta Ley.

«En virtud de la Ley 45 se abolieron las distinciones existentes entre hijos de dañado ayuntamiento, naturales o simplemente ilegítimos, considerándose genéricamente como naturales los habidos fuera del matrimonio, cuando hayan sido reconocidos o declarados tales con arreglo a las normas de la misma Ley.

«*Analogías y diferencias existentes entre las dos formas.*

«Los cinco casos en que con criterio de justicia social admite la Ley 45 de 1936 la acción de la investigación de la paternidad son similares en su esencia a los ya transcritos de la Ley francesa de 1912, y por eso no es necesario reproducirlos. De tal analogía se desprende que los comentarios que hacen los expositores franceses Josserand, Planiol y Ripert, Colin y Capitant, alrededor de los fundamentos de esas causales de investigación, tienen completa actualidad y aplicación al texto colombiano. No es en esta materia donde la Corte considera que debe separarse del ilustrado criterio de tan doctos tratadistas, sino en otras en que sí existe positiva diferencia entre las dos reformas porque la ley colombiana quiso consagrarlas.

«Tales diferencias se refieren a dos extremos fundamentales, a saber: *a*) Términos procesales para el ejercicio de la acción de estado; *b*) Viabilidad y procedencia de la misma.

«A) *Ejercicio de la acción de estado.*

«Es ésta la primera cuestión en que la reforma colombiana se apartó de la francesa, porque mientras nuestra Ley 45 no señaló términos perentorios y especiales para el ejercicio de la acción de investigación, sí los señaló el ordenamiento francés de 1912, determinando así estos plazos: dos años para la madre o el tutor dativo, que se cuentan desde la fecha del parto si no ha habido concubinato notorio (ordinal 11); en caso de haber existido éste o cuando el padre ha contribuído al mantenimiento o educación del hijo, los dos años se cuentan desde la cesación de las relaciones (ordinal 12); si la acción no ha sido intentada durante la menor edad, tiene el hijo un año para promoverla, contando desde cuando llegue a la mayor edad (ordinal 13).

«Colin y Capitant, en su *Cours de Droit Civil*, explican de esta manera el fundamento de tales plazos restrictivos señalados por la ley francesa para el ejercicio de esta acción: "La Ley 16 de noviembre de 1912 ha incluído igualmente en un plazo bastante breve el ejercicio de la acción que en ella se organiza. Considera que importa no dejar al pretendido padre bajo la amenaza indefinida de un proceso. Por otra parte, las legislaciones extranjeras señalaron el camino a la nuestra concediendo un plazo bastante corto a la investigación (Suiza e Inglaterra, un año; Bélgica, tres años; Holanda y Alemania, tres años)."

«Esta marcada diferencia existente entre la ley francesa y la nuestra, tiene trascendental importancia para poder apreciar con toda claridad por qué en Francia sí se puede enderezar esta acción contra los herederos o causahabientes del padre fallecido, y en Colombia no es esto posible, dentro del ordenamiento legal que rige esta materia. Esto se explica entre otras razones que luégo se

expondrán, porque en la ley francesa los plazos breves y perentorios señalados para el ejercicio de la acción, no pueden modificarse ni menos suspenderse o extinguirse por la muerte del padre; de ahí que con la más rigurosa lógica los tratadistas y la jurisprudencia francesa no admitan el fallecimiento del pretendido padre como causa extintiva del derecho del hijo, cuando esta muerte ocurre pendientes aún los términos legales para el ejercicio de la acción.

«*B) Viabilidad y procedencia de la acción de estado.*

«El señor Procurador Delegado en lo Civil sostiene la tesis contraria a la expuesta, y arguye que en Colombia también es viable la acción de investigación contra los herederos del presunto padre, fallecido antes. Se funda en el concepto de ilustrados comentadores franceses, y transcribe el de Savatier, quien, en su obra *La Recherche de la Paternité*, sostiene que, aunque la muerte del presunto padre hace más difícil la situación procesal de la parte demandada, no se opera la extinción de la acción porque la ley francesa nada en contrario estatuye sobre el particular, y porque siendo taxativa la inadmisibilidad, no se puede suplir por interpretación el silencio de la ley.

«Considera la Corte que dentro del sistema normativo francés son rigurosamente lógicos los anteriores comentarios.

«Pero tal doctrina y jurisprudencia, fundados en el silencio de la ley francesa y en el señalamiento de plazos cortos prescriptivos, no pueden tener aplicación en nuestro país, dado que la ley colombiana se apartó en tales extremos de la francesa. Al efecto el estatuto patrio no fijó los términos perentorios para el ejercicio de la acción; y en cambio —éste es el argumento básico de la tesis sustentada en este fallo— la Ley 45 sí señaló de manera tácita o implícita la muerte del padre natural como causa de extinción de la acción, como pasa a demostrarlo la Sala.

«El artículo 7.º de la Ley 45 de 1936 dispone que son aplicables a las controversias sobre filiación natural los artículos 401, 403 y 404 del Código Civil. Estos dos últimos preceptos son de este tenor:

"Artículo 403. Legítimo contradictor en la cuestión de paternidad es el padre contra el hijo, o el hijo contra el padre, y en la cuestión de maternidad el hijo contra la madre o la madre contra el hijo.

"Siempre que en la cuestión esté comprometida la paternidad del hijo legítimo, deberá el padre intervenir forzosamente en el juicio, so pena de nulidad.

"Artículo 404. Los herederos representan al contradictor legítimo que ha fallecido antes de la sentencia; y el fallo pronunciado a favor o en contra de cualquiera de ellos, aprovecha o perjudica a los coherederos, que, citados, no comparecieron.»

«Los anteriores textos son de tan diáfana claridad que no es necesario acudir a reglas complicadas de hermenéutica para conocer e interpretar su sentido. Estatuyen y consagran que en controversias de esta índole sólo es legítimo contradictor el padre contra el hijo o viceversa, y que siempre que esté comprometida la paternidad "*deberá intervenir el padre forzosamente*" (subraya la Corte), so pena de nulidad.

«Es evidente que esos preceptos del Código Civil fueron dictados para regular los litigios sobre filiación en general; pero como la Ley 45, que viene a reglamentar la filiación natural sobre nuevos postulados de justicia social, estimó prudente darles estricta y obligatoria aplicación en controversias de esta última naturaleza, ningún recurso de sana lógica puede ofrecer otra interpretación, distinta a la de que son obligatoriamente aplicables al caso de autos; en consecuencia, siempre que en una cuestión esté comprometida la paternidad del hijo natural, deberá el padre intervenir, so pena de nulidad.

«Sostiene el Procurador Delegado, en su memorial de oposición, que tal interpretación dada al artículo 7.º de la Ley 45 de 1936 es fruto del criterio exegético, porque "es norma de derecho procesal que puede ser sujeto pasivo de una acción civil todo aquel que ostente un interés jurídico en la oposición. Para que el ejercicio de una acción civil se sustraiga a esta norma general —agrega— es indispensable que un precepto expreso y claro de la ley así lo establezca. Un precepto tal es de excepción y de limitada interpretación y aplicación." Más adelante dice:

"No hay texto legal claro yexpreso que consagre la extinción de la acción en referencia por muerte del pretendido padre. El recurrente saca esta conclusión interpretando extensivamente los artículos 403 y 404 del Código Civil. Pero según lo anteriormente dicho, tratándose de un caso de excepción a las reglas generales del derecho procesal, toda interpretación ha de ser restringida."

«Considera la Corte que carece de fundamento la glosa que hace el representante del Ministerio Público, de que se aplica un criterio exegético al aceptarse la anterior conclusión. Comparte, en principio, la tesis general que acaba de transcribirse sobre legitimidad de la personería de todo el que tenga interés jurídico; y en perfecta armo-

nia con ella, acepta y sostiene que en estas condiciones de investigación de la paternidad el Código colombiano ha sentado una expresa, definida y concreta excepción a ese principio general de derecho procesal, de que todo el que tenga interés jurídico en los resultados judiciales de una acción, puede accionar u oponerse en el respectivo proceso. Tal excepción viene consagrada por los artículos 403 y 404 del Código Civil, sin que el más ilustrado y generoso criterio jurisprudencial pueda modificar la interpretación y alcance de esos textos legales. En ellos se ha dispuesto que sólo puede ser legítimo contradictor el padre, so pena de nulidad, y que los herederos únicamente representan al contradictor legítimo que ha fallecido antes de la sentencia. No hay fuerza dialéctica que tenga la operancia de oscurecer o modificar el sentido natural y obvio de tales preceptos, que establecen una norma procesal especial a esta clase de controversias sobre filiación. Son preceptos de excepción, es verdad; y limitados como se quiera en su interpretación y aplicación, siempre conducen, dentro del criterio hermenéutico más científico, a limitar en estos juicios el papel de opositor al padre, contra quien debe enderezarse la demanda e iniciarse, cuando menos, el litigio.

«Y si el artículo 7.º de la Ley 45 dispone perentoriamente que tales reglas del Código sean de obligatoria aplicación a los juicios de filiación natural, no es posible hacer un esguince a tan imperativos preceptos, para ir a derogarlos con el pretexto de darle aplicación a simples reglas de derecho procesal, que no se compadecen con nuestro sistema normativo en la materia.

«Considera el vocero del Ministerio Público que admitir el término extintivo de la acción de investigación de la paternidad es ir contra los fines sociales de la ley, que los consagra con absoluta independencia de la voluntad del padre. A tales observaciones observa así la Corte:

«*a*) La ley francesa, que en parte se tuvo en cuenta al dictarse la Ley 45, estableció, esa sí, términos cortos de prescripción de tal acción, "para no abrirle la puerta a los abusos y a las tentaciones de chantaje," como dice Josserand; de donde se desprende que el pensamiento de los autores del sistema no era crear un medio de investigación judicial que sometiera sin restricciones al presunto padre o a sus herederos o causahabientes a las amenazas de una inquisición indefinida;

«*b*) Limitar implícitamente su ejercicio a la vida del pretendido padre no es someter a su voluntad los resultados del proceso, porque éste no tiene poder de limitar su existencia, que puede ser longeva.

c) El alto fin social de la Ley 45 es proteger a la progenie extra matrimonial y desamparada, tutelándola contra el abandono paterno o el olvido de elementales deberes impuestos por la naturaleza; pero tal protección no debe extravasar los límites de la necesidad, ni convertirse en constante amenaza de la familia, otorgándole a los aspirantes temerarios de herencias un instrumento eficaz para perturbar el ritmo de los hogares, cuando una vez fallecido el presunto padre, se hace más difícil y expuesta a errores la investigación de la paternidad.

«De allí que las legislaciones más avanzadas, como las de Francia, Suiza, Holanda, Bélgica, Inglaterra y Alemania, hayan establecido plazos precisos y cortos para la extinción de la acción, a efecto de concretar el debate dentro de limitaciones cronológicas que hagan factible la investigación de la paternidad. La ley colombiana no ha fijado términos especiales para su ejercicio, pero estimó necesario la presencia del pretendido padre en el debate, y por eso actualizó para estos casos la aplicación de los artículos 403 y 404 del Código Civil.

«Hay otro argumento del Procurador Delegado que conviene estudiar para apreciar su carencia de operancia al caso de autos. Dice que el legítimo contradictor de que habla el artículo 403 "considerado en la persona física del pretendido padre, es únicamente para los efectos jurídicos procesales de que tratan los dos artículos anteriores, a saber: para que el fallo sobre filiación produzca efectos *erga omnes*, y no únicamente respecto de las personas que han intervenido en el juicio".

«No alcanza a ver la Corte en qué funda esta trascendental distinción el señor Jefe del Ministerio Público al sostener que un fallo judicial sobre filiación solamente produce efectos *erga omnes* cuando se dicta contra el padre como legítimo contradictor; pero que ese mismo fallo produce efectos limitados a las partes cuando se pronuncia contra los herederos o representantes del pretendido padre. Bien estudiados tales preceptos se ve que no consagran ellos tan importante diferenciación sobre las resultas del proceso; y donde la ley no distingue, no le es lícito hacerlo al juzgador.

«Lo que se desprende de tales preceptos es una consecuencia jurídica bien distinta de la deducida. En el artículo 403 se reconoce como exclusivo y legítimo contradictor en este juicio al mismo padre, o a sus herederos o representantes, si fallece antes de fenecer el proceso. Si no fuera ésta la única interpretación que puede dársele al mencionado texto, quedaría sin sentido ni

aplicación el artículo 404, en cuya virtud los herederos representan al contradictor legítimo que ha fallecido antes de la sentencia; lo que quiere decir que la acción tiene que iniciarse en vida del pretendido padre.

«Estima la Corte que al artículo 401 del Código Civil no puede dársele otra interpretación distinta de la de que los fallos en esta clase de juicios deben siempre producir efectos obligatorios para toda persona aunque no haya estado representada en el litigio, porque la naturaleza intrínseca de esta clase de controversias y la trascendencia de la declaración de filiación así lo exigen. Para esto sólo es necesario que se haya proferido la sentencia contra legítimo contradictor (artículo 402), pues bien claro resulta que si no existe en la parte opositora capacidad jurídica para ser parte, ningún resultado puede producir la declaración judicial de paternidad. Quiere esto decir que con tales preceptos sólo se ha querido consagrar una excepción a lo establecido en los artículos 17 del Código Civil y 473 del Código Judicial, que limitan los efectos relativos de los fallos judiciales respecto de las personas que han intervenido en el proceso. Los de filiación, para que prosperen, siempre han de seguirse contra legítimo contradictor, so pena de nulidad, y los fallos siempre producirán efectos *erga omnes*.

«Las relaciones del progenitor al procreado comprenden como es obvio dos términos o factores esenciales, el del padre y el del hijo, y entrañan dos fenómenos legales: la paternidad respecto del primero, la filiación respecto del segundo.

«Estos dos fenómenos se traducen o dan nacimiento al ejercicio de las acciones judiciales correspondientes, que pueden dividirse en dos grandes categorías: *a*) la de impugnación del estado civil de hijo legítimo, estado constituído, y *b*) la encaminada a obtener un estado civil no constituído previamente. Como ejemplo de la primera categoría está la impugnación de la legitimidad del hijo; como ejemplo de la segunda, la investigación y declaración de la paternidad natural.

«En el primer caso se parte de la existencia de un acto normal y legal, el matrimonio, que con su presunción *pater is est quem nuptiae demonstrat*, ampara y cobija la legitimidad de los hijos nacidos de esa unión normal y permanente por su naturaleza. De ahí que sólo destruída tal presunción, surja la ilegitimidad del hijo. La regla, pues, en el matrimonio, es la legitimidad; la excepción, la ilegitimidad.

«En las uniones libres en donde no se presume legalmente la fidelidad de la mujer y que no son permanentes por su naturaleza, y esto es lo que distingue el matrimonio del concubinato, según apuntan los autores, el fruto de aquéllas, no puede adquirir el estado civil de hijo natural, por presunción, que ampare esa unión, sino que es preciso por medio de pruebas adecuadas, convertir el estado civil o situación irregular o anormal, que esa sí se presume, en un estado civil regular, el de hijo natural, el cual pasa, en ese caso, a un estado civil constituído, dejando cuando eso suceda su condición de ilegítimo.

«Las acciones comprendidas en las dos categorías anteriores, son restrictas, por su naturaleza, desde el punto de vista del tiempo y de las personas que pueden ejercitarlas y entrañando cuestiones de orden público que van anexas a la tranquilidad y seguridad de la familia, se diferencian en su ejercicio y hasta en su modo probatorio, de las demás acciones legales, diferencia principal que consiste en que el principio de que toda persona que tiene un interés jurídico, puede ejercitar la acción correspondiente, tiene una marcada excepción.

«Esta es la razón por la cual el legislador colombiano, teniendo en cuenta los anteriores principios, sienta la norma del legítimo contradictor en los juicios tanto de impugnación de la legitimación, estado constituído, como en los de declaración de la calidad natural de un hijo, estado no constituído.

«Mas no paran aquí las diferencias de las acciones de estado civil a que se viene haciendo referencia, con las demás acciones legales, sino que aquéllas tienen una configuración jurídica que les es propia y exclusiva.

«En primer término, no pudiendo hacer nada de lo relacionado con el estado civil de las personas materia de transacción ni menos de cesión, los derechos emanados de ese estado no pueden cederse ni tampoco ser ejercitados por personas diferentes de quienes tienen esa calidad, lo cual no pasa con los derechos emanados de las demás acciones. El estado civil de las personas lo regula la ley, y los particulares no pueden a ese respecto sino someterse al estatuto, porque no dependen de la autonomía de la voluntad; al paso que los actos jurídicos entran dentro de la esfera de esa autonomía, y por eso los particulares pueden regularlos, no teniendo como límite sino el orden público o las buenas costumbres.

«El estado civil de las personas no se adquiere ni se pierde por prescripción, puesto que lo que existe al respecto es el plazo legal que hace imposible, ya la acción de impugnación, ya la de reconocimiento de la calidad de hijo natural —como sucede en la legislación francesa— plazo establecido por motivos de seguridad social, imposible como es mantener al respecto un estado de cosas de carácter indefinido.

«No siendo transmisibles las acciones de estado civil ni este estado mismo, los herederos de un causante no adquieren la personería de aquél para reclamar un estado civil que éste no reclamó, ni están sujetos a las controversias a que pudo estar sometido su causante en vida, por una reclamación de estado civil a favor o en contra de él.

«Esto depende del carácter estrictamente personal de las acciones derivadas del estado civil y de que éste termina con la muerte de la persona; las obligaciones transmisibles de un causante son las constituídas por éste, bien por su propia voluntad, ya por ministerio de la ley, pero nunca las de un estado civil.

«Por eso no vacilan los autores y la jurisprudencia en sostener que muerto el hijo que tenía acción para investigar la paternidad, sus herederos no heredan esa acción, y así lo ha sostenido esta Corte en sentencia de fecha 24 de mayo de 1939.

«Las sentencias que fallan sobre un estado civil producen efectos *erga omnes*, o sea, que quien adquiere ese estado resulta vinculado no solamente con su padre sino con los parientes de éste; por el contrario, quien lo pierde, cuando el fallo es sobre impugnación, esa relación de parentesco que existía antes se extingue no sólo respecto del padre sino de los parientes de éste.

«No puede por eso sostenerse que el reconocimiento de un estado civil, como el de hijo natural, no tiene sino efectos meramente patrimoniales y no constituye una vinculación de parentesco sino respecto del padre, porque el estado civil tiene una trascendencia mucho mayor que el concepto patrimonial, puesto que abarca y comprende las relaciones de familia. No se comprende en verdad cómo establecida la filiación natural de un hijo por un fallo judicial, pudiera éste contraer matrimonio con una de las hijas del padre a quien se le ha impuesto ese reconocimiento. Además, el concepto patrimonial, considerado en sí mismo, no constituye un deber del padre respecto de los hijos, porque si el padre está obligado a alimentar, corregir y educar a éstos, no está obligado a dejarles bienes que formen luégo la masa herencial.

«Siendo tan grave y trascendental la impugnación de un estado civil o la constitución de otro distinto del actual que se posee, y diciendo esta constitución una relación directa entre progenitor y procreado, la intervención del primero, sea como demandante, sea como demandado, es de todo punto necesaria e indispensable. Por eso los dos factores que constituyen la relación de paternidad y filiación deben intervenir en esta clase de juicios, y sería muy grave y funesto para las relaciones de familia sostener lo contrario, pues se llegaría a que extraños pudieran venir a crear una relación de esa clase, que no compete sino a los ligados entre sí por una relación de parentesco.»

1. A la doctrina anterior sustentada por la Corte se han hecho las observaciones que pasan a enumerarse:

I. La sentencia que declara la filiación del hijo natural es simplemente declarativa, luego le es aplicable el principio de la relatividad de los fallos judiciales: *res judicata inter alios aliis neque nocere neque prodesse potest.*

Estima la Sala que este argumento no viene al caso porque no es del principio general de la relatividad de los efectos de los fallos judiciales de donde se deduce el efecto declarativo de las sentencias; la premisa puede ser exacta; pero la conclusión no lo es. Lo que hay en el particular es que el principio general en referencia no tiene aplicación por las razones indicadas y por las que van a verse, cuando se trata de filiación.

II. En Francia nadie discute que el hijo tiene derecho a obtener la declaración de su filiación natural después de muerto el padre, y que tales fallos tienen sólo fuerza relativa de cosa juzgada.

—

Acepta la Corte la veracidad de la aseveración anterior y se la explica porque en Francia el artículo 1351 del Código Civil y la Ley de 16 de noviembre de 1912 así lo estatuyen. Pero en Colombia resulta que nuestro Código Civil, en sus artículos 401 a 403, y la Ley 45 de 1936 en su artículo 7.° disponen cosas muy distintas, como pasa a demostrarse.

En Francia el precitado artículo 1351 establece una regla general y única sobre fuerza relativa de los fallos judiciales. La Ley reformadora de 1912 no contiene texto especial que le asigne un carácter absoluto o *erga omnes* a las sentencias de estado civil. De tan típica reglamentación de la materia proviene que la jurisprudencia constante de los Tribunales franceses les atribuya a los fallos sobre estado civil, muy a su pesar, como así lo expresan, una fuerza apenas relativa y limitada a los litigantes, por no existir en la legislación francesa una norma especial y expresa que derogue o atempere la regla general contenida en el artículo 1351. Este precepto dice que para que haya lugar a cosa juzgada es necesario «que la demanda se entable entre las mismas partes.» Con rigurosa lógica se concluye allá que la sentencia que reconoce un estado civil a un individuo sólo tiene valor con relación a aquellos que han intervenido en el proceso. Para derogar esta regla rígida sería preciso un texto de excepción, que allá no existe.

En Colombia sí existe esa norma de excepción que atribuye a los fallos declarativos de estado civil valor absoluto o *erga omnes*, y que consagra, por tanto, una excepción al artículo 17 del Código Civil, que sienta la regla general de derecho procesal sobre fuerza relativa de las decisiones judiciales. Tal precepto es el artículo 401 del Código Civil, que dice:

«El fallo judicial que declara verdadera o falsa la legitimidad del hijo, no sólo vale respecto de las personas que han intervenido en el juicio, sino respecto de todos relativamente a los efectos que dicha legitimidad acarrea.

«La misma regla deberá aplicarse al fallo que declara ser verdadera o falsa una maternidad que se impugna.»

Lógicamente concluye la Corte que el artículo 401 consagra, no la teoría del legítimo contradictor, sino el principio de los efectos absolutos de las sentencias sobre filiación; de manera que la regla pragmática del artículo 17 del Código Civil no es aplicable a los procesos sobre filiación legítima o ilegítima, porque el legislador colombiano así lo ha querido al consagrar la regla de excepción del artículo 401, que atribuye efectos absolutos a esta clase de fallos.

Por esa circunstancia, no pueden tener aplicación en Colombia las reglas del derecho francés, ni puede adoptarse la jurisprudencia francesa sobre relatividad de estas decisiones, ni caben las observaciones de los doctrinantes franceses.

Bien se explica, por otra parte, que en Francia nadie discuta que el pretendido hijo pueda perseguir la declaratoria, muerto el supuesto padre, porque el legislador francés, al atenuar el principio de la prohibición de la investigación de la paternidad natural, fijó los breves plazos extintivos de la acción consagrada en los ordinales 11, 12 y 13 del artículo 340 del Código francés, plazos que en ese caso sí establecen un claro derecho sustantivo de acción procesal a favor de los interesados y que no pueden ser desconocidos por el juzgador, ni menos estar sometidos a la contingencia de la muerte del supuesto padre.

III. La teoría del legítimo contradictor consagrada por los artículos 401 a 403 del Código Civil nada tiene que ver con el derecho que el hijo tiene de ejercitar la acción de reconocimiento ante los herederos del padre.

—

No comparte la Corte tal concepto, porque nuestro legislador quiso precisamente que estas acciones sobre reconocimiento de la paternidad natural se siguieran con el supuesto padre, como legítimo contradictor en el proceso, y ante esa exigencia perentoria de nuestro sistema normativo, es claro que la tesis del legítimo contradictor sí tiene que ver con la pretendida facultad del hijo para ejercitar la acción ante los herederos del padre.

Conviene advertir, por otra parte, que las fuentes de inspiración del artículo 401, no fueron las varias teorías que en Francia surgieron alrededor del problema del alcance de los fallos sobre estado civil.

Don Andrés Bello lo advierte en la nota que puso al artículo 353 del proyecto de 1853, que sirvió de base al Código Civil chileno, citando la Ley 20 del Título XXII de la Partida 3.ª, que dice así:

«Otrosí decimos que si alguno se razona por fijo de otro, et el padre non lo quiere conoscer por fijo, si juicio fuere dado contra el padre en esta razón diciendo el Judgador en su sentencia que es fijo de aquel que non lo quiere conoscer, tal juicio como éste empescerá al padre et a todos sus parientes en razón de los bienes que podría heredar por el parentesco magüer no se hacertasen ni quando fue dado sinon el padre tan solamente.»

Dicho artículo 353 del citado proyecto es el 315 del Código Civil chileno, del que es copia el 401 del nuéstro.

IV. Aquí, como en Francia, impera el principio de que el heredero es el continuador de la persona del causante.

—

Lo acepta la Corte en principio, haciendo la necesaria distinción de que el heredero representa al *de cujus* tan sólo en sus derechos y obligaciones transmisibles, vale decir, en algunos de aquellos que revisten carácter patrimonial (no en todos, porque algunos como el uso y la habitación no son transmisibles); pero tal prolongación ideal no se extiende ni puede extenderse al estado civil, que no es derecho transmisible.

El estado civil constituye un factor personalísimo, que acompaña al sér humano en su vida de convivencia social y que implica necesariamente una relación jurídica de parentesco entre varias personas unidas por el vínculo familiar. No es posible adquirirlo ya fallecido quien debía aceptarlo o rechazarlo, quien debía ser vencido en juicio por quien lo pretendiera. El estado civil, en su esencia misma, no reviste aspecto ni carácter patrimonial alguno; sólo cuando se tiene en virtud de presunción legal, o cuando se adquiere en vista de debate judicial, llega a producir posibles efectos patrimoniales en la regulación sucesoral de la persona fallecida. Pero no debe confundirse la causa, en su misma integridad orgánica, con alguno de sus hipotéticos efectos.

V. La teoría del legítimo contradictor, consagrada en los artículos del Código Civil citados en la sentencia, no tiene el alcance, trascendencia ni significación que se atribuye a ella, hasta identificarla con la viabilidad misma de la acción o con su procedencia.

A la anterior observación replica la Corte que las normas legales citadas en el fallo atrás transcrito en parte y que deben recibir estricta aplicación en los procesos sobre declaratoria de filiación natural sí deben tener el alcance y trascendencia que se les dio, sin que pueda aducirse método científico de interpretación jurisprudencial que deba limitar o reducir su alcance. Se repite que la teoría transaccional francesa sobre el legítimo contradictor no puede tener acogida ni aplicabilidad ante los textos tan claros y explícitos de nuestra legislación civil. Si nuestra ley dijera en algunas de sus normas que los fallos sobre filiación tienen efectos absolutos cuando interviene el contradictor legítimo y sólo relativos cuando se obtiene contra los herederos o causahabientes, habría razón para formular esa glosa. Pero como lejos de aceptar esa distinción, consagra en el artículo 401 que esta clase de procesos sólo pueden adelantarse contra legítimo contradictor, aparece evidente que esa conclusión o distinción es infundada, porque nuestra ley no la hace en texto alguno.

Hay algo más: el artículo 404 del Código Civil consagra el único caso en que los herederos puedan representar al contradictor legítimo, explicando que sólo pueden hacerlo cuando aquél ha fallecido antes de pronunciarse la sentencia, pero después de haber asistido al juicio. Esta expresa y manifiesta excepción que hace nuestro Código, a continuación de los preceptos que consagran los efectos absolutos de esos fallos y la exclusiva personería del contradictor, está evidenciando que sólo en ese único caso pueden los herederos o causahabientes representar al pretendido padre que ha fallecido antes de pronunciarse la sentencia.

VI. El reconocimiento del hijo natural se funda siempre en el consentimiento del padre, expresado en una de las diferentes formas autorizadas por la ley. Y entonces, se pregunta, ¿por qué no va a ser posible la declaración judicial de paternidad después de muerto el padre, si antes de morir dejó irrevocablemente expresado este consentimiento?

Considera la Corte que al sostener la anterior premisa se confunde el fenómeno biológico de la procreación, con el sociológico-jurídico de la filiación, sea ésta legítima o ilegítima. Es claro y evidente que biológicamente un procreado es hijo de su padre desde que lo engendra, sin que valgan distinciones jurídicas de ninguna clase. Pero tal sér no ostenta desde su nacimiento determinada calidad o estado, sino mediante la realización de determinados actos jurídicos, como serían el matrimonio, el reconocimiento expreso, etc. Nadie nace hijo natural respecto de su padre, y para adquirir ese estado se requiere el cumplimiento de alguno de los dos requisitos que establece el artículo 1.° de la Ley 45 de 1936: reconocimiento voluntario del padre por alguno de los medios solemnes que estatuye taxativamente el artículo 2.°; o declaración judicial de filiación natural, hecha conforme a lo dispuesto en la citada Ley.

Por lo demás, no resulta cierta en todos los casos la aseveración de que la declaración judicial de paternidad se funde siempre en el consentimiento tácito del padre, mediante la comprobación procesal de hechos constitutivos de posesión notoria de dicho estado, porque en la mayoría de los casos tales hechos de notoria posesión se prestan para diversas interpretaciones, a cual más ambiguas, que no podrían aceptarse como manifestación de un consentimiento siquiera tácito del padre. Hay algunos tratadistas que no sólo repudian esta tesis, sino que aconsejan recibir con evidentes reservas aun el reconocimiento expreso del padre, manifestado en instrumento público, como escritura o testamento. Colin y Capitant se expresan así:

«En buena lógica, el reconocimiento paterno no debería probar la filiación sino con ciertas reservas, porque al confesar su paternidad, el hombre afirma, en definitiva, un hecho del cual no puede estar absolutamente seguro.... El reconocimiento, más que como una confesión, debiera admitirse como acto de voluntad generador de obligaciones y de derechos, al admitir al hijo en su familia con sus consecuencias legales....»

Y también Cambacères, uno de los redactores del Código de Napoleón, expone las mismas dudas de esta manera:

«En el trato social es muy fácil simular, con cálculos para un futuro próximo o remoto, una presunción de paternidad que no ha existido nunca. La adhesión y la solicitud aparentemente desinteresadas hacia una persona colocada en determinadas condiciones, van creando el sentimiento de la gratitud que da nacimiento a las manifestaciones afectivas, que no pocas veces se confunden y se toman como demostraciones inequívocas de paternidad.»

No resulta valedera la afirmación de que esta doctrina acusa insensibilidad social y de que deja

sin efectividad y eficacia el pensamiento de los legisladores que dictaron la Ley 45 de 1936. Carece de fundamento el primer cargo, porque la tesis propugnada en este fallo resulta más generosa, más eficaz y más protectora que las adoptadas en otras legislaciones, como las de Francia, Alemania, Bélgica, Suiza, etc., dado que en nuestro país y con aplicación de esta doctrina la acción de reconocimiento puede ejercitarse durante toda la vida del pretendido padre, mientras que en aquellas legislaciones se han fijado términos cortos para su viabilidad y ejercicio. Fácil es concluír que nuestro ordenamiento es, por lo tanto, más generoso y amplio que el de los pueblos que adoptaron antes este sistema de investigación judicial de la paternidad.

En cuanto al segundo reparo, no se ajusta a la realidad el cargo de que se ha adulterado el pensamiento que tuvo el legislador al dictar esa ley, porque el legislador no tuvo la voluntad, ni menos el propósito de asignarle al nuevo estatuto la extensión y la eficacia a que se aspira en esa interpretación. Lejos de eso, el ordenamiento colombiano se separa marcadamente de su modelo francés y suprime los términos cortos extintivos de la acción, con lo cual quiso consagrar expresamente un sistema distinto. Luego adopta los preceptos del Código Civil que consagran la teoría del legítimo contradictor y que asignan excepcionalmente a estos fallos carácter absoluto o *erga omnes*. Y se presenta la oportunidad de recordar que fue tan manifiesto el propósito del legislador colombiano de no expedir un estatuto tan amplio y generoso como lo anhelan algunos intérpretes, que al presentarse el proyecto, su artículo 4.° estaba redactado así: «*La paternidad natural se presupone....*» (subraya la Corte). Mas el legislador consideró, con razón, de suma gravedad la consagración de semejante presunción respecto de un hecho no tangible, y con toda prudencia sujetó la adquisición de ese estado a las condiciones contenidas en el artículo 1.° de la Ley 45 de 1936.

Los numerosos ejemplos que se presentan para demostrar los inconvenientes de la doctrina de la Corte, bien pueden contestarse con todo éxito con vista de los anteriores razonamientos. De resultar comprobadas algunas de esas hipótesis, tan sólo demostrarían que la Ley 45 adolece de vacíos y deficiencias que conviene remediar por medio de la acción legislativa, ya que la labor jurisprudencial no podía remediarlos sin violar esas normas. Pero ello no conduce a demostrar que la interpretación que se le ha dado por la Corte sea exegética, ni que esté reñida con el método de interpretación científica.» (*Gaceta Judicial* números 1973 y 1974, páginas 619 y siguientes).

Para mayor abundamiento y comoquiera que el señor apoderado del actor en este juicio, doctor Eduardo Zuleta Angel, hizo una extensa exposición en la audiencia pública, tendiente a sostener que el juicio sobre declaratoria de paternidad natural puede iniciarse después de muerto el presunto padre, dirigiendo la acción contra los herederos de éste, se exponen a continuación tres argumentos más, que refuerzan la doctrina que la Sala ha venido sosteniendo:

a) El inciso final del artículo 4.° de la Ley 45 de 1936 indica que únicamente el presunto padre, desde luégo mientras viva, puede ser demandado para que se declare judicialmente la paternidad natural.

En efecto, dice tal inciso:

«En el caso del ordinal 4.° de este artículo, no se hará la declaración de paternidad si el *demandado* demuestra que durante todo el tiempo en el cual se presume la concepción, según el artículo 92 del Código Civil, *estuvo* (¿quién? el *demandado*, esto es, el presunto padre) en absoluta imposibilidad física de tener acceso a la mujer, o prueba que dentro de dicho tiempo ésta tuvo relaciones carnales con otro hombre.»

b) De acuerdo con lo ordenado en el artículo 7.° de la Ley 45 de 1936, las reglas de los artículos 401, 403 y 404, entre otros, del Código Civil, se aplican también al caso de la filiación natural. No se aplica, por tanto, lo dispuesto en el artículo 402. ¿Por qué? Sin duda porque el legislador quiso que los fallos sobre declaratoria de paternidad natural produzcan *siempre* efectos *erga omnes*, conforme al artículo 401, porque deben *siempre* pronunciarse contra el legítimo contradictor de que habla el artículo 403, o sea contra el presunto padre. De lo contrario, no se explicaría el que no se apliquen a esos fallos las reglas del artículo 402.

c) Sostiene el doctor Zuleta Angel que «en todos los juicios que se refieran a la paternidad deberá intervenir forzosamente el padre, si vive, y si éste ha muerto, sus herederos,» porque, en su sentir, «siendo los sucesores a título universal continuadores de la persona del *de cujus*, aquéllos sustituyen completamente a éste tanto desde el punto de vista pasivo como del punto de vista activo, de suerte que todos los derechos, bienes, obligaciones y cargas del *de cujus* pasan en principio a sus sucesores, pues la sucesión no es sino una transmisión de todos los bienes y cargas, salvo de aquellos que por disposición de la ley o por la convención se extingan con la muerte del *de cujus*.»

Acepta la Sala que la tesis del doctor Zuleta Angel es exacta, como regla general de derecho,

pero ella no tiene cabida en los casos de filiación natural, porque los artículos 401 a 404 constituyen una verdadera excepción, a dicha regla general, y como tal excepción, es de aplicación restrictiva. Desde luégo que el artículo 404 dice que «los herederos representan al contradictor legítimo que ha fallecido antes de la sentencia,» está afirmando claramente que no lo representan cuando el juicio se inicia después de muerto aquél, porque si no fuera así, sobraría completamente el citado artículo 404.

De todo lo dicho se concluye que es fundado el cargo que se analiza, de violación de los artículos 403 y 404 del Código Civil, en relación con el 7.º de la Ley 45 de 1936, desde luégo que en un proceso como éste sólo podrá ser legítimo contradictor el presunto padre. En consecuencia, la parte demandada carece de capacidad jurídica o de personería sustantiva, y debe casarse la sentencia para absolver a dicha parte de los cargos de la demanda.

A virtud de lo expuesto, 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 de Pasto, con fecha veintiuno de noviembre de mil novecientos cuarenta, revoca la de primer grado, proferida por el Juez de Circuito de Túquerres el veintiuno de noviembre de mil novecientos treinta y nueve, y en su lugar absuelve a los demandados de los cargos de la demanda.

Sin costas en las instancias 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*, Secretario en propiedad.

Salvamento de voto del Magistrado doctor Ricardo Hinestrosa Daza.

Insiste la mayoría de la Sala en la doctrina que prevaleció al dictarse la sentencia de 26 de abril de 1940 en la que salvaron su voto los Magistrados Mújica, Salamanca y Tapias Pilonieta, como se ve en la *Gaceta Judicial*, páginas 264 a 286 del Tomo IL, y 43 a 80 del LI.

En la de 30 de junio de 1941 (páginas 632 a 640 de ese Tomo LI), pronunciada también en el mismo sentido que aquélla, salvó su voto el doctor Salamanca.

Esos salvamentos de voto exponen con suma claridad y lógica las razones en cuya virtud no es de entenderse que con la muerte del presunto padre caduque o expire la acción concedida por la Ley 45 de 1936 al hijo natural para obtener el reconocimiento judicial de esta calidad.

Y es sobre esa cuestión básica y decisiva sobre lo que se contiende cardinalmente y a cuyo rededor giran y de donde se desprenden los demás temas consecuenciales y accesorios en los pleitos de esta clase, a la que corresponde el presente. Respetando las opiniones de sus colegas, no halla el suscrito contestada satisfactoriamente la objeción formulada sobre el pie de que los herederos cargan con las obligaciones transmisibles del *de cujus*, entre las cuales figura la de responder de tal acción.

Se detiene el suscrito aquí en este detalle, porque en él insistió particular y enfáticamente el abogado recurrente en la audiencia pública; pero apenas tendrá para qué advertir que ese argumento con toda su importancia no es el único. Los salvamentos citados contienen el abundante elenco de razones para opinar como sus autores en ellos indican.

El suscrito los ha acompañado desde entonces en tales conceptos, cuya admirable exposición en las ocasiones referidas hace innecesario nuevo recuento o comentario adicional.

Cuando los fallos citados se dictaron, el suscrito estaba impedido para conocer en esos asuntos. Habiendo cesado su impedimento, desapareció el motivo que entonces tuvo para no integrar la Sala, y llegada así la oportunidad de pronunciarse sobre tan debatidas cuestiones, al manifestar su adhesión a los Magistrados disidentes, salva su voto en el precedente fallo.

Bogotá, septiembre 22 de 1942.

RICARDO HINESTROSA DAZA.

Salvamento de voto del Magistrado doctor Hernán Salamanca.

La Corte ha insistido una vez más, la tercera, en su tesis de que la acción sobre declaratoria de paternidad natural establecida por la Ley 45 de 1936 no es procedente sino en vida del padre, personalmente enderezada contra él, con fundamento en las mismas razones deducidas de la interpretación exegética de los artículos 403 y 404 del Código Civil. Reitero a mi turno, con ocasión de esta nueva sentencia, mi respetuoso parecer de que considero equivocada esta doctrina por las razones que ya he expuesto en los dos salvamentos de voto que he redactado y que corren publicados en la *Gaceta Judicial* (Tomo LI, páginas 43 a 80 y 632 a 640). En la parte final del fallo que precede cree la mayoría de la Sala exponer argumentos nuevos, que no lo son en realidad, porque los aspectos allí tratados han sido materia de consideración en las diversas exposiciones publicadas con las sentencias de la Corte para fundar el concepto disidente del que se ha adoptado hasta hoy. Estas pretendidas nuevas razones se resienten de ser excesivamente literales y lógicas, naturalmente incompatibles con el pensamiento humano que inspiró la reforma de 1936, que podría salvarse al lado del principio elemental, uno de los básicos del Derecho Civil de que en la persona de los herederos perviven jurídicamente los muertos.

HERNÁN SALAMANCA

Bogotá, septiembre veintidós de mil novecientos cuarenta y dos.

CUENTAS

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

(Magistrado ponente, doctor Isaías Cepeda).

El señor Leonidas Bermúdez, como albacea que fue de la sucesión de la señora Margarita Piñeros Bernal, presentó unos documentos y las cuentas de su administración, y en demanda repartida el 11 de julio de 1939 al Juez 8° Civil de este Circuito, solicitó que «con audiencia, citación y traslado de ellos al señor Alcides Suárez, varón mayor de edad y vecino de Bogotá, y en su calidad de único heredero de la causante señora Margarita Piñeros Bernal, se aprueben las cuentas presentadas por mi y que en el auto aprobatorio de las mencionadas cuentas se declare que la obligación a mi cargo y a favor de la causante, que consta en el instrumento público número 1929, de 26 de julio de 1934, de la Notaría cuarta de Bogotá, se halla satisfecha y finiquitada, según aparece de las mismas cuentas, y en consecuencia ordene la cancelación del mismo, comunicándolo así a las oficinas correspondientes».

De esa demanda se corrió traslado al señor Alcides Suárez, quien formuló varias objeciones a las cuentas presentadas, y no habiendo el demandante aceptado las objeciones, se abrió a prueba el juicio y se siguió tramitando por la vía ordinaria, con arreglo al artículo 1132 del Código Judicial.

Agotada la tramitación de primer grado, el Juez del conocimiento decidió el negocio por sentencia del 24 de agosto de 1940, cuya parte resolutiva dice.

«Primero. Declárase probadas las objeciones formuladas por Alcides Suárez a las partidas primera y sexta de las cuentas rendidas en este juicio por Leonidas Bermúdez, en su carácter de albacea de la sucesión de Margarita Piñeros Bernal, partidas que dicen relación al capítulo denominado *erogaciones*.

«Segundo. Declárase no probadas las demás objeciones formuladas a dichas cuentas.

«Tercero. Dedúcese a cargo del albacea Leonidas Bermúdez un saldo definitivo por la suma de sesenta y siete pesos con sesenta y tres centavos ($ 67.63) moneda corriente, que debe pagar dentro de los seis días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia; y

«Cuarto. Ordénase que una vez pagado el referido saldo de sesenta y siete pesos con sesenta y tres centavos ($ 67.63) moneda corriente, se cancele la obligación, con su respectiva garantía, que consta en la escritura pública número 1929, de 26 de julio de 1934, otorgada en la Notaría 4.ª de Bogotá, obligación contraída por Leonidas Bermúdez a favor de la señorita Margarita Piñeros Bernal, según reza la cláusula novena de la

escritura citada. Llegada la oportunidad deben hacerse las comunicaciones del caso.

«Sin costas.»

De este fallo apeló el demandado, y subido el asunto al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en la oportunidad legal, vino la sentencia fechada el 8 de mayo de 1941, por la cual el Tribunal resolvió:

«Primero. A más de las objeciones aceptadas por la sentencia que es objeto de la apelación, están probadas las que se opusieron al renglón de ingresos por la suma de $ 30, valor de los intereses del crédito hipotecario a cargo de Bermúdez, en dos mensualidades, y al de egresos por $ 1.200, valor de los gastos hechos por el albacea en el juicio de sucesión y sus correspondientes honorarios.

«Segundo. Declárase no probadas las demás objeciones propuestas.

«Tercero. Dedúcese a cargo de la sucesión de Margarita Piñeros Bernal y en favor del señor Leonidas Bermúdez un saldo de mil setecientos sesenta y dos pesos con treinta y siete centavos ($ 1.762-37), aumentado con el valor de lo que se estimen los honorarios por albaceazgo, y el en que se liquiden los gastos hechos por aquél en el juicio de sucesión, excluída la partida de $ 500 que se pagaron por concepto de impuestos sobre asignaciones, y que ya fue contabilizada en esta cuenta.

«Cuarto. El saldo definitivo que resulte en favor de Bermúdez, de conformidad con lo resuelto en el punto anterior, será compensado, en lo que corresponda, con la obligación hipotecaria que éste tiene en favor de la sucesión por la suma de $ 3 000 y sus correspondientes intereses.

«Quinto. Hechas las correspondientes compensaciones y cubierto el mencionado crédito a cargo de Bermúdez, se dispondrá la cancelación del gravamen hipotecario con que se encuentra asegurado.

«En los términos que preceden queda reformado el fallo de veinticuatro de agosto pasado, que ha sido objeto de la apelación.

«Sin costas.»

Acerca de la objeción a la partida de $ 1.200 a que se refiere el ordinal *primero* de la parte resolutiva de la sentencia que acaba de copiarse, dice el Tribunal:

«Por último, describe el responsable señor Bermúdez el siguiente renglón: "Suma asignada por la testadora en la cláusula segunda del testamento para atender a los gastos de la sucesión, los cuales fueron hechos en su totalidad, y no están incluídos en la lista anterior, $ 1.200."

«A esta partida le opone el demandado el reparo de que siendo exacta la autorización testamentaria a que alude la cuenta, el actor no ha demostrado la inversión que de tal suma hubiera hecho en el juicio, por lo cual es preciso que rinda cuenta separada respecto de dicha suma. Y es la verdad. El señor Bermúdez fue autorizado para tomar del caudal hereditario la cantidad de $ 1.200, con destino a los gastos del juicio, excepción hecha del impuesto de lazareto, y el pago de sus honorarios como albacea, y esa cuenta de gastos no aparece debidamente liquidada, como tampoco el señalamiento que de sus honorarios se le haya podido hacer. De esta suerte no es posible aceptar dicha erogación, sino en cuanto a lo que se acredite corresponda a estos dos renglones.»

EL RECURSO

Contra el fallo del Tribunal interpuso recurso de casación el señor Leonidas Bermúdez, quien dice en la demanda respectiva:

«Serán muy breves las consideraciones que haré para fundamentar este recurso, las cuales se reducen a demostrar que la mencionada sentencia violó la ley civil sustantiva en cuanto infringió el precepto contenido en el artículo 1127 del Código Civil, y que la misma sentencia incurrió en evidente y manifiesto error de hecho y de derecho por cuanto no dio aplicación al texto civil ya citado e interpretó erróneamente la disposición testamentaria consignada en el testamento de la causante, que dice:

"*Segunda.* Es mi voluntad, y así lo ordeno, que de mis bienes tome el albacea la cantidad de mil doscientos pesos ($ 1.200) moneda corriente, con los cuales se sufragarán los gastos que ocasione el juicio de sucesión, sin gastos de lazareto, y los honorarios del albacea."»

En el resto de su demanda el recurrente explica y desarrolla los cargos contenidos en el párrafo transcrito, que son los únicos que hace al fallo acusado.

El demandado se opuso formalmente a las pretensiones del recurrente y pidió que se declare desierto el recurso, porque estima que está mal fundado, y en subsidio, que no se infirme la sentencia del Tribunal.

Para resolver se considera:

Evidentemente la demanda de casación no se ajusta a la técnica del recurso, ni reúne los requisitos que fija el artículo 531 del Código Judicial, pero como es innegable que en el párrafo antes copiado se cita expresamente como violado el artículo 1127 del Código Civil, y se afirma que el Tribunal incurrió en manifiesto error de hecho y

de derecho al interpretar una cláusula testamentaria con la cual se le desconoce la imputación que de $ 1.200, hizo en la rendición de sus cuentas, y, por lo mismo, se lesiona su derecho, no hay duda de que se ha alegado como causal de casación la primera de las señaladas por el artículo 520 del Código Judicial, y en esas condiciones la Corte no debe prescindir de estudiar el recurso.

Conviene advertir que éste tiene por objeto, únicamente, la interpretación que el Tribunal dio a la cláusula testamentaria antes copiada; de tal modo que la objeción por $ 30, valor de los intereses del crédito hipotecario a cargo de Bermúdez, en dos mensualidades, que la sentencia reconoce también como probada, en el renglón de ingresos, no ha sido atacada en casación y debe quedar, por tanto, en firme.

En concepto de la Corte, es errada la interpretación que el Tribunal dio a la cláusula testamentaria de que se ha hablado.

En efecto, dicha cláusula es suficientemente clara en el sentido de que la testadora fijó en la cantidad de mil doscientos pesos ($ 1.200) lo que debía gastarse en el juicio de sucesión, sin incluír el valor del impuesto de sucesiones, y en los honorarios del albacea. De modo que señaló los honorarios de éste en lo que sobrara de la mencionada cantidad de $ 1.200, después de pagar los gastos del juicio. Y como hay constancia de que el señor Bermúdez aceptó la indicada disposición testamentaria, cumple la obligación que le impone el artículo 1366 del Código Civil haciendo figurar en las erogaciones la cantidad de $ 1.200 como gastos del juicio y como valor de sus honorarios de albacea, y desde ese punto de vista el demandado carece de interés jurídico para exigir al señor Bermúdez que compruebe cuánto gastó en el juicio y cuánto recibió por sus honorarios de albacea, porque de todos modos la expresada cantidad fue destinada por la testadora para cubrir ambas cosas, sea cual fuere el valor de la una y de la otra. Distinta sería la cuestión si el señor Bermúdez cobrara por separado los gastos del juicio, o si pretendiera que se le pagaran aparte sus honorarios de albacea; pero como eso no ha ocurrido, es evidente que él aceptó en su totalidad lo ordenado al respecto por la testadora, cuya voluntad, claramente expresada, debe acatarse, al tenor del artículo 1127 del Código Civil, ya que en nada se opone a los requisitos o prohibiciones legales de carácter general, y sí encaja dentro de la facultad legal que otorga el artículo 1359 del mismo Código.

De lo dicho es forzoso concluír que resulta fundado el cargo hecho a la sentencia acusada, la cual debe infirmarse en parte para reconocer a favor del recurrente Bermúdez la cantidad de $ 1.200 varias veces mencionada, por las razones que han quedado expresadas. En consecuencia, habrán de reformarse los ordinales *primero* y *tercero* de la parte resolutiva del fallo del Tribunal, que son los relacionados con este punto.

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, CASA parcialmente la sentencia pronunciada en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, con fecha ocho de mayo de mil novecientos cuarenta y uno, con el objeto de reformar, como en efecto reforma, los ordinales *primero* y *tercero* de la parte resolutiva de ella, los cuales quedan así:

Primero. A más de las objeciones aceptadas por la sentencia que es objeto de la apelación, está probada la que se opuso al renglón de ingresos por la suma de $ 30, valor de los intereses del crédito hipotecario a cargo de Bermúdez, en dos mensualidades.

Tercero. Dedúcese a cargo de la sucesión de Margarita Piñeros Bernal y en favor del señor Leonidas Bermúdez, un saldo de dos mil novecientos sesenta y dos pesos con treinta y siete centavos ($ 2.962.37) moneda corriente.

Lo demás de la sentencia del Tribunal queda en firme.

Sin costas en las instancias 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*, Secretario en propiedad.

ACCION SOBRE CUMPLIMIENTO DE UN CONTRATO DE MANDATO

COMPROBACIÓN PROCESAL DE LA EXISTENCIA Y CONSTITUCIÓN LEGAL DE LAS SOCIEDADES COMERCIALES. TEORÍA DEL MANDATO CONFORME AL CÓDIGO CIVIL FRANCÉS Y AL COLOMBIANO

1. En casos como el de autos no se trata de aportar la plena comprobación procesal de la existencia y constitución legal de una sociedad comercial. Bien está que cuando se presenta directamente en juicio una entidad comercial, como demandante o como demandada, para ejercer una acción patrimonial o pedir directamente, con personería propia, el reconocimiento judicial de un derecho, se le exija en primer término y como un presupuesto procesal, la plena comprobación de su existencia legal y de la calidad que se atribuye o que se le atribuya como a tál. En dicho evento sí sería necesario demostrar judicialmente la existencia legal de una sociedad comercial, en presencia de textos tan perentorios como los artículos 465, 469, 470, 471 y 480 del Código de Comercio, 36 de la Ley 40 de 1907 y 40 de la Ley 28 de 1931. Y esto es así, en el caso antes aludido, porque cuando se pretende adquirir un derecho u obtener su reconocimiento en juicio, lo mismo que lograr el cumplimiento de una obligación o prestación, resultaría ilógico y contrario a terminantes preceptos legales que pudiera decretarse el primero o reconocerse la segunda sin que el investido o el obligado, respectivamente, hubieran demostrado plenamente en un proceso que existen y que tienen vida legal, auténtica y legítima. En este sentido deben interpretarse las sentencias de 20 de noviembre de 1935 (*Gaceta Judicial*, Tomo XLIII, página 330) y de 4 de marzo de 1938 (*Gaceta Judicial*, Tomo XLVI, página 137).

2. Según el artículo 1984 del Código de Napoleón, el mandato o procuración es un acto por el cual una persona da a otra poder de hacer alguna cosa para el mandante y en su nombre. La doctrina francesa ha hallado incompleta esta definición, que no separa los actos jurídicos de los materiales y ve siempre en el mandato algo representativo. Dos graves glosas al concepto del Código francés. Planiol y Ripert proponen sea definido como convención por la cual una persona, llamada mandante, da a otra, llamada mandatario, poder de ejecutar, en su nombre y lugar, uno o varios actos jurídicos. Pero el mandato, tal como lo comprende y organiza el Código de Francia, implica representación. Es imposible, observa Josserand, ver en el no representativo un verdadero mandato; «expurgado de su característica natural no es más que la sombra de sí mismo.» Descartando esa noción, admiten los expositores franceses que las partes puedan asumir dos actitudes. Una ostensible, como el comisionista declarado, porque quienes contratan con él saben que detrás de su personalidad existe la del comitente, aunque no les importe saberlo porque es la solvencia de aquél, no la de éste, lo que ellos toman en cuenta. Otra secreta, como el testaferro que presta su nombre para un negocio en realidad de tercero. «Organo pero no representante jurídico del comitente.» Más comprensivo el Código de Colombia, define el mandato diciendo que es un contrato mediante el cual una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera. No lo confunde con la procuración. Lo deslinda del arrendamiento de servicios porque en vez de actos habla de negocios. Distingue la representación del interés al no exigir que el mandatario actúe en nombre del mandante sino apenas por cuenta y riesgo del último. Si en la ley francesa el apoderado no es sino la imagen del comitente, hasta el punto de que, según la expresión del jurisconsulto Tarrible, aquél desaparece como un andamio después de concluído el edificio, en la colombiana puede contratar en su cabeza, como si el asunto le afectase a él solo. Así lo enseñan el artículo 2146, cuando dice que el negocio puede interesar al mandatario únicamente, y el 2177, cuando dice que el apoderado puede contratar a su propio nombre. Por tanto, en Colombia el mandato no es esencialmente representativo. En su estructura caben el comisionista ostensible y el secreto; el testaferro; la interposición en todas sus formas lícitas; y aun el acto

jurídico del mandatario como único interesado, siempre que el procurador tenga voluntad de obligarse. Del contenido del artículo 2177 es de rigor sacar las siguientes consecuencias; *a*) que el mandatario en Colombia puede contratar en nombre propio, en ejercicio del encargo recibido y por cuenta y riesgo del mandante; *b*) que si contrata a nombre propio, pero por cuenta y riesgo del mandante, aun sin conocer al tercero que se entiende con un mandatario, el mandante adquiere directamente los derechos que surgen de la tradición, pero no contrae directamente obligaciones para con el tercero.

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

(Magistrado ponente, doctor Fulgencio Lequerica Vélez.

ANTECEDENTES

El 21 de febrero de 1921 remató en pública subasta el señor Miguel Angel Muñoz una propiedad raíz ubicada en la ciudad de Cali y consistente en la quinta denominada «La María,» con su terreno correspondiente y con un aljibe de paredes de ladrillos, comprendido todo dentro de los linderos que reza la respectiva diligencia de remate, el cual tuvo lugar en el juicio ejecutivo seguido ante el Juzgado 1.º del Circuito en lo Civil de Cali por los señores Giraldo & Garcés B., contra el señor Ricardo Goercke.

EL PROCESO

Transcurrido un lapso mayor de diez años, contado desde la fecha en que el rematador señor Muñoz adquirió el dominio de la finca en referencia, el doctor Ernesto González Piedrahita, en ejercicio del poder que le confirió el señor Nicolaus Bensmann, en su carácter de Gerente de la sociedad denominada «Bensmann & Linzen & C.ª, S. A», sociedad anónima domiciliada en Cali y organizada por escritura pública número 714, de 7 de junio de 1929, Notaría 1.ª de Cali, demandó por la vía ordinaria al señor Miguel Angel Muñoz impetrando del Organo Judicial varias peticiones principales y dos series de solicitudes subsidiarias. Los pedimentos principales van encaminados a obtener las declaraciones judiciales de que el remate hecho por Muñoz no fue para éste, como consta en el acta respectiva, sino que el citado Muñoz lo verificó como mandatario de la sociedad mercantil denominada «Bohmer & Linzen,» con dinero de ella y guardando sus instrucciones, no obstante que en la respectiva acta de remate el señor Muñoz omitió expresar que no remataba para sí sino para sus comitentes; que el dominio de la finca rematada pertenece exclusivamente a la sociedad mercantil denominada «Bensmann & Linzen & C.ª, S. A.», como sucesora de «Bohmer & Linzen»; que Muñoz está obligado a restituírla a los señores «Bensmann & Linzen & C.ª, S. A.»; que se le condene al pago de frutos civiles, perjuicios y costas del proceso; se ordene la cancelación de la diligencia de registro del acta de remate a favor de Muñoz y se ordene la inscripción de la sentencia que ponga término a este juicio, para que sirva de título de dominio a favor de los actores.

La primera de la serie de peticiones subsidiarias aspira a que se condene al señor Muñoz a que otorgue a «Bensmann & Linzen & Cía., S. A.» la correspondiente escritura de traspaso del dominio de la casa-quinta denominada *La María*; y la segunda serie de súplicas subsidiarias tienden a que se declare la obligación por parte de Muñoz de pagar a los actores la suma de ocho mil pesos ($ 8.000) moneda legal, valor que pretende el actor tomó de la caja de «Bohmer & Linzen» para hacer el remate de la casa-quinta mencionada, con los intereses legales de dicha suma, desde el 21 de enero de 1921 hasta el día del pago.

La demanda afirma que el señor Miguel Angel Muñoz hizo postura en el referido remate en su carácter de apoderado de la casa comercial que giró en la ciudad de Cali con el nombre de «Bohmer & Linzen,» guardando especiales instrucciones de dicha compañía y con dinero de ella, de tal manera que la adquisición del inmueble no se hizo para el señor Muñoz, sino para la sociedad comitente, aunque en el acta de remate no se hubiera dejado expresa constancia de este hecho.

Finalmente, dice el libelo que los actores «Bensmann & Linzen & Co., S. A.» son sucesores del activo y del pasivo de «Bohmer & Linzen & Co., S. A.», firma que a su turno lo fue de «Bohmer & Linzen.» (Hecho 17.º de la demanda).

Planteada la litis en los términos indicados, la sociedad «Bensmann & Linzen & Co., S. A.», demandante en el juicio, hizo cesión al «Banco de Londres y América del Sud», de Cali, del derecho litigioso a que dicha controversia se refiere, en los términos de los artículos 1969 y 1971 del Código Civil y de acuerdo con las estipulaciones de la escritura pública número 332, de 20 de mayo de 1931, Notaría 3.ª de Cali, suscrita por la entidad cedente y con la aceptación expresa del Banco cesionario. De esta manera el «Banco de Londres y América del Sud» se subrogó en los derechos litigiosos que hizo valer la sociedad demandante en el libelo de 23 de abril de 1931, y siguió el proceso su curso con la intervención del cesionario hasta el estado actual del negocio.

Falló la primera instancia el Juez 4.º Civil del Circuito de Cali, en sentencia de 6 de noviembre de 1937, en la cual declaró que el remate hecho por el demandado Muñoz de la quinta *La María* lo verificó como mandatario de la sociedad «Bohmer y Linzen» y con dinero de ella; lo condenó a otorgar a favor del Banco cesionario de la entidad demandante la correspondiente escritura de traspaso de dicha finca, a pagar a la entidad actora, como poseedor de mala fe, por concepto de frutos civiles y perjuicios, la suma de dinero que se fije en juicio separado; ordenó oficiar al Registrador de Instrumentos Públicos y Privados para que cancele la inscripción de la demanda, y condenó a las costas de este proceso.

LA SENTENCIA ACUSADA

La providencia anterior fue apelada por ambas partes, y surtido el trámite de segundo grado le puso fin el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali en fallo fechado el 18 de junio de 1941, en el cual la revoca y en su lugar declara probada la excepción perentoria de ilegitimidad sustantiva de la personería de la sociedad «Bensmann & Linzen & Co., S. A.,» para demandar a nombre o como sucesora de la sociedad colectiva de comercio «Bohmer & Linzen,» en los términos suplicados en el libelo.

Funda su decisión el Tribunal en la consideración primordial de que no se ha demostrado suficientemente en los autos la constitución y existencia legal de la sociedad colectiva de comercio «Bohmer & Linzen,» que viene a ser la que se considera como primitiva acreedora del demandado Muñoz y de la cual pretende ser cesionaria y subrogataria en todos sus derechos y acciones la sociedad actora «Bensmann & Linzen & Co., S. A.» Estima el sentenciador de Cali que la referencia que se hace de la existencia de tal entidad acreedora en la escritura pública número 134 de 5 de octubre de 1922, no es suficiente para demostrar dicha existencia; y tampoco lo es el certificado que expidió la Cámara de Comercio de Cali el 17 de mayo de 1938, bajo el número 2297, porque tanto la legislación vigente en dicho año como la que empezó a regir en 1931 exigen las copias de los extractos escriturarios o un certificado de la Cámara de Comercio con las indicaciones generales de los extractos de que trata el artículo 469 del Código de Comercio, o sean los nombres, apellidos y domicilios de los socios, la razón o firma social, el capital que introduce cada uno de los asociados, la época en que la sociedad debe principiar o disolverse, la forma en que debe liquidarse, término de duración de la sociedad, etc. Y como el certificado mencionado no expresa ninguna de estas indicaciones y especificaciones, no puede aceptarse como prueba de la constitución de dicha sociedad, ni menos saberse si ella fue legalmente disuelta por voluntad de sus socios y si fue liquidada en la forma que señalaran sus estipulaciones estatutarias.

Como consecuencia de los anteriores razonamientos, concluye el Tribunal por negar la personería sustantiva de la sociedad actora, y por ende del Banco cesionario de ésta, alegando que la sociedad «Bensmann & Linzen & Co., S. A.», se ha presentado a demandar en su carácter de sucesora de la Compañía colectiva «Bohmer & Linzen» y a ese título pretende que se hagan las declaraciones contra el demandado Miguel Angel Muñoz. Pero como no ha comprobado legalmente ese carácter, ni ha demostrado válidamente el traspaso de bienes y derechos por parte de «Bohmer & Linzen» o de sus socios colectivos, no puede aceptarse la personería que ejercita ni la calidad que se abroga en la demanda.

EL RECURSO

Lo interpone el apoderado del Banco de Londres y América del Sud, cesionario de la entidad actora, y acusa la sentencia del Tribunal por violación de ley sustantiva, tanto por infracción directa como por aplicación indebida e interpretación errónea y por haber incurrido el sentenciador en errores de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas, que aparecen de modo manifiesto en los autos. Con lo dicho vale decir que invoca la causal primera del artículo 520 del Código Judicial.

De esta manera se pueden concretar los cargos que hace el recurrente al fallo acusado:

I. Al decir del recurrente, toda la argumentación del Tribunal descansa en el hecho de que no se encuentra acreditada la existencia de la sociedad colectiva de comercio «Bohmer & Linzen,» constituída en 1903, ni se encuentra acreditado tampoco que a dicha sociedad la sucediera en su activo y pasivo la entidad anónima «Bohmer & Linzen & Co., S. A.», primero, y luégo la otra entidad, anónima también, «Bensmann & Linzen & Co., S. A.»

En los conceptos anteriores existen errores de hecho y de derecho manifiestos, porque no se trata de saber si está acreditada legalmente o nó la existencia de la sociedad colectiva de comercio «Bohmer & Linzen.» Se trata únicamente de saber si la sociedad actora «Bensmann & Linzen & Co., S. A.» es la sucesora de «Bohmer & Linzen & Co., S. A.», y si ésta, a su vez, es la sucesora de la sociedad colectiva mencionada. Y este hecho no es menester acreditarlo con escritura pública o mediante certificado de extractos expedidos por

las Cámaras de Comercio. Tal hecho es susceptible de acreditarse por cualquiera de los medios de prueba que establece la ley, y en los autos se encuentra demostrado por el medio por excelencia, que lo es la confesión judicial del demandado, que al contestar el hecho 17.º de la demanda dijo que era cierto y aceptó la sucesión entre esas diversas sociedades.

Tales errores de hecho y de derecho llevaron al sentenciador a infringir los artículos 465, 469 y 470 del Código de Comercio, el Decreto legislativo número 2 de 1906 y el artículo 40 de la Ley 28 de 1931, por indebida aplicación al caso del pleito. Y lo llevaron también a quebrantar los artículos 604 y 606 del Código Judicial, relativos a la confesión judicial, por no haberlos aplicado al litigio.

II. Esos mismos errores llevaron al Tribunal a quebrantar el cuasi contrato de *litis contestatio*, que impide que el sentenciador se aparte en cualquier forma de los términos de la demanda y su respectiva contestación. A juicio del recurrente, no es materia del cuasi contrato de *litis contestatio* nada que se relacione con la existencia legal de la sociedad «Bohmer & Linzen», por haber sido tal existencia reconocida por el demandado, y ese hecho no ha sido materia de discusión en las instancias, sino que se aceptó expresamente por el demandado al contestar el hecho 17.° de la demanda.

Concluye el recurrente que por todos los motivos antes expuestos la sentencia acusada ha violado los textos legales antes indicados y los artículos 1969, 1970 y 1971 del Código Civil, sobre cesión de derechos litigiosos al no reconocer la personería sustantiva del «Banco de Londres y América del Sud» como cesionario de la entidad actora.

ESTUDIO DE LOS CARGOS

La sociedad demandante presenta como fundamento de su acción el hecho de que el demandado Muñoz remató la casa-quinta *La María* a nombre de la sociedad colectiva «Bohmer & Linzen,» guardando especiales instrucciones y con dinero de ella; de esto deduce que Muñoz no adquirió para sí dicha finca sino para su comitente, a quienes sirvió de simple mandatario.

Pretende la entidad actora tener derecho a ejercitar acciones de «Bohmer & Linzen» y a que los derechos de estos últimos le sean reconocidos en el juicio, porque afirma que son cesionarios de todos los derechos y acciones de la entidad antes nombrada. A su vez, el Banco de Londres y América del Sud sigue esta acción como subrogatario del derecho litigioso a que se refiere este pleito.

El argumento básico invocado en la sentencia acusada y que dio origen a la declaratoria de la excepción de ilegitimidad de la personería sustantiva de la parte actora, se hace consistir en que la sociedad «Bohmer & Linzen» no ha comprobado de manera suficiente su existencia legal, y tal demostración es indispensable para poder deducir en juicio el derecho invocado.

No comparte la Corte este equivocado concepto ni, por lo tanto, el fundamento alegado en la sentencia para negarse a decidir el fondo de la cuestión debatida, porque en casos como el de autos no se trata de aportar la plena comprobación procesal de la existencia y constitución legal de una sociedad comercial. Bien está que cuando se presenta directamente en juicio una entidad mercantil, como demandante o como demandada, para ejercer una acción patrimonial o pedir directamente, con personería propia, el reconocimiento judicial de un derecho, se le exija en primer término y como un presupuesto procesal la plena comprobación de su existencia legal y de la calidad que se atribuye o que se le atribuye como a tál. En dicho evento sí sería necesario demostrar judicialmente la existencia legal de una sociedad comercial, en presencia de textos tan perentorios como los artículos 465, 469, 470, 471 y 480 del Código de Comercio, 36 de la Ley 40 de 1907 y 40 de la Ley 28 de 1931. Y esto es así, en el caso antes aludido, porque cuando se pretende adquirir un derecho u obtener su reconocimiento en juicio, lo mismo que lograr el cumplimiento de una obligación o prestación, resultaría ilógico y contrario a terminantes preceptos legales que pudiera decretarse el primero o reconocerse la segunda sin que el investido o el obligado, respectivamente, hubieran demostrado plenamente en un proceso que existen y que tienen vida legal, auténtica y legítima.

Es en el sentido antes expresado como deben interpretarse las sentencias de 20 de noviembre de 1935 (*Gaceta Judicial*, Tomo XLIII, página 330) y de 4 de marzo de 1938 (*Gaceta Judicial*, Tomo XLVI, página 137).

Pero muy distinto es el fenómeno que se contempla en este juicio, porque no se trata en realidad de verdad de evidenciar la existencia y legal constitución de «Bohmer & Linzen», considerándose ese factor como un presupuesto procesal que haga parte integrante de la controversia. En el caso que se dilucida es suficiente con que aparezca la demostración de que los actuales cesionarios derivan su derecho de la mencionada firma, y esta prueba sí aparece suficientemente establecida en los autos, como pasa a verse:

a) El certificado expedido por la Cámara de Comercio de Cali bajo el número 2297, el 17 de

mayo de 1938, es de este tenor: «Bohmer & Linzen. Que bajo partida número 653, folio 406, del libro número 3.º de Registro de Extractos, actas y demás documentos comerciales que se lleva (sic) en esta oficina de conformidad con el artículo 39 de la Ley 28 de 1931, aparece registrado con fecha 5 de febrero de 1935 el extracto correspondiente a la escritura número 440 de 20 de mayo de 1903, Notaría Primera de este Circuito, por la cual se constituyó la firma mencionada al margen. No consta el término de duración.»

Acepta la Corte que tal certificado sería deficiente para justificar su comparecencia en juicio la existencia legal de una sociedad comercial, porque no contiene las indicaciones generales que se exigen para los extractos sociales por el artículo 469 del Código de Comercio. Pero en dicha certificación sí se ha dejado bien establecido que se constituyó la firma «Bohmer & Linzen» por medio de la escritura número 440, de 20 de mayo de 1903, y esta alusión a su constitución y al instrumento en que ella consta es suficiente en los autos para acreditar su existencia como contratante.

b) En conexión con el hecho anterior, debe citarse la escritura número 1219 bis, de 11 de noviembre de 1925, Notaría Primera de Cali, por medio de la cual el señor Herman S. Bohmer hizo incorporar en el protocolo de dicha Notaría la escritura pública número 134, de 5 de octubre de 1922, otorgada ante el Consulado General de Colombia en Hamburgo, Alemania, contentiva esta última de la constitución de la sociedad «Bohmer & Linzen & Co., S. A.», con domicilio principal en Cali, y a la que pertenecen las siguientes estipulaciones:

«Artículo 2.º El objeto de la sociedad será: *a*) adquirir por compra, cesión o traspaso, todos los negocios de la sociedad colectiva de comercio que gira bajo la razón social de Bohmer & Linzen; *b*) subrogarse en todos los derechos y en todas las obligaciones de la misma sociedad colectiva de comercio Bohmer & Linzen; *c*) continuar los negocios que dicha sociedad tiene establecidos, de importación, exportación y venta de mercancías de toda clase, compra, venta y permuta de bienes muebles e inmuebles, depósitos de mercancía, y *d*) hacer las operaciones de bancos públicos y particulares, compra y venta de giros, negocios de comisión, de representaciones, de cambio y de corretaje.»

Resulta, pues, que la sociedad «Bohmer & Linzen & Co., S. A.» se subrogó en todos los derechos y obligaciones, en todos los negocios y en el activo y pasivo de la sociedad colectiva de comercio «Bohmer & Linzen,» cuyo nacimiento ya se vio que se remonta a la escritura número 440 de 1903, y que fue disuelta y liquidada para constituir esta última.

c) Consta por medio de la escritura número 714, de 7 de junio de 1929, Notaría Primera de Cali, que el señor Nicolaus Bensmann protocolizó los estatutos que debían regir en lo sucesivo para la nueva sociedad comercial denominada «Bensmann & Linzen & Co., S. A.», como sucesores de «Bohmer & Linzen & Co., S. A.», y cuyo término de duración se fijó en cincuenta años que debían contarse desde el 5 de octubre de 1922, fecha de la constitución de la antigua compañía.

Los anteriores elementos probatorios comprueban de manera suficiente en los autos estos tres hechos: 1.º, que la primitiva sociedad «Bohmer & Linzen» existió y fue constituída por el instrumento público antes citado; 2.º, que dicha sociedad fue disuelta y subrogada en todos sus derechos y acciones por la sociedad anónima «Bohmer & Linzen & Co., S. A.»; 3.º, que esta última firma también fue disuelta y sustituída por la de «Bensmann & Linzen & Co., S. A.,» que viene a ser la actora de este juicio y la que cedió el derecho litigioso al Banco de Londres y América del Sud.

Pero hay algo más: el demandado no ha negado a través de las instancias la existencia de la sociedad primitiva. Lejos de eso, la ha reconocido explícitamente cuando contestó afirmativamente al hecho 17.º del libelo, que está concebido en estos términos: «Los señores "Bensmann & Linzen & Co., S. A." son sucesores del activo y del pasivo de Bohmer & Linzen & Co., S. A, firma que a su turno lo fue de Bohmer & Linzen.» Lo vuelve a reconocer en la carta de 4 de marzo de 1921 dirigida al señor H. S. Bohmer, a Lausana, cuando dice: «La acta de remate queda en mi nombre, para facilitar las operaciones y para que después no digan que Bohmer & Linzen le remató o le quitó la propiedad a York.» Reincide el demandado en ese reconocimiento cuando al contestar la 6.ª pregunta de las posiciones que le fueron sometidas, contestó que era cierto que en febrero de 1921 el absolvente remató la casa-quinta motivo de este litigio como apoderado general de Bohmer & Linzen.

Es suficiente lo expuesto para aceptarse que el Tribunal se equivocó cuando llegó a la conclusión de que no aparecía suficientemente evidenciada la existencia de Bohmer & Linzen, en la medida en que tal comprobación era necesaria en este pleito. Se ha comprobado, igualmente, que los actuales cesionarios derivaron su derecho de la mencionada firma comercial. Era de rigor reconocerles la personería sustantiva y el interés jurídico necesario para representar en juicio. Se han cometido los errores de hecho y de derecho

señalados por el recurrente en la apreciación de los anteriores elementos probatorios, a través de los cuales se han violado las normas legales indicadas en la demanda de casación. Debe, por tanto, prosperar la acusación presentada en casación contra la sentencia, y al infirmarla para restablecer el imperio de la ley sustantiva, se pasa a hacer estas consideraciones:

SENTENCIA DE INSTANCIA

I. Planteada ya esta litis, la sociedad demandante «Bensmann & Linzen & Co., S. A.» hizo cesión al Banco de Londres y América del Sud, de Cali, del derecho litigioso que se dilucida en este pleito, en los términos de los artículos 1969 y 1971 del Código Civil y de acuerdo con las cláusulas de la escritura número 332, de 20 de mayo de 1931, Notaría 3.ª de Cali. De esa manera dicha entidad bancaria se subrogó en los derechos litigiosos que se hicieron valer en el libelo de demanda, y a su favor deben hacerse las declaraciones impetradas que estime la Corte procedente decretar en instancia.

Como bien lo expresa el fallador de primer grado, el hecho básico de este proceso consiste en que el 21 de febrero de 1921 el demandado Miguel Angel Muñoz remató en el Juzgado 1.° del Circuito de Cali la casa-quinta *La María*, y afirma la parte actora que tal inmueble fue rematado por Muñoz «como apoderado de la casa comercial que giró en esta ciudad con el nombre de Bohmer & Linzen, guardando especiales y expresas instrucciones que al efecto le impartió dicha Compañía y con dinero de ella.» Al contestar la demanda afirmó el opositor mencionado que obró «en nombre propio, como aparece de la diligencia de remate, y que la adjudicación se hizo a él, pues si hubiera obrado como apoderado de Bohmer & Linzen, constaría en el juicio.»

Procede, por lo tanto, dilucidar esta cuestión que se relaciona con el mandato y dejar establecida su existencia, de acuerdo con el haz probatorio que arroja el proceso. Sobre el particular se han acopiado los siguientes elementos de probanza:

1. Al folio 20 y siguientes del cuaderno de pruebas obra una copia debidamente legalizada de la diligencia de posiciones que fuéra del juicio y a petición de los actores absolvió Miguel Angel Muñoz. Esa copia ha obrado como elemento probatorio sin haber sido tachada ni redargüída de falsa, con conocimiento de la contraparte. Preguntado en tal diligencia «cómo es cierto que en los meses de enero y abril de 1921 el absolvente era apoderado de la Casa comercial que giró en esta ciudad bajo la razón social de Bohmer & Linzen & Co., de la cual son sucesores Bensmann & Linzen & Co., S. A., contestó: Que es cierto. Preguntado: ¿Cómo es cierto que tanto por esa razón como porque el absolvente permanecía en esa época en el almacén de Bohmer & Linzen & Co., en esta ciudad, estaba al corriente de los negocios y de la contabilidad de dicha Casa comercia? Contestó: Que es cierto. Preguntado: ¿Es verdad que en febrero de 1921 el absolvente remató como apoderado general de Bohmer & Linzen, sociedad colectiva de comercio domiciliada en Cali, la casa-quinta denominada *La María* para dicha sociedad, con dinero de ella y siguiendo sus instrucciones? Contestó: Es cierto, pero aclaro: no tenía poder especial para rematar *La María*. Preguntado: ¿Cómo es cierto que con fecha 20 de agosto de 1929 y estando el absolvente encargado temporalmente de la Gerencia de la sociedad Bensmann & Linzen & Co., S. A., por ausencia del Gerente titular, dio al Gerente del Banco de Bogotá, de esta ciudad, una relación o detalle del valor de las propiedades o fincas raíces de aquella sociedad, y que en esa relación figuraba la casa-quinta *La María* por un valor de veinte mil pesos? Contestó: Que es cierto y aclara: que por figurar en los libros de la Casa dicha el valor de la casa-quinta *La María*, el Contador y no el absolvente pasó al Banco de Bogotá la lista a que la posición se refiere.»

2. En la diligencia de posiciones rendidas por Muñoz el 1.° de diciembre de 1931 reconoció como suya, escrita de su puño y letra, el contenido y la firma de una carta fechada en Cali el 4 de marzo de 1921, unos días después del remate del inmueble, dirigida al señor H. S. Bohmer, a Lausana, Suiza. Ese documento, en lo pertinente, dice: «Remate *La María*..... La acta de remate queda en mi nombre para facilitar las operaciones y para que después no digan que Bohmer & Linzen lo remató o le quitó la propiedad de York. La quinta no me disgusta como para vivir, una vez que se haga arreglar y se quiten algunos malos vecinos. Si después ustedes quieren vender esa quinta y a mí se me facilita, yo la tomaría para arreglar mi vivienda.»

3. En el término de prueba de la segunda instancia se pidió por la parte demandada la exhibición y examen de los libros de contabilidad de «Bensmann & Linzen & Co., S. A.» Al tenor de esa prueba documental se pudo comprobar que la finca *La María* fué contabilizada como valor activo de la firma «Bohmer & Linzen.» Al efecto, en la continuación de la diligencia de inspección de los referidos libros, dejaron los peritos en el acta respectiva las siguientes constancias: «En cambio, en el Libro Mayor número 3, registrado para la firma Bohmer & Linzen con fecha 19 de junio de

1920, encontramos al folio 43 que, con fecha 28 de febrero de 1921, se ha cargado a *Fincas Raíces* (artículo 8433 del Diario) la partida de $ 8.000. Revisando un libro de Inventarios y Balances, registrado para la firma Bohmer & Linzen & Co., S. A., con fecha 26 de enero de 1929, encontramos que en la cuenta de Fincas Raíces, al folio 80 del citado libro, aparece la siguiente partida que dice textualmente así: Una quinta *La María*, Cali, Barrio Isaacs.... $ 20.000 (Balance general de 31 de diciembre de 1928). Pudimos constatar que los arriendos de la quinta *La María* ingresaron en la Caja de la firma Bohmer & Linzen y de las que le sucedieron hasta el mes de septiembre de 1931.»

Con las anteriores piezas del proceso queda demostrado, con la propia confesión judicial del demandado Muñoz, que tenía el carácter de mandatario de «Bohmer & Linzen» cuando remató la casa-quinta *La María*, y que como tal intervino en la almoneda, pagando el valor del remate con dinero de ella y guardando sus especiales instrucciones. Como consecuencia, debe prosperar la primera de las declaraciones principales suplicadas, que hace relación precisamente a esa circunstancia.

II. Aceptada la anterior conclusión de que aparece plenamente establecido el hecho de que Muñoz remató el inmueble como mandatario de «Bohmer & Linzen», con dinero de esa firma comercial y guardando sus especiales instrucciones, forzoso es aceptar que jurídicamente quien adquirió el dominio del bien mencionado fue la sociedad mandante y no el mandatario. Al efecto: como ya viene dicho por esta Sala, «según el Código de Napoleón, artículo 1984, el mandato o procuración es un acto por el cual una persona da a otra poder de hacer alguna cosa para el mandante y en su nombre. La doctrina francesa ha hallado incompleta esta definición, que no separa los actos jurídicos de los materiales y ve siempre en el mandato algo representativo. Dos graves glosas al concepto del Código francés. Planiol y Ripert proponen sea definido como convención por la cual una persona, llamada mandante, da a otra, llamada mandatario, poder de ejecutar, en su nombre y lugar, uno o varios actos jurídicos. Pero el mandato, tal como lo comprende y organiza el Código de Francia, implica representación. Es imposible, observa Josserand, ver en el no representativo un verdadero mandato; "expurgado de su característica natural, no es más que la sombra de sí mismo." Descartando esa noción, admiten los expositores franceses que las partes puedan asumir dos actitudes. Una ostensible, como el comisionista declarado, porque quienes contratan con él saben que detrás de su personalidad existe la del comitente, aunque no les importe saberlo, porque es la solvencia de aquél, no la de éste, lo que ellos toman en cuenta. Otra secreta, como el testaferro que presta su nombre para un negocio en realidad de tercero. "Organo pero no representante jurídico del comitente".... Más comprensivo el Código de Colombia, define el mandato diciendo ser un contrato mediante el cual una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera. No lo confunde con la procuración. Lo deslinda del arrendamiento de servicios, porque en vez de actos habla de negocios. Distingue la representación del interés, al no exigir que el mandatario actúe en nombre del mandante sino apenas por cuenta y riesgo del último. Si en la ley francesa el apoderado no es sino la imagen del comitente, hasta el punto de que, según la expresión del jurisconsulto Tarrible, aquél desaparece como un andamio después de concluído el edificio, en la colombiana puede contratar en su cabeza, como si el asunto le afectase a él solo. Así lo enseñan el artículo 2146, cuando dice que el negocio puede interesar al mandatario únicamente, y el artículo 2177, cuando dice que el apoderado puede contratar a su propio nombre. Por tanto, en Colombia el mandato no es esencialmente representativo. En su estructura caben el comisionista ostensible y el secreto; el testaferro; la interposición en todas sus formas lícitas; y aun el acto jurídico del mandatario como único interesado, siempre que el procurador tenga voluntad de obligarse.» (Casación, Tomo XLV, página 138).

El artículo 2177 del Código Civil es de este tenor: «El mandatario puede, en el ejercicio de su cargo contestar (sic) a su propio nombre o al del mandante; si contrata a su propio nombre no obliga respecto de terceros al mandante.»

De su contenido es de rigor sacar estas consecuencias: *a*) que el mandatario en Colombia puede contratar en nombre propio, en ejercicio del encargo recibido y por cuenta y riesgo del mandante; *b*) que si contrata a nombre propio, pero por cuenta y riesgo del mandante, aun sin conocer al tercero que se entiende con un mandatario, el mandante adquiere directamente los derechos que surgen de la tradición, pero no contrae directamente obligaciones para con el tercero.

Aplicando los anteriores principios al caso de autos se tiene que si el mandatario Muñoz remató el inmueble *en ejercicio de su cargo*, adquirió para la sociedad mandante, pues esta convención la define el artículo 2142 del Código Civil como «un contrato en que una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera.» Si Muñoz actuó por cuenta y riesgo de «Bohmer & Lin-

zen» y en ejercicio de su encargo, dicha firma fue quien adquirió en realidad el dominio del bien rematado, por interposición del mandatario.

Y esto es así porque en esta clase de mandato sin representación el mandatario no es más que el órgano de la voluntad del mandante, y propiamente no puede decirse que sea parte contratante. Es evidente que en principio el mandatario que contrata en propio nombre y así obtiene la tradición con la inscripción del título, adquiere aparentemente para sí, pero tan sólo mientras no se establezca plenamente que obró en ejercicio de un mandato. La acción del mandante, en este caso, para beneficiarse de los efectos del contrato, se ejercita naturalmente sobre la base jurídica de la completa validez del acto o contrato celebrado a su nombre, porque nace de la supervivencia y validez de éste y es una acción personal contra el apoderado para que se declare, al tenor de un completo haz probatorio, que los efectos del pacto le corresponden a él y lo benefician exclusivamente.

En un fallo de 29 de julio de 1913 (*Gaceta Judicial*, Tomo XXIII, página 113) se sostuvo con dos votos disidentes la tesis contraria a ésta, y se concluyó entonces, en un caso idéntico, que era el mandatario quien había adquirido el dominio del inmueble por haberse realizado a su favor la tradición en virtud de la inscripción del título, y porque era su consentimiento directo el único que como requisito esencial había intervenido en la convención. No comparte ahora la Sala ese criterio para interpretar los artículos 673, 765, 2157 y 2177 del Código Civil entre otros, porque si Muñoz adquirió la finca raíz para «Bohmer & Linzen,» éstos son los verdaderos adquirentes, y la simple inscripción del título a favor de Muñoz no puede modificar esa situación jurídica originada del mandato no representativo. De no aceptarse esta realidad habría que apelar a un recurso artificial para poner a salvo los derechos del mandante y condenar entonces al mandatario a que corra nueva escritura de venta a favor del mandante. Y entonces se arguye: si Muñoz obtuvo el dominio para «Bohmer & Linzen,» éstos sonlos adquirentes y nada tiene que transmitirles; ni puede ser compelido judicialmente a hacerlo en un nuevo pacto, que no sería libre por su parte, faltando por lo tanto el requisito del libre consentimiento. Además, en ese nuevo instrumento otorgado por el mandatario al mandante bajo coacción judicial no habría en verdad un título traslaticio de dominio, puesto que la investidura la tiene el mandante ya en su cabeza, sino una mera declaración de ser el mandante verdadero dueño, que viene a ser innecesaria.

Preferible es darles a esos textos legales la interpretación y la operancia que les corresponde, de acuerdo con el sistema de nuestra legislación, y amparar con eficacia el derecho del mandante, estableciéndose en esta sentencia la declaración de dominio a su favor que el mandatario y más tarde sus herederos han rehusado, y que es de esperarse rehusarán posteriormente, para no colocar al mandante en la necesidad de seguir otro litigio para atender a la eficacia de su derecho, con resultados posiblemente nugatorios.

Se deduce de lo expuesto que deben prosperar las declaraciones segunda, tercera y séptima de la demanda. Falta sólo agregar que para realizar la tradición en la persona del mandante o de sus actuales subrogatarios, no es procedente, como se suplica en la declaración 6.ª del libelo, que se ordene la cancelación del registro del acta de remate, porque dicha venta hecha por ministerio de la justicia es perfectamente legal y no adolece de vicio alguno que origine nulidad; y precisamente es la supervivencia y operancia de ese acto lo que sirve de vínculo traslaticio y de fundamento al derecho de dominio cuyo reconocimiento a su favor reclama la parte actora. El fenómeno de la tradición jurídica viene a quedar suficientemente cumplido en el caso de autos con la inscripción que se haga de este fallo, declarativo del dominio del bien reclamado, en la respectiva Oficina de Registro; y con el cumplimiento de esta diligencia se surten los efectos relativos a este modo de adquirir.

En las peticiones 4.ª y 5.ª del libelo se suplican el pago de los frutos civiles como poseedor de mala fe y la indemnización de los perjuicios sufridos por el mandante, como consecuencia de la renuencia de Muñoz y de sus actuales herederos a otorgarle la escritura de traspaso del inmueble; fijan el monto de tal indemnización en la cantidad de treinta mil pesos ($ 30.000).

En el rigor de los principios, deben reconocerse como pertinentes ambas peticiones, porque la acción principal ejercitada en este litigio es la de cumplimiento del contrato de mandato, y aparece indudable que ésta sí origina en la mayoría de los casos obligaciones por parte del mandatario, que se traducen en indemnización de perjuicios en los casos de incumplimiento o de abuso en su ejercicio, o de retención de las cosas o beneficios que correspondan al mandante. (Artículos 2181 a 2183 del Código Civil).

Pero en el caso de este pleito estima la Corte que no debe prosperar la declaración 5.ª, sobre pago de indemnización de perjuicios de naturaleza compensatoria, y que no es el caso de darle aplicación al artículo 2155 del Código Civil, según el cual el mandatario responde hasta de la culpa leve en el cumplimiento de su encargo, por las si-

guientes razones: *a*) porque no se ha demostrado en el proceso la existencia de tales perjuicios compensatorios propiamente dichos, que sean distintos del reintegro de frutos civiles percibidos, ni existe en el expediente prueba alguna de los factores que puedan integrarlos; en forma tal que no se podrían fijar las bases que sirvieran para señalarlos en la ejecución de la sentencia; *b*) porque en realidad el inmueble, según la inspección ocular realizada con intervención de peritos en los libros de contabilidad de las sociedades sucesivamente propietarias, siempre figuró en el activo de éstas como parte integrante de su capital, en términos de que en algunas ocasiones pudieron presentarlo y hacerlo valer como patrimonio disponible ante los bancos con quienes hacían operaciones de crédito.

Pero en cambio sí debe prosperar la súplica 4.ª, relativa al pago de frutos civiles, porque en esa misma diligencia de inspección ocular hay expresa constancia de que el mandatario Muñoz ha retenido el valor de tales frutos civiles de la casa-quinta *La María*, a partir del año de 1932 en adelante, y esta retención debe dar lugar a la condenación por el pago de perjuicios de esta naturaleza, que se traducen en el reembolso de éstos.

Sirve como demostración de esta condenación lo expuesto por los peritos en la referida inspección, a saber:

«C. En los cuadros que hemos formado figuran, los Ingresos y Egresos de la quinta *La María*, correspondientes a los años de 1922, 1923, 1924, 1929, 1930 y 1931. No aparecen los datos de los años intermedios, *porque consideramos inoficioso copiar las partidas relativas a ellos*. En todo caso podemos dictaminar que, desde 1922 hasta 1931 inclusive, figuran los Ingresos y Egresos de la quinta *La María* cargados en los libros de contabilidad que han sido materia de nuestro estudio, *no a favor ni a cargo de persona particular alguna, sino de las firmas de Bohmer & Linzen y de las que sucesivamente las sucedieron en el Activo y en el Pasivo de dicha Compañía*.»

III. Al contestar la demanda propuso el demandado la excepción de pago, bajo la forma de confusión y de compensación, alegando que los actores son sus deudores conforme al extracto de la cuenta que presenta en comprobación de sus afirmaciones, por mayor cantidad de la que cobran; agrega que siendo deudor de los demandantes por la cantidad de ocho mil pesos ($ 8.000), adquirió el carácter de acreedor de los mismos por mayor suma, y como una consecuencia legal se verificó una confusión que extinguió la deuda que hoy se cobra, y en virtud de esa compensación se efectuó el pago por ministerio de la ley, sin que para ello fuese necesario el consentimiento de las partes.

Como consecuencia de este medio defensivo propuso posteriormente una articulación de pago, contra el Banco cesionario de los actores, pidiendo se declare que la obligación demandada de pagarle la cantidad de ocho mil pesos ($ 8.000) y sus intereses «quedó totalmente cumplida por la compensación operada desde el día 31 de diciembre de 1930, en que "Bensmann & Linzen & C.º S. A.", se confesaron deudores, o me causaron a deber la cantidad de $ 19.828.52, según el balance de esa fecha, y que como consecuencia natural el 20 de mayo de 1931, en que se hizo la venta de ese crédito, no existía, y por lo mismo, la venta de lo que se supone existente y no existe, no produce efecto alguno.»

Observa la Corte que no debe prosperar este medio defensivo porque se repite que la acción principalmente incoada y que ha sido acogida en este juicio es la de cumplimiento del contrato de mandato, que aparece contenido en las súplicas principales del libelo. La petición para que se pagara a los actores la cantidad de ocho mil pesos ($ 8.000) sólo fue presentada con el carácter de segundas declaraciones subsidiarias, y no ha sido necesario, al prosperar las principales, entrar a estudiarlas en este fallo de instancia.

De manera tal que la excepción de pago por compensación no tiene la oportunidad de estudiarse y decidirse, porque no es el caso de decidir sobre tales súplicas subsidiarias, ni ella cabría dentro del cumplimiento del mandato, sino en un juicio de rendición de cuentas.

Por lo demás, si la parte demandada considera que tiene algún reclamo de esta índole que hacer valer contra sus mandantes, ha debido contrademandar instaurando la acción correspondiente, amén de que puede también hacer valer sus derechos y reclamar lo que estime que se le deba, al rendir las cuentas de su administración o al exigir la debida liquidación del contrato de prestación de servicios que pretende haber celebrado con sus mandantes.

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 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali el 18 de junio de 1941, y previa revocatoria de la dictada por el Juez 4.º del Circuito de Cali el 6 de noviembre de 1937, falla este pleito así:

Primero. El remate hecho por el señor Miguel Angel Muñoz el día 21 de febrero de 1921, en el

juicio ejecutivo que se adelantó en el Juzgado 1.° del Circuito de Cali contra el señor Richard Gorcke, de la casa-quinta *La María*, ubicada en la ciudad de Cali, en la margen izquierda del río Cali y alinderada como lo expresa la referida acta, lo verificó dicho señor Muñoz como mandatario de la sociedad mercantil denominada «Bohmer & Linzen,» con dinero de ella y guardando sus instrucciones.

Segundo. El dominio o propiedad de la referida casa-quinta, con el solar donde está edificada y todas sus anexidades y dependencias, tal como queda delimitada en la diligencia de remate, pertenece exclusivamente al Banco de Londres y América del Sud, de la ciudad de Cali, como cesionarios de la primitiva sociedad comercial rematadora y actuales subrogatarios de sus derechos en este pleito.

Tercero. El señor Miguel Angel Muñoz o sus actuales herederos y causahabientes, como poseedores del inmueble de que trata la petición anterior, están obligados a restituírlo al Banco cesionario, por los linderos expresados y con todas sus anexidades, en el perentorio término de seis días a partir de la ejecutoria del auto en que se ordene el cumplimiento de esta providencia.

Cuarto. El señor Miguel Angel Muñoz o sus actuales herederos y causahabientes están obligados a pagar al mismo Banco cesionario, por concepto de frutos civiles y como poseedor de mala fe de la casa-quinta a que se refiere esta demanda, la cantidad de dinero cuyo monto o cuantía se fije por el procedimiento que señala el artículo 553 del Código Civil, de acuerdo con las bases que se determinan en la parte motiva y desde el año de 1932 hasta el día en que se verifique la entrega de dicho inmueble.

Quinto. Se ordena la inscripción de esta sentencia en la Oficina de Registro de la ciudad de Cali, para que tal registro surta los efectos que determina el numeral 2.° del artículo 2652 del Código Civil.

Condénase igualmente a la parte demandada al pago de las costas en las instancias y en el recurso.

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

JOSÉ MIGUEL ARANGO, ISAÍAS CEPEDA, RICARDO HINESTROSA DAZA, FULGENCIO LEQUERICA VÉLEZ, HERNÁN SALAMANCA. — El Conjuez, HERNÁN COPETE. — *Pedro León Rincón*, Secretario en propiedad.

Acción negatoria de servidumbre de aguas.

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

(Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza).

El señor Francisco Barbés demandó a la Magdalena Fruit Company a fin de que por sentencia dictada en vía ordinaria se declare: 1.°, que los predios El Encanto y Los Ceibones, propiedad de él, no están obligados a recibir las aguas que por medio de un canal artificial arroja sobre ellos esa Compañía de sus fincas llamadas *Antioquia, Santa Marta* y *Teobromina*, y de las quebradas Chingaleal y Tresvueltas; 2.°, que para evitar en lo sucesivo que estas aguas sean arrojadas a aquellos predios del demandante, la Compañía debe tapar o cerrar dicho canal o modificarlo o ampliarlo en forma que no provoque o cause inundaciones en los mismos; 3.°, que la Compañía está obligada a pagarle los perjuicios que le ha causado con las inundaciones de tales predios, y 4.°, que debe pagarle las costas del juicio.

Cursó éste en primera instancia en el Juzgado 2.° Civil del Circuito de Ciénaga (San Juan del Córdoba), donde se absolvió al demandado según sentencia de 24 de marzo de 1939. Apelada por el demandante, el Tribunal Superior de Santa Marta, previa la tramitación del caso, la revocó el 10 de octubre de 1941 y condenó a la Compañía a la indemnización de perjuicios solicitada, dijo no haber lugar a considerar la primera súplica de la demanda, y en cuanto a la segunda declaró probada la excepción de petición de un modo indebido. Ni Juez ni Tribunal condenaron en costas.

Interpuesta casación por las dos partes, y concedido, admitido y tramitado el recurso de ambas, pasa a decidirse.

El Tribunal, hallando que la segunda súplica es el ejercicio de una de las acciones del Título 14 del Libro 2.° del Código Civil (artículos 993 a 997) y que para estas acciones establece procedi-

miento especial el actual Código de Procedimiento Civil en su Título 29 (artículos 888 y siguientes), estimó que hay una petición de modo indebido al formular Barbés su demanda en forma de involucrar esa acción con las demás que ejercita, a las cuales sí corresponde la tramitación del juicio ordinario, sin que valga la potestad conferida por el artículo 209 del Código Judicial, porque esta disposición entre otros requisitos exige que las acciones que se junten en una misma demanda han de seguirse por un mismo procedimiento judicial.

En el concepto de que los juicios sobre servidumbres han de ventilarse entre dueño y dueño de los respectivos predios dominante y sirviente, no encontrando el Tribunal comprobado legalmente que la Compañía demandada lo sea de los predios contra los cuales se dirige la primera súplica del libelo, resolvió, como ya se dijo, que no hay lugar a declarar lo pedido en esta parte del mismo.

Y para condenar a indemnización de perjuicios procedió en el concepto de estar demostrado el daño sufrido por el demandante, así como el acto culposo del demandado y la relación de causalidad entre esos dos elementos.

En su demanda de casación el actor comenta la sentencia recurrida en forma conjunta para acusarla en sus dos primeras declaraciones, que es lo desfavorable para él de ese fallo, y al final cita en larga lista varias disposiciones que reputa violadas: por aplicación indebida, los artículos 992, 993, 879 880, 883 y 891 del Código Civil y 341 del Código Judicial; «se aplicaron erróneamente —dice— los artículos 892 y 895 del Código Civil y el artículo 734 del Código Judicial; sufrieron violación directa los artículos 665, 669, 891, 892, 895, 1758 y 1857 del Código Civil, y los artículos 328, 330, 335, 630, 697, 722 y 730 del Código Judicial.»

Queda transcrito el aludido final del alegato del actor en que funda su recurso. No dice él la forma en que cada una de estas disposiciones haya sido quebrantada en su opinión. La exposición que precede a esa lista conduce a comprender que el cargo de violación proviene de que el dominio de Barbés sobre sus predios significa en su contenido todo lo que corresponde a los artículos 665 y 669 del Código Civil, y, sin embargo de esto, el Tribunal le desconoce ese alcance al no conceder dichas súplicas, encaminadas a que ese derecho se le respete; de que, reunidas y desviadas las aguas por un cauce artificial, no se está ante la servidumbre natural definida en la primera parte del artículo 891, sino ante un cauce perteneciente a quien lo construyó a sus expensas, según el artículo 895 *ibidem*, a tiempo que el artículo 892 obliga, en su caso, a devolver las aguas a su cauce ordinario, lo que aquí no hace la Compañía; y por otra parte, de que el reclamo contra la dicha indebida involucración de acciones no vino a presentarlo la parte demandada sino en su alegato de segunda instancia, lo que significa que el juicio había seguido su tramitación con un consentimiento de ella al respecto que hace inadmisible y extemporánea su objeción y consiguiente excepción.

Invoca, en el curso de su exposición conjunta aludida, los motivos 1.° y 2.° del artículo 520 del Código Judicial, que, como es sabido, consisten en violación de ley sustantiva y en falta de consonancia del fallo con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes.

La manera como en conjunto, repítese, formula sus reparos y cargos, impide asir desde luégo la demanda con la claridad deseable, a la que provee o que procura el precepto del artículo 531 del Código Judicial. De ahí que haya de atenderse a aquélla en forma obligadamente conjetural para abarcar sus posibles extremos.

Así, por ejemplo, si se entiende que el motivo 2.° se refiere a ambas declaraciones del fallo, la primera y la segunda, ocurre advertir que para la abstención de conocer y de fallar de la manera como el Tribunal ha procedido, el motivo indicado sería el 7.° de los del citado artículo 520, redactado así:

«Haberse abstenido el Tribunal de conocer de un asunto de su competencia y declarádolo así en el fallo.»

El demandante no invocó este motivo.

El motivo 2.°, como repetidamente lo ha puesto de presente la Corte, corresponde al caso en que se deje de fallar, no en esa forma delimitada en el motivo 7.°, o en que se falle sobre algo no pedido, o en lo pedido se vaya más allá del límite fijado en la respectiva solicitud; pero no por el hecho solo de que se conceda o se niegue tal o cual pedimento de los que han sido materia del debate.

Dentro de esa situación de perplejidad o conjetura ya dicha, es de advertirse también que el motivo 1.° de casación requiere un quebranto efectivo de disposiciones sustantivas y que no puede tener por base una violación hipotética. Se dice esto, porque varios pasajes del alegato del actor conducen a suponer que él da por sentado que si el Tribunal hubiera entrado a conocer en el fondo sus dos súplicas en referencia, precisamente las habría decidido en su favor en fuerza de las disposiciones aludidas; de suerte que éstas dejaron de aplicarse y, por ende, se quebrantaron en tal forma.

Como el no conocer de un pedimento o no decidirlo da lugar al motivo 2.° o al 7.°, según las peculiaridades de tal evento ya aludidas, es clara la improcedencia del motivo 1.°, en cuanto se la aduzca tal como acaba de suponerse.

Pasando a considerarlo desde el punto de vista del otro de los aludidos dos extremos de la conjetura de que se ha hablado, es decir, estudiándolo sobre el pie de una violación efectiva, se tiene lo siguiente:

Las disposiciones del Código Civil citadas por el Tribunal, entre ellas ante todo el artículo 879, imponen el concepto expresado en su fallo sobre que la contienda de servidumbre debe ser entre dueños. Acierta en su observación de que, en no exigiéndose la prueba del dominio de uno y otro de los contendores sobre su predio respectivo, tanto el dominante como el sirviente, se expone el sentenciador al grave yerro de decidir sobre existencia o inexistencia de aquélla en pleito en que las partes o una de éstas que sea resulte hasta mero tenedor, como arrendatario, por ejemplo.

El Tribunal no echa menos la prueba del dominio de Barbés sobre los predios en cuyo favor obra, la que figura en el expediente; lo que reclama es la del dominio sobre los predios que se dicen ser de ella por haberlos comprado, según indica el actor. Y como no obra en autos escritura pública registrada que lo acredite, no se ve por qué diga que «sufrieron violación directa» los artículos 1758 y 1857 del Código Civil y el 630 del Código Judicial.

El Tribunal al considerar en la forma en que lo hizo las dos súplicas en referencia, en manera alguna desconoce el dominio de Barbés sobre sus fincas, lo que basta para concluír que ni ocasión tuvo de violar los citados artículos 665 y 669 del Código Civil.

El caso y situación contemplados por cada uno de los artículos 892, 893 y 895 del mismo es del todo distinto al del presente pleito, lo que indica que ni ocasión tuvo la sentencia recurrida para violarlos. Tampoco quebrantó el 891 con negar aquellas dos declaraciones, o, mejor dicho, con abstenerse de hacer la una y de considerar la otra, porque nada de esto implica que atribuyera la calidad de servidumbre natural a la conducción de aguas por un cauce artificial cuya construcción quedó comprobada en el juicio.

La excepción de petición de modo indebido vino el Tribunal a hallarla comprobada en fuerza del estudio previo que al sentenciar tenía que hacer, así fuese tan sólo para lo atañedero a jurisdicción y a competencia, del modo como correspondía seguir la tramitación de la acción embotada con aquélla. Además, no le era necesaria al efecto alegación alguna de las partes, pues el artículo 343 del Código Judicial le imponía proceder de oficio. Así, pues, no se halla el quebranto de los artículos 328 a 335 de esta obra. Tampoco el del 734 de la misma, el cual, por el contrario, fue estrictamente seguido por el Tribunal, en cuanto esta disposición contiene la prohibición implícita de seguir el procedimiento ordinario «para ventilar y decidir cualquiera controversia judicial» cuando la ley dispone que se observen trámites especiales o autorice un procedimiento sumario.

Las precedentes reflexiones hacen ver por qué no prospera el recurso del demandante.

El del demandado versa sobre la condena a indemnizar perjuicios, que es en lo que la sentencia recurrida lo desfavorece. Formula varios cargos, todos dentro del motivo 1.° del citado artículo 520 del Código Judicial. Ordenándolos como manda el artículo 537 de allí, se encuentra en primer lugar uno cuya acogida determina, por virtud del artículo 538 de esa obra, que la Sala se abstenga de considerar los restantes e infirme en lo pertinente la sentencia recurrida y dicte la resolución que en su lugar corresponde.

Ese cargo que se acepta es el de violación de los artículos 2341 y 2356 del Código Civil por haber procedido el Tribunal como correspondería tan sólo si la Compañía demandada fuera causante y culpada, como él la considera, del perjuicio sufrido por el actor, y no poderse formar este concepto ni condenar como sólo toca cuando esto se justifica.

Por varias sendas llega el recurrente a la conclusión de que aquellas disposiciones sustantivas fueron quebrantadas, tanto por no haberse demostrado culpa de la Compañía, cuanto por no haberse establecido tampoco la relación de causa a efecto indispensable para decretar indemnización de perjuicios. Acerca de esto último dice, entre otras cosas: «No solamente no se probó ni se podía probar la relación de causalidad entre esas supuestas culpas y el perjuicio, sino que se probó lo contrario: que sin el canal *Antioquia* se habría producido la inundación, pues ésta ocurrió y había ocurrido antes del canal, y seguirá ocurriendo únicamente por la dimensión y naturaleza de la cuenca de precipitación del río Tucurinca y la situación y relieve topográficos de los dos predios citados (El Encanto y Los Ceibones) con relación al resto del litoral de la ciénaga grande, litoral éste fácilmente inundable por cualquiera de los ríos afluentes....»

Indagando el porqué de la afirmación del Tribunal de haber habido culpa de la Compañía, dice:

«¿Quiso referirse el Tribunal al hecho de que la United Fruit Company, causante a título singular de la Magdalena Fruit Company, construyó el canal *Antioquia?* Habría incurrido en un grave error en ese caso, porque aun en el supuesto —que niego rotundamente— de que la construcción del canal implicara una culpa (lo que no está ni remotamente acreditado), la Magdalena Fruit Company no es responsable de las culpas que haya podido cometer la United.... teniendo en cuenta que la Magdalena es sucesora a título singular y no universal de la United, la cual sigue teniendo negocios en Colombia.»

La demanda inicial del juicio señala como fuente y razón de las inundaciones en que el perjuicio consiste, la construcción del canal *Antioquia*, que, captando y desviando ciertas aguas, entre ellas las de los fundos que dice son de la Compañía demandada, llevó un caudal copioso a desembocadero distinto del que había existido y determinó así la inundación de los fundos del demandante.

Pues bien: la construcción de ese canal no es acto de la Magdalena Fruit Company, sino de la United Fruit Company; de suerte que sería inoficioso estudiar si ese canal recogió y desvió indebidamente tales aguas, puesto que, aunque del estudio surgiera la comprobación plena de cuanto el demandante dice al respecto, la responsabilidad que en tal evento se dedujera de ahí no sería de cargo de la Compañía demandada.

Sin haberse acreditado legalmente con la escritura pública de rigor dentro de este proceso, como ya se dijo, el dominio de la Magdalena, ello es que se afirma por las partes que lo hubo por compra y, ello es sobre todo, que no aparece en el expediente prueba alguna que determinara y fundara en el sentenciador el concepto de que la Magdalena, por fusión o transfusión, o mero cambio de nombre u otra causa, sea la United, o que, en otras palabras, entre las dos Compañías haya identidad u otra situación en cuya virtud la Magdalena hubiera de considerarse como sucesor universal de la United y consiguientemente responsable de toda obligación de ésta.

Así las cosas, la Sala obligadamente ha de pensar hoy como pensó al pronunciar su sentencia de 19 de abril de 1939 (*Gaceta Judicial*, Tomo XLVIII páginas 50 a 54) en el juicio de Jesús Vásquez contra la misma Compañía demandada en el presente, por actos imputables a la United. Por esto se absolvió entonces a la Magdalena, sucesora de aquélla a título singular en el dominio de unos bienes.

Este detalle tan importante de no ser la Magdalena sucesora de la United a título universal, está reconocido por el demandante en el presente pleito. Por ejemplo, de ello hace declaración expresa en su alegato de segunda instancia al folio 59 v. del cuaderno principal, donde completa su pensamiento advirtiendo que no se trata «de demandar perjuicios por culpa de la United sino de la Magdalena....»

Esto lo dice a renglón seguido del relato de su actuación en sus fincas después de inundaciones como la de 1934, en frases que en lo pertinente son de este tenor: «....secos ya mis terrenos, volví a establecer allí plantíos que han sido arrasados por la negligencia de la Magdalena Fruit Company al no reformar las obras del canal *Antioquia*, permitiendo la entrada del Tucurinca; ejecutando nuevas obras y no realizando trabajos de conservación de las paredes del canal en terrenos de fácil erosión como son los de aquellas regiones.»

Pero es el caso que ninguno de estos hechos figura entre los relatados en la demanda inicial como fundamentales, y que ésta, por el contrario, se concreta a hechos de la United Fruit Company, pues si en su redacción los atribuye en algunos de sus numerales a la actual demandada, ellos no son los que dice el alegato en el párrafo que acaba de transcribirse, sino los que reza el libelo, todos los cuales fueron de la United como está comprobado en el expediente y como el actor mismo lo afirma en varias piezas del proceso.

Respalda estas afirmaciones de la Sala la lectura del libelo inicial que presenta los hechos fundamentales en orden alfabético, así: «*a*) Soy dueño y poseedor de dos predios rurales llamados El Encanto y Los Ceibones, contiguos, ubicados en el Municipio de Puebloviejo, de este Departamento, de una extensión aproximada de trescientas sesenta y ocho hectáreas, y cuyos linderos son.... *b*) La Magdalena Fruit Company es dueña y poseedora de las fincas de banano llamadas *Antioquia*, *Santa Marta* y ubicadas en el Municipio de Aracataca, en este Departamento, las cuales tienen la condición de superiores respecto a mis predios nombrados y están comprendidas en un globo de tierra cuyos linderos generales son.... *c*) La Magdalena Fruit Company por medio de un canal artificial de profundidad y anchura considerables recoge todas las aguas de regadío y lluvias de sus fincas *Antioquia*, *Santa Marta* y *Teobromina* y de las quebradas Chingaleal y Tresvueltas y las lleva al caño Saco o Tierranueva, en donde desbordadas se esparcen por toda la extensión de los predios El Encanto y Los Ceibones. *d*) Antes de la apertura del canal artificial de que se habla antes y que se conoce generalmente con el nombre de canal *Antioquia*, las aguas de las quebradas naturales Chingaleal y Tresvueltas, unidas, caían al río Tucurinca o Roncador e iban junto con las de éste a morir a

un sitio muy distante de mis predios. *e*) Las aguas de regadío y lluvias de las fincas mencionadas también caían al río Tucurinca o Roncador, por medio del río Aracataca. *f*) Por medio del canal *Antioquia* la Magdalena Fruit Company ha constituído una servidumbre y se sirve de ella a favor de sus fincas de banano mencionadas y a cargo de mis potreros El Encanto y Los Ceibones, servidumbre que no indica la ley ni impone la natural situación de los predios.»

Se han transcrito literalmente los hechos mencionados. Los restantes se resumen así: *g*) el actor desarrolló una finca ganadera en sus referidos terrenos; *h*) las inundaciones de 1934 le causaron perjuicios cuyo valor le pagó la United Fruit Company mediante actuación judicial; *i*) eliminada la causa de esas inundaciones y ya secos sus terrenos en 1935, volvió a trabajar sus fincas con cultivos de pasto, ganado y quesería; *j*) su esfuerzo se anuló por la inundación de 1937 causada «por las aguas que la Magdalena Fruit Company recoge en el canal *Antioquia* de sus fincas y de las quebradas Chingaleal y Tresvueltas»; *k*) en septiembre de 1937 el caudal de aguas del canal *Antioquia* se aumentó con las del río Tucurinca, que se desvió de su curso natural por la deficiencia y falta de técnica en la construcción de aquél; *l*) esta inundación de 1937 persiste y le ha destruído sus fincas y obligádolo a retirar sus ganados y suspender su quesería; *m*) de las 150 reses que tenía murieron por las inundaciones 15 terneros y 6 vacas de leche, y *n*) las inundaciones de los predios del demandante en 1934 cesaron por el desvío del río Aracataca para llevar sus aguas a la quebrada San Joaquín.

Como se ve en el resumen y, en lo necesario, transcripción precedentes de los hechos aducidos como fundamentales en el libelo inicial, que no fue corregido ni enmendado, no quedó colocado *sub judice* y en situación, por tanto, de ser materia de la defensa del reo, ninguno de los actos u omisiones actuales que en lo ya transcrito de su alegato de segunda instancia el demandante atribuye a la Magdalena Fruit Company al acusarla de negligencia por no reformar el canal, por permitir la entrada del Tucurinca, por ejecutar obras nuevas y por no realizar trabajos de conservación de las paredes del canal *Antioquia*. Si todo esto brilla por su ausencia en la demanda y por lo mismo no pudo ser materia del debate con la consiguiente defensa, no puede serlo del fallo, el que debe ajustarse al artículo 471 del Código Judicial.

El hecho cardinal, *causa causarum* según el demandante mismo, es la construcción del canal *Antioquia* en la forma que aquél expone respecto de captación y desvío de aguas. Con toda claridad se ve esto, no sólo a lo largo del debate, sino desde luégo en la demanda inicial, como lo persuade el relato de los hechos, entre los cuales en este sentido se destacan los marcados *c*) y *f*). Y como ya se advirtió, esa obra es de la United Fruit Company, como consta de modo fehaciente en el proceso y el mismo demandante lo reconoce y afirma, por más que en la demanda mencione, no a la United, sino a la Magdalena.

Aunque lo dicho hasta aquí es bastante a demostrar el error en que incurrió el Tribunal al atribuír a la Compañía demandada una responsabilidad que, caso de existir, no podría recaer sobre ella sino sobre la United Fruit Company, que es entidad distinta, no sobrará traer a cuento lo que sobre dicho canal y aguas dice la contestación del libelo: «Con el canal *Antioquia* y sin él, los predios a que se refiere el demandante tienen que recibir y ser inundados por las aguas del expresado río Tucurinca por la disposición de la hoya hidrográfica de éste y la situación de los terrenos.... el fin principal de la construcción del canal *Antioquia* fue hacer posibles las obras necesarias para prevenir, como se previno durante cinco años, el desvío inminente del río Tucurinca..... Antes de la apertura del canal *Antioquia* las aguas de las quebradas naturales de Chingaleal y Tresvueltas junto con las del río Tucurinca caían en donde hoy caen..... sin el canal *Antioquia* ese río habría destruído totalmente varios años antes los terrenos situados en esa región.... la construcción del canal *Antioquia* no es, pues, ni ha sido nunca, y no ha podido ni podría ser jamás la causa de inundaciones en ningún predio.»

Esa contestación propone como excepciones en primer lugar que la Magdalena no es sucesor universal de la United y, por tanto, no tiene por qué responder de los perjuicios que se cobran en este pleito, y en segundo lugar que, aunque la construcción del canal fuera obra de la Magdalena, tampoco se podría condenarla porque la creciente excepcional del río Tucurinca en 1937 fue lo que produjo las inundaciones, a pesar del empeño preventivo implicado por aquella construcción.

Habiendo de prosperar el recurso del demandado, ha de infirmarse la sentencia recurrida y trocarse en absolución la condena pronunciada en ella sobre perjuicios.

Resumiendo las consideraciones de este fallo, se tiene: se conservará la abstención a que llegó el Tribunal respecto de la primera súplica; se mantendrá igualmente lo declarado sobre excepción de petición de modo indebido respecto de la segunda, y se absolverá sobre la acción de perjuicios ejercitada en la súplica tercera.

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 dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta en este juicio el diez de octubre de mil novecientos cuarenta y uno en cuanto condenó a indemnizar perjuicios, y la deja vigente en lo demás; por tanto, reformando la sentencia de primera instancia, falla este pleito así:

1.° No hay lugar a declarar lo pedido en la primera petición de la demanda.

2.° Está probada la excepción perentoria de petición de un modo indebido con relación a la segunda súplica de la misma; y

3.° Absuélvese a la Magdalena Fruit Company de la petición tercera de dicha demanda, esto es, del cargo de pagar al demandante Francisco Barbés los perjuicios cuya indemnización allí solicita.

Sin costas.

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. SIMULACION. DONACION

Ha sentado la Corte como doctrina, en varios fallos, entre otros el de 7 de septiembre de 1942, que en tratándose de simulación y cuando del estudio de ella surge el pacto secreto que disimula el ostensible, es necesario, o que ese pacto haya sido invocado por alguna de las partes, o que aparezca demostrado claramente en los autos. No es procedente, pues, inferir la existencia del pacto secreto, como mera apreciación del juzgador, si esa inferencia no está evidentemente respaldada en el proceso. Pero, además, para que el pacto secreto tenga eficacia y sea el vínculo que ligue en derecho a las partes, es necesario que por sí mismo tenga operancia legal y jurídica y no adolezca de ninguno de los vicios que hacen ineficaces y nulos los contratos. Así, aun demostrado el pacto secreto, no podría por esa sola circunstancia dársele efectividad legal si adoleciera de los vicios de que se ha hecho mérito, o pecara contra las buenas costumbres, el orden público, o de él resultara fraude a derechos de terceros. Dos son, pues, los factores que deben examinarse cuando se trata de simulación relativa: *a)* existencia o comprobación del pacto secreto; *b)* que ese pacto no esté afectado por ninguno de los vicios de que se acaba de hacer mérito. — 2. Del hecho de confesar una parte en posiciones que no dio dinero alguno para el pago del precio de la venta no se puede deducir que el contrato de compraventa contuviera una donación, pues ese hecho es por sí mismo equívoco, como que de él no se deduce la donación, la cual no se presume; por otra parte, puede haber muchos contratos aparentes de compraventa en que por el hecho de que se afirme por quien pregunta que no hubo precio, no se deduce que sea una donación. — 3. En las donaciones, tanto revocables como irrevocables, la ley pone un límite a la generosidad o voluntad del donante en consideración a ciertas personas, como los legitimarios; de ahí la reforma del testamento cuando se disminuye una legítima; de ahí también la reducción o rescisión de las donaciones entre vivos cuando se afectan con ellas derechos de los legitimarios. Cuando se declara que un pacto de compraventa es simulado y que encubre una donación, no debe perderse de vista lo anterior, y por eso sólo se le puede dar validez en cuanto no afecte los derechos de los legitimarios, porque de no entender así las cosas, bastaría una simulación que encubriera una donación para que los derechos de los legitimarios quedaran desconocidos o mermados. Para evitar esto es para lo que se da precisamente acción a esos herederos, para intentar o impetrar la declaración de simulación.

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

(Magistrado ponente, doctor Liborio Escallón).

Daniel Ortiz contrajo matrimonio católico en primeras nupcias con Aurelia Ortiz y en segundas con Aurelia Díaz Manrique. Fueron hijos del primer matrimonio Aurelio, Teodoro y Tulia Ortiz.

Aportó Daniel Ortiz a su segundo matrimonio los bienes que se le adjudicaron al liquidarse su primera sociedad conyugal, bienes que vendió, en su mayor parte, a diferentes personas.

Por escritura 852 de 3 de septiembre de 1936, de la Notaría de Fusagasugá, aparece Aurelia Díaz de Ortiz comprando y pagando el precio, de la casa que le vendieron Marco A. Lozano y María Caballero de Lozano, ubicada en Arbeláez.

Por escritura 361 de 23 de abril de 1936, Notaría de Fusagasugá, Daniel Ortiz dijo vender a Antonio Manrique el terreno de su propiedad denominado «Ceniceras,» y por escritura de 28 de mayo siguiente. marcada con el número 464 de la misma Notaría, Manrique dijo vender, en $ 2.000, dicho predio a Aurelia Manrique de Ortiz.

Daniel Ortiz falleció bajo memoria testamentaria recogida en el instrumento 380 de 6 de diciembre de 1938, de la Notaría de Arbeláez, en la cual declaró lo siguiente: «9.ª Declaro expresamente que la casa en que habito actualmente con mi señora esposa Aurelia Díaz Manrique situada dentro de la población de Arbeláez, con sus muebles y demás enseres que constituyen su menaje, así como el terreno conocido con el nombre de "Ceniceras," ubicado en jurisdicción del Municipio de Arbeláez y en la vereda denominada "Santa Rosa" de tal Municipio, son de la exclusiva propiedad de mi dicha esposa la señora Aurelia Díaz Manrique, por haberlas ésta adquirido con dinero de su exclusiva propiedad, como así consta de los respectivos títulos de propiedad que reposan en su poder.»

Los hijos del primer matrimonio de Daniel, a saber: Aurelio, Teodoro y Tulia Ortiz, en nombre y representación de la herencia de su padre, demandaron a Antonio Manrique y a Aurelia Manrique de Ortiz para que se hicieran las siguientes declaraciones:

1.ª Que la sucesión o herencia de Daniel Ortiz es la dueña exclusiva o titular del dominio de la casa ubicada en Arbeláez, por haber sido comprada dicha casa por el señor Daniel Ortiz y pagada con parte de los dineros provenientes de la venta de unas fincas que dicho señor tenía cuando contrajo matrimonio con la mencionada señora, y por haber sido adquirida con ánimo de subrogar, aunque así no se expresó en las respectivas escrituras de venta y de compra, como ha debido expresarse, siendo simulada la adquisición de que da cuenta la escritura 852 de 3 de septiembre de 1936 de la Notaría de Fusagasugá por parte de dicha señora Díaz Manrique v. de Ortiz.

2.ª Que la sucesión o herencia de Daniel Ortiz es la dueña exclusiva o titular del dominio de la finca «Cenicera» o «Ceniceras» porque los contratos de compraventa de que dan cuenta las escrituras 361 de 24 de abril de 1936 y 464 de 28 de mayo del mismo año, fueron simulados, y solamente tuvieron por fin lograr en fraude de la ley y de los derechos de los legitimarios, hacer aparecer a Aurelia Díaz como titular de tal finca.

Como consecuencia de estas declaratorias pidieron la restitución de los inmuebles mencionados a la herencia.

Demandaron además que se declare sin valor ni efecto la manifestación hecha por Daniel Ortiz tanto en las escrituras de compra de «La Cenicera» como de su testamento, y como subsidiaria solicitaron que se declare que la sociedad conyugal Ortiz-Díaz Manrique debe a la sucesión de Daniel Ortiz el valor de las fincas aportadas por Ortiz y que fueron vendidas real y efectivamente durante el matrimonio Ortiz-Díaz Manrique.

El Juez de primera instancia, Civil del Circuito de Fusagasugá, en sentencia de 15 de mayo de 1940 declaró que la sucesión o herencia de Daniel Ortiz es la dueña del dominio de la finca «La Cenicera» o «Ceniceras,» por ser los contratos de compraventa de que dan cuenta las escrituras 361 y 464 ya citadas, simuladas, y como consecuencia, ordenó a la demandada la restitución a la herencia de Daniel Ortiz, de dicha finca, y absolvió a los demandados de los demás cargos de la demanda.

Ambas partes apelaron, y el Tribunal Superior de Bogotá, en sentencia de 4 de abril de 1941, reformó el fallo apelado, negando la primera súplica de la demanda, declarando simulados los contratos de compraventa respecto de «La Cenicera» de que dan cuenta las escrituras 361 de 23 de abril de 1936 y 464 de 28 de mayo del mismo año, ambas de la Notaría de Fusagasugá; declarando que el acto jurídico que liga a los contratantes en dichos contratos es el de una donación entre vivos hecha por Daniel Ortiz H. a favor de Aurelia Díaz Manrique de Ortiz, donación que por haberse celebrado entre cónyuges vale como donación revocable, confirmada por la muerte del donante Ortiz; negando las demás declaraciones contenidas en el libelo.

Recurrió en casación la parte demandante, recurso que pasa a decidirse.

La primera súplica de la demanda es la de que se declare que la sucesión o herencia de Daniel Ortiz es dueña exclusiva o titular del dominio de la casa ubicada en Arbeláez, por haber sido comprada con parte de dineros provenientes de la venta de una finca de Daniel Ortiz y por haber sido adquirida con ánimo de subrogar.

Esta primera petición fue negada tanto por el Juez como por el Tribunal, y esta parte de la sentencia no es materia del presente recurso.

El recurrente ataca el fallo en lo que se refiere a la venta de «La Cenicera» y pide que se case el fallo recurrido y que en su lugar se acojan los capítulos segundo, tercero, cuarto y sexto de la parte petitoria de la demanda.

Es cierto que el recurrente dice que acusa la sentencia en cuanto negó la petición sexta del libelo, referente a la casa de Arbeláez, pero como la súplica básica y fundamental es la primera, y ésta debe mantenerse en pie, por lo ya dicho, no podría pronunciarse hoy una resolución que afectara esa primera petición. Además, en el curso de esta sentencia se decidirá sobre la petición sexta de la demanda, no ya vinculada a la primera sino desde el punto de vista de la validez de una declaración testamentaria.

El debate, pues, en casación, queda reducido o limitado a los otros extremos de la demanda que se refieren a los contratos de que dan cuenta las escrituras 361 y 464, ya nombrados, contratos que el fallador de Bogotá declaró simulados y en que aparece la venta del predio «La Cenicera» hecha por Daniel Ortiz H. a Antonio Manrique, y por éste a Aurelia Díaz Manrique de Ortiz. El recurrente acepta que tales pactos fueron simulados, pero impugna la declaración del Tribunal en cuanto concluye que el acto jurídico que liga a los contratantes en los pactos simulados es el de una donación entre vivos hecha por Daniel Ortiz a favor de Aurelia Díaz Manrique v. de Ortiz, donación que por haberse celebrado entre cónyuges vale como donación revocable confirmada por la muerte del donante Ortiz.

El recurrente impugna también el fallo en cuanto en éste se niegan las súplicas tercera, cuarta, quinta, y sexta del libelo, encaminadas a obtener la restitución de «La Cenicera» a la sucesión ilíquida de Daniel Ortiz, y a que se declare sin valor ni efecto la manifestación que éste hizo en su testamento relacionada con la propiedad de los dineros que se invirtieron en las compras de los inmuebles que aparecen adquiridos por Aurelia Díaz Manrique v. de Ortiz.

Vale, además, la pena observar que aun atacado directamente el primer extremo de la demanda, no prosperaría el ataque, por cuanto no está comprobada la subrogación a que se refiere la primera petición de la demanda, y esto es fundamental, porque ese fenómeno jurídico debe establecerse en la forma taxativa requerida por la ley.

El extremo de la simulación tampoco es discutido en este recurso; el recurrente lo acepta y también el apoderado de la demanda al pedir que no se case la sentencia, la cual, como ya se expresó, en su numeral segundo declara simulados los mencionados pactos, por los cuales vino a ser, aparentemente, la señora Díaz Manrique de Ortiz titular en el dominio del predio de «La Cenicera.»

Lo que se debate en este recurso es si el fallador de Bogotá erró o nó al considerar esos pactos como una donación revocable.

El Tribunal se expresa así: «Este conjunto de indicios distintos, graves, precisos y conexos, llevan al ánimo del Tribunal la certeza del hecho controvertido, esto es, de que la transferencia de la finca de "Ceniceras" hecha por el señor Daniel Ortiz a la señora Aurelia Díaz Manrique v. de Ortiz, no fue real o efectiva, sino que sirvió de medio para disfrazar la verdadera intención de las partes, dirigida no a las compraventas relacionadas sino a una transferencia del bien del patrimonio de Daniel Ortiz al de Aurelia Díaz. Pero como dicha transferencia ha podido ser hecha a varios títulos diferentes, es preciso averiguar a cuál de ellos se hizo, para deducir las consecuencias según sea ese contrato. Si se ha llegado a concluír que la señora Díaz no tenía dinero suficiente para hacer una compra relativamente valiosa, ya ello se encaminan muchas pruebas de la parte actora, es claro que la transferencia no pudo hacerse a título oneroso. La parte demandante conviene en que el título fue gratuito, cuando en posiciones pregunta a los demandados cómo es cierto que no dieron dinero alguno para el pago del precio de las ventas sucesivas. Se trata, pues, de una transferencia a título gratuito, esto es, de una donación entre vivos hecha por Daniel Ortiz a favor de Aurelia Díaz. Tal es el contrato simulado bajo la apariencia de dos compraventas sucesivas en que figura un comprador—vendedor—como intermediario.... De manera que el acto oculto que celebraron los cónyuges Ortiz-Díaz no está viciado de nulidad, sino que se considera como una donación revocable, confirmada por la muerte del donante sin que la haya revocado (artículo 1203).»

El anterior es el fundamento en que se apoya el Tribunal para declarar que el acto jurídico que liga a los contratantes en los contratos que se tachan de simulados es una donación.

El recurrente, apoyado en la causal primera del artículo 520 del Código Judicial, señala como violados por la sentencia, en el primer capítulo de su acusación, los artículos 1494 y 1450 del Código Civil, infringidos por mala apreciación de las pruebas.

Sobre la base expresada por el Tribunal, consistente en que la parte demandante conviene en que el título fue gratuito, apreciación que no acepta el recurrente, dice éste lo que sigue: «Cuando se afirma que en un contrato de compraventa no se dio dinero alguno por la cosa, no se está afirmando que se trata de una donación, porque el no dar dinero puede obedecer a muchas causas, como serían el incumplimiento por parte del comprador de pagar las cosas; la falta absoluta de intención de transferir, y el ánimo de adquirir, como ocurre en las escrituras de confianza; el tratarse

de una dación en pago, en que no hay en realidad movimiento de dinero sino de cosa; el devolver una escritura de confianza, como se dice en el lenguaje común.... Por con siguiente al decir el sentenciador que habiéndose establecido que ni Manrique ni doña Aurelia dieron dinero por *La Cenicera* lo que hubo fue un contrato de donación, el Tribunal apreció indebidamente la prueba.»

También acusa el recurrente, en el cuarto cargo, la sentencia por violación de los artículos 1502 y 1524 del Código Civil, por error manifiesto de hecho en la apreciación de la demanda. Se expresa así al respecto: «El porqué fueron violados estos textos surge al considerar que la declaración de don Daniel Ortiz hecha en su testamento y en la escritura de compra de la casa de Arbeláez adolece de un vicio y tiene una causa ilícita, y, sin embargo, el sentenciador no la invalidó no obstante habérselo solicitado el demandante en el capítulo sexto de la parte petitoria de la demanda. Adolece del vicio imputado en la demanda, o sea que tal declaración no tenía otro objeto que procurar disminuir el patrimonio de don Daniel Ortiz y aumentar el de Aurelia para defraudar a los herederos de aquél, y tiene causa ilícita porque se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato, y el motivo que indujo a don Daniel al acto de decir que los dineros con que se compraba la casa de Arbeláez eran de Aurelia, no era otro que menoscabar la herencia que a su muerte debían recoger sus hijos.»

El hecho décimoquinto de la demanda es de este tenor:

«La venta hecha por el señor Daniel Ortiz al señor Antonio Manrique no fue real y efectiva, sino fue el medio adoptado para traspasar la finca *La Cenicera* o *Ceniceras* a su esposa señora Aurelia Díaz Manrique de Ortiz, en fraude de la ley y de nuestros derechos de legitimarios del señor Daniel Ortiz.»

La petición segunda de la demanda es de este tenor en lo pertinente:

«Porque los contratos de compraventa de que dan cuenta las escrituras números 361 de 23 de abril de 1936 y 464 de 28 de mayo del mismo año, citadas en esta demanda, fueron simulados, y solamente tuvieron por fin lograr, en fraude de la ley y de nuestros derechos de legitimarios, hacer aparecer al señor Antonio Manrique y luégo a la señora Aurelia Díaz Manrique v. de Ortiz, casada al tiempo de la adquisición con el señor Daniel Ortiz, como titulares del dominio de tal finca.»

Vistos los fundamentos de la sentencia, los cargos de la acusación, y lo expresado en el libelo, considera la Corte:

Esta Superioridad ha sentado como doctrina, en varios fallos, entre otros el de 7 de septiembre de 1942, que en tratándose de simulación y cuando del estudio de ella surge el pacto secreto que disimula el ostensible, es necesario, o que ese pacto haya sido invocado por alguna de las partes, o que aparezca demostrado claramente en los autos. En la sentencia que acaba de citarse se dijo:

«Cuando existe la simulación relativa y se ostenta el acto secreto es necesario que la existencia de éste se haya alegado o demostrado y surja de los autos como cualquier otro pacto. Se da eficacia al pacto secreto siempre que se reúnan esas circunstancias.»

No es procedente, pues, inferir la existencia del pacto secreto, como mera apreciación del juzgador, si esa inferencia no está evidentemente respaldada en el proceso.

Pero además, para que el pacto secreto tenga eficacia y sea el vínculo que ligue en derecho a las partes, es necesario que por sí mismo tenga operancia legal y jurídica, y no adolezca de ninguno de los vicios que hacen ineficaces y nulos los contratos. Así, aun demostrado el pacto secreto, no podría por esa sola circunstancia dársele efectividad legal, si adoleciera de los vicios de que se ha hecho mérito, o pecara contra las buenas costumbres, el orden público, o de él resultara fraude a derechos de terceros.

Dos son pues los factores que deben examinarse cuando se trata de simulación relativa: *a*) existencia o comprobación del pacto secreto; *b*) que ese pacto no esté afectado por ninguno de los vicios de que se acaba de hacer mérito.

En el caso de este proceso, el Tribunal dedujo que los contratos de compraventa que declaró simulados contienen una donación entre vivos, deducción que la hizo apoyado en el hecho de preguntar la parte demandante en posiciones cómo es cierto que los demandados no dieron dinero alguno para el pago del precio de las ventas.

La deducción del Tribunal, basada *en ese solo hecho* (subraya la Corte), no da asidero a aquélla porque es por sí mismo equívoco, no se deduce de él con toda evidencia una donación, la cual no se presume, y como lo observa el recurrente, puede haber muchos contratos aparentes de compraventa, en que por el hecho de que se afirme por quien pregunta que no hubo precio, no se deduce que sea una donación.

Consideradas así las cosas, se concluye que el Tribunal violó los artículos 1494 y 1450 del Código Civil, por mala apreciación de una prueba, lo cual, al mismo tiempo que hace triunfar el cargo primero del recurso, lleva a la casación de la sentencia.

Demostrado además que Daniel Ortiz tiene legitimarios, que son los demandantes en este juicio, y que dispuso de casi todos sus bienes al hacer el contrato que se declaró simulado, triunfa también el cargo contenido en el capítulo cuarto, cargo que quedó sintetizado arriba.

Para dictar la correspondiente sentencia de instancia se considera:

«La teoría de la validez de la donación entre vivos habida entre cónyuges y que vale como donación revocable, expuesta por el Tribunal, teoría que la fundamenta en los artículos 1196, 1844 y 1203 del Código Civil, es acertada.»

Sobre la base intocable, por lo ya dicho, de que los contratos a que se refieren las escrituras 361 y 464 citadas son simulados, sobre el extremo de que esos pactos no entrañan ninguno otro de carácter oneroso para el adquirente, es del caso averiguar si en los autos existe o nó la prueba de que la transferencia del dominio de la finca de *La Cenicera* entraña o nó una donación entre vivos, hecha entre cónyuges.

La Corte llega a la conclusión afirmativa por lo siguiente: porque además de estar demostrado que no fue a título oneroso como se hizo el traspaso de la finca de *La Cenicera,* existe en autos una prueba, que a juicio de la Corte hace ver el *animus donandi* que movió a Daniel Ortiz a hacer a su mujer el traspaso del dominio de *La Cenicera* a título de donación entre vivos.

En efecto: a los folios 6.° a 8.° del cuaderno número 6 aparece copia del testamento otorgado por Daniel Ortiz el 6 de diciembre de 1938, en el cual no sólo instituye como heredera en la cuarta de libre disposición a su mujer Aurelia Díaz Manrique, sin perjuicio del derecho que la ley le otorga en los demás bienes de la sucesión (cláusula 8.ª), sino que en la novena declara que su mujer compró con dinero de su exclusiva propiedad la casa de Arbeláez y la finca de *La Cenicera.*

Ahora bien: está establecido, extremo intocable, que Aurelia de Ortiz no dio dinero alguno por la finca de *La Cenicera;* por eso se declararon simulados los pactos que aparentemente configuran un contrato de compraventa. Daniel tuvo el ánimo de transferir la propiedad de la finca y Aurelia la de adquirirla, luego lo que está en discusión es el título únicamente; ya se vio que no puede ser el de compraventa, y para la Corte fue el de donación, porque alguna razón de ser, alguna eficacia debe tener la cláusula novena del testamento de Daniel, porque ella se refiere indudablemente a los contratos de compra de la casa de Arbeláez y del predio de *La Cenicera.* Es esa cláusula una reafirmación del ánimo de Daniel de transferir el dominio de esas fincas a su mujer. Es cierto que la declaración contenida en esa cláusula sobre propiedad del dinero no es prueba suficiente de tal aserto, pero tiene esa declaración el valor de una donación revocable al tenor del artículo 1795 del Código Civil, que dice en lo pertinente:

«Ni la declaración de uno de los cónyuges que afirme ser suya o debérsele alguna cosa, ni la confesión del otro, ni ambas juntas, se estimarán suficiente prueba aunque se hagan bajo juramento. La confesión, no obstante, se mirará como una donación revocable que confirmada por la muerte del donante, se ejecutará en su parte de gananciales o en sus bienes propios, en lo que hubiere lugar.»

Consideradas así las cosas, el fenómeno jurídico es el siguiente: preceptúa el artículo 1196 del Código Civil que las donaciones entre cónyuges valen como donaciones revocables, y enseña el artículo 1203 ibídem que esas donaciones se confirman y dan la propiedad del objeto donado por el mero hecho de morir el donante sin haberla revocado.

Luego como en el caso de autos no sólo acaeció la muerte del donante sino que éste confirmó una donación, que no aparecía evidente o cierta en el título, se concluye que en virtud de los artículos 1196, 1203 y 1795 se verificó el fenómeno de la donación revocable que quedó firme e irrevocable, por lo que acaba de expresarse, y produciendo, en lo que sea de derecho, sus efectos legales.

En otros términos, esa donación con la limitación que acaba de expresarse es válida.

Ahora bien: Si es cierto que pueden hacerse donaciones tanto revocables como irrevocables, también lo es que la ley pone un límite a la generosidad o voluntad del donante en consideración a ciertas personas, como los legitimarios; de ahí la reforma del testamento cuando se disminuye una legítima; de ahí también la reducción o rescisión de las donaciones entre vivos cuando se afectan con ellas derechos de los legitimarios.

Cuando se declara que un pacto de compraventa es simulado y que encubre una donación, no debe perderse de vista lo anterior, y por eso sólo se le puede dar validez en cuanto no afecte los derechos de los legitimarios, porque de no entender así las cosas, bastaría una simulación que encubriera una donación para que los derechos de los legitimarios quedaran desconocidos o mermados. Para evitar esto precisamente es para lo que se da acción a esos herederos, para intentar o impetrar la declaratoria de simulación.

En vista de lo anterior se presenta esta otra cuestión: ¿Hasta dónde puede ser válida y eficaz la donación que hizo Daniel Ortiz a su mujer Aurelia Díaz Manrique de Ortiz? Se responde: Hasta donde no perjudique los derechos de los

legitimarios y en el caso presente hasta donde le dé derecho su vocación testamentaria. Aurelia fue instituída heredera en la cuarta de libre disposición, y bien podía hacer eso el testador de acuerdo con el artículo 23 *in fine* de la Ley 45 de 1936, quien no podía disponer por testamento de las otras tres cuartas partes porque éstas entran a formar las legítimas de sus hijos, artículo que acaba de citarse.

Que los demandantes tienen el carácter de legitimarios y que han sido declarados herederos en el juicio de sucesión de su padre, está demostrado con evidencia en los autos con la copia que corre al folio 24 del cuaderno número 2, y esa demostración era necesaria, y es siempre indispensable, cuando los actores, en casos semejantes al presente, fundan su pretensión, entre otras cosas, en el fraude o lesión para ellos que se deriva de un pacto simulado.

Pero hay más: La efectividad, por otro aspecto, de la cláusula novena del testamento, consiste en que el testador designó la especie con que debe ser pagada la cuota hereditaria de su mujer, o sea la finca de *La Cenicera;* luego en todo caso y no obstante la reducción que hubiere que hacer al respecto, Aurelia tiene una situación jurídica preestablecida, que ampara la ley, para que se le pague su herencia con el predio mencionado, total o parcialmente, según el caso.

Llega pues la Corte a estas dos conclusiones: *a*) La donación hecha por Daniel a Aurelia es válida; *b*) pero esa donación puede estar sujeta a reducción limitándola a la cuarta parte en los bienes que dejó Daniel, y entonces puede ocurrir uno de los tres casos: Si *La Cenicera* equivale a la cuarta parte de los bienes relictos, habrá que adjudicársela a la donataria; si vale más, habrá de ser reducida tal donación de modo que represente una cuarta parte del valor de los bienes de la sucesión de Daniel Ortiz, después de liquidada la sociedad conyugal que tuvo éste con su segunda mujer, y si dicha finca vale menos, habrá que adjudicársele siempre a la donataria y completársele con otros bienes de la sucesión, el valor de su cuota hereditaria.

El estudio que acaba de hacerse lleva a la conclusión de que la petición sexta de la demanda no puede declararse, porque condicionada la donación en la forma como ha quedado en esta sentencia, es válida y su alcance queda suficientemente explicado. Además, es oportuno observar que una cláusula testamentaria no es nula o deja de tener efecto por el hecho de no estar ajustada a la verdad. Cuando esto último se demuestra, sucede que puede variarse el título por el cual se recibe, pero sin invalidarse la cláusula, como sería en el caso en que el testador declarara una deuda de la que no hay principio de prueba por escrito; valdría entonces la cláusula como legado (artículo 1191 del Código Civil).

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, *casa parcialmente* la sentencia recurrida, y *reformando* la de primera instancia, FALLA así este pleito:

1.° Niégase la primera súplica de la demanda, y, en consecuencia, se absuelve a la demandada de los cargos que ella envuelve.

2.° Decláranse simulados los contratos de compraventa de que dan cuenta las escrituras públicas números trescientos sesenta y uno (361), de veintitrés (23) de abril de mil novecientos treinta y seis (1936) y cuatrocientos sesenta y cuatro (464) de veintiocho (28) de mayo del mismo año, ambas de la Notaría de Fusagasugá, por los cuales Daniel Ortiz H. dijo vender a Antonio Manrique, y éste a Aurelia Díaz Manrique de Ortiz, respectivamente, un terreno situado en la vereda de *Santa Rita*, de la jurisdicción del Municipio de Arbeláez, denominado *La Cenicera*, que tiene una extensión aproximada de unas treinta fanegadas, junto con todas sus mejoras y anexidades existentes, con todo lo especificado en tales escrituras y por los linderos en ellas expresados.

3.ª Declárase que el vínculo jurídico que liga a los contratantes en los contratos acabados de enunciar, es el de una donación entre vivos hecha por Daniel Ortiz H. a favor de Aurelia Díaz Manrique v. de Ortiz, donación que por haberse celebrado entre cónyuges vale como donación revocable, confirmada por el testamento y la muerte del donante Daniel Ortiz H.

4.° Declárase que esta donación es válida en cuanto no exceda de la cuarta parte de los bienes de la herencia de Daniel Ortiz, y que en el exceso, si lo hubiere, debe ser reducida para completar las legítimas de los hijos del expresado causante Daniel Ortiz.

5.° Declárase, por lo tanto, que Aurelia Díaz Manrique v. de Ortiz está obligada, si hubiere el exceso, de que se ha hecho mérito en el numeral anterior, a restituírlo a la sucesión de Daniel Ortiz con sus frutos civiles y naturales correspondientes desde el fallecimiento del causante hasta el

día de la entrega, y con los abonos por mejoras a favor de la señora Díaz de Ortiz, según las reglas generales, y si fuere el caso por existir aquéllas.

6.° Se niegan las demás peticiones de la demanda, de las cuales queda absuelta la parte demandada.

7.° No hay condenación en costas ni en las instancias 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.

ACCION PETITORIA DE DOMINIO

La apreciación de la cuantía no está sujeta al recurso de casación, y su fijación ha de hacerse en las instancias del juicio.

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

(Ponente, Magistrado doctor José Miguel Arango).

Ante el Juzgado 1.° Civil del Circuito de Ibagué, Justina Trujillo pidió que se hicieran contra Ramón Vera Vargas las siguientes declaraciones:

«Primera. Que es de su exclusiva propiedad por haberla construído a sus expensas y en terreno propio, una casa de adobe, ladrillo y teja de zinc, marcada con el número 16-41 de la carrera 5.ª de esta ciudad y alinderada así: "Por el frente, hacia el Sur, carrera 5.ª en medio, con casa de Josefa Guzmán (sic); por el costado oriental, con terrenos del Municipio de Ibagué; por el costado occidental, con casa y solar de Claudina Susunaga; y por el fondo, con terrenos ocupados por otra construcción que va hasta la carrera 6.ª y en que son condueños actora y demandado";

«Segunda. Que es condueña con Ramón Vera en otra edificación inconclusa, colindante con la determinada en la petición anterior, y especialmente alinderada así: "Por el frente, con la carrera 6 ª; por el fondo, con la construcción de su propiedad alinderada en la declaración anterior; por el costado oriental, con terrenos del Municipio; y por el costado occidental, con casa y solar de Paulina Susunaga." Se advierte que en esta declaración debe entenderse que la actora es dueña de las dos terceras partes del terreno en donde está edificada la casa;

«Tercera. Que Ramón Vera debe pagarle la suma de cinco mil cuatrocientos pesos ($ 5.400), o la que en subsidio señalen los peritos, a quince años de servicios de hospedaje, alimentación, arreglo de ropas y otros menesteres domésticos, prestados por la actora al demandado;

«Cuarta. Que Vera Vargas debe pagar el lucro cesante que se fije por peritos, causado al negocio de la actora con la incapacidad ocasionada por unas heridas y golpes que le infirió el demandado y la sustracción de unos elementos destinados a la fabricación de obleas y barquillos, y

«Quinta. Que en caso de oposición, Vera Vargas sea condenado al pago de costas.»

Los hechos en que fundara su demanda la Trujillo son éstos:

«1.° Por escritura número 473 de 1932, otorgada en la Notaría 2.ª de este Circuito, Adela Tapiero vendió a la actora las dos terceras partes del solar y la casa que allí se determinan.

«2.° En dicho solar, y previa la demolición de la referida casa, la actora construyó otra a sus expensas.

«3.° Esa casa, cuya especificación trae la petición primera, quiso hacerla suya el demandado con la protocolización de unas declaraciones sobre construcción, pedidas en memorial que hizo firmar a la actora sin mostrarle su texto.

«4.° La casa especificada en la petición segunda ha sido edificada hasta el estado en que se encuentra, con parte de la suma recibida por Vera Vargas en calidad de veterano de la última guerra civil, y también con dinero proveniente del negocio de la actora.

«5.° Durante los quince años anteriores al 14 de mayo de 1940, la actora prestó al demandado los servicios de que trata la petición tercera, cuyo precio no puede ser inferior a treinta pesos ($ 30) mensuales; y

«6.° La incapacidad y perjuicios resultantes de las heridas y golpes que el demandado causó a la actora en mayo del año pasado, y la sustracción de elementos para la elaboración de obleas y barquillos, ha causado el lucro cesante cuya indemnización debe pagar Vera Vargas.»

Cerróse la primera instancia con el proveído del Juez, de 20 de noviembre de 1940, por el cual ab-

solvió a Vera Vargas de todos los cargos que le formuló la Trujillo.

No conformándose ésta con el fallo anterior, ocurrió en apelación ante el Tribunal Superior de Ibagué, y allí la litis se desató en sentencia de 7 de octubre de 1941, por la cual se confirmó la de primera instancia sin hacer condenación en costas.

RECURSO DE CASACIÓN

Recurrió en casación la demandante. Fue admitido en esta Superioridad, y hoy es llegado el caso de decidirlo, previos estos antecedentes:

El Tribunal, de manera explícita, consideró que el memorial presentado por la actora, por el cual prescindía de reclamar los derechos sobre la casa de que trata el punto segundo del libelo de demanda, «versó en realidad sobre la casa determinada en la petición primera, porque al determinarla en el memorial respectivo se le asigna una construcción de ladrillo, adobe y teja de zinc, y se le señalan exactamente los mismos linderos que trae la petición primera; y porque al tenor del punto VII del certificado expedido por el Registrador de este Circuito, aducido por el actor en esta instancia, Vera Vargas vendió a Deogracias Rubio, por escritura número 430 de 1.° de julio de 1940, una casa de habitación que, por su calidad y referencia de linderos, concuerda en un todo con la casa determinada en la susodicha petición primera de la demanda.»

Este fundamento del Tribunal no ha sido atacado en casación. El conserva toda su fuerza, y sería más que suficiente para que la Corte, sin más consideraciones, no infirmara la sentencia sometida a este recurso extraordinario, pero para mayor abundamiento se entrarán a considerar los motivos invocados en la demanda de casación, advirtiendo que ésta no reúne en manera alguna los requisitos que la técnica exige para una demanda de esta clase, que bien podría desechar la Corte por no llenar las formalidades exigidas por el artículo 531 del Código Judicial.

Dice la recurrente, textualmente, en su primera tacha, lo siguiente:

«Haber error de apreciación tanto de hecho como de derecho. De hecho, por cuanto la parte pericial es muy ajena al haber litigioso pues éste sólo representa un valor máximo de mil doscientos pesos, conforme al valor catastral; error sobre el cual se falló la primera y segunda instancia; y de derecho, por cuanto en la tramitación de primera instancia se omitieron agregar algunos documentos decisivos en la acción y se tergiversaron la recepción de pruebas importantes. Estos documentos son casualmente los que adjunto al presente alegato para si la honorable Corte lo estima conducente los aprecie;....»

Del párrafo transcrito, un tanto inconexo y oscuro, parece que el error de hecho se refiera a la cuantía del negocio, y si ello fuere así, el cargo ha de rechazarse porque la apreciación de la cuantía no está sujeta al recurso decasación, y su fijación ha de hacerse en las instancias del juicio. Se recuerda que el artículo 529 del Código Judicial manda que la Corte no puede declarar inadmisible un recurso por razón de la cuantía de la demanda. Respecto del error de derecho por no haberse agregado en las instancias algunos documentos, es cuestión también extraña a la casación, y la Corte no puede hoy apreciarlos, como lo desea la recurrente.

Otro cargo forastero al recurso de casación es el de que en las instancias se permitió el embargo y secuestro de bienes pertenecientes a la demandante, cargo completamente exótico en casación y sobre el cual no debe detenerse esta Sala por un momento más.

La recurrente considera que conforme al artículo 713 del Código Civil, ella es dueña por accesión de la casa a que se refiere la primera petición de la demanda, y que como el Tribunal le negó ese derecho, quebrantó la memorada disposición.

Se observa: La disposición del artículo 713 consagra o define lo que es la accesión, y contra esa definición nada ha dicho el Tribunal en su sentencia que la desfigure, contraríe o modifique.

La razón fundamental del sentenciador para no reconocerle a la demandante el derecho total que pretende sobre la casa en litis, fue que ella no había adquirido de Adela Tapiero sino las dos terceras partes del solar en que está construída la casa en disputa, de donde concluyó, con toda razón, que la demandante no podía ganar por accesión la parte de casa construída sobre la otra tercera parte del terreno que no le pertenecia a la Trujillo, siendo así que la disposición del artículo 739 da derecho al dueño del terreno para hacer suyo el edificio que se haya construído sobre su fundo, pero no al que construyó el edificio hacerse dueño del terreno, invirtiendo los términos del fenómeno de la accesión. Si la señora Trujillo no es dueña de una tercera parte del solar en que se construyó la casa, es el dueño de esa tercera parte el que ha podido adquirir por accesión el edificio construído en su terreno, pero no la señora Trujillo, que no era dueña de esa tercera parte. Por esto el sentenciador, con buen juicio, dijo que la demanda ha debido establecerse para la comunidad existente entre la Trujillo y la dueña de la tercera parte del solar, donde aquélla edificó la casa.

Nada puede decirse en casación respecto de la

diligencia de protocolización de los testimonios de varios individuos, solicitados para comprobar que la casa en mención fue construída con fondos tanto de la demandante como del demandado, porque esto también es extraño a la casación.

Los demás reparos al fallo relativos a que la demandante es dueña de una cosa incorporal inmueble, de que ha ganado por accesión la edificación levantada en el solar, que el comunero tiene derecho a que se le adjudique la parte del indiviso en que ha plantado edificios o construcciones, son extremos que no pueden hacerse valer en casación, porque, como se ha visto, el sentenciador para negar la primera petición de la demanda, asentó que la demandante no era dueña de todo el terreno en que la casa está edificada, y que por consiguiente la parte del edificio que ocupaba la tercera parte del terreno, no podía reputarse como de pertenencia o propiedad de la demandante en virtud del fenómeno de la accesión.

El pedimento de que se tengan en cuenta por la Corte los recibos y certificaciones acompañados a la demanda de casación, no puede prosperar. En casación no se admiten pruebas, ni tampoco puede decretarse la inspección ocular solicitada, por los motivos ya dichos.

En mérito 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, falla:

1. No se infirma la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Ibagué, de fecha siete de octubre de mil novecientos cuarenta y uno.

2. 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*, Secretario.

FILIACION NATURAL

(Remitimos al lector, en lo tocante a la doctrina de este fallo, al extracto que figura antes de la sentencia de 22 de septiembre).

El Relator.

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

(Magistrado ponente, doctor Fulgencio Lequerica Vélez).

María del Carmen Polanía, mayor y vecina de Suárez, Tolima, presentó demanda ordinaria contra Teresa Valdés, Visitación Molina, Félix Antenor Rodríguez y el Ministerio Público, impetrando del Organo Judicial las siguientes declaraciones:

1. Que María del Carmen Polanía es madre natural de los menores Héctor José, Alvaro y Jaime Polanía Cárdenas.

2. Que los referidos menores son hijos naturales, y así se les declare, de Alberto Cárdenas y María del Carmen Polanía.

3. Que se declare a los mismos, herederos de Alberto Cárdenas, sin perjuicio de terceros.

4. Que en tal carácter tienen derecho a intervenir en la sucesión de Alberto Cárdenas y perseguir los bienes de éste para la efectividad de su derecho como hijos naturales y herederos de éste.

5.° Que María del Carmen Polanía, como madre natural de los dichos menores, ejercita y tiene derecho de ejercitar la patria potestad, o tiene la patria potestad sobre los menores en referencia, y en tal virtud tiene personería para representarlos en este juicio y para ejercer la tutela y curaduría sobre ellos.

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

Fundó su demanda en los siguientes hechos, que se presentan extractados, así:

Antes de 1932 Alberto Cárdenas sedujo a María del Carmen Polanía sacándola del hogar paterno, y desde entonces hizo vida común con ella, con breves intervalos, dándole el tratamiento de mujer legítima y atendiendo permanentemente a su congrua subsistencia. La tuvo viviendo en Bogotá y con ella viajaba, presentándola a sus amigos como su compañera de hogar, y tal estado de cosas duró hasta noviembre de 1937. Durante la vida de relaciones sexuales tuvieron y procrearon los siguientes hijos: Héctor José, nacido el 18 de agosto de 1933; Alvaro, nacido el 14 de enero de 1935; y Jaime, nacido el 26 de mayo de 1937. Los

menores nombrados fueron bautizados con intervención directa de Cárdenas, quien al sentarse las partidas de bautismo los hizo pasar como a sus hijos legítimos. María del Carmen Polanía ha sido siempre mujer de honesto estado, y Cárdenas no se quejó de infidelidad contra ella. Hay prueba escrita del reconocimiento de paternidad o al menos principio de prueba escrita respecto a los tres hijos ya nombrados, atendiendo Cárdenas a la congrua subsistencia de los menores, a quienes vestía, cuidaba y tuvo bajo el mismo techo con la madre de ellos, presentándolos a sus amigos y relacionados, de suerte que todos los reputaban como hijos naturales de Alberto Cárdenas. A su muerte Cárdenas dejó cónyuge sobreviviente que lo es la señora Teresa de Jesús Valdés; a su madre doña Visitación Molina. El actor asevera que hay otro hijo natural, llamado Félix Antenor Cárdenas, y de ahí que antes de darse el traslado aclaró la demanda en el sentido de que se incluya entre los demandados a María Luisa Rodríguez, vecina de Suárez, madre de Félix Antenor Rodríguez o Cárdenas.

Al agente del Ministerio Público se le notificó la demanda y se le corrió el traslado legal, pero no la contestó. El Juzgado del conocimiento, que lo fue el Civil del Circuito del Espinal, pronunció sentencia de primer grado fechada el 13 de febrero de 1939, en la cual hizo las declaraciones suplicadas en el libelo, o sea que la señora Polanía es madre natural de los menores Héctor José, Alvaro y Jaime; declara que tales menores son hijos naturales de Alberto Cárdenas y María del Carmen Polanía; ordena tener a los susodichos menores como herederos de Cárdenas, en su carácter ya reconocido; declara que tienen derecho a intervenir en la sucesión de su padre natural y que la Polanía tiene derecho de ejercitar la patria potestad, con todas las prerrogativas inherentes a ella y personería suficiente para representarlos en este juicio. No se hizo condenación en costas.

LA SENTENCIA ACUSADA

El fallo anterior fue consentido por el agente del Ministerio Público y por el apoderado de la actora. Se alzaron contra él el apoderado de Visitación Molina y el de Félix Antenor Rodríguez o Cárdenas. Conoció de la alzada el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, quien finalizó la segunda instancia en sentencia de 30 de junio de 1941, en la cual confirmó en todas sus partes la providencia apelada.

Al sustentar su fallo dice el Tribunal sentenciador que aun cuando esta Sala de Casación, en providencia de 26 de abril de 1940, se pronunció en el sentido contrario a las conclusiones adoptadas por el Juez de instancia y por el Tribunal, como ese proveído tuvo votos disidentes y los especialistas no han logrado unificar sus opiniones al respecto, no ha de parecer extraño que use de una epiqueya que armonice el respeto que le merece el superior jerárquico con la necesidad de acatar la ley orgánica.

Acoge el Tribunal como soportes fundamentales de su decisión el criterio de equidad, y sobre el particular adopta los argumentos que el autor del proyecto sobre filiación natural prohijó en la exposición de motivos de ese estatuto. Señala como fundamento de tal criterio de equidad los que para mejor conocimiento pasan a transcribirse:

«Con lo subrayado llama el doctor Valbuena la atención hacia la finalidad de la reforma: la ley no debe considerarse como una simple refrendación de la voluntad de los padres, sino ante todo como la consagración de un hecho físico, el de la procreación, hecho del cual no es responsable el procreado, y que, por lo mismo debe atraerle la protección legal. Precisamente para acabar con la injusticia de que al arbitrio de los padres quedara el cumplir con los deberes naturales de crear y velar por sus hijos, se ha expedido la ley que se comenta. En pie quedaría la injusticia de la dañada intención o la negligencia del padre en reconocer el hecho natural, si no tuvieran el remedio de la investigación de paternidad; en pie quedaría, y con caracteres más irritantes aún, si a los más indefensos —los impúberes y aun los póstumos— se les cerraran las puertas de la reclamación por la circunstancia de haber fallecido prematuramente quien los engendró. Este hecho no puede destruír los derechos que la ley ampara desde cuando el hombre está en el claustro materno, y de los cuales entra a gozar desde que nace.»

«El caso de los autos parece típico para fijar el alcance de la ley dentro del espíritu de su proyectador, y del legislador que acogió la reforma: a Félix Antenor —según dice el demandante, y se lo hace decir a la demandada María Luisa Rodríguez - lo reconoció Cárdenas por escritura pública (la escritura no aparece en este proceso). A los menores Polanías no los reconoció en tal forma, pero dejó en su vida marcada con sello inconfundible la inequívoca manifestación de aceptación del hecho de haberles dado vida. Que descuidó o que la muerte le impidió hacer con éstos lo mismo que se —dice— hizo con aquél, ¿serán motivos para que el uno goce de las prerrogativas de hijo y que a los otros se les nieguen?»

EL RECURSO

Interpuso recurso de casación el apoderado de Félix Antenor Cárdenas, y acusa la sentencia por

las causales 1.ª y 2.ª del artículo 520 del Código Judicial. Los dos cargos que formula se pueden resumir así:

1. La sentencia del Tribunal es violatoria de ley sustantiva por haber incurrido el fallador en infracción directa e interpretación errónea de los artículos 403 y 404 del Código Civil, 7.° de la Ley 45 de 1936, en relación con el numeral 2.° del artículo 402 del mismo Código, que fue igualmente quebrantado ya directamente, ya por indebida interpretación.

En efecto, sigue el recurrente, el artículo 7.° precitado estatuye expresamente que las reglas de los artículos 401, 403 y 404 del Código Civil se aplican también al caso de la filiación natural, porque tales textos están incorporados al nuevo estatuto de la Ley 45 y hacen parte integrante de ella. Pero el sentenciador prescindió claramente de esos preceptos violándolos directamente. Como el Tribunal prescindió de darles aplicación, en circunstancias de que ellos exigen la presencia personal en el juicio del presunto padre, como legítimo contradictor, es claro que los violó directamente, imprimiendo al fallo un criterio de pretendida equidad y motivos sentimentales que pugnan abiertamente con la ley orgánica.

2. Dice el recurrente que entre las excepciones invocadas está la de acción errada, consistente en que en vez de dirigirse la demanda contra la sucesión ilíquida de Alberto Cárdenas, se inició contra los herederos de él directa y personalmente.

Bien sabido es que muerta una persona surge una especie de entidad moral de existencia jurídica denominada herencia. Si es verdad que en los causahabientes existe la representación del causante, mientras la sucesión permanece ilíquida dicha representación es como una especie de delegación procesal que habilita al heredero únicamente para el ejercicio de las acciones correlativas a los derechos de aquél. Y es por esta situación especial por lo que el heredero no puede reivindicar para sí, en nombre personal, ni es válida la acción dirigida contra los sucesores del difunto personalmente, para el pago de las deudas hereditarias, sino que es necesario pedir para la herencia en el primer caso y demandar a la sucesión en el segundo.

Sobre este importante punto, que fue materia del debate, guardó silencio el Tribunal, lo que justifica la acusación por la causal consagrada en el numeral 2.° del artículo 520 del Código Judicial, por cuanto la sentencia viola por infracción directa los artículos 403 y 404 del Código Civil y 7.° de la Ley 45 de 1936, por no estar en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes.

CUESTIÓN JURISDICCIONAL PREVIA

El recurrente en casación es Félix Antenor Rodríguez o Cárdenas, a quien se ha demandado como hijo natural de Alberto Cárdenas. Ahora sostiene el apoderado de la actora, en su memorial de oposición al recurso, que la calidad de hijo natural de Félix Antenor, respecto de su padre Alberto Cárdenas, no está acreditada en autos, de manera que viene resultando Félix Antenor un tercero en este pleito y carece del presupuesto procesal de legitimación pasiva en la causa, porque no es representante del difunto ni pariente de los demandantes ni de los otros demandados.

Luégo al resumir sus alegaciones en estrados durante la audiencia pública, dice el mismo apoderado que el demandado Félix Antenor, único que ha recurrido en casación, «carece de interés para interponer el recurso de casación, dado que no pide la infirmación del fallo en la demanda de casación, ni fundamentó ésta en el sentido en que su interés se lesionaba. De acuerdo con esos artículos él ha debido probar su filiación natural con respecto a su padre o excepcionar de inepta demanda en lo que a él se refería.....»

No es fundado el anterior reparo, y tampoco es el caso de desestimar este recurso, por las razones que pasan a exponerse:

En el escrito de demanda señaló la parte actora de manera individual y clara, a Félix Antenor como demandado, y en el hecho 22 del libelo dijo: «También tengo noticias, cosa que ni afirmo ni niego, que dejó otro hijo natural llamado Félix Antenor Cárdenas, vecino del Municipio de Suárez.»

Antes de correrse el traslado pidió que se notificara la demanda a María Luisa Rodríguez, como madre natural y representante legal de dicho demandado, que aún no había llegado a la mayor edad. Más tarde, María Luisa contestó la demanda como madre natural de Félix Antenor y constituye apoderado que les sirva de personero en este pleito.

La sentencia del Tribunal sienta esta base para decidir el litigio y confirmar, como lo hizo, el reconocimiento de la filiación natural de los demandantes: «*b*) El hecho 22 de la demanda dice que Alberto Cárdenas dejó un hijo natural llamado Félix Antenor Cárdenas, vecino del Municipio de Suárez a la época del establecimiento de la demanda. María Luisa Rodríguez, demandada como madre natural de Félix Antenor, al contestar el hecho 22 dice: "No me consta, pero debe probarse." Pero como la partida de nacimiento de Félix Antenor corre agregada al folio 2 del cuaderno número 1, puede tenerse como hijo natural

de María Luisa Rodríguez por las mismas razones expresadas en el parágrafo anterior.»

Más adelante razona así el Tribunal: «.....a Félix Antenor —según dice el demandante y se lo hace decir a la demandada María Luisa Rodríguez— lo reconoció Cárdenas por escritura pública (la escritura no aparece en este proceso). A los menores Polanías no los reconoció en tal forma, pero dejó en su vida marcada con sello inconfundible la inequívoca manifestación de aceptación del hecho de haberles dado vida.....»

De lo dicho se desprende que, aun en el supuesto de que Félix Antenor no hubiera acreditado su calidad de hijo natural de Alberto Cárdenas, tenía suficiente interés jurídico para considerarse perjudicado con el fallo del Tribunal, por haber intervenido en las dos instancias del juicio como parte demandada y haber sido oído y vencido en el proceso con ese carácter, sin reparo alguno y con expreso conocimiento de la parte actora. Porque sería contra la más elemental lógica procesal que se le señalara como demandado y representante de la sucesión del pretendido padre fallecido, se le reconociera esa condición, se solicitara con su audiencia e intervención una declaración judicial, se le diera la oportunidad de producir pruebas y luégo se pretendiera en este recurso, en forma extemporánea, negarle o desconocerle el derecho de atacar en casación un fallo que le es desfavorable, desde luégo que acepta y reconoce todas las pretensiones del actor. Forzoso es concluír que tiene, como demandado vencido, todo interés en atacar un fallo que puede perjudicarlo.

Son estas las consideraciones que inclinan a la Sala a desechar tal reclamo de la parte actora y que la obligan a entrar a la decisión de fondo de los cargos oportunamente interpuestos.

ESTUDIO DE LOS CARGOS

Este proceso dilucida un caso sobre ejercicio de la acción de declaratoria de filiación natural, que viene a ser idéntico en su fondo al decidido en sentencias de casación de 26 de abril de 1940 (*Gaceta Judicial*, tomo XLIX, página 249), de 30 de junio de 1941 (*Gaceta Judicial*, tomo LI, página 616) y de 22 de septiembre de este año, que aún no ha sido publicada en la *Gaceta Judicial*. En vista de tal analogía, tanto de la acción instaurada como de los cargos formulados en casación, sirven de fundamento a este fallo los razonamientos que en aquellas sentencias se adujeron y que por eso pasan a transcribirse, a saber:

«*Filiación natural. Evolución del Derecho en esta materia.*

«A) *En Francia*:

«A través del derecho feudal europeo se halla reconocido y consagrado el principio de la libre investigación de la paternidad, como un postulado de derecho natural que inclina fatalmente a los seres a buscar y conocer a sus progenitores.

«Así lo consagró el derecho francés de la antigua monarquía, pero tal régimen de la libre investigación de la paternidad vino a ser abolido por la Revolución Francesa, en la Ley del 12 de Brumario, año II, promulgada por la Convención Revolucionaria, que así procedió a pesar de haber sentado principios rígidos de justicia social e igualdad jurídica y de haber abolido todas las prerrogativas del sistema feudal.

«Las razones que asistieron a la Convención para proceder con tan severo criterio nos las explican los expositores Planiol y Ripert en su *Traité Elémentaire de Droit Civil*, en esta forma: "En el antiguo Derecho, hasta la Revolución, la investigación de la paternidad era libre, aunque con fines distintos de los actuales, porque los bastardos carecían de derechos sucesorales: se dirigía al único objeto de obtener alimentos. Sin embargo, las acciones de investigación eran frecuentes. Los procesos de este género vinieron a ser, según la expresión de Rigot du Presmeneu, el azote de la sociedad. Tronchet refiere que las muchachas que querían dar un padre a sus hijos, perseguían al más rico de los que las habían frecuentado. Cuando una muchacha se declaraba encinta e indicaba un hombre como el autor de su embarazo, ese hombre era condenado sin remedio, con la simple afirmación de ella, a proveer provisionalmente a los gastos del parto de la madre y al mantenimiento del hijo. De ahí el adagio: *Virgini praegnati creditur*."

«Expirada en Francia la etapa revolucionaria, el Código de Napoleón de 1804 consagró el mismo criterio revolucionario, al prohibir en el artículo 430 la libre investigación de la paternidad ilegítima, con la única excepción del caso del rapto.

«Al decir de los principales redactores de tan famosa obra, el antiguo sistema deshonró la justicia y asoló la sociedad. Tal norma prohibitiva se mantuvo en Francia hasta 1912, en que —atendiéndose a la opinión expresada por tratadistas y tribunales contra la inflexibilidad de la prohibición— se dictó la Ley de 16 de noviembre de 1912, que autoriza la investigación de la paternidad en cinco casos, aunque manteniendo implícitamente la prohibición en principio.

«El eminente expositor Luis Josserand explica en su *Cours de Droit Civil Français* tal evolución del derecho francés en materia de investigación de la paternidad. Dice así:

"En nuestro antiguo derecho la investigación de la paternidad era libre, y aun cuando no podía aspirarse a recoger una herencia, puesto que en aquella época no heredaban los bastardos, se utilizó de manera muy frecuente y abusiva. Por eso el derecho intermedio tuvo que reaccionar prohibiendo la investigación de la paternidad natural. El Código Civil siguió al derecho revolucionario en el sentido en que se había orientado..... La Jurisprudencia no podía hacer cosa distinta de inclinarse ante la prohibición formulada por razones de orden público.... Una campaña de protesta se inició contra el régimen del Código Civil, que consagraba el derecho del más fuerte, por escritores, dramaturgos, sociólogos y moralistas. Esta campaña tuvo su culminación en 1912, en que vino a autorizarse la investigación de la paternidad natural... Esta ley, con espíritu de moderación, de humanidad y de justicia, realiza una transacción aceptable entre los intereses antagónicos que se enfrentan en las relaciones extramatrimoniales El dogma de la irresponsabilidad del padre natural se quebranta, sin que se abra la puerta a los abusos y a las tentativas de chantaje.... La Ley de 1912 no cambió completamente la situación anterior; no abolió la regla que prohibe la investigación de la paternidad natural. Se limitó a consagrar importantes derogaciones al principio; pero la base no se cambió, y por consiguiente, la Ley de 1912 requiere interpretación restrictiva." (Páginas 679 a 681).

«Los cinco casos en que permite la ley francesa de 1912 la investigación de la paternidad son los siguientes:

"1.° En caso de rapto o violación, cuando la época del rapto o de la violación coincida con el de la concepción.

"2.° En el caso de seducción realizada mediante actos dolosos, abuso de autoridad, promesa de matrimonio o de esponsales, si existe un principio de prueba por escrito, según indica el artículo 1347.

"3.° En el caso de que existan cartas u otro escrito privado cualquiera del presunto padre y de los cuales resulte una confesión inequívoca de paternidad.

"4.° En el caso de que el pretenso padre y la madre hayan vivido en concubinato notorio durante el período legal de la concepción.

"5.° En el caso de que el pretenso padre haya provisto o participado, en calidad de padre, al mantenimiento y educación del hijo."

«Comentando Planiol y Ripert esta reforma y la nueva redacción del artículo 340 del Código Francés, dicen que "La enumeración legal es limitativa y los Tribunales no pueden declarar arbitrariamente una filiación fuera de los casos previstos."

«B) *En Colombia*:

«Calcado nuestro Código Civil es el proyecto de don Andrés Bello, todo su ordenamiento fue inspirado en el Código de Napoleón, la legislación canónica y el antiguo derecho español. Bajo tales influencias dividió la progenie en dos clases: hijos legítimos e ilegítimos, y dentro de éstos los de dañado y punible ayuntamiento, los naturales (ilegítimos reconocidos) y los simplemente ilegítimos. Eran hijos naturales los nacidos fuera del matrimonio, pero reconocidos por sus padres o por uno de ellos, reconocimiento público entre vivos o por acto testamentario. (Artículo 318 del Código Civil, derogado por el artículo 65 de la Ley 153 de 1887).

«Nuestro Código no quiso adoptar el sistema prohibitivo del francés en lo relativo a la investigación de la paternidad, y, separándose de tales influencias, adoptó el principio contrario, de la libertad de investigación. Al efecto, todo hijo natural fuera del matrimonio y no reconocido voluntariamente por sus padres, en la forma anterior, podía hacer que su padre o madre lo reconociera, haciéndole citar ante el Juez para que, bajo juramento, declarara sobre la pretendida paternidad. Tal investigación podía solicitarla el mismo hijo natural personalmente o por intermedio de cualquier persona que probara haber cuidado de su crianza. (Artículos 319 a 323 del Código Civil, derogados por el artículo 65 de la Ley 153 de 1887).

«Pero conviene advertir que tanto el reconocimiento voluntario de los padres naturales, como la declaración judicial de paternidad, estaban destinados a producir en el sistema de nuestro Código limitados efectos jurídicos, tales como el deber de los padres de cuidar personalmente de sus hijos y atender a los gastos de crianza y educación, incluyéndose en esta última la enseñanza primaria y el aprendizaje de una profesión u oficio. (Artículos 333 y 334 del Código Civil, derogados por el artículo 75 de la Ley 153 de 1887).

«La Ley 153 de 1887 incorporó en nuestra legislación civil modificaciones sustanciales al régimen consagrado por el Código en materia de filiación ilegítima. Ante todo, sólo otorgaba la condición y prerrogativas de hijo natural al nacido fuera de matrimonio que no proviniera, a la vez, de dañado ayuntamiento; quedando éstos, es decir, los

adulterinos e incestuosos, al margen de toda protección de la ley, salvo la excepción del artículo 66 de la Ley 153 de 1887 respecto de los alimentos.

«Igualmente adoptó este nuevo estatuto el sistema del Código francés, consagrando que el reconocimiento era un acto libre y voluntario del padre o de la madre que reconoce; lo que equivale a prohibir implícitamente la investigación de la paternidad en las uniones ilegales. Cuando el reconocimiento provenía de un acto voluntario, debía hacerse por instrumento público o por acto testamentario; debía ser aceptado o repudiado por el hijo; podía ser impugnado por toda persona que probara tener interés actual en ello; y tampoco debía producir otros efectos que los de cuidar personalmente de los hijos naturales y atender a los gastos de su crianza y alimentación, incluídos los de la enseñanza primaria y el aprendizaje de una profesión u oficio. (Artículos 54 a 59, 61 y 62 de la Ley 153 de 1887).

«Una sola excepción vino a consagrarse dentro de este nuevo régimen prohibitivo de la investigación de la paternidad, en el artículo 7.º de la Ley 95 de 1890, al sentar la presunción de reconocimiento por parte de la madre respecto de los hijos concebidos por ella siendo soltera o viuda, los que en consecuencia tendrían el carácter de naturales con relación a su madre.

«Este régimen restrictivo de la investigación perduró hasta que vino a ser modificado por el actual estatuto, consagrado en la Ley 45 de 1936, que autoriza la investigación y la consiguiente declaración judicial de la paternidad en determinados casos, taxativamente señalados en el artículo 4.º de esta Ley.

«En virtud de la Ley 45 se abolieron las distinciones existentes entre hijos de dañado ayuntamiento, naturales o simplemente ilegítimos, considerándose genéricamente como naturales los habidos fuera de matrimonio, cuando hayan sido reconocidos o declarados tales con arreglo a las normas de la misma ley.

«II

«Analogías y diferencias existentes entre las dos formas.

«Los cinco casos en que con criterio de justicia social admite la Ley 45 de 1936 la acción de investigación de la paternidad son similares en su esencia a los ya transcritos de la ley francesa de 1912, y por eso no es necesario reproducirlos. De tal analogía se desprende que los comentarios que hacen los expositores franceses Josserand, Planiol y Ripert, Colin y Capitant, alrededor de los fundamentos, de esas causales de investigación, tienen completa actualidad y aplicación al texto colombiano. No es en esta materia donde la Corte considera que debe separarse del ilustrado criterio de tan doctos tratadistas, sino en otras en que sí existe positiva diferencia entre las dos reformas, porque la ley colombiana quiso consagrarlas.

«Tales diferencias se refieren a dos extremos fundamentales, a saber:

«*A*) Términos procesales para el ejercicio de la acción de estado;

«*B*) Viabilidad y procedencia de la misma.

«A. Ejercicio de la acción de estado.

«Es esta la primera cuestión en que la reforma colombiana se apartó de la francesa, porque mientras nuestra Ley 45 no señaló términos perentorios y especiales para el ejercicio de la acción de investigación, sí los señaló el ordenamiento francés de 1912, determinando así estos plazos: dos años para la madre o el tutor dativo, que se cuentan desde la fecha del parto, si no ha habido concubinato notorio (ordinal 11); en caso de haber existido éste o cuando el padre ha contribuído al mantenimiento o educación del hijo, los dos años se cuentan desde la cesación de las relaciones (ordinal 12); si la acción no ha sido intentada durante la menor edad, tiene el hijo un año para promoverla, contando desde cuando llegue a la mayor edad (ordinal 13).

«Colin y Capitant en su *Cours de Droit Civil*, explican de esta manera el fundamento de tales plazos restrictivos señalados por la ley francesa para el ejercicio de esta acción: "La Ley de 16 de noviembre de 1912 ha incluído igualmente en un plazo bastante breve el ejercicio de la acción que en ella se organiza. Considera que importa no dejar al pretendido padre bajo la amenaza indefinida de un proceso. Por otra parte, las legislaciones extranjeras señalaron el camino a la nuestra concediendo un plazo bastante corto a la investigación (Suiza e Inglaterra, un año; Bélgica, tres años; Holanda y Alemania, tres años)."

«Esta marcada diferencia existente entre la ley francesa y la nuestra tiene trascendental importancia para poder apreciar con toda claridad por qué en Francia sí se puede enderezar esta acción contra los herederos o causahabientes del padre fallecido, y en Colombia no es esto posible, dentro del ordenamiento legal que rige esta materia. Esto se explica, entre otras razones que luégo se expondrán, porque en la ley francesa los plazos breves y perentorios señalados para el ejercicio de la acción no pueden modificarse ni menos suspenderse o extinguirse por la muerte

del padre; de ahí que con la más rigurosa lógica los tratadistas y la jurisprudencia francesa no admitan el fallecimiento del pretendido padre como causa extintiva del derecho del hijo, cuando esta muerte ocurre pendientes aún los términos legales para el ejercicio de la acción.

«B) Viabilidad y procedencia de la acción de estado.

«El señor Procurador Delegado en lo Civil sostiene la tesis contraria a la expuesta, y arguye que en Colombia también es viable la acción de la investigación contra los herederos del presunto padre, fallecido antes. Se funda en el concepto de ilustrados comentadores franceses, y transcribe el de Savatier, quien, en su obra *La recherche de la paternité*, sostiene que, aunque la muerte del presunto padre hace más difícil la situación procesal de la parte demandada, no se opera la extinción de la acción porque la ley francesa nada en contrario estatuye sobre el particular, y porque siendo taxativa la inadmisibilidad, no se puede suplir por interpretación el silencio de la ley.

«Considera la Corte que dentro del sistema normativo francés son rigurosamente lógicos los anteriores comentarios.

«Pero tal doctrina y jurisprudencia, fundados en el silencio de la ley francesa y en el señalamiento de plazos cortos prescriptivos, no pueden tener aplicación en nuestro país, dado que la ley colombiana se apartó en tales extremos de la francesa. Al efecto el estatuto patrio no fijó términos perentorios para el ejercicio de la acción; y en cambio —este es el argumento básico de la tesis sustentada en este fallo— la Ley 45 sí señaló de manera tácita o implícita la muerte del padre natural como causa de extinción de la acción, como pasa a demostrarlo la Sala.

«El artículo 7.° de la Ley 45 de 1936 dispone que son aplicables a las controversias sobre filiación natural los artículos 401, 403 y 404 del Código Civil. Estos dos últimos preceptos son de este tenor:

"Artículo 403. Legítimo contradictor en la cuestión de paternidad es el padre contra el hijo, o el hijo contra el padre, y en la cuestión de maternidad, el hijo contra la madre o la madre contra el hijo.

"Siempre que en la cuestión esté comprometida la paternidad del hijo legítimo, deberá el padre intervenir forzosamente en el juicio, so pena de nulidad.

"Artículo 404. Los herederos representan al contradictor legítimo que ha fallecido antes de la sentencia; y el fallo pronunciado a favor o en contra de cualquiera de ellos, aprovecha o perjudica a los coherederos, que, citados, no comparecieron."

«Los anteriores textos son de tan diáfana claridad, que no es necesario acudir a reglas complicadas de hermenéutica para conocer e interpretar su sentido. Estatuyen y consagran que en controversias de esta índole sólo es legítimo contradictor el padre contra el hijo o viceversa, y que siempre que esté comprometida la paternidad "*deberá intervenir el padre forzosamente*" (subraya la Corte), so pena de nulidad.

«Es evidente que esos preceptos del Código Civil fueron dictados para regular los litigios sobre filiación en general; pero como la Ley 45, que viene a reglamentar la filiación natural sobre nuevos postulados de justicia social, estimó prudente darles estricta y obligatoria aplicación en controversia de esta última naturaleza, ningún recurso de sana lógica puede ofrecer otra interpretación, distinta a la de que son obligatoriamente aplicables al caso de autos; en consecuencia, siempre que en una cuestión esté comprometida la paternidad del hijo natural, deberá el padre intervenir, so pena de nulidad.

—

«Sostiene el Procurador Delegado, en su memorial de oposición, que tal interpretación dada al artículo 7.° de la Ley 45 de 1936 es fruto del criterio exegético, porque "es norma de derecho procesal que puede ser sujeto pasivo de una acción civil todo aquel que ostente un interés jurídico en la oposición. Para que el ejercicio de una acción civil se sustraiga a esta norma general —agrega— es indispensable que un precepto expreso y claro de la ley así lo establezca. Un precepto tal es de excepción y de limitada interpretación y aplicación." Más adelante dice: "No hay texto legal claro y expreso que consagre la extinción de la acción en referencia por muerte del pretendido padre. El recurrente saca esta conclusión interpretando extensivamente los artículos 403 y 404 del Código Civil. Pero según lo anteriormente dicho, tratándose de un caso de excepción a las reglas generales del derecho procesal, toda interpretación ha de ser restringida."

«Considera la Corte que carece de fundamento la glosa que hace el representante del Ministerio Público, de que se aplica un criterio exegético al aceptarse la anterior conclusión. Comparte en principio la tesis general que acaba de transcribirse sobre la legitimidad de la personería de todo el que tenga interés jurídico; y en perfecta armonía con él, acepta y sostiene que en estas acciones de investigación de la paternidad el Código colombiano ha sentado una expresa, definida y concreta excepción a ese principio general de derecho procesal, de que todo el que tenga

interés jurídico en los resultados judiciales de una acción, puede accionar u oponerse en el respectivo proceso. Tal excepción viene consagrada por los artículos 403 y 404 del Código Civil, sin que el más ilustrado y generoso criterio jurisprudencial pueda modificar la interpretación y alcance de esos textos legales. En ellos se ha dispuesto que sólo puede ser legítimo contradictor el padre, so pena de nulidad, y que los herederos únicamente representan al contradictor legítimo que ha fallecido antes de la sentencia. No hay fuerza de dialéctica que tenga la operancia de obscurecer o modificar el sentido natural y obvio de tales preceptos, que establecen una norma procesal especial a esta clase de controversias sobre filiación. Son preceptos de excepción, es verdad; y limitados como se quiera en su interpretación y aplicación, siempre conducen, dentro del criterio hermenéutico más científico, a limitar en estos juicios el papel de opositor al padre, contra quien debe enderezarse la demanda e iniciarse, cuando menos, el litigio.

«Y si el artículo 7.º de la Ley 45 dispone perentoriamente que tales reglas del Código sean de obligatoria aplicación a los juicios de filiación natural, no es posible hacer un esguince a tan imperativos preceptos, para ir a derogarlos con el pretexto de darles aplicación a simples reglas de derecho procesal, que no se compadecen con nuestro sistema normativo de la materia.

«Considera el vocero del Ministerio Público que admitir el término extintivo de la acción de investigación de la paternidad es ir contra los fines sociales de la ley, que los consagra con absoluta independencia de la voluntad del padre. A tales observaciones observa así la Corte:

"*a*) La ley francesa, que en parte se tuvo en cuenta al dictarse la Ley 45, estableció, esa así, términos cortos de prescripción de tal acción, 'para no abrirles la puerta a los abusos y a las tentaciones de chantaje,' como dice Josserand; de donde se desprende que el pensamiento de los autores del sistema no era crear un medio de investigación judicial que sometiera sin restricciones al presunto padre o a sus herederos o causahabientes a las amenazas de una inquisición indefinida; *b*) Limitar implícitamente su ejercicio a la vida del pretendido padre no es someter a su voluntad los resultados del proceso, porque éste no tiene poder de limitar su existencia, que puede ser longeva; *c*) El alto fin social de la Ley 45 es proteger a la progenie extramatrimonial y desamparada, tutelándola contra el abandono paterno o el olvido de elementales deberes impuestos por la naturaleza; pero tal protección no debe extravasar los límites de la necesidad, ni convertirse en constante amenaza de la familia, otorgándoles a los aspirantes temerarios de herencias un instrumento eficaz para perturbar el ritmo de los hogares, cuando una vez fallecido el presunto padre, se hace más difícil y expuesta a errores la investigación de la paternidad."

«De allí que las legislaciones más avanzadas, como las de Francia, Suiza, Holanda, Bélgica, Inglaterra y Alemania, hayan establecido plazos precisos y cortos para la extinción de la acción, a efecto de concretar el debate dentro de limitaciones cronológicas que hagan factible la investigación de la paternidad. La ley colombiana no ha fijado términos especiales para su ejercicio, pero estimó necesario la presencia del pretendido padre en el debate, y por eso actualizó para estos casos la aplicación de los artículos 403 y 404 del Código Civil.

—

«Hay otro argumento del Procurador Delegado que conviene estudiar para apreciar su carencia de operancia al caso de autos. Dice que el legítimo contradictor de que habla el artículo 403, "considerado en la persona física del pretendido padre, es únicamente para los efectos jurídicos procesales de que tratan los dos artículos anteriores, a saber, para que el fallo sobre filiación produzca efectos *erga omnes*, y no únicamente respecto de las personas que han intervenido en el juicio."

«No alcanza a ver la Corte en qué funda esta trascendental distinción el señor Jefe del Ministerio Público al sostener que un fallo judicial sobre filiación solamente produce efectos *erga ommes* cuando se dicta contra el padre como legítimo contradictor; pero que ese mismo fallo produce efectos limitados a las partes cuando se pronuncia contra los herederos o representantes del pretendido padre. Bien estudiados tales preceptos se ve que no consagran ellos tan importante diferenciación sobre las resultas del proceso; y donde la ley no distingue, no le es lícito hacerlo al juzgador.

«Lo que se desprende de tales preceptos es una consecuencia jurídica bien distinta de la deducida. En el artículo 403 se reconoce como exclusivo y legítimo contradictor en este juicio al mismo padre, o a sus herederos o representantes, si fallece antes de fenecer el proceso. Si no fuera esta la única interpretación que puede dársele al mencionado texto, quedaría sin sentido ni aplicación el artículo 404, en cuya virtud los herederos representan al contradictor legítimo que ha fallecido antes de la sentencia; lo que quiere decir que la acción tiene que iniciarse en vida del pretendido padre.

«Estima la Corte que al artículo 401 del Código Civil no puede dársele otra interpretación distin-

a de la de que los fallos en esta clase de juicios deben siempre producir efectos obligatorios para toda persona aunque no haya estado representada en el litigio, porque la naturaleza intrínseca de esta clase de controversias y la trascendencia de la declaración de filiación así lo exigen. Para esto sólo es necesario que se haya proferido la sentencia contra legítimo contradictor (artículo 402), pues bien claro resulta que si no existe en la parte opositora capacidad jurídica para ser parte, ningún resultado puede producir la declaración judicial de paternidad. Quiere esto decir que con tales preceptos sólo se ha querido consagrar una excepción a lo establecido en los artículos 17 del Código Civil y 473 del Código Judicial, que limitan los efectos relativos de los fallos judiciales respecto de las personas que han intervenido en el proceso. Los de filiación, para que prosperen, siempre han de seguirse contra, legítimo contradictor, so pena de nulidad, y los fallos siempre producirán efectos *erga omnes*.

—

«III

«Las relaciones del progenitor al procreado comprenden como es obvio dos términos o factores esenciales, el del padre y el del hijo, y entrañan dos fenómenos legales: la paternidad respecto del primero, la filiación respecto del segundo.

«Estos dos fenómenos se traducen o dan nacimiento al ejercicio de las acciones judiciales correspondientes, que pueden dividirse en dos grandes categorías: *a*) la de impugnación del estado civil del hijo legítimo, estado constituído, y *b*) la encaminada a obtener un estado civil no constituído previamente. Como ejemplo de la primera categoría está la impugnación de la legitimidad del hijo; como ejemplo de la segunda, la investigación y declaración de la paternidad natural.

«En el primer caso se parte de la existencia de un acto normal y legal, el matrimonio, que con su presunción *pater is est quem nuptiae demonstrat*, ampara y cobija la legitimidad de los hijos nacidos de esa unión normal y permanente por su naturaleza. De ahí que sólo destruída tal presunción surja la ilegitimidad del hijo. La regla, pues, en el matrimonio es la legitimidad; la excepción, la ilegitimidad.

«En las uniones libres en donde no se presume legalmente la fidelidad de la mujer y que no son permanentes por su naturaleza, y esto es lo que distingue el matrimonio del concubinato, según apuntan los autores, el fruto de aquéllas no puede adquirir el estado civil de hijo natural, por presunción, que ampare esa unión, sino que es preciso por medio de pruebas adecuadas, convertir el estado civil o situación irregular o anormal, que esa sí se presume, en un estado civil regular, el de hijo natural, el cual pasa, en ese caso, a un estado civil constituído, dejando cuando eso suceda su condición de ilegítimo.

«Las acciones comprendidas en las dos categorías anteriores son restrictivas, por su naturaleza, desde el punto de vista del tiempo y de las personas que pueden ejercitarlas, y entrañando cuestiones de orden público que van anexas a la tranquilidad y seguridad de la familia, se diferencian, en su ejercicio y hasta en su modo probatorio, de las demás acciones legales, diferencia principal que consiste en que el principio de que toda persona que tiene un interés jurídico, puede ejercitar la acción correspondiente, tiene una marcada excepción.

«Esa es la razón por la cual el legislador colombiano, teniendo en cuenta los anteriores principios, sienta la norma del legítimo contradictor en los juicios tanto de impugnación de la legitimación, estado constituído, como en los de declaración de la calidad natural de un hijo, estado no constituído.

«Mas no paran aquí las diferencias de las acciones de estado civil a que se viene haciendo referencia, con las demás acciones legales, sino que aquéllas tienen una configuración jurídica que les es propia y exclusiva.

«En primer término, no pudiendo hacer nada de lo relacionado con el estado civil de las personas materia de transacción ni menos de cesión, los derechos emanados de ese estado no pueden cederse ni tampoco ser ejercitados por personas diferentes de quienes tienen esa calidad, lo cual no pasa con los derechos emanados de las demás acciones. El estado civil de las personas lo regula la ley, y los particulares no pueden a ese respecto sino someterse al estatuto, porque no dependen de la autonomía de la voluntad; al paso que los actos jurídicos entran dentro de la esfera de esa autonomía, y por eso los particulares pueden regularlos, no teniendo como límite sino el orden público o las buenas costumbres.

«El estado civil de las personas no se adquiere ni se pierde por prescripción, puesto que lo que existe al respecto es el plazo legal que hace imposible, ya la acción de impugnación, ya la de reconocimiento de la calidad de hijo natural —como sucede en la legislación francesa—, plazo establecido por motivos de seguridad social, imposible como es mantener al respecto un estado de cosas de carácter indefinido.

«No siendo transmisibles las acciones de estado civil ni este estado mismo, los herederos de un causante no adquieren la personería de aquél para reclamar un estado civil que éste no reclamó, ni

están sujetos a las controversias a que pudo estar sometido su causante en vida, por una reclamación de estado civil a favor o en contra de él.

«Esto depende del carácter estrictamente personal de las acciones derivadas del estado civil y de que éste termina con la muerte de la persona; las obligaciones transmisibles de un causante son las preconstituídas por éste, bien por su propia voluntad, ya por ministerio de la ley, pero nunca las de su estado civil.

«Por eso no vacilan los autores y la jurisprudencia en sostener que muerto el hijo que tenía acción para investigar la paternidad, sus herederos no heredan esa acción, y así lo ha sostenido esta Corte en sentencia de fecha 24 de mayo de 1939.

«Las sentencias que fallan sobre un estado civil producen efectos *erga omnes*, o sea, que quien adquiere ese estado resulta vinculado no solamente con su padre sino con los parientes de éste; por el contrario, quien lo pierde, cuando el fallo es sobre impugnación, esa relación de parentesco que existía antes se extingue no sólo respecto del padre sino de los parientes de éste.

«No puede por eso sostenerse que el reconocimiento de un estado civil, como el de hijo natural, no tiene sino efectos meramente patrimoniales y no constituye una vinculación de parentesco sino respecto del padre, porque el estado civil tiene una trascendencia mucho mayor que el concepto patrimonial, puesto que abarca y comprende las verdaderas relaciones de familia. No se comprende en verdad cómo, establecida la filiación natural de un hijo por un fallo judicial, pudiera éste contraer matrimonio con una de las hijas del padre a quien se le ha impuesto ese reconocimiento. Además, el concepto patrimonial, considerado en sí mismo, no constituye un deber del padre respecto de los hijos, porque si el padre está obligado a alimentar, corregir y educar a éstos, no está obligado a dejarles bienes que formen luégo la masa herencial.

«Siendo tan grave y trascendental la impugnación de un estado civil o la constitución de otro distinto del actual què se posee, y diciendo esta constitución una relación directa entre progenitor y procreado, la intervención del primero, sea como demandante, sea como demandado, es de todo punto necesaria e indispensable. Por eso los dos factores que constituyen la relación de paternidad y filiación deben intervenir en esta clase de juicios, y sería muy grave y funesto para las relaciones de familia sostener lo contrario, pues se llegaría a que extraños pudieran venir a crear una relación de esa clase, que no compete sino a los ligados entre sí por una relación de parentesco.»

«CAPÍTULO II

«I

«A la doctrina anterior sustentada por la Corte se han hecho las observaciones que pasan a enumerarse:

«I. La sentencia que declara la filiación del hijo natural es simplemente declarativa, luego le es aplicable el principio de la relatividad de los fallos judiciales: "*res judicata inter alios aliis neque nocere neque prodesse potest.*"

«Estima la Sala que este argumento no viene al caso porque no es del principio general de la relatividad de los efectos de los fallos judiciales de donde se deduce el efecto declarativo de las sentencias: la premisa puede ser exacta; pero la conclusión no lo es. Lo que hay en el particular es que el principio general en referencia no tiene aplicación por las razones indicadas y por las que van a verse, cuando se trata de filiación.

«II. En Francia nadie discute que el hijo tiene derecho a obtener la declaración de su filiación natural después de muerto el padre, y que tales fallos tienen sólo fuerza relativa de cosa juzgada.

—

«Acepta la Corte la veracidad de la aseveración anterior y se la explica porque en Francia el artículo 1351 del Código Civil y la Ley de 16 de noviembre de 1912 así lo estatuyen. Pero en Colombia resulta que nuestro Código Civil, en sus artículos 401 a 403, y la Ley 45 de 1936 en su artículo 7.° disponen cosas muy distintas, como pasa a demostrarse.

«En Francia el precitado artículo 1351 establece una regla general y única sobre fuerza relativa de los fallos judiciales. La ley reformadora de 1912 no contiene texto especial que les asigne un carácter absoluto o *erga omnes* a las sentencias de estado civil. De tan típica reglamentación de la materia proviene que la jurisprudencia constante de los Tribunales franceses les atribuya a los fallos sobre estado civil, muy a su pesar, como así lo expresan, una fuerza apenas relativa y limitada a los litigantes, por no existir en la legislación francesa una norma especial y expresa que derogue o atempere la regla general contenida en el artículo 1351. Este precepto dice que para que haya lugar a cosa juzgada es necesario "que la demanda se entable entre las mismas partes." Con rigurosa lógica se concluye allá que la sentencia que reconoce un estado civil a un individuo sólo tiene valor con relación a aquellos que han intervenido en el proceso. Para derogar esta regla rígida sería preciso un texto de excepción, que allá no existe.

«En Colombia sí existe esa norma de excepción

que atribuye a los fallos declarativos de estado civil valor absoluto o *erga omnes*, y que consagra, por tanto, una excepción al artículo 17 del Código Civil, que sienta la regla general de derecho procesal sobre fuerza relativa de las decisiones judiciales. Tal precepto es el artículo 401 del Código Civil, que dice:

"El fallo judicial que declara verdadera o falsa la legitimidad del hijo, no sólo vale respecto de las personas que han intervenido en el juicio, sino respecto de todos relativamente a los efectos que dicha legitimidad acarrea.

"La misma regla deberá aplicarse al fallo que declara ser verdadera o falsa una maternidad que se impugna."

«Lógicamente concluye la Corte que el artículo 401 consagra, no la teoría del legítimo contradictor, sino el principio de los efectos absolutos de las sentencias sobre filiación; de manera que la regla pragmática del artículo 17 del Código Civil no es aplicable a los procesos sobre filiación legítima o ilegítima, porque el legislador colombiano así lo ha querido al consagrar la regla de excepción del artículo 401, que atribuye efectos a esta clase de fallos.

«Por esa circunstancia, no pueden tener aplicación en Colombia las reglas del derecho francés, ni puede adoptarse la jurisprudencia francesa sobre relatividad de estas decisiones, ni caben las observaciones de los doctrinantes franceses.

«Bien se explica, por otra parte, que en Francia nadie discuta que el pretendido hijo pueda perseguir la declaratoria, muerto el supuesto padre, porque el legislador francés, al atenuar el principio de la prohibición de la investigación de la paternidad natural, fijó los breves plazos extintivos de la acción consagrados en los ordinales 11, 12 y 13 del artículo 340 del Código francés, plazos que en ese caso sí establecen un claro derecho sustantivo de acción procesal a favor de los interesados y que no pueden ser desconocidos por el juzgador, ni menos estar sometidos a la contingencia de la muerte del supuesto padre.

«III. La teoría del legítimo contradictor consagrada por los artículos 401 a 403 del Código Civil nada tiene que ver con el derecho que el hijo tiene de ejercitar la acción de reconocimiento ante los herederos del padre.

—

«No comparte la Corte tal concepto, porque nuestro legislador quiso precisamente que estas acciones sobre reconocimiento de la paternidad natural se siguieran con el supuesto padre, como legítimo-contradictor en el proceso, y ante esa exigencia perentoria de nuestro sistema normativo, es claro que la tesis del legítimo contradictor sí tiene que ver con la pretendida facultad del hijo para ejercitar la acción ante los herederos del padre.

«Conviene advertir, por otra parte, que las fuentes de inspiración del artículo 401 no fueron las varias teorías que en Francia surgieron alrededor del problema del alcance de los fallos sobre estado civil.

«Don Andrés Bello lo advierte en la nota que puso al artículo 353 del Proyecto de 1853, que sirvió de base al Código Civil chileno, citando la Ley 20 del Título XXII de la Partida 3.ª, que dice así:

"Otrosí decimos que si alguno se razona por fijo de otro, et el padre non lo quiere conoscer por fijo, si juicio fuere dado contra el padre en esta razón diciendo el Judgador en su sentencia que es fijo de aquel que non lo quiere conoscer, tal juicio como éste empescerá al padre et a todos sus parientes en razón de los bienes que podría heredar por el parentesco magüer no se acertasen hi quando fue dado sinon el padre tan solamente."

«Dicho artículo 353 del citado Proyecto es el 315 del Código Civil chileno, del que es copia el 401 del nuestro.

«IV. Aquí, como en Francia, impera el principio de que el heredero es el continuador de la persona del causante.

—

«Lo acepta la Corte en principio, haciendo la necesaria distinción de que el heredero representa al *de cujus* tan sólo en sus derechos y obligaciones transmisibles, vale decir, en algunos de aquellos que revisten carácter patrimonial (no en todos, porque algunos como el uso y la habitación no son transmisibles); pero tal prolongación ideal no se extiende ni puede extenderse al estado civil, que no es derecho transmisible.

«El estado civil constituye un factor personalísimo, que acompaña al sér humano en su vida de convivencia social y que implica necesariamente una relación jurídica de parentesco entre varias personas unidas por el vínculo familiar. No es posible adquirirlo ya fallecido quien debía aceptarlo o rechazarlo, quien debía ser vencido en juicio por quien lo pretendiera. El estado civil, en su esencia misma, no reviste aspecto ni carácter patrimonial alguno; sólo cuando se tiene en virtud de presunción legal, o cuando se adquiere en vista de debate judicial, llega a producir posibles efectos patrimoniales en la regulación sucesoral de la persona fallecida. Pero no debe confundirse la causa, en su misma integridad orgánica, con alguno de sus hipotéticos efectos.

«V. La teoría del legítimo contradictor, consagrada en los artículos del Código Civil citados en

la sentencia, no tiene el alcance, trascendencia ni significación que se atribuye a ella, hasta identificarla con la viabilidad misma de la acción o con su procedencia.

«A la anterior observación replica la Corte que las normas legales citadas en el fallo atrás transcrito en parte y que deben recibir estricta aplicación en los procesos sobre declaratoria de filiación natural, sí deben tener el alcance y trascendencia que les dio, sin que pueda aducirse método científico de interpretación jurisprudencial que deba limitar o reducir su alcance. Se repite que la teoría transaccional francesa sobre el legítimo contradictor no puede tener acogida ni aplicabilidad ante los textos tan claros y explícitos de nuestra legislación civil. Si nuestra ley dijera en algunas de sus normas que los fallos sobre filiación tienen efectos absolutos cuando interviene el contradictor legítimo y sólo relativos cuando se obtiene contra los herederos o causahabientes, habría razón para formular esa glosa. Pero como lejos de aceptar esa distinción, consagra en el artículo 401 que esta clase de procesos sólo pueden adelantarse contra legítimo contradictor, aparece evidente que esa conclusión o distinción es infundada, porque nuestra ley no la hace en texto alguno.

«Hay algo más: el artículo 404 del Código Civil consagra el único caso en que los herederos puedan representar al contradictor legítimo, explicando que sólo pueden hacerlo cuando aquél ha fallecido antes de pronunciarse la sentencia, pero después de haber asistido al juicio. Esta expresa y manifiesta excepción que hace nuestro Código, a continuación de los preceptos que consagran los efectos absolutos de esos fallos y la exclusiva personería del contradictor, está evidenciando que sólo en ese único caso pueden los herederos o causahabientes representar al pretendido padre que ha fallecido antes de pronunciarse la sentencia.

«VI. El reconocimiento del hijo natural se funda siempre en el consentimiento del padre, expresado en una de las diferentes formas autorizadas por la ley. Y entonces, se pregunta, ¿por qué no va a ser posible la declaración judicial de paternidad después de muerto el padre, si antes de morir dejó irrevocablemente expresado este consentimiento?

«Considera la Corte que al sostenerse la anterior premisa se confunde el fenómeno biológico de la procreación, con el sociológico-jurídico de la filiación, sea ésta legítima o ilegítima. Es claro y evidente que biológicamente un procreado es hijo de su padre desde que lo engendra, sin que valgan distinciones jurídicas de ninguna clase. Pero tal sér no ostenta desde su nacimiento determinada calidad o estado, sino mediante la realización de determinados actos jurídicos, como serían el matrimonio, el reconocimiento expreso, etc. Nadie nace hijo natural respecto de su padre, y para adquirir ese estado se requiere el cumplimiento de alguno de los dos requisitos que establece el artículo 1.° de la Ley 45 de 1936: reconocimiento voluntario del padre por alguno de los medios solemnes que estatuye taxativamente el artículo 2.°; o declaración judicial de filiación natural, hecha conforme a lo dispuesto en la citada Ley.

«Por lo demás, no resulta cierta en todos los casos la aseveración de que la declaración judicial de paternidad se funde siempre en el consentimiento tácito del padre, mediante la comprobación procesal de hechos constitutivos de posesión notoria de dicho estado, porque en la mayoría de los casos, tales hechos de notoria posesión se prestan para diversas interpretaciones, a cual más ambiguas, que no podrían aceptarse como manifestación de un consentimiento siquiera tácito del padre. Hay algunos tratadistas que no sólo repudian esta tesis, sino que aconsejan recibir con evidentes reservas aun el reconocimiento expreso del padre, manifestado en instrumento público, como escritura o testamento. Colin y Capitant se expresan así:

"En buena lógica, el reconocimiento paterno no debería probar la filiación sino con ciertas reservas, porque al confesar su paternidad, el hombre afirma, en definitiva, un hecho del cual no puede estar absolutamente seguro..... El reconocimiento, más que como una confesión, debiera admitirse como acto de voluntad generador de obligaciones y de derechos, al admitir al hijo en su familia con sus consecuencias legales...."

«Y también Cambacères, uno de los redactores del Código de Napoleón, expone las mismas dudas, de esta manera:

"En el trato social es muy fácil simular, con cálculos para un futuro próximo o remoto, una presunción de paternidad que no ha existido nunca. La adhesión y la solicitud aparentemente desinteresadas hacia una persona colocada en determinadas condiciones afectivas, que no pocas veces se confunden y se toman como demostraciones inequívocas de paternidad."

«II. No resulta valedera la afirmación de que esta doctrina acusa insensibilidad social y de que deja sin efectividad y eficacia el pensamiento de los legisladores que dictaron la Ley 45 de 1936. Carece de fundamento el primer cargo, porque la

tesis propugnada en este fallo resulta más generosa, más eficaz y más protectora que las adoptadas en otras legislaciones, como las de Francia, Alemania, Bélgica, Suiza, etc., dado que en nuestro país y con aplicación de esta doctrina la acción de reconocimiento puede ejercitarse durante toda la vida del pretendido padre, mientras que en aquellas legislaciones se han fijado términos cortos para su viabilidad y ejercicio. Fácil es concluír que nuestro ordenamiento es, por lo tanto, más generoso y amplio que el de los pueblos que adoptaron antes este sistema de investigación judicial de la paternidad.

«En cuanto al segundo reparo, no se ajusta a la realidad el cargo de que se ha adulterado el pensamiento que tuvo el legislador al dictar esa ley, porque el legislador no tuvo la voluntad, ni menos el propósito de asignarle al nuevo estatuto la extensión y la eficacia a que se aspira en esa interpretación. Lejos de eso, el ordenamiento colombiano se separa marcadamente de su modelo francés y suprime los términos cortos extintivos de la acción, con lo cual quiso consagrar expresamente un sistema distinto. Luego adopta los preceptos del Código Civil que consagran la teoría del legítimo contradictor y que asignan excepcionalmente a estos fallos carácter absoluto o *erga omnes*. Y se presenta la oportunidad de recordar, que fue tan manifiesto el propósito del legislador colombiano de no expedir un estatuto tan amplio y generoso como lo anhelan algunos intérpretes, que al presentarse el proyecto, su artículo 4.º estaba redactado así: "La paternidad natural *se presupone....*" (subraya la Corte). Mas el legislador consideró, con razón, de suma gravedad la consagración de semejante presunción respecto de un hecho no tangible, y con toda prudencia sujetó la adquisición de ese estado a las condiciones contenidas en el artículo 1.º de la Ley 45 de 1936.

«Los numerosos ejemplos que se presentan para demostrar los inconvenientes de la doctrina de la Corte bien pueden contestarse con todo éxito, con vista de los anteriores razonamientos. De resultar comprobadas algunas de esas hipótesis, tan sólo demostrarán que la Ley 45 adolece de vacíos y deficiencias que conviene remediar por medio de la acción legislativa, ya que la labor jurisprudencial no podía remediarlos sin violar esas normas. Pero ello no conduce a demostrar que la interpretación que se le ha dado por la Corte sea exegética, ni que esté reñida con el método de interpretación científica.»

FALLO

Se concluye que a haberse confirmado en la sentencia acusada la declaración de paternidad natural a favor de los menores demandantes Héctor José, Alvaro y Jaime Polanía Cárdenas, considerándolos hijos naturales del difunto Alberto Cárdenas, se violaron los artículos 403 y 404 del Código Civil y 7.º de la Ley 45 de 1936, desde luégo que en un proceso de esta índole sólo puede ser legítimo contradictor y parte demandada el presunto padre natural. Existe, por lo tanto, ilegitimidad de la personería de los señalados como demandados en calidad de herederos del fallecido Alberto Cárdenas, y se impone, como consecuencia, la infirmación del fallo acusado. Y al entrar a pronunciar la Corte como Tribunal de instancia el que deba reemplazarlo, son suficientes las anteriores razones para absolver a los demandados, debido a que carecen de capacidad jurídica para intervenir como opositores en esta clase de juicios.

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 en este negocio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué el 30 de junio de 1941, y previa revocatoria de la dictada en primera instancia por el Juzgado Civil del Circuito del Espinal el 13 de febrero de 1939, absuelve a los demandados de todos los cargos formulados en este litigio.

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*, Secretario en propiedad.

Salvamento de voto de los Magistrados doctores Hinestrosa Daza y Salamanca.

En la *Gaceta Judicial*, páginas 43 a 80 y 632 a 640 del volumen LI, corren publicados con las sentencias respectivas los salvamentos de voto que entonces ocurrieron en pleitos sobre filiación natural en que como cuestión cardinal se presentaba la de si la acción concedida por la Ley 45 de 1936 al hijo natural para obtener la declaración judicial de esta calidad caduca con la muerte del presunto padre y, por tanto, no puede incoarse contra sus herederos. Los salvamentos citados sostienen que tal caducidad no se produce por ese motivo y que de la acción responden los herederos del padre presunto. Insistiendo los suscritos en esta opinión, salvaron su voto en sentencia de 22 del presente mes en juicio procedente del Tribunal de Pasto y seguido por Peregrino Coral contra Zenón y Trinidad Realpe, y lo salvan en la sentencia precedente, sin que hallen necesario detallar una vez más los fundamentos de su referida opinión, la que formulan y sostienen tributando, por otra parte, el debido respeto a la de sus colegas que forman mayoría.

Bogotá, septiembre 30 de 1942.

RICARDO HINESTROSA DAZA, HERNÁN SALAMANCA.

OBJECIONES A UNA PARTICION

1. Antes de procederse a la partición de una herencia es necesario determinar exactamente quiénes son partícipes y cuáles son los bienes sometidos a división, porque el Juez en los trámites de partición en juicios sucesorios no tiene propiamente la misión de resolver controversias de fondo sobre intereses encontrados, y porque la partición herencial es un acto especial no constitutivo de una verdadera acción en justicia, ni el partidor tiene atribuciones para resolver asuntos o problemas que competen a la justicia ordinaria. Las cuestiones previas que han de resolverse se refieren, ya a las cosas comprendidas en la comunidad (artículo 1388 del Código Civil), ya a los derechos de los mismos comuneros (artículo 1387 ibídem), esto es, a las controversias sobre derechos a la sucesión por testamento o abintestato, desheredación, incapacidad o indignidad de los asignatarios. Es incuestionable que todo lo que afecte los derechos de los partícipes o su extensión, como su calidad misma de tales, debe ser materia de previa resolución judicial a fin de que pueda haber certidumbre sobre la condición y derecho de los coasignatarios para poder liquidarle lo que a cada uno de ellos se deba.

2. Decidida a favor de la herencia una cuestión sobre propiedad de una cosa en que alguien alega un derecho exclusivo, no siendo el caso en que haya habido lugar a suspender la partición, se continuará después ésta dividiendo la cosa entre los partícipes con arreglo a sus respectivos derechos, lo mismo que en el caso de omisión involuntaria de cosas partibles (artículos 1388 y 1604 del Código Civil). Estas particiones adicionales no pueden considerarse desconectadas del juicio sucesoral a que acceden o que complementan, como si se tratara de uno nuevo en que fuera procedente la renovación de todos los trámites y la reconsideración de todas las cuestiones que fueron materia de la liquidación herencial, en lo referente a la determinación de los derechos de los partícipes. Este punto es constitutivo de pauta obligatoria para la nueva partición o distribución que haya de hacerse, con ocasión de la cual no podrán suscitarse nuevamente cuestiones de la sucesión, ya decididas, y que no se relacionen exclusivamente con la división de la cosa adicionada a la masa partible por la sentencia que decidió a su favor el litigio sobre propiedad. Las objeciones que pueden formularse a la partición adicional no procede-

rán, por consiguiente, sino en referencia con las normas legales que regulan la distribución propiamente dicha entre los partícipes con arreglo a sus derechos predeterminados en el juicio en que se dejaron establecidas las bases para la liquidación de la herencia. Reabrir la controversia o discusión sobre todos los aspectos vinculados al derecho de los coasignatarios con oportunidad de una partición adicional, conduciría a quebrantar los principios de la cosa juzgada o cuando menos a dar ocasión a la irregularidad de proponer objeciones, no presentadas en su única oportunidad procedimental, contra un trabajo de partición aprobado por sentencia definitiva.

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

(Magistrado ponente, doctor Hernán Salamanca).

La presentación objetiva y ordenada de los largos antecedentes que ha tenido este negocio, aunque en apariencia innecesaria y prolija, ilustra y fundamenta la decisión del recurso porque hacen referencia a cuestiones previas y básicas a la vez.

Muerto en Pasto Miguel Caicedo A. (20 de marzo de 1920), su viuda Dolores Zarama de Caicedo, luégo de hacerse declarar judicialmente heredera de su esposo, hizo donación de todo lo que le correspondía en la sociedad conyugal y como heredera de su marido, a varias entidades religiosas de la ciudad de Pasto. Iniciados dos juicios para liquidar la herencia de Miguel Caicedo, uno por los donatarios cesionarios de los derechos de la cónyuge supérstite y otro por los hermanos legítimos del muerto, se presentaron numerosas dificultades provenientes de las pretensiones encontradas, y por lo cual, entre las entidades religiosas y Jacinta Rodríguez v. de Caicedo, y Rosario y María Josefa Caicedo, interesadas en la sucesión de Miguel Caicedo, celebraron un contrato de transacción consignado en la escritura pública número 151 de 15 de abril de 1930, en el cual los citados herederos de Miguel Caicedo reconocen a las entidades como donatarias de los derechos de la señora Zarama de Caicedo en la sociedad conyugal y como heredera de su marido, en pago de cuyos derechos dan la cantidad de $ 22.000, quedando en esta forma terminadas todas las diferencias y litigios pendientes, para lo cual las entidades religiosas renunciaron el derecho a todo reclamo en la sucesión de Miguel Caicedo y en la sociedad conyugal formada por éste con Dolores Zarama.

Llegado el juicio al estado de partición, consideró el partidor, y así lo expresó en su trabajo, que los derechos de la viuda Zarama de Caicedo a que se ha hecho referencia habían quedado incorporados en la masa hereditaria, y en este entendimiento distribuyó los bienes relictos entre los herederos. Por virtud de esa transacción —dice el partidor— «queda descartada de este trabajo la liquidación de la sociedad conyugal Caicedo-Zarama, pues los primeros, como sucesores en todos los derechos de la expresada señora, los renunciaron y cedieron en beneficio de la sucesión del doctor Caicedo A., es decir, de sus herederos, quedando así incorporados los bienes sociales y los derechos de esa cónyuge en el haber sucesional para provecho y beneficio de tales herederos.»

Esta partición fue objetada por Jacinta Rodríguez v. de Caicedo y María Josefa Caicedo para que se rehiciera el trabajo con el objeto de que se excluyera el fundo *Filadelfia* de la masa partible, y para que se aumentara el lote de gastos señalado por el partidor en cantidad «bastante para pagar la deuda hereditaria» que pagaron las objetantes en virtud de la transacción contenida en la escritura número 151 de 15 de abril de 1930, por ser una deuda común de la sucesión. El Juez desechó las objeciones y el Tribunal de Pasto confirmó la decisión del inferior en auto de 7 de diciembre de 1931, pero como omitiera el Juzgado aprobar la partición en la misma providencia en que declaró infundadas las objeciones, lo hizo luégo en sentencia separada de 25 de junio de 1932, confirmada por el Tribunal Superior el 17 de noviembre del mismo año.

Recurrida en casación por los objetantes la sentencia aprobatoria de la partición, fue parcialmente casada por la Corte en decisión del 13 de diciembre de 1933, en los siguientes términos:

«En razón de lo expuesto, la Corte.... casa parcialmente la sentencia que ha sido objeto del presente recurso, pronunciada por el Tribunal Superior de Pasto el 17 de noviembre de 1932; infirma también parcialmente el auto de 7 de diciembre de 1931, pronunciado por el mismo Tribunal, y en su lugar resuelve: Primero. Con citación de las partes rehaga el partidor, dentro del término de veinte días, contados desde que se le entreguen los autos, la partición de los bienes de la sucesión del doctor Miguel Caicedo A., verificada el 24 de junio de 1931, en el sentido de prescindir en su trabajo de contador, de la mitad del predio de *Filadelfia*, ubicado en la región de Obenuco, del Distrito de Pasto, cuyos linderos figuran en la partición, mientras la justicia ordinaria decide si la mitad de tal fundo pertenece a la masa partible. Segundo: Verificado el trabajo, será presentado

al Juzgado para su aprobación, si estuviere de acuerdo con lo mandado en este fallo. Tercero: Decidida a favor de la masa partible la controversia que existe sobre la mitad del fundo de *Filadelfia,* se procederá a verificar una partición adicional entre los herederos según sus derechos.»

En cumplimiento de lo decidido por la Corte en su sentencia de casación, rehizo el partidor su trabajo con la única modificación consistente en excluír de la masa partible el predio *Filadelfia,* y volvió a advertir, como lo había hecho en su anterior trabajo, que quedaba descartada la liquidación de la sociedad conyugal Caicedo-Zarama, porque en virtud de la transacción contenida en la escritura pública número 151 de 15 de abril de 1930, todos los derechos de la cónyuge supérstite fueron renunciados y cedidos en beneficio de la sucesión de Miguel Caicedo, para provecho y beneficio de sus herederos. Fue aprobada esta partición así rehecha en sentencia de 28 de agosto de 1934 del Juzgado del Circuito, sentencia que se ejecutorió por no haberse usado contra ella ningún recurso y que fue registrada el 24 de octubre de ese año en la oficina correspondiente. Esta sentencia fue cumplida con la entrega que el Juzgado hizo de los bienes a los respectivos adjudicatarios.

Con posterioridad, la justicia ordinaria, ante la cual se debatió el asunto hasta en recurso de casación (sentencia de 6 de diciembre de 1935), decidió a favor de la sucesión de Miguel Caicedo la controversia sobre la propiedad de la mitad proindiviso del fundo *Filadelfia,* como se ve de las copias correspondientes. En estas condiciones, en cumplimiento de la sentencia de la Corte de 13 de diciembre de 1933 y después de controvertir largamente sobre intervención de unos legatarios, el Tribunal Superior de Pasto, revocando una providencia del Juzgado del Circuito, ordenó «que pasara el expediente al partidor señor Arsenio Guerrero B., para que en el término de veinte días practique la división de la mitad del fundo de *Filadelfia,* que corresponde a la sucesión del doctor Miguel Caicedo A., entre los herederos de este señor o entre quienes sucedan a éstos en los respectivos derechos, bien sea como herederos o como legatarios.»

Haciendo referencia a las consideraciones y bases que había consignado en su primer trabajo partitivo, presentó el señor Guerrero la partición de la finca *Filadelfia* el 29 de marzo de 1940. Dentro del traslado legal fue objetada esta partición, por medio de apoderado, por Jacinta Rodríguez v. de Caicedo y María Josefa de Mosquera, las mismas objetantes de la primera partición.

Los motivos en que se fundan estas objeciones se resumen así:

a) No siendo la sucesión dueña sino de una cuota de dominio indiviso en el inmueble *Filadelfia,* el partidor no podía adjudicar a los herederos partes determinadas por linderos de esa finca mientras no se haya liquidado la comunidad. *b*) Porque habiéndose subrogado personal y exclusivamente la señora Rodríguez de Caicedo y las señoritas Caicedos, que otorgaron la escritura pública número 151 de 15 de abril de 1930, y por virtud del contrato en ella contenido en los derechos que en un principio correspondieron a la viuda del causante, señora Zarama de Caicedo, la participación que se da al heredero Luvino Caicedo, quien nada pagó ni intervino en ese contrato, constituye un enriquecimiento sin causa, y *c*) Porque quienes solicitaron que se partiera el fundo *Filadelfia* carecían de personería sustantiva para hacerlo.

De estas objeciones solamente prosperó la primera, siendo desechadas las demás, por lo cual el Juzgado 2.º del Circuito de Pasto ordenó al partidor que rehiciera su trabajo acomodándolo a lo decidido. El Tribunal al decidir la apelación interpuesta, confirmó lo resuelto por el Juzgado, en sentencia de 13 de diciembre de 1940, contra la cual inútilmente se interpuso reposición. En firme estas providencias, el mismo partidor señor Guerrero procedió a rehacer la partición adjudicando a los herederos cuotas *ad valorem* en el dominio indiviso del fundo *Filadelfia,* como se había dispuesto judicialmente.

Considerando el Juzgado del Circuito que la partición se había refaccionado ajustándola exactamente a lo decidido por él, la aprobó en decisión del 28 de abril de 1941, la cual, apelada, fue confirmada por el Tribunal Superior de Pasto en sentencia de fecha 12 de julio del año que acaba de citarse. Es esta sentencia definitiva de segunda instancia, aprobatoria de la partición adicional, la que está sometida a consideración de la Corte por recurso oportunamente interpuesto por el apoderado de Jacinta Rodríguez v. de Caicedo y María Josefa Caicedo de Mosquera, recurso que por estar legalmente preparado se procede a decidir.

EL RECURSO

La acusación contra el fallo del Tribunal, relativa naturalmente a las objeciones que fueron materia de rechazo, se apoya en los motivos 1.º y 6.º de los que enumera el artículo 520 del Código Judicial, y se hace consistir en los cargos que en la demanda se proponen separadamente y que en la misma forma se pasan a considerar.

I—Violación de los artículos 1394 y 1047 del Código Civil y 21 de la Ley 45 de 1936, como consecuencia de los errores de hecho y de dere-

cho en que incurrió el Tribunal en la apreciación de la escritura número 151 de abril de 1930 al admitir, no obstante el contenido de esos preceptos legales, que el heredero Luvino Caicedo pudiera recibir en los bienes de la mortuoria una cuota superior a la que legalmente le corresponde según dichas disposiciones, y por tanto en perjuicio de los asignatarios que han objetado la partición.

La objeción a que este cargo se refiere se basó en que en la partición de la finca *Filadelfia* se excluyó a Dolores Zarama, cónyuge supérstite del causante Miguel Caicedo, cuyos derechos de heredera y socia conyugal debieron adjudicarse exclusivamente a Jacinta Rodríguez v. de Caicedo, María Josefa Caicedo de Mosquera y Rosario Caicedo, a quienes pasaron por virtud de la transacción contenida en la escritura pública número 151 de 15 de abril de 1930, por cesión que a título oneroso les hicieron las entidades religiosas donatarias de los derechos de la viuda de Caicedo. «En la escritura llamada de transacción —dice el recurrente— no figura el heredero Luvino Caicedo, y ello contribuye a hacer patente y manifiesto que, según dicha escritura, mal puede sostenerse, por constituír ella un error evidente en la apreciación de la prueba, lo que sostiene el Tribunal, es decir, que no implica el contrato de que se viene hablando una subrogación en los derechos respectivos, ni tampoco el beneficio exclusivo de las señoritas y señora contratantes.»

Se considera el cargo:

En el instrumento público precitado, centro y fundamento de la objeción al trabajo partitivo y del cargo en casación qne se estudia, está contenido, como ya se dejó expresado en el recuento de los antecedentes, un contrato de transacción para terminar todas las diferencias y litigios pendientes entre varias entidades religiosas a quienes la viuda de Miguel Caicedo donó sus derechos de cónyuge y heredera en la sucesión de su marido, y la sucesión de éste, celebrado entre los representantes de las iglesias, colegios, liceos y comunidad de las Reverendas Madres Conceptas, de un lado, y Francisca Rodríguez v. de Caicedo, Rosario Caicedo y María Josefa Caicedo, del otro, en el cual, fielmente resumido, se estipuló que los precitados tres herederos de Miguel Caicedo reconocen que las entidades religiosas, en su calidad de donatarias de los derechos de Dolores Zarama de Caicedo, tienen interés en la sucesión de Miguel Caicedo; que estos donatarios «renuncian el derecho a todo reclamo en la sucesión del doctor Miguel Caicedo A. y en la sociedad conyugal formada por el doctor Caicedo A. y la señora Dolores Zarama, lo mismo que al cobro de los frutos naturales y civiles provenientes de la una y de la otra, pues, en pago de esos derechos que han venido reclamando en juicio, reciben los veintidós mil pesos «que los citados herederos de Miguel Caicedo dieron a los donatarios renunciantes en transacción.»

En torno del alcance de estas estipulaciones se han polarizado las dos tesis enfrentadas en este juicio: de un lado, la de que la citada transacción produjo el efecto de llevar al patrimonio de la sucesión los derechos renunciados por los donatarios, y del otro, que ese contrato determinó una subrogación de tales derechos a favor de Francisca Rodríguez de Caicedo, María Josefa y Rosario Caicedo, quienes han venido a ser dueños exclusivos de los derechos de Dolores Zarama en la sucesión de su marido por habérselos cedido a ellos, a título oneroso, los donatarios.

La primera consideración que sugiere este planteamiento de la cuestión, no siendo inequívocos los términos en que está concebido el instrumento referido, es que su decisión excede la cabida jurisdiccional de una articulación de objeciones a la partición en el juicio sucesoral. Antes de procederse a la partición de una herencia, es necesario, en efecto, determinar exactamente quiénes son partícipes y cuáles son los bienes sometidos a división, porque el Juez en los trámites de partición en juicios sucesorios no tiene propiamente la misión de resolver controversias de fondo sobre intereses encontrados, y porque la partición herencial es un acto especial no constitutivo de una verdadera acción en justicia, ni el partidor tiene atribuciones para resolver asuntos o problemas que competen a la justicia ordinaria. Las cuestiones previas que han de resolverse se refieren, ya a las cosas comprendidas en la comunidad (artículo 1388 del Código Civil), como ocurrió aquí con la mitad del predio *Filadelfia* de cuya división ahora se trata, o ya a los derechos de los mismos comuneros (artículo 1387 ibídem), esto es, a las controversias sobre derechos a la sucesión por testamento o abintestato, desheredamiento, incapacidad o indignidad de los asignatarios. Es incuestionable que todo lo que afecte los derechos de los partícipes o su extensión, como su calidad misma de tales, debe ser materia de previa resolución judicial a fin de que pueda haber certidumbre sobre la condición y derecho de los coasignatarios para poder liquidarle lo que a cada uno de ellos se deba. En el caso de estudio se hacen provenir las encontradas pretensiones sobre extensión del derecho de los partícipes, de la interpretación, alcance y significado de las cláusulas del contrato recogido en la escritura número 151, que pueden determinar una liquidación y distribución diferentes entre los asignatarios según que prevalezca una tesis u otra, de

modo que claramente se ve que la resolución de asunto de tal entidad y trascendencia, como que se vincula a validez y eficacia de pretendidas cesiones de derechos herenciales, no cabe jurisdiccionalmente en un simple incidente sumario de objeciones a la partición.

Sin plantear el problema en esta forma de exotismo a que no se alude en la demanda de casación, la Sala encuentra sin fundamento el cargo que se examina.

No hay que olvidar que estas diligencias versan sobre la partición adicional de la mitad indivisa de la finca *Filadelfia*, por virtud de haberla declarado la justicia ordinaria de propiedad de la sucesión de Miguel Caicedo y como consecuencia de la decisión de la Corte (sentencia de 13 de diciembre de 1933), en que resolvió el recurso de casación contra la sentencia aprobatoria de la partición de la herencia del citado Caicedo, y en la cual se dispuso que «decidida a favor de la masa partible la controversia que existe sobre la mitad del fundo de *Filadelfia*, se procederá a verificar una partición adicional entre los herederos según sus derechos.» Decidida a favor de la herencia una cuestión sobre propiedad de una cosa en que alguien alega un derecho exclusivo, no siendo el caso en que haya habido lugar a suspender la partición, se continuará ésta después dividiendo la cosa entre los partícipes con arreglo a sus respectivos derechos, lo mismo que en el caso de omisión involuntaria de cosas partibles (artículos 1388 y 1604 del Código Civil). Estas particiones adicionales no pueden considerarse desconectadas del juicio sucesoral a que acceden o que complementan, como si se tratara de uno nuevo en que fuera procedente la renovación de todos los trámites y la reconsideración de todas las cuestiones que fueron materia de la liquidación herencial, en lo referente a la determinación de los derechos de los partícipes. Este punto es constitutivo de pauta obligatoria para la nueva partición o distribución que haya de hacerse, con ocasión de la cual no podrán suscitarse nuevamente cuestiones de la sucesión, ya decididas, y que no se relacionen exclusivamente con la división de la cosa adicionada a la masa partible por la sentencia que decidió a su favor el litigio sobre propiedad. Las objeciones que pueden formularse a la partición adicional no procederán, por consiguiente, sino en referencia con las normas legales que regulan la distribución propiamente dicha entre los partícipes con arreglo a sus derechos predeterminados en el juicio en que se dejaron establecidas las bases para la liquidación de la herencia.

Reabrir la controversia o discusión sobre todos os aspectos vinculados al derecho de los coasignatarios con oportunidad de una partición adicional, conduciría a quebrantar los principios de la cosa juzgada o cuando menos a dar ocasión a la irregularidad de proponer objeciones, no presentadas en su única oportunidad procedimental, contra un trabajo de partición aprobado por sentencia definitiva, como ocurriría en el caso presente al aceptarse la procedencia de la objeción que se está considerando. Recuérdese, en efecto, que en el primer trabajo de partición general el partidor entendió y categóricamente lo expresó como una de las bases de su trabajo, que en virtud del contrato de la escritura número 151, todos los derechos de la viuda Zarama de Caicedo, tanto en la sociedad conyugal como en la sucesión de su marido, habían sido cedidos a ésta y comprendidos por tanto en el acervo de la masa hereditaria, por lo cual prescindió de la liquidación de la sociedad conyugal y del derecho herencial de la cónyuge supérstite y dividió los bienes relictos por partes iguales entre los herederos abintestato de Miguel Caicedo. No se formuló entonces ningún reparo ni objeción contra esta base principal de la cuenta de partición, y antes bien se aceptó, como se dejó visto, que la cantidad de dinero que en el contrato de transacción se dio a cambio de la renuncia que de sus derechos en la sucesión hicieron las entidades religiosas, constituía una deuda común de la herencia a cuyo pago estaban obligados los asignatarios a prorrata. No se presentó en esa oportunidad objeción fundada en la tesis de la subrogación de los derechos de la viuda del causante Caicedo en favor exclusivo de los herederos otorgantes de la escritura 151, y cuando se insinuó y alegó ante la Corte en el recurso de casación contra la sentencia aprobatoria de esa partición, fue rechazada precisamente como medio nuevo, por no haberse propuesto oportunamente como objeción en el correspondiente trámite procedimental. Con posterioridad, cuando el partidor rehizo su trabajo como resultado de la sentencia de casación de 13 de diciembre de 1933, volvió a expresar la misma consideración previa y fundamental, que ahora se transcribe en su texto:

«Desde luégo se advierte —se dice en la partición— que, a virtud de la escritura de transacción número 151 de 15 de abril de 1930, celebrada en la Notaría número 2 de este Circuito, entre el Ilustrísimo señor Vicario Capitular, los representantes de varias comunidades religiosas de esta ciudad, por una parte, y Jacinta Rodríguez de Caicedo, María Josefa Caicedo R. y Rosario Caicedo A., por otra, queda descartada de este trabajo la liquidación de la sociedad conyugal, Caicedo-Zarama, pues los primeros como sucesores en todos los derechos de la cónyuge señora Dolores Zarama los renunciaron y cedieron en beneficio de la sucesión del doc-

tor Miguel Caicedo A.; es decir, de sus herederos, quedando —así— incorporados los bienes sociales y los derechos de esa cónyuge en el haber sucesional, para provecho y beneficio de tales herederos.»

La partición realizada así con arreglo a esta base categóricamente expresada fue aprobada por el Juez de la causa en sentencia definitiva que alcanzó ejecutoria, fue registrada y dio lugar a entrega de los bienes. En estas condiciones, la sentencia aprobatoria de partición, sobre los expresados fundamentos y con audiencia y activa intervención de los partícipes que ahora objetan la partición adicional por causas que no usaron para oponerse a la principal, tiene para ellos en los aspectos a que se ha hecho referencia fuerza de cosa juzgada cuyo imperio los obliga dentro del juicio sucesorio de Miguel Caicedo.

En su empeño de sostener que el contrato de la escritura número 151 no tiene por qué beneficiar al heredero Luvino Caicedo, que ningún desembolso hizo, sostiene el recurrente, como un nuevo aspecto del cargo que se estudia, que el Tribunal, al aprobar la partición de *Filadelfia* en iguales partes, erró en la apreciación del citado instrumento público al considerar que sus tres otorgantes ya nombradas obraron como mandatarias del citado Luvino, como si el mandato pudiera presumirse, de manera que en realidad el mentado asignatario carece de título y de modo de adquisición de cuota alguna en los bienes que correspondían inicialmente a la viuda del causante señora Zarama de Caicedo, y que al sentenciar bajo esta equivocada interpretación de la escritura, se violaron los artículos 2142, 2149, 2150, 2167 y 2471 del Código Civil, sobre el contrato de mandato, y los artículos 663, 745, 774 y 765 del mismo Código, referentes a título y modo de adquisición del dominio y solemnidades a que se sujeta la transferencia de derechos hereditarios.

Para no dar acogida a este concepto de la acusación, fuera de las razones que van escritas, se advierte que no hay pasaje del proceso ni palabra del instrumento que se dice erróneamente apreciado, que le preste respaldo. Ni el partidor en ninguno de sus trabajos, ni el sentenciador en ninguna de las decisiones en que se refirió a la escritura número 151 para resolver articulaciones de objeción, han sostenido ni insinuado siquiera que Jacinta Rodríguez de Caicedo y María Josefa y Rosario Caicedo hayan actuado como mandatarias personales de Luvino Caicedo en el otorgamiento de la escritura de transacción. Recuérdese que lo que el partidor explicó como base previa de su trabajo fue que la renuncia de los donatarios de los derechos de la viuda se hizo en favor de la sucesión y consecuencialmente en beneficio de todos los herederos, para lo cual se consideró que las herederas otorgantes asumieron válidamente la personería de la herencia, de tal modo que fácilmente se explica que sin haber intervenido personalmente Luvino Caicedo en el negocio se haya beneficiado como asignatario con el acrecimiento de la masa partible. Esta tesis, sobre la que se ha edificado la liquidación herencial del causante Caicedo, y que es, según se advirtió, base obligatoria para todos los partícipes por ser cosa juzgada dentro del juicio mortuorio, se ha considerado que es la que mejor armoniza con el espíritu y contexto general del instrumento tántas veces citado, porque de sus términos no puede deducirse incuestionablemente, como sería preciso para que existiera el error de hecho que imputa el recurrente al Tribunal, que la renuncia aludida no fuera en beneficio general sino en el exclusivo de determinados herederos. Aquí hay que repetir que los recurrentes han aceptado esta interpretación cuando al objetar la primera partición, verificada ya sobre esa base, no la atacaron con el cargo que hoy esgrimen, y consideraron, por el contrario, que el precio de la renuncia era una deuda común, un pasivo de la comunidad herencial por haber sido pagado en provecho de todos los asignatarios.

Las consideraciones que anteceden justifican el rechazo al cargo de violación legal por error de hecho y de derecho en la apreciación de la escritura número 151 de 15 de abril de 1930.

II. Violación de los artículos 66, 1450, 2322, 2323, 2324, 2325, 2329 y 2115 del Código Civil, también como consecuencia de errada apreciación de la escritura número 151, porque en este documento no se dice, aun en el entendimiento de que la adquisición hecha por él hubiera sido en beneficio general de los sucesores de Miguel Caicedo, que los herederos que pagaron lo hicieran liberalmente en beneficio de Luvino, y el Tribunal ha presumido contra la ley esa donación o prestación gratuita, dando así lugar a un enriquecimiento indebido por parte del heredero que no contribuyó, y a quien por tanto en la partición ha debido disminuírse proporcionalmente y en provecho de los otros su cuota de adjudicación en el inmueble. Se refiere este cargo en casación a la objeción que con el carácter de subsidiaria propusieron los objetantes, dentro de la tesis de que la renuncia referida fue en favor de la masa herencial partible, por no habérseles adjudicado en el fundo *Filadelfia* el mayor valor que ellos dieron por causa de la transacción, para de este modo evitar un enriquecimiento indebido:

Se considera:

Injustificado de todo punto de vista es también este cargo que aparece desconectado de la real

situación jurídica que el partidor planteó para la liquidación y distribución de la herencia de Miguel Caicedo en relación con el alcance y significado que dio a las estipulaciones contractuales de la escritura número 151, porque de ninguna de las piezas del expediente ni de las consideraciones del partidor, puede deducirse nada que pudiera darle pertinencia a esta tesis de que el sentenciador ha entendido que por medio de ese instrumento se hizo una donación a los herederos del finado Caicedo que no concurrieron a su otorgamiento. Precisa repetir con ocasión de este cargo que el mecanismo jurídico de igualdad distributiva que se operó en la partición, en concepto del partidor aceptado por los partícipes y sancionado por fallo definitivo, como se dejó visto, fue la consecuencia obvia de haber considerado que la renuncia de los derechos sucesorales de las entidades religiosas donatarias de la viuda de Caicedo fue en beneficio y provecho de la masa herencial, de cuya participación, por consiguiente, no hay por qué excluir a ninguno de los sucesores universales del causante. Y de que esto haya sucedido así no se desprende en manera alguna la conclusión de que el sentenciador presumió ningún acto gratuito en favor de nadie, ni que dé en esa forma lugar a enriquecimiento sin causa, porque de ser cierto que los herederos que contrataron en favor de la sucesión con las entidades religiosas pagaron con dinero de su exclusiva propiedad, habría que concluir cuando más que tienen derecho y acción para cobrar de los beneficiarios que no contribuyeron al pago la cuota que a ellos corresponde y que por ellos pagaron. Es claro que si por cuenta del coasignatario Luvino Caicedo, o por cuenta de la comunidad, se hicieron determinados desembolsos, ese partícipe o partícipes estarán obligados para con quien por ellos pagó, a prorrata de su cuota o interés en la comunidad; pero esta solución legal no da base para atacar la partición por no haberse hecho en las adjudicaciones las compensaciones correspondientes por deudas entre los copartícipes, provenientes de gastos comunes, porque tal procedimiento no lo autoriza la ley, que ordena al partidor, para estos efectos, la obligación de formar hijuela de deudas y gastos en toda partición en que los haya. No es impertinente repetir que así lo entendieron los objetantes de ahora cuando atacaron la partición principal alegando la insuficiencia del lote de gastos para cubrirles a ellos lo que habían pagado por concepto de una deuda común que afectaba por igual a todos los coasignatarios de la herencia.

La improcedencia del cargo es, pues, visible.

III. Violación de los artículos 765, 766, 1328, 1374, 1378 y 1417 del Código Civil, y 953 del Código Judicial, en que incurrió el Tribunal al aceptar que tienen capacidad para demandar la partición del fundo *Filadelfia* «las personas que intervienen en este asunto en su simple calidad de legatarios de la señorita Rosario Caicedo», porque de acuerdo con la ley solamente los herederos o causahabientes tienen el derecho para demandar la partición de bienes herenciales. Se refiere este cargo, propuesto en la demanda de casación sólo en calidad de subsidiario, a la objeción que se formuló con base en carencia de personería sustantiva de algunos de los que han intervenido en las diligencias y en quienes la falta de la calidad de herederos «impide que se lleve a cabo la partición de los bienes sucesionales del doctor Miguel Caicedo».

Se considera:

Del fundamento en que quiere apoyarse y de la finalidad que persigue la cuestión sobre capacidad para pedir la partición, que se propone en esta parte del recurso, se ve con toda claridad la improcedencia del asunto como materia constitutiva de objeción a un trabajo de partición herencial. En nada incide, en efecto, el reparo sobre lo que jurídicamente constituye la partición, esto es, sobre la liquidación de lo que a cada uno de los coasignatarios se deba, ni sobre la distribución de los efectos hereditarios conforme a las reglas legales, sino simplemente a la personería para demandar la división. Este punto de si debe o nó procederse a la partición porque quien lo pide no tiene derecho, o por otra causa, es cosa que debe ventilarse a la entrada del juicio de sucesión como lo dispone y reglamenta la ley de procedimiento civil (Capítulo V, Título XXX del Código Judicial).

En este caso, fuera de que en verdad no se trata de la demanda de partición de la herencia de Miguel Caicedo, ordenada ya dentro del juicio de sucesión correspondiente, sino de un incidente de partición adicional sin nuevos traslados y emplazamientos, el punto de personería que se contempla fue sin embargo ampliamente controvertido y definitivamente decidido por el Tribunal en su oportunidad. Del auto del 18 de diciembre de 1939, dictado en Sala de Decisión (folio 157 del cuaderno número 2) se copia lo atinente:

«La mitad del fundo de *Filadelfia*, según decisión de la excelentísima Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 6 de diciembre de 1935, pertenece a la sucesión del doctor Miguel Caicedo A. y debe partirse adicionalmente, por mandato de la misma corporación, expresado en sentencia del 13 de diciembre de 1933.

«Pero resulta que ya falleció la señorita Rosario Caicedo A., en quien quedaron radicados parte de

los derechos de la mitad del mencionado fundo, y murió también el señor Luvino Caicedo, heredero de su hermana la señorita Rosario; pero quedan los legatarios en la sucesión de la última con derechos en el predio que está sin partir y respecto del cual debe efectuarse el acto adicional ordenado por la excelentísima Corte. ¿Estarían estos últimos condenados a la indivisión indefinida, por el hecho de no representar, conforme no representan, por no ser herederos, las sucesiones de la señorita Rosario y de don Luvino, herederos a su vez del doctor Miguel Caicedo?

«Contesta el Tribunal que no, porque es de orden público el hecho de que ningún bien debe permanecer en la indivisión, también porque se consagraría una injusticia al dejar sin efectividad un legítimo derecho, y, además, porque como acreedores tienen que recabar y entrar en posesión de lo que les corresponde, ya que son sucesores de la persona que por testamento les asignó el legado.

«Si la señorita Rosario Caicedo hubiera vendido o cedido sus derechos en el predio de *Filadelfia*, el comprador o cesionario tendría perfecto derecho a pedir la partición de ese inmueble, conforme al artículo 1377 del Código Civil; luego con título igual al de éstos puede solicitar el intervenir en dicha partición el legatario que deriva su derecho de la voluntad de la misma señorita, manifestada por testamento, en el cual le designó para sucederla en sus derechos a tal fundo.

«Además, la excelentísima Corte Suprema de Justicia dispuso en el punto tercero de la sentencia de 13 de diciembre de 1933, que "decidida a favor de la masa partible la controversia sobre la mitad del fundo de *Filadelfia*, se *procederá* a verificar una partición adicional entre los herederos, según su derecho", lo cual implica un mandato, una orden terminante, imperativa, que debe cumplirse, una vez que consta en autos que ya la misma Corte resolvió en sentencia de 6 de diciembre de 1935 que la mitad del citado inmueble no queda excluída de la masa de bienes pertenecientes a la sucesión del doctor Miguel Caicedo A.

«De suerte que, con el conocimiento de la sentencia últimamente mencionada, debió el Juzgado disponer la partición adicional con relación a la mitad del fundo de *Filadelfia*, pasando al partidor el expediente para que señale a cada asignatario la parte que le corresponde, de acuerdo con los títulos exhibidos. Entre los herederos del doctor Miguel Caicedo A., como lo manda la Corte, debe hacerse esa partición, o entre las personas que representen en alguna forma los derechos que a éstos correspondían.

«Con base en los razonamientos expresados, el Tribunal, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, repone el auto de 4 de octubre de este año y, en consecuencia, *revoca* el auto pretestado y dispone que pase el expediente al partidor, señor Arcesio Guerrero B., para que en el término de veinte días practique la división de la mitad del fundo de *Filadelfia*, que corresponde a la sucesión del doctor Miguel Caicedo A., entre los herederos de este señor o entre quienes sucedan a éstos en los respectivos derechos, bien sea como herederos o como legatarios».

No es procedente, pues, este cargo relacionado con cuestión decidida en providencia firme, y totalmente exótica como materia de objeción partitiva.

IV. «Para el caso —dice finalmente el recurrente— de que no llegue a declararse por la honorable Corte ninguna de las causales de casación de que tratan los tres capítulos precedentes, alego expresamente la causal de casación de que trata el ordinal 6.° del artículo 520 del Código Judicial, por haberse incurrido en una de las causales de nulidad de que trata el artículo 448 del Código Judicial, y especialmente en aquella consistente en la falta de citación o emplazamiento, para los efectos de la partición de que aquí se habla, de las personas que han debido ser llamadas al juicio».

Se considera:

Bien sabido es que la decisión de un recurso de casación contra sentencia aprobatoria de una partición herencial está jurisdiccionalmente circunscrita a las cuestiones propuestas como objeción a la cuenta de partición, y que ante la Corte no es posible presentar nuevos reparos o aspectos no considerados ni propuestos en la articulación correspondiente. Tal acontece con el punto que se alega como base de la causal de nulidad aducida en el último lugar de la demanda, respecto del cual nada se ha dicho a lo largo de estas diligencias, ni nada hubiera podido decirse, porque, como ya se anotó, no se trata propiamente de una demanda de partición que diera entrada a un nuevo juicio, sino simplemente de continuar una partición ya decretada con audiencia de todos los interesados y en su oportunidad dentro del juicio sucesorio. Pero es que además de esto la nulidad adjetiva es improcedente, fuera de ser del todo extraña por su naturaleza a la finalidad perseguida con el trámite de las objeciones, porque legalmente no puede proponerse contra la validez de la actuación judicial sino por quien no fue emplazado a juicio o no estuvo debidamente representado en él.

En mérito 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 Pasto el 12 de julio de 1941, aprobatoria de la partición adicional en la sucesión de Miguel Caicedo, 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.

JOSÉ MIGUEL ARANGO, ISAÍAS CEPEDA, LIBORIO ESCALLÓN, FULGENCIO LEQUERICA VÉLEZ, RICARDO HINESTROSA DAZA, HERNÁN SALAMANCA.—*Pedro León Rincón*, Secretario en propiedad.

Simulación—Nulidad absoluta—Apreciación de los indicios.

1. Las diferencias que doctrinariamente puedan anotarse entre nulidad absoluta e inexistencia no tienen traducción práctica en nuestra ley; de suerte que, como es sabido y siempre sucede, ha de acudirse a las disposiciones sobre nulidad absoluta tanto cuando de ella se trata como cuando se trata de inexistencia, en fuerza de que para ésta no ha creado nuestro sistema legal una casilla peculiar y separada.

2. Conforme al artículo 593 del Código Judicial, el sentenciador debe tomar en cuenta todos los elementos llegados debidamente al proceso, a lo cual se agrega que cuando se trata de indicios y no hay uno con la calidad de necesario y de fuerza probatoria plena que a éste asigna el artículo 663 ibídem, es de la conexión armónica entre los varios comprobados en el expediente de donde se deduce la opinión del juzgador, según el artículo 665 de la misma obra. En la estimación de los indicios ha de considerarse en primer lugar si cada uno de ellos está debidamente comprobado, y después es cuando se relacionan entre sí para formar el concepto correspondiente. En casación puede acusarse por violación de ley sustantiva en razón de mala apreciación de tales o cuales pruebas por error de derecho o por error de hecho que aparezca de modo manifiesto en los autos. Esta causal de casación limita lo que ha solido calificarse de soberanía del Tribunal en la estimación de las pruebas. Numerosos son los fallos en que la Corte ha traído a cuento estas nociones consabidas para indicar cuán limitada es su esfera de acción en el recurso de casación cuando los cargos arrancan de error en la apreciación de las pruebas, singularmente cuando éstas son indicios, y para llamar la atención hacia el proceso mental en que consiste la labor de valorarlos y, más aún, la de relacionarlos entre sí.

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

(Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza).

Antonio Dorsonville aparece vendiendo a María Zárate dos veces la casa número 49 a 51-D, hoy 8-31 a 8-51 de la calle 19 de esta ciudad, en escrituras de las Notarías 4.ª y 2.ª de este Circuito: la primera el 5 de noviembre de 1912, número 1290, y la segunda el 14 de marzo de 1917, número 601, y en ambas el vendedor declara recibido el precio que fue, respectivamente, de $ 3.000 papel moneda y de $ 4.000 oro.

En demanda fechada y repartida el 29 de abril de 1938 y notificada el 10 del subsiguiente mayo, Dorsonville pide que con citación y audiencia de dicha señora, en sentencia definitiva en vía ordinaria se hagan estas declaraciones: «1.° Que son nulos, de nulidad absoluta, por simulación o falta de causa, los contratos consignados en las escrituras públicas..... (aquí cita las dos ya expresadas); 2.° Que como consecuencia de la declaratoria de nulidad pedida, se decrete la cancelación de la inscripción en la Oficina de Registro de esos instrumentos, y 3.° Que se condene en costas a la demandada, en caso de que se oponga a esta acción».

En el Juzgado 1.° Civil de este Circuito cursó la primera instancia y se decidió en sentencia de 12 de abril de 1939, que declaró inexistente y sin valor el primero de dichos contratos y negó las demás peticiones de la demanda, sin costas.

Por apelación del demandante subió el asunto al Tribunal, donde, previa la tramitación de la segunda instancia, se falló el 28 de octubre de 1941, revocando la sentencia del Juez en la parte objeto del recurso y declarando absolutamente nulo el segundo de los referidos contratos, y que, en con-

secuencia, dicho inmueble es de propiedad de Dorsonville. Ordenó cancelar la inscripción de la citada escritura de 1917 y no hizo condenación en costas.

La demandada, que no apeló del fallo del Juez, el cual quedó en firme, por tanto, en la invalidación que pronunció sobre el contrato de 1912, interpuso casación contra la sentencia del Tribunal, recurso que recibió su tramitación y pasa a decidirse.

Para invalidar la compraventa de 1912 tuvo el Juzgado los varios motivos que expone, entre ellos cardinalmente la declaración de la compradora en documento de la misma fecha de la escritura sobre ser ésta de confianza y, además, el otorgamiento de la escritura de 1917 que implica el reconocimiento por ambos otorgantes de la invalidez de aquél; y para la negativa de los pedimentos restantes, o sea, de la anulación del contrato de 1917, se basó en la fuerza de este instrumento público contra sus otorgantes, en la falta de la contraescritura que sencillamente pudieron otorgar en el lapso que medió desde entonces hasta que se casaron y en la imposibilidad de admitir prueba de testigos sobre obligación mayor de quinientos pesos y no constar por escrito —ni haber principio de prueba por escrito— lo aseverado por el demandante.

El Tribunal sí aceptó las declaraciones de testigos y, hallando comprobados ciertos hechos por este medio y agregándolos a los acreditados en otras formas legales, del conjunto de los concomitantes indicios dedujo la falta de causa afirmada en la demanda y la consiguiente nulidad absoluta que declaró como queda dicho.

Los razonamientos en que el recurrente basa su acusación se sintetizan así: *a*) La simulación, así sea integral, implica necesariamente dualidad de contratos, uno el aparente, sostenido por el reo, y otro oculto y efectivo cuya prevalencia pide el actor; de donde se deduce la improcedencia de acción por simulación en el presente caso en que no se demostró ni invocó siquiera un contrato disimulado bajo el ostensible y único que es el que reza la escritura de 1917; *b*) Demandante y Tribunal barajan en pie de identidad dos cosas tan distintas como son la simulación y la nulidad absoluta, a que se agrega que se demanda simulación y se sentencia nulidad; *c*) Si en verdad hubiera faltado causa en esa compraventa, no habría contrato y, por consiguiente, lógicamente la demanda debió pedir declaración de inexistencia y no de nulidad, porque ésta implica vicio en un contrato que, aun vicioso, ha tenido vida; *d*) Aun dejando de lado dichas involucraciones, la sentencia debe caer por haber admitido pruebas a que la ley no da entrada, porque para destruír la plena prueba que contra sí mismo creó Dorsonville con la escritura de 1917 que tacha de simulada, debió comprobar con contraescritura lo que indebidamente pretende acreditar con testigos sin aducir la prueba escrita o siquiera el principio de prueba de esta índole que permitiese oír testigos; y *e*) Aunque no hubiese valla para escuchar tales probanzas, la sentencia debe caer también porque lo que figura como prueba no establece ni la falta de causa ni la simulación que erróneamente el Tribunal da por demostradas con tan deficiente base.

En estos argumentos basa el recurrente sus cargos, los más de los cuales corresponden al motivo 1.º de los del artículo 520 del Código Judicial, y se estudiarán en seguida, no sin considerar antes el cargo formulado dentro del motivo 2.º de los del mismo artículo 520, consistente en que el Tribunal declara que el inmueble en referencia es de propiedad de Dorsonville, sin haber solicitud en este sentido en su libelo, por lo cual se falló *ultra petita*.

Ocurre pensar ante todo en la falta de interés del recurrente a este respecto, ya que declarada la nulidad de su compra, en nada lo afecta que el inmueble sea de Dorsonville o, como indica el recurrente, de la sociedad conyugal que existió entre él y Clementina Acero, su primera esposa, sociedad que, de paso sea dicho, no figura en este juicio ni tiene por representante suyo a la Zárate. Pero sí, por considerar de interés general lo atañedero a la marcha y formalidades de un proceso, no se halla óbice en esa falta de interés y de personería para formular el reparo y, por ende, se entra a considerarlo, se encuentra que carece de razón, porque la ausencia de aquella petición singular en el libelo no puede ser motivo para que el sentenciador deje de poner de presente una de las consecuencias obligadas que la ley asigna a una declaración de nulidad, cual es la de restituír a las partes al estado en que se hallaban antes de contratar. Tratándose de consecuencias emanadas de aquella declaración por obra de la ley, mal puede tacharse de pronunciamiento *ultra petita* o de incongruencia entre lo demandado y lo sentenciado, el que las sentencias expresen una de esas consecuencias sin solicitud especial sobre el respectivo detalle.

No prospera, pues, ese cargo.

Dentro del motivo 1.º formula el recurrente estas acusaciones:

Según él, la nulidad absoluta se rige por los artículos 740, 1502, 1508, 1516, 1519, 1521, 1524, 1740 y 1741 del Código Civil, y la simulación por los artículos 1559, 1757, 1760, 1763, 1765, 1766, 1767 y 1769 del mismo, y el Tribunal ha quebrantado to-

das estas disposiciones en fuerza de su referida involucración de estos dos fenómenos jurídicos.

Se considera: el Tribunal para declarar absolutamente nulo el contrato en cuestión tuvo en cuenta, de un lado, las pruebas que su fallo cita y de que se tratará en el presente al estudiar los cargos relativos a la apreciación de ellas, y de otro lado, la solicitud incuestionablemente formulada sobre nulidad absoluta en la intención o parte petitoria del libelo, transcrita ya aquí. Basta leer las frases de la demanda a que se está aludiendo, para reconocer que pidió tal nulidad, lo que no desaparece ni se infirma, ni puede darse por suprimido, con que añadiera un concepto de simulación.

Tres súplicas forman aquella parte petitoria como ya se vio. Descartada la tercera, relativa a costas, por extraña al recurso, y concretando la atención y lectura a las otras dos, se tiene, como se vio ya, que la primera pide respecto de los citados dos contratos de 1912 y de 1917, la declaración de que «son nulos de nulidad absoluta por simulación o falta de causa», y la segunda, la orden de cancelar la inscripción en el registro, «como consecuencia de la declaratoria de nulidad pedida».

La sentencia, concretada en fuerza de lo que se observó al respecto, al contrato de 1917, dice en su parte resolutiva: «Declárase absolutamente nulo el contrato de compraventa....». Lo cita detalladamente en seguida.

Del estudio de las pruebas dedujo el Tribunal que a ese contrato faltaron elementos indispensables para su validez y, así las cosas, no podía menos de declarar la nulidad consecuencial en ley. Como se ve, tomó por la senda de la nulidad absoluta a que se concretó o redujo la declaración formulada en la parte resolutiva, dejando así de lado lo atinente a simulación.

Y esta observación basta para hacer ver que los reparos del recurrente que tienen como punto de partida la simulación, cual si ésta se hubiese acogido y decretado, son extraños a la realidad de la sentencia y de la decisión que ella pronuncia.

Así, pues, aun dando por sentado que puedan enfilarse, separarse y contrastarse como el recurrente expone y sostiene, las disposiciones del Código Civil que él señala como reguladoras de la nulidad unas y de la simulación otras, es improcedente el cargo de que unas y otras se hayan quebrantado, puesto que lo que el Tribunal ha hecho simplemente es declarar la nulidad absoluta demandada al ver que faltan elementos necesarios para la validez del contrato.

Y no vale distinguir entre nulidad absoluta e inexistencia, porque las diferencias que doctrinariamente quepa anotar entre las dos, no tienen traducción práctica en nuestra ley; de suerte que, como es sabido y siempre sucede, ha de acudirse a las disposiciones sobre nulidad absoluta tanto cuando en efecto de ella se trata, como cuando se trata de inexistencia, en fuerza de que para ésta no ha creado nuestro sistema legal una casilla peculiar y separada.

Habiendo pronunciado el Tribunal una nulidad absoluta, no es procedente el cargo de violación de los artículos 1757 a 1767 del Código Civil y 91 a 93 de la Ley 153 de 1887, formulado por el recurrente en forma cuya pertinencia requeriría que la sentencia recurrida hubiese tomado por la senda de la simulación y declarado ésta, porque sólo así sería de exigirse todo lo que a ella corresponde, entre otras cosas la demostración de un contrato oculto, aun acompañando al recurrente en gracia de hipótesis en su afirmación de que la simulación implica necesariamente ese otro contrato secreto u oculto, aun siendo ella integral.

Los cargos del recurrente sobre la acción misma son inadmisibles hoy por haber desaparecido desde que entró a regir la Ley 50 de 1936 la imposibilidad en que se hallaba quien había contratado a sabiendas del vicio para demandar la nulidad absoluta nacida de éste.

—

Conforme al artículo 593 del Código Judicial, el sentenciador debe tomar en cuenta todos los elementos llegados debidamente al proceso, a que se agrega que cuando se trata de indicios y no hay uno con la calidad de necesario y la fuerza probatoria plena que a éste asigna el artículo 663 *ibidem*, es de la conexión armónica entre los varios comprobados en el expediente de donde se deduce la opinión del juzgador, según el artículo 665 de la misma obra.

En la estimación de los indicios ha de considerarse en primer lugar si cada uno de ellos está debidamente comprobado, y después es cuando se relacionan entre sí para formar el concepto correspondiente. En casación puede acusarse por violación de ley sustantiva en razón de mala apreciación de tales o cuales pruebas por error de derecho o por error de hecho que aparezca de modo manifiesto en los autos. Esta causal de casación limita lo que ha solido calificarse de soberanía del Tribunal en la estimación de las pruebas. Numerosos son los fallos en que la Corte ha traído a cuento estas nociones consabidas para indicar cuán limitada es su esfera de acción en el recurso de casación cuando los cargos arrancan de error en la apreciación de las pruebas, singularmente cuando éstas son indicios, y para llamar la atención hacia el proceso mental en que consiste la

labor de valorarlos y, más aún, la de relacionarlos entre sí.

El recurrente analiza los elementos probatorios que obran en el proceso y no encuentra en cada uno prueba bastante para llegar por sólo él al concepto de donde el Tribunal dedujo la nulidad que declaró. Pero el Tribunal no atribuye a tal o cual de esos elementos, tomado aisladamente, esa virtud y resultado, sino que éste lo derivó del conjunto, como ya se dijo y como era lo obligado en lógica y ante terminantes preceptos de la ley procedimental.

El Tribunal estudia los diversos elementos que obran en autos, entre ellos la demanda y su respuesta, el cuadro de posiciones pedidas por la demandada al actor y las que ella absolvió a solicitud de éste, así como escrituras públicas traídas al proceso en oportunidad; la inspección ocular, declaraciones de testigos, actas de estado civil, copias de otros procesos, etc., y de todo ello derivó su conclusión hoy acusada.

Indagó el ambiente, tomando en consideración el matrimonio de Dorsonville con Clementina Acero y que de ella se divorció en 1896 para casarse con la Zárate a fines de 1919, en falleciendo aquélla, y, de otro lado, el concubinato en que había vivido con la Zárate en forma continua desde fines del siglo pasado. En todo ello encontró base para aceptar, por el afecto y confianza que ello implica en Dorsonville para esa época, la afirmación de él de que ponía en cabeza de ella su patrimonio, no por compraventas efectivas en que hubiera voluntad de él de transferir y de ella de adquirir y en que hubiera también entrega de los bienes y pago de su precio, sino simplemente un recurso o maniobra para conjurar las posibles reclamaciones de la Acero por la sociedad conyugal que se había constituído por su matrimonio con ésta. Repítese que ésta vivió hasta 1919 y que el divorcio fue de 1896 y las escrituras de venta fueron: la de la hacienda de *Buenavista*, en 1907, y las de la casa de Bogotá, en 1912 y 1917.

Vio el Tribunal asímismo que fue dentro de ese ambiente y en esas fechas como Dorsonville otorgó estas escrituras de venta en favor de su actual demandada, y que ésta y sus padres fueron en toda esa época tan pobres que Dorsonville subvenía a sus gastos, el entierro de ellos inclusive, lo que demuestra que ella no estaba en capacidad pecuniaria para comprar de verdad; y vio también que, a pesar de esas escrituras de venta, Dorsonville siguió ocupando y administrando esos inmuebles, pagando sus impuestos, percibiendo sus cánones de arrendamiento y levantando a sus expensas nuevas edificaciones en la finca de Bogotá, no sólo después sino antes de su segundo matrimonio.

Cada uno de estos hechos está debidamente comprobado, por lo cual no cabe conceptuar que el Tribunal incurriera en error de apreciación de pruebas al partir de esta base, y, habiendo concluído como concluyó por obra de la conexión y relación que en proceso lógico formó de su conjunto, tampoco puede hallarse ese error en este encadenamiento. (Véase *Gaceta Judicial*, página 303, tomo LIII).

Los cargos formulados en atención a que este pleito es entre consortes y que entre éstos no caben transferencias de dominio de inmuebles, son improcedentes también, puesto que de lo que se trata es de invalidar y no de celebrar una compraventa y, además, ella fue anterior al matrimonio, es decir, de época en que, no estando casados entre sí los actuales litigantes, no había por qué pensar en las disposiciones legales sobre contratos entre cónyuges.

Del propio modo son inadmisibles los cargos formulados en relación con la ilicitud de las finalidades buscadas por Dorsonville con sus aludidos contratos, que eran las de escapar a los posibles reclamos o pretensiones patrimoniales de su primera esposa, acerca de lo cual los cargos del recurrente giran alrededor de la regla de que nadie puede aprovecharse de su propia culpa. Al respecto se observa que los argumentos de esta fuente serían adecuados contra el mantenimiento y validez de contratos ilícitos, a los cuales no alcanzó la extensión que a la potestad de ratificar dio la citada Ley 50 para las demás nulidades absolutas.

—

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 dictada en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el veintiocho de octubre de mil novecientos cuarenta y uno.

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.

Acción de nulidad de un testamento—Demencia del testador. Demencia senil.

1. El inciso 2.º del artículo 553 del Código Civil establece la presunción de validez respecto de todos los actos o contratos celebrados por una persona, a menos de probarse que el que los ejecutó o celebró estaba entonces demente. El adverbio *entonces* ha sido tomado por la jurisprudencia y la doctrina, en ese artículo, en su primitiva significación, en su primera acepción que significa «en aquel tiempo u ocasión», que es también la más recta acepción de su correspondiente latino *tunc*. No expresa, por lo tanto, tal vocablo, indispensablemente el acto coetáneo a la ejecución de un hecho, sino que abarca un período más amplio. Ciertas enfermedades mentales como la demencia, no se producen, según los expositores de psiquiatría y de medicina legal, de una manera repentina, sino que constituyen una progresión ascendente que lleva desde ligeras e insignificantes perturbaciones hasta la obnubilación completa del entendimiento. Por eso, en cierta clase de demencias progresivas, se ha llegado a establecer por la ciencia que, además de no admitir intervalos lúcidos, la enfermedad avanza más cada día; y la doctrina y la jurisprudencia, basadas en ese postulado, y cuando se demuestra técnica y científicamente que una persona estaba demente cierto día, anula o invalida los actos de ella posteriores a ese estado mental anterior. Existen otros actos anulables por incapacidad mental de quien los ejecuta, no ya porque adolezca de demencia sino porque sea víctima de una perturbación transitoria en sus facultades y que generalmente no deja huella al desaparecer el efecto, como la ebriedad en el caso contemplado por el artículo 1061 citado, en su numeral 3.º No deben, por lo tanto, confundirse las acciones de nulidad emanadas de los artículos 553 y 1061, inciso 3.º, que contemplan situaciones distintas aunque la solución sea la misma en uno y otro caso, cuando se prueba la falta de sano juicio en quien ejecutó el acto acusado.—2. La perturbación mental permanente, la demencia senil, son enfermedades como muchas otras que no pueden establecerse o diagnosticarse ciertamente sino por medio de la ciencia. Es el dictamen pericial médico, en cada caso, el que puede llevar al juzgador a una conclusión fundada, y el que permite, cuando es unánime, darle el carácter de plena prueba como enseña el artículo 722 del Código Judicial. Es difícil, en realidad, y hasta muy grave, que el juzgador en virtud de apreciaciones testimoniales, de personas no expertas en la ciencia médica, pueda concluír que una persona adolezca de una enfermedad. Como el juzgador no es experto tampoco en esas materias, de ahí que deba asesorarse de peritos y atenerse a lo que ellos digan en cada materia o dictaminen en virtud de su arte, profesión u oficio. Si le bastaran únicamente las declaraciones que se adujeran a los autos, de personas inexpertas, no sólo fallaría el Juez como técnico en asuntos que desconoce, sino haría innecesario el dictamen pericial, conclusión inadmisible. Pueden, es cierto, los expertos médicos, cuando no han conocido o recetado o atendido al paciente, basar su dictamen sobre la enfermedad de éste en declaraciones de los que conocieron o trataron al enfermo, pero, como es obvio, los elementos de hecho o de apreciación los coordinan los médicos con los principios científicos que poseen, que conocen, y entonces en virtud de esos dos factores deducen las conclusiones en cada caso, lo que no puede hacer el juzgador por lo que no es experto en esas materias.—3. Las prohibiciones a que se refiere el artículo 1068 del Código Civil van encaminadas a asegurar la independencia y libertad del testador y a establecer, cuando fuere el caso, la veracidad y hasta el sentido de sus declaraciones. Se comprende que dos testigos instrumentales, padre e hijo, pueden estar interesados, para no contradecirse, en mantener unos mismos puntos de vista, cuando se les llame a declarar el modo y forma como el testador consignó su última voluntad, y esa es una de las razones de la prohibición a que se refiere el numeral 15 del artículo citado. Pero cuando ese interés desaparece, por cuanto se prescinde o puede prescindirse de uno de esos dos testimonios, sin que se afecte el acto externo

del testamento por quedar tres testigos, no hay razón suficiente para anular un acto testamentario. En materia de nulidades, y especialmente en las referentes a los testamentos, el criterio debe ser siempre restricto y jamás de ampliación, por lo grave que es dejar, sin fundamentos muy sólidos y sin razones muy evidentes, ineficaz o inoperante la última voluntad del testador. Y no puede sostenerse, porque sería adoptar el criterio de ampliación de que se ha hecho mérito, que aunque se prescinda de un testigo ligado con otro por el vínculo de parentesco a que se refiere la ley, también queda éste inhabilitado para el caso, por cuanto sería, como acaba de expresarse, extender infundadamente esa norma, aplicándola cuando ha desaparecido la razón de la inhabilidad que ella considera.—4. La inhabilidad a que se refiere el numeral 14 del artículo 1068 no puede ser otra que la que provenga de una completa dependencia económica y hasta personal, que se traduzca en un obedecimiento completo, por esa razón, a las órdenes del amo.

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

(Magistrado ponente, doctor Liborio Escallón).

Félix Guzmán Navia, como apoderado de Jesús María, Valentina y Adelina Cano, demandó a Benigno Cano Arriguí y Samuel Agustín Tobar para que se declarara que es nulo y sin ningún valor el testamento abierto, nuncupativo o público otorgado por Gumersinda Cano el 31 de mayo de 1937, bajo el número 74, ante el Notario de Timaná.

Hechos básicos de la demanda son los siguientes:

La señora Gumersinda Cano no podía testar libremente por encontrarse en estado de completa inconsciencia o demente en la época y momento de otorgar su testamento y desde días y meses atrás. Esto, en cuanto atañe o hace relación a la parte interna del acto testamentario.

En lo que se refiere a la parte externa de dicho acto, los demandantes alegan que dos de los testigos que concurrieron al otorgamiento del testamento, los señores Aureliano e Isauro Chicué, tienen entre sí las relaciones de parentesco de padre e hijo, y en estas condiciones no podían ser testigos.

Otro de los testigos del testamento alegan los demandantes, Fructuoso Sapuy, ha sido doméstico o sirviente de la testadora, y por lo tanto no podía ser testigo.

En cuanto a la nulidad fundada en vicios internos del testamento, aduce la parte actora los artículos 1060, 1061, 1063, 1504, 1508, 1740 y 1741 del Código Civil, y en lo relacionado con la nulidad por vicios externos, los artículos 1068 (numerales 14 y 15) y 1070 del Código citado y el artículo 11 de la Ley 95 de 1890.

El Juez de primera instancia, el de Circuito de Pitalito, en sentencia de 7 de julio de 1937, declaró la nulidad impetrada, por el estado de demencia en que se encontraba la testadora en el momento de otorgar su testamento.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, ante quien apeló la parte vencida, revocó el fallo del inferior, en sentencia de 11 de septiembre de 1940, y en su lugar declaró que no fue acreditada la nulidad del acto testamentario a que se refiere el presente juicio, y en consecuencia absolvió a los demandados de los cargos de la demanda.

Interpuesto el recurso de casación por la parte desfavorecida y negado por el Tribunal, ésta recurrió de hecho ante la Corte, quien concedió el recurso, y en tal virtud y previas la formalidades del caso, llegó el expediente a esta Superioridad, la cual pasa hoy a decidir el asunto.

Sobre la base de que está establecido que Gumersinda Cano otorgó testamento, el cual está contenido en la escritura número 74 ya mencionada, que actuaron como testigos instrumentales cuatro personas a saber: Aureliano Chicué, Daniel Penagos, Fructuoso Sapuy e Isauro Chicué; que los demandantes como herederos abintestato de doña Gumersinda tienen personería para establecer la presente acción, y finalmente que ésta se halla dirigida contra el heredero instituído Benigno Cano Arriguí y contra el albacea Samuel Agustín Tobar, el fallador de Neiva estudió los tres extremos planteados en la demanda, y llegó a estas conclusiones:

Nulidad del acto testamentario por incapacidad de la testadora.

El Tribunal basa su negativa respecto de este extremo fundado en el artículo 1061 del Código Civil, en el numeral 3.°, y sostiene que no estando demostrado que la testadora no tuviera el uso libre de sus facultades mentales cuando otorgó su testamento, éste no puede declararse nulo. El fallador de Neiva consideró y tuvo en cuenta varias declaraciones, de las que se viene en conocimiento de que la testadora días antes de otorgar su memoria testamentaria daba claras manifestaciones de no ser una mujer sana de espíritu, pero consideró que no habiendo sido puesta la

señora Cano bajo interdicción judicial, por demencia, debía presumirse que no se hallaba en ese estado y que para llegar a una conclusión contraria habría sido necesario aducir la doble prueba a que se refieren los tratadistas en esta materia, y a que ha hecho referencia la Corte en un fallo, dirigida por una parte a demostrar si el desarrollo de sus facultades psíquicas impidió por su gravedad que hubiera un consentimiento susceptible de ser tomado en cuenta como factor del acto jurídico atacado, y, por la otra, que esa perturbación patológica de la actividad psíquica de la testadora fuera concomitante con el otorgamiento de su testamento.

La conclusión del Tribunal sobre el extremo de que no se demostró que la testadora estuviera en incapacidad de testar por estar inhibida en sus facultades mentales, reposa en varias pruebas que más adelante habrán de considerarse.

Nulidad del acto por ser uno de los testigos Fructuoso Sapuy, doméstico o sirviente de la testadora.

Sobre la base de la inhabilidad a que se refiere el numeral 14 del artículo 1068 del Código Civil, el fallador de Neiva estima que tal inhabilidad no debe hacerse extensiva a casos en que no sea enteramente manifiesta la relación de dependencia entre amo y doméstico, siguiendo en esto al comentador Vélez, e invocando la doctrina de la Corte expuesta en las sentencias de 13 de febrero de 1930 y 31 de agosto de 1893.

Sentado lo anterior, el Tribunal concluye que el testigo Sapuy no tenía esa relación absoluta de dependencia respecto de la testadora, ya que de las pruebas presentadas al respecto se desprende que tiene una posición económica modesta, pero independiente.

Nulidad del acto testamentario por tener dos de los testigos, Aureliano e Isauro Chicué, *las relaciones de parentesco de padre a hijo.*

El Tribunal acepta ese postulado, de que está demostrado en los autos y acata el precepto del artículo 1068 en su numeral 12. Pero no declara nulidad por ese aspecto, expresándose así: «Mas ocurre una circunstancia, que no deja de ser curiosa, que desvirtúa o deja sin eficacia la prueba de la dicha causal, y es la que sigue: El testamento no fue solamente autorizado por tres testigos como lo exige el artículo 1070 del Código Civil, para el caso, sino en forma que por el hecho de su abundamiento no daña, lo cual fue por cuatro, a saber: Aureliano Chicué, Daniel Penagos, Fructuoso Sapuy e Isauro Chicué; ello aparte de quien firma a nombre de la testadora, por impedimento físico de la misma. En circunstancias tales, queda en el vacío la tacha opuesta, porque siendo legalmente bastantes tres testigos, ninguna razón hay para no descartar a uno cualquiera de los dos testigos de apellido Chicué, a quienes se refiere la objeción.....»

Fundado en la primera causal del artículo 520 del Código Judicial, el recurrente hace varios cargos a la sentencia, los cuales pasan a estudiarse en el mismo orden en que fueron propuestos.

Es el primero el de violación de los artículos 1061, 553, 1504, 1740, 1741 del Código Civil y 2.° de la Ley 50 de 1936.

La argumentación al respecto es la siguiente:

«Como he dicho ya —así se expresa el recurrente—, la doctrina transcrita me confirma en la tesis de que el artículo 1061, numeral 3.°, se refiere a causas de nulidad adicionales a la demencia en los testamentos; que esa disposición vino a establecer la posibilidad de llegar a la anulación de testamentos, aun por causa distinta de la demencia, como la ebriedad y en general por cualquier perturbación transitoria del juicio; y si eso es así, hay que admitir que el artículo 553 no contempla esas perturbaciones mentales transitorias. Así que cuando en un proceso se alega una causa de perturbación habitual y permanente, como en el caso de autos, la disposición aplicable a la controversia es el artículo 553 y el 1061, numeral 3.° del Código Civil».

La Corte considera:

El hecho básico de la demanda, en que la parte actora apoya su petición sobre nulidad del testamento por incapacidad mental de la testadora, está expresado así:

«*d*) La señora Gumersinda Cano no podía testar libremente por encontrarse en estado de completa inconsciencia o demente en la época y momento de otorgar su testamento y desde días y meses atrás».

Es del caso observar que el actor no enfocó ni respaldó su derecho en el artículo 553 del Código Civil, el cual no cita siquiera, sino que se refirió a otras normas como la contenida en el artículo 1061, numeral 3.°

No obstante esto, se estudiará por todos sus aspectos la acusación formulada sobre el particular y que ya quedó transcrita en lo pertinente.

El inciso 2.° del artículo 553 de la obra citada establece la presunción de validez respecto de todos los actos o contratos celebrados por una persona, a menos de probarse que el que los ejecutó o celebró estaba entonces demente. El adverbio *entonces* ha sido tomado por la jurisprudencia y la doctrina, en el artículo que acaba de

citarse, en su primitiva significación, en su primera acepción que significa «en aquel tiempo u ocasión», que es también la más recta acepción de su correspondiente latino *tunc*. No expresa, por lo tanto, tal vocablo, indispensablemente el acto coetáneo a la ejecución de un hecho, sino que abarca un período más amplio. Ciertas enfermedades mentales, como la demencia, no se producen, según los expositores de psiquiatría y de medicina legal, de una manera repentina, sino que constituyen una progresión ascendente, que lleva desde ligeras e insignificantes perturbaciones hasta la obnubilación completa del entendimiento. Por eso, en cierta clase de demencias progresivas, se ha llegado a establecer por la ciencia que, además de no admitir intervalos lúcidos, la enfermedad avanza más cada día; y la doctrina y la jurisprudencia, basadas en ese postulado, y cuando se demuestra técnica y científicamente que una persona estaba demente cierto día, anula o invalida los actos de ella posteriores a ese estado mental anterior.

Existen otros actos anulables por incapacidad mental de quien los ejecuta, no ya porque adolezca de demencia sino porque sea víctima de una perturbación en sus facultades, transitoria, y que generalmente no deja huella al desaparecer el efecto, como la ebriedad en el caso contemplado por el artículo 1061 citado, en su numeral 3.º

No deben, por lo tanto, y en eso está en lo cierto el recurrente, confundirse las acciones de nulidad emanadas de los artículos 553 y 1061, inciso 3.º, que contemplan situaciones distintas aunque la solución sea la misma en uno y otro caso, cuando se prueba la falta de sano juicio en quien ejecutó el acto acusado.

Es cierto que el Tribunal, ateniéndose estrictamente a lo pedido en la demanda, a sus fundamentos de hecho y de derecho, enfocó principalmente el problema sobre el numeral 3.º del artículo 1061 ya citado, pero también lo es que tuvo en cuenta la situación que contempla el artículo 553, aun cuando expresamente no lo citó en el fallo.

En efecto, después de apoyarse y transcribir la parte sustancial de la sentencia de esta Corte dictada el 4 de abril de 1936 (*Gaceta Judicial* números 1911 y 1912), donde se trató con toda amplitud el problema de la demencia anterior y posterior, al acto acusado, ejecutado por el que no estaba en interdicción, el fallador de Neiva se expresa así: «Con fundamento en la doctrina anterior, muy interesante y muy puesta en razón, vale repetir, para el caso de estudio, que siendo así que a la señora Cano no se le había colocado en interdicción por la causal de la demencia alegada, o con ocasión de su falta de sano juicio, no era bastante para lo que por la demanda se persigue, dar por admitida la existencia en ella de una posible psicosis, o de una enfermedad mental cualquiera, conforme a las informaciones suministradas por la prueba de que ya se ha hecho mérito, sino que se hacía de necesidad aducir la doble prueba de que habla la Corte, dirigida por una parte a demostrar si ese desarreglo de sus facultades psíquicas impidió, por su gravedad, que hubiera un consentimiento susceptible de ser tomado en cuenta como factor determinante del acto jurídico, y de otra parte que esa perturbación patológica de la actividad psíquica de la testadora, fue concomitante al otorgamiento de su testamento».

El Tribunal llegó a esta conclusión, después del examen del haz probatorio, respecto del estado mental de la testadora, que se refiere casi exclusivamente a ese estado, antes de otorgar su testamento.

Luego, se repite, que aun cuando el fallador no citó expresamente el artículo 553 del Código Civil, sí estudió el asunto por el aspecto que contempla esa norma en su inciso 2.º, y si no llegó a la afirmativa fue debido, no a que no hubiera considerado el problema en la forma dicha, sino a la falta de prueba que apoyara la conclusión del estado de demencia de Gumersinda Cano.

Si erró o nó el Tribunal en la apreciación de la prueba es cosa que se verá en el capítulo siguiente; pero esto es independiente de la acusación a que se refiere el capítulo que se estudia, de carácter estrictamente doctrinario, acusación que no triunfa por lo que acaba de exponerse, aun cuando, como expresó arriba la Corte, está de acuerdo con el recurrente en que las normas de los artículos 553 y 1061 contemplan situaciones diferentes.

El segundo cargo lo funda el recurrente en error de derecho en la apreciación de las pruebas, en que, a su juicio, incurrió el Tribunal, error que lo llevó a violar los artículos 66, 553, 1757 del Código Civil y el 661 del Judicial.

El argumento del recurrente es, en síntesis, el que sigue: Las pruebas del proceso demuestran la demencia de la otorgante, acreditan que ella para el tiempo del otorgamiento sufría demencia senil de naturaleza permanente y progresiva. «De suerte, dice, que en todo caso en que, como en el de autos, se trate de una perturbación mental permanente, o de una demencia senil, su existencia basta probarse para el tiempo del acto, para el entonces del otorgamiento, que de ahí se sigue la presunción, según los términos del inciso 2.º del artículo 553, que esa psicosis existía en el momento del acto».

El recurrente asevera que el Tribunal no apreció debidamente las pruebas que se adujeron para

demostrar la demencia de la testadora, y que consiste en las declaraciones de María Ortiz, Eduardo Calderón, Gratiniano Robles, Daniel Penagos y el testamento o instrumento público, en cuyo encabezamiento se lee la edad que dijo tener la señora Cano, y en cuyo texto hay la constancia dejada por el Notario sobre el examen médico de que adelante se hablará en este fallo.

La Corte considera: La perturbación mental permanente, la demencia senil son enfermedades, como muchas otras que no pueden establecerse o diagnosticarse ciertamente sino por medio de la ciencia. Es el dictamen pericial médico, en cada caso, el que puede llevar al juzgador a una conclusión fundada, y el que permite, cuando es unánime, darle el carácter de plena prueba como enseña el artículo 722 del Código Judicial. Es difícil en realidad, y hasta muy grave, que el juzgador en virtud de apreciaciones testimoniales, de personas no expertas en la ciencia médica, pueda concluír que una persona adolezca de una enfermedad. Como el juzgador no es experto tampoco en esas materias, de ahí que deba asesorarse y atenerse generalmente a lo que los peritos, en cada materia, dictaminen en virtud de su arte, profesión u oficio. Si le bastaran únicamente las declaraciones que se adujeran a los autos, de personas inexpertas, no sólo fallaría el Juez como técnico en asuntos que desconoce, sino haría innecesario el dictamen pericial, conclusión inadmisible. Pueden, es cierto, los expertos médicos, cuando no han conocido o recetado o atendido al paciente, basar su dictamen sobre la enfermedad de éste, en declaraciones de los que conocieron o trataron al enfermo; pero, como es obvio, los elementos de hecho o de apreciación los coordinan los médicos con los principios científicos que poseen, que conocen, y entonces en virtud de esos dos factores deducen las conclusiones en cada caso, lo que no puede hacer el juzgador por lo que no es experto en esas materias.

En el caso de autos hubo un dictamen pericial, en que los médicos para dictaminar se fundaron en las pruebas que aparecen en los autos, precisamente en las citadas por el recurrente como mal apreciadas. Dichos médicos dijeron: «Teniendo en cuenta lo manifestado por los declarantes, que la conocieron y trataron algún tiempo y por la avanzada edad, conceptuamos que es muy posible que la señora Gumersinda Cano no gozaba en forma normal y completa de sus facultades mentales, memoria, atención, asociación de ideas e incoherencia de sus actos y de sus palabras». El perito doctor Fernández agrega que «es imposible fijar la edad inicial de la decrepitud, porque en cada individuo influyen causas, como las infecciones, intoxicaciones crónicas que hacen precoz este estado de debilitamiento o declinación de las facultades mentales, pero es poco más o menos de sesenta años en adelante». El perito doctor Gómez Díaz manifestó además que en el año de 1931 como amigo visitó a la señora Cano, y pudo darse cuenta por eso de que su estado mental no era satisfactorio.

Mas, no obstante todo lo anterior, los expertos no dictaminaron que Gumersinda Cano estuviera privada de sus facultades mentales, sino que se limitaron a decir que es posible que no gozara en forma normal y completa de ellas.

Ante una conclusión como ésta, no puede el juzgador declarar una incapacidad como la impetrada, porque equivaldría a suplantar a los expertos en materias a que el fallador es ajeno. Una resolución judicial sobre un extremo de esa naturaleza, en el sentido pedido en la demanda, no sería jurídica ni legal.

Esto lo tuvo muy en cuenta el Tribunal, quien analizó el concepto y observó que ese análisis era más bien por vía de estudio, porque de tal dictamen no se dio traslado a las partes, como lo ordena la ley. Esa prueba quedó imperfecta y por ende no tiene operancia.

Por este aspecto no puede verse ningún error del Tribunal en la apreciación de las pruebas.

No obstante que el fallador reproduce parte de la doctrina sentada por la Corte en su sentencia de 1.º de diciembre de 1938 (*Gaceta Judicial* número 1943, tomo XLVII), esta corporación cree pertinente destacar además, de aquélla, los siguientes apartes: «El momento en que jurídicamente interesa y es necesario establecer la existencia de la enfermedad mental, cobijada por la denominación sin técnica psiquiátrica de *demencia* que emplea el Código, es el de la celebración del contrato, porque es ahí donde se presta el consentimiento en la forma plena y eficaz que requiere la ley, con conciencia de la naturaleza del acto y de la extensión de sus efectos y obligaciones, sin ninguna confusión de espíritu que merme la potencialidad mental y volitiva en la medida que garantiza el adecuado ejercicio de las actividades civiles. Pero esta necesidad de concomitancia de la perturbación psíquica con la celebración del contrato es cosa distinta de su posibilidad probatoria, que no debe entenderse reducida por ella al extremo de considerar indispensable la demostración del estado mental de incapacidad en el preciso instante de contratar, mediante la producción de una prueba directa —testigos o peritos— que hayan presenciado el contrato y afirmen el estado de incapacidad en ese momento. Sería absurdo estrechar y casi imposibilitar en esta forma la demostración de la verdad judicial, único objeto racional del derecho probatorio.....

No son generalmente las luces propias de la jurisprudencia bastantes para guiar el criterio del Juez por los dilatados dominios de la psiquiatría, en los que a pesar de su densa población de sabios domina casi completamente el misterio. El tema que se plantea, pues, en estas condiciones, no puede ser sobre problemas de psicopatología, sino sobre un punto preciso de derecho probatorio. Resultan por tanto improcedentes como ataques en casación a la estimación probatoria las extensas y sagaces exposiciones hechas por los recurrentes con el propósito de destruír la fe de la prueba pericial con fundamento en la falta de exactitud científica de la psiquiatría y tratando de demostrar su equivocación con cita de autores y copia de textos. Alegaciones de esta especie, posiblemente contradictorias y sin nexos con la realidad del caso, son expuestas a crear un ambiente de especulación y fantasía que confunde y dificulta la demostración de la verdad judicial al dar una injustificada prevalencia a las inspiraciones e intuiciones sobre materias que el Juez desconoce e ignora, con menosprecio de los elementos de verdad y factores de certidumbre suministrados por la ciencia y la práctica de personas expertas y entendidas que estudiaron el caso concreto de los autos. Con mayor relieve en casación, adonde no llega sino la mera teoría, porque en las instancias sí es posible hacer la crítica del experto con el control que ofrece la vinculación directa y el examen médico del sujeto. Claro que en las conclusiones de la ciencia psiquiátrica tienen más aceptabilidad y fuerza las adoptadas por los peritos médicos a base de exámenes del enfermo que las tomadas directamente de los anaqueles de la librería por la mano del abogado».

Ahora, considerando la acusación desde otro punto de vista, es decir, en cuanto el cargo preciso que hace el recurrente, o sea el de que el fallador no tuvo en cuenta o no apreció debidamente las declaraciones de los testigos que cita en su cargo y que ya también quedaron citados en esta sentencia, la Corte encuentra lo siguiente: Si los expertos médicos, que tuvieron en cuenta y consideraron las declaraciones que el recurrente estima mal apreciadas por el Juez, no pudieron llegar a la conclusión de la incapacidad mental de la señora Cano para testar, es obvio y claro que menos el fallador, quien si las consideró, podía llegar a esa conclusión. Por este aspecto se deduce que no pudo el sentenciador incurrir en una mala apreciación de esas pruebas.

Por otro aspecto resulta esto: El Tribunal se refirió a las declaraciones de María Ortiz, Eduardo Calderón y Gratiniano Robles, las analizó, las insertó en el cuerpo de la sentencia y no les dio la prevalencia a que aspiraba el recurrente, por dos razones: porque esos testimonios se refieren a una época anterior al otorgamiento del testamento, no al momento en que éste se otorgó, y porque las confrontó con otras pruebas que establecen que la testadora estaba en sano juicio al momento de testar. En efecto: se refirió a la declaración del Notario, quien manifiesta que habiéndole dicho algunas personas que la testadora se hallaba enferma de la cabeza, acudió a su lecho de enferma significándole que si era verdad que se hallaba incapacitada para testar, a lo cual le respondió que no tenía necesidad de ningún reconocimieno médico, que ella era dueña de sus bienes y que ejecutara pronto el trabajo. Que con todo esto, Benigno Cano llamó al médico para que la examinara y desvaneciera dudas, pero que el médico no pudo ir; que por la noche, viendo que el médico no llegó, se dirigió nuevamente a la testadora para que aguardara la llegada de aquél, a lo cual le dijo ésta que su testamento era en los mismos términos ahora y después que el médico practicara el examen; que se afirmó en lo dicho en presencia de los testigos instrumentales y además delante de los señores José María Hernández y Antonio Cano Penagos.

Daniel Penagos, testigo presencial, declara que el acto del otorgamiento del testamento se verificó en sosiego y tranquilidad, y que observó que la testadora sabía de qué se trataba a pesar de hallarse reducida al lecho.

El fallador concluyó entonces que no estaba demostrado plenamente que la testadora no estuviera en su sano juicio cuando otorgó el testamento, y como por otra parte no pudo deducir que adoleciera de una demencia senil, por cuanto los dictámenes de los peritos no dan asidero para ello, concluyó con la negativa de la primera petición de la demanda, conclusión ésta que, a juicio de la Corte, no entraña un error manifiesto de hecho ni de derecho, por todo lo expuesto anteriormente.

Por lo tanto no puede prosperar el cargo que se estudia.

Al rechazar este segundo cargo queda también rechazado el tercero, por cuanto es el mismo que el segundo presentado en otra forma, observando que de la avanzada edad de una persona no puede deducirse que su testamento quede viciado por falta de capacidad, y que el hecho de que el Notario no hubiera esperado la llegada del médico, tampoco dice nada contra esa capacidad, máxime si se tiene en cuenta la relación pormenorizada que al efecto hizo el Notario al declarar dentro de este juicio.

No se ve, por otra parte, cuál sea el error de hecho en la apreciación del testamento en lo que se refiere a la constancia notarial sobre el estado

mental de la testadora como, tampoco, el error de derecho al respecto.

El cuarto cargo, llamado segundo motivo por el recurrente, lo funda éste en que el Tribunal no aceptó la tacha de nulidad del testamento, consistente en la inhabilidad de los testigos que lo autorizaron, y dice que por esto el fallador interpretó erróneamente los artículos 1068, numeral 15, y 1069 del Código Civil, y violó directamente los artículos 1504, 1740, 1741 del Código Civil y 2.° de la Ley 53 de 1936.

El cargo está descompuesto en dos extremos por el recurrente. El primero se refiere a la inhabilidad que existía respecto de Aureliano e Isauro Chicué por ser entre sí padre e hijo, y este primer extremo de la acusación pasa a estudiarlo la Corte.

Está demostrado que los expresados Chicué, testigos instrumentales, son entre sí padre e hijo respectivamente, consideración que tuvo en cuenta el Tribunal, pero que en su concepto es una circunstancia que desvirtúa o deja sin eficacia la prohibición a que se refiere el numeral 15 del artículo 1068 del Código Civil, por cuanto el testamento no fue solamente autorizado por tres testigos, como lo exige el artículo 1070 de dicha obra, sino por cuatro, a saber: Aureliano Chicué, Daniel Penagos, Fructuoso Sapuy e Isauro Chicué. Por lo que dice el fallador: «En circunstancias tales queda en el vacío la tacha opuesta, porque siendo legalmente bastantes tres testigos, ninguna razón hay para no descartar a uno cualquiera de los dos testigos de apellido Chicué, a quienes se refiere la objeción....»

La Corte considera: Las prohibiciones a que se refiere el artículo 1068 van encaminadas a asegurar la independencia y libertad del testador y a establecer, cuando fuere el caso, la veracidad y hasta el sentido de sus declaraciones. Se comprende que dos testigos instrumentales, padre e hijo, pueden estar interesados, para no contradecirse, en mantener unos mismos puntos de vista, cuando se les llame a declarar el modo y forma como el testador consignó su última voluntad, y esa es una de las razones de la prohibición a que se refiere el numeral 15 del artículo citado. Pero cuando ese interés desaparece, por cuanto se prescinde o puede prescindirse de uno de esos dos testimonios, sin que se afecte el acto externo del testamento por quedar tres testigos, no hay razón suficiente para anular un acto testamentario. En materia de nulidades, y especialmente en las referentes a los testamentos, el criterio debe ser siempre restricto y jamás de ampliación, por lo grave que es dejar, sin fundamentos muy sólidos y sin razones muy evidentes, ineficaz o inoperante la última voluntad del testador. Y no puede sostenerse, porque sería adoptar el criterio de ampliación de que se ha hecho mérito, que aunque se prescinda de un testigo ligado con otro por el vínculo de parentesco a que se refiere la ley, también queda éste inhabilitado para el caso, por cuanto sería, como acaba de expresarse, extender infundadamente esa norma, aplicándola cuando ha desaparecido la razón de la inhabilidad que ella considera.

Por lo tanto el cargo no puede prosperar.

El segundo extremo en que se funda la acusación consiste en lo siguiente: Se tachó de inhábil al testigo Fructuoso Sapuy por ser doméstico o sirviente de la testadora.

El Tribunal no admitió esa tacha, y el recurrente señala como violados por esa causa, entre otros, el numeral 14 del artículo 1068 del Código Civil.

La Corte considera: El Tribunal estudió las pruebas que al respecto se adujeron y concluyó «que Sapuy no era un criado o doméstico de la testadora en el sentido que la ley toma tales expresiones, o sea el de una manifiesta y exclusiva relación de dependencia entre amo y doméstico, sino un individuo que disfrutaba de independencia y de relativa holgura económica, pero que por razones de vieja amistad, de algunas relaciones de negocios y de vecindad, tenía ocasión y voluntad de servir a doña Gumersinda y a su hijo, quienes le servían a su vez; tanto los unos como los otros nos prestábamos servicios mutuamente, dice Sapuy, constituyéndome así en familiar de la casa de aquéllos y por lo mismo el individuo de más confianza para el respeto y cuidado de sus intereses. El hecho de que Sapuy trabajara por muchísimos años en tierras de aquéllos, cultivándolas, sea por la razón que fuere, no implica precisamente esa dependencia exclusiva de criado a amo. Pero tal circunstancia, unida a lá de ser Sapuy dueño de una casita vecina a la de los Canos, sí sirve en cambio para explicar el motivo de su mutua amistad, e indicar también que Sapuy disfrutaba de alguna independencia económica».

Se apoya además el Tribunal al fijar la interpretación del numeral 14 del artículo 1068, en la opinión del comentador Vélez, quien sostiene que tal norma no debe hacerse extensiva a casos en que no sea enteramente manifiesta la relación de dependencia entre amo y doméstico, pues para que esa relación sea evidente, es preciso que haya cambio de servicios personales de que se valga y aproveche el amo, por los alimentos y por cierto salario que obtenga el criado. Además cita una sentencia de la Corte que acoge el mismo criterio del comentador citado, respecto de las inhabilidades para ser testigos en todo acto.

La Corte considera: Para que la acusación pudiera prosperar, hubiera sido necesario como

cuestión previa, demostrar que el Tribunal incidió en error de hecho o de derecho en la apreciación de las pruebas; pero aparte que no se ve cuál hubiera podido ser ese error, resulta que el fallador formó su convicción al respecto, como consecuencia del estudio, análisis y coordinación de las pruebas que se adujeron sin dejar de apreciar ninguna de ellas, sin omitir ninguna y sin dar alcance probatorio, distinto del legal, a ninguno de tales factores.

Se desprende de los autos que el testigo Sapuy entró como sirviente o concertado al servicio de la familia Cano, y el mismo testigo así lo afirma; pero también se concluye que con el transcurso del tiempo, y vinculado aún a esa familia, obtuvo una posición económica, que lo desplazó de su carácter de doméstico, de individuo que sólo vive del salario de los amos, como remuneración de su trabajo, para trocarla por otra de trabajador independiente aunque servidor de tal familia, cosa muy común y muy corriente en el medio colombiano, donde antiguos sirvientes mejoran de posición económica, no viven ya del salario de los amos o patrones, pero conservan hacia éstos gratitud y respeto, y vienen a ser, como lo dicen las pruebas del proceso, familiares de los que en principio fueron sus amos.

No es cualquier dependencia la que inhibe para ser testigo de un testamento, porque de ser así las cosas, y dada la complejidad de las relaciones económicas actuales, el sistema o hecho de interdependencia que se destaca en ese orden, la inhibición de que se ha hecho mérito, y que es una excepción, vendría a trocarse en una regla con grave perjuicio general.

La inhabilidad, por lo tanto, a que se refiere tal norma no puede ser otra sino la que provenga de una completa dependencia económica y hasta personal, que se traduzca en un obedecimiento completo, por esa razón, a las órdenes del amo. Ya desde el año de 1893, en sentencia de 31 de agosto, la Corte había sentado una doctrina que en sus lineamientos generales y en su base es la misma que acaba de exponerse.

El cargo por lo tanto no puede prosperar.

Finalmente el recurrente sostiene que «incidentalmente el Tribunal trata de echar mano del señor Aurelio Tobar Vargas, que firmó el testamento a ruego de la testadora, para tomarlo como testigo de este acto».

Repara la Corte: El fallador dijo lo siguiente:

«Mas ocurre una circunstancia, que no deja de ser curiosa.... el testamento no fue solamente autorizado por tres testigos, sino por cuatro, a saber: Aureliano Chicué, Daniel Penagos, Fructuoso Sapuy e Isauro Chicué; ello, aparte de quien firma a nombre de la testadora, por impedimento físico de la misma».

De modo pues que el Tribunal no consideró al señor Tobar Vargas como testigo instrumental, sino que hizo resaltar la circunstancia de que, fuéra de los testigos instrumentales requeridos por la ley, asistió otra persona, el señor Tobar Vargas, que firmó a ruego de la testadora. No hubo pues violación del artículo 1072 del Código Civil, ni se ve por otra parte cómo pudo ser violada tal norma por el concepto que expresa el recurrente.

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.

Sin costas por no haberse causado.

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.

Declaración de inadmisibilidad de un recurso de casación

Conforme al inciso final del artículo 519 del Código Judicial, «también pueden ser objeto del recurso las sentencias proferidas en el mismo grado de jurisdicción por los Tribunales en juicios ordinarios que versen sobre el estado civil», es decir, cuyo fin principal o único sea calificar y resolver dicha cuestión. En los juicios de petición de herencia y en varios otros puede ser necesario discutir, estudiar y calificar el estado civil de las personas, para poder fallar el asunto en el fondo, sin que ello quiera decir que tales juicios versen sobre ese punto determinado. Así lo ha resuelto la Corte en varios casos.

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

El Tribunal Superior de este Distrito Judicial, por sentencia del doce de mayo del presente año, confirmó en todas sus partes la dictada por el Juez 8.° Civil de este Circuito el diez de mayo de mil novecientos cuarenta, en los juicios acumulados promovidos así: uno sobre reivindicación de un lote de terreno, iniciado por Aurelio Vásquez y Victoria Torres de Vásquez contra José de Jesús Córdoba, María Vargas de Córdoba y Rafael Vargas Páez, y otro, sobre petición de herencia, seguido por éstos, a excepción de Vargas Páez, contra aquéllos, a fin de que se declare que Margarita Orozco, Eufrosina Orozco, Aquilino Orozco, Isabel Torres, María de Jesús Torres y Esteban Torres, como herederos de Rafaela Carvajal, y en representación los Orozcos de su madre Martina Torres de Orozco, y los Torres en representación de su padre José Tomás Torres, tienen igual derecho que Victoria Torres de Vásquez para suceder por derecho de representación de Rafaela Carvajal de Torres, al hermano de ésta, señor Miguel Carvajal Bolívar, por ser todos descendientes legítimos de Rafaela Carvajal.

Además, el señor José de Jesús Córdoba presentó, como condicional o subsidiaria, demanda de reconvención, para el caso de que prosperara la de reivindicación.

La parte resolutiva de la sentencia de primer grado, que fue confirmada por el Tribunal, dice:

«Primero. Decláranse no probadas las excepciones propuestas por los demandados en el juicio ordinario sobre petición de herencia.

«Segundo. Declárase que los señores Margarita Orozco, Eufrosina Orozco, Aquilino Orozco, Isabel Torres, María de Jesús Torres y Esteban Torres, como herederos universales de la señora Rafaela Carvajal de Torres, y en representación los Orozcos de su madre Martina Torres de Orozco, y los Torres en representación de su padre José Tomás Torres, hijos estos dos últimos (Martina y José Tomás) de la causante Rafaela Carvajal de Torres, tienen igual derecho que la demandada señora Victoria Torres de Vásquez para suceder por derecho de representación de Rafaela Carvajal de Torres al hermano de ésta, señor Miguel Carvajal Bolívar, pues todos, es decir, la demandada y las estirpes de Orozcos y Torres, son descendientes legítimos de aquélla.

«Tercero. En consecuencia de la declaración anterior, condénase a los demandados en el juicio sobre petición de herencia, señores Aurelio Vásquez y Victoria Torres de Vásquez, a restituir dentro de los diez días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, a los demandantes José de Jesús Córdoba y María Vargas de Córdoba, cesionarios en definitiva de los prenombrados Orozcos y Torres, las cuotas que en la sucesión de Miguel Carvajal Bolívar corresponden a los nombrados Córdoba y Vargas de Córdoba como cesionarios de los herederos Margarita, Eufrosina, y Aquilino Orozcos, Isabel, María de Jesús y Esteban Torres.

«Cuarto. Niéganse todas las otras declaraciones pedidas en la demanda sobre petición de herencia.

«Quinto. Declárase probada en el juicio reivindicatorio la excepción de carencia de acción en los demandantes.

«Sexto. En consecuencia de lo expresado en la declaración inmediatamente anterior, se absuelve a los señores Rafael Vargas P., María Vargas de Córdoba y José de Jesús Córdoba, y a los denunciados Eugenio Sánchez Prieto y Mercedes Penagos, de los cargos que les fueron formulados en la demanda reivindicatoria incoada por Victoria Torres y Aurelio Vásquez.

«Séptimo. No hay lugar a hacer las declaraciones pedidas en la demanda de reconvención; y

«Octavo. No se hace especial condenación en costas».

Contra el fallo del Tribunal interpuso recurso de casación el señor apoderado de los demandantes en el juicio de reivindicación, y en el memorial respectivo dijo:

«La cuantía excede de $ 3.000, como podéis observarlo a folios 10 v. del cuaderno número 2 (cuantía dada a la contrademanda)».

Los demandados se opusieron a que se concediera el recurso de casación y fundaron su oposición así:

«Es cierto que la demanda entablada por los señores Torres y Vásquez fue estimada en una suma mayor de mil pesos ($ 1.000), y la de los demandados fue estimada en más de tres mil pesos ($ 3.000).

«Precisamente en la estimación que se hizo por la parte demandada se funda el apoderado dicho para interponer el recurso de casación, pero resulta lo siguiente:

«En primer lugar, como lo dice de modo claro el fallo del honorable Tribunal, la demanda de *reconvención* fue presentada *como subsidiaria*, es decir, para el caso de que prosperara la de *reivindicación*, y como ésta no prosperó, no llegó el caso de pronunciar fallo sobre ésa, lo que fundamenta el honorable Tribunal así: "Hay que advertir que los demandados en reivindicación, a su tiempo, propusieron demanda de *reconvención*, pero a este respecto nada más cabe agregar a lo expuesto por el Juzgado en la sentencia, o sea que como las peticiones de la contrademanda fueron formuladas para el caso de que prosperara la acción reivindicatoria, y esa acción no puede prosperar, no hay lugar a hacer las declaraciones a que se refieren las citadas peticiones".

«De modo que no fue el caso de resolver esa demanda de *reconvención*, y como el recurrente se funda en ella para interponer el recurso, síguese de aquí que no es el caso de concederlo, porque desapareció del debate la materia sobre la cual se pretende basar el recurso, lo que a nuestro entender no puede ser rebatido.

«Fuera de esto debe también tenerse en cuenta que la parte que interpone el recurso *no tiene interés alguno en la demanda de reconvención*, porque esa demanda va contra ella, toda vez que tiende, o tendía, a que se hicieran declaraciones que al haber llegado el caso de hacerlas, les habrían perjudicado en sus intereses».

Agregan los opositores que la demanda sobre petición de herencia no se puede considerar que verse también sobre el estado civil de las personas, porque precisamente en ella se partió de la existencia del estado civil de quienes recogieron por herencia los bienes de que se trata, y que, por lo tanto, su calidad de herederos en el grado en que aparecen no fue, ni podía ser, materia de discusión en el juicio.

El Tribunal, por auto del tres de julio del año en curso, dijo:

«La demanda sobre petición de herencia entraña necesariamente lo concerniente al estado civil de las personas, comoquiera que mediante la comprobación de ese estado civil puede prosperar aquélla, como ocurrió en el caso de autos».

De modo que por ese aspecto es susceptible de casación la sentencia de segundo grado pronunciada en este juicio, y fundado en eso concedió el recurso, agregando que «en esta forma quedan resueltos los dos memoriales precedentes».

Como se ve, el Tribunal no tuvo en cuenta la cuantía de la acción para conceder el recurso, ni estimó del caso dar aplicación a lo ordenado en el artículo 524 del Código Judicial, porque consideró que en este juicio se discute una cuestión relativa al estado civil de las personas, y sólo apoyado en ese aspecto concedió el recurso.

Conforme al inciso final del artículo 519 del Código Judicial, «también pueden ser objeto del recurso las sentencias proferidas en el mismo grado de jurisdicción por los Tribunales en juicios ordinarios que versen sobre el estado civil», es decir, cuyo fin principal o único sea calificar y resolver dicha cuestión.

En los juicios de petición de herencia y en varios otros puede ser necesario discutir, estudiar y calificar el estado civil de las personas, para poder fallar el asunto en el fondo, sin que ello quiera decir que tales juicios versen sobre ese punto determinado. Así lo tiene resuelto la Corte en varios casos, entre los cuales caben citarse los siguientes:

«No puede decirse que un negocio versa sobre el estado civil de las personas (para el efecto de la casación) por el hecho de que sea preciso, para fundar la acción que se inicia sobre intereses particulares, establecer las relaciones de filiación o el estado civil de varias personas». (*Jurisprudencia de la Corte*, tomo I, número 1510).

«No todo juicio en que ha habido necesidad de establecer o fijar las relaciones de familia versa, por este mero hecho, sobre el estado civil de las personas. De otra suerte, la mayor parte de los pleitos sobre intereses versaría sobre hechos relativos al estado civil, ya que las relaciones de familia son una de las causas más comunes de los derechos sobre bienes». (*Jurisprudencia de la Corte*, tomo II, número 910).

De manera, pues, que el juicio de que se trata no versa sobre el estado civil de las personas, sino sobre los efectos patrimoniales de ese estado, y no puede, por tal aspecto, ser susceptible de casación. De consiguiente, el recurso estuvo mal concedido y no debe ser admitido por la Corte.

Con apoyo en las consideraciones que anteceden, se declara que no es admisible el recurso de casación que se ha venido estudiando.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente.

JOSÉ MIGUEL ARANGO, ISAÍAS CEPEDA, LIBORIO ESCALLÓN, RICARDO HINESTROSA DAZA, FULGENCIO LEQUERICA VÉLEZ, HERNÁN SALAMANCA. *Pedro León Rincón*, Secretario en propiedad.

—

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

El doctor Manuel Antonio Arciniegas J., en memorial presentado el nueve de los corrientes, pide reposición del auto dictado por esta Sala el seis de los mismos, por el cual se declaró que no es admisible el recurso de casación interpuesto en este juicio.

Sostiene el memorialista, de un lado, que por versar uno de los juicios acumulados sobre petición de herencia se discute el estado civil de las personas que tienen derecho a ella, y, de otro, que habiendo el Tribunal concedido el recurso de casación y aceptado la contraparte el auto respectivo, no puede ya la Corte decidir que el recurso no es admisible.

Para resolver se considera:

En el auto cuya reposición se solicita expresó la Sala, con razones poderosas y claras, y fundándose, además, en la jurisprudencia de la Corte, que los juicios sobre petición de herencia no versan propiamente sobre el estado civil de las personas, sino sobre los efectos patrimoniales de ese estado, por más que en ellos haya necesidad de estudiar las relaciones de parentesco que existan entre los diversos interesados para fijar los derechos de cada cual; puede agregarse que sólo versan sobre el estado civil de las personas aquellos juicios que tienen por objeto o único fin discutir y resolver respecto de ese estado civil, sin consideración a los efectos patrimoniales de él, como los llamados de impugnación de la paternidad o de la maternidad, los de filiación natural, etc., y no habiendo el peticionario desvirtuado las razones expuestas por la Sala en el referido auto, éste debe sostenerse, porque en concepto de aquélla se halla ajustado a la ley.

El segundo argumento aducido por el doctor Arciniegas se desvanece con sólo leer el artículo 529 del Código Judicial, que le da a la Corte la atribución de resolver si el recurso es admisible o nó, aunque el auto por el cual lo concedió el Tribunal se halle en firme, con la sola excepción de que ella no puede declarar inadmisible el recurso por razón de la cuantía de la demanda, cosa que no ha sucedido aquí.

En consecuencia, se deniega la reposición solicitada.

Cópiese y notifíquese.

JOSÉ MIGUEL ARANGO, ISAÍAS CEPEDA, LIBORIO ESCALLÓN, RICARDO HINESTROSA DAZA, FULGENCIO LEQUERICA VÉLEZ, HERNÁN SALAMANCA. *Pedro León Rincón*, Secretario en propiedad.

Acción por perjuicios morales.—Incongruencia.—Acumulación de acciones diversas como son la de indemnización de daños contractuales y la de perjuicios morales

1. Esta Corte ha repetido tesoneramente la doctrina de que la sentencia absolutoria resuelve todas las peticiones de la demanda y guarda consonancia con ellas, y que, por lo tanto, es improcedente hacer valer contra un fallo absolutorio la causal consistente en no estar la sentencia en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes —2. Es jurisprudencia de la Corte que no se pueden acumular o instaurar a un mismo tiempo la acción por indemnización de daños contractuales y la indemnización por perjuicios morales.

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

(Magistrado ponente, doctor José Miguel Arango).

ANTECEDENTES

Los señores Salomón, Alberto y Teófilo Gattas fundaron en Cali, en el año de 1926, una sociedad comercial que giró bajo la razón social de «Salomón Gattas e Hijos». Los efectos mercantiles de esta sociedad fueron asegurados en 1929 en dos compañías, «The London & Privincial Marine & General Insurance Company Limited», y Colombiana de Seguros. Estando vigente el seguro, ocurrió un incendio en el almacén de los señores Gattas e Hijos. La Compañía asegurada demandó a las aseguradoras para que le pagaran «el valor de los perjuicios morales y materiales que le ocasionaron y ocasionaron a cada uno de sus miembros en su persona y crédito y reputación a virtud de los hechos y actividades determinados en los hechos de este libelo», perjuicios avaluados en la suma de sesenta mil pesos moneda colombiana.

El Juez del Circuito, en su proveído de fecha 17 de octubre de 1939 absolvió a los demandados de os cargos contra ellos formulados y condenó en costas a la parte demandante. Apelado este fallo por la Compañía demandante, el Tribunal Superior de Bogotá, en 21 de noviembre de 1941, lo confirmó en todas sus partes y no condenó en costas al apelante.

Contra esta decisión se interpuso el correspondiente recurso de casación, que fue admitido y hoy se decide, previos estos fundamentos:

Antes de entrar a estudiar los cargos concretos que el recurrente le formula a la sentencia del Tribunal, es de suma conveniencia recordar que la declaración que impetra del juzgador la Compañía demandante es el pago «del valor de los perjuicios morales y materiales que le ocasionaron y ocasionaron a cada uno de sus miembros en sus personas y créditos y reputación a virtud de los hechos y actividades determinados en libelo de demanda».

Los hechos en que se apoya esta petición se refieren exclusivamente a las actividades que los agentes de las Compañías demandadas ejercitaron para hacer reducir a la cárcel al señor Alberto Gattas como responsable directo del incendio que acaeció en Cali en el almacén de dicha Compañía, actividades que le causaron daño a la parte demandante en su crédito y correcta administración y en sus intereses. Esos hechos, dice el demandante, fueron ejecutados de común acuerdo entre las dos Compañías demandadas y constituyen de su parte un abuso del derecho; esos hechos, «por actos propios de personas que de cada una de las Compañías aseguradoras dependen causaron daños a los patrimonios de la parte demandante o de sus miembros y que las Compañías aseguradoras hubieran podido evitar esos hechos perjudiciales para los demandantes con mediana prudencia y rectitud».

El hecho octavo de la demanda, como bien lo anota el Tribunal, es el único en que incidentalmente se habla de la obligación contractual en que están los demandados de cumplir los compromisos que pactaron por medio de los contratos de seguro sobre incendio.

Los hechos 9.° y 10.° son más bien una norma

de derecho que un hecho físico realizado. Así dicen «quien infiriere injuria o daño a otra persona o propiedad está obligado a repararla, con mayor razón en la especie, originada de la obligación de una relación contractual preexistente. Esta es la causa de pedir la indicada suma de $ 60.000, a título de indemnización de daños y perjuicios causados a la parte demandante».

El sentenciador de Bogotá consideró que si la demanda se refiere a perjuicios contractuales, o sea, derivados del incumplimiento del contrato de seguros ajustado entre los Gattas y las Compañías demandadas, debe ventilarse y decidirse dentro del juicio correspondiente, lo que no ocurre en esta causa, donde apenas se menciona incidentalmente dicho incumplimiento como hecho fundamental de una acción más amplia sobre responsabilidad civil extracontractual, apoyada sustancialmente en bases diferentes al contrato de seguros.

Asentado lo anterior, se pasan a estudiar los cargos formulados por el recurrente, en su orden:

1.° Violación de los artículos 25 de la Ley 105 de 1927 y 4.° de la Ley 89 de 1928. Se hace consistir la violación en que las casas aseguradoras no pagaron el valor del siniestro, o sea la indemnización, ni reconocieron el interés legal, dentro de los casos estipulados por la ley, y que si en las respectivas pólizas no se hubiere fijado plazo dentro del cual las Compañías debían hacer el pago de la indemnización, en caso de siniestro, ha debido fijarlo el Juez de acuerdo con el artículo 1551 del Código Civil, 636, 663, 674, 708 y 711 del Código de Comercio y 13 de la Ley 27 de 1887.

2.° Error de hecho manifiesto en la interpretación de la demanda, puesto que el sentenciador conceptuó que se había establecido una acción extracontractual por daños ocasionados por las Compañías aseguradoras en los bienes de la sociedad asegurada y en las personas de sus socios, siendo así que la obligación que se demanda proviene de un contrato de seguros, sobre riesgo.

3.° Error de hecho manifiesto y también de derecho al apreciar varias pruebas, tales como la escritura número 167 de 25 de febrero de 1937, sobre liquidación de la sociedad, con quebrantamiento de las normas de los artículos 1757 y 1765 del Código Civil, 650 y 703 del Código de Comercio Terrestre, pruebas con las cuales se acredita la acción intentada y la obligación de pagar por parte de las Compañías la indemnización a causa del siniestro.

4.° y 5.° Se hacen consistir estos reparos en que la sentencia no está de acuerdo con las pretensiones oportunamente deducidas en la demanda y porque incurre en graves contradicciones, «ya que la parte resolutiva no está de acuerdo con la parte motiva de la misma sentencia, con violación de las pertinentes disposiciones de los artículos 481, 482 y 593 del Código Judicial».

6.° Por último, afirma el recurrente que el Tribunal se abstuvo evidentemente de fallar de fondo y lo declaró así, remitiendo a otro juicio a las partes, con lo cual violó el artículo 481 del Código Judicial.

Por razón de método se principiará el estudio de los cargos por el segundo.

De los hechos en que se basa la demanda y de la parte petitoria de la misma, no puede remitirse a duda que la Casa demandante estableció una acción para que se le indemnizara el daño causado por otra persona, quizás fundada en las disposiciones de los artículos 2341 y 2356 del Código Civil, es decir, estableció una acción por perjuicios morales. Esta interpretación del sentenciador está acorde con los hechos en que apoyó la demanda, y ellos, como se ha visto, no dan asidero para interpretarla en un sentido distinto de lo que reza el tenor literal en que están concebidos y redactados sus fundamentos. Por tanto considera esta Superioridad que el fallador interpretó correctamente la demanda y que por ello no puede prosperar el segundo motivo alegado por el recurrente.

Si la demanda se estableció para reclamar perjuicios morales, y ya se ha decidido que en esa interpretación no erró el Tribunal de Bogotá, la acusación por violación de los artículos 25 de la Ley 105 de 1927 y 4.° de la Ley 89 de 1928 es completamente exótica, porque esas prescripciones comerciales ligan a las compañías de seguros por obligaciones contractuales, las cuales, como se ha visto, en el presente caso no se demandan, ya que la indemnización no se pide porque las compañías aseguradoras hayan dejado de cumplir los compromisos contraídos por los respectivos contratos de seguro.

El artículo 4.° de la Ley 89 de 1928 dice relación a la prenda de que trata el artículo 2.° de la Ley 24 de 1921, cosa perfectamente extraña a la acción intentada y al recurso que se estudia.

Si la acción intentada no es por el incumplimiento por parte de las Compañías de sus obligaciones contractuales, los artículos 1551 del Código Civil, 663, y demás invocados por el recurrente, del Código de Comercio, no son de aplicación porque ellos reglamentan las obligaciones que se derivan del contrato de seguro, tanto terrestre como marítimo, y ya se ha dicho que en este pleito no se demandan obligaciones contractuales provenientes de un seguro sobre incendio.

Sostiene el recurrente que el Tribunal incurrió en error de hecho y de derecho al apreciar varias pruebas tales como la escritura número 167 de 25 de febrero de 1937, sobre liquidación de la sociedad, pero guardóse bien en decir en qué con-

siste este error de hecho o de derecho en la apreciación de las pruebas y cuáles fueran éstas, fuéra de la escritura mencionada.

Parece que esas pruebas sean las constitutivas de la sociedad Salomón Gattas e Hijos, la de disolución o liquidación de la Compañía y las respectivas pólizas del contrato de seguro. Estas pruebas, aunque hubieran sido apreciadas por el Tribunal, no variarían el rumbo del asunto, porque se ha visto que la demanda se estableció no para pedir el cumplimiento de obligaciones contractuales, sino por hechos causados en la persona y bienes de la sociedad «Salomón Gattas e Hijos», es decir, se estableció una acción por perjuicios morales, para la viabilidad de la cual no era procedente apreciar las pruebas indicadas por el recurrente. Esto sentado, se hace innecesario estudiar los argumentos relativos al incumplimiento por parte de las Compañías aseguradoras de las obligaciones contraídas por el contrato de seguro.

La acusación de no estar la sentencia en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes, es completamente infundada. La sentencia del Juez fue absolutoria y la del Tribunal la confirmó en todas sus partes. Resolvió, pues, todas y cada una de las peticiones de la demanda. Esta Corte ha repetido tesoneramente que la sentencia absolutoria resuelve todas las peticiones de la demanda y guarda consonancia con ellas, y que por lo tanto contra un fallo absolutorio es improcedente hacer valer dicha causal.

Por último se sostiene que el Tribunal se abstuvo de fallar de fondo y así lo declaró en el fallo, remitiendo a las partes a otro juicio con quebrantamiento del artículo 478 del Código Judicial.

Se observa: El Tribunal en su sentencia dijo: «En una palabra, para no extenderse la Sala en discusiones inútiles, estima que todo cuanto en la demanda se refiera a perjuicios contractuales, o sea, derivados del incumplimiento del contrato de seguro, ajustado entre los Gattas y las Compañías demandadas, debe ventilarse y decidirse dentro del juicio correspondiente en que se ventile esa materia y se pida un fallo judicial concreto acerca de tal incumplimiento, lo que no ocurre en esta causa, donde apenas se menciona incidentalmente dicho incumplimiento como hecho fundamental de una acción más amplia sobre responsabilidad civil extracontractual, apoyada sustancialmente en bases diferentes al contrato de seguro».

Si el fallador consideró que el asunto no versaba sobre el incumplimiento del contrato de seguros, no tenía por qué fallar una acción que no se había propuesto, e incidentalmente observó que la acción sobre ese incumplimiento, no ejercitada en el presente caso, debía ventilarse en juicio distinto, y del proceso consta que la Compañía demandante adelanta contra los aseguradores ante el Juez 8.° Civil de este Circuito dos juicios acumulados en que se debate justamente el pago oportuno del seguro y los perjuicios causados por el incumplimiento de este contrato. Se ha visto que el sentenciador no incurrió en error de hecho al apreciar la demanda, y sentado esto es fuerza concluír que falló sobre la acción extracontractual por perjuicios y no sobre los provenientes de un pacto bilateral, de suerte que no es fundada la observación que por este aspecto se hace en casación a la sentencia recurrida.

Una advertencia capital hace la Corte en el presente fallo y es a saber: Que aun cuando el recurrente en una disquisición un tanto confusa e inconexa en su alegato de casación trató de acusar la sentencia del Tribunal por los errores de hecho y de derecho en que incurrió al apreciar las pruebas con las cuales se pretendió demostrar hechos imputables a las Compañías aseguradoras en perjuicio del patrimonio moral de la Compañía demandante y de sus socios, es lo cierto que no se expresa en qué consistieron esos errores, tanto el de hecho como el de derecho, y aun en el supuesto de que esas acusaciones estuvieran redactadas de acuerdo con la técnica de casación, y a consecuencia de ellas se hubieran violado los preceptos que les asignan determinado valor probatorio a esos comprobantes, tampoco se podría llegar a una conclusión favorable al recurrente porque éste dejó de citar la disposición sustantiva que reconoce el derecho que una persona tiene para demandar indemnización del que ha cometido un delito o culpa o causádole un daño en su persona o patrimonio, de acuerdo con los artículos 2341 y 2356 del Código Civil. Al respecto así se ha expresado la Corte en fallo de septiembre 10 del presente año, que así reza:

«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 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 me-

dio 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 nó, es lo que constituye precisamente el error de derecho en su apreciación». (Sentencia proferida en junio diez y seis de mil novecientos cuarenta y dos, en el juicio promovido por Pedro León Ortiz y otro contra el Ferrocarril de Cundinamarca, cuya doctrina se apoya también en decisión publicada en el tomo XLVI, página 205, de la *Gaceta Judicial*).

Respecto de las pruebas que considera el recurrente apreció mal el Tribunal, esta entidad dice al respecto:

«Del expediente no resulta probado, pues, que la sumaria contra Gattas se iniciara con fundamento en denuncia alguna formulada por las compañías de seguros ni por nadie. La autoridad procedió a levantar la investigación por iniciativa propia en cumplimiento de disposiciones terminantes del Código de Procedimiento Penal vigente a la sazón (artículos 14 y 98 del Código y 66 de la Ley 100 de 1892), y porque en la prensa de Cali se dio cuenta del incendio en forma que hacía recaer sobre los Gattas sospechas graves».

Apreció igualmente el Tribunal las declaraciones de los testigos presentados por la parte demandante, y de su estudio dedujo el fallador de Cali que no se había comprobado la intervención de los agentes de las Compañías aseguradoras en la investigación criminal contra los asegurados, en el encarcelamiento de alguno de éstos y en las publicaciones difamatorias de los Gattas que entonces se hicieron en la prensa de Cali.

También apreció el sentenciador lo relativo a la detención de Alberto Gattas y el suelto publicado en el *Correo del Cauca*, bajo el mote «Graves sospechas contra los señores Gattas», y de ese estudio concluyó que no se habían demostrado los hechos que les pudieran haber causado a los demandantes los perjuicios morales que hoy reclaman judicialmente.

Este basamento del Tribunal conserva toda su fuerza y es suficiente para librar el pleito a favor de las Compañías demandadas.

Conviene igualmente recordar a los señores abogados, para el eficaz ejercicio de su profesión, que es jurisprudencia de la Corte que no se pueden acumular o instaurar a un mismo tiempo la acción por indemnización de daños contractuales y la indemnización por perjuicios morales. Sobre el particular ha dicho la Corte:

«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....» (*Gaceta Judicial*, tomo XLVII, página 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». (*Gaceta Judicial*, tomo LIII, página 86, número 1983).

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, FALLA:

1.° No se infirma la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá de fecha veintiuno de noviembre de mil novecientos cuarenta y uno.

2.° 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*, Secretario.

ACCION PARA EL PAGO DE UNA SUMA DE PESOS

Conforme al artículo 307 del Código Civil, en las acciones civiles contra el hijo de familia el actor se dirige al padre para que autorice o represente al hijo en la litis, y sólo si el padre no puede o quiere prestar su autorización o representación, puede el Juez suplirla y da al hijo un curador para la litis. El artículo 246 del Código Judicial, que es de carácter excepcional y por lo mismo de interpretación restricta, establece curatela *ad litem* para los eventos en él contemplados cuando se trata de un juicio universal.

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

(Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza).

En documento privado de 8 de febrero de 1937 los doctores Mario S. Vivas y Víctor Quintero, por una parte, y el doctor Ricardo Arboleda Quijano y otros, por la otra, se estableció lo conducente a la prestación de servicios allí detallada y a la remuneración consiguiente, en forma que el valor de los del doctor Vivas se fijó en $ 2.600, pagaderos por el doctor Arboleda y sus compañeros solidariamente el 1.° de octubre de 1938. Muerto éste en 1940 dejando como cónyuge sobreviviente a la señora Cecilia Chaux y como herederos a los hijos de este matrimonio Ricardo León, Ana Cecilia y Luz Noemí, menores de edad, contra estos tres niños en calidad de herederos de su padre, representados por su madre, entabló juicio ordinario el doctor Vivas para que en proporción a sus cuotas herenciales se les condene a pagar los dichos $ 2.600 con sus intereses legales desde el 2 de octubre de 1938 hasta el día del pago total, y las costas.

Cursó la primera instancia en el Juzgado 1.° Civil del Circuito de Popayán, donde se cerró en sentencia de 5 de febrero de 1941 que declaró probada la inexistencia de la obligación. Apelada por Vivas, el Tribunal Superior de allí, después de la tramitación del caso, la revocó en la de 27 de octubre del mismo año e hizo la condenación demandada sobre pago de los referidos principal e intereses, sin costas.

Contra ese fallo interpuso casación la parte demandada, y concedido el recurso previa actuación sobre cuantía que no viene al caso relatar aquí, y admitido por la Corte y tramitado debidamente, se ha llegado la oportunidad de decidirlo. A que se procede.

El Juzgado halló la excepción dicha en la circunstancia de tratarse de prestación de servicios de una clase que la ley considera mandato y de que no se acreditó éste debidamente en el proceso, ya que el documento aducido como base de la acción incoada no es la escritura pública correspondiente a un poder general, ni tampoco los poderes especiales concernientes a cada una de las gestiones que correspondían a los servicios pactados.

El Tribunal, distinguiendo entre el contrato sobre prestación y remuneración de los servicios, de un lado, y de otro el mandato, al hallar comprobado éste con las copias de los poderes especiales conferidos en las aludidas diversas actuaciones, acogió las súplicas del demandante, cuyo cumplimiento en lo tocante a los servicios en cuestión encontró también acreditado entre otros medios probatorios con la confesión de la señora Chaux en posiciones, según la cual sus diferencias con el doctor Vivas provenían principalmente de no haber aceptado él la parte del doctor Arboleda en la deuda, aspiración de la señora fundada en haber otros deudores y rechazada por el Tribunal en atención a la supradicha solidaridad estipulada en el documento.

El apoderado constituído por la señora ante la Corte formula en la demanda de casación los cargos y reparos que pasan a estudiarse.

En primer lugar invoca el motivo 6.° de los del artículo 520 del Código Judicial en esta forma: la señora tiene interés personal en conflicto con el de sus hijos en lo tocante a esta deuda, tanto porque el deudor es la sociedad conyugal y no la persona del marido continuada por sus herederos, cuanto porque ella también lo es por haberla instituído tál su marido en su testamento; de suerte que si sólo a ellos se les demanda y condena, se la releva, cargando sobre ellos, de la parte de ella en la carga. Sobre este pie el recurrente reputa aplicables los artículos 242 y 246 del Código Judicial, que apartan de la representación de los niños a su madre y obligan a dársela a un curador

ad litem, y de ahí deduce que habiéndose seguido el juicio con ella en tal representación y no con curador, la actuación es nula por ilegitimidad de personería conforme al artículo 448 de ese Código.

Se considera: Según la Ley 153 de 1887 en su artículo 53, muerto el padre, la madre, en las circunstancias allí indicadas, ejerce la patria potestad. Tratándose de un juicio civil y de hijos legítimos, no viene al caso recordar las modificaciones que en lo tocante a esta potestad introdujo la Ley 45 de 1936. Obran en el proceso las actas de estado civil que acreditan el referido matrimonio (1924), el nacimiento de los prenombrados niños (1925, 1926 y 1930) y la muerte del doctor Arboleda (1940). No hay, pues, duda sobre la patria potestad con que la señora ha representado aquí a sus hijos, acerca de lo cual no ha habido discusión entre las partes. Conforme al artículo 307 del Código Civil, en las acciones civiles contra el hijo de familia el actor se dirige al padre para que autorice o represente al hijo en la litis, y sólo si el padre no puede o no quiere prestar su autorización o representación, puede el Juez suplirla y da al hijo curador para la litis. El artículo 246 del Código Judicial, que es de carácter excepcional y por lo mismo de interpretación restricta, establece curatela *ad litem* para los eventos en él contemplados cuando se trata de un *juicio universal*. De ahí, por ejemplo, que en el de sucesión del doctor Arboleda la representación de sus hijos se diese a un curador. Pero, como el presente juicio no es universal, no es posible arrebatar esa representación a la señora Chaux, que a tanto equivaldría aceptar que la ha ejercido indebidamente al punto de ser nulo por esto lo actuado.

Aunque lo dicho basta para rechazar el cargo, no sobra traer a cuento como precedente la negativa que la Corte ha dado a la pretensión en referencia en casos análogos, como se ve en las sentencias de 9 de mayo y de 20 de septiembre de 1938 (*Gaceta Judicial*, tomo XLVI, página 242, y tomo XLVII, página 232). Allí se lee: «Ilógico cuando menos sería aceptar interés legal para tal pedimento en quien, según su propia alegación y dicho, ha usado ilegítimamente la representación judicial. Si quien pide la nulidad por mala representación no es representante, no puede pedirla ni obtenerla, y si ha sido legalmente representante, no hay lugar a declararla».

Respecto de la situación legal de la señora Chaux en la causa mortuoria de su marido, no obra en autos sino la providencia judicial que pone de presente su derecho a optar por gananciales, porción conyugal o herencia. En varias piezas del presente juicio se dice que optó por su mitad de gananciales. De esto no hay prueba legal. El recurrente afirma que en su testamento el doctor Arboleda la instituyó heredero, lo que no está comprobado. En el proceso brilla por su ausencia ese testamento. Esto es suficiente para desechar el cargo de error en la apreciación del mismo como prueba, y también para no entrar siquiera a considerar el concepto del recurrente según el cual la prosperidad y aun admisibilidad de la demanda de un acreedor contra los herederos de su deudor difunto requiere precisamente que todos éstos figuren como demandados, concepto de donde deriva él el cargo de haberse acogido las súplicas del doctor Vivas a pesar de no figurar entre los demandados la señora Chaux, siendo heredera. Como se vio, esta calidad de ella no está acreditada en autos. Lo que basta para hallar estos cargos inadmisibles.

También reclama por no figurar la señora entre los demandados, en cuanto la deuda es de la sociedad conyugal y no personal del cónyuge difunto. Y por esto y por lo antedicho acusa de violación de los artículos 1796 y 1806 del Código Civil, a más de los artículos 1511, 1568 y 1583 del mismo. Las instancias se siguieron sin objeción fundada en que la deuda es social. La defensa consistió, de un lado, en dejar a cargo del actor la demostración de haber cumplido las obligaciones que asumió al tenor del documento sobre prestación de servicios, y de otro, en negar la existencia del mandato y, por ende, de una obligación nacida de él, lo que, como ya se dijo, fue el fundamento cardinal de la sentencia de primera instancia.

Sabido es que en casación no son admisibles los medios nuevos. Estas reflexiones bastan para rechazar el cargo.

De paso se observa que las partes están acordes en que en el juicio de sucesión del doctor Arboleda se relacionó como partida única del pasivo una correspondiente a la deuda materia del presente pleito, a lo que se procedió con las salvedades y advertencias del caso. Así las cosas, cabe pensar que, habiéndose de deducir el pasivo para establecer el haber líquido y habiéndose de determinar sobre éste el haber de la señora, por gananciales, o por porción conyugal, o por cuota hereditaria si efectivamente se la instituyó heredera y aceptó la asignación, ella queda afectada por la deuda a la que, así, concurre.

Finalmente, se acusa de violación de los artículos 2144, 2054 a 2056, 2059, 2062 y 2069 del Código Civil, en relación con el 255 del Judicial, y de los artículos 2189 y 2191 de aquél, en relación con el 16 del mismo, todo ello en fuerza de

la falta de comprobación del mandato y de la reflexión de que éste no consiste en el documento ni con éste puede darse por conferido ni acreditado.

Son incuestionables, a la par que transparentes, las reflexiones del Tribunal sobre este punto, las que se resumen así: ese mandato no puede buscarse ni echarse menos en el documento de contrato sobre prestación y remuneración de servicios, puesto que, siendo éstos el de llevar la representación de ciertas personas en actuaciones unas judiciales y otras administrativas, donde procede la presencia y, por tanto, la busca de los poderes respectivos es en los Juzgados y demás oficinas en que aquellas actuaciones cursaban ya y otras iban a cursar cuando el documento se suscribió. Y el demandante hizo venir en debida forma y oportunidad a este proceso la copia de esos diversos poderes tomada de los expedientes respectivos. Se advierte que el recurriente no acusa por error de apreciación de esta prueba, con la cual y con la distinción antedicha entre el documento y su contrato global, de un lado, y de otro, los poderes, quedó destruída la excepción acogida en el fallo de primera instancia, como queda demostrada la improcedencia de este otro cargo.

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 de veintisiete de octubre de mil novecientos cuarenta y uno, pronunciada en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán.

Las costas del recurso son de cargo de la parte 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.

Acción de resolución de un contrato de compraventa

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

(Magistrado ponente, doctor Isaías Cepeda).

Josefina Ajiaco, por medio de apoderado, demandó en juicio ordinario ante el Juzgado 2.° Civil del Circuito de Tunja a la sociedad conyugal disuelta pero ilíquida formada por Luis Sánchez Meneses y Juana Velosa, representada por ésta, en su carácter de cónyuge sobreviviente, y por la sucesión del expresado Luis Sánchez Meneses, representada ésta a su vez por Juana Velosa, en su carácter ya dicho; por los señores Emiliano, Telésforo, Lisandro y Ester Sánchez, en su condición de hermanos legítimos de Luis Sánchez Meneses, representada a su turno la última, o sea Ester, por su marido Jerónimo Marantá y por su hija legítima María Ramos Marantá; a los señores Epaminondas Sánchez como comprador de los derechos y acciones que puedan corresponder en la expresada sucesión a Emiliano y Telésforo Sánchez, y a Pioquinto y Jenaro Torres, como compradores igualmente de los derechos y acciones que puedan corresponder en tal sucesión a Lisandro Sánchez y a Jerónimo y María Ramos Marantá, para que, por sentencia definitiva, se hagan las siguientes declaraciones:

«Primera. Que se declare resuelto, por falta de pago del precio, el contrato de compraventa celebrado entre mi poderdante, señora Josefina Ajiaco, y el señor Luis Sánchez Meneses el día ocho de julio de mil novecientos veintidós, por medio de escritura pública distinguida en el número quinientos once, otorgada en la Notaría de Turmequé, de la cual aparece que mi poderdante le dio en venta al señor Luis Sánchez Meneses el derecho de dominio sobre un potrero y sobre la mitad de un terreno, ubicados en las *veredas* de *Pozo Negro* y *Jaraquirá*, jurisdicción del Municipio de Turmequé», alinderados como en la demanda se indica.

«Segunda. Que se restituya a mi poderdante, señora Josefina Ajiaco, el dominio de los inmuebles que fueron materia de la compraventa, como efecto de la resolución del contrato, seis días después de ejecutoriada la sentencia que ponga fin al juicio.

«Tercera. Que la sociedad conyugal Sánchez Meneses y Velosa, disuelta pero ilíquida, representada como ya se dijo, debe pagar a mi poderdante, señora Josefina Ajiaco, los perjuicios que estimo en la cantidad de mil pesos ($ 1.000), o, en subsidio, los que sean fijados por peritos.

«Cuarta. Que la expresada sociedad conyugal debe pagar a mi poderdante, señora Josefina

Ajiaco, las costas del presente juicio, en caso de oposición».

Surtida la tramitación de primer grado, el Juez del conocimiento falló el pleito por sentencia del 27 de junio de 1940, por medio de la cual declaró probada la excepción perentoria de falta de personería sustantiva de los demandados, y, en consecuencia, los absolvió de los cargos de la demanda, fundándose para ello en que no se demostró que los demandados fueran los representantes legales de la sucesión de Luis Sánchez Meneses.

Apelado ese fallo por la actora, finalizó el juicio en la segunda instancia con la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, con fecha 19 de febrero de 1941, en la cual, previa revocatoria de la de primer grado, resolvió:

«Niéganse las declaraciones impetradas en la demanda y consecuencialmente se absuelve a la parte demandada de los cargos en ella formulados.

«Sin costas».

En la segunda instancia se presentaron las comprobaciones que el Juzgado de la primera había echado menos, pero el Tribunal encontró que las pruebas aducidas en relación con el contrato cuya resolución se pedía servían para demostrar que dicho contrato era simulado, pero no para decretar la resolución de él por no haberse pagado el precio.

EL RECURSO

Contra el fallo del Tribunal interpuso recurso de casación el señor apoderado de la parte demandante, recurso que fue fundado en la oportunidad legal.

En la demanda de casación dice el recurrente:

«Formulo contra el aludido fallo el cargo de ser él violatorio de ley sustantiva por infracción directa, y por no estar la sentencia en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes. Vale decir que invoco las causales de casación establecidas por el artículo 520 del Código Judicial en sus ordinales 1.° y 2.°».

Divide luégo la demanda en cuatro Capítulos, así:

I. «La sentencia es violatoria de la ley sustantiva por infracción directa.

«Proviene la violación de la ley de la apreciación errónea que dio el sentenciador a unas pruebas y de falta de apreciación de otras».

En dicho Capítulo hace un largo análisis de las pruebas presentadas durante el juicio.

II. «La sentencia acusada no está en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes».

Sostiene el recurrente que está probado en el juicio que la demandante cumplió sus obligaciones de vendedora y que Sánchez Meneses no cumplió con su obligación de pagar el precio, y que, no obstante, el Tribunal absolvió a los demandados de los cargos de la demanda.

En los Capítulos III y IV enumera y analiza el recurrente los preceptos legales que considera violados, que son los artículos 1494, 1495, 1502, 1603, 1602, 1857, 1864, 1546, 1928, 1929 y 1930 del Código Civil, y pide que se case la sentencia y se dicte la de instancia que corresponda.

ESTUDIO DE LOS CARGOS

En concepto de la Corte no es fundado el cargo de violación de ley sustantiva, por apreciación errónea de unas pruebas y falta de apreciación de otras.

En la sentencia acusada hizo el Tribunal un análisis pormenorizado y muy cuidadoso de todas las pruebas aducidas en el curso del juicio, examen que no puede tacharse de erróneo o equivocado.

Lo que sucede es que la demandante inició lisa y llanamente una acción de resolución del contrato, por no habérsele pagado el precio, pero ella misma se encargó de demostrar que no había precio qué pagarle, pues el contrato no lo tuvo en realidad, porque fue simulado.

El Tribunal, después de estudiar ampliamente las posiciones absueltas por la actora, dice:

«Al tenor de las respuestas dadas por la demandada Josefina Ajiaco y que se dejan transcritas, se saca la indudable convicción de que el contrato aludido cuya resolución se impetra no es para la demandante un contrato real, sino ficticio o simulado. Expresa y terminantemente lo afirma así la demandante.

«Esta sola confesión sería suficiente, a juicio de esta Sala, para sostener que la acción de resolución no es viable y que la demandante equivocó la acción al instaurar este juicio.

«Pero además de esa explícita confesión a que se alude, existen en el proceso otros elementos que vienen a relievar la simulación del contrato cuya resolución se impetra».

Estudia en seguida el Tribunal una serie de indicios graves, precisos y conexos entre sí, que tienden todos a demostrar, sin lugar a duda, que el contrato controvertido no fue real sino ficticio o simulado.

Alude luégo al alegato de conclusión presentado por el apoderado de la actora en la primera instancia, del cual reproduce algunos párrafos, y concluye así:

«Por este pasaje se puede apreciar también fácilmente que el abogado que defendió en la primera instancia a la demandante tenía la certidumbre de que el contrato que reza la escritura 511 era simulado, y el mismo hecho de que Sánchez Meneses hiciera llamar al Notario para otorgar la escritura a la demandante Josefina Ajiaco del terreno de Pozo Negro —porque el de Jaraquirá ya había sido vendido en 1925 y su precio lo había recibido la demandante—, está acreditando también que el contrato era simulado. De otra manera, Sánchez Meneses, que era hombre acomodado pecuniariamente, como lo acreditan las declaraciones de Félix Rivera, Lucindo Sánchez, Pedro Pulido y otros, al folio 11 del cuaderno número 3, no tenía por qué pretender pagar el precio de los inmuebles comprados otorgando escritura de uno solo de ellos. Si Sánchez Meneses era hombre rico relativamente, no tenía por qué estar impresionado por no pagar el precio de los inmuebles comprados a Josefina Ajiaco, si el contrato hubiera sido real, porque esa obligación la hubiera dejado a cargo de sus herederos. Pero en verdad, y como lo dice el apoderado de la demandante, para el señor Sánchez Meneses era un deber de conciencia devolver la escritura en la cual se hizo constar un contrato aparente y no real. Esa misma preocupación, esa angustia de Sánchez en los días anteriores a su muerte con mira a devolver u otorgar la escritura que en confianza le había hecho Josefina Ajiaco, está demostrando que no era el precio de las fincas lo que debía, sino que en verdad se trataba de una escritura de confianza.

«Los mismos testimonios traídos por la parte actora en el juicio para establecer que Sánchez Meneses no había pagado el precio de la finca, testimonios que pueden leerse a los folios 5 y siguientes del cuaderno número 2, están acreditando que si en verdad Sánchez Meneses no pagó el referido precio de los inmuebles, ello se debió a que la escritura era de confianza».

Como se ve, el Tribunal estudió el asunto por todos sus aspectos e hizo un examen completo, acertado y jurídico de todas las pruebas allegadas a los autos, que lleva al ánimo la convicción evidente de que no habiendo sido real el contrato sobre que versa el pleito, no puede prosperar la acción de resolución por falta de pago de un precio que en verdad no existió. De consiguiente, la sentencia no violó las disposiciones legales citadas por el recurrente y no tiene fundamento el cargo formulado al respecto.

El cargo de incongruencia, que hace consistir el recurrente en que no obstante haber demostrado la demandante que ella cumplió con sus obligaciones de vendedora y que el comprador no le pagó el precio del contrato, la sentencia absuelve a la parte demandada, tampoco puede prosperar, porque ya se ha visto que siendo simulado el contrato no hubo en realidad precio, ni, por lo mismo, obligación para el comprador de pagarlo. Por lo demas, el cargo, tal como fue formulado, no es de falta de congruencia de la sentencia con la demanda, sino de violación de ley sustantiva, la que, por todo lo que se ha dicho, no aparece violada por el Tribunal. Agréguese a ello que no puede haber incongruencia por el solo hecho de que no prosperen las peticiones de la demanda.

Es suficiente lo dicho para concluír que no es el caso de infirmar la sentencia acusada.

En mérito de lo expuesto, 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 Tunja, con fecha diez y nueve de febrero 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*, Secretario en propiedad.

ACCION DE NULIDAD DE UN TESTAMENTO CERRADO

En el ordinal 9.° del artículo 1068 del Código Civil no se entiende comprendido el copista o escribiente que frecuentemente acude a las Notarías en busca de trabajo ocasional o incierto por el cual recibe un estipendio variable, y conforme al cual sólo se aplica tal calificativo a los empleados que el Notario ocupa de manera permanente y por una remuneración fija, que son los únicos que por estar así en estado de subordinación deben considerarse como de sospechosa veracidad en razón de la influencia de su superior, que es la razón que justifica y explica la inhabilidad consagrada en el numeral 9.° del artículo citado. Así lo había resuelto antes la Corte en sentencia de casación del 18 de marzo de 1936.

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

(Magistrado ponente, doctor Hernán Salamanca).

El 16 de junio de 1936, ante el Notario 1.° del Circuito de Santa Rosa de Viterbo, Mercedes Reyes de Morales otorgó testamento cerrado con intervención de los testigos instrumentales que exige la ley, y se otorgó bajo el número 341 la escritura pública que señala el artículo 1.° de la Ley 36 de 1931.

Muerta la testadora (4 de septiembre de 1936), a pedimento de Heliodoro Morales, cónyuge supérstite en cuyo poder estaba el testamento, se surtieron las diligencias judiciales sobre su apertura y publicación ante el Juzgado 2.° del Circuito, las cuales fueron protocolizadas en la Notaría 1.ª de allí bajo la escritura pública número 593 de 21 de octubre del citado año de 1936.

En libelo de fecha 1.° de septiembre de 1937, dirigido al Juzgado Civil del Circuito de Santa Rosa, Lorenzo Reyes, en su calidad de hermano legítimo de la testadora y en nombre y provecho de su sucesión, demandó a Heliodoro Morales, instituído heredero universal por Mercedes Reyes de Morales, para que con su audiencia y en la sentencia definitiva de un juicio ordinario se declare: «Primero. Que es nulo absolutamente el testamento cerrado que se dice otorgó en esta ciudad la señora Mercedes Reyes de Morales con fecha 10 de junio de 1926 (sic), presentado ante el Notario 1.° de este Circuito el 16 del mismo mes y año. Segundo. Que es nula la actuación por medio de la cual se le dio forma al referido testamento, usando formalidades ordenadas pór la ley, pero ilegalmente cumplidas. Tercero. Que en consecuencia la señora Mercedes Reyes de Morales falleció intestada y sus bienes deben distribuírse conforme a las respectivas reglas de la sucesión».

Los motivos de la nulidad demandada se hacen consistir, según se expresa en los hechos fundamentales de la acción, en que los testigos que intervinieron en el acto testamentario y cuyos testimonios se recogieron para darle publicidad, no declararon que la testadora Reyes de Morales, en el acto del otorgamiento, hubiera manifestado de viva voz y de manera que el Notario y los testigos lo vieran, oyeran y entendieran, que la escritura cerrada que presentaba ante ellos contenía su testamento, y porque uno de esos testigos actuarios, Luis María Sepúlveda, era el único empleado permanente y subalterno, amanuense del Notario ante quien se otorgó el testamento, impedido por consiguiente para serlo en ese caso, de tal modo que careciendo aquél de habilidad legal, el testamento no fue autorizado en verdad sino por el Notario y cuatro testigos.

El demandado contestó la demanda oponiéndose a que se hicieran las declaraciones solicitadas, aceptando algunos hechos y negando los principales, y propuso la excepción de ilegitimidad de la personería sustantiva del actor. Surtidos los trámites del grado, el Juez del Circuito profirió sentencia el 30 de junio de 1939, en la cual se reconoce la excepción propuesta y se absuelve en consecuencia al demandado. El vicio de personería en que se fundó la absolución se hizo consistir en que habiendo el demandante conferido poder para demandar en nombre propio, su apoderado intentó la acción en nombre de la sucesión de Mercedes Reyes de Morales.

SENTENCIA ACUSADA

Recurrido este fallo por el apoderado del actor y agotados los trámites del caso, el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, en sentencia de-

finitiva fechada el 1.° de julio de 1940, lo reformó en el sentido de variar el fundamento de la absolución, negando la procedencia de la excepción de ilegitimidad de la personería en que se apoyó el Juzgado y decidiendo en cambio no haber lugar a hacer las declaraciones demandadas por no estar fundadas en la ley.

Respecto del motivo de nulidad consistente en que los testigos actuarios no dijeron en sus declaraciones, rendidas en las diligencias de apertura y publicación, que la testadora manifestara cuando presentó el pliego cerrado, que contenía su testamento, considera el Tribunal que carece de toda razón porque la prueba del cumplimiento de esta formalidad como de las demás que exige la ley, fuera de la aseveración contenida en la cubierta bajo la fe del Notario, se halla perfecta en la escritura pública que al tenor de la Ley 36 de 1931 se otorgó con ocasión del testamento cerrado de Mercedes Reyes de Morales, y en la cual solemnemente se da testimonio de la exacta observancia de las formalidades requeridas por el artículo 1080 del Código Civil.

Y en cuanto a la nulidad que se hace provenir de que el testigo instrumental Luis María Sepúlveda se hallaba en el caso del numeral 9.° del artículo 1068 del Código Civil, por ser amanuense del Notario que autorizó la memoria testamentaria, la rechaza también el Tribunal por haber llegado a la conclusión, después del análisis de las pruebas producidas al efecto y de acuerdo con doctrinas de casación que se citan, que la intervención que el mencionado Sepúlveda tenía en el trabajo de la Notaría en que se otorgó el testamento no era, a pesar de su frecuencia, en calidad de empleado permanente y subordinado, sino como auxiliar ocasional y no exclusivo del Notario, por lo cual no era posible considerarlo en la situación de inhabilidad legal en el sentido y con el alcance que a la palabra amanuense ha fijado la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil.

EL RECURSO

Contra esta sentencia definitiva de segunda instancia interpuso el apoderado del actor el recurso de casación, que debidamente admitido y tramitado se procede a decidir hoy.

De las diversas cuestiones consideradas en la motivación del fallo acusado solamente se enfoca en el recurso ante la Corte la relacionada con la incapacidad de que se dice adolecía uno de los testigos que intervinieron en el otorgamiento del testamento por ser amanuense del Notario que lo autorizó, y respecto de ella la acusación se apoya en los dos primeros motivos del artículo 520 del Código Judicial.

Por lo que hace a la causal consistente en la inconsonancia de la sentencia con las pretensiones oportunamente deducidas por el demandante, una de las alegadas para pedir la infirmación del fallo, no encuentra la Sala ningún elemento de estudio en la demanda, que se limitó a mencionarla, sin indicar en forma clara y precisa los fundamentos de ella, como lo exige el artículo 531 del Código Judicial, que señala las condiciones que debe reunir la demanda de casación. Además del silencio absoluto acerca de la fundamentación de esta causal, no es impertinente recordar, de acuerdo con jurisprudencia sostenida en innúmeras decisiones, que su alegación es improcedente tratándose de una sentencia absolutoria en cuya parte motiva aparecen estudiados todos los puntos que fueron materia de la controversia.

Por el motivo primero se acusa la sentencia por violaciónd el artículo 1068, ordinal 9.°, del Código Civil, «porque es de radiante evidencia que Luis M. Sepúlveda, uno de los testigos del testamento, era amanuense del Notario; y el Tribunal desconoció ese hecho y violó en consecuencia la disposición sustantiva citada». Afirma el recurrente que de la diligencia de inspección ocular que practicó el Magistrado del Tribunal aparece que quien escribió las escrituras en el protocolo notarial, meses antes y meses después de la fecha en que se otorgara el testamento de que se trata, fue el mismo Sepúlveda que figura como testigo de él, y concluye: «Divagar sobre lo que es amanuense, escribiente, subalterno, copista, secretario, como se llama a los empleados de las Notarías, es penetrar en campos extraños al punto de discusión. Lo único que es meritorio al respecto es el hecho cardinal de que el Notario en referencia no tenía otro escribiente, es decir, que el beneficio de los servicios eran exclusivamente entre los dos. Sobre esto, discutir si Sepúlveda tenía la inhabilidad legal para ser testigo en el testamento, es argucia indigna de atención».

Se considera:

Tuvo en cuenta el sentenciador, para formar su criterio acerca de la condición de dependencia o subordinación en que se hallara Luis M. Sepúlveda respecto del Notario 1.° del Circuito de Santa Rosa de Viterbo, para decidir sobre su inhabilidad testimonial, elementos probatorios diversos y de distinta naturaleza que fueron estudiados y sometidos a análisis como aparece de la sentencia. Allí están mencionadas y resumidas las declaraciones rendidas por numerosos testigos a pedimento de ambas partes durante la primera instancia (Carlos Julio Pedraza, José María Medina, Luis Arcadio Herrera, Luis María Becerra, del Notario Jesús Aparicio, Honorio Fuentes, Heladio Alvarez, Espíritu Santo Salcedo y Julio C. Hernández),

de las cuales «se desprende—dice la sentencia—sin dificultad que el mencionado señor Sepúlveda trabajaba con alguna frecuencia en la Notaría primera de este Circuito a cargo del señor Jesús Aparicio, sacando copias de escrituras y aun escribiendo sus originales, esto en un período hasta de uno o dos años contados hacia atrás desde el mes de febrero de mil novecientos treinta y ocho, en que aparecen rendidas las declaraciones que dan tal referencia; pero que la intervención de dicho señor en dicha oficina no era exclusiva, según lo dice el propio Notario y lo confirma el testigo Julio Hernández, pues que en ocasiones se ocupaban otras personas en el mismo oficio, ni los emolumentos que devengaba tenían la calidad de sueldos permanentes sino más bien de remuneraciones eventuales, según el trabajo que ejecutaba».

Considera también la sentencia el acta de inspección ocular que con intervención de peritos se verificó en el protocolo notarial durante el segundo grado del juicio, de la cual resulta confirmado el hecho establecido por los testigos, esto es, que Luis M. Sepúlveda escribía la mayor parte de los instrumentos que se otorgaban en la Notaría 1.ª, tres meses antes y tres después de la fecha del testamento, a excepción de las que aparecen escritas por el propio Notario y de los en que intervinieron otros amanuenses, otorgados en Distritos distintos del de la sede notarial. Anota el Tribunal, en referencia con esta prueba, que en ella nada concreto y preciso se establece sobre la calidad de amanuense de Sepúlveda, y que de las conclusiones periciales se deduce que era este ciudadano el que de preferencia intervenía como escribiente de la Notaría.

De la apreciación integral de estas pruebas, por la ocasionalidad y falta de sistematización con que muestran las intervenciones de Luis Sepúlveda en los trabajos y actividades de la Notaría, concluye el Tribunal que el hecho de la testificación de este hombre, cuya inhabilidad legal no estaba precisamente establecida, no justificaba en manera alguna la invalidez de un acto testamentario contra cuyas condiciones esenciales de libertad y de conciencia no se ha insinuado siquiera una sospecha en los autos. «Si bien es cierto —se lee en el fallo acusado— que el señor Sepúlveda prestaba sus servicios al Notario que autorizó el testamento y hacia la época en que éste se otorgó, casi permanentemente, no era el único auxiliar del Notario, porque otras personas prestaban igual servicio en otras ocasiones y lugares como Duitama, Corrales y Floresta, adonde el Notario acudía a prestar sus servicios, ni hay pruebas que indiquen la subordinación con que obraba, bien porque se le pagara constantemente un sueldo fijo y determinado como remuneración de sus servicios obligados, o porque de alguna manera den a conocer el ascendiente que como sobre verdadero empleado ejerciera el Notario».

Ningún efecto infirmante puede concederse al cargo del recurrente en casación contra estas conclusiones del fallo, edificadas, como se ha visto, sobre el análisis del acervo probatorio aducido por los litigantes. No se dice en la demanda con la claridad que exige la técnica de casación si la violación de ley sustantiva que se le imputa al Tribunal es directa o como consecuencia de errónea apreciación de pruebas. Si se considera como cargo por infracción directa, preciso es rechazarlo, porque la sentencia, al estudiar la cuestión de hecho planteada de si el testigo Sepúlveda era o nó amanuense, le negó tal calidad sobre el mérito de unas pruebas determinadas, de modo que no pudo incurrir en directo quebranto de la ley; en otros términos, el sentenciador no ha dicho que los amanuenses del Notario que autoriza un testamento son testigos hábiles, sino que en este caso el testigo de quien se afirma esa calidad subordinada, no la tenía por no ser propiamente amanuense. Y si el cargo se entiende como violación consecuencial de errores, que no se especifican ni se explican, en la estimación probatoria, tampoco es aceptable la acusación, porque en la diligencia de inspección, única prueba a que el recurrente se refiere, no es posible ver manifiestamente una evidencia contraria a la que tuvo por establecida el Tribunal, es decir, de esa pieza probatoria no aparece demostrado sin lugar a duda que Luis M. Sepúlveda fuera empleado con remuneración fija y ocupación determinada y permanente en la Notaría 1.ª del Circuito de Santa Rosa de Viterbo y que allí trabajara en condiciones de dependencia y subordinación respecto del funcionario público que autorizó el testamento de Mercedes Reyes de Morales.

No planteada en esta forma adecuada la acusación, el cargo en realidad queda reducido a una crítica al sentido y alcance que jurisprudencialmente se le ha dado a la palabra amanuense, empleada en el artículo 1068, ordinal 9.°, del Código Civil, en el cual no se entiende comprendido el copista, o escribiente que frecuentemente acude a las Notarías en busca de trabajo ocasional e incierto por el cual recibe un estipendio variable, y conforme al cual sólo se aplica tal calificativo a los empleados que el Notario ocupa de manera permanente y por una remuneración fija, que son los únicos que por estar así en estado de subordinación deben considerarse como de sospechosa veracidad en razón de la influencia de su superior, que es la razón que justifica y explica la inhabilidad consagrada en el numeral 9.° del artículo citado. Las razones y fun-

damentos de esta interpretación, que ningún argumento de peso aconseja modificar, pueden verse en la sentencia de esta Sala de fecha 18 de marzo de 1936 (tomo XLIII, páginas 722 y 723), acorde con la sostenida en fallo de 1922 (tomo XXIX, página 130), y ratificada luégo en decisión de abril del año que corre (tomo LIII, página 289).

No habiendo el Tribunal incurrido en las violaciones legales que le imputa el recurrente, 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 Santa Rosa de Viterbo el 1.° de julio de 1940, que ha sido objeto de este recurso.

Costas a cargo del recurrente.

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

JOSÉ MIGUEL ARANGO, ISAÍAS CEPEDA, LIBORIO ESCALLÓN, FULGENCIO LEQUERICA VÉLEZ, RICARDO HINESTROSA DAZA, HERNÁN SALAMANCA.—*Pedro León Rincón*, Secretario en propiedad.

Acciones de nulidad absoluta e inexistencia por simulación de un contrato.

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

(Magistrado ponente, doctor Fulgencio Lequerica Vélez.

Antecedentes:

Sirven de antecedentes a este pleito los que debidamente extractados pasan a expresarse:

1. Aurelio Ferré Amigó vendió a Marcos Ferré Salvadó, por escritura pública número 71, otorgada en la Notaría Cuarta de Bogotá, el 13 de enero de 1930, un lote de terreno que formó parte de la hacienda de *El Paraiso*, que hubo el vendedor por adjudicación en la sucesión de su señora madre doña Josefa Amigó Munné, alinderado como allí se expresa.

2. El mismo Aurelio Ferré Amigó, por escritura número 1715, Notaría Cuarta de Bogotá, de 11 de agosto de 1930, declaró lo siguiente:

«Que por el presente instrumento transfiere a favor del señor Carlos S. Valenzuela una cuota parte correspondiente a un treinta por ciento de todos los derechos y acciones que tiene, tenga, le corresponda o pueda corresponderle en cualquier forma, ya sean reales como personales, al compareciente por parte de su finada madre señora Josefa Amigó Munné, como hijo legítimo; y respecto de las acciones que tenga contra o en la sucesión de su citada madre, que correspondió al Juzgado Tercero Civil de este Circuito, para el reconocimiento y pago de lo que real y efectivamente le corresponde o pueda corresponderle en los bienes de ésta y de la sociedad conyugal, tanto en los bienes inventariados y ya adjudicados, como de los que se han ocultado y dejado de inventariar pertenecientes a la causante y a la sociedad conyugal de la señora Josefa Amigó Munné y el señor Marcos Ferré Salvadó; así como también de la venta simulada y en confianza que le hizo el compareciente al señor Marcos Ferré Salvadó del lote de terreno, parte de la finca *El Paraiso*, situado en el barrio de Chapinero de esta ciudad».

3. El treinta por ciento a que se refiere el aparte anterior tenía la significación dada en la cláusula segunda de la misma escritura, que dice así:

«Que la cuota parte del treinta por ciento (30 por 100) de todos los derechos y acciones que el compareciente transfiere al señor Carlos S. Valenzuela, *constituye el valor de los servicios y honorarios profesionales de este último* (el subrayado es de la Corte) para promover ya sea directa o indirectamente o por interpuesta persona, las acciones correspondientes a obtener la inclusión en la sucesión de la señora Josefa Amigó Munné, de los bienes que se han ocultado y dejaron de inventariar de la causante o de la sociedad conyugal con el señor Marcos Ferré Salvadó y el reconocimiento y adjudicación de los que realmente le corresponden por parte de su nombrada madre en la sucesión; y la nulidad, rescisión, resolución o acción correspondiente del contrato de compraventa que le hizo el señor Marcos Ferré Salvadó del lote de terreno que se adjudicó en la citada sucesión, conforme a la escritura antes mencionada y la consiguiente restitución y entrega de dicho lote de terreno».

4. En la cláusula 6.ª de la misma escritura número 1715 de 1930, Ferré Amigó declaró lo siguiente: «Que cualquiera de los servicios y ges-

tiones que haga o efectúe el señor Valenzuela, ya sea directa o indirectamente o por interpuesta persona, en la iniciación de las diligencias, acciones y prosecución de esas acciones, relacionadas con los derechos que le corresponden al otorgante en la sucesión de su finada madre legítima Josefa Amigó Munné respecto de los bienes de ésta y de la sociedad conyugal que contrajo con el señor Marcos Ferré Salvadó, o de la compraventa que le hizo el otorgante a este último, del lote de terreno en el barrio de Chapinero de esta ciudad mencionado en esta escritura, será suficiente para dar por cumplida la condición de los servicios prestados y satisfechas las obligaciones del señor Valenzuela, si oportunamente no le firmare el otorgante los memoriales que se requieren, no le suministrare los datos y documentos necesarios, o para los gastos de las diligencias y juicios, o no le confiriere el poder en la forma antes expresada, o se lo revocare, o que en alguna forma entorpezca o inhabilite los esfuerzos y gestiones del señor Valenzuela, o las diligencias y acciones que se inicien, como consejero, patrono, apoderado, director o iniciador, en los asuntos mencionados».

5. Y, por fin, en la 7.ª cláusula se hizo esta otra declaración: «Que el cesionario señor Valenzuela puede ejercitar desde ahora todas las acciones relativas al reconocimiento y efectividad de la cuota parte de los derechos que se le transfieren, pues asímismo se le confiere toda la personería y representación legal necesarias».

6. Pocos días después de otorgada la escritura en que se hicieron constar las anteriores cláusulas, Aurelio Ferré Amigó otorgó poder general a Abraham Arenas y Carlos S. Valenzuela por escritura número 1810, de 23 de agosto de 1930, Notaría Cuarta de Bogotá, poder que incluye el de representación judicial.

JUICIO ORDINARIO

En demanda fechada el 16 de septiembre de 1936, Carlos S. Valenzuela, en nombre propio y como apoderado de Aurelio Ferré Amigó, demandó en juicio ordinario a la sucesión ilíquida de Marcos Ferré Salvadó, representada por los hijos de éste, suplicando en varias peticiones principales y subsidiarias la nulidad absoluta o inexistencia por simulación del contrato de venta contenido en la escritura 71 de 1930 y la resolución del mismo contrato, en subsidio con las restituciones y cancelaciones de rigor, pago de frutos y perjuicios y costas en el proceso.

Posteriormente, cuando se estaba notificando la demanda, presentó Aurelio Ferré Amigó la escritura número 2392, de 15 de octubre de 1936, Notaría 1.ª de Bogotá, en la cual revoca el poder general otorgado a Carlos S. Valenzuela de que trata la escritura número 1810 de 1930. También en memorial de 11 de noviembre de 1936 expresa el mismo actor Aurelio Ferré Amigó que desiste expresa e incondicionalmente de la demanda presentada a su nombre por Valenzuela.

CORRECCIÓN DE LA DEMANDA

En vista de la revocación del poder y del desistimiento por parte de Ferré Amigó, el otro actor Carlos S. Valenzuela corrigió el 13 de febrero de 1937 la demanda primitiva, y, hablando en nombre propio, demandó a Guillermo, Isabel, Josefa, Magdalena y María Rosa Ferré Amigó, como herederos de Marcos Ferré Salvadó y adjudicatarios de la misma sucesión, para que se hicieran las declaraciones que se resumen así:

Principales: Simulación del contrato a que se refiere la escritura número 71 de 1930; restitución de la finca vendida; restitución de frutos; cancelación de la inscripción correspondiente y de la adjudicación hecha a los demandados en la sucesión de Marcos Ferré Salvadó y costas del proceso.

Subsidiarias: la nulidad absoluta o declaración de inexistencia por simulación del mismo contrato de venta; restitución del 30 por 100 de los derechos en la finca vendida; restitución de frutos; cancelación de las inscripciones, y costas.

Como segundas peticiones subsidiarias impetró la resolución del contrato por falta de pago del precio; restitución del 30 por 100 de la finca; restitución de frutos; pago de perjuicios por incumplimiento del contrato; cancelación del registro, y costas.

Conoció de la primera instancia el Juzgado 3.º Civil del Circuito de Bogotá y la decidió en sentencia de 30 de septiembre de 1938, en la cual niega todas las peticiones de la demanda y absuelve a los demandados de todos los cargos formulados en ella. Se fundó el juzgador de primer grado en la consideración de que el actor Valenzuela no es el titular del derecho del cual deduce la acción que ejercita, de donde concluye que no ha radicado en su cabeza título alguno para pedir en el presente caso la declaración de simulación de la compraventa mencionada o su resolución por falta de pago del precio. Estima que por esa circunstancia carece de personería sustantiva para interponer en su propio nombre las mencionadas acciones, aun limitándolas al 30 por 100 del fundo vendido, por considerar que la convención celebrada entre Valenzuela y Ferré Amigó, según las cláusulas de la escritura 1715 de 1930, es un contrato de cuota-litis con mandato judicial, so-

metido a la doble condición de que se ejercitaran oportunamente las acciones incoadas y de que éstas prosperaran en su totalidad.

LA SENTENCIA ACUSADA

Por virtud de apelación del actor Valenzuela conoció de la segunda instancia el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, quien la falló en sentencia de 10 de julio de 1941, en la cual confirma en todas sus partes la sentencia materia de la alzada.

Al igual del fallador de primer grado estima el Tribunal que el actor Valenzuela carecía de personería sustantiva y adjetiva para interponer las acciones incoadas, porque el contrato celebrado entre Valenzuela y Aurelio Ferré Amigó, según se desprende de sus cláusulas constitutivas, no es una venta, ni una donación, ni una permuta, porque no se pactó precio determinado que es esencial para el primero y el último de los pactos mencionados, y para el segundo faltó el *animus donandi;* por ese motivo la cesión no surtió ningún efecto y no permite que se la modele como venta de cosa ajena.

Continúa de esta manera el Tribunal: «Si Valenzuela nada adquirió era indispensable, para que la acción pudiera prosperar, que el mandante Ferré Amigó mantuviera el poder que había conferido y que revocó cuando Valenzuela incoó su primera demanda. Revocado ese poder quedó sin personería sustantiva y adjetiva el actor Valenzuela para sostener la acción. Sustantivamente, por lo que hemos sustentado, tanto más notorio cuanto las acciones que debía promover Valenzuela por razón del contrato de mandato y de cuota-litis, primordialmente perseguían beneficiar ante todo al mandante, y secundariamente al mandatario y como compensación a sus esfuerzos y gestiones; y tanto más también cuanto esas acciones son de carácter personal en su primordial finalidad. Además, el interés jurídico para demandar reposaba en la cabeza del mandante, en su totalidad, como lo hemos demostrado, porque si Valenzuela no adquirió el 30 por 100 de los derechos y acciones reales de dominio pleno del inmueble vinculado al pleito, por razón de las estudiadas condiciones suspensivas, el 100 por 100 o unidad de derecho de dominio que se pretendía reclamar estaba todo en el titular de ese derecho que era Ferré Amigó. No era posible fraccionar ese derecho como lo ha pretendido el actor, para ejercitar las acciones que ha ejercitado, en su único provecho, como si efectivamente fuera o hubiera quedado dueño del 30 por 100 o tercera parte del inmueble, como si lisa y llanamente se le hubiera transmitido en esta proporción en el caso supuesto de que Ferré Amigó hubiera sido dueño incondicional cuando hizo a Valenzuela la escritura número 71 base del pleito que se falla».

EL RECURSO

Se alza en casación el actor Valenzuela y acusa la sentencia del Tribunal por los motivos 1.° y 2.° de los consagrados en el artículo 520 del Código Judicial. El fundamento principal del recurso de casación lo hace consistir el recurrente en las circunstancias de haber apreciado erróneamente los términos de la demanda y en haber desconocido y apreciado erróneamente también el contrato «Valenzuela-Ferré Amigó», contenido en la escritura 1715 de 1930, cuyo análisis e interpretación viene a ser en definitiva la cuestión fundamental del litigio, tanto en las instancias como en casación, ya que en virtud de este pacto, Ferré Amigó hizo cesión del 30 por 100 del fundo cuya declaración de simulación se persigue, a cambio de determinadas gestiones y servicios por parte de Valenzuela.

Se pasan a estudiar, en su debido orden lógico, los cargos formulados:

6.° cargo. La sentencia no está en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes, y viola los artículos 2143, 2144 y 2184 del Código Civil, y 471 y 472 del Código Judicial.

Sostiene el recurrente que negarle la personería es resolver sobre el fondo de la convención contenida en la escritura 1715 y fallar sobre el incumplimiento del mandato que le otorgó Ferré Amigó, lo cual no es materia del pleito; por lo tanto el fallo no está en consonancia con la demanda, y con esa misma motivación se hubiera podido dictar sentencia condenatoria o absolutoria.

No es fundado este cargo, porque en realidad el Tribunal no se detuvo a calificar la conducta de Valenzuela, como si se tratara de decidir sobre lo principal de la cuestión debatida, para entrar a calificar los actos u omisiones del citado mandatario y decidir en consecuencia sobre el cumplimiento o incumplimiento de sus obligaciones como tal. Pero sí tuvo necesidad el fallador de segundo grado de estudiar el título de que pretendía derivar su derecho Valenzuela, a efecto de resolver sobre el éxito de las acciones de simulación y de resolución intentadas y establecer la personería sustantiva de dicho actor. Para poder llegar a una conclusión jurídica sobre tan importantes extremos de la litis, era menester, dentro de la más elemental lógica procesal, analizar el pacto Valenzuela-Ferré y determinar la naturaleza de ese contrato, sus proyecciones respecto del litigio, las obligaciones de los contratantes, a efecto

de poder llegar a una decisión procesal en lo atañedero a las pretensiones del actor. Era menester que calificara y denominara esa convención, decidiera sobre el alcance de sus cláusulas, existencia de condiciones suspensivas, etc., etc., única forma de poder fallar la controversia que gira alrededor de ese pacto, como lo reconoce el mismo recurrente, incurriendo en manifiesta contradicción por este aspecto. Pero sin que tal conducta entrañara falta de concordancia entre lo pedido y lo fallado, ni que el sentenciador hubiera decidido *extrapetita*.

Por lo demás, tal cuestión sobre la naturaleza y elementos constitutivos del contrato celebrado fue materia discutida en las instancias, por haberlas incorporado a la controversia la parte demandada, en la contestación de la demanda y en las alegaciones de ambos grados del juicio; lo que contribuye a poner de resalto lo infundado de la tacha que se estudia.

Se rechaza el cargo.

I. Error de hecho evidente y de derecho en la interpretación de la demanda y violación por falta de aplicación de los artículos 756, 789, 1494, 1502, 1518 y 1602 del Código Civil y 2.° de la Ley 50 de 1936.

Sostiene el recurrente que confunde el Tribunal las peticiones principales con las subsidiarias e involucra aquéllas en éstas. Que el Tribunal estima también equivocadamente que el actor se limitó a pedir la nulidad por simulación del 30 por 100 del bien raíz vendido, cuando la declaración de simulación se suplicó respecto de la totalidad; y que de tales errores dedujo el Tribunal que el recurrente no podía pedir para sí el 30 por 100 de dicho bien porque el 70 por 100 restante se quedaría en el vacío, sin sujeto activo de ese porcentaje.

Este cargo también debe rechazarse, por las razones siguientes: *a)*, porque las consideraciones que hace el Tribunal alrededor de esta materia no son las únicas ni las fundamentales en que se basa el fallo acusado, que contiene otras numerosas razones, ésas sí directas y operantes, para aceptarse la conclusión de que el actor no es el titular del derecho incoado, derecho que no aparece radicado aún en su patrimonio, y por eso carece del debido interés jurídico para interponer esas acciones; *b)*, porque como el fin económico del pleito es la restitución al actor Valenzuela del 30 por 100 del inmueble y de sus frutos, según se suplica en las peticiones subsidiarias, bien dice el sentenciador de segundo grado que las acciones principales de simulación y de resolución de la venta no podrían prosperar en tal evento sino en el 30 por 100 del bien vendido, quedando en su operancia el pacto en el 70 por 100 restante, lo que entrañaría un absurdo jurídico. Considera la Corte que estas reflexiones y argumentaciones del Tribunal son inobjetables desde tal punto de vista procesal, pues no podría aceptarse una decisión judicial en la cual se decreta la restitución por simulación del 30 por 100 del dominio de un bien vendido, quedando en pie y en todo su vigor el contrato por el resto. Era indispensable, cuando menos, como lo plantea el fallador en forma simplemente interrogativa, que tal declaración tuviera incidencia sobre la totalidad del negocio contractual y que quien accionara demostrara ser el titular de todo el derecho o estuviera investido del suficiente interés jurídico para pedir la declaración de simulación o la resolución de la totalidad de un contrato en que no tuvo intervención y respecto del cual era un tercero.

No es fundado el cargo. Se rechaza.

II. 2.°, 3.°, 4.° y 5.° cargos. Se hacen consistir éstos, como viene dicho, en errores manifiestos de hecho en la apreciación del contrato Valenzuela-Ferré Amigó, que reza la escritura 1715 de 1930, pacto de donde pretende derivar el actor su derecho de dominio sobre el 30 por 100 del solar.

Alega el recurrente lo que pasa a extractarse:

a) Que el Tribunal se equivocó al estimar el contrato como de cuota-litis, porque lo que le transmitió Ferré Amigó no fue el 30 por 100 de un derecho litigioso sino el 30 por 100 del dominio en dicho lote de terreno, con lo cual violó directamente los artículos 1602, 1618, 1620, 1622, 1494, 756, 785 y 789 del Código Civil, y dejó de aplicar los artículos 740 a 753, 2142 a 2144 y 2184 de la misma obra.

b) Que el Tribunal atribuye a la cesión del 30 por 100 condiciones que no tiene, lo que no es exacto porque Ferré Amigó le transmitió en forma pura y simple el 30 por 100 del dominio que tenía en la finca, y de esa manera violó los artículos 1618, 1620, 1622 y 1542 del Código Civil.

c) Cuando el Tribunal concluye que la cesión no surtió ningún efecto, incurre en el error de aceptar que el contrato quedó sin efecto alguno porque el actor nada adquirió, cuando ha debido preferir una interpretación en que el pacto produjera algún resultado, analizando sus cláusulas para buscarle un efecto práctico de acuerdo con la intención y el espíritu de los contratantes, claramente manifestado; todo con violación de las normas 756, 789, 1494, 1618, 1620, 1622, 1867 y 1869 del Código Civil.

d) Según el contrato, Ferré Amigó pagó anticipadamente los servicios del actor con la transmisión del 30 por 100 del lote que simuladamente había vendido a su padre, con lo cual quedaron en

comunidad en esos bienes; pero como Ferré le revocó el poder, poniéndole en imposibilidad de cumplir el mandato, el 30 por 100 que había pagado por anticipado quedó definitivamente de propiedad del actor y no puede ser repetido por Ferré Amigó, con violación directa de los artículos 949, 2143, 2150, 2184 y 2323 del Código Civil.

Al estudiar en conjunto estos cargos considera la Sala de Casación:

A. El contrato Valenzuela-Ferré, que viene a ser indudablemente la piedra angular del proceso, aparece redactado en términos oscuros y confusos que por su ambigüedad requieren una interpretación por parte de la Corte, a efecto de averiguar la intención de las partes y fijar la extensión de la voluntad contractual. En esta labor interpretativa debe tenerse en consideración la regla de hermenéutica consagrada en el artículo 1620 del Código Civil, en cuya virtud el sentido en que una cláusula puede producir algún efecto deberá preferirse a aquel en que no sea capaz de producir ninguno.

En la cláusula primera de dicho pacto dice Ferré Amigó que transfiere a favor de Valenzuela «una cuota parte correspondiente a un 30 por 100..... *de la venta simulada y en confianza* que le hizo a Marcos Ferré Salvadó del lote de terreno parte de la finca llamada *El Paraiso*. (Subraya la Corte).

Razón le asiste al Juzgador de primer grado cuando dice que vender una cuota parte de una venta simulada equivale a no vender nada. No puede interpretarse esa cláusula como venta porque falta el requisito del precio; tampoco como permuta por la misma razón, y menos como donación, porque falta el *animus donandi*, y ésa no pudo ser la intención de los contratantes.

Se hace necesario escudriñar la intención de las partes, y para alcanzar este resultado se impone la aplicación de la regla de hermenéutica de que las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándosele a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad (artículo 1622 del Código Civil).

Pues bien: leyéndose la cláusula segunda se logra conocer la intención de los estipulantes y la naturaleza del pacto que quisieron celebrar, pues allí se dice «que el 30 por 100 de todos los *derechos y acciones* que Ferré Amigó transfiere a Valenzuela *constituye el valor de los servicios y honorarios profesionales* del último para promover las acciones correspondientes para obtener la nulidad, rescisión, resolución o acción correspondiente del contrato de compraventa y la consiguiente restitución y entrega de dicho lote de terreno». (Subraya la Corte).

Es indudable que en la cláusula anterior está contenido el móvil del pacto, que viene a servirle de causa eficiente y justificativa. Ferré Amigó creía tener derecho de dominio en esa finca, antes vendida a su padre, Marcos Ferré Salvadó, y de tales derechos nacía la acción de simulación que debía ejercitarse para que el bien volviera al patrimonio de Ferré Amigó. En esas circunstancias nada podía vender éste a Valenzuela, porque sólo el éxito y prosperidad de tal acción haría que recuperara el dominio. Aparece ahora bien claro que el fin perseguido por los contratantes y el móvil determinante del contrato era conseguir que el fundo regresara al patrimonio de Ferré Amigó, y para obtener ese resultado Valenzuela ejercitaría como mandatario las acciones de Ferré, por sí o por interpuesta persona, percibiendo el 30 por 100 de ese bien raíz como remuneración *por sus servicios y honorarios profesionales*, para lo cual le transferiría desde entonces y con la debida anticipación el dominio del 30 por 100 de dicha venta simulada; pero condicionándose esa transferencia a que por parte de Valenzuela se interpusieran las respectivas acciones judiciales y a que éstas produjeran el efecto jurídico de hacer regresar el dominio de la totalidad del fundo vendido al patrimonio de Ferré Amigó.

De lo expuesto se concluye que, mediante la investigación de los verdaderos móviles determinantes de la voluntad de las partes, el pacto celebrado entre Valenzuela y Ferré Amigó reviste el carácter de un mandato con remuneración a cuotalitis, como bien lo estimó y calificó el sentenciador de segunda instancia. No pudo haber otra intención por parte de Ferré, dado que no se estipuló precio en dinero ni aparece éste pagado. Y si el *precio* que figura señalado en el contrato, como prestación recíproca y conmutativa por parte de Valenzuela, es el valor de sus servicios y honorarios profesionales por el ejercicio de tales acciones, no puede quedar duda alguna que se está en presencia de un contrato de cuota-litis con mandato, vale decir de un pacto de arrendamiento de servicios.

Pero es que aun cuando se quisiera asignar a ese pacto los efectos jurídicos de una compraventa, tampoco podría concluírse que el actor Valenzuela es el titular del derecho de dominio sobre el 30 por 100 del solar, ni que exista un estado de comunidad entre él y Ferré Amigó, ni qué tenga el debido interés jurídico en suplicar la simulación de la totalidad del contrato anterior de venta entre Ferré hijo y Ferré padre, porque de los certificados de propiedad y libertad que ha expedido el Registrador de Instrumentos Públicos respecto del mencionado terreno no aparece que se hubiera realizado la tradición jurídica a favor de Valenzuela, porque debido a la oscuridad e imprecisión de la expresión «*transfiere el 30 por 100 de la venta simulada y en confianza*», no podía quedar la res-

pectiva inscripción de tal título en el libro número 1.º ni en el libro número 2.º, en la forma y con las condiciones que requiere la ley.

Hay algo más: esta misma interpretación fue la aceptada por el apoderado del actor, en su alegato de primera instancia, cuando dijo: «De conformidad con la parte final de esta cláusula, que es la primera del instrumento referido, Aurelio Ferré Amigó le transfirió a Carlos S. Valenzuela el 30 por 100 de los derechos que al tradente le corresponderen (sic) en la finca de *El Paraíso* una vez declarada la simulación del contrato».

Posteriormente, el mismo demandante, en su alegato de conclusión de segunda instancia, acepta también esa interpretación al hacer esta terminante declaración: «....es decir, que tanto las gestiones, diligencias o acciones ejercitadas ante el Poder Judicial, como las gestiones y diligencias adelantadas fuera de él..... me dan derecho a la cuota parte correspondiente al *30 por 100 en el valor de toda clase de bienes* que por medio de mis diligencias, gestiones o juicios *obtuviere para mi mandante o para la sucesión* de la señora Amigó Munné....» (El subrayado es de la Corte).

B. Alega el actor y recurrente otras dos circunstancias para atacar el fallo del Tribunal, a saber: 1.ª Que en el mismo contrato de mandato se expresa claramente en la cláusula 6.ª que si Ferré incurría en alguna de las omisiones o ejecutaba alguno de los actos allí enumerados, cualquier servicio que Valenzuela hubiera prestado o gestión que hubiera efectuado en la iniciación de las diligencias o acciones a que estaba obligado y en la prosecución de estas mismas acciones, «será suficiente para dar por cumplida la condición de los servicios prestados y satisfechas las obligaciones del señor Valenzuela»; 2.ª Que Ferré le revocó el mandato judicial y desistió de las acciones instauradas a su nombre en este juicio, colocando a Valenzuela en imposibilidad de cumplir sus servicios y gestiones.

A lo anterior responde la Corte que como el mandato convenido tenía por objeto la realización de numerosas gestiones tendientes tanto a que se incorporaran en unos inventarios adicionales de la sucesión de la señora Josefa Amigó Munné varios bienes sustraídos de esa mortuoria, como a conseguir por medio de las respectivas acciones judiciales que el solar vendido a Marcos Ferré Salvadó regresara al patrimonio de Ferré Amigó, debe reconocérsele a tal cláusula 6.ª, dentro de la simetría del contrato, una aplicación limitada exclusivamente a las gestiones primeramente determinadas, es decir, a aquellas que se referían a la recuperación de bienes ocultados en la sucesión de la señora Amigó Munné. Resultaría absurdo darle a dicha cláusula aplicación extensiva a la materia de este pleito, porque lo que se proponía el mandante al convenir la remuneración condicional era que se declarara la simulación o la resolución del contrato de venta del solar y que éste volviera a sus manos. Y para obtener esto era de rigor que Valenzuela, no sólo intentara esas acciones judiciales o iniciara gestiones en ese sentido, sino que las adelantara con todo éxito procesal hasta alcanzar las declaraciones favorables y obtener la restitución y entrega del lote de terreno. Y esta solución es la que se desprende del propio mecanismo del contrato.

Conviene recordar, para desestimar estas tachas del recurrente, que el mandato lo recibió el 11 de agosto de 1930 (escritura 1715) y Ferré le otorgó el poder general para pleitos a que se había obligado, por escritura 1810, de 23 de agosto de ese mismo año. Desde esta última fecha hasta la presentación de la primera demanda en este proceso, 16 de septiembre de 1936 transcurrieron más de seis años sin que Valenzuela iniciara las acciones tendientes a recuperar el solar. Esa actitud la consideró Ferré Amigó como desidiosa y perjudicial para sus intereses, y en el memorial que acompañó a la escritura de revocación del poder hace presente que le retira el mandato porque Valenzuela no dio cumplimiento a las obligaciones contraídas tendientes a recuperar los bienes que le correspondían en la sucesión de su señora madre, y que lejos de ayudarlo en esa labor procuró entrabar cualquier gestión de las que intentó para lograr ese resultado; agrega que en vista de esa negligencia de Valenzuela se vio en el caso de arreglar sus asuntos directamente, sufriendo graves perjuicios, y que su mandatario estaba en incapacidad de ejercer ningún poder por impedírselo la ley, ya que carecía de título de idoneidad y del correspondiente permiso para ejercer un mandato judicial.

Resulta de lo dicho que mal pudo convenir Ferré Amigó en transferir condicionalmente el 30 por 100 del solar a cambio de una simple iniciación de acciones o de la realización de gestiones preliminares por parte de Valenzuela, en lo atañedero a recuperar ese bien raíz, cuando lo que se propusieron los contrayentes no pudo ser esa labor inicial y trunca, sin resultado práctico alguno para los móviles que se perseguían, sino alcanzar éstos en su totalidad mediante la declaración de simulación y consiguiente devolución del fundo.

Y si esto no fue así, y si, en vía de hipótesis, se supone que aun por el contrario el incumplimiento del contrato fue culpa de Ferré Amigó, se observa que lo procedente sería ejercitar Valenzuela las acciones consiguientes por ese incumplimiento; pero que, sea de ello lo que fuere, nada

de eso es pertinente aquí, donde la controversia no radica sobre estos temas, sino sobre la personería de Valenzuela y su interés jurídico para pretender la invalidación del contrato.

C. Concluye la Corte de lo antes expuesto, que el único efecto que puede reconocérsele a la cláusula 1.ª, puesta en relación con las otras de la convención a cuota-litis es la de que la remuneración u honorarios del mandatario Valenzuela era del 30 por 100 de los bienes que obtuviera o que recuperara mediante el adelantamiento de las gestiones pertinentes, si se trataba de aquellos excluídos de la mortuoria de la señora Amigó Munné; o de las acciones de nulidad, simulación o resolución para recobrar el solar materia de la venta entre el padre y el hijo. Se está en presencia, por lo tanto, de la transferencia condicional de parte de un bien futuro, que se esperaba lograr mediante el ejercicio de unas acciones judiciales y cuya efectividad dependía de que éstas prosperaran (artículos 1518 y 1869 del Código Civil).

Se ajusta a derecho la doctrina del Tribunal y no es el caso de infirmar el fallo acusado. Se rechazan los cargos 2.° a 5.° de la demanda de casación.

FALLO

Como consecuencia de la resolución anterior, 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 pleito por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 10 de julio de 1941.

Las costas del recurso son de cargo del recurrente.

Publíquese, notifíquese, cópiese, 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. *Pedro León Rincón*, Secretario en propiedad.

Confesión presunta conforme al artículo 618 del Código Judicial.

Para la Corte es incuestionable que la declaración sobre presunción de ser ciertos los hechos preguntados, de que trata el artículo 618 del Código Judicial, no es natural hacerla, lógica y jurídicamente hablando, contra quien desde la iniciación del juicio se sabe que no tiene vecindad conocida y que se ignora su residencia. Del contexto de las disposiciones que reglamentan esta materia se deduce que tal declaración no debe pronunciarse legalmente sino contra quien se halla procesalmente presente, porque lo contrario sería aberrante, se prestaría a cometer abusos incalificables, y equivaldría, en el fondo, a violar el precepto constitucional que prohibe condenar a nadie sin ser oído ni vencido en juicio. El artículo 619 del Código Judicial impide hacer dicha declaración, cuando se pruebe que quien debía comparecer no lo hizo porque hubo fuerza mayor o caso fortuito. ¿Y qué mayor fuerza puede haber cuando de antemano y a través de toda la actuación judicial se sabe que quien debe comparecer se halla ausente, que no tiene vecindad conocida y que se ignora su residencia? Otra cosa es que quien ya se ha hecho presente personalmente en el proceso, se ausente o esconda con el fin de que no pueda ser citado para absolver posiciones personalmente. Contra él, llenados los requisitos de la citación, sí tienen toda su fuerza y eficacia los preceptos legales que ordenan tener por ciertos los hechos preguntados, porque es claro que él trata de esquivar la acción de la justicia No así contra quien seguramente ignora inclusive que ha sido demandado. El mismo artículo 621 del Código Judicial, que determina las diligencias que deben llenarse para dar por hecha la notificación personal para que alguien comparezca a absolver posiciones, dice en su inciso final: «Lo dispuesto en este artículo no es aplicable al demandado que por falta de notificación personal de la demanda esté representado por curador *ad litem*. ¿Por qué? Porque ese demandado no ha estado ni está procesalmente presente, y la ley no permite que en esas condiciones se le declare confeso. Similarmente, análogamente, lo mismo ocurre en el caso a que aluden los autos en que el actor manifestó en su demanda que la vecindad del demandado era desconocida y que se ignoraba su residencia, y pidió que el juicio se siguiera con el apoderado general de éste, el cual no estuvo presente en el juicio en ningún momento, ni intervino personalmente en ninguna de sus actuaciones. De consiguiente, no es jurídico aplicarle los preceptos que reglamentan la declaración de presunción de que se ha venido hablando.

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

(Magistrado ponente, doctor Isaías Cepeda).

El señor Eladio Borrero, por medio de apoderado, promovió ante el Juzgado 1.° Civil del Circuito de Girardot demanda ordinaria contra el doctor Octavio Perdomo S., para que con su citación y audiencia se declara:

«Primero. Que mi representado Eladio Borrero A. es propietario o dueño único y exclusivo de los ocho mil doscientos quince pesos con ochenta y tres centavos que le fueron adjudicados en común con el demandado en la partición de los bienes de José María Urquijo, vinculados dichos derechos en la finca o hacienda denominada *La Esmeralda*, ubicada en jurisdicción municipal de Girardot, finca compuesta de potreros de pasto artificial, casa de habitación, lomas y monte, inclusive el subsuelo, alinderada» como allí se indica.

«Segundo. Que mi representado Eladio Borrero A. es propietario o dueño único y exclusivo de los un mil doscientos pesos que le fueron adjudicados en común con el demandado en la partición de los bienes de José María Urquijo, vinculados dichos derechos en el lote de terreno inventariado en la partida *décima*, en cuyo lote hay una mina de carbón en explotación, delimitado» también como en la demanda se expresa.

«Tercero. Que como consecuencia de estas declaraciones principales, el demandado debe restituír a mi mandante, dentro del término legal o el que el Juzgado designe, la mitad de los expresados derechos y pagarle todos los frutos naturales y civiles desde que entró en posesión de la mitad de los referidos derechos, hasta el día en que verifique la restitución de los mismos, especialmente los minerales extraídos de la mina de carbón, y no sólo los percibidos sino los que mi representante hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad estando dichos derechos en su poder.

«Cuarto. Que se declare que el demandado es poseedor de mala fe de los referidos derechos; y

«Quinto. Que el demandado debe pagar las costas procesales».

En subsidio de las anteriores declaraciones demandó las siguientes:

«Primera. Que se declare resuelto por falta de pago del precio el cuasi contrato de comunidad celebrado o creado entre mi representado y el demandado sobre la finca de *La Esmeralda*, y el lote donde se halla la mina de carbón pormenorizados atrás, y que como consecuencia de dicha declaración pertenece a mi representado, de manera exclusiva, la totalidad de esos derechos adjudicados en la sucesión de José María Urquijo, y que por lo mismo debe cancelarse la inscripción hecha en favor del demandado sobre los referidos derechos.

«Segunda. Que el demandado es deudor, de plazo vencido, de mi representado, por la suma de *seis mil pesos moneda corriente* y los intereses legales de dicha cantidad conforme a la fecha de las escrituras de compras de derechos que se acompañan con esta demanda, suma pagadera en Girardot y exigible dentro del término legal o el que la sentencia señale, obligación que nace de no haber pagado un solo centavo para la compra de los derechos herenciales a que se refieren las tres escrituras mencionadas, de derechos hereditarios; compras que en conjunto ascendieron a la cantidad de *doce mil pesos moneda corriente* que pagó en su totalidad mi representado Eladio Borrero a todos y a cada uno de los vendedores, con dinero de su exclusiva propiedad».

Agotada la tramitación de la primera instancia, el Juez del conocimiento decidió el pleito por sentencia de 30 de agosto de 1940, así:

«1.° Son improcedentes las acciones que se ejercitan.

«2.° Niéganse todas las declaraciones tanto principales como subsidiarias que se solicitan en la demanda.

«3.° Cancélese el registro de la demanda.

«4.° Condénase al demandante en las costas del juicio».

Consideró el Juzgador de la primera instancia que entre Eladio Borrero y Octavio Perdomo se constituyó un contrato de sociedad civil para comprar los derechos sobre que versa el juicio, y que al pagar aquél por Perdomo lo que a éste le correspondía, se subrogó en los derechos de la sociedad para cobrar a Perdomo el valor de su aporte, y por ese camino llegó a la conclusión de que las acciones incoadas son improcedentes.

De esta sentencia apeló el señor apoderado del actor, y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá le puso fin a la segunda instancia con su fallo del 29 de marzo de 1941, cuya parte resolutiva dice:

«1.° Declárase que el señor Eladio Borrero, mayor y vecino de Ambalema, es dueño de la mitad de los derechos que en común con el señor Octavio Perdomo, les fueron adjudicados dentro de la sucesión de José María Urquijo, sobre la finca de *La Esmeralda* y el lote carbonífero que describe la partida décima de los correspondientes inventarios, deslindados como se expresa en los apartes primero y segundo petitorios de la demanda.

«2.° Condénase al señor Octavio Perdomo, mayor de edad y de domicilio desconocido, a pagar al expresado Eladio Borrero, dentro de la ejecutoria de esta providencia, la cantidad de seis mil pesos ($ 6.000) moneda corriente, valor de la mitad de los derechos que los dos compraron en la sucesión de José María Urquijo, tal como se expresa en la parte motiva de este fallo.

«3.° No es el caso de hacer ninguna de las otras declaraciones pedidas, por lo cual se absuelve al demandado de los cargos que en ellas se contienen.

«4.° Sin costas en el juicio.

«5.° Queda en estos términos reformada la sentencia que ha sido objeto de la apelación».

El Tribunal halló completamente equivocados los razonamientos del Juez *a quo;* estimó que entre Borrero y Perdomo se constituyó de hecho una comunidad, conforme a la cual cada uno de ellos es dueño de la mitad de los bienes adquiridos, por lo cual no podía hacerse la declaratoria de dominio total en favor de Borrero, sino respecto de la mitad que resulta pertenecerle a él; consideró que no es el caso de declarar disuelta la comunidad, por falta de cumplimiento de Perdomo, y fundándose en la declaratoria de confeso pronunciada por el Juzgado respecto de Perdomo, por unas posiciones personales que se le pidieron y que éste no compareció a absolver, lo condenó a pagar a Borrero la cantidad de seis mil pesos ($ 6.000) que según tales posiciones Borrero le prestó a Perdomo para pagar los derechos sobre que versa el pleito.

EL RECURSO

Contra este fallo interpuso recurso de casación el señor apoderado del demandado, quien lo fundó oportunamente ante la Corte.

En su demanda dice el recurrente:

«Invoco las causales 1.ª, 2.ª y 6.ª de casación, establecidas en el artículo 520 del Código Judicial, por los motivos que iré exponiendo separadamente, iniciando este estudio con la 6.ª causal, por ser la de nulidad del juicio, que haría inoficioso todo lo demás, en caso de ser aceptada por la Corte».

Divide luégo su acusación en seis cargos, a saber:

I. Nulidad del juicio.

Sostiene que el juicio quedó viciado de nulidad porque el Juez de Girardot no era competente para conocer de él, al tenor de lo dispuesto en los artículos 143, 150, 151 y 152 del Código Judicial, en relación con los artículos 76 y siguientes del Código Civil, toda vez que en la demanda se expresa que el demandado Perdomo es de vecindad desconocida y que se ignora su residencia. Alega que se ha violado el artículo 22 de la Constitución Nacional, y que la nulidad procede en casación de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 488, en relación con la causal 6.ª del 520 del Código Judicial.

II. Inconsonancia de la sentencia con la demanda.

Dice que según las peticiones principales y subsidiarias de la demanda y teniendo en cuenta los hechos fundamentales, Borrero no ejercitó la acción reivindicatoria o de dominio sobre la finca denominada *La Esmeralda*, ni sobre el lote carbonífero, en la mitad que a él le fue adjudicada, porque Borrero nunca ha perdido su mitad, ni nadie le disputa sus derechos sobre ella. Que a lo sumo podría admitirse que Borrero ejercitó malamente una acción de dominio en los derechos de Perdomo, pero nunca en los propios derechos de Borrero, y que como el Tribunal hace esa declaración, falló *ultra petita* y la sentencia no es congruente con la demanda.

III. Violación de ley sustantiva por error de derecho.

Estima el recurrente que el Tribunal incurrió en error de derecho al apreciar la prueba sobre declaratoria de confeso a cargo de Perdomo, que lo llevó a violar directamente los artículos 593 y siguientes y 603, 604, 605 y 606 del Código Judicial, y que violó, además, por aplicación indebida, los artículos 618, 619 y 621 del mismo Código.

Dice que conforme al sentido de tales preceptos legales no pueden pedirse posiciones para que las absuelva personalmente el demandado que en la misma demanda se declara que es de *vecindad desconocida* o de *residencia ignorada*, y que como el Tribunal fundó la condena a cargo de Perdomo, de pagar $ 6.000 a Borrero, en la declaratoria de confeso que se hizo contra Perdomo, cuya vecindad y residencia se ignoran, por lo cual no pudo ser citado personalmente, incurrió en el error de derecho anotado.

IV. Violación de ley sustantiva por aplicación indebida.

Dice el recurrente:

«Por las mismas razones del capítulo anterior hubo violación de ley sustantiva (los artículos 603 a 619 del Código Judicial), al aplicarlos al caso del señor Perdomo, no siéndole aplicables, por lo ya expuesto. Debe, pues, considerarse también la causal primera por este nuevo aspecto, y así lo invoco».

V. Violación de ley sustantiva por error de hecho.

Considera el recurrente que el Tribunal incurrió en error de hecho (sic) al apreciar las escri-

turas de compras de derechos herenciales, de las cuales aparece que Perdomo y Borrero compraron por partes iguales, y desde luégo pagaron, tales derechos.

Estima que al no darle pleno valor a esas escrituras se violaron los artículos 1759 y 1934 del Código Civil, y agrega que, por otra parte, el verdadero título de propiedad de Perdomo es el acto de partición en la sucesión de Urquijo, en el cúal consta que se le adjudicaron a Perdomo los bienes sobre que versa el pleito.

VI. Violación directa de ley sustantiva.

Dice el recurrente que el demandado, al contestar la demanda, propuso la excepción de inexistencia de la obligación, de modo que el Juez estaba obligado a estudiar y resolver esa excepción, así como cualquiera otra de carácter perentorio que se desprendiese de los hechos del expediente, y que, sin embargo, el fallo no lo hizo.

Agrega que se dirá que era improcedente estudiarlas, desde luégo que el Tribunal halló que las posiciones probaban los hechos afirmados por el demandante, pero que eso no basta porque una obligación puede haber existido y haberse extinguido por la prescripción, o carecer el acreedor de acción para pedirla.

Sostiene que así se violaron los artículos 343 del Código Judicial y 1527 del Código Civil.

ESTUDIO DE LOS CARGOS

Ante todo, es preciso estudiar el cargo de nulidad del juicio, por falta de jurisdicción del Juez de Girardot, por no ser competente para conocer de él, en sentir del recurrente.

En concepto de la Sala ese cargo es completamente infundado, por la sencilla razón de que la competencia que se fija por razón del lugar es prorrogable, y se entiende prorrogada por parte del demandado, conforme al artículo 153 del Código Judicial, por el solo hechó de no oponer la excepción oportunamente, como sucedió en el presente juicio, en que el señor apoderado nada dijo al respecto, durante las dos instancias del juicio. Además, no habiendo sido discutido este punto en las instancias, el cargo no incide en casación.

Resuelto ese primer punto, estima la Corte que los cargos marcados con los números III, IV y V pueden resumirse en uno solo, de violación de ley sustantiva, por la íntima conexión que entre ellos existe, y al examinarlos detenidamente considera que deben declararse fundados, por lo cual contraerá a ellos su estudio, de conformidad con lo ordenado en el artículo 538 del Código Judicial.

El Tribunal, para condenar a Perdomo a pagar a Borrero los seis mil pesos ($ 6.000) de que trata el ordinal 2.° de la parte resolutiva de la sentencia, tuvo en cuenta, únicamente, la presunción de ser ciertos los hechos preguntados a Perdomo en unas posiciones pedidas para que éste las absolviera personalmente, posiciones que Perdomo no se presentó a absolver.

Sobre este punto dice la sentencia:

«De lo que se trata es de averiguar la verdad de un acuerdo anterior sostenido por Borrero, en virtud del cual éste le suministró a Perdomo, para que posteriormente se las devolviera, las sumas con que éste concurrió a adquirir la mitad de los derechos a que tales instrumentos se refieren, y si por lo mismo y en virtud de dicho acuerdo está o nó el demandado en la obligación de devolver esa suma, que es ni más ni menos el objeto de la acción que se aduce en este último pedimento de la demanda.

«Pues bien: para acreditar la verdad de este acuerdo el demandante solicitó de Perdomo unas posiciones durante el término probatorio de la primera instancia. El señor Perdomo no pudo ser notificado personalmente del auto en que se le llamó a absolver tales posiciones, y en tal virtud hubo de promoverse la actuación correspondiente en orden a dar por surtida dicha notificación, como así lo declaró el Juzgador en auto del veintidós de febrero del año próximo pasado (folio 22, cuaderno número 3). Posteriormente y como el citado no compareciera, se promovió la correspondiente articulación a fin de que se presumieran ciertos los hechos sobre los cuales estaba llamado Perdomo a deponer, incidente éste que fue decidido en providencia de diez y seis de abril siguiente, por medio de la cual se "declaró la presunción de ser ciertos los hechos contenidos en las posiciones pedidas en este juicio y decretadas con fecha diez de mayo de mil novecientos treinta y nueve, a cuyo efecto se abrirá el pliego respectivo de posiciones y se calificarán las preguntas, con el fin de concretar los puntos a que tal presunción ha de aplicarse" (folios 2 vuelto y 3.°, cuaderno número 4). Dicho cuestionario fue calificado como conducente en su totalidad, en diligencia de 29 de mayo siguiente, "menos en lo referente a la frase que se encuentra en las preguntas segunda, cuarta y sexta, y que dice: 'con dinero de su exclusiva propiedad', frase que se suprimirá por contener un hecho que no es personal del absolvente"».

Reproduce luégo la sentencia las preguntas mencionadas, y agrega:

«De modo que, conforme al tenor de las preguntas que acaban de transcribirse, han de tener

se como ciertos estos dos hechos fundamentales: el de que el precio total de la adquisición de los derechos de que se viene hablando fue cubierto por don Eladio Borrero, *sin que el señor Perdomo hubiera contribuido con un solo centavo*, y el de que este suministro lo hizo Borrero en virtud de la propuesta que le hizo Perdomo para que le facilitara la parte de precio que a él le correspondía, comprometiéndose a restituirle esta suma, o a cancelársela mediante dación en pago de los mismos bienes que adquiría. Luego si de acuerdo con el artículo 606 del Código Judicial, "la confesión judicial tiene la fuerza de prueba plena....." y "contra la confesión presunta por declaración del Juez, o por otra causa, se puede aducir plena prueba que la desvirtúe, practicada dentro de los respectivos términos probatorios del juicio", resulta de necesidad concluír que, no habiéndose producido esa plena prueba en contrario de los hechos presuntivamente confesados, es preciso reconocerlos como ciertos».

Para la Corte es incuestionable, como lo sostiene el recurrente, que la declaratoria sobre presunción de ser ciertos los hechos preguntados, de que trata el artículo 618 del Código Judicial, no es natural hacerla, lógica y jurídicamente hablando, contra quien desde la iniciación del juicio se sabe que no tiene vecindad conocida y que se ignora su residencia. Del contexto de las disposiciones que reglamentan esta materia, se deduce que tal declaratoria no debe pronunciarse legalmente sino contra quien se halla procesalmente presente, porque lo contrario sería aberrante, se prestaría a cometer abusos incalificables y equivaldría, en el fondo, a violar el precepto constitucional que prohibe condenar a nadie sin ser oído ni vencido en juicio.

El artículo 619 del Código Judicial impide hacer dicha declaratoria cuando se pruebe que quien debía comparecer no lo hizo porque hubo fuerza mayor o caso fortuito. ¿Y qué mayor fuerza puede haber cuando de antemano y a través de toda la actuación judicial se sabe que quien debe comparecer se halla ausente, que no tiene vecindad conocida y que se ignora su residencia? Otra cosa es que quien ya se ha hecho presente personalmente en el proceso, se ausente o esconda con el fin de que no pueda ser citado para absolver posiciones personalmente. Contra él, llenados los requisitos de la citación, sí tienen toda su fuerza y eficacia los preceptos legales que ordenan tener por ciertos los hechos preguntados, porque es claro que él trata de esquivar la acción de la justicia. No así contra quien seguramente ignora inclusive qué ha sido demandado.

El mismo artículo 621 del Código Judicial, que determina las diligencias que deben llenarse para dar por hecha la notificación personal para que alguien comparezca a absolver posiciones, dice en su inciso final:

«Lo dispuesto en este artículo no es aplicable al demandado que por falta de notificación personal de la demanda esté representado por curador *ad litem*».

¿Por qué? Porque ese demandado no ha estado ni está procesalmente presente, y la ley no permite que en esas condiciones se le declare legalmente confeso.

Similarmente, análogamente, lo mismo ocurre en el caso de estudio. El actor manifestó en su demanda que la vecindad del demandado era desconocida y que se ignoraba su residencia, y pidió que el juicio se siguiera con el apoderado general de éste, y es evidente que el demandado en ningún momento del juicio ha estado presente, ni ha intervenido personalmente en ninguna de sus actuaciones. De consiguiente, no es jurídico aplicarle los preceptos que reglamentan la declaratoria de presunción de que se ha venido hablando.

Nada importa, como alega el opositor, que el señor apoderado del demandado no hiciera valer estas razones oportunamente, ni reclamara contra la declaratoria de confeso. En todo caso, se ha hecho ante la Corte, en tiempo y en forma adecuada, el ataque contra la sentencia por haberle dado a una prueba un valor que legalmente no le corresponde, y la Sala no puede hacer otra cosa que reconocer el error en que incurrió el Tribunal.

Por último, considera la Corte que las escrituras por medio de las cuales Borrero y Perdomo compraron los derechos y acciones sobre que ha versado el pleito, escrituras en las cuales consta que adquirieron tales derechos por iguales partes y que pagaron sus respectivos valores a los vendedores, sin que aparezca qne los pagos se hicieran con dineros de Borrero, fundan la presunción legal de que dichos pagos fueron hechos con dineros pertenecientes a ambos compradores, en la proporción correspondiente, presunción que no aparece desvirtuada por otras pruebas. Al no darle la sentencia el respectivo valor legal a esa prueba, incurrió en error de derecho que es preciso también reconocer.

Es suficiente lo dicho para concluír que son fundados los cargos que se analizan, de violación de ley sustantiva, provenientes de errónea apreciación de las pruebas mencionadas. En consecuencia, habrá de casarse parcialmente la sentencia acusada, para negar la *segunda* petición subsidiaria de la demanda.

A virtud de lo expuesto, 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 parcialmente

la sentencia pronunciada en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, con fecha veintinueve de marzo de mil novecientos cuarenta y uno, con el fin de revocar, como en efecto revoca, el ordinal 2.° de la parte resolutiva de ella, para absolver, como absuelve, al demandado doctor Octavio Perdomo de la *segunda* petición subsidiaria de la demanda. En todo lo demás queda vigente la aludida sentencia.

Sin costas 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*, Secretario en propiedad.

Acción de nulidad por simulación—Confesión—Error de hecho y de derecho—Incongruencia.

1. Por confesión no puede entenderse en un litigio sino la afirmación o reconocimiento por una de las partes de un hecho que la perjudica y que consiguientemente aprovecha a su contrario.

2. El error cuando es de hecho ha de aparecer de modo manifiesto en los autos, y cuando es de derecho consiste en que la prueba no se ha estimado como ordenan las respectivas disposiciones legales.

3. Cuando se trata de indicios se analizan uno a uno para ver si está comprobado cada cual satisfactoriamente (artículo 666 del Código Judicial); en seguida se establece la conexión que, en su caso, quepa lógicamente entre ellos, a fin de saber si, así relacionados, constituyen la prueba que pretende erigir quien los presenta.

4. Repetidamente ha dicho la Corte que al motivo 2° de los del artículo 520 del Código Judicial no da lugar el simple hecho de que a tal o cual de las personas litigantes o a todas ellas desagrade o no satisfaga la sentencia recaída en su pleito, y que esa causal es procedente cuando efectivamente aquella consonancia falta porque la sentencia deja de decidir sobre algo de lo puesto *sub judice* o porque falla *ultra petita*, ya extendiéndose sobre algo no contenido, o al fallar sobre lo controvertido lleva la condena o declaración más allá de la respectiva súplica. La Corte, además, ha observado por punto general que una sentencia absolutoria no puede recibir la acusación de esa falta de consonancia.

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

(Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza).

Tramitado debidamente, se decide el recurso de casación interpuesto por el demandante contra la sentencia del Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo de 12 de diciembre último, confirmatoria de la del Juzgado Civil de ese Circuito que en 30 de mayo de 1940 negó las peticiones de demanda y contrademanda en el presente juicio ordinario, instaurado por Roberto Mariño como heredero único de Julio Alejandro Mariño Herrera contra María Luz y Aura María González Mariño, para que se declare la nulidad por simulación de la venta que Julio Alejandro hizo a María Luz el 29 de abril y el 30 de septiembre de 1928, y la que ésta hizo a Aura María el 19 de septiembre de 1929. En la reconvención piden ellas la nulidad del testamento otorgado por Julio Alejandro el 6 de mayo de 1931, en que instituyó heredero a Roberto. Tanto la demanda como la contrademanda formulan además las solicitudes consiguientes a sus respectivas peticiones principales antedichas sobre nulidad.

Siendo Roberto Mariño recurrente único, quedan descartadas del debate las cuestiones atañederas a la contrademanda, y formando la materia del recurso las planteadas por la demanda principal que, en suma, consisten en la nulidad de las citadas compraventas.

Juzgado y Tribunal entendieron demandada la simulación de esos contratos, y el recurrente, conceptuando del propio modo, no hace reclamo alguno sobre esa interpretación de su libelo.

El motivo que aduce es el de violación de disposiciones legales sustantivas por obra de errónea apreciación de las pruebas, en forma que la clave del recurso es este error, al punto de que sólo hallándosele se producirá aquella violación y de que, igualmente, si no se le halla, será inoficioso analizar las disposiciones que el recurrente señala como quebrantadas.

A pesar de que la acusación consiste en ese error y de que el Código Judicial, en el numeral 1.° de su artículo 520, exige que se determinen

las pruebas sobre cuya apreciación se formule tal cargo, el recurrente manifiesta que sería *inútil* «la enumeración y examen de los indicios vehementes, graves, precisos y conexos que aparecen demostrados en el proceso», y se limita, en cuanto a indicación precisa de pruebas como mal apreciadas, a éstas: el testamento de Mariño Herrera, las declaraciones de los testigos Ramón Mancera y Liborio Mendoza y las cartas dirigidas a aquél por las señoritas González.

El recurrente aduce la afirmación del vendedor al testar, sobre que su venta a esta señorita fue ficticia y en confianza, y calificando esa declaración de confesión y advirtiendo la fuerza legal de esta prueba, acusa al Tribunal en cuanto, a pesar de esto, negara la simulación comprobada así plenamente.

Este concepto es a todas luces inadmisible. Apenas habrá para qué hacer presente que por confesión no puede entenderse en un litigio sino la afirmación o reconocimiento por una de las partes de un hecho que la perjudica y que consiguientemente aprovecha a su contrario.

Aunque esto es obvio y consabido, no sobra pensar en que si lo que a cada cual conviene se le tuviese por respaldado con la fuerza probatoria de una confesión con sólo afirmarlo o declararlo él, ningún demandante perdería su pleito, y, al propio tiempo, ninguna firmeza tendrían los contratos.

Contra el vendedor Mariño Herrera tienen sus declaraciones de la escritura pública de venta toda la fuerza probatoria que les asigna el artículo 1759 del Código Civil, extendida allí mismo a quien, como es cabalmente en este litigio, ocupa su lugar demandando en calidad de heredero suyo.

Las declaraciones de dichos dos testigos confirman el pensamiento que el señor Mariño Herrera formula en su aludida cláusula testamentaria, en cuanto dicen que él les manifestó clara e insistentemente que su venta a su sobrina María Luz era ficticia y que no recibió precio alguno. Así las cosas, aunque en gracia de hipótesis se diese la calidad de indicio a esa cláusula testamentaria, estas declaraciones meramente concurrirían a corroborarlo, pero no serían indicios distintos (Código Judicial, artículo 667). Más todavía: si se toman esas declaraciones por sí solas como otro indicio, no siendo necesario, su alcance depende de su conexión con los restantes (artículo 665 *ibidem*).

Las aludidas cartas presentan en extrema pobreza para la época de los contratos a las señoritas González Mariño, y de ahí deduce el recurrente un indicio contra la verdad de la declaración escriturada del pago de los precios y, consiguientemente, en favor de su tesis sobre simulación. El Tribunal, sin contradecir esa interpretación o, mejor dicho, sin hallarla inadmisible, observa que esa manifestación de pobreza hecha por ellas en misivas a su tío pudo ser un recurso de que se valían para conmoverlo y obtener dinero de él, y que, aunque tan mala situación se tuviese por demostrada con esa prueba, pudo sin embargo suceder que, aun pobres, consiguiesen por de momento con qué pagar. Adelante se verá algo más sobre este tema. En todo caso, razona el Tribunal, esas cartas no pueden tenerse como comprobante de la simulación de los contratos.

Las breves consideraciones precedentes sobre las pruebas únicas que el recurrente en su demanda de casación señala como mal apreciadas, bastan para hacer ver que es inadmisible el cargo de error de apreciación.

Ese error cuando es de hecho ha de aparecer de modo manifiesto en los autos, y bien se ve que esto no ocurre aquí, y cuando es de derecho consiste en que la prueba no se ha estimado como ordenan las respectivas disposiciones legales, lo que tampoco ocurre, como se ha dicho, al no atribuir a una cláusula testamentaria del vendedor en su propio favor la calidad de confesión, al no hallar en el dicho de los prenombrados dos testigos sino la refrendación de esa misma declaración de aquel contratante, y al no encontrar en las referidas cartas la prueba de la falta de pago, o al observar que aun en los casos en que esta falta de pago al contado efectivamente se acredita, no por eso sólo puede decirse que sea simulada la compraventa.

Cuando se trata de indicios, se analizan uno a uno para ver si está comprobado cada cual satisfactoriamente (Código Judicial, artículo 666), y aquí el Tribunal no faltó a este deber. En seguida se establece la conexión que, en su caso, quepa lógicamente entre ellos, a fin de saber si, así relacionados, constituyen la prueba que pretende erigir quien los presenta, y a este respecto no se advierte error en la apreciación hecha por el Tribunal.

El no se limitó a estudiar las pruebas a que en su demanda de casación se limita ahora el recurrente en su cita para determinarlas y que ya quedan consideradas en el presente fallo, sino que tomó en cuenta los demás elementos probatorios. Así, por ejemplo, la circunstancia de vender el señor Mariño al doctor Mancera después de su venta a la señorita María Luz, la señala el demandante como indicio de no ser verdadero este contrato, dada la honradez acrisolada del vendedor, y el Tribunal no encuentra obligada la interpretación de ese hecho en este preciso sentido y pone de presente lo que la ley establece para el

caso de venta separada de una misma cosa a personas distintas.

De haber conservado el vendedor la tenencia de lo vendido deduce otro indicio de simulación el recurrente; y el Tribunal, sin contradecir esa interpretación, le enfrenta a tal hecho el pacto ulterior entre los mismos vendedor y compradora sobre usufructo en favor de él, indica la posibilidad de mero retardo en la entrega por lo tocante al tiempo anterior, y agrega como muy significativo el detalle de haberle aceptado él a ella hipoteca de los mismos bienes, lo que indica refrendación del concepto de él de que ella era dueña por haberle comprado.

En los pasos para transigir, en que intervino Mancera, no halla el Tribunal el temor en la compradora nacido de ser en confianza su escritura afirmado por el demandante, sino que bien pudo obedecer al deseo de ella de no contrariar a su tío y protector, y por lo mismo no denegarse ella a que amigablemente se arreglasen las diferencias que éste le suscitó.

Aunque lo dicho ya sobre el modo de formularse la demanda de casación justificaría que no se trajesen a cuento estas otras reflexiones del Tribunal acerca de pruebas distintas de las únicas que determinadamente en aquélla se citan, se ha hallado conveniente este relato que hace ver cómo el fallo tuvo en cuenta las demás.

Acerca de la relación o conexión de los indicios entre sí, en sentencia de 9 de abril último (*Gaceta Judicial*, tomo LXII, página 303), la Corte dijo: «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 la encuentra no la habría hallado ella, y sin embargo no podría romper por eso sólo 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».

—

Las disposiciones legales citadas en párrafos anteriores son las más de las que el recurrente estima quebrantadas por la sentencia recurrida. Agrega las referentes a confesión, acerca de lo cual hasta innecesario es repetir lo dicho sobre que por tal no puede entenderse lo que una persona afirma en su propio provecho. De declaraciones de testigos, el recurrente no señala ahora sino las dos ya referidas. El Tribunal tuvo en cuenta muchas más, entre ellas las de personas que declaran sobre que las señoritas González-Mariño, a poder de una vida metódica y de una labor tenaz como institutoras, habían logrado algunos bienes de fortuna para la época de los contratos aquí discutidos, concepto corroborado por el examen de las cuentas bancarias que ellas han sostenido.

—

El Tribunal discurre sobre la diferencia entre nulidad y simulación, sobre que ésta implica un convenio secreto, oculto bajo el ostensible o aparente, y sobre cuán distinta es la capacidad probatoria, tratándose de invalidar un contrato, entre los terceros y los contratantes o quienes de éstos derivan los pertinentes derechos u obligaciones. Si en fuerza de esta diferencia y viendo que el demandante no es tercero, el Tribunal se hubiera denegado admitirle sus pruebas y ésta hubiera sido la razón del fallo, sería procedente estudiar lo atañedero a prueba escrita o a principio de prueba por escrito en relación con los artículos 1767 del Código Civil y 91 a 93 de la Ley 153 de 1887, citados por el recurrente; pero habiendo el Tribunal aceptado todas las pruebas y deducido la negativa que pronunció, no de su rechazo sino de su insuficiencia para demostrar la simulación pretendida por el demandante, sería inconducente aquel estudio así como el de los demás temas a que acaba de aludirse; y es procedente tan sólo, a la vez que suficiente para no infirmar ese fallo, el análisis del cargo sobre errónea apreciación de las pruebas antedichas.

—

Se invoca también el motivo 2.° de los del artículo 520 del Código Judicial, consistente en «no estar la sentencia en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes». Repetidamente la Corte ha declarado que a este motivo no da lugar el simple hecho de que a tal o cual de las personas litigantes o a todas ellas desagrade o no satisfaga la sentencia recaída en su pleito, y que esa causal es procedente cuando efectivamente aquella consonancia falta porque la sentencia deja de decidir sobre algo de

lo puesto *sub judice* o porque falla *ultra petita*, ya extendiéndose sobre algo no contenido, o al fallar sobre lo controvertido lleva la condena o declaración más allá de la respectiva súplica. La Corte, además, ha observado por punto general que una sentencia absolutoria no puede recibir la acusación de esa falta de consonancia.

—

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 dictada en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo el doce de diciembre de mil novecientos cuarenta y uno.

Las costas del recurso son de cargo del recurrente.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

JOSÉ MIGUEL ARANGO, ISAÍAS CEPEDA, LIBORIO ESCALLÓN, RICARDO HINESTROZA DAZA, FULGENCIO LEQUERICA VÉLEZ, HERNÁN SALAMANCA, *Pedro León Rincón*, Secretario en propiedad.

PERJUICIOS MORALES—SU INDEMNIZACION Y AVALUO

1. Los perjuicios tanto materiales como morales no son de la sucesión del muerto, porque nunca estuvieron en el patrimonio de éste, sino que corresponden a título de indemnización a los que hayan sufrido tales perjuicios por la muerte.—2. La Corte tiene sentada ya como doctrina que la indemnización o repacación por los daños morales, y el *pretium doloris* o los perjuicios no objetivados, no pueden entenderse ni configurarse como compensación económica, como entidad meramente patrimonial. Al verificar la tasación de los perjuicios no objetivados, el fallador no puede pasarse del máximo de dos mil pesos, porque entonces ese límite, que es rígido, se trocaría en indefinido, pues estaría en relación no sólo con el perjuicio moral en sí mismo considerado, sino con el número de demandantes, estableciéndose una progresión en sentido directo: a mayor número de demandantes, mayor indemnización, y hasta podía llegarse el caso de multiplicar el máximo fijado por la ley por el número de actores, lo cual no puede admitirse, tanto por lo dicho como porque no se ve cómo el dolor pueda parcelarse para dar a cada demandante el precio de ese dolor. El artículo 95 del Código Penal consagra una norma general respecto de la máxima cuantía de la indemnización, por perjuicios morales no objetivados. El principio en que se informa tal artículo ha sido acogido también, para casos particulares, por el legislador francés, puesto que en Francia se vio, como en Colombia, la necesidad de una limitación al respecto, para que la indemnización por perjuicios morales no se constituya en una verdadera fuente de enriquecimiento y no de reparación, que es la naturaleza y configuración jurídica de aquélla. En cuanto a la avaluación de los perjuicios, se expresa así el expositor Lalou: «Salvo disposiciones excepcionales, el poder de los Jueces para fijar el monto de la reparación de un delito o de un cuasidelito, es absoluto. Esta libertad de apreciación se ejerce, ya se refiera al perjuicio material o al perjuicio moral. Ella es necesaria para los imponderables, tales como el *pretium doloris*». Esta tesis, en lo que se refiere a los perjuicios morales no objetivados, es la misma que consagra el artículo 95 de nuestro Código Penal. Esos imponderables tienen un límite en cuanto se traducen en una cuantía y dentro de aquél, y en cada caso particular, el Juez la determina. «La fijación de una indemnización (por esa causa) no está limitada sino por la conciencia y la prudencia de los magistrados», dice el autor citado, quien observa asímismo que no se debe exagerar la cuantía porque la exageración puede constituír en esos casos una manifestación de venganza, tesis que encuentra muy acertada la Corte, entre otras razones, porque la indemnización de perjuicios morales no objetivados es, más que compensatoria, reparatoria, hasta donde esto puede ser posible. Debe observarse, además, que no es de rigor ni menos tiene carácter de axioma la condenación a una cantidad de dinero, por el concepto de perjuicios morales. No; esa reparación puede consistir en otra cosa muy distinta y que en ocasiones puede satisfacer más quien sufre el dolor. Cuando la Corte, por primera vez, hizo viable la acción de perjuicios morales, condenó al demandado, un Municipio, a que pagara una suma para que con ella se erigiera un monumento en el cementerio de Bogotá, en memoria de la que había sido la mujer del demandante. Lo que sucede es que generalmente, y por ser más fácil la reparación, se compensa en dinero, aunque realmente el dinero no tiene eficacia para hacer compensaciones de orden moral.

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

(Magistrado ponente, doctor Liborio Escallón).

El 9 de noviembre de 1936, el niño Óscar Ojeda, hijo legítimo de Mario Ojeda y Rosa Julia Castro, se hallaba jugando frente a la casa de sus padres, situada en la carrera 7.ª número 34 de la ciudad de Villavicencio, cuando a eso de las seis de la tarde rozó con el tubo de desagüe metálico (canal) por donde bajaba el agua lluvia del techo de su casa, y en el momento quedó electrocutado.

Sobre estos hechos, que están fuera de discusión, los padres del menor demandaron al señor Jorge Ricardo Vejarano, como propietario de la Empresa de Energía Eléctrica de Villavicencio, para que se declarara que es civilmente responsable de los perjuicios materiales y morales resultantes de la muerte por electrocutación de dicho menor, y que por lo tanto les debe pagar el valor de esos perjuicios, que estimaron en la suma de diez mil pesos moneda corriente.

El Juez de primera instancia, Octavo del Circuito de Bogotá, condenó al demandado al pago de los perjuicios morales, determinando que debían fijarse por el procedimiento señalado en el artículo 553 del Código Judicial. Negó las demás peticiones de la demanda.

En sentencia de 11 de septiembre del año próximo pasado, el Tribunal Superior de Bogotá, en virtud de apelación interpuesta por ambas partes, reformó la del inferior en el sentido de condenar al demandado señor Vejarano a pagar a los demandantes Mario Ojeda y Rosa Julia Castro, la suma de mil quinientos pesos a cada uno, a título de reparación por los perjuicios morales.

El demandado interpuso recurso de casación, que debidamente tramitado pasa a decidirse.

El Tribunal funda su sentencia, para deducir la responsabilidad, en lo siguiente: Se trata de la culpa extracontractual o aquiliana a que se refiere el Título 34 del Libro 4.º del Código Civil, y en especial en sus artículos 2350, 2351, 2354, 2355 y 2356. Demostrada plenamente la muerte del menor Óscar Ojeda por electrocutación, en las circunstancias señaladas en los hechos de la demanda, demostrado que el demandado Vejarano es dueño de la planta eléctrica de Villavicencio y lo era en la fecha del accidente que causó la muerte a dicho menor, se presume en el demandado la responsabilidad, de la cual no podía libertarse sino demostrando la existencia de caso fortuito, fuerza mayor o intervención de un elemento extraño, en el cual puede estar comprendido el error de conducta de la víctima, y no estando acreditado ningún hecho que pueda eximir al demandado de tal responsabilidad, la condenación impetrada tiene que prosperar. Mas el Tribunal no se limitó a esto únicamente, sino que concluyó que de las pruebas presentadas por la parte actora se deduce la culpa, y por ende la responsabilidad del dueño de la empresa demandada.

El recurrente acusa el fallo, en primer término, por la causal segunda del artículo 520 del Código Judicial, y su argumento es el siguiente: El Tribunal condenó al pago de los perjuicios morales, e hizo esta condenación a favor de cada uno de los demandantes, personalmente, con lo cual traspasó los límites señalados en la *litis contestatio*. No admite, además, que la demanda pueda interpretarse en el sentido en que lo hizo el Tribunal.

La Corte considera: La segunda petición de la demanda dice en lo pertinente: «Que el señor Vejarano debe pagar a mis poderdantes para sí y como representantes de la sucesión ilíquida de su mencionado hijo el impúber Óscar Ojeda Castro.... la suma de diez mil pesos como valor de dichos perjuicios».

El Tribunal hizo la condenación a favor de los padres del menor, y para ellos, en lo cual se atuvo al primer extremo de la petición, que no hay siquiera necesidad de interpretarla, dada la claridad de ella. Es cierto que se pidió también como representantes de la sucesión ilíquida, pero ello no es obstáculo para que se hiciera como se hizo y dada la manera como se formuló, y en lo cual el fallador siguió la doctrina de esta Corte, expresada en varias sentencias, entre otras en la de junio 24 del corriente año (Carlina Montoya v. de Trujillo contra el Municipio de Medellín), en que se debatió una cuestión semejante a la que entraña el cargo que se estudia, y allí se expresó que los perjuicios tanto materiales como morales no son de la sucesión del muerto, porque nunca estuvieron en el patrimonio de éste, sino que corresponden a título de indemnización a los que hayan sufrido tales perjuicios por la muerte.

El cargo no puede prosperar, por lo tanto.

Acusa el recurrente el fallo por violación de los artículos 2341 y 2342 del Código Civil, fundado «en que la sentencia lleva en sí error evidente en la interpretación de la demanda, pues de un lado ocurre que, pidiendo los demandantes reparación de perjuicios morales para sí y como representantes de la sucesión ilíquida de su hijo Óscar Ojeda, la demanda se refiere, o bien a dos cosas opuestas, o bien, según dice el Tribunal, a sólo una de ellas, que no es la reparación de los perjuicios morales paternos cuya realidad afirma el Tribunal, y de otro acontece que el fallo se funda en que esta reparación es precisamente la que se

ha demandado al hablarse en la demanda de perjuicios morales».

La Corte considera: El primer pedimento de la demanda dice: «Que el señor Jorge Ricardo Vejarano, como propietario de la Empresa de Energía Eléctrica de Villavicencio, es civilmente responsable de los perjuicios materiales y morales resultantes de la muerte por electrocutación del menor Oscar Ojeda Castro....» El pedimento segundo se refiere indudablemente a esos mismos perjuicios, porque es consecuencia de aquél.

El fallador se expresa así: «Es evidente para el Tribunal lo que sostiene el Juez *a quo* a este respecto, es decir que no se demostró en los autos la existencia de un daño patrimonial o material, pues por el lamentable hecho de la muerte del menor Ojeda no hubo una disminución en el patrimonio de sus padres ni una perturbación en el mismo, actual y cierta, que es lo que constituye esa especie de daño y que, por lo tanto, la indemnización debe concretarse exclusivamente al daño puramente moral..... El daño puramente moral, que es el que se considera existe en el presente caso, es por sí eminentemente personal, subjetivo, psicológico, de modo que incide exclusivamente en la personalidad afectiva de sus víctimas. En este caso cada uno de los demandantes (padres del niño muerto)».

Basta comparar los términos en que están concebidas las peticiones de la demanda, lo que acaba de transcribirse y la parte resolutiva del fallo, para concluír que no pudo haber violación de las normas citadas por mala interpretación de la demanda.

Se rechaza el cargo.

Acusa el fallo el recurrente por violación de los artículos 2341 y 2342 del Código Civil por cuanto el fallador incidió en error de hecho evidente en la apreciación de la copia expedida por el Secretario del Juzgado Primero Superior de Bogotá, de piezas del sumario seguido contra Francisco Turriago por cuanto el Tribunal ve allí un auto dictado por el Tribunal, Superior de Bogotá, en virtud del cual ha quedado en firme el sobreseimiento definitivo pronunciado por el Juzgado Superior a favor de Francisco Turriago, y en esa copia no consta que se haya llevado a cabo la consulta de tal auto, ni por lo tanto que el auto de sobreseimiento haya sido confirmado, reformado o revocado por la entidad a quien debe haber sido consultado.

Para decidir sobre la suerte de este cargo se considera: El demandado para exculparse de su responsabilidad la imputó a Francisco Turriago, persona ajena a la Empresa de Energía Eléctrica, y afirmó que mientras movía unos maderos reventó las cuerdas conductoras de la electricidad, y sin darle aviso a la Empresa procedió a hacer la unión de los dos extremos del cable en forma contraria a la técnica. Indudablemente esa imputación dio lugar a que se siguiera una acción penal contra Turriago, por la muerte del menor Ojeda, y como se ve de autos la autoridad competente sobreseyó a favor de aquél.

El cargo pues se funda sobre lo anterior, y al respecto observa la Corte: No es operante el cargo porque el Tribunal no funda su sentencia en la apreciación del auto de sobreseimiento a favor de Turriago, sino sobre la base de que Vejarano no pudo descartar la presunción de responsabilidad que pesa sobre él, a lo cual llegó en vista del examen, estudio y valuación de las pruebas que existen en el proceso. Tampoco es operante ese cargo porque ni Turriago fue demandado, ni nada tiene que ver con la Empresa de Energía Eléctrica, ni es socio del demandado Vejarano. Además en esas diligencias de carácter penal se investigó la responsabilidad penal que pudiera acarrearle a Turriago el hecho imputado, pero no se trató de la responsabilidad civil. El fallador se refiere a lo acaecido con Turriago, pero nada más.

El cargo no puede por lo tanto prosperar.

Acusa el recurrente el fallo por violación de los artículos 2341 y 95 del Código Penal, por cuanto el fallador se excedió en la condenación al pasar de los dos mil pesos fijados en la norma últimamente citada, y al respecto sostiene: que ya la Corte en múltiples fallos ha sentado la doctrina sobre el particular sosteniendo que la condenación a perjuicios morales no puede pasar de la cantidad tijada en el artículo 95, y que esa suma es independiente del número de demandantes por cuanto «si veinte personas padecieron por la muerte de un descendiente o ascendiente, o si no existe sino un pariente a quien la muerte afligiera, el daño moral ocasionado por el delito o cuasidelito es uno solo, no avaluable en dinero; la única diferencia consiste en que en el primer caso hay veinte demandantes y en el segundo uno solo».

Para estudiar este cargo se considera: Esta corporación tiene sentada ya como doctrina, que la indemnización o reparación por los daños morales, que el *pretium doloris*, o los perjuicios no objetivados, no pueden entenderse ni configurarse como compensación económica, como entidad meramente patrimonial.

«Al admitir, dijo la Corte en sentencia de 20 de junio de este año, el *pretium doloris* para compensar económicamente el daño subjetivo, es aceptar un absurdo en lo moral y en lo jurídico. Lo que no implica que el daño puramente subjetivo haya de quedar sin una satisfacción de orden pecuniario, como así la llama Josserand y con él otros

expositores. Tal criterio de la satisfacción por el daño moral es el que se halla consagrado y previsto en la ley colombiana, en relación con la especie de daño de que ahora se trata. En efecto, al decir el artículo 95 del Código Penal que cuando no fue fácil o posible avaluar pecuniariamente el daño moral ocasionado por el delito, podrá fijar el Juez prudencialmente la indemnización que corresponda al ofendido, hasta por la suma de dos mil pesos, párte de la base de la imposibilidad que existe de reconocer una indemnización completa del servicio, que no la daría el dictamen de terceros, sino la estimación del propio lesionado, ya que el daño moral subjetivo resulta en realidad de la receptividad de la víctima, como lo observa Ripert.... Resumiendo lo dicho en este capítulo sobre perjuicios morales, se tiene que ellos deben repararse, en general, mediante su objetivación; y que para el daño no objetivable se admite una pequeña satisfacción pecuniaria que se gradúa prudencialmente por el Juez según las circunstancias de cada caso, dentro de la cuantía señalada en el artículo 95 del Código Penal».

Respecto de este extremo la Corte está de acuerdo con lo sostenido por la sentencia acusada y por el recurrente. Para confirmar lo anterior y fijar además el alcance del artículo 95 del Código Penal es conveniente tener en cuenta la historia de esa norma así como la del artículo 94.

En las actas de los trabajos preparatorios del nuevo Código Penal, que cita y transcribe también el recurrente, se encuentra esto: «Propuso el doctor Parmenio Cárdenas: si el delito no ha causado daño que pueda avaluarse económicamente, el Juez podrá, no obstante, imponer la obligación de pagar una suma de diez a quinientos pesos en favor de la Caja de Multas». (Tomo 1.°, segunda edición oficial, acta número 105, página 256).

El doctor Rafael Escallón manifestó que «su fórmula se refiere a los daños no patrimoniales, es decir, aquellos que no traen perturbaciones del patrimonio, sino que son de carácter más bien psíquico, y precisamente entre ellos está el daño moral». (Ibídem, acta 106, página 260).

El máximum de la cuantía fijada en la fórmula del doctor Cárdenas fue elevado por el doctor Carlos Lozano y Lozano a mil pesos. (Acta 106, página 258).

En tal virtud, el artículo 94 (104 del proyecto) quedó así: «Si el delito no ha causado daño que pueda avaluarse económicamente, el Juez podrá, no obstante, imponer la obligación de pagar una suma hasta de mil pesos a favor de la Caja de Multas».

Este artículo comprendía los perjuicios de afección, como lo anotó el doctor Cárdenas, pero como parecía raro que en el caso de estos perjuicios se pagase a la Caja de Multas y no al ofendido el doctor Escallón separó de los delitos formales que no causan daño alguno, de los que infieren perjuicios morales de afección, subjetivos y no objetivos, y propuso: «Cuando no fuere fácil o posible avaluar económicamente el daño moral ocasionado por el delito, el Juez puede fijar prudencialmente la indemnización que corresponde al ofendido». (Ibídem, página 260).

El doctor Lozano y Lozano agregó al artículo las palabras *hasta dos mil pesos*, y en esa forma fue aprobado el artículo 95 del Código Penal, 104 del proyecto.

De lo anterior se desprende que habiendo considerado y sostenido la Comisión que los perjuicios no objetivados, que los perjuicios morales de afección, no entran en la categoría de los patrimoniales, y teniendo en cuenta que debe haber una reparación por esa clase de perjuicios, fijó el máximo de ellos en una cantidad reducida, teniendo en cuenta, se repite, la naturaleza de tales perjuicios.

De todo lo anterior deduce la Corte que el fallador no puede pasarse de ese máximum, porque entonces ese límite, que es rígido, se trocaría en indefinido, pues estaría en relación no sólo con el perjuicio moral en sí mismo considerado, sino con el número de demandantes, estableciéndose una progresión en sentido directo: a mayor número de demandantes, mayor indemnización y hasta podía llegarse el caso de multiplicar el máximum fijado por la ley, dos mil pesos, por el número de actores, lo cual no puede admitirse, tanto por lo dicho como porque no se ve cómo el dolor pueda parcelarse para dar a cada demandante el precio de ese dolor.

El artículo 95 del Código Penal consagra una norma general respecto de la máxima cuantía de la indemnización, por perjuicios morales no objetivados. El principio en que se informa tal artículo ha sido acogido también, para casos particulares, por el legislador francés, puesto que en Francia se vio, como en Colombia, la necesidad de una limitación al respecto, para que la indemnización por perjuicios morales no se constituya en una verdadera fuente de enriquecimiento y no de reparación, que es la naturaleza y configuración jurídica de aquélla. Henri Lalou (*La Responsabilité Civile*, página 110) se expresa así:

«Hay casos en los cuales la ley limita o arbitra ella misma el monto de los perjuicios debidos por el autor de un cuasidelito. Así los perjuicios a cargo de un tercero responsable de un accidente de trabajo, en provecho del patrón y que ejerce la acción prevista por el artículo 7.°, parágrafo 4.°, de la Ley de 9 de abril de 1908, no pueden ser superiores al monto de la indemnización de que el

patrón es legalmente responsable respecto de su empleado víctima del accidente».

Anota el mismo autor que la pensión a que se refiere el artículo 301 del Código Civil, decretada en casos de divorcio a favor del cónyuge inocente y contra el cónyuge culpable, tiene la limitación a que se refiere tal norma, porque el carácter de esa pensión es el de una indemnización, puesto que «está destinada a reparar el perjuicio que causa al esposo inocente la desaparición del derecho de socorro que el divorcio le hace perder». Observa dicho autor que por ese concepto esta indemnización es distinta de otras a que hubiere lugar, y dice así: «Como ejemplos de perjuicio distinto de la desaparición del derecho de socorro se puede citar el rechazo de un cónyuge después de la celebración del matrimonio, de hacer vida común, rechazo que entraña un perjuicio material y moral para el otro cónyuge».

Y estas limitaciones se fundan sin duda en el concepto expresado por Ripert *(La Règle Morale dans les Obligations Civiles*, números 181 y 182), quien sostiene que la indemnización por perjuicios morales no es en el fondo sino una pena privada que sanciona un deber moral, de tal suerte que aquélla tiene un carácter no indemnizatorio sino ejemplar.

En cuanto a la avaluación de los perjuicios se expresa así Lalou: «Salvo disposiciones excepcionales, el poder de los jueces para fijar el monto de la reparación de un delito o de un cuasidelito es absoluto» (ibídem, página 48); y «esta libertad de apreciación se ejerce, ya se refiera al perjuicio material o al perjuicio moral. Ella es necesaria para los imponderables, tales como el *pretium doloris*». (Ibídem, página 103).

Esta tesis en lo que se refiere a los perjuicios morales no objetivados es la misma que consagra el artículo 95 de nuestro Código Penal. Esos imponderables tienen un límite en cuanto se traducen en una cuantía, y dentro de aquél, y en cada caso particular, el Juez la determina. «La fijación de una indemnización (por esa causa) no está limitada sino por la conciencia y la prudencia de los magistrados», dice el autor citado, quien observa asímismo que no se debe exagerar la cuantía porque la exageración puede constituír en esos casos una manifestación de venganza, tesis que encuentra muy acertada la Corte, entre otras razones, porque la indemnización de perjuicios morales no objetivados es, más que compensatoria, reparatoria, hasta donde esto puede ser posible.

Por otra parte y en el caso de autos en que los demandantes son los padres de la víctima, y que entre ellos indudablemente existe la unidad de sentimientos, de dolor, de afección y de intereses, no es posible hacer una condenación separada a favor de cada uno de ellos, rompiendo esa unidad, y por tanto la condenación debe ser conjunta.

Consideradas así las cosas, él debe prosperar, tanto en el sentido de hacer la condenación conjunta de que se acaba de hacer mérito, como de rebajar la cuantía de ella.

Cree la Corte oportuno observar que no es de rigor ni menos tiene carácter de axioma la condenación a una cantidad de dinero, por el concepto de perjuicios morales. Nó: esa reparación puede consistir en otra cosa muy distinta y que en ocasiones puede satisfacer más a quien sufre el dolor. Cuando la Corte, por primera vez hizo viable la acción de perjuicios morales, condenó al demandado, el Municipio, a que pagara una suma para que con ella se erigiera un monumento en el cementerio de Bogotá, en memoria de la que había sido la mujer del demandante. Lo que sucede es que generalmente, y por ser más fácil la reparación, se compensa en dinero, aunque realmente el dinero no tiene eficacia para hacer compensaciones de orden moral.

Tanto el recurrente como el opositor citan sentencias de la Corte (Sala de Negocios Generales), cada cual en apoyo de su tesis sobre el particular; el primero, para sostener con ella que cualquiera que sea el número de demandantes, la indemnización no puede pasar de dos mil pesos, y el segundo para demostrar la tesis contraria.

Efectivamente existen esas sentencias, pero observa la Corte que en ellas la fijación se hizo, pero sin enfocar ni considerar el asunto en la forma, en que por primera vez lo hace la Corte en este fallo.

En vista de todo lo anterior y aplicando el artículo 95 del Código Penal, que permite al fallador fijar el monto de la indemnización por los perjuicios a que se refiere esa norma, la Corte los fija en la cantidad de dos mil pesos ($ 2.000) moneda corriente, que el demandado señor Vejarano debe pagar conjuntamente a los demandantes padres del menor Oscar Ojeda. De modo que esta fijación impone la casación parcial del fallo, en el sentido de que no son tres mil pesos, mil quinientos a cada uno de los demandantes, lo que debe pagar el demandado, sino únicamente la cantidad de dos mil pesos para entrambos, conjuntamente.

En la última parte de su demanda, el recurrente hace un análisis de las pruebas que tuvo en cuenta el Tribunal para deducir la responsabilidad civil contra el demandado. Tal análisis no es en verdad un verdadero cargo en casación, por cuanto el recurrente párte de la base de que en virtud de lo expuesto en el cargo que acaba de estudiarse debe casarse la sentencia, y sobre ese extremo su esfuerzo dialéctico y legal, se dirige a anular el

valor probatorio de los factores que al respecto existen en los autos.

Observa ante todo la Corte que la casación parcial del fallo habrá de referirse únicamente a la reducción de la cuantía de los perjuicios y a la condenación conjunta a favor de los demandantes, quedando en firme, en todo lo demás, el fallo acusado, por cuanto los tres primeros cargos no prosperaron. La técnica de la casación así lo indica.

No obstante lo anterior, la Corte entra a referirse a los argumentos del recurrente, teniendo en cuenta la apreciación que al respecto hizo el fallador y confrontándolos ante los extremos de error de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas.

Como lo afirma el Tribunal, siguiendo al respecto la doctrina sentada sobre la responsabilidad por la culpa extracontractual, el demandado Vejarano hubiera podido eximirse de ésta destruyendo la presunción que pesa sobre él. Para ese efecto habría tenido que demostrar la fuerza mayor, el caso fortuito o la intervención de un elemento extraño, la misma culpa de la víctima, por ejemplo, valiendo la pena observar que en esta materia, responsabilidad por la culpa aquiliana, el caso fortuito no exime de responsabilidad, cuando pudo ser previsible.

Mas no suministró ninguna de esas pruebas. Ni siquiera trató de demostrar la fuerza mayor o el error de conducta de la víctima. Parece haberse querido situar en el caso fortuito producido por el hecho de que Francisco Turriago, persona ajena a la Empresa, mientras movía unos maderos reventó una de las cuerdas conductoras de la electricidad y procedió, sin darle aviso a la Empresa, a hacer la unión de los dos extremos del cable roto, de una manera contraria a la técnica, y por eso quedó la cuerda haciendo contacto con el tejado metálico de la casa de Hipólito Rojas, de la cual pasó al tejado de la casa de Mario Ojeda y de ahí a la canal de desagüe de ésta, lo que originó la descarga que mató al menor Oscar Ojeda, por electrocutación.

El Tribunal tuvo en cuenta esta defensa, pero no la halló comprobada, y se fundó para eso en las declaraciones de oídas de los testigos Juan Bautista Medina, Leonidas Tacha y Pastora Rincón de Tacha, quien, observa el Tribunal, no quiso ratificar en el presente juicio civil la declaración que sobre el particular dio en el juicio criminal. Tuvo en cuenta también la declaración del propio Francisco Turriago, quien dice que él reparó las cuerdas reventadas por tener conocimiento en la materia, por haber sido empleado de la Empresa de Energía de Villavicencio. Se observa que de esta declaración no se deduce ni aparece que esa unión la hubiera hecho en forma contraria a la técnica; antes bien, debe presumirse que por tener conocimientos en esa materia y haber sido empleado de la Empresa, estaba capacitado para hacer la unión en la forma debida.

El testigo José Antonio Rozo dice que hace unos cuatro años, poco más o menos, sin recordar la fecha precisa, estando trabajando en la casa de Hipólito Rojas, no en la de Mario Ojeda, observa la Corte, se rompieron y reventaron las líneas de luz eléctrica para el servicio del alumbrado de la casa de Rojas, y que el maestro de la obra, cuyo nombre no recuerda, enrolló dichas cuerdas para que no estorbaran la reparación, manifestando que no vio la operación de la enrollada de las cuerdas porque estaba dentro de la casa.

El fallador, ante este acervo probatorio, concluye que la defensa no estaba demostrada, y en esto no encuentra la Corte que hubiera incidido en error manifiesto de hecho o en error de derecho, valiendo la pena observar que la declaración de Francisco Turriago, aun cuando fuera más explícita y completa, no serviría por sí sola para demostrar la defensa del demandado.

Pero el fallador no se limitó a lo anterior, sino que tuvo en cuenta las pruebas de la parte actora, la que no se redujo a asumir un papel meramente pasivo, sino que pidió y produjo pruebas para fundamentar su intención.

Al efecto: corren en autos varias declaraciones, entre ellas las de Miguel Aguilera, Marco A. Machado, Petra Aguilera, Pedro Nel Hernández y Antonio M. Torres, con las cuales comprueba el mal estado en que se hallaban las líneas que conducían la electricidad en Villavicencio, desprovistas generalmente de la envoltura aisladora y que daban lugar a frecuentes accidentes y reclamos, que citan y relatan algunos de los testigos.

Estas aseveraciones, con las cuales se demuestra el mal estado de las líneas y su peligrosidad constante, que configuran la culpa de la Empresa, no han sido desvirtuadas en forma alguna, y por ese aspecto tampoco encuentra la Corte error de hecho o de derecho en la apreciación de las pruebas.

Finalmente, el concepto del Ministerio de la Economía Nacional, relativo a que no se necesita el empleo de cables aislados, se refiere a la red distribuidora que va por las vías públicas, pero advierte que «las líneas de alta tensión se construyen en forma tal, que por su altura, tipo de aisladores, resistencia mecánica y aparatos de protección eléctricos, no ofrezcan peligros para la colectividad».

Mas dándole todo el valor que se quiera a ese

concepto, no podría él interpretarse o tener la eficacia de eximir de responsabilidad, cuando se produce un accidente. Vale también la pena observar que tal concepto no se refiere a las líneas bajas conductoras de la corriente, que fueron las que en el caso de autos produjeron la muerte del menor Ojeda, cuerdas todas ellas que, según los testimonios ya citados, estaban en muy mal estado.

Como resumen de lo anterior se concluye que la exculpabilidad del demandado no está plenamente comprobada en los autos.

Por último, no siendo recurrente sino el demandado, en lo tocante a perjuicios materiales, es intocable el fallo recurrido.

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, quedando por lo tanto así el numeral segundo de tal sentencia: En consecuencia, *condénase* al nombrado Jorge Ricardo Vejarano a pagar conjuntamente a los demandantes Mario Ojeda y Rosa Julia Castro de Ojeda, a título de reparación moral, dentro de los seis días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, la suma de dos mil pesos ($ 2.000), en que estima la Corte los perjuicios morales que les fueron causados, y según lo expuesto en la parte motiva de este fallo.

En todo lo demás queda en firme la sentencia recurrida.

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.

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

(Magistrado ponente, doctor Liborio Escallón).

El señor Jorge R. Vejarano pide aclaración de la sentencia de fecha veinte de octubre de este año, dictada por esta Corte, en el sentido de que se declare expresamente que la suma de dos mil pesos que según el fallo debe pagar el demandado conjuntamente a Mario Ojeda y Rosa Julia Castro de Ojeda, debe distribuirse entre éstos, a razón de mil pesos para cada uno de ellos.

El fallo es muy claro sobre el particular y no deja la menor duda. La interpretación que el peticionario le ha dado es exacta.

No obstante, para evitar cualquiera dificultad en la ejecución y cumplimiento de la sentencia, se accede a hacer la declaración impetrada.

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 que de acuerdo con su fallo de veinte de octubre citado, se le deben pagar mil pesos a Mario Ojeda y mil pesos a Rosa Julia Castro de Ojeda.

Publíquese, notifíquese, 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.

Juicio ordinario de José Ignacio Pérez contra Nicolás Rosanía sobre pago de una suma de pesos.

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

No puede accederse a declarar desierto el recurso interpuesto por el demandante recurrente, por dos razones: porque siendo el reparto de un expediente un acto integral, y habiendo papel competente suministrado por cualquiera de las partes, el reparto que se haga aprovecha a ambas, y porque el auto que ordenó dar traslado al recurrente demandante está ya produciendo efectos desde luégo que le está ya corriendo el término para formular su recurso.

De lo anterior se concluye lo siguiente: que el término que tiene para formular su oposición el demandado recurrente no le ha empezado a correr, y mucho menos el que tiene para formular su recurso, términos que no empezarán a contarse sino desde que estén en firme los autos que al respecto hayan de dictarse.

Queda así resuelta la petición anterior. Agréguese a sus autos el anterior memorial.

Notifíquese y cúmplase.

LIBORIO ESCALLÓN.—*Pedro León Rincón*, Secretario en propiedad.

ACCION PARA EL PAGO DE PERJUICIOS

1. Para que sea aplicable el artículo 2357 del Código Civil, es indispensable que el damnificado se haya expuesto imprudentemente al daño.—2. Acepta la Corte que en casos como el de autos, el lucro cesante no es otra cosa que utilidad perdida.—3. Cuando se está en presencia de una regulación en cifra numérica y el experticio es uniforme, explicado y debidamente fundamentado, hace bien el juzgador de instancia al reconocerle el mérito de plena prueba que le asigna el artículo 721 del Código Judicial. Y dentro de la técnica del recurso de casación esa prueba pericial es inatacable, y no puede modificarse su justipreciación mientras no se evidencie que al apreciarla se equivocaron o tergiversaron los términos claros del dictamen o se le otorgó un mérito probatorio que la ley procesal no le reconoce.

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

(Magistrado ponente, doctor Fulgencio Lequerica Vélez).

En marzo de 1935 inició Eduardo Coradine la construcción de una casa de habitación en la carrera 1.ª-A, entre calles 15 y 16 de esta ciudad, sobre un lote de su propiedad habido por compra hecha a Salomón Gutt, marcado con el número 89. Cuando ya la edificación había alcanzado algún desarrollo recibió orden expresa y terminante de suspenderla, expedida de la Secretaría de Obras Públicas del Municipio que antes le había otorgado la licencia para edificar la casa.

Ante esa orden de suspensión hubo que paralizar los trabajos de construcción, quedando a la intemperie la obra ya levantada, y así ha permanecido en forma indefinida, por lo cual ha venido a deteriorarse totalmente el material empleado en ella y a perderse todo el trabajo invertido.

JUICIO ORDINARIO

Habiéndose negado el Municipio a renovar la licencia para continuar la edificación, y en vista del desgaste patrimonial sufrido con la orden de suspensión intempestivamente recibida, Eduardo Coradine enderezó la acción ordinaria de perjuicios contra el Municipio de Bogotá por libelo fechado el 4 de marzo de 1938, suplicando que por sentencia definitiva se condene al Municipio mencionado al pago de los daños y perjuicios que ha sufrido el actor por motivo de la suspensión infundada de dicha obra, incluso el daño emergente y el lucro cesante.

Sobre tales hechos se desarrolló la controversia, a la que puso fin en primera instancia el Juzgado 8.° Civil de este Circuito en sentencia de 10 de marzo de 1939, en la cual dispuso que por cuanto se había probado la excepción de carencia de acción o falta de personería sustantiva de la parte demandante, era el caso de absolver a la demandada y declararla libre de los cargos formulados.

Dice el Juez en su mencionado fallo que el actor demanda en su calidad de dueño y poseedor, y que para acreditar ese carácter presentó las escrituras números 1264, de 17 de mayo de 1930, y 1167, de 6 de agosto del mismo año, pero que omitió complementar esos títulos con el certificado del Registrador de Instrumentos Públicos de que trata el artículo 635 del Código Judicial, por lo cual no se sabe si tales instrumentos están o nó en vigencia. De ahí dedujo que los títulos exhibidos no constituyen plena prueba y carece de personería para demandar perjuicios.

LA SENTENCIA ACUSADA

Contra esa providencia se alzó la parte actora para ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, entidad que puso término a la segunda instancia en fallo fechado el 18 de febrero de 1942, en el cual revocó la sentencia apelada y en su lugar declaró que el Municipio de Bogotá es civilmente responsable de los perjuicios que sufrió el actor Coradine con la orden de suspensión de la edificación. En consecuencia, lo condenó a pagarle la cantidad de cinco mil cuatrocientos sesenta y cuatro pesos ($ 5.464) moneda legal.

Se funda el Tribunal para decretar tal condenación en que está plenamente comprobado que Hernando Maldonado, como Inspector de Obras del Municipio y funcionario dependiente de la Secretaría de Obras Públicas Municipales, autorizó la orden de suspensión de la edificación de Coradine, dando como motivo que se estaban contraviniendo las disposiciones de los acuerdos municipales; pero lejos de evidenciarse esa circunstancia exculpativa, lo que se alegó por el representante del Municipio en el curso de este proceso fue que un deslizamiento del terreno exigía dicha suspensión para evitar el derrumbamiento de las casas vecinas. Como ninguna de esas dos circunstancias pudo demostrarse en las instancias, aparece claro para el Tribunal fallador que el Municipio, por el conducto de sus órganos regulares en el ramo de edificaciones, obró con imprudencia y ligereza al impartir dicha orden, después de haber autorizado la construcción y aprobado los planos respectivos, haciéndose responsable del perjuicio ocasionado, en sus dos componentes del daño emergente y del lucro cesante. Para fijar el cuántum de la indemnización pecuniaria, acogió el dictamen acorde de los peritos, que la avaluaron por ese doble aspecto en la cantidad a que se hizo la condenación antes determinada.

De suerte que para el sentenciador de segundo grado la suspensión de la edificación trajo como consecuencia la pérdida del material empleado, porque con el transcurso de varios años sin obtenerse nueva autorización ese material se dañó casi en su totalidad, según dictaminaron los peritos que lo examinaron; y tal suspensión acarreó también el lucro cesante, puesto que si la edificación no hubiera sido suspendida la casa habría sido terminada y entrado a producir arrendamiento.

EL RECURSO DE CASACIÓN

Interpuso este recurso el Municipio demandado, y lo sustenta ante esta Corte el señor Procurador Delegado en lo Civil. Alega la primera causal de las estatuídas en el artículo 520 del Código Judicial, y acusa la sentencia por ser violatoria de ley sustantiva por infracción directa y aplicación indebida al caso del pleito, a causa de errada apreciación de determinadas piezas del proceso. Se pasan a estudiar los dos cargos formulados al fundar el recurso:

Primer cargo. Violación directa del artículo 2357 del Código Civil, por haberlo dejado de aplicar al caso del pleito.

Acepta el señor Procurador Delegado que la orden de suspensión indefinida de la obra fue claramente arbitraria e injusta, pero el daño patrimonial no se produjo instantáneamente con ella, sino que entró en juego el factor tiempo. Y si el demandante hubiera empleado una diligencia ordinaria y mediana, seguramente habría obtenido la revocación o la reforma de esa providencia, en términos que no se hubiera producido el daño. También consta que el constructor solicitó permiso para colocar un portón y cambiar la cubierta de las paredes construídas, y todo ello no indica sino su conformidad con la orden y su sometimiento para el acto arbitrario, cuando hubiera podido evitarlo o por lo menos aminorarlo insistiendo en su revocatoria.

Considera esta Sala:

Reconoce paladinamente el recurrente que la orden de suspensión de la obra fue arbitraria e injusta, en forma tal que este aspecto del litigio y la procedencia de la acción de perjuicio ha quedado fuéra de toda controversia en casación. Las pruebas del proceso arrojan suficiente luz para concluír que el Municipio no pudo justificar su determinación y que ésta produjo daño patrimonial al

actor Coradine. Ni se demostró la transgresión de los acuerdos municipales, motivo alegado en la orden de suspensión, ni menos que a consecuencia de las lluvias ocurriera un deslizamiento en ese sector de la ciudad. Lejos de eso, los peritos designados por el Tribunal para verificar una inspección concluyeron que la clase de terreno donde se principió la obra es bueno y adecuado para la construcción; que al adelantarse la obra no quedaba amenazada de derrumbe; que la obra construída, hasta el momento en que se suspendió, estaba rigurosamente de acuerdo con el plano, y que los trabajos emprendidos por el Municipio no hacían necesario el cambio de los planos para garantizar la estabilidad de la obra.

El precepto que se considera violado (artículo 2357 del Código Civil) establece la compensación de culpas y la consiguiente reducción de la cuantía de la indemnización de perjuicios, cuando el damnificado por un hecho u omisión que le es imputable se ha expuesto imprudentemente al daño o no ha obrado con la debida diligencia y previsión para evitarlo. Estima el recurrente que tal norma debió aplicarse porque siendo la orden de suspensión de la obra *arbitraria* e *injusta*, según sus textuales palabras, debió insistir Coradine para que fuera revocada, y en esas circunstancias no se hubiera producido el daño o se hubiera realizado en una medida reducida.

Con la sola lectura de tal argumentación resalta lo infundado de este reparo y la inaplicabilidad al caso de autos de la norma compensatoria de culpas, porque la orden de suspensión partió de la Oficina municipal especialmente encargada del ramo de construcciones, órgano oficial cuyas determinaciones obligan, y los términos en que aparece redactada no dejan la menor duda sobre la necesidad de cumplirla fielmente, mientras estuviera vigente, so pena de incurrir el actor en las sanciones pertinentes. Al efecto, dicha orden reza así: «Secretaría de Obras Públicas Municipales. Sección de Arquitectura del Departamento de Urbanismo—Inspección de Obras Particulares—Zona V—Número 0018—Bogotá, marzo 30 de 1935. Señor Eduardo Coradine—Comunico a usted que la obra de construcción que está a su cargo, por estar haciéndola, orden del Inspector 5.º Municipal —costado oriental— está contraviniendo las disposiciones de los acuerdos municipales. Debe usted suspenderla inmediatamente. En caso de no hacerlo, sufrirá las sanciones legales. Se ordenó a la Policía la suspensión. El Inspector de la Zona, R. Maldonado».

Ante los términos tan perentorios y concluyentes de tal orden no era lícito al constructor hacer otra cosa que suspender la edificación. No pudo haber incurrido en culpa compensatoria por haberla acatado indefinidamente, ni menos por no haberse rebelado contra ella.

Agrega el Procurador Delegado que el actor incurrió a su vez en culpa al haberse conformado desde el primer momento con la orden arbitraria del subalterno municipal y someterse mansamente al atropello sin elevar reclamo alguno, cuando al hacerlo no se hubiera realizado el daño o quedado éste reducido a mínimas proporciones.

Considera la Corte, ante todo, que no es éste uno de los casos previstos por el artículo 2357 del Código Civil, porque el damnificado no se expuso imprudentemente al daño, porque las órdenes y disposiciones de las autoridades administrativas deben ser cumplidas, y no podría haber culpa por el simple hecho negativo de acatarlas sin protestas y reclamos. Esto en el campo teórico.

Pero es que el actor sí reclamó con insistencia de dicha orden, deseoso de continuar la obra. La medida suspensiva tuvo lugar el 30 de marzo de 1935, y el 20 de mayo de dicho año elevó un memorial en que «solicita le sea concedida nueva licencia para continuar la edificación que adelanta, la cual está ceñida exactamente al plano levantado por el doctor Ignacio Piñeros y aprobado por la Dirección de Obras Públicas Municipales». Es indudable que más tarde insistió en este propósito cuando luégo aparecen expedidas estas dos licencias: «Número 1587. Bogotá, 12 de noviembre de /35 de 193 (sic). Señor Eduardo Coradine. Su solicitud de 23 de octubre de 1935 ha sido resuelta así: Se concede licencia al señor Eduardo Coradine, para sustituír el techo metálico, por teja de barro, en la construcción de la carrera 1-A número 15-78. Nota: *No se podrá hacer obra distinta de la mencionada.* (El subrayado es de la Corte). Roberto Ancízar S., Jefe de la Sección de Arquitectura—Aprobado, comuníquese. Carlos Almánzar V., Secretario de Obras Públicas Municipales»— «L. número 571. Secretaría de Obras Públicas Municipales, *marzo 21 de 1938.* Se concede licencia al señor Eduardo Coradine, *para abrir un vano y colocar un portón* en el frente de la finca número 15-78 de la carrera 1-A. Nota: *No se podrá hacer obra distinta, y terminada ésta debe dar aviso por escrito a este Despacho.* (Fdo.) G. Cadena, Jefe Sección Control de Edificaciones». (Subraya la Corte).

Se ve claro, por lo expuesto, que Coradine no se expuso imprudentemente al daño, ya que en las diversas ocasiones que reclamó por escrito se le ratificó la prohibición de continuar la edificación. Por otra parte, de todo el expediente aparece lo injustificado de tal medida, lo que excluye la imprudencia que trata de atribuírsele. No es fundado el cargo. Se rechaza.

Segundo cargo. El Tribunal incurrió en error de hecho y de derecho en la apreciación de la prueba pericial, que tomó como base para condenar al pago de la cantidad de cinco mil cuatrocientos sesenta y cuatro pesos ($ 5.464), y llevado por tales errores aplicó indebidamente, en cuanto al importe líquido de la condena, los artículos 2341, 2347 y 2356 del Código Civil.

Dice el recurrente que los peritos calcularon el valor de la casa, una vez terminada, en siete mil pesos ($ 7.000), y lo que se alcanzó a construír lo avaluaron en dos mil pesos ($ 2.000). Hay, pues, una diferencia de cinco mil pesos ($ 5.000), no gastados, y a pesar de ello los peritos calcularon el lucro cesante como si se hubiera invertido la totalidad de los siete mil pesos ($ 7.000), y como si la casa se hubiera terminado. No tuvieron en cuenta para nada la utilidad que pudieron producir en más de cuatro años los cinco mil pesos ($ 5.000) no gastados.

La Corte considera:

Sobre el valor de estos perjuicios existe en los autos la exposición rendida por los peritos designados por las partes, quienes en vista de lo que se alcanzó a edificar y teniendo en consideración las diversas circunstancias que anotan en su dictamen, estiman el valor total de la indemnización así:

Lucro cesante.....$	3.648
Pérdida del 70% del material de construcción.....	1.400
Gastos de demolición.....	300
Gastos de reconstrucción.....	500
$	5.848
Se descuenta de la partida que corresponde a lucro cesante el canon mensual de ocho pesos ($ 8), por arrendamiento de la edificación inconclusa, durante cuatro años.	384
Valor total de los perjuicios.....$	5.464

Ahora bien: cuando Coradine resolvió construír la casa para habitarla con su familia o para arrendarla, hizo confeccionar los planos y presupuestos de la obra, la que en concepto de los peritos se elevaba, como viene visto, a un costo total de siete mil pesos ($ 7.000). Lo natural y lo que consulta la realidad de estos negocios es aceptar que tenía ya dispuesta para ese fin dicha cantidad de dinero, pues no es lógico ni lo acostumbrado iniciar la construcción de una obra de esta índole, con fines puramente lucrativos, sin tener ya en reserva y a la disposición el dinero para la total edificación. Cuando le fue suspendida ya se vio que sí insistió en adelantarla, solicitando que la orden fuera revocada o modificada. En esas circunstancias lo que aconsejaba la más elemental prudencia y la economía del negocio en proyecto era no invertir el dinero que aún quedaba en manos del constructor con esa destinación, sino reservarla para la terminación de la casa, a efecto de poner a producir también el valor del solar y el dinero ya invertido en la edificación.

De manera que sí era pertinente que los peritos calcularan el lucro cesante del inmueble inconcluso sobre la totalidad del costo avaluado y que no lo limitaran al valor de lo invertido.

Acepta esta Sala que el lucro cesante, como lo dice el recurrente, no es otra cosa que utilidad perdida. Al tenor de esa tesis y dentro de ese concepto, en casos como el de autos debe estimarse y avaluarse el lucro cesante no sólo en relación con el costo actual de la obra suspendida por un hecho culposo de las autoridades municipales, sino que debe tomarse como base y fundamento para esa estimación lo que en realidad el damnificado pudo percibir como rendimiento comercial usual en caso de que la construcción se hubiera terminado y puesto a producir. Y eso fue lo que hicieron los peritos para avaluar el lucro cesante, tomando en consideración el canon corriente de arrendamiento de una casa en ese sector de la capital, del precio y condiciones de la que se había proyectado construír. Aparece claro que Coradine perdió o dejó de percibir la utilidad o rendimiento que debía procurarle el arriendo de una casa por valor de siete mil pesos ($ 7.000), pues de no habérsele suspendido sin motivo justificado la obra, en forma arbitraria como lo reconoce el Personero del Municipio, la habría arrendado por un canon similar al determinado por los peritos.

Los anteriores razonamientos los ha hecho esta Sala para justificar más, si cabe, el rechazo que hace de este segundo reparo que se presenta contra la sentencia acusada. Porque en realidad de verdad, tratándose de un dictamen pericial, no ha demostrado el recurrente que el fallador de Bogotá incurriera en error manifiesto de hecho al apreciarlo, ni menos en error de derecho al darle la debida estimación según nuestra tarifa de pruebas. Como se está en presencia de una regulación en cifra numérica y el experticio es uniforme, explicado y debidamente fundamentado, hizo bien el juzgador de instancia al reconocerle el mérito de plena prueba que le asigna el artículo 721 del Código Judicial. Y dentro de la técnica de este recurso de casación esa prueba pericial es inatacable, y no puede modificarse su justipreciación mientras no se evidencie que al apreciarla se equivocaron o tergiversaron los términos cla-

ros del dictamen o se le otorgó un mérito probatorio que la ley procesal no le reconoce.

Por las anteriores razones se rechaza esta segunda tacha.

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, *no casa* la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 18 de febrero de 1942.

Sin costas en el recurso por ser el Municipio el 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*, Secretario en propiedad.

REIVINDICACION

1. No quebranta un Tribunal las reglas referentes a la tradición del dominio de los bienes raíces cuando los contratantes de un contrato de venta de una finca raíz convinieron posteriormente en declarar inválido el contrato. Así, pues, si el contrato de compraventa fue invalidado por el mutuo consentimiento de las partes, no pudo verificarse jurídicamente la tradición del dominio.—2. Existe en nuestra legislación positiva un sistema jurídico debidamente reglamentado que permite a cualquier persona conocer en todo momento el estado y situación de todos los actos y contratos pasados ante los Notarios, cual es los correspondientes libros que de acuerdo con la ley deben llevar los registradores y en los cuales se anota no solamente la evolución de la propiedad raíz, sino también todos los actos o contratos que requieren cierta publicidad para garantizar y salvaguardiar la buena fe de los terceros.

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

onente, Magistrado doctor José Miguel Arango).

Lisandro González, por escritura pública número 289 de 12 de diciembre de 1923, vendió al señor Higinio González varias fincas de su propiedad determinadas y alinderadas como consta en dicho título. Días después, por escritura número 244, de 24 de agosto de 1924, los señores firmantes de la escritura 289, atrás citados, antes de haberse verificado el registro de la escritura de venta, resolvieron de común acuerdo dar por terminado o invalidado el contrato de venta contenido en aquella escritura, y por instrumento público número 244 de la Notaría de La Vega, donde se había extendido la primitiva estipulación, dijeron:

«2. Que al llevar a la práctica tal contrato (el contenido en la escritura 289) se les han presentado a los exponentes varios inconvenientes difíciles de resolver, y que al hacerlo recibirían muchos perjuicios.

«3. Que han resuelto de común acuerdo declarar, como declaran, rescindido el contrato contenido en la escritura número 289 ya citado. Que en virtud de lo expuesto declaran totalmente cancelada y de ningún valor la escritura número 289 de fecha 12 de diciembre, otorgada en esta Notaría en el año de 1923».

Esta escritura se registró en La Vega el día 3 de septiembre de 1924, en el libro número 2.° de la Oficina de Registro, pues entendieron los contratantes que no habiéndose registrado la venta, es decir, no habiéndose consumado la tradición, la citada escritura debía registrarse en el libro número 2.°, porque el contrato en ella contenido no mudaba ni trasladaba dominio alguno. Quince años después, el 12 de septiembre de 1938, se hizo registrar el contrato de venta contenido en la escritura 289 citada, y meses después, el 13 de noviembre de 1939, se registró la escritura número 244 en el libro número 1.°

Pasado algún tiempo falleció el presunto comprador Higinio González, y su hijo Martín, a pesar de la expresa voluntad de su padre contenida en la escritura número 244, incluyó en los inventarios de los bienes de aquél esos inmuebles, y enajenó, por la suma de veinte pesos, a Antonio Linares, los derechos hereditarios que le correspondieran en tal sucesión. A su vez don Antonio Linares le traspasó a su hijo tales derechos, y en la sucesión del señor Higinio González le fueron adjudicados al señor Antonio Linares parte de los bienes que le correspondieron al señor Martín González.

Basado en esos documentos, el señor Absalón

Linares demandó a la sucesión del señor Lisandro González, representada por Pilar Pinzón v. de González, María de la O, Leovigilda y Margarita González y a la sociedad conyugal formada por el matrimonio de Lisandro González y Pilar Pinzón, para que se hicieran estas declaraciones:

«Primero. Que el señor Absalón Linares, en su condición de adquirente de los bienes indicados, por compra que hizo al señor Antonio Linares, adjudicatario éste de esos bienes en el juicio de sucesión del señor Higinio González, tiene mejor derecho que los demandados sobre esos mismos bienes indicados por su situación y linderos en el hecho 1.° de esta demanda;

«Segundo. Que en tal virtud los demandados deben entregar al señor Absalón Linares, dentro del plazo que la ley señala, o que usted prudencialmente determine, de acuerdo con ella, los bienes especificados por su situación y linderos en el hecho 1.° de esta demanda, así: El total de los distinguidos en el numeral *a*) de ese hecho 1.°, con exclusión de los específicados por linderos especiales en el hecho 18.° de esta misma demanda, y el total de los determinados en el numeral *c*) de ese mismo hecho 1.° de esta demanda;

«Tercero. A restituir al mismo señor Absalón Linares los frutos naturales y civiles de los inmuebles materia de la reivindicación, y no sólo los percibidos, sino los que el dueño hubiera podido percibir con mediana inteligencia y cuidado, teniéndolos en su poder, y si no existieren, entonces debe condenarse a los demandados a pagar el valor de los mismos frutos, restitución o pago que deberán hacer al demandante a partir de la fecha de la escritura de Lisandro González a Higinio González, o sea desde el día 12 de diciembre de 1923, hasta el momento de la entrega o pago; esto si se les considera como poseedores de mala fe, pero si se les acepta como poseedores de buena fe, entonces esas prestaciones deberán decretarse por ustea a partir de la fecha de la constitución de la demanda hasta la fecha de la entrega».

A su turno el apoderado judicial de las demandadas contrademandó para que por la justicia se declarara lo siguiente:

«Primera. Que la sucesión de Lisandro González y la sociedad conyugal formada por éste con Pilar Pinzón y disuelta por muerte del primero, sociedad y sucesión ilíquidas, son dueños en propiedad y dominio de un lote de terreno que hace parte de otros dos que forman uno solo denominado "Cantarillas", lote que como de los que hace parte está ubicado en la vereda o sección de Naguy, jurisdicción del Municipio de La Vega, junto con todas sus mejoras y plantaciones en él existentes, tiene estos linderos particulares: desde un mojón de piedra marcado con el número uno (1) que está en el punto donde la quebrada se cruza con el camino, cerca de alambre arriba hasta donde ésta termina y en donde hay un árbol nacedero o cajeto, en cuyo pie se encuentra un mojón marcado con el número dos (2); de este punto en línea recta de para arriba a dar a un árbol pomarroso que está al pie de un mango, en donde hay un mojón marcado con el número tres (3); de ahí línea recta de para arriba a dar a un altico redondo, en donde hay un volcán y un mojón marcado con el número cuatro (4); de este punto siguiendo de para arriba por todo el filo de la cuchilla, hasta la cima, en donde hay un chamizo o árbol seco, en donde se encuentra otro mojón marcado con el número cinco (5); de aquí por todo el filo de la cuchilla hasta encontrar la punta de un vallado, en donde hay una piedra marcada; de este punto, vallado abajo, hasta encontrar un árbol caco; de este árbol en línea recta de para abajo a encontrar dos mojones de piedra que están a poca distancia el uno del otro; de aquí en línea recta a encontrar la unión de las dos quebradas, y de este punto, por la quebrada a encontrar el mojón número uno (1), punto de partida.

«Segunda. Que, como consecuencia de la declaración anterior, el señor Absalón Linares está obligado a restituir y a entregar a la sucesión ilíquida de Lisandro González y a la sociedad conyugal, también ilíquida, que este señor tuvo con Pilar Pinzón y disuelta por muerte del expresado González, representadas así: la sucesión, por sus herederos María de la O y Leovigilda González y por el cesionario de éstas, señor Jorge Pinzón y Margarita González, menor de edad y representada por su madre, Pilar Pinzón v. de González; y la sociedad conyugal, por esta señora de quien es cesionario el señor Jorge Pinzón y por las herederas y cesionario nombrados, el lote de terreno alinderado en primer término en la petición que antecede, dentro de la ejecutoria de la sentencia o dentro del término que le fije el Juzgado.

«Tercera. Que el demandado, señor Absalón Linares, debe pagar a las entidades dichas, sucesión y sociedad conyugal, los frutos civiles y naturales del lote primeramente determinado en la petición primera, y no solamente los percibidos por dicho señor, sino los que mis mandantes hubieran podido percibir con mediana inteligencia y cuidado teniendo el lote en su poder, frutos que debe pagar desde que se apoderó de tal lote hasta la fecha en que lo entregue, y considerando al demandado como poseedor de mala fe.

«Que se condene al demandado a pagar las costas del juicio».

SENTENCIAS

El Juez del Circuito de Facatativá púsole término al litigio, por sentencia de 12 de febrero de 1941, por la cual absolvió a los demandados de todos los cargos de la demanda, formulados por Absalón Linares, e igualmente absolvió a Linares de los cargos relacionados en la demanda de reconvención, condenándolo en las costas del juicio.

Apelado ese fallo para ante el Tribunal Superior de Bogotá, esta entidad, en decisión de octubre 6 de 1941, reformó el fallo apelado y ordenó:

«1.° *Absuélvese* a los demandados de todos los cargos y peticiones contenidos en la demanda propuesta por el señor Absalón Linares.

«2.° La sucesión de Lisandro González y la sociedad conyugal formada por éste y Pilar Pinzón, disuelta por la muerte del primero, es dueña en propiedad de un lote de terreno que hace parte de otros dos que forman uno solo, denominado "Cantarillas", jurisdicción del Municipio de La Vega y deslindado así: "Desde un mojón de piedra marcado con el número uno (1), que está en el punto donde la quebrada se cruza con el camino, cerca de alambre arriba hasta donde ésta termina y en donde hay un árbol nacedero o cajeto, en cuyo pie se encuentra un mojón marcado con el número dos (2); de este punto en línea recta de para arriba a dar a un árbol pomarroso que está al pie de un mango, en donde hay un mojón marcado con el número tres (3); de ahí línea recta de para arriba a dar a un altico redondo, en donde hay un volcán y un mojón marcado con el número cuatro (4); de este punto siguiendo de para arriba por todo el filo de la cuchilla, hasta la cima, en donde hay un chamizo o árbol seco, en donde se encuentra un mojón marcado con el número cinco (5); de ahí por todo el filo de la cuchilla hasta encontrar la punta de un vallado, en donde hay una piedra marcada; de este punto, vallado abajo, hasta encontrar un árbol caco; de este árbol, en línea recta de para abajo a encontrar dos mojones de piedra que están a poca distancia el uno del otro; de aquí línea recta a encontrar la unión de las dos quebradas, y de este punto, por la quebrada a encontrar el mojón número uno (1), punto de partida".

«3.° El demandado Absalón Linares está obligado a restituir y entregar a la sucesión ilíquida de Lisandro González y a la sociedad conyugal de que habla el numeral anterior, dentro de los tres días siguientes a la ejecutoria de este fallo, el lote de terreno alindado en la forma y términos acabados de indicar.

«4.° El demandado Absalón Linares debe pagar a las entidades dichas, los frutos civiles y naturales del lote de terreno que se le ordena entregar, que haya podido percibir con mediana inteligencia y cuidado a partir del día de la contestación de la demanda.

«Parágrafo. El valor de estos frutos se fijará en acuerdo con lo estatuído por el artículo 553 del Código Judicial.

«5.° Condénase al mismo Absalón Linares al pago de las costas del juicio en la primera instancia. No hay costas en la segunda».

El apoderado del demandante y contrademandado a la vez, interpuso contra este fallo el respectivo recurso de casación que le fue concedido, y admitido por esta Superioridad, se entra a su estudio, ya que la tramitación de él está agotada.

RECURSO

El fallo se acusa por ser violatorio de la ley sustantiva, por infracción directa, aplicación indebida e interpretación errónea, de acuerdo con el ordinal primero del artículo 520 del Código Judicial.

En ocho apartes, que el recurrente intitula capítulos, funda sus reparos al proveído *sub-judice*, que la Corte estudiará, no uno por uno sino englobándolos, porque ellos en el fondo plantean una misma situación jurídica y una misma y única acusación.

Sostiene el recurrente que con el registro de la escritura 289 de 12 de diciembre de 1923, de la Notaría de La Vega, se efectuó la tradición de los bienes raíces que por ese título había adquirido Higinio González; que por el registro de la escritura número 426 de 14 de agosto de 1939, se verificó la tradición de los bienes que Antonio Linares le vendió a Absalón, del mismo apellido, bienes que le fueron adjudicados en la sucesión de Higinio González; que en virtud del registro de la escritura número 289, ya citada, esos bienes entraron a formar parte del patrimonio sucesoral de Higinio González; que luégo pasaron a la persona de Antonio Linares, por adjudicación que se le hizo en la sucesión de Higinio González; que el registro de la escritura número 244 de 24 de agosto de 1924, que dice contener la *rescisión* del contrato celebrado entre Lisandro e Higinio González, hecha en el libro número 2.°, quedó mal registrada, porque se trata de un acto o título que traslada, modifica y limita el dominio de bienes inmuebles y que ha debido hacerse en el libro número 1.°

Como el Tribunal, a juicio del recurrente, desconoció los hechos por él enumerados, violó los artículos 749, 756, 759, 951, 2653, 2673 y 2674 del Código Civil.

Se observa: El recurrente considera que con la inscripción de la escritura 289, de 12 de diciem-

bre de 1923, se efectuó la tradición de los bienes vendidos por Lisandro González, y que como el Tribunal desconoció esa tradición, violó los artículos en cita.

Nada más injustificado que esta acusación. Se ha visto que el contrato de venta celebrado por Lisandro e Higinio González fue declarado inválido por el mutuo consentimiento de los contratantes, forma ésta que reconoce la ley para su invalidación (artículo 1602); de suerte que si el contrato de compraventa fue invalidado por el mutuo consentimiento de las partes, la tradición, que dice el recurrente se verificó por el registro de la escritura de venta, no pudo efectuarse, jurídicamente hablando, porque para que valga la tradición de bienes raíces se requiere un título traslaticio de dominio, como el de venta, permuta o donación, título que falta al presente porque las partes lo declararon inválido antes de que se consumara el registro en el libro respectivo.

Así las cosas, y conservando toda su fuerza este postulado probatorio, pues contra él nada se ha argüido, forzoso es concluír que el Tribunal no ha podido quebrantar ninguna de las disposiciones que regulan la tradición, porque como se ha visto, ésta no se efectuó por faltarle una condición indispensable para que ella surta efectos legales, cual es la existencia de un título traslaticio de dominio, de acuerdo con el artículo 754 del Código Civil.

En lo que dice relación a los artículos 2653, 2673 y 2674, es de repararse que en no habiendo habido tradición, por carecer ella de un justo título traslaticio de dominio, las disposiciones referentes al registro que cita el recurrente relativas a la inscripción de la escritura número 244 de 24 de agosto de 1924, carecen de fundamento, porque si por esa escritura Lisandro e Higinio González declararon inválido el contrato celebrado por medio de la escritura número 289, los bienes que Lisandro González dijo vender a Higinio del mismo apellido, nunca salieron del patrimonio de aquél, y por ello esa escritura no implicaba traslación, modificación, gravamen o limitación al dominio de los bienes raíces que Lisandro dijo vender a Higinio González.

Las tachas referentes a los artículos que regulan los modos de adquirir y perder la posesión, son exóticas en el presente recurso de casación, porque si no se verificó la tradición de los bienes que Lisandro dijo vender a Higinio González, por carecer de título traslaticio de dominio, esa inscripción, que no ha existido legalmente, no tiene por qué cancelarse por una posterior inscripción.

En cuanto a la violación del artículo 1766 por no haberse tomado razón al margen de la escritura matriz del contrato o contraescritura por la cual se declaraba inválido el primitivo contrato de venta, se observa: La escritura por la cual se declaró inválido el contrato de venta no alteraba las disposiciones en él contenidas, puesto que las partes contratantes, de común acuerdo, expresaron que ese contrato no tenía valor o eficacia alguna, lo consideraron inexistente, inválido y cumplieron con el requisito del registro que corresponde a todo acto pasado ante Notario.

En el presente caso, no puede decirse que la buena fe de los terceros pueda ser sorprendida por no haberse registrado la escritura número 244 en el libro número 1.° sino en el 2.°, porque, en primer lugar, el registro en el libro número 2.° fue un acto público para dar mayores garantías de autenticidad y seguridad de los títulos, actos o documentos que deban registrarse, haciendo intervenir en su guarda y confección un mayor número de funcionarios y precaviéndolos de los peligros a que quedarían expuestos si la constancia de tales actos, títulos y documentos existiera en sólo una oficina, y en segundo lugar, porque un comprador previsivo tenía que sospechar que un registro que se hacía quince años después de celebrarse el correspondiente contrato, tenía algo de irregular que era preciso esclarecer, y este esclarecimiento podía hacerse, pidiendo el correspondiente certificado.

Si el comprador no puso en el negocio toda la curia que el caso requería, dado el antecedente del tardío registro, cúlpese a sí mismo por no proceder con la cautela aconsejada en la vida de los negocios, y no diga, dados los antecedentes o modalidades del contrato, que su buena fe fue sorprendida, porque bien pudo dirigirse al señor Registrador para inquirir de este funcionario si en los libros a su cargo aparecían más registros de escrituras otorgadas por Lisandro González distintas de la número 289. En el cuaderno de pruebas del demandante en primera instancia aparece un certificado del Registrador del Circuito de Facatativá, que dice:

«Décimosexto: Que revisados los libros respectivos desde el 12 de diciembre de 1923, fecha de la escritura número 289, por la cual el señor Lisandro González vendió a Higinio González, según se expresó en el punto quinto de este certificado, no aparecen más registros de escrituras otorgadas por el señor Lisandro González, que el registro de la escritura número 244, de 24 de agosto de 1924, por la cual los señores Higinio y Lisandro González declararon rescindido el contrato contenido en la escritura número 289, del 12 de diciembre de 1923; declaración de rescisión de que habla el punto sexto de este certificado».

Existe en nuestra legislación positiva un sistema jurídico debidamente reglamentado que permi-

te a cualquier persona conocer en todo momento el estado y situación de todos los actos y contratos pasados ante los Notarios, cual es los correspondientes libros que de acuerdo con la ley deben llevar los Registradores y en los cuales se anota no sólo la evolución de la propiedad raíz sino también todos los actos o contratos que requieren cierta publicidad para garantizar y salvaguardiar la fe de los terceros.

No se detiene la Corte a contestar los demás cargos formulados a la sentencia, uno a uno, porque el recurrente, para fundamentarlos, párte del error capital de que la tradición de los bienes vendidos por Lisandro González a Higinio González se verificó por el registro de la correspondiente escritura, y ya se ha demostrado en el curso de este fallo que la tradición no se llevó a efecto porque no estaba precedida de un título traslaticio de dominio, puesto que el contrato de venta celebrado por los González fue declarado por éstos mismos inexistente e ineficaz o inválido.

En vista 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:

1.° No se infirma la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá de fecha seis de octubre de mil novecientos cuarenta y uno.

2.° Las costas son de cargo de la parte 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*, Secretario.

Acción para el pago de perjuicios materiales y morales.—Abuso del derecho.—Licitud de ciertos denuncios criminales

En la legislación colombiana no está consagrada en fórmulas positivas la teoría del abuso del derecho. Lo que hasta hoy existe en esta materia en el derecho nacional es producto de la estructuración jurisprudencial de la teoría jurídica sobre principios generales consignados en el Código Civil y que imponen la obligación de reparar todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia, es decir, la aplicación al ejercicio del derecho, como a cualquier otra clase de actividades, de las nociones técnicas de la culpa en que está cimentado el régimen legal de la responsabilidad civil. La expresión abuso del derecho, de términos antagónicos e inconciliables en concepto de algunos expositores, cifra cabalmente los dos extremos de licitud e ilicitud en que se puede mover la conducta culposa, la noción honesta del ejercicio del derecho y la necesidad ética de no ser indiferentes a las consecuencias dañinas de su ejercicio abusivo o excesivo. Siendo indispensable la adopción de un criterio técnicó en la calificación de los hechos para saber si pueden o nó considerarse como constitutivos de un error de conducta, corresponde necesariamente al arbitrio judicial indagar, averiguar a través de todas las pruebas la intención y los móviles para poder deducir si el uso de un derecho objetivamente legal es acto lícito por moverse dentro de la órbita jurídica normal, o ilícito, capaz de ser fuente de responsabilidad, por desviarse de sus fines honestos y serios en forma inmoral o antisocial. El derecho de denunciar criminalmente, constitutivo también de obligación o deber legal, no es de por sí un acto que pueda comprometer la responsabilidad civil del denunciante; pero puede llegar a constituír una culpa cuando no ha sido hecho con un objetivo serio y de justicia y con buena fe y sobre hechos reales, pues asume entonces la naturaleza peculiar y las consecuencias del acto abusivo. Es necesario en esta ocurrencia producir la prueba plena de las circunstancias constitutivas de la culpa. Quien con incuestionable buena fe lleva a conocimiento de la justicia ciertos hechos sospechosos y adecuados para base de investigación, y mejor que sean en propia defensa porque así el conocimiento es más completo, no compromete su responsabilidad aunque la investigación criminal no concluya en la existencia de ningún delito, si los hechos son ciertos y en su denuncio no se procedió temerariamente o con torcidos fines. Mientras el denunciante proceda de buena fe y sobre hechos evidentes que por su naturaleza puedan dar base a investigaciones legales, debe ser inmune a la res-

ponsabilidad civil, porque de otra manera se esterilizaría la necesaria iniciativa particular, que también es deber legal, en el campo de las investigaciones penales.

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

(Magistrado ponente, doctor Hernán Salamanca).

Proveniente de rentas de un contrato de arrendamiento de unos jardines de propiedad de Carlos Baresch de que era arrendatario Campo Elías Fandiño, en documento privado del 20 de mayo de 1931, confesó éste deber a aquél la suma de $ 1.045 que prometió pagar en tres contados, dos de $ 300 el 31 de julio y 1.° de agosto, y el otro de $ 445 el 30 de septiembre, todas fechas de 1931. Al propio tiempo, para garantizar el cumplimiento de estas obligaciones, Fandiño dio a Baresch tres cheques girados contra el Banco de Bogotá por las tres cantidades en que se dividió el pago de la deuda y con fecha de los correspondientes vencimientos:

Baresch tuvo que ocurrir a la vía judicial ejecutiva para cobrar a Fandiño su obligación, y al efecto inició por medio de apoderado ante el Juzgado 5.° de este Circuito el correspondiente juicio ejecutivo que se siguió por sus trámites legales. En curso estas diligencias ejecutivas de cobro, Carlos Baresch endosó a José Domingo Pulido los cheques que Fandiño le había girado en garantía de la obligación que se le estaba cobrando ejecutivamente, y con base en ellos inició el endosatario Pulido diligencias de embargo preventivo y los correspondientes juicios ejecutivos contra el deudor Fandiño ante los Juzgados 1.°, 5.° y 8.° del Municipio de Bogotá, para el pago de los cheques.

En esta situación, considerando Fandiño que Baresch y Pulido lo querían hacer víctima dolosamente de un doble cobro de la misma obligación, ante el Juez 5.° de Instrucción Criminal, presentó denuncio contra ellos en escrito en que después de hacer el minucioso relato de los antecedentes del negocio en que se originaron el documento y los cheques contentivos de pruebas de la misma deuda, agrega: «Mas al firmar el suscrito el expresado documento, dándose cuenta de que no estaba obligado de modo claro y definido a pagar la suma consignada en el documento al señor Carlos Baresch, porque tal suma procedía de un contrato de arrendamiento que Baresch no le había cumplido satisfactoriamente, rehusó firmar la obligación en los términos perentorios de pago que se habían estipulado por el recomendado del señor Baresch, y así se convino en sentar al final del expresado documento la siguiente cláusula: "En este estado se advierte que en caso de demora en los pagos enumerados anteriormente, el representante legal de Carlos Baresch quedará facultado para acordar con Fandiño la forma en que éste cancelará las cuotas respectivas". Convenida la anterior estipulación, que sujetaba a arreglo posterior entre las partes, tanto las diferencias provenientes del incumplimiento por parte de Baresch del contrato de arrendamiento celebrado con el suscrito, como el pago de la obligación estipulada en el documento firmado por el suscrito, que esta obligación emanaba de tal contrato, pidió al apoderado del señor Baresch que le devolviera los cheques ya extendidos, mas tal recomendado arguyó que Baresch no cobraría tales cheques mientras no se arreglara definitivamente la obligación que yo le firmaba. Como el tiempo corría y el arreglo contemplado en la cláusula final no se realizaba, precisamente porque el señor Baresch se negaba a reconocerme perjuicios por el incumplimiento del contrato, promovió ejecución contra el suscrito en el Juzgado 5.° del Circuito de esta ciudad, tomando como apoyo del apremio el documento tántas veces referido. Mientras esta ejecución se ventilaba, y de la cual me estoy defendiendo en los términos que me permite la ley civil, el señor Baresch cedió al señor José Domingo Pulido aquellos cheques que le otorgué en garantía de la obligación que se hizo constar en el documento privado, pero cuyo cumplimiento pendía de arreglo posterior, según lo convenido. Con esos cheques me ha promovido el señor Pulido demanda ejecutiva y embargo preventivo en los Juzgados 1.° y 8.° Municipales de esta ciudad. Simultáneamente se me trata de hacer efectiva una misma obligación dos veces. Considero que se está en presencia de una pretensión dolosa combinada entre el señor Baresch y el señor Pulido, y en tal virtud, por medio del presente escrito, formulo denuncio criminal contra los expresados señores por los delitos de estafa y abuso de confianza. Presento a usted tres certificados de los señores Jueces 5.° Civil del Circuito y 1.° y 8.° Municipales, de donde se deduce ese cobro doble que se me pretende hacer, abusando de la confianza que deposité en el señor Baresch al girarle los mencionados cheques, y pretendiendo estafarme por medio de un cobro doble de una misma obligación. Estoy dispuesto a constituírme acusador particular en la investigación y persecución del delito que se está cometiendo, y mientras tanto a jurar el presente denuncio. El señor Baresch es extranjero (polaco) resi-

dente en El Cerrito, Municipio de Facatativá, y el señor José Domingo Pulido reside en esta ciudad. Señor Juez, Campo E. Fandiño».

La investigación criminal tuvo su curso ordinario y terminó por sobreseimiento definitivo dictado por el Juez en favor de los dos sindicados y confirmado por el Tribunal Superior en grado de consulta. El sobreseimiento en relación con José Domingo Pulido, según se ve de la providencia traída en copia a los autos, se fundó en que el informativo no reveló que hubiera procedido en acuerdo doloso con Baresch al iniciar los juicios ejecutivos, y en «que este señor como cesionario de los instrumentos materia de autos instauró la acción civil correspondiente para obtener su pago, sin que por este hecho se le pueda imputar delito alguno, ya que no aparece prueba en autos que demuestre que procedió con dolo para hacerse a una suma de dinero en forma ilícita».

Libertado José Domingo Pulido de la responsabilidad penal, consideró que Campo Elías Fandiño, al dar denuncio contra él en forma imprudente y sin precauciones, en que lo califica de estafador, lo ofendió en su honor y en su decoro causándole perjuicios materiales e inmateriales, por lo cual, en libelo de fecha 9 de marzo de 1940, repartido al Juzgado 7.° de este Circuito, lo demandó para que en la sentencia definitiva de un juicio ordinario se declarara «que el demandado es responsable civilmente por hecho y culpa suyos al obrar imprudentemente y sin las precauciones legales, instaurando contra el suscrito un denuncio criminal por el supuesto delito de estafa y abuso de confianza», y que en consecuencia se le condene a indemnizarle los perjuicios materiales y morales por tal hecho causados, estimados en $ 5.000 o la suma que pericialmente se fije, más las costas procesales.

Se opuso Fandiño al descorrer el traslado legal de la demanda a que se hicieran las declaraciones solicitadas, y en relación con los hechos centrales en que se apoya la acción, dijo: «Sí es cierto qué el señor José Domingo Pulido, cesionario de origen incógnito de los cheques girados por mí a favor del señor Carlos Baresch, ejercitara contra mí las acciones respectivas encaminadas a obtener el pago de ellos, pero conviene aclarar y advertir que en tal maniobra de Pulido hubo abuso del derecho y no disimulada mala fe porque cuando él inició los juicios ejecutivos —que no prosperaron— para cobrar los cheques, ya tenía conocimiento del embargo que se me había hecho por el Juzgado 5.° Civil del Circuito de Bogotá, a solicitud del doctor Elías Abad Mesa, apoderado del señor Baresch, de quien era empleado Pulido, con base en un documento privado firmado por mí a favor del mentado señor Baresch, de igual valor que los tres cheques y del cual eran éstos una simple garantía, como se puede colegir de la lectura de aquel documento —cuya existencia no desconocía Pulido—, al cual hice referencia en la denuncia que formulé ante el Juez 5.° de Instrucción Criminal y cuya copia figura al folio 1 de este cuaderno de demanda ordinaria. Yo consideré entonces y sigo considerando ahora que el doble cobro de una misma deuda, hecho a conciencia, implica y encubre una acción maliciosa, dolosa, de un claro y bien notorio abuso del derecho. Pero niego la afirmación del demandante según la cual yo lo califiqué en parte alguna de estafador, así como también niego la existencia de la ofensa a su honor y de que existan perjuicios morales y mucho menos materiales, como el actor lo sostiene».

Trabada sobre estas bases la litis y producidas las pruebas que las partes consideraron conducentes, se surtieron los trámites del primer grado, que finalizó con la sentencia del Juzgado del Circuito, de fecha 17 de marzo de 1941, en la cual, por no haberse hallado culpa ninguna imputable al demandado en el hecho de su referido denuncio, se le absolvió de los cargos de la demanda. Sin costas.

FALLO ACUSADO

La apelación que el actor interpuso contra el fallo del Juzgado dio lugar a la segunda instancia de este juicio ante el Tribunal Superior de Bogotá, que la finalizó con sentencia del 10 de octubre de 1941, confirmatoria de la apelada. También sin costas en el grado.

Ampliados e ilustrados con doctrinas de la Sala de Casación Civil de esta Corte, los motivos de la sentencia de segunda instancia son los mismos en que se fundó la absolución del primer grado, esto es, la imposibilidad de configurar jurídicamente con los elementos probatorios del proceso un hecho culposo que pudiera comprometer la responsabilidad civil del demandado. Interpretado por el Tribunal, en las circunstancias con que aparece establecido en el proceso, el hecho del denuncio dado por Fandiño contra el demandante Pulido, no halló en tal acto imprudencia o descuido o demostración de que lo hubiera ejecutado con dañada intención de causarle perjuicio o con el exclusivo móvil de satisfacer pasiones personales, o en condiciones que de algún modo revelaran que se usó indebidamente la institución legal del denuncio, y considerando que los hechos en que se apoyó el denunciante eran exactos y por lo menos equívocos y sospechosos, concluyó que el denunciante Fandiño había procedido dentro de la normalidad legal que le quita todo carácter de exceso y abuso al ejercicio de sus refe-

ridas actividades. «La simple memoria de los hechos antecedentes al denuncio —dice la sentencia— y la manera como el denunciante los relata en su queja, evidencian la sinceridad de esos reclamos, ya que, habiendo Fandiño firmado por razón de una misma acreencia los indjcados cheques a más del propio documento ya nombrado, tenía fundadamente este señor que extrañarse ante la cobranza simultánea y doble, y en distintos Juzgados, de la misma deuda. Es más: si lo denunció así ante las autoridades del Crimen, no hizo sino decir la verdad, contar lo que pasaba, y por los medios a su alcance obligar a los que procedían de tal manera a rendir explicación de su conducta, que en el mejor de los casos era dudosa por lo menos, ya que no es ni usual ni correcto dirigir dos ejecuciones para obtener el pago de una misma suma so pretexto de que el deudor ha constituído doble comprobante de su crédito».

EL RECURSO

Debidamente admitido y sometido a los trámites de la ley, falla hoy la Corte el recurso de casación oportunamente interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del Tribunal, con apoyo en la causal 1.ª de las enumeradas en el artículo 520 del Código Judicial.

Afirma el recurrente, como criterio general de su acusación, que el Tribunal llegó a las conclusiones que consignó en su sentencia «en virtud de un análisis insuficiente e incompleto de las pruebas, que lo llevó a abandonar el hecho del pleito para reemplazarlo por las circunstancias que sirvieron de arquetipo a la regla, de tal manera que en su sentencia vino a verificar una operación intelectual inversa a la que es normal hacer. En lugar de fijar la situación del hecho concreto para subsumirlo en la norma legislada correspondiente, a fin de producir una consecuencia jurídica determinada, tomó un texto legal, el del artículo 1614 de la antigua Ley de procedimientos penales, y lo transformó en el asunto fáctico de este pleito».

El cargo es por violación indirecta de los artículos 1524, inciso 2.º, y 2341 del Código Civil, por efecto de los errores de hecho y de derecho en que incurrió el sentenciador en la apreciación de las pruebas consistentes en el denuncio criminal dado por Fandiño, en los autos en que el Juzgado y el Tribunal Superior sobreseyeron a favor de Pulido y Baresch por no haber encontrado que hubieran procedido dolosamente al iniciar los juicios ejecutivos cuestionados, en la ratificación del denuncio, en la contestación de la demanda de este pleito en que el demandado insiste en afirmar la existencia de algo ilícito en la conducta de Pulido al prestarse al doble cobro de una deuda, y en el memorial que Fandiño dirigió al Juzgado 7.º Civil del Circuito, en que habla categóricamente de una combinación dolosa, abusiva e irritante de Pulido con Baresch o sus apoderados. «El móvil determinante del acto jurídico del denuncio —dice el recurrente— fue en Fandiño egoísta: su patrimonio era el afectado; y además no limitó su actividad a denunciar hechos exactos, puesto que de la investigación penal resultó que Pulido procedió lícitamente a cobrar por la vía ejecutiva los instrumentos negociables de que era endosatario, sin que esta última calidad entrañara un acuerdo punible con Baresch para estafar al ejecutado». Con ocasión de este último razonamiento señala el recurrente como quebrantados los artículos 363 del Código Judicial en su inciso 4.º y 12 del Código de Procedimiento Penal.

Afirma el recurrente que el Tribunal quebrantó el artículo 1763 del Código Civil como consecuencia del error de derecho en que incurrió al apreciar la prueba consistente en la certificación rendida por el doctor Elías Abad Mesa y la indagatoria de Pulido. «La valorización de esta prueba —dice la demanda— es implícita puesto que el Tribunal no la hizo expresamente, pero es lo cierto que es la única que medio sirve para apoyar la tesis de que Fandiño procedió razonablemente en la formulación de su denuncia».

Un último cargo se hace consistir en violación de los citados artículos 2341 del Código Civil y 12 del de Procedimiento Penal como consecuencia del error en que incurrió el Tribunal al omitir el examen de los testimonios de Agustín Ferreira, Jorge Vanegas Nieto, Noemí Villalobos de Marín y otros, de los cuales aparece evidentemente «que el daño causado a Pulido es el subjetivo moral, porque el recurrente es un abogado que vive de su profesión, la cual ejerce con honorabilidad y pulcritud, y que el denuncio criminal de Fandiño contra él lo deprimió moralmente, lo mantuvo triste y contrariado durante todo el curso de la investigación penal».

La Sala considera los cargos:

Los hechos en que se apoyó Campo Elías Fandiño al formular su denuncio contra Carlos Baresch y José Domingo Pulido, esto es, la producción simultánea de un documento privado y tres cheques como pruebas de una misma obligación de Fandiño en favor de Baresch, y el cobro judicial separado y simultáneo con base en los dos comprobantes como si se tratara de dos deudas distintas (el fundado en los cheques iniciado por Pulido como endosatario de los instrumentos pero con conocimiento de que se referían a la misma obligación), están abonados por la realidad objetiva que revelan las pruebas del proceso. De

estos hechos el único que no ha sido aceptado por Pulido, y en el cual funda principalmente su acción indemnizatoria, es la ausencia de toda combinación dolosa entre él y Baresch para el doble cobro, como quedó establecido en los autos de sobreseimiento. Pero la verdad sobre que el actor Pulido tenía conocimiento, al demandar a Fandiño para el pago de los cheques girados por éste a favor de Baresch y endosados a él, al mismo tiempo que se seguía separadamente acción de pago por la misma deuda con base en el documento privado, resulta acreditada fehacientemente en autos con la declaración de Elías Abad Mesa, apoderado judicial de Baresch y de cuya oficina de abogado era empleado Pulido, y con la propia confesión de éste. De estas pruebas, traídas en legal forma del proceso penal a este expediente, y en cuya apreciación no se advierte ningún error del sentenciador, se transcribe a continuación lo atinente a la declaración del demandante Pulido, quien dice: «Los otros dos cheques los presenté con una nueva demanda ejecutiva, la cual correspondió en reparto al Juzgado 8.º Civil Municipal de esta ciudad, en la cual no ha propuesto aún el deudor señor Fandiño ninguna defensa encaminada a que se declare también la prescripción, si fuere el caso; en esta última ejecución antes de pedir que se librara, embargué preventivamente unas fincas de propiedad del deudor señor Fandiño, de cuyo embargo prescindí posteriormente a fin de que estos bienes fueran embargados en una ejecución que el señor Carlos Baresch adelanta contra Fandiño en el Juzgado 5.º Civil de este Circuito, pues mi misión como encargado de los negocios del doctor Elías Abad Mesa era la de amparar los intereses del señor Baresch, quien había confiado sus gestiones al doctor Abad Mesa».

La realidad de estos hechos fue la conclusión a que llegó el Tribunal al apreciar las pruebas que el recurrente señala como objeto de errores de hecho y de derecho, que no es posible hallar porque esos elementos probatorios la relevan exactamente. El cargo, pues, no puede entenderse como dirigido contra la verdad de los hechos que sirvieron de base a la decisión, sino encaminado a hacer prevalecer una calificación jurídica distinta de la que de ellos hizo el Tribunal, en el sentido de someterlos a nuevo análisis para concluír, a la luz de la doctrina del abuso del derecho, si el denuncio criminal que sobre tales hechos hizo Fandiño contra Pulido puede comprometer su responsabilidad civil y dar lugar a la indemnización demandada en este pleito.

En la legislación colombiana no está consagrada en fórmulas positivas la teoría del abuso del derecho. Lo que hasta hoy existe en esta materia en el derecho nacional es producto de la estructuración jurisprudencial de la teoría jurídica sobre los principios generales consignados en el Código Civil y que imponen la obligación de reparar todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia, es decir, la aplicación al ejercicio del derecho, como a cualquier otra clase de actividades, de las nociones técnicas de la culpa en que está cimentado el régimen legal de la responsabilidad civil. La expresión abuso del derecho, de términos antagónicos e inconciliables en concepto de algunos expositores, cifra cabalmente los dos extremos de licitud e ilicitud en que se puede mover la conducta culposa, la noción honesta del ejercicio del derecho y la necesidad ética de no ser indiferentes a las consecuencias dañinas de su ejercicio abusivo o excesivo. Siendo indispensable la adopción de un criterio técnico en la calificación de los hechos para saber si pueden o nó considerarse como constitutivos de un error de conducta, corresponde necesariamente al arbitrio judicial indagar, averiguar a través de todas las pruebas la intención y los móviles para poder deducir si el uso de un derecho objetivamente legal es acto lícito por moverse dentro de la órbita jurídica normal, o ilícito, capaz de ser fuente de responsabilidad, por desviarse de sus fines honestos y serios en forma inmoral o antisocial.

El derecho de denunciar criminalmente, viniendo al caso del pleito, constitutivo también de obligación o deber legal, no es de por sí un acto que pueda comprometer la responsabilidad civil del denunciante; pero puede llegar a constituir una culpa cuando no ha sido hecho con un objetivo serio y de justicia y con buena fe y sobre hechos reales, pues asume entonces la naturaleza peculiar y las consecuencias del acto abusivo. Es necesario en esta ocurrencia producir la prueba plena de las circunstancias constitutivas de la culpa. Quien con incuestionable buena fe lleva a conocimiento de la justicia ciertos hechos sospechosos y adecuados para base de investigación, y mejor que sean en propia defensa porque así el conocimiento es más completo, no compromete su responsabilidad aunque la investigación criminal no concluya en la existencia de ningún delito, si los hechos son ciertos y en su denuncio no se procedió temerariamente o con torcidos fines. Tal es el caso que está sometido a la consideración de la Corte, en que visiblemente los hechos ciertos fundamentales del denuncio legitiman el proceder de Campo Elías Fandiño, quien viéndose víctima del doble cobro de una sola obligación por el hecho de haber dejado en manos de su acreedor, a título de seguridad, una doble prueba, y no pudiendo explicarse las actividades de sus demandantes de ningún modo que permitiera pensar en un error inocente, y antes bien, con

conocimiento de que procedían a sabiendas de la irregularidad, no puede decirse que incurriera en culpa al pedir una investigación de tal proceder indudablemente sospechoso y constitutivo, ese sí, aunque no haya existido dolo penal, de un irritante abuso del derecho de demandar judicialmente el cumplimiento de las obligaciones civiles. Mientras el denunciante proceda de buena fe y sobre hechos evidentes que por su naturaleza puedan dar base a investigaciones legales debe ser inmune a la responsabilidad civil, porque de otra manera se esterilizaría la necesaria iniciativa particular que también es deber legal, en el campo de las investigaciones penales. A la luz de las pruebas que muestran la conducta de Fandiño, no ve la Sala malicia ni negligencia que le dieran la calidad jurídica de culpable, y ni siquiera hay base para imputarle un ánimo malicioso de vejación contra José Domingo Pulido.

En presencia de este caso, la Corte afirma nuevamente su criterio en torno de esta doctrina científicamente imprecisa del abuso del derecho, en casos de denuncios criminales. En los apartes que a continuación se copian, tomados de páginas 56 y 57 del tomo XLVII de la *Gaceta Judicial*, reproducidos en la motivación de la sentencia acusada, están expuestos los puntos de vista y las razones de su doctrina, completamente aplicables al caso *sub judice*:

«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 oculpables".

«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 Constitución Nacional).

"Desde luégo 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 Código de Procedimiento Penal). 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 Código Penal). 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". (*Gaceta Judicial*, tomo XLII, página 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 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. 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 con 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"».

—

En mérito de las consideraciones que anteceden en las cuales queda englobado el estudio de los diversos cargos formulados en el recurso, la Corte Suprema, 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 con fecha 10 de octubre 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.

JOSÉ MIGUEL ARANGO, ISAÍAS CEPEDA, LIBORIO ESCALLÓN, RICARDO HINESTROSA DAZA, FULGENCIO LEQUERICA VÉLEZ, HERNÁN SALAMANCA.—*Pedro León Rincón*, Secretario en propiedad.

Acción para el pago de una suma de pesos

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

(Magistrado ponente, doctor Isaías Cepeda).

Por escritura número 1265, del 17 de agosto de 1935, otorgada en la Notaría 3.ª de esta ciudad, el señor José Celedonio Castañeda celebró con el Banco Agrícola Hipotecario un contrato sobre parcelación de la hacienda de propiedad de aquél denominada *Tolosa,* ubicada en jurisdicción del Municipio de Anolaima.

En la referida escritura se hicieron constar las condiciones en que debía verificarse la parcelación.

Realizada ésta y rendidas por el Banco las cuentas respectivas, el señor Castañeda consideró que el Banco lo había perjudicado, por el precio a que vendió las parcelas y porque dice que vendió parte de una zona que el propietario se había reservado.

En consecuencia, el 1.º de junio de 1937 presentó, por medio de apoderado, demanda ordinaria contra el Banco, que fue repartida al Juzgado 3.º Civil de este Circuito, en la cual pidió que:

«Se condene al Banco Agrícola Hipotecario, en sentencia definitiva, a pagar a mi poderdante la suma de ciento cincuenta y tres mil seiscientos sesenta pesos ($ 153.660) moneda corriente, en que estimo el valor de la indemnización que dicha entidad bancaria le debe a mi poderdante por haber vendido a un precio inaceptable, comercialmente

hablando, la mayor parte de las parcelas en que fue dividida la hacienda de *Tolosa*, y por haber vendido el mismo Banco un gran número de fanegadas pertenecientes a la zona de terreno que se reservó mi poderdante en el contrato sobre parcelación, zona que se halla situada en los contornos de la casa de habitación y de los cafetales de la hacienda de *Tolosa*.

«En subsidio pido que el Banco Agrícola Hipotecario sea condenado a pagar a mi poderdante, por concepto de las indemnizaciones expresadas, las sumas que determinen peritos nombrados en el curso de este juicio».

Contestada la demanda por el Banco, quien se opuso a la acción intentada, y agotada la tramitación de primer grado, el Juez del conocimiento, por sentencia de fecha 14 de abril de 1939, lo absolvió de todos los cargos de la demanda.

Estimó el juzgador de primer grado que habiendo el demandante ratificado expresamente las ventas hechas por el Banco, a que se refiere la demanda, no existía la prueba del perjuicio causado en relación con los precios respectivos, y que el actor tampoco había demostrado que el Banco vendiera parte alguna de la zona reservada por aquél.

De dicha sentencia apeló el señor apoderado del actor, y una vez terminada la tramitación correspondiente a la segunda instancia, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá la confirmó en todas sus partes el diez y siete de marzo de mil novecientos cuarenta y uno, sin condenar en costas.

El soporte principal de la sentencia del Tribunal estriba en que el demandante no logró probar los hechos fundamentales de la acción. En lo relativo al precio de venta de las parcelas, después de analizar el Tribunal ampliamente las pruebas aducidas, dice:

«Las breves anotaciones y considerandos anteriores, que no dejan de ser bastantes, llevan al Tribunal a establecer, por lo que hace a este primer aparte o punto que se estudia, que no aparece demostrada la existencia de perjuicio alguno, ni en abstracto ni en concreto a base pericial, ni menos que el supuesto por la parte demandante haya tenido comprobación en autos. Si se hubiese demostrado que evidentemente el mandatario hubo de vender parcelas a precios, en tesis general, inferiores al que con mediana actividad y trabajo hubiera podido conseguir el Banco en la época precisa de las ventas, tal vez procedería condenación en abstracto para que el *cuántum* pudiera fijarse en el incidente propio de la ejecución de la sentencia. Mas, como se ha visto, el hecho principal de la demanda, el precio comercial, no pudo comprobarse. Y siendo así, desconocido este extremo por demás fundamental, no hay base para deducción alguna de elemento suficiente para imponer condena, a base de la entidad perjuicio».

En lo tocante al segundo punto, o sea la venta que se dice hizo el Banco de parte de la zona reservada por el actor, estimó el Tribunal que tampoco se había dado la comprobación necesaria, y por ello confirmó en todas sus partes el fallo apelado.

EL RECURSO

Contra el fallo del Tribunal interpuso recurso de casación el señor apoderado del demandante, quien lo fundó en la oportunidad legal.

Dice el recurrente:

«Acuso el referido fallo por violación de la ley sustantiva, proveniente de la apreciación errónea y de la falta de apreciación de elementos probatorios, lo que equivale a decir que invoco la primera causal de casación del artículo 520 del Código Judicial».

A continuación, el demandante divide su acusación en tres motivos, que sintetiza así:

«*Primer motivo de hecho:* El Tribunal incurrió en error de hecho (sic) que aparece de manifiesto en los autos, al interpretar erróneamente la prueba pericial de la primera instancia que regula el precio comercial de la fanegada de terreno de la hacienda de *Tolosa*, lo que implica una violación de la regla jurídica expuesta en el artículo 721 del Código Judicial, que lo llevó a su turno a no condenar al Banco al pago de los perjuicios, con la consiguiente violación de los artículos 63, 2155, 2180 y 2183 del Código Civil.

«*Segundo motivo de hecho:* Lo constituye la violación del artículo 1604 del Código Civil.

«El Tribunal ha librado el pleito contra el actor porque éste, según dice erróneamente, no adujo las pruebas de que los precios por los cuales vendió el Banco Agrícola acusen descuido en la administración del negocio encomendado a él por mi poderdante.

«*Tercer motivo de hecho:* Este tercer motivo dice relación a la venta que hizo el Banco de cierto número de fanegadas de terreno que el señor Castañeda se reservó según la cláusula quinta del contrato, que en su parte pertinente dice así: "*Quinta*..... De esta hipoteca se libertará por el Banco una porción de quinientas fanegadas cuando esté determinada por sus linderos, de acuerdo con el contratante Castañeda".

«De las consecuencias que se derivan de este hecho afirmado por la demanda, y que tanto el Juzgado como el Tribunal declararon no probado, surge la causal de casación contemplada por

el numeral 1.° del artículo 520 del Código Judicial, porque el Tribunal violó la ley sustantiva no apreciando las pruebas pertinentes, infringiendo así directamente la disposición contenida en el artículo 1612 del Código Civil».

El recurrente explica largamente cada uno de estos motivos, y al final de su demanda expone las razones que según él debe tener en cuenta la Corte al dictar la sentencia de instancia, en caso de que prospere el recurso.

El señor apoderado del Banco contestó detalladamente la demanda de casación, oponiéndose a que se infirme la sentencia del Tribunal.

ESTUDIO DE LOS CARGOS

De acuerdo con el debate planteado en el presente juicio, dos son los puntos que es necesario estudiar en casación: si resulta demostrado que el Banco vendió las parcelas de la hacienda de *Tolosa*, de propiedad del actor, a precios inferiores a los comerciales que les correspondían en la época en que se efectuaron las ventas, y si el Banco vendió parte de la zona reservada por el demandante, hechos con los cuales abusó de las atribuciones que como mandatario de Castañeda tenía y le ocasionó graves perjuicios a éste.

Como muy bien lo dice el Tribunal, para resolver el primer punto, o sea el relativo al precio de las parcelas, es indispensable no olvidar que la parcelación se acometió con el único fin de solucionar un grave conflicto social que había surgido entre el propietario de la hacienda *Tolosa* y un número no menor de trescientos arrendatarios, en posesión cada uno de su parcela, con casa de habitación y mejoras plantadas por ellos, conflicto amplia y debidamente analizado en la sentencia acusada, por lo cual es inoficioso extenderse aquí sobre el particular.

El Tribunal estudia luégo, con el debido cuidado, la prueba pericial pedida por el actor, que es la única aducida para demostrar que las parcelas se vendieron a precios muy inferiores a los que han debido venderse, en concepto del demandante, y después de transcribir los dictámenes de los peritos, dice:

«Apenas habrá para qué decir que persiguiendo la demanda una indemnización por los perjuicios que cree el demandante le fueron ocasionados por el Banco, entre otros motivos, por haber vendido las parcelas a menos precio del comercial, naturalmente el avalúo pericial ha debido referirse, precisamente, a la época en que el Banco realizaba las operaciones de venta, y en manera alguna a momento o tiempo posterior y cuando ya nada pasaba en la hacienda de *Tolosa*.

«Pero la voluntad del peticionario de la prueba, el demandante, estimó solicitar dictamen sobre base diferente, pues pidió simplemente "que el personal de la diligencia señalara el precio comercial que en promedio *se le pueda* señalar a cada fanegada para la venta". Como se ve, pidió y hablaba para un futuro en relación con el momento de la petición. No pidió avalúo para la época pasada; no pidió como ha debido hacerlo, que los peritos señalaran el precio comercial que hubieran tenido o que se les hubiera podido señalar a las parcelas el día en que el Banco realizaba la venta. Los peritos, claro está, visto el objeto de su empeño, hicieron el avalúo teniendo en cuenta las circunstancias del día de la práctica de la pericia y sin medir los graves hechos que se sucedían cuando negociaba el Banco. No tuvieron en cuenta la agitación que reinaba en la hacienda de *Tolosa* provocada por la peligrosa actividad de los agitadores y demás miembros de la Liga Campesina; que los arrendatarios en aquel entonces se habían rebelado contra la autoridad del patrón, quien ni siquiera podía recorrer su propiedad; que los mismos arrendatarios, lejos de pagar cánones de arrendamiento, vinieron a tornarse en detentadores arbitrarios de esos predios que decían ser absolutamente suyos por haberlos pagado cientos de veces a virtud de la explotación "inmisericorde e inhumana que el señor Castañeda consumaba contra ellos haciéndoles pagar arrendamientos carísimos o altos". No tuvieron en cuenta los peritos, no pudieron tenerla, la circunstancia de que Castañeda, cuando recurrió al Banco, no fue allí con fines comerciales sino a pedir que esta entidad le solucionara la aguda situación que día por día hacía que su propiedad de hecho se tornara ajena, ya que el propio Castañeda no tenía sobre lo suyo ni el usufructo, ni el uso, ni menos la facultad de vender libremente, porque cada parcela, en el mejor de los casos, no tenía sino un solo comprador, que no era otro que el cliente establecido en ella. La Liga Campesina prácticamente había colocado fuera del comercio aquel extenso latifundio, y siendo así, aquella finca por entonces carecía de valor comercial determinado y cierto.

«Los peritos avaluaron los terrenos sin apreciar las anteriores circunstancias. Los avaluaron, ese fue su cometido, cuando el conflicto había cesado y cuando no hacían sus desarrollos los agitadores que en todo tiempo trataron de impedir la labor parceladora. Avaluaron lo que vieron, no avaluaron comercialmente lo que han debido avaluar, es decir, las parcelas, pero remontándose a la época precisa de las ventas».

La Corte estima acertado y jurídico el anterior análisis del dictamen pericial, hecho por el Tribunal en la sentencia, análisis que demuestra que el

peritazgo no se refirió a la época y a las circunstancias adversas en que el Banco hizo las ventas de parcelas, por lo cual no puede considerarse como explicado y debidamente fundamentado, y ello quiere decir que no hace plena prueba, porque no reúne los requisitos previstos en el artículo 721 del Código Judicial.

Pero hay más: en carta que el demandante Castañeda dirigió al Gerente del Banco con fecha 13 de marzo de 1936, refiriéndose a varias reclamaciones de los arrendatarios de *Tolosa*, entre otras a los precios señalados a las parcelas, dijo:

«Debo advertir que el precio *que le he señalado* a las parcelas tiene por base estricta el avalúo catastral, según puede comprobarse en cualquier momento, y en muchos de ellos el precio es muy inferior al del catastro, lo que demuestra que ya una entidad oficial *señaló el precio al cual me he sometido voluntariamente*». (Subraya la Sala). (Cuaderno número 3, página 32).

Esta manifestación del demandante comprueba, claramente, no sólo que éste conoció oportunamente y aceptó los precios a que el Banco había estado vendiendo las parcelas, sino que contribuyó a fijar tales precios.

De otro lado, al folio 74 del cuaderno número 1 obra el siguiente recibo:

«Recibí del Banco Agrícola Hipotecario el cheque número 18-B 4307 a cargo del Banco de la República y a mi favor, por la cantidad de catorce mil trescientos cuarenta y dos pesos con doce centavos ($ 14.342.12), por concepto del sobrante en efectivo de la parcelación de la finca de mi propiedad denominada *Tolosa*, según liquidación del 30 de agosto pasado, la cual he hallado corriente, y en tal virtud doy mi entera aprobación a las cuentas presentadas por el Banco, hasta la fecha mencionada. Bogotá, septiembre cuatro de mil novecientos treinta y seis. *José C. Castañeda*».

Este recibo, no infirmado, ni rechazado, ni redargüído de falso por Castañeda, implica, sin lugar a duda, la aceptación plena y completa dada por el actor a todas las operaciones de parcelación realizadas por el Banco, inclusive a los precios de las parcelas que necesariamente figuraban en las cuentas y liquidación rendidas, toda vez que Castañeda dijo allí: «la cual (liquidación) he hallado corriente, y en tal virtud doy mi entera aprobación a las cuentas presentadas por el Banco....»

El Tribunal no incurrió, pues, en el error de hecho que equivocadamente le atribuye el recurrente en su primer motivo de acusación, ni en error de derecho, que es el que puede alegarse cuando a una prueba no se le da el valor legal que le corresponde. De consiguiente, no puede prosperar el primer cargo formulado contra la sentencia.

Tampoco es aceptable ni fundado el segundo cargo, consistente en violación del artículo 1604 del Código Civil, porque lo dicho al estudiar el anterior sirve para concluír que el Banco sí empleó la diligencia y el cuidado necesarios, para verificar la parcelación de *Tolosa* en las mejores condiciones de precio, como lo demuestran los dos comprobantes de que se habló últimamente, conforme a los cuales el actor aceptó y aprobó los precios y las cuentas respectivas. Por otra parte, no existe en el expediente prueba alguna que acredite el perjuicio causado.

En lo tocante al tercer cargo, se encuentra lo siguiente:

De un lado, como dicen el Juez y el Tribunal en sus fallos, el actor no logró demostrar que el Banco vendiera parte de la zona que aquél deseaba reservarse, ni siquiera que Castañeda hubiera concurrido a hacer la determinación precisa de dicha zona. De otro, aun aceptando, en gracia de discusión, que el Banco hubiera vendido parte de la zona indicada, la aprobación dada por Castañeda a las cuentas presentadas por el Banco, de que antes se habló, implicaría también la aceptación del demandante a este otro punto del litigio. Tal aprobación demuestra también la interpretación práctica que del contrato de parcelación hicieron los contratantes, a lo que se agrega que no hay constancia tampoco en autos de que Castañeda hubiera manifestado al Banco su deseo de que no vendiera parte de la zona que se dice reservada por él.

El Tribunal no incurrió, por tanto, en la violación de ley sustantiva que se le imputa, por lo cual no puede prosperar el cargo que se analiza y es forzoso concluír que no es el caso de infirmar la sentencia acusada.

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, *no casa* la sentencia pronunciada en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, con fecha diez y siete 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*, Secretario en propiedad.

RECURSO DE REVISION

El numeral 1.º del artículo 542 del Código Judicial admite la revisión de la sentencia ejecutoriada si después de pronunciada se recobran piezas decisivas detenidas por fuerza mayor o por obra de la parte favorecida. La anterior norma contiene dos extremos. a saber: recobro de una pieza decisiva, y detención de ésta por fuerza mayor o por obra de la parte favorecida

Recobrar, según la acepción gramatical, filológica y jurídica, equivale a adquirir lo que antes se poseía. En ese sentido está empleada por el Código Civil en muchas normas, entre ellas las consagradas en los artículos 972 y 976 No es, pues, lo mismo recuperar una prueba que producirla o mejorarla. El recurso extraordinario de revisión no es procedente para esto. De lo contrario, no habría jamás cosa juzgada, porque bastaría que el litigante vencido en un juicio mejorara la prueba en el de revisión, o produjera otra La prueba eficaz en revisión y desde el punto de vista que se está tratando, debe tener existencia desde el momento mismo en que se entabla la acción ordinaria O, por lo menos, al tiempo de vencer el último término de prueba en el respectivo juicio ordinario. Mas no basta que la prueba exista para que la retención sea viable, sino que es necesario para ello que haya sido imposible aducirla, o por un hecho independiente de las partes, o por un hecho doloso de la parte favorecida. El hecho independiente de la fuerza mayor, que está siempre condicionada por lo imprevisible a que no es posible resistir, por un elemento que se sale de la esfera de actividad que pueden controlar las partes. Así, en un caso semejante al de autos, podría constituír la fuerza mayor el hecho de que una autoridad bajo cuya custodia está una actuación o un documento que puede servir como factor decisivo para el juicio, se denegara a expedir copia de él, a entregarlo cuando fuera el caso, o a facilitar su exhibición.

La retención por obra de la parte favorecida implica dos elementos: la existencia del documento que puede servir de prueba, en poder de esa parte durante la tramitación del juicio ordinario, y la obra de esa parte en la retención, que acusa dolo en ella. Tal sería el caso en que pidiendo una de las partes a la otra la exhibición de un documento que la primera afirma que está en su poder, aquélla negara ese hecho, y esa negativa hubiera sido decisiva para impedir la exhibición, por no haber podido quien la solicitó aducir ninguna otra prueba al respecto. Si fallado el pleito ordinario se recobra luégo esa pieza que estaba en poder de la parte favorecida, puede proceder la revisión, siempre que se presente el factor de que en seguida se trata

No es cualquier prueba que se recobre la que da lugar a la revisión. No. La prueba recobrada debe ser decisiva, o sea, que debe tener tal eficacia legal que hubiera sido bastante para fallar el litigio de una manera contraria o muy distinta a como fue resuelto. Y es tan evidente esto, que esa prueba es la que influye para invalidar el fallo cuya revisión se impetra. Si, pues, se presenta una prueba en el juicio de revisión que no tenga esa operancia decisiva, el recurso no puede prosperar.

Finalmente, no sólo por la calidad de la prueba está limitado el recurso de revisión, sino por el tiempo, dentro de los dos años siguientes al pronunciamiento del fallo. (Artículo 543 del Código Judicial).

El numeral 2.º del artículo 542 hace viable el recurso de revisión cuando el fallo recayó en virtud de documentos que al tiempo de dictarse no eran conocidos como falsos por una de las partes, o cuya falsedad se ha reconocido o declarado después. En virtud de esta norma, la revisión prospera si la sentencia se ha basado en documentos falsos, cuya falsedad no era conocida. No basta, pues, que uno de los documentos sea después reconocido o declarado falso, sino que es preciso que la convicción del juzgador se haya fundado en la apreciación legal de esos documentos, y que esa apreciación total haya dado como resultado el fallo, basado en tales documentos. Es también indispensable que esa falsedad se demuestre o se declare, y esa declaración debe ser anterior al juicio sobre revisión.

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

(Magistrado ponente, doctor Isaías Cepeda).

I

El doctor Clodomiro Forero Vargas, en su carácter de apoderado de Isabel Rodríguez de Albarracín, inició el juicio de revisión de que tratan los artículos 542 a 548 del Código Judicial, y demandó a Beatriz Pacheco de Van Meek Uribe, Jorge Giraldo Urdaneta, Luis Felipe Rincón Castro, Carlos Adolfo González y Alfonso Arenas, para que, con su citación y audiencia, se invalide el fallo de casación proferido por esta Corte el 23 de noviembre de 1939, y en virtud de esa invalidación se absuelva a la expresada Isabel Rodríguez de Albarracín de los cargos de la demanda que dio origen a dicho fallo.

Admitida la demanda y corrido el traslado del caso, previo un incidente de reposición y súplica, quedaron descartados del juicio los señores Carlos Adolfo González, Luis F. Rincón Castro y Alfonso Arenas, de manera que hoy son únicos demandados los expresados Beatriz Pacheco de Van Meek Uribe y Jorge Giraldo Urdaneta.

Los hechos fundamentales de la demanda son:

Por fallo de la Curia Primada de Bogotá, de fecha 28 de febrero de 1933, se ordenó la inscripción en los libros del Hospital de San Juan de Dios, de esta ciudad, de la partida de nacimiento de Beatriz Pacheco, como acaecida en el mes de enero de 1912.

Con base en esa partida se celebró el contrato de compraventa entre Beatriz Pacheco e Isabel Rodríguez de Albarracín, de que da cuenta la escritura 2177, de 30 de septiembre de 1933, otorgada en la Notaría 4.ª de este Circuito.

Teniendo en cuenta esa partida y la fecha del contrato, la vendedora Pacheco aparecía como mayor de edad.

Después de celebrado el contrato que acaba de mencionarse, en virtud de un juicio sumario adelantado por los procedimientos canónicos e iniciado por la madre de Beatriz Pacheco, el Tribunal Eclesiástico de Bogotá ordenó la cancelación de la primera partida que fija el nacimiento de Beatriz en enero de 1912, y la inscripción de otra nueva que fija la fecha de ese nacimiento en 1916, lo cual se obtuvo por sentencia de la Curia de 29 de octubre de 1935, o sea trece meses después de celebrado el contrato de compraventa de que se ha hecho mérito.

Isabel Rodríguez de Albarracín interpuso recurso de apelación de la sentencia eclesiástica para ante la Curia de la Diócesis de Tunja, y el Tribunal de esta Diócesis, en sentencia de 13 de septiembre de 1939, revocó la del Tribunal de Bogotá y dispuso que se restableciera la primera partida de nacimiento de Beatriz Pacheco, o sea la que fija el nacimiento de ésta en 1912.

En virtud del juicio sobre declaratoria de nulidad del contrato de compraventa a que se refiere la escritura 2177 ya citada, el Tribunal Superior de Bogotá, en sentencia de 29 de octubre de 1937, decretó la nulidad del acto acusado, y venido en casación ese fallo a la Corte, ésta lo casó parcialmente, en sentencia de 23 de octubre de 1939, pero dejando subsistente la declaratoria de nulidad del contrato de compraventa.

La Corte, en sentir del demandante, tuvo por base primordial de su fallo la existencia de una partida de nacimiento de Beatriz Pacheco, que fija su nacimiento en una fecha que no es la verdadera y que por lo mismo no corresponde a la realidad.

El demandante apoya su acción en los dos primeros ordinales del artículo 542 del Código Judicial.

Hecha la anterior relación, la Corte procede a dictar la sentencia correspondiente.

II

VIABILIDAD DEL RECURSO

El numeral 1.º del artículo 542 citado admite la revisión de la sentencia ejecutoriada si después de pronunciada se recobran piezas decisivas detenidas por fuerza mayor o por obra de la parte favorecida.

La anterior norma contiene dos extremos, a saber: recobro de una pieza decisiva, y detención de ésta por fuerza mayor o por obra de la parte favorecida.

Recobrar, según la acepción gramatical, filológica y jurídica, equivale a adquirir lo que antes se poseía. En ese sentido está empleada por el Código Civil en muchas normas, entre ellas las consagradas en los artículos 972 y 976. No es, pues, lo mismo recuperar una prueba que producirla o mejorarla. El recurso extraordinario de revisión no es procedente para esto. De lo contrario, no habría jamás cosa juzgada, porque bastaría que el litigante vencido en un juicio, mejorara la prueba en el de revisión, o produjera otra. La prueba eficaz en revisión y desde el punto de vista que se está tratando, debe tener existencia desde el momento mismo en que se entabla la acción ordinaria. O, por lo menos, al tiempo de

vencer el último término de prueba en el respectivo juicio ordinario.

Mas no basta que la prueba exista para que la revisión sea viable, sino que es necesario para ello que haya sido imposible aducirla, o por un hecho independiente de las partes, o por un hecho doloso de la parte favorecida. El hecho independiente es la fuerza mayor, que está siempre condicionada por la imprevisible a que no es posible resistir, por un elemento que se sale de la esfera de actividad que pueden controlar las partes. Así, en un caso semejante al presente, podría constituír la fuerza mayor el hecho de que una autoridad bajo cuya custodia está una actuación o un documento que puede servir como factor decisivo para el juicio, se denegara a expedir copia de él, a entregarlo cuando fuere el caso, o a facilitar su exhibición.

La retención por obra de la parte favorecida implica dos elementos: la existencia del documento que puede servir de prueba, en poder de esa parte durante la tramitación del juicio ordinario, y la obra de esa parte en la retención, que acusa dolo en ella. Tal sería el caso en que pidiendo una de las partes a la otra la exhibición de un documento que la primera afirma que está en su poder, aquélla negara ese hecho, y esa negativa hubiera sido decisiva para impedir la exhibición, por no haber podido quien la solicitó aducir ninguna otra prueba al respecto. Si fallado el pleito ordinario se recobra luégo esa pieza que estaba en poder de la parte favorecida, puede proceder la revisión, siempre que se presente el factor de que en seguida se trata.

No es cualquier prueba que se recobre la que da lugar a la revisión. No. La prueba recobrada debe ser decisiva, o sea que debe tener tal eficacia legal que hubiera sido bastante para fallar el litigio de una manera contraria o muy distinta a como fue resuelto. Y es tan evidente esto, que esa prueba es la que influye para invalidar el fallo cuya revisión se impetra. Si, pues, se presenta una prueba en el juicio de revisión que no tenga esa operancia decisiva, el recurso no puede prosperar.

Finalmente: no sólo por la calidad de la prueba está limitado el recurso de revisión, sino por el tiempo, dentro de los dos años siguientes al pronunciamiento del fallo. (Artículo 543 del Código Judicial).

Aplicando lo anterior a este caso, observa la Corte:

No siendo lo mismo recobrar que producir una prueba, y teniendo en cuenta que cuando se inició el juicio que remató con la sentencia cuya revisión se solicita, no existía la sentencia de la Curia de Tunja, como tampoco existía cuando el juicio se abrió a prueba, ni siquiera cuando se falló en las instancias, sino que ella surgió después, en virtud de un juicio eclesiástico, se produjo el efecto con esa sentencia, no de recobrar sino de crear una prueba ante una autoridad eclesiástica, y entonces no puede estarse en el caso del numeral primero del artículo 542, por lo cual no puede decirse ni sostenerse que la prueba hubiera sido retenida por fuerza mayor u obra de la parte favorecida, porque mal se podría retener lo que no existía cuando se inició el juicio ordinario, cuando se abrió a prueba y cuando se falló en segunda instancia.

El numeral primero del artículo 542 citado no da, por tanto, asidero a la acción.

El numeral segundo de dicho artículo hace viable el recurso de revisión cuando el fallo recayó en virtud de documentos que al tiempo de dictarse no eran conocidos como falsos por una de las partes, o cuya falsedad se ha reconocido o declarado después.

En virtud de esta norma, la revisión prospera si la sentencia se ha basado en documentos falsos, cuya falsedad no era conocida. No basta, pues, que uno de los documentos sea después reconocido o declarado falso, sino que es preciso que la convicción del juzgador se haya fundado en la apreciación legal de esos documentos, y que esa apreciación total haya dado como resultado el fallo, basado en tales documentos. Es también indispensable que esa falsedad se demuestre o se declare, y esa declaración debe ser anterior al juicio sobre revisión.

En el caso de autos no existe la declaratoria de falsedad, según adelante se verá, ni la sentencia cuya revisión se demanda tuvo como base decisiva la partida de nacimiento de Beatriz Pacheco, luego por este otro concepto no es viable el recurso, y vale la pena observar que la parte desfavorecida impugnó la partida de Beatriz levantada en 1916, para contraponerla a la de 1912, y que esa impugnación, ampliamente discutida, no prosperó; es decir, la estimación, valoración y prevalencia de esas dos partidas es asunto estudiado y decidido ya por el Poder civil.

Cree, además, la Corte oportuno hacer las siguientes consideraciones ilustrativas:

El recurso de revisión fue configurado por los canonistas de la Edad Media como extraordinario, limitado y taxativo, y así pasó a las Leyes de Partidas, Leyes 13, 19 y 24 del Título 22, 1.ª y 2.ª del Título 26 de la Partida 3.ª, que contenían también algunos de los motivos de revisión, establecidos hoy por las legislaciones modernas.

La Ley española de enjuiciamiento civil de 1855 no hizo referencia a ese recurso, aun cuando se hallaba establecido para lo contencioso adminis-

trativo por los artículos 228 y siguientes del Reglamento de 30 de diciembre de 1846.

La Ley de 21 de junio de 1880, que sustituyó a la antigua, introdujo el recurso de revisión que está consagrado en los artículos 1796 a 1810 de dicha Ley, y de ahí fue tomado casi textualmente en Colombia por la Comisión que presentó el proyecto sobre Organización Judicial y Procedimiento Civil, que vino a ser la Ley 105 de 1931.

El artículo 542 de nuestro Código Judicial está tomado casi a la letra del 1796 de la Ley española, de 21 de junio de 1880.

Por lo tanto, el comentario a este respecto del expositor Manresa y Navarro sobre la Ley de 1880 es de mucha pertinencia, y corrobora lo que antes expresó la Corte acerca del alcance e interpretación de los ordinales 1.° y 2.° del artículo 542 del Código Judicial.

Dice así el citado expositor:

«El primero de estos artículos (1796) determina taxativamente los casos en que podrá intentarse el recurso de revisión, declarándose en el segundo que dicho recurso sólo podrá tener lugar cuando hubiere recaído sentencia firme.... Contra todas estas sentencias cabe el recurso de revisión, como lo declara también el artículo 1801; pero ha de fundarse precisamente en alguno de los cuatro motivos que se determinan en el artículo 1796 que vamos a examinar: 1.° Si después de pronunciada (la sentencia firme) contra la cual se interponga el recurso, se recobraren documentos decisivos, detenidos por fuerza mayor o por obra de la parte en cuyo favor se hubiese dictado. Hemos copiado las palabras de la ley porque es importante analizarlas. Nótese que se emplea el verbo recobrar, que en su sentido recto significa volver a cobrar lo que antes se tenía o recuperar lo perdido, de lo cual pudiera deducirse ser requisito indispensable que el litigante hubiera tenido en su poder los documentos y los hubiera perdido, o por lo menos que tuviera noticia o conocimiento de ellos durante el pleito, y no pudo presentarlos por fuerza mayor o por obra de la parte contraria, que le impidieron recobrarlos. Pero en el artículo 1798 se emplea el verbo descubrir, que en sentido aplicable al caso significa hallar lo que estaba ignorado o escondido, o venir en conocimiento de alguna cosa que se ignoraba. De estas dos disposiciones se deduce que podrá utilizarse el recurso de revisión en los dos casos a que las mismas se refieren, siempre que no hubiesen podido recobrarse o descubrirse los documentos antes de pronunciarse la sentencia, por haberlo impedido una fuerza mayor o por obra o maquinaciones de la parte contraria. Al recurrente incumbe probar estos hechos, y si no los prueba cumplidamente no podrá prosperar el recurso.

«Se previene también que los documentos han de haber sido recobrados o descubiertos después de pronunciada la sentencia firme, porque si lo hubiesen sido antes debieron presentarse en el pleito, conforme a los artículos 504 y 506, sin poder utilizarlos después.... Y previene, además, que los documentos han de ser decisivos, esto es, de influencia tan notoria en el pleito, que si el juzgador hubiera podido apreciarlos al dictar su fallo, lo hubiera pronunciado en sentido contrario. La apreciación de este requisito, que debe alegarse también en el escrito en que se interpone el recurso, corresponde al Tribunal Supremo, como fundamento de su fallo.

«Si hubiese recaído la sentencia en virtud de documentos falsos. Para que el recurso de revisión pueda fundarse en este motivo, es necesario que preceda la declaración de falsedad del documento o documentos que hayan servido de fundamento a la sentencia, cuya declaración deberá hacerla el Tribunal competente para conocer del delito. Si hubiese recaído esta declaración antes de dictarse la sentencia del pleito, deberá alegar el recurrente que ignoraba este hecho, sin perjuicio de la prueba en contrario, pues si tenía conocimiento de ello debió alegarlo y probarlo en el pleito. Terminado éste, tendrá que hacerse uso de la acción criminal para que se declare la falsedad del documento, antes de entablar el recurso de revisión». (Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil, por José María Manresa y Navarro, tomo 6.°, páginas 286 y 287).

El recurrente sostiene que recuperó la prueba después de la sentencia de la Corte, en virtud del fallo de la Curia de Tunja; pero a esto observa la Corte qne el verbo *recuperar* no puede tomarse en ese sentido y que en la sentencia del Tribunal de Bogotá, como en la de la Corte, era conocida la partida de Beatriz Pacheco levantada en 1912, que se debatió sobre este punto y que si no se admitió aquélla fue porque prevaleció la posterior, la de 1916, en vista de las probanzas que se adujeron por ambas partes. Observa también la Corte que no se ha pronunciado sentencia en que se declare falsa ninguna partida de bautizo de la expresada Pacheco, por Juez competente, que sería el de lo Criminal, y que la sentencia de la Curia de Tunja no hizo sino darle prevalencia a la de 1912 en virtud de las pruebas que convencieron a este fallador. Pero, como se ha dicho, esta partida de 1912 fue desestimada por el Organo Judicial.

No obstante lo anterior, la Corte entra a considerar el negocio como si la revisión fuera viable, por vía de estudio y sin que éste siente un prece-

dente en contra de la interpretación que acaba de darse a los numerales primero y segundo del artículo 542 del Código Judicial, que se ajusta, en concepto de la Corte, tanto a la naturaleza taxativa del recurso de revisión, como al espíritu y letra de los dos numerales analizados.

III

FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA DE CUYA REVISIÓN SE TRATA

La sentencia dictada por la Corte, de fecha 23 de octubre de 1939, cuya revisión se demanda, no se fundó única y exclusivamente en la partida de nacimiento de Beatriz Pacheco levantada en enero de 1916, o en otros términos, esa partida no obró como prueba decisiva y única para dictar el fallo de la Corte.

La demostración de la proposición anterior es muy fácil; el Tribunal Superior de Bogotá, para concluír que Beatriz Pacheco nació el 16 de enero de 1916 se fundó:

a) En la partida de nacimiento de ésta. *b*) En el certificado del Jefe de Estadística del Hospital de San Juan de Dios, Sala de Maternidad, del cual aparece que el 15 de enero de 1916 María Cleofe Rodríguez, hija de Emperatriz Rodríguez, de veinticuatro años de edad, soltera y de profesión sirvienta, tomó la cama número 524, y que examinados los libros que se llevan en el hospital no aparece que María Cleofe Rodríguez o Pacheco hubiera ingresado al hospital en fecha distinta a la que se refiere la boleta. *c*) Que de acuerdo con la boleta María Cleofe dio a luz, pero en ella nada se dice respecto de si fuera varón o hembra, ni si hubiera sido o nó bautizada, cosa que corresponde al Capellán. *d*) En las declaraciones de Antonio Gómez, José Sabogal y Carlos Sabogal, quienes aseguran que conocieron a Beatriz, hija de Cleofe Rodríguez, desde cuando estaba pequeña; que Cleofe y Beatriz vivían en la casa de Lucrecia Rodríguez, de quien era sirvienta la primera. Gómez declara que en 1913 conoció a Cleofe y que entonces no tenía ningún hijo, que unos dos años más tarde la llevaron al hospital y allí dio a luz a Beatriz. Carlos Sabogal declaró en 1935 que había conocido diez y siete años antes a Cleofe Rodríguez y a su hija Beatríz, quien tendría cuando la conoció dos años, con quien jugaba y de quien más tarde se enamoró. José Sabogal declara que conoció a Cleofe y a su hija Beatriz en 1917 y que Beatriz contaba en esa época de veinte a veinticuatro meses de edad. *e*) Con la confesión ficta de la demandada Isabel Rodríguez Mariño de Albarracín, de la que resulta que ésta vivió con su hermana Lucrecia Rodríguez de Cañón, con Cleofe Pacheco y su hija Beatriz en una casa situada en el barrio de Las Cruces y que ese hecho tuvo lugar cuando Beatriz contaba unos tres o cuatro años de edad, es decir, aproximadamente quince o diez y seis años antes del día en que se le pidió absolviera posiciones.

Acusada la sentencia del Tribunal ante la Corte, la parte demandada fundó su acusación en violación directa de la ley por estimación indebida de unas pruebas, falta de apreciación de otras y errores de hecho y de derecho en que incurrió el Tribunal.

La Corte estudió a espacio los diez capítulos que desarrollaron la acusación y concluyó que el Tribunal no había incidido en error de hecho ni de derecho, por mala apreciación de las pruebas, y por eso mantuvo en firme la resolución del Tribunal de Bogotá sobre nulidad del contrato de compraventa celebrado entre Beatriz Pacheco, por una parte, e Isabel Rodríguez de Albarracín, por la otra.

Dijo entonces la Corte:

«Fue todo un haz probatorio lo que llevó al Tribunal a concluír que Beatriz nació en 1916.... La convicción del Tribunal se formó pues, previo el estudio del conjunto de pruebas sobre el extremo discutido y por aplicación del artículo 702 del Código Judicial que da al Juez la libertad de apreciación, cuando sobre el mismo punto se presentan exposiciones de varios testigos contradictorias entre sí, libertad que gira dentro de la órbita de las reglas generales de la sana crítica y atendiendo a las demás pruebas que obran en un proceso. Para que pudiera modificarse la convicción o la apreciación del Tribunal sobre el asunto, hubiera sido necesario que el fallador hubiera interpretado equivocada o erróneamente las declaraciones de la parte actora y que esa equivocación o ese error estuviera patente en los autos, o que hubiera dejado de tener en cuenta otras declaraciones de mayor valor u otras pruebas que respaldaran las declaraciones de la parte demandada. Pero no ha sucedido nada de esto, sino que se trata de una deducción legal del Tribunal, que no adolece de error manifiesto y que está basada en una norma positiva, cual es el artículo 702 citado. Aún más: el Tribunal dio la razón clara de por qué no aceptó las declaraciones de la parte demandada; unas por lo imprecisas, y otras por tener algunas contradicciones entre sí».

Los anteriores conceptos de la Corte fueron motivados por el cargo hecho, respecto de la mala apreciación de las declaraciones presentadas por el apoderado de Beatriz Pacheco, declaraciones

de Antonio Gómez, José Sabogal y Carlos Sabogal, de donde se deduce el nacimiento de Beatriz Pacheco en 1916, y falta de apreciación de los testigos presentados por la parte demandada, de donde se pretendió deducir el nacimiento de Beatriz en 1912.

Dijo además la Corte:

«En el capítulo cuarto se acusa la sentencia por violación del artículo 652 del Código Judicial, por cuanto el Tribunal otorgó mérito probatario al certificado expedido por el Jefe de Estadística del Hospital de San Juan de Dios, tomando como base una papeleta de entrada de María C. Rodríguez al hospital en 1916, haciendo caso omiso de que tal pieza se halla enmendada y alterada en parte sustancial de su contenido».

La Corte estudió el cargo y lo respondió así:

«Es cierto que el Tribunal tuvo en cuenta dicho certificado, no como prueba única, para establecer la edad de Beatriz Pacheco y es cierto que en la boleta del hospital se encontró la intercalación, que es la siguiente, según los peritos.... Mas aunque esto sea así, no hay quebrantamiento del artículo 652 del Código Judicial porque, como lo observa el Tribunal, la boleta que sufrió la alteración es distinta del certificado expedido por el Jefe de Estadística, de manera que la falsedad de la primera no puede afectar el valor del segundo y porque, observa la Corte, no está comprobado en qué época sufrió la alteración dicha boleta. Además, la alteración no compromete la identidad de Beatriz ni de Cleofe Rodríguez o Pacheco».

Fue acusada la sentencia porque el fallador tuvo en cuenta la confesión ficta de Isabel Rodríguez de Albarracín, en cuanto de tal confesión el Tribunal dedujo que con ella quedaba también demostrada la identidad de Beatriz Pacheco, nacida el 16 de enero de 1916, como hija de Cleofe Rodríguez.

El cargo se estudió y tampoco prosperó. Sobre él dijo la Corte:

«En efecto: Isabel Rodríguez no podía ignorar que su hermana Lucrecia le había dejado la mitad de la casa de Las Nieves a Beatriz Pacheco, ni podía ignorar tampoco, y este es hecho personal de Isabel, que ésta le compró la casa a Beatriz, puesto que en la escritura acusada de nula consta esa compra. La confesión ficta de haber vivido Isabel con Lucrecia su hermana y en compañía de Beatriz y la madre de ésta, es un hecho propio de la confesante».

La Corte hizo además estas otras consideraciones:

«No se ha discutido en el pleito, ni hay ninguna prueba sobre que en el Hospital de San Juan de Dios hubieran nacido dos niñas bautizadas con el nombre de Beatriz, hijas de Cleofe, la una en enero de 1912 y la otra en enero de 1916. No. De lo que se ha tratado en este litigio es de averiguar si la única Beatriz, hija de Cleofe Rodríguez o Pacheco, extremo éste, repite la Corte, indiscutido, nació en 1912 o en 1916. Consideradas así las cosas, como son en realidad, el Tribunal concluyó que el nacimiento de Beatriz, hija de Cleofe, tuvo lugar en 1916 y ya se vio, al estudiar los cargos anteriores, *que esa conclusión está amparada por las pruebas que obran en autos* (subraya la Corte) y que el Tribunal no erró en la apreciación de ellas. Establecido como está en autos que Cleofe Rodríguez o Pacheco no entró al hospital sino una sola vez, en 1916, y que allí dio a luz a Beatriz (hecho real y objetivo que se desprende del certificado expedido por el Jefe de Estadística del Hospital y de la boleta de entrada de Cleofe a ese establecimiento, observa la Corte), queda descartada la aseveración, que no se funda en ninguna prueba, de que la niña nacida de Cleofe en dicho año de 1916 sea otra distinta de la actual Beatriz Pacheco de Van Meek».

Es cierto que la Corte dio a la partida de bautizo de Beatriz levantada en 1916 el valor legal correspondiente, pero también lo es, como acaba de verse y demostrarse con la transcripción de varios párrafos de la sentencia, que esa partida no fue la única prueba, ni menos la determinante y definitiva que sirvió a la Corte para asentar sus conclusiones.

Descartada esa partida quedarían otros soportes de la sentencia, por donde se concluye, según lo expresado al principio, que la partida que ha mandado inscribir la Diócesis de Tunja respecto de Beatriz Pacheco como nacida en 1912, no tiene el mérito de pieza decisiva, al tenor del numeral 1.° del artículo 542 del Código Judicial.

Cabe advertir aquí que las pruebas antes citadas las tuvo en cuenta la Corte no sólo en la sentencia cuya revisión se solicita ahora, sino en la de fecha veintinueve de octubre de mil novecientos cuarenta, publicada en la *Gaceta Judicial*, números 1964 y 1965, páginas 398 y siguientes.

IV

EFICACIA DE LA PRUEBA RECUPERADA, PARA QUE PUEDA PROSPERAR EL RECURSO DE REVISIÓN

La prueba recobrada, de que trata el numeral 1.° del artículo 542 del Código Judicial, debe ser decisiva o sea que influya de una manera tan determinante y que opere tan eficazmente, que por sí sola tenga mérito o fuerza legal para invalidar el fallo, permitiendo desestimar las pruebas en

que éste se fundó o dándole prevalencia sobre ellas. Dicha prueba debe ser eficaz ante la ley, tanto en el sentido que acaba de expresarse, como en su aptitud material y formal.

El carácter decisivo de esa prueba no permite, para que opere en revisión, que esté *sub judice*, y en esto se presenta el mismo fenómeno que en cualquier juicio, o sea que si una de las pruebas o documentos aducidos por una de las partes no tiene un carácter definitivo, porque se está litigando sobre su eficacia, validez o autenticidad, el fallo no puede basarse sobre tal documento o prueba, por lo mismo que el juzgador no sabe cuál será en definitiva el valor legal y probatorio de ésta cuando la controversia suscitada sobre estos extremos sea desatada.

De autos se viene en conocimiento de lo que sigue:

Proferida la sentencia por el Provisor del Obispado de Tunja, que se presenta como la prueba recobrada y definitiva para impetrar la revisión del fallo de la Corte, llegó dicha sentencia al Provisor de la Curia Primada de Bogotá, para su cumplimiento, es decir, para que se cancelara la partida de nacimiento de Beatriz Pacheco levantada en 1916 y se la sustituyera o reemplazara por la levantada en 1912.

La Curia de Bogotá se negó a dar cumplimiento a la sentencia de la Diócesis de Tunja y se expresó así:

«Pero al llegar a la parte última entró en muy serias vacilaciones de derecho, sobre todo en lo que respectaba a su conciencia, y por providencia de 18 del mismo mes dictó decreto de revocación del auto ya dictado sobre ejecución de la sentencia». (Folio 9 vuelto, cuaderno de pruebas de la demandada).

Este concepto lo respaldó la Curia de Bogotá en varias normas de Derecho Canónico y en la autoridad de graves canonistas como Greusen y Wernz.

Surgió de ahí en adelante una pugna o contradición, o exposición de diversos puntos de vista al respecto entre el Provisorato de Bogotá y el de Tunja, y en esta primera etapa la sentencia fue remitida a la Diócesis de Ibagué para su ejecución. La ejecutoria de la sentencia, según se deduce de autos (fojas 18 vuelta del cuaderno de pruebas de la demandada y 10 del cuaderno de pruebas de la demandante), fue negada por dicho Ordinario, quien se expresó así:

«Habiendo yo leído cuidadosamente de punta a cabo el expediente —argumentando a mi modo— estoy por el nacimiento de la Pacheco en 1916 y no en 1912. Por lo mismo, conceptúo que hay lugar a la restitución *in intregrum*, como lo afirma el Excelentísimo y Reverendísimo señor Arzobispo Primado, apoyado en el canon 1847 (firmado) Pedro María, Obispo».

La divergencia entre el Provisorato de Bogotá y el de Tunja continuó, y sin duda por la renuencia del Provisorato de Ibagué, el Excelentísimo señor Obispo de Tunja ordenó ejecutar la sentencia y dijo lo siguiente en auto de 5 de noviembre de 1940 (fojas 10 del cuaderno de pruebas de la demandante):

«En consecuencia, el Juez de Apelación en la presente causa Pacheco es el muy ilustre señor Provisor de esta Curia de Tunja. Por tanto, disponemos que pase este expediente a nuestro Provisor, para que, sin ulteriores diligencias, proceda a ejecutar la sentencia por él dictada el 13 de septiembre de 1939. Cúmplase. Crisanto, Obispo—Silverio Pineda S.—(*Locus sigilli*)».

La sentencia fue ejecutada entonces por el Capellán del Hospital de San Juan de Dios, según se deduce del certificado que obra al folio 17 vuelto del cuaderno de pruebas de la demandante Rodríguez de Albarracín.

Mas de todas las piezas a que se ha hecho referencia, aparece comprobado también que contra la sentencia de la Diócesis de Tunja se concedió el recurso de *restitutio in intregrum*, recurso que no se ha comprobado en los autos haya sido decidido o fallado.

De la relación anterior, fundada en hechos plenamente comprobados en los autos, la Corte debe deducir las consecuencias jurídicas del caso, ante la luz de las disposiciones civiles y canónicas.

Según el artículo 16 de la Ley 153 de 1887, la legislación canónica es independiente de la civil, y no forma parte de ésta, pero será solemnemente respetada por las autoridades de la República.

En esta disposición distinguen los comentadores dos principios: el respeto a la legislación canónica, distinta de la civil, que se impone al juzgador cuando se trata de asuntos o negocios de naturaleza o índole canónica, negocios que comprenden generalmente cuestiones mixtas, pero en los cuales las disposiciones canónicas configuran o dan base a la acción; por ejemplo, el juicio de separación de bienes, entre dos cónyuges católicos, en que se parte de la existencia y comprobación del matrimonio canónico; y la incidencia de la legislación canónica en la civil, que tiene lugar en los casos determinados por la ley, por ejemplo en la legitimación *ipso jure* en los dos casos contemplados por los artículos 237 y 238 del Código Civil, que son los mismos a que se refiere el canon 1117, o sea que la legitimación canónica por subsiguiente matrimonio produce efectos civiles, de acuerdo con las normas del Código. Otro tan-

to puede decirse de las partidas de origen eclesiástico, que son pruebas canónicas del hecho o acto a que se refieren tales partidas, y que por ministerio de la ley, reconocimiento de ese principio canónico, eran antes pruebas principales y hoy supletorias del estado civil de las personas.

Existe en el Derecho Canónico la acción denominada *restitutio in integrum*, cuyo objeto es la revisión de una sentencia de segundo grado en los casos en que al dictarla, el miedo, el dolo o la mala fe hayan sido determinantes del fallo. Los cánones 1688 y 1689 la configuran, y en su aplicación se tienen en cuenta los cánones que inmediatamente les preceden y a que se refiere el Capítulo cuarto del Título quinto del Libro cuarto del Derecho Canónico, que trata de las acciones y de las excepciones.

Este recurso extraordinario, que tiene un plazo para ser introducido, dentro de dos años de dictado el fallo, inciso 2.° del canon 1684, es muy semejante por el plazo, por lo taxativo y por lo extraordinario, al recurso de revisión que consagra el Capítulo VII del Título XIX del Libro 2.° del Código Judicial, artículos 542 a 548.

En Derecho Canónico una sentencia contra la cual se ha interpuesto el recurso que se acaba de mencionar queda en suspenso, y éste produce los mismos efectos que si se hubiera propuesto y admitido recurso de apelación, lo cual se desprende de los cánones 1905, 1688 y 1689.

En cumplimiento del exhorto librado por el Magistrado sustanciador al Provisor de la Curia Primada, el señor Provisor se expresó así, fojas 15 vuelta del cuaderno de pruebas de la demanda:

«Además del recurso de apelación, impide también la ejecución de la sentencia la canónica introducción del recurso de restitución *in integrum* dentro de los términos señalados por los cánones. El canon 1905, en armonía con los cánones 1688 y 1689, establece el tiempo dentro del cual se puede interponer el recurso, las normas que han de seguirse en la tramitación y los efectos que se siguen del fallo respectivo. Según estas disposiciones canónicas, una sentencia contra la cual se ha interpuesto el recurso de apelación o de restitución *in integrum* queda en suspenso mientras no se haya fallado el recurso correspondiente».

El recurso de que se viene haciendo mérito fue admitido, como se comprueba con el auto de 29 de noviembre de 1941, dictado por el Provisor de la Curia Primada, que corre a los folios 14 y 15 del cuaderno de pruebas de la demandada Beatriz Pacheco y que dice así en su parte resolutiva:

«Por ahora juzga este Tribunal Eclesiástico que puede tenerse como presentado canónicamente ese recurso, para los efectos eclesiásticos y civiles del recurso de que se trata, es decir, el de restitución *in integrum* presentado por la señora doña Beatriz Pacheco de Van Meek contra la señora doña Isabel Rodríguez de Albarracín, en relación con la sentencia de los dos Tribunales Eclesiásticos de Bogotá y Tunja, en la causa sobre la partida de bautismo de la señora Beatriz Pacheco de Van Meek, dictada una y otras sentencias en las fechas indicadas: por tanto la sentencia del Tribunal de Tunja no está en firme».

Este proveído quedó en firme por auto de 26 de febrero de 1942, que si es verdad habla de revocación o reforma del que se acaba de citar, lo confirma en la parte transcrita, según se ve de su parte resolutiva, que dice así y que corre a los folios 14 y 15 del cuaderno de pruebas de Isabel Rodríguez:

«Se resuelve y ordena: Primero: El recurso de restitución *in integrum* contra la sentencia de fecha 13 de septiembre de 1939 dictada por el Tribunal Eclesiástico de Tunja, en segunda instancia, en la causa sobre la partida de bautismo de Beatriz Pacheco, está vigente aún. Dicha sentencia no está en firme; y la sentencia de primera instancia, dictada por el Tribunal el 30 de noviembre de 1937, sobre este mismo asunto o litigio, no ha perdido su valor canónico. Segundo: como la señora Beatriz Pachecho de Van Meek insiste en que dicho recurso se adelante canónicamente, disponemos que el expediente respectivo sea remitido, a costa de la interesada, al Tribunal de tercera instancia, que lo es la Curia Diocesana de Ibagué, a la mayor brevedad, expedidas las copias y conceptos que el M. H. Magistrado sustanciador de la Corte Suprema de Justicia (Sala de Casación Civil) con fecha 19 de este mes, ha solicitado».

Este proveído, como acaba de verse, no es revocatoria del anterior, sino más que reforma, adición, puesto que se resuelve que la sentencia del Tribunal de Bogotá, referente a la partida de bautizo de Beatriz Pacheco, no ha perdido su valor canónico.

De lo anterior resulta esto: Si tal sentencia tiene aún valor canónico, produce y está produciendo no sólo efectos canónicos sino civiles, como prueba, y no es la autoridad civil la que tiene jurisdicción para quitárselos; ella debe únicamente atenerse a esa sentencia, para darle la operancia legal del caso, mientras tenga dichos efectos. La sentencia del Tribunal Eclesiástico de Tunja no está vigente, o sea los efectos canónicos y por ende los civiles que pueden derivarse de ella, no tienen eficacia ante la ley civil sino cuando esa sentencia quede en firme, si es que prospera el recurso de *restitutio in integrum*.

La sentencia del Tribunal Eclesiástico de Tunja no tiene la autoridad de cosa juzgada, al tenor

del canon 1902, porque para que este fenómeno se verifique, de acuerdo con el Derecho Canónico, es preciso que existan dos sentencias conformes, la de primero y segundo grados, o que contra esa sentencia no se haya interpuesto recurso de apelación, o que si se interpuso, se haya declarado desierto, ya por el Juez *a quo* o por el Juez *ad quem*, o que no haya lugar a apelación de conformidad con el canon 1880. Por eso, e interpretando ese canon el señor Provisor de Bogotá dice así (foja 16 del cuaderno de pruebas de Beatriz Pacheco):

«Y de ese fallo (de restitución *in integrum*) puede seguirse que dos sentencias conformes, dictadas ya en el recurso de apelación, ya en el de restitución *in integrum*, queden firmes y según el caso pasen en autoridad de cosa juzgada».

Es cierto que la sentencia de la Diócesis de Tunja fue ejecutada, pero esto no quiere decir que no esté *sub judice*, ni menos que esté ejecutoriada. Según el canon 1917, el Juez puede ordenar que se ejecute provisionalmente una sentencia que no ha hecho aún tránsito a cosa juzgada, por graves motivos y siempre que por el interesado se presente una caución. Se ejecuta, pues, la sentencia; pero la ejecución en ese caso no produce el fenómeno de la *res judicata*, y es lo mismo que al respecto estatuye nuestra ley en el artículo 525 del Código Judicial.

En el presente juicio de revisión, para que triunfara la pretensión de la parte actora, sería necesario, esencial y básico, darle la prevalencia a la sentencia de Tunja y tenerla como la prueba definitiva en que habría de basarse la revisión del fallo.

Pero por todo lo que acaba de exponerse ello no es posible, ante el Derecho Civil, ante el Derecho Canónico: porque esa prueba, la sentencia, no tiene el carácter de definitiva, porque está sometida a un recurso cuya solución se ignora, lo cual equivale a decir que no está en firme y por ende que no está ejecutoriada. No se les oculta a la Corte, ni a las partes, no sólo lo antijurídico, sino lo ilegal y hasta aventurado que sería dictar un fallo basado en una prueba, o en una sentencia que no está en firme y que es materia de discusión ante un Tribunal. El numeral 1.° del artículo 542 del Código Judicial y los principios generales de derecho, no admiten semejante interpretación.

De lo anterior se concluye que por el aspecto que acaba de estudiarse, aspecto civil, canónico y mixto no podría prosperar el recurso de revisión, aunque se le tuviese por procedente en este caso.

No sobra agregar, como síntesis general del negocio y como deducción que se desprende evidentemente de los hechos y consideraciones que se dejan expuestos, que aquí no se trata propiamente de una pieza preexistente, con valor demostrativo, intrínseco y capaz de modificar la convicción judicial en que se fundó la sentencia de esta Superioridad, sino más bien de la valoración o estimación distinta de un documento sobre el estado civil, hecha de diversa manera por jurisdicciones independientes, lo cual parece plantear un problema sobre colisión o interferencia de fallos, cuya dilucidación no sería procedente hacerla ahora ni en este pleito, pero que, en ningún caso, sirvé para dar acceso a la vía legal de la revisión que se ha intentado.

A virtud de las consideraciones expuestas, 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, declara infundado el recurso de revisión de que se ha venido tratando.

Las costas, que se tasarán en la forma legal, son de cargo del recurrente.

Cópiese, publíquese, notifíquese y oportunamente devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

JOSÉ MIGUEL ARANGO, ISAÍAS CEPEDA, LIBORIO ESCALLÓN, RICARDO HINESTROSA DAZA, FULGENCIO LEQUERICA VÉLEZ, HERNÁN SALAMANCA.

Pedro León Ricón, Secretario en propiedad.

Minas.—Juicios ordinarios de minas.—Restauradores de minas. Posesión ordinaria en derecho minero.

1. Por el trámite de un juicio ordinario de minas deben seguirse no sólo los que se promuevan directamente con todas las formalidades de un juicio común 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.

2. Los principales juicios ordinarios sobre minas que deben tramitarse conforme a lo preceptuado por el Capítulo II del Título XVIII del Libro II del Código Judicial, son los siguientes:

1.° Aquellos en que se ventile la posesión y la propiedad de las minas, teniendo en cuenta que siempre que se demande la posesión debe entenderse demandada la propiedad, y viceversa.

2.° Aquellos en que se ventile el mejor derecho a la adjudicación de una mina por razón de un descubrimiento anterior y que se inician a virtud de las oposiciones a que se refiere el Código, en el artículo 66.

3.° Aquellos en que se ventile la validez o nulidad de los títulos, por haberse incurrido en alguna de las causales enumeradas en el artículo 94 del Código.

4.° Aquellos en que se ventile la validez o nulidad de la adjudicación misma, por haberse verificado con violación de preceptos legales de obligatorio cumplimiento, según lo explicado al comentar el artículo 94 de este Código.

5.° Aquellos en que se impugna la línea fijada en un juicio de deslinde, conforme a lo establecido por el artículo 411 del Código.

6.° Aquellos en que se trata de obtener la declaración de las indemnizaciones debidas por causa de daños que ocasionan la perturbación o despojo de la posesión de minas, según lo preceptuado por el artículo 442 de este Código.

7.° Aquellos en que se ventile la justificación de la interrupción del término para entregar al comisionado el despacho en que se manda dar la posesión de la mina, según lo estatuído por los artículos 47 y 456 del Código.

3. Lo primero que debe hacer el que quiere adquirir una mina abandonada es presentarse al Alcalde del Distrito donde ella esté situada, a darle el aviso de que quiere adquirir dicha mina y que piensa denunciarla (artículo 346 del Código de Minas). Es restaurador de una mina el que da el aviso de que habla el precepto del artículo 347 ibídem. Dentro de noventa días contados desde aquél en que se dio el aviso de que habla el artículo 346, debe el restaurador de una mina presentar el escrito de denuncio ante la Gobernación del respectivo Departamento (artículo 352 ibídem).

4. La posesión ordinaria en Derecho Minero se adquiere desde el momento en que se dé el aviso de la mina. Es una posesión *sui generis*, reconocida únicamente en el derecho minero, y para gozar de ella no es necesaria la tenencia u ocupación material de la mina. Esta posesión ordinaria se pierde cuando el avisante no ejecuta las diligencias necesarias para la adquisición de la mina, dentro de los términos perentorios que para cada una de tales formalidades señale la ley; es decir, como no es una posesión material, se pierde de la misma manera que se adquirió.

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

(Magistrado ponente: doctor Fulgencio Lequerica Vélez).

ANTECEDENTES:

1. Con fecha 9 de enero de 1924 el señor Emiliano Molina Callejas avisó ante el Alcalde Municipal de Segovia, para el señor Germán Molina Callejas una mina de oro en veta, en esa jurisdicción, paraje de Santa Teresa o Doña Teresa, en la quebrada de este nombre, cuya base sería el salto del mismo nombre para seguir hacia el Occi-

dente y la altura hacia el Norte, mina que se llamaría *Bolivia*. El aviso tiene el número 2.

2. Con base en este aviso y con fecha 12 de septiembre de 1932 el señor Germán Molina Callejas formuló el correspondiente denuncio ante la Gobernación de Antioquia. Este denuncio no fue admitido por Resolución que tiene fecha 14 del mismo mes y año, cuya parte sustancial dice: «El denuncio anterior que presenta el señor Germán Molina Callejas de la mina de oro en veta *Bilivia* no puede ser admitido, y no se admite, entre otros motivos legales, porque, según se expresa en el mismo escrito, la porción denunciada consta de más de ochenta pertenencias. El artículo 2.º de la Ley 292 de 1875, de preferente aplicación a cualquiera otra disposición, fija como máximo para las minas de veta, sean de nuevo descubrimiento o abandonadas, tres pertenencias contiguas, y la extensión de cada pertenencia la señala claramente el artículo 23 del Código del ramo».

3. El Ministerio de Industrias, con fecha 8 de febrero de 1933, confirmó en todas sus partes la Resolución anterior.

JUICIO ORDINARIO

El señor Germán Molina Callejas, en libelo fechado el 22 de marzo de 1933, estableció demanda por la vía ordinaria contra la sociedad denominada *Frontino Gold Mines Limited*, representada por el señor Juan Reed, para que se hicieran estas declaraciones:

«Primera. Que es ineficaz el pago de impuestos verificado el once de enero de mil ochocientos ochenta y dos (1882) por el señor Roberto B. White a nombre de la "Compañía Frontino y Bolivia Limitada", por un valor de dos mil ochocientos setenta pertenencias de las minas de oro corrido y veta, denominadas *Ñeme Ñeme*, tituladas en 1825 por los señores Presbítero José Santos Carrillo y Juan N. Murillo.

«Segunda. Que es ineficaz el pago de impuestos verificado el cinco de noviembre de mil ochocientos noventa y uno (1891) por el señor Ramón A. Castrillón, "como recomendado de la Compañía de Frontino y Bolivia Limitada", por un valor de cuatrocientos pesos, con el fin de amparar a perpetuidad diez pertenencias "para completar el número de ochenta pertenencias que compone el mineral de oro de veta denominado *Ñeme Ñeme*, y de las cuales tiene ya pagadas definitivamente setenta", según lo dice el respectivo recibo, marcado con el número 6579.

«Tercera. Que son ineficaces para la Sociedad denominada *Frontino Gold Mines Limited* tanto el título primitivamente expedido en 1825 a los señores Presbítero José Santos Carrillo y Juan N. Murillo, como el título revalidado expedido el 29 de agosto de 1891 "en favor de la Compañía Inglesa de Frontino y Bolivia Limitada".

«Cuarta. Que el mineral de aluvión y veta de que tratan los referidos títulos de 1825 y 1891, se hallaba totalmente abandonado, por deficiencia o falta de pago de los respectivos impuestos fiscales, cuando Germán Molina Callejas dio el aviso número 2 de 9 de enero de 1924 y presentó el denuncio, el 12 de septiembre de 1933 con el nombre de *Bolivia*.

«Quinta. Que, con base en el referido aviso número 2 de 9 de enero de 1924, y desde esa misma fecha, Germán Molina Callejas tiene el carácter jurídico de restaurador y poseedor ordinario del mineral en veta comprendido en la extensión total que señalan los referidos títulos de 1825 y 1891, o sea del total de las pertenencias "comprendidas desde el salto de la quebrada de Santa Teresa o Doña Teresa, quebrada arriba hasta sus cumbres, con unas vertientes".

«Sexta. Que a virtud del mencionado denuncio de 12 de septiembre de 1932, Germán Molina Callejas conserva y tiene el carácter jurídico de restaurador y poseedor ordinario del mineral de veta aludido en la declaración inmediatamente anterior.

«Séptima. Que Germán Molina Callejas tiene derecho perfecto y preferente al total del número de pertenencias del mineral de veta entregadas en 1825 a los primitivos descubridores señores Carrillo y Murillo, ya nombrados; y lo tiene a virtud de los mencionados aviso número 2 de 9 de enero de 1924, y denuncio de 12 de septiembre de 1932, en la extensión marcada en el título de dicha época (1825).

«Octava. Que Germán Molina Callejas tiene derecho legítimo a que se le admita el referido denuncio y se le adjudique en un solo globo, tal como lo dispone el artículo 31 del Código de Minas y la forma en que aparece formulado dicho denuncio, en total de las pertenencias del mineral de veta entregadas en 1825 a los primitivos descubridores señores Carrillo y Murillo o sea el total de las pertenencias "comprendidas desde el salto de la quebrada de Santa Teresa, o Doña Teresa, quebrada arriba hasta sus cumbres, con sus vertientes".

«*Subsidiariamente a las declaraciones quinta a octava*: Que Germán Molina Callejas, a virtud de los mencionados aviso de 9 de enero de 1924 y denuncio de 10 de septiembre de 1932, es restaurador y poseedor de tres de las pertenencias comprendidas en el título de 1825 y, por tanto, tiene derecho a que se le admita ese denuncio y se le ajudique la mina, en lo tocante a tales tres pertenencias, con las formalidades legales.

«Novena. Que, en virtud de las declaraciones *quinta a octava*, o de la declaración subsidiaria a las mismas, según los resultados del juicio, y una vez ejecutoriada y registrada la sentencia, se comunique ésta al señor Gobernador del Departamento de Antioquia, para efectos de admisión del denuncio, tramitación del mismo, posesión de la mina, su titulación, etc.

«Décima. Que la Sociedad *Frontino Gold Mines Limited* no puede oponerse, y efectivamente no debe ser oída como opositor, en ninguna de las etapas del mencionado denuncio de 12 de septiembre de 1932, ni en ninguna otra actuación distinta relacionada con los minerales de veta a que se refiere tal denuncio, con base en los títulos de 1825 y 1891 de que trata la declaración tercera.

«Undécima. Que la Compañía *Frontino Gold Mines Limited* debe indemnizar a Germán Molina Callejas respecto de toda suerte de perjuicios a éste causados con motivo de la explotación de los referidos minerales de veta llevada a cabo por dicha Compañía, a partir del día 9 de enero de 1924, inclusive, y hasta el día en que la Sociedad demandada cese en los actos de tal explotación. En esa indemnización entrarán, además, lo relativo al daño emergente, al lucro cesante, intereses, etc., y lo tocante a los perjuicios causados por la gestión de que dan cuenta las diligencias a que se remite el siguiente postulado *décimocuarto* de estas declaraciones.

«Duodécima. Que la misma Compañía demandada debe dar fianza suficiente para responder de que en lo sucesivo no violará ni estorbará, directa ni indirectamente, en ningún sentido, el libre ejercicio de los derechos reales de Germán Molina Callejas sobre el mineral de veta de que tratan estas declaraciones, bien en lo que dice con el avance del denuncio de 12 de septiembre de 1932, bien en lo atañedero a la explotación del mineral que Molina Callejas ponga en práctica, por sí o por tercera persona, en desarrollo del derecho real que consagra el artículo 174 del Código de Minas.

«Décimatercera. Que Germán Molina Callejas tiene mejor derecho que la Compañía demandada a la posesión y, consiguientemente, a la propiedad (artículo 383 del Código de Minas) del mineral de veta de que tratan las declaraciones principales anteriores, en la extensión señalada en el título primitivo de 1825, o sea en la extensión comprendida "desde el salto de la quebrada de Santa Teresa, o Doña Teresa, al Nordeste de la ciudad de Remedios, quebrada arriba hasta sus cumbres, con sus vertientes", en número más o menos, de ochenta pertenencias.

«Décimacuarta. Que es nula la actuación cumplida en la Gobernación de Antioquia a solicitud formulada por los doctores Alejandro Botero Uribe y Lisandro Restrepo Giraldo, diciéndose apoderados de la Sociedad *The Frontino Gold Mines, Bolivia Company Limited*, en memorial de 20 de febrero de 1924, en relación con el denuncio de varias minas de veta presentado por Germán Molina Callejas el 9 de enero de 1924, situadas en el Distrito de Segovia, a partir de dicho memorial, inclusive, en adelante, o subsidiariamente, a partir de la Resolución número 95 de 5 de marzo de 1924, inclusive, en adelante, o todavía más subsidiariamente, a partir del Edicto de fecha 8 de marzo de 1924, inclusive, en adelante».

«Décimaquinta. Que en consecuencia de la declaración anterior, y una vez ejecutoriada y registrada la sentencia, se comunique ésta al señor Gobernador del Departamento de Antioquia, a efecto de que la referida actuación sea restablecida, y así también los denuncios objeto de las gestiones de los doctores Botero Uribe y Restrepo Giraldo, al estado en que se hallaban antes de la fecha del acto inicial de la nulidad que la sentencia declare.

«Décimasexta. Que son de cargo de la Compañía demandada las costas del juicio.»

Surtida la tramitación ante el Juzgado de primera instancia, que lo fue el Unico Civil del Circuito de Remedios, se dictó sentencia con fecha 16 de abril de 1937, cuya parte resolutiva se expresa así:

«*a*) No hay lugar a declarar la excepción de ilegitimidad de la personería del actor, propuesta por el señor apoderado de la Compañía demandada.

«*b*) Es ineficaz el pago de impuestos, verificado el 11 de enero de 1882 por el señor Roberto B. White, a nombre de la Compañía de "Frontino y Bolivia Limitada", por un valor de dos mil ochocientos cincuenta pesos ($ 2.850), con el fin de amparar a perpetuidad setenta pertenencias de los minerales de veta llamados de Ñeme Ñeme; pago éste que con igual suerte, se extendió a los minerales de oro corrido allí comprendidos, los cuales minerales, en total fueron titulados en 1825 por los señores Presbítero José Santos Carrillo y Juan N. Murillo.

«*c*) Es ineficaz el pago de los impuestos verificado el 5 de noviembre de 1891, por el señor Ramón A. Castrillón como recomendado de la Compañía de *Frontino y Bolivia Limitada*, por un valor de cuatrocientos pesos ($ 400), con el fin de amparar a perpetuidad diez pertenencias de los minerales de veta de eme Ñeme y así completar con las setenta que se había pretendido amparar según se vio en la letra anterior, el número de ochenta pertenencias cubiertas a perpetuidad.

«*d*) Son ineficaces como fundamento de derecho de propiedad, sobre los minerales de veme Ñeme, en pro de la Compañía *Frontino Gold Mines Limited*, tanto el título primitivamente expedido a los citados Carrillo y Murillo, como el mismo título ya revalidado.

«*e*) Los minerales de veta y aluvión, llamados de Ñeme Neme, a que se refiere el título, atrás mencionado de 18 '5, se hallaban totalmente abandonados, por deficiencia en el pago de los impuestos fiscales cuand el señor Germán Molina Callejas dio el aviso número 2 de 9 de septiembre de 1932, sobre tales minerales, calificándolos de abandonados.

«*f*) Germán Molina Callejas a virtud de los mencionados avisos y denuncio es restaudador y poseedor de tres pertenencias comprendidas en el acotado título de 1825; por tanto, tiene derecho a que se le admita el denuncio ameritado y se adjudique tales pertenencias a partir de la base de mensura que dio en su denuncio.

«*g*) En consecuencia con las letras anteriores, una vez ejecutoriada y registrada esta sentencia, comuníquese al señor Gobernador del Departamento de Antioquia, para que éste, en vista de ella, dé curso al citado denuncio, para sus efectos legales posteriores.

«*h*) La Compañía *Frontino Gold Mines Limited*, no tiene por qué indemnizar actualmente a Germán Molina Callejas respecto de perjuicios, a partir del día 9 de enero de 1 24 y hasta que cese en tales actos, a raíz de la explotación que ella ha verificado, desde la fecha inicial nombrada, de los minerales de veta Neme Ñeme; perjuicios éstos que no podrá aquél reclamar sino cuando se le dé el título respectivo.

«*i*) Tampoco tiene la Compañía demandada que dar fianza suficiente para responder de que en lo sucesivo no violará ni estorbará, directa ni indirectamente, el ejercicio de los derechos de Germán Molina Callejas sobre el mineral de veta de Ñeme Ñeme, ni por ningún otro motivo.

«*j*) No se declaran las peticiones quinta, sexta, séptima, octava, décima, décimatercera, décimacuarta y décimaquinta de la demanda, referentes a que se declare a Molina Callejas restaurador y poseedor ordinario de todas las pertenencias comprendidas en el título de 1825, a que se le admita el denuncio con ese alcance y se le adjudiquen dichas pertenencias, a que la Compañía demandada no debe ser oída judicialmente en actuaciones relacionadas con tales minerales y a que fue nula una actuación ante la Gobernación, de que se habló en la parte motiva, porque esas peticiones están en pugna con lo resuelto y las últimas son injurídicas, como se expresó en dicha parte motiva.

k) Sin costas.»

SENTENCIA ACUSADA

Ambas partes interpusieron recurso de apelación, y surtido el trámite de segunda instancia en el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, esta entidad profirió sentencia el 25 de agosto de 1941 por la cual revoca la apelada y en su lugar resuelve:

No hay lugar a hacer las declaraciones solicitadas por el señor Germán Molina Callejas en su libelo de demanda fechado el 22 de septiembre de 1933, y no se condena en costas.

Se funda el Tribunal para revocar la sentencia condenatoria de primer grado en las consideraciones contenidas en los párrafos que textualmente pasan a insertarse: «Si por faltar requisitos de aquellos que la ley exige para la viabilidad de la secuela del procedimiento administrativo es rechazado el aviso o el denuncio y el avisante o denunciante no se conforma con la respectiva resolución, debe ocurrir al inmediato superior en vía de conseguir lo que le fue negado y si aquel proceso administrativo le es desfavorable en todas las instancias, él hace tránsito de cosa juzgada y no puede ser enmendado por el Organo Judicial sin riesgo de incurrir en una colisión de funciones contraria a la Carta Fundamental».

«De tal suerte que si el denuncio que se dio con base en el aviso número 2 de 1924, no fue aceptado por la Gobernación de Antioquia, por las razones que se dieron en la Resolución que atrás se copió, el Organo Judicial no puede hacer caso omiso de ellas para hacer declaraciones como las que se piden en el libelo demandador, que vendrían a hacer nugatorio lo resuelto por aquélla y el Ministerio».

«Si la oposición de parte interesada a que se adelante un proceso administrativo para titular una mina con la plena demostración de que la mina está amparada a perpetuidad y que por lo mismo no puede ser objeto de una nueva adjudicación o bien con la prueba del pago de impuestos, surte los efectos de suspender ese proceso, con mayor razón, cuando ya la oposición no viene de un tercero cuyos intereses se van a lesionar, sino de que no se llenaron determinados requisitos exigidos por la ley o de cuando el denuncio quebranta abiertamente una disposición legal».

«Si el denuncio del señor Germán Molina Callejas no prosperó es inútil entrar a estudiar el mejor derecho que pretende sobre el mineral que explota la Compañía demandada en virtud del aviso que se hizo de él considerándolo abandonado, porque habiendo caducado ese aviso, hay falta de intereses jurídicos por parte del demandante para impugnar los títulos en virtud de los

cuales aquélla posee y en discutir un derecho que no ha llegado a radicarse en cabeza del actor».

RECURSO DE CASACIÓN

Lo interpone el doctor Molina Callejas y alega exclusivamente la causal primera del artículo 520 del Código Judicial; esto es, ser el fallo acusado violatorio de ley sustantiva, por infracción directa, aplicación indebida e interpretación errónea.

Rechaza el recurrente los tres conceptos jurídicos básicos que sirven de fundamento a la sentencia acusada, a los que califica así: «Presupuesto del interés jurídico»; «Cosa juzgada en lo administrativo y consiguiente incompetencia del Organo Judicial»; e «Improcedencia de la acción ordinaria incoada». A cada uno de tales aspectos fundamentales dedica capítulo aparte y presenta su acusación en la forma que pasa a extractarse, por ser exageradamente extensa y caudalosa la demanda de casación y tener en gran parte de su desarrollo la forma y la técnica de un alegato de instancia:

CAPITULO I

PRESUPUESTO DEL INTERÉS JURÍDICO

Primer cargo. Violación de los artículos 117, 118, 304, 313, 345 y 349 del Código de Minas, al llegar el Tribunal a la conclusión de que falta el presupuesto del interés jurídico en lo que concierne al demandante.

Al rechazo administrativo del denuncio de 12 de septiembre de 1932, atribuye el Tribunal la caducidad virtual del aviso de 9 de enero de 1924 y del carácter de poseedor ordinario adquirido por el actor y recurrente a base de ese documento, y de ahí deduce también que el demandante no tiene ni ha tenido el carácter de avisante y carece, por tanto, de interés jurídico para discutir la validez de los títulos con los cuales posee la Compañía demandada, lo mismo que para discutir un mejor derecho a esos minerales. Al expresar la sentencia acusada esos conceptos incurre en errores de hecho y de derecho, con la consecuencial violación de los textos legales invocados.

Además, al admitir el Tribunal que en las resoluciones administrativas de 14 de septiembre de 1932 y 8 de febrero de 1933 se decretó de plano la caducidad del carácter de poseedor ordinario adquirido por el recurrente, incurre en graves errores de hecho y de derecho, porque tales atribuciones son extrañas al poder administrativo y de la competencia privativa del Organo Judicial, quien tampoco podría ejercerlas de plano sino en debate contradictorio, con la plenitud de las formas propias del juicio ordinario. Y tal error lo es también de hecho manifiesto, en cuanto el Tribunal atribuye a los referidos asuntos administrativos la declaración de cuestiones que ni siquiera fueron consideradas en dichas providencias. Se han violado, por este último aspecto, los artículos 26, 57 y 63 de la Constitución Nacional; 1.°, 142 y 143 de la Ley 105 de 1931 y 384 y 385 del Código de Minas.

CAPITULO II

COSA JUZGADA EN LO ADMINISTRATIVO E INCOMPETENCIA DEL ORGANO JUDICIAL

a) Al expresar el Tribunal que el aviso de 9 de enero de 1924 fue rechazado y declarado en caducidad incurre en grave error de hecho, por equivocada apreciación de las providencias antes nombradas, y tal error determina la violación directa de los preceptos constitucionales y legales indicados en el capítulo I.

b) Al aceptarse que simples providencias administrativas han podido resolver de plano sobre el derecho real de un restaurador respecto al número de pertenencias; sobre la caducidad de un aviso y el consiguiente denuncio, todos estos extremos constituyen evidentes errores de hecho y de derecho que determinan nueva violación de los preceptos constitucionales y legales de que se hizo mérito, así como también la de los artículos 35 y 36 del Código de Minas; 2.° de la Ley 292 de 1875 por indebida aplicación, y 30, 31, 33, 123, 343, 346, 347, 348 y 353 del Código citado, por falta de aplicación en la sentencia recurrida.

c) Al reconocerle el Tribunal a los mencionados autos administrativos de 1932 y 1933 el carácter de providencias que hacen «tránsito a la cosa juzgada»; que lo allí resuelto no puede ser «enmendado por el Organo Judicial», y que éste no puede hacer caso omiso de tales razones «para hacer declaraciones como las que se piden en el libelo demandador», rompe la normalidad jurídica y viola los artículos 481 del Código Judicial, que prohibe al juzgador reservar para otro juicio cuestiones que hayan sido objeto de pleito; el 473 ibídem, que sólo reconoce fuerza de cosa juzgada a la sentencia firme en materia contenciosa, y el 466, que define tal sentencia, sin colocar en esa categoría las providencias administrativas.

d) Al afirmar el Tribunal que esas providencias administrativas inhiben al Organo Judicial, declina en las autoridades de orden administrativo la función de administrar justicia y en virtud de tales errores de derecho incurre en violación de los artículos 22, 52 y 115 del Estatuto fundamental. En cuanto desnaturaliza en su causa y peticiones a la demanda inicial del juicio, incurre en evidente

error de hecho, porque le hace pretender al demandante lo que éste no ha querido; ese manifiesto error determina la violación de los artículos 471 y 481 del Código Judicial y del 45 de la Carta constitucional.

Termina el recurrente este capítulo II sosteniendo que, como consecuencia de tales errores de hecho y de derecho en que incurre al negar al actor el interés civil para demandar, resulta la violación del artículo 2.° de la Ley 292 de 1875, por indebida aplicación al caso del litigio; de los artículos 30, 31, 123, 343, 346, 347 y 348 del Código de Minas, por no aplicarlos siendo el caso de hacerlo con motivo de aquellos abandono, restauración y dominio de la referida mina Ñeme Ñeme, con el nombre de «Bolivia».

CAPITULO III

IMPROCEDENCIA DE LA ACCIÓN INCOADA

Combate el recurrente las razones jurídicas que expone el Tribunal para sostener que la acción incoada no tiene cabida entre los posibles juicios que pueden surgir dentro de nuestro Derecho Minero para discutir posesión o propiedad, sobre oposición o sobre mejor derecho a la adjudicación. Confunde el Tribunal, a su juicio, la acción o derecho sobre una cosa con la acción para hacer efectivo ese mismo derecho.

En el caso de autos el Tribunal aplica al artículo 456 del Código de Minas un criterio que ofende la lógica, para hacerle decir a éste lo que no dice y para sacar una conclusión exótica sobre improcedencia de la acción incoada. De forma, pues, que en cuanto el Tribunal interpreta el artículo 456 del Código de Minas en ese sentido limitativo y específico; en cuanto menosprecia los artículos 204, 209 y 734 del Código Judicial incide en evidentes errores de hecho y de derecho que determinan la violación de las disposiciones mencionadas; por el mismo concepto viola los artículos 1.°, 142 y 143 del mismo Código.

Además, en cuanto niega el derecho a ocurrir al Organo Judicial, no sólo incurre en la sanción del artículo 48 de la Ley 153 de 1887, sino que incide en evidentes errores de hecho y de derecho, porque contra la claridad de los artículos 382, 442 y 456 del Código de Minas y 204 y 734 del Código Judicial desconoce esa misma acción ordinaria, única operante para ventilar y decidir las cuestiones netamente judiciales que concretan las quince solicitudes de la demanda. Por razones idénticas estima violados los artículos 194, 195, 196, 471 y 481 del Código Judicial; 3.° de la Ley 53 de 1909; 12, 117, 123, 304, 313, 346, 347 y 383 del Código de Minas, 653, 664, 665, 667, 669, 670, 778, 768, 961, 963, 964, 969, 983, 1494, 1527, 1613, 1614, 2341, 2342, 2343, 2344 y 2356 del Código Civil.

ESTUDIO DE LOS CARGOS

I

Improcedencia de la acción incoada. Cosa juzgada en lo administrativo.

El artículo 456 del Código de Minas estatuye que «los derechos concedidos por la presente Ley y para los cuales no se haya determinado procedimiento especial, se harán efectivos por medio de un juicio común ordinario».

Ya dijo esta Corte «que por el trámite de un 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 Código de Minas». (Sentencia de 5 de junio de 1942, *Gaceta Judicial*, tomo LIII, página 627).

Los principales juicios ordinarios sobre minas que deben tramitarse conforme a lo preceptuado por el Capítulo II del Título XVIII, del Libro II del Código Judicial, son los siguientes:

1.° Aquellos en que se ventile la posesión y la propiedad de las minas, teniendo en cuenta que siempre que se demande la posesión debe entenderse demandada la propiedad, y viceversa.

2.° Aquellos en que se ventile el mejor derecho a la adjudicación de una mina por razón de un descubrimiento anterior y que se inician a virtud de las oposiciones a que se refiere el Código, en el artículo 66.

3.° Aquellos en que se ventile la validez o nulidad de los títulos, por haberse incurrido en alguna de las causales enumeradas en el artículo 94 del Código.

4.° Aquellos en que se ventile la validez o nulidad de la adjudicación misma, por haberse verificado con violación de preceptos legales de obligatorio cumplimiento, según lo explicado al comentar el artículo 94 de este Código.

5.° Aquellos en que se impugna la línea fijada en un juicio de deslinde, conforme lo establecido en el artículo 411 del Código.

6.° Aquellos en que se trata de obtener la declaratoria de las indemnizaciones debidas por causa de daños que ocasionan la perturbación o despojo de la posesión de minas, según lo preceptuado por el artículo 442 de este Código.

7.° Aquellos en que se ventile la justificación

de la interrupción del término para entregar al comisionado el despacho en que se manda dar la posesión de la mina, según lo estatuído por los artículos 47 y 456 del Código. (*Tratado de Derecho Minero Colombiano*, de los doctores Alvaro Caicedo Martínez, Jesús María Casas y Eustorgio Sarria, página 170).

De lo dicho se desprende que cuando a Molina Callejas se le rechazó por la Gobernación de Antioquia su denuncio de 12 de septiembre de 1932, confirmando luégo el Ministerio de Industrias la anterior Resolución, sí tuvo expedita y viable la acción común ordinaria para discutir ante el Organo Judicial, con la debida amplitud procesal, las razones o motivos de carácter legal que tuvo el Poder Administrativo para rechazarlo. Enfrente de esa situación que se le planteó, tenía el susodicho autor dos vías igualmente operantes para obtener una rectificación de lo decidido por la Administración: o acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa acusando por infracción legal las resoluciones administrativas denegatorias, según las normas entonces vigentes de la Ley 130 de 1913; o ejercer el derecho sustantivo de acción procesal que indudablemente tenía para que la justicia ordinaria revisara lo resuelto en la secuela administrativa, a efecto de decidir por vía jurisdiccional sobre su fundamento.

De manera que es jurídico concluír que el actor sí tenía la acción ordinaria incoada en este pleito y es de rigor rectificar la conclusión contraria a que llegó el Tribunal en la sentencia acusada. Resulta a todas vistas equivocado el concepto del sustanciador de Medellín cuando dijo «cómo la acción pretendida no tiene siquiera cabida entre los posibles juicios que pueden surgir dentro de nuestro Derecho Minero para discutir posesión o propiedad, sobre oposición o sobre mejor derecho a la adjudicación».

Pero una vez hecha esta rectificación de doctrina, pertinente en recursos de esta índole, concluye esta Sala que no es el caso de infirmar por este solo error el fallo acusado en casación, porque tal razonamiento del Tribunal no es el único soporte básico, ni siquiera el argumento fundamental de la sentencia de segundo grado, cuyas decisiones prosperan y descansan en otros motivos y razones de orden jurídico, que le prestan fundamento suficiente para conservar su imperio. Ya lo dijo esta Corte en sentencia de 4 de abril de 1936: «además es necesario en todos los casos en que la infracción legal haya tenido una efectiva incidencia sobre la parte resolutiva del fallo. Si dicha parte resolutiva encuentra en la parte motiva fundamentos suficientes, distintos e independientes de aquel o aquellos que justificaran la acusación, tampoco hay lugar a la casación, porque entonces no ha habido violación de la ley sino razonamientos infundados pero inconducentes sin los cuales habría llegado al mismo resultado». (*Gaceta Judicial*, tomo XLIII, página 798).

II

Presupuesto del interés jurídico.

Puede decirse, como lo expresa el fallo acusado, que todo este litigio rueda sobre si el actor Molina Callejas tiene o nó derecho a la adjudicación del territorio minero que comprende la antigua mina Ñeme Ñeme, en atención a que las gestiones administrativas que adelantó con ese fin no tuvieron efecto debido a que la Gobernación de Antioquia rechazó y no dio curso a su denuncio de 12 de septiembre de 1932, fundándose la Gobernación en que el nombrado avisante denunciaba ochenta pertenencias y de acuerdo con el artículo 2.° de la Ley 292 de 1875, de preferente aplicación a cualquiera otra disposición, fija como máximo para las minas de veta, sean de nuevo descubrimiento o abandonadas, tres pertenencias contiguas y la extensión de cada pertenencia la señala con precisión el artículo 23 del Código de Minas.

La resolución antes aludida sobre rechazo del denuncio lleva fecha 14 de septiembre de 1932 y el Ministerio de Industrias, el 8 de febrero de 1933, la confirmó en todas sus partes.

La sociedad minera demandada no intervino en forma alguna en la anterior gestión administrativa y no hizo oposición a las peticiones y al denuncio presentado en tal sentido por el actor Molina Callejas. Conviene recordar que la *Frontino Gold Mines Limited* tan sólo se limitó en la primitiva secuela administrativa que siguió al aviso de 9 de enero de 1924 a presentar algunos memoriales que no fueron tenidos en cuenta, según lo dispuso la Gobernación en Resolución de 6 de junio de ese mismo año.

De suerte que la Compañía titularia y explotadora de ese mineral no ha figurado como opositoria a la pretensión derivada del denuncio de las ochenta pertenencias de la mina Ñeme Ñeme, que fueron denunciadas por el actor y cuyo denuncio se repite que fue rechazado por la Gobernación de Antioquia. Con vista de ese antecedente se trata de saber si Molina Callejas ha adquirido algún derecho reconocido por nuestra legislación para demandar a la *Frontino Gold Mines Limited* mediante el ejercicio de la acción ordinaria, para que en este proceso se declarara el abandono legal de dicho mineral por parte de tal empresa, lo mismo que las otras consecuencias inherentes a tal abandono, tales como la admisión del denuncio

rechazado y la posterior titulación de esa riqueza minera a favor del actor.

Lo primero que debe hacer el que quiere adquirir una mina abandonada es presentarse al Alcalde del Distrito donde ella esté situada a darle el aviso de que quiere adquirir dicha mina y que piensa denunciarla (artículo 346 del Código de Minas). Es restaurador de una mina el que da el aviso de que habla el precepto anterior (artículo 347 ibídem). Dentro de noventa días contados desde aquel en que se dió el aviso de que habla el artículo 346, debe el restaurador de una mina presentar el escrito de denuncio ante la Gobernación del respectivo Departamento (artículo 352 ibídem).

La posesión ordinaria en el Derecho Minero se adquiere desde el momento en que se dé el aviso de la mina. Es una posesión *sui generis*, reconocida únicamente en el Derecho Minero, y para gozar de ella no es necesaria la tenencia u ocupación material de la mina. Esta posesión ordinaria se pierde cuando el avisante no ejecuta las diligencias necesarias para la adquisición de la mina, dentro de los términos perentorios que para cada una de tales formalidades señala la ley; es decir, como no es una posesión material, se pierde de la misma manera que se adquirió.

De suerte que una vez que Molina Callejas presentó el aviso del mineral de Ñeme Ñeme, el 9 de enero de 1924, ante el Alcalde Municipal de Segovia, debió practicar para la eficacia de tal aviso y para adelantar las gestiones tendientes a obtener su adjudicación, las siguientes diligencias preliminares:

1.ª Denunciar la mina, como punto de partida, para lo cual tiene el término de noventa días, a partir del aviso de descubrimiento o de restauración, según los artículos 32 y 352 del Código de Minas.

2.ª Pagar el impuesto de denuncio de la mina, a efecto de poder acompañar a la denuncia el comprobante de dicho pago, según lo dispone el artículo 2.° de la Ley 14 de 1888.

3.ª Obtener copia de la diligencia de aviso y acompañarla al memorial de denuncia, para cumplir el artículo 34 del Código de Minas.

4.ª Pagar el impuesto de estampillas de timbre nacional, por valor de $ 5.000, que impone el artículo 1.° del Decreto ejecutivo 92 de 1932.

5.ª Publicar en el periódico oficial el memorial de denuncia, si se trata de minas abandonadas o de antiguo descubrimiento, para que pueda dársele curso a éste de acuerdo con el artículo 30 de la Le 292 de 1875.

De lo dicho se desprende que los únicos derechos que podría invocar el actor y deducir del aviso mencionado, alegando su condición de poseedor ordinario en el Derecho Minero, aparecen extinguidos o caducados por la razón legal y poderosa de que el denuncio fue presentado el 12 de septiembre de 1932, ocho años después de la fecha de presentación de aviso, siendo así que el artículo 352 del Código de Minas le fijaba un término perentorio y preciso de noventa días para hacerlo.

Sin que pueda alegarse nada en contrario por el actor y recurrente porque en el hecho 24 del libelo de demanda, que presenta como uno de los fundamentos de la acción incoada, dice expresamente lo siguiente: «Bajo el número 2, con fecha 9 de enero de 1924 y ante el Alcalde de Segovia, el suscrito avisó el mineral de veta que más tarde y con expresa invocación del artículo 119 del Código de Minas denunció con el nombre de «Bolivia» el 12 de septiembre de 1932. Antes de esa fecha nadie había dado aviso del artículo 34».

Por lo demás, conviene hacer hincapié en que Molina Callejas no alude en las súplicas impetradas sino única y exclusivamente al denuncio de 12 de septiembre de 1932 y no a ninguno otro anterior a éste y que pretendiera hacer valer como tál. Por tanto, es ese el único denuncio que está hoy *sub judice* y es sobre él que debe hacerse el pronunciamiento de rigor en este litigio.

De donde resulta con toda claridad que por haber dejado expirar el término de noventa días para la presentación del denuncio y haber extendido éste a más de tres pertenencias, perdió el actor la posesión ordinaria minera derivada del aviso de la mina y quedó, por esa doble circunstancia, desprovisto de todo derecho y aun de la simple expectativa como avisante, enfrente de un posible o presunto poseedor regular y titular del mismo mineral, como lo es la Compañía demandada. En esa aflictiva situación no podía exigir con éxito que el Organo Judicial hiciera ninguna de las declaraciones impetradas en el libelo, porque por este aspecto procesal de la cuestión debatida era indudable que carecía de todo interés jurídico debidamente protegido por la ley para suplicarlas ante la justicia ordinaria.

Conviene recordar que en este pleito no se disputa la posesión regular y consiguiente titularidad del mineral que pretende el actor, porque éste no ha pedido ni la una ni la otra; ni siquiera se dió curso a la diligencia administrativa inicial del denuncio a causa de haber caducado éste y de no ajustarse a los requisitos legales; ni tampoco se controvierte el mejor derecho a la adjudicación de la mina por razón de un descubrimiento anterior.

Razón asiste, pues, al Tribunal cuando sostiene que en ninguno de estos casos se encuentra Molina Callejas para hacer viable y próspera la

acción ordinaria intentada porque su denuncio fue rechazado con pleno fundamento legal e hizo desaparecer todo derecho futuro a la adjudicación de la mina. Considera por eso la Corte inatacable el razonamiento de la sentencia cuando dice: «En estas condiciones, el carácter de poseedor ordinario, que en virtud del aviso de la mina llegó a tener el demandante señor Molina Callejas, caducó en virtud del rechazo del denuncio dado con base en ese aviso y carece por tanto el demandante de interés jurídico para discutir la validez de los títulos con los cuales posee la Compañía demandada, lo mismo que para discutir un mejor derecho a esos minerales como restaurador, ya que para tener ese derecho es indispensable como condición previa tener siquiera el carácter de avisante de minerales abandonados».

Alega también el recurrente la condición de restaurador del mineral avisado y suplica que se le haga el reconocimiento de esa calidad por el total de las ochenta pertenencias denunciadas. Pero es elemental en nuestro Derecho Minero que si las formalidades administrativas que siguen al aviso de la mina no hubo ni lugar a surtirlas no tiene ni puede alegar el actor ese carácter de restaurador, ni como tal exigir ante el Organo Judicial que se hagan a su favor y con esa investidura las declaraciones solicitadas. Ha sido esto y nada más que esto lo que en forma algo ambigua ha sostenido la sentencia acusada.

Y no se diga, como lo sostiene el recurrente, que el fallador de segunda instancia al declarar la caducidad del aviso se salió de los límites señalados por el lazo de instancia, porque precisamente tal cuestión vino a ser la principalmente sometida a su decisión y la que en realidad venía a justificar en este proceso el ejercicio de la acción común ordinaria. Hubiera sido imposible, desde todo punto de vista, resolver sobre la totalidad de las súplicas sin dejar previamente establecidos los fundamentos legales que pudo tener el rechazo del denuncio y si había, por tanto, caducado.

Era de rigor fallar previamente sobre esta materia para poderse decidir más tarde si Molina Callejas tenía o nó el carácter de restaurador; si tenía derecho a continuar la secuela administrativa de adjudicación o si le asistía mejor derecho a la posesión regular de ese territorio minero. De manera que todas las peticiones de la demanda estaban subordinadas en realidad a esa consideración primordial, única forma de que pudiera ordenarse al Gobernador de Antioquia la prosecución de las diligencias pertinentes, como así se pidió por el actor en su libelo.

Dedúcese de lo expuesto que no son fundados los cargos hechos al fallo, que acaban de estudiarse, limitándose la Corte a rectificar el concepto equivocado del sentenciador en lo referente a la conducencia de la acción incoada, pero sin casar el fallo por llegarse por otros conductos a la misma conclusión.

III

Ejecutoria en parte de la sentencia de primer grado.

En un capítulo final sostiene el recurrente que la sentencia de primera instancia se ejecutorió en todo lo que favorece la causa de él, como actor en el juicio, porque si bien es verdad que el doctor Gabriel Aramburo, diciéndose apoderado del señor Andrerd Syme para representar en este negocio a la Compañía demandada, la apeló oportunamente, verdad es también que el señor Syme no tenía la personería legal de dicha Compañía cuando dio poder a Aramburo y éste no exhibió prueba alguna al respecto.

A juicio del recurrente no existe prueba legal de la sustitución de poderes del señor Reed a Syme, ni de los poderes otorgados por este señor a los doctores Aramburo y López, y todo lo que estos señores ejecutaron como representantes de la Compañía carece en absoluto de valor y eficacia y por eso se ha cumplido el hecho relativo a la ejecutoria del fallo de primer grado en todo lo que declaró a favor del actor y recurrente.

Para el recurrente la escritura número 139, de 9 de octubre de 1936, Notaría de Remedios, constitutiva de la sustitución de Reed a Syme, y la que este último otorgó para apoderar a Aramburo y López Sanín, nada prueban en juicio porque no fueron inscritas en forma legal.

Considera violados los artículos 6.º del Decreto legislativo número 2 de 1906; 231, 258, 261, 269, 266, 462, 597, 601 y 746 del Código Judicial; 2641 y 2673 del Código Civil; 60 de la Ley 4.ª de 1913 y otros más que serán materia de confrontación al estudiarse este cargo en casación.

La Corte considera:

Hace consistir el recurrente el cargo en casación en que no se ha presentado prueba suficiente de la personería de los doctores Jorge López Sanín y Gabriel Aramburo para representar a la Compañía demandada y hacer viable, por lo tanto, el recurso de apelación interpuesto por Aramburo a nombre de dicha Sociedad contra el fallo de primera instancia, por lo cual éste quedó ejecutoriado en todas sus declaraciones a favor del actor. Se funda en que la escritura 139, de 9 de enero de 1936, no fue presentada oportunamente; y la número 461, de 9 de marzo de 1938, Notaría 4.ª de Medellín, no se registró debidamente.

En cuanto al primer reparo, el instrumento número 139 fue presentado al tramitarse uno de los numerosos incidentes de nulidad propuestos por el actor y en momentos en que precisamente se discutía la representación de la Compañía demandada y la consiguiente personería de su representante en este juicio. No podía ser más oportuno el momento para exhibir esa prueba de la personería adjetiva de la entidad demandada y al presentarse tal instrumento desaparecía el vacío o la laguna que el recurrente encontró entre la representación del señor Reed y la del señor Syme. Como en el libelo se señaló a Reed como representante de la Compañía y éste fue sustituído por Syme, según el instrumento número 139, aparece debidamente interpuesta la apelación del fallo de primer grado por parte del doctor Aramburo, a quien confirió poder general para pleitos el mencionado señor Syme.

En cuanto al segundo reparo, que se hace consistir en que la escritura número 461, de 9 de marzo de 1938, no fue registrada en forma legal, no alcanza a comprender esta Sala qué fundamento pueda tener el recurrente para formular ese cargo, pues dicho instrumento contiene dos notas de la Oficina de Registro de Medellín donde consta que fue registrada en el Libro de Poderes y en el Libro número 2.°

A lo dicho podría agregarse que, como bien lo dice la sentencia acusada, si la parte que se dice que ha estado mal representada en el juicio es la Compañía demandada, el vicio probable de la actuación por falta de personería adjetiva de quienes la representaron desapareció con la ratificación que de todo lo actuado hizo el doctor Libardo López, como apoderado de ella, según la escritura número 461, de 9 de marzo de 1938. Porque aun en el caso de que realmente entre las facultades que tenía el señor Reed no está la de sustituir el poder que le dio la Compañía, ésta entidad, lejos de desautorizar la sustitución que de su mandato hizo Reed a favor de Syme la ratificó expresamente, y tal ratificación surte el efecto legal de obligar al mandante, según lo estatuye el artículo 2186 del Código Civil. Además, si los hechos aducidos como base de este cargo fueran ciertos, la acusación procedente sería por la causal 6.ª del artículo 520 del Código Judicial y no la alegada por el motivo 1.° de tal precepto legal.

Se rechaza este reparo por infundado.

FALLO

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, *no casa* la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín el 25 de agosto de 1942.

Las costas del recurso no son de cargo del recurrente, por haberse hecho una rectificación doctrinaria.

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. *Emilio Prieto H.*, Oficial Mayor en propiedad.

ACCION DE PERJUICIOS.—INCONGRUENCIA

La sentencia absolutoria de todos los cargos de la demanda, en que fueron tratados todos los puntos del juicio, no puede incurrir como se ha repetido insistentemente, en el vicio de incongruencia que contempla el numeral 2º del artículo 520 del Código Judicial, porque así no puede decirse que sea omisa, ni excesiva, ni impositiva de fórmulas *extra petita*. La invocación de este motivo es improcedente cuando lo que ha sucedido es que el Tribunal ha apreciado jurídicamente el problema *sub judice* de manera diferente a como lo estima el actor. Y entonces el motivo de casación habrá que buscarlo en la manera como la ley fue aplicada al sentenciar.

No pueden proponerse en una misma demanda acciones tan distintas como son la referente a responsabilidad por violación de un contrato y la encaminada a obtener indemnización de perjuicios por culpa extracontractual. Las dos acciones están expresamente diferenciadas por la ley y la doctrina. (*Gaceta Judicial*, tomo LIII, página 82).

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

(Magistrado ponente, doctor Hernán Salamanca).

Está relatado y probado en este expediente que a las tres de la tarde del día 23 de enero de 1936 el llamado tren local perteneciente a The Santa Marta Railway Company, formado de veintitrés carros de carga y pasajeros, llegó al paradero de Orihueca en viaje hacia Ciénaga y se detuvo en la estación en labores de cargue algún tiempo y luégo retrocedió algunos metros hacia el swich sur del patio de la estación en maniobras para desenganchar un carro, y que desde allí, después de anunciar su salida con pito y bandera, inició su marcha a la velocidad acostumbrada pasando por la casa de la estación sin detenerse nuevamente a lí. Juan Alberto Rodríguez O., mozo de diez y seis años, y otras personas que habían comprado tiquetes para Ciénaga, no se embarcaron cuando el tren se detuvo en la estación, creyendo, probablemente, que se detendría de nuevo allí después de sus maniobras. De los compradores de tiquetes en esta situación, unos se abstuvieron de coger el tren en marcha; otros lo tomaron así, y el mentado Rodríguez, que tenía una mano ocupada con un racimo de plátanos, trató de subir al primer coche de tercera, con tan mala suerte que no pudo cogerse y cayó; se levantó rápidamente y al pretender coger el carro siguiente cayó de nuevo, y esta vez, al levantar la cabeza fue golpeado por el estribo de uno de los coches. A las voces de alarma fue detenido el tren Recogido Rodríguez y llevado al hospital, falleció allí poco tiempo después a consecuencia de las lesiones que sufrió.

Tales hechos son el origen de este pleito, porque con base en ellos Pedro L. Rodríguez y Abigaíl O. de Rodríguez, en su calidad de padres legítimos del muerto, en libelo de 6 de junio de 1936, ante el Juzgado Civil del Circuito de Santa Marta, demandaron a The Santa Marta Railway Company Limited, sociedad domiciliada en Londres, para que en la sentencia definitiva de un juicio ordinario, se declare que la Compañía ferrocarrilera está obligada a pagar a los demandantes o a la sucesión de Juan Alberto Rodríguez O., $ 9.000 por perjuicios materiales y $ 10.000 por perjuicios morales, causados por la muerte violenta de su hijo legítimo, más las costas de este juicio en caso de contradicción.

La acción se apoya primordialmente en el hecho de no haber iniciado el tren su marcha definitiva partiendo de la propia estación, en forma de haber dado tiempo para subir a los pasajeros, y como fundamentos de derecho se citan, confundidas, disposiciones referentes a culpa contractual y a responsabilidad delictual.

Surtidos los trámites de ley, con aprovechamiento por ambas partes del término probatorio, sentenció el Juzgado la primera instancia el 18 de noviembre de 1938 condenando a la Sociedad demandada a pagar a los actores, a título de indemnización por perjuicios materiales, la suma de $ 10.000, más las costas del grado, y absolviéndola del pedimento relativo a perjuicios morales.

FALLO ACUSADO

La apelación que ambas partes interpusieron contra el fallo del Juzgado dio lugar a la segunda

instancia del juicio, surtida ante el Tribunal Superior de Santa Marta y finalizada con sentencia de 16 de septiembre de 1941, por la cual se revocó la apelada, absolviendo en cambio a The Santa Marta Railway Company de todos los cargos de la demanda.

De la breve página que el Tribunal dedicó a la motivación de su sentencia claramente se ve que dos son los fundamentos, igualmente decisivos, en que apoya su absolución. Es el primero, que la demanda, contra lo que tienen establecido la jurisprudencia y la doctrina, involucra inaceptablemente las dos acciones inacumulables de responsabilidad civil, fundándose alternativamente, como aparece de los hechos básicos, en incumplimiento del c ntrato de transporte por haber partido el tren de sitio diferente del acostumbrado y reglamentario dando así lugar a que Juan Alberto Rodríguez, para no perder su tiquete, tratara de embarcarse en la forma en que lo hizo, y en que la empresa, por los mismos hechos, incurrió en culpa extracontractual o aquiliana.

Considera el sentenciador que esta confusión de acciones constituye un vicio que sería suficiente para detener la prosperidad de la demanda, pero no reduce a esto los motivos de su decisión, sino que aceptando que es legal «en gracia de discusión la hibridez de las acciones», considera e interpreta la realidad del accidente a la luz de las pruebas aducidas y concluye que no es posible deducir ninguna culpa contra la Compañía ferrocarrilera como causa determinante de la muerte de Juan Alberto Rodríguez, que se debió exclusivamente a su propia imprudencia que creó el riesgo en que pereció al querer tomar el tren en la forma peligrosa en que lo hizo. Menciona el Tribunal la tesis del demandante que quiere ver culpa de la empresa porque el conductor «debió darse cuenta de la pretensión de Rodríguez y hacer parar el tren en tiempo oportuno», y la rechaza con la consideración de que es físicamente imposible el que un conductor, por diligente que sea, pueda parar instantáneamente un tren para evitar el accidente a que imprudentemente se expone quien quiera embarcarse estando ya en marcha.

«Por ningún aspecto que se estudie la demanda —dice el Tribunal— pueden prosperar las acciones del demandante, y por lo mismo, sería impertinente entrar al estudio de los exámenes periciales».

EL RECURSO

Contra esta sentencia definitiva de segunda instancia interpuso el actor el recurso de casación que debidamente admitido y sometido a sus trámites especiales decide hoy la Corte.

El recurso fundado oportunamente, se apoya en las dos primeras causales del artículo 520 del Código Judicial.

Desde luégo, y alterando el orden en que aparecen formuladas las acusaciones, para proceder con método lógico, precisa declarar que la que se hace consistir en inconsonancia de la sentencia con las pretensiones de la demanda, carece de todo fundamento y no consulta la naturaleza de este motivo legal de casación, establecido en guarda de la indispensable armonía del fallo con las bases y materia del litigio para evitar sentencias sorpresivas para una de las partes. Pretende el recurrente que la decisión del juicio adolece de incongruencia porque el Tribunal sentenció absolutoriamente alegando como razón que se habían intentado dos acciones de responsabilidad contrarias e incompatibles, cuando claramente aparece del libelo inicial que sólo se ha ejercitado la correspondiente a responsabilidad por culpa extracontractual. Se vio al sintetizar los motivos del fallo acusado que el sentenciador, manteniéndose rigurosamente dentro del objetivo del pleito que es la reparación de perjuicios, consideró todas las cuestiones sometidas a decisión por la de manda y que sólo después del estudio de todos sus aspectos resolvió la controversia en la forma ya vista. Una sentencia como esta, absolutoria de todos los cargos de la demanda, en que fueron tratados todos los puntos del juicio, no puede incurrir como se ha repetido insistentemente, en el vicio de incongruencia que contempla el numeral 2.° del artículo 520 del Código Judicial, porque así no puede decirse que sea omisa, ni excesiva, ni impositiva de fórmulas *extra petita*. La invocación de este motivo es improcedente cuando lo que ha sucedido, como en este caso, es que el Tribunal ha apreciado jurídicamente el problema *sub judice* de manera diferente a como lo estima el demandante. Y entonces el motivo de casación habrá que buscarlo en la manera como la ley fue aplicada al sentenciar.

—

Dos cargos formula el recurrente a la sentencia, ambos por violación indirecta de la ley sustantiva:

a) Infracción de los artículos 2356 del Código Civil y 209 del Código Judicial, el primero por falta de aplicación, como consecuencia del evidente error de hecho en la apreciación de la demanda, en que incurrió el Tribunal al considerar y tener como base de su sentencia que se habían intentado dos acciones incompatibles, por culpa contractual y por culpa aquiliana, cuando no se ha demandado sino la indemnización de perjuicios generada en la responsabilidad extracontractual, por el hecho de la muerte violenta del hijo de los actores.

b) Este segundo cargo, relacionado con la existencia de la culpa que se le imputa a la Empresa ferroviaria y a su causalidad con el pretendido daño sufrido, lo formula el recurrente por violación de los artículos 2341, 2356 y 2357 del Código Civil como consecuencia de la equivocada apreciación que el Tribunal hizo de las pruebas aducidas al proceso, pero sin mencionar particular ni especialmente en su demanda ninguno de estos elementos probatorios que a su juicio fueron erróneamente estimados por el sentenciador y utilizados como base de su conclusión sobre ausencia de culpa de la Compañía demandada.

Se consideran los cargos.

No es propiamente, como lo dice el recurrente al fundar el primero de estos cargos, que el Tribunal creyera «que la demanda contenía dos acciones: una por responsabilidad contractual, consistente en el perjuicio sufrido por la víctima por la no efectividad del viaje; y otra por responsabilidad extracontractual, proveniente de la muerte violenta ocasionada al joven Rodríguez». El concepto que en este particular contiene la sentencia es que el pedimento indemnizatorio de la demanda, fundado en el hecho de la muerte de Juan Alberto Rodríguez, se apoya en el concepto de que la Empresa demandada violó sus obligaciones contractuales de transportadora haciendo salir el tren de un punto situado algunos metros antes del propio sitio de la estación, y a la vez en el concepto de que esta conducta de la Compañía es constitutiva de culpa aquiliana, como se desprende no solamente de los hechos fundamentales del libelo sino de la circunstancia de citarse confundidas disposiciones relativas a responsabilidad por violación de los contratos con las que gobiernan el fenómeno de la culpa extracontractual. Y este parecer del Tribunal sobre confusionismo en la demanda de las dos especies jurídicas de culpa, lejos de revelar la comisión de un error de hecho por pugnar con su evidencia manifesta, lo encuentra respaldado la Sala por la realidad textual del libelo, no enderezado categóricamente y con la debida claridad a obtener la eficacia de una de las dos responsabilidades, diferenciadas por la ley y la doctrina (*Gaceta Judicial*, tomo LIII, página 82). Pero carece de todo interés práctico un estudio más detenido de esta acusación, porque ni en el supuesto de que fuera próspera bastaría para desquiciar el fallo recurrido, que se asienta, como se dejó advertido al compendiarlo, no sólo en la referida involucración de acciones sino con igual fuerza y principalmente, desde el punto de vista lógico, en la circunstancia definitiva de no aparecer suficientemente establecido con las pruebas producidas ningún hecho culposo que comprometiera la responsabilidad civil de la Empresa demandada.

«Lo dicho sería suficiente —se lee en la sentencia a raíz del aparte dedicado a indebida acumulación de responsabilidades— para que la demanda no prosperara, pero admitiendo en gracia de discusión la hibridez de las acciones, véase si alguna de ellas puede prosperar, dadas las probanzas del proceso». Y de aquí en adelante estudia la sentencia el aspecto vinculado a la existencia de culpa señalada como fuente de la responsabilidad, inclusive la aquiliana, como expresamente está dicho en la decisión, para concluír que «por ningún aspecto que se estudie la demanda pueden prosperar las acciones del demandante». Lo que aparece de la sentencia, enfocando el asunto exclusivamente sobre la culpa aquiliana, como lo quiere el recurrente, es que el Tribunal estimó que el accidente relatado en los autos no podía en verdad imputarse a malicia ni negligencia de la empresa demandada, de tal modo que el cargo que se está estudiando de falta de aplicación del artículo 2356 del Código Civil y del 209 del Código Judicial, de carácter más bien adjetivo, no tiene fundamento ninguno.

El cargo que se compendió bajo la letra *b*), en el cual el recurrente acusa al sentenciador de haberse equivocado en la apreciación de las pruebas sobre la ocurrencia del hecho, ya en cuanto desconoce la existencia de la culpa y su conexidad con el daño sufrido y demandado, lo formula diciendo que «por error de derecho en la apreciación de las pruebas, el Tribunal dejó de aplicar los artículos 2356 y 2357 del Código Civil», pero sin indicar ni precisar cuál o cuáles de las pruebas y en qué concepto fueron objeto de la errónea apreciación que condujo al pretendido quebranto de la ley sustantiva. El capítulo de la demanda dedicado a este cargo, luégo de hacer algunas transcripciones del fallo, se reduce a exponer, con base en citas jurisprudenciales, la teoría del concurso de antecedentes o causas para combatir el parecer consignado en la sentencia de que la causalidad determinante del accidente en que perdió la vida Juan Alberto Rodríguez no reside en culpa alguna de la Sociedad demanda sino en la propia imprudencia de la víctima. Este defecto cardinal en la formulación del cargo, consistente en callar las pruebas que se consideran mal estimadas, impide la acogida de la acusación porque no da base concreta al estudio del recurso, que por no ser una tercera instancia no permite por sí mismo a la Corte la reconsideración de la controversia a la luz de una nueva apreciación de las pruebas producidas durante el debate judicial. «Es indispensable para la procedencia de la de-

manda en estos casos, como lo ordena la técnica del recurso y como lo tiene reiteradamente repetido la jurisprudencia, que el recurrente alegue y demuestre, con la cita y determinación de la prueba correspondiente, que el Tribunal incurrió en error de derecho al apreciarla, esto es, que le atribuyó un mérito distinto del que legalmente le corresponde, o por error de hecho que aparezca de manifiesto en los autos, es decir, que sobre las pruebas o por haber omitido su apreciación, aceptó la verdad de un hecho cuya inexactitud aparece evidentemente del proceso». (*Gaceta Judicial*, tomo XLIX página, 299).

Pero para no rechazar el cargo por esta razón formal exclusivamente, se citan a continuación y a la ligera algunas de las pruebas, que aunque no analizadas singularmente en la sentencia, seguramente figuraron entre las que sirvieron al Tribunal para hacer del hecho de autos la calificación jurídica que hizo desde el punto de vista de la culpa.

De las declaraciones de Mariano Halcón, Paulina Manjarrés, Mateo Noguera, Pedro Garrido y varios otros testigos que presenciaron el suceso en la estación de Orihueca el 23 de enero de 1936 y cuyas exposiciones forman el cuaderno número 4 del expediente, se deduce la verdad de que el tren número 56, formado de 23 vagones, llegó a la estación y allí se detuvo. No se sabe el tiempo preciso que allí se demoró antes de retroceder hacia el sur del patio en maniobras de desenganche, pero el hecho de que estuvo detenido en la estación es incuestionable, y testigos hay que aseveran que allí el conductor del tren, de apellido Vargas, advirtió a los pasajeros que debían embarcarse. Antes de iniciarse la marcha definitiva se dieron las señales reglamentarias de pito y bandera para anunciar la salida desde el swych de donde arrancó en viaje hacia Ciénaga. También hay testimonios sobre el hecho de que Rodríguez llevaba en la mano un racimo de plátanos cuando trató de embarcarse, ya en marcha el tren, en las circunstancias ya conocidas y que él mismo relata en declaración rendida el mismo día del siniestro: «Serían las 3 y 50 de hoy —dice— cuando me encontraba en la estación de aquí pues iba a coger el tren local para Ciénaga. El tren local reculó hasta el swych que queda abajo de la estación frente a la casa del campamento; metieron un carro en el swych y desde allí mismo partió el tren con bastante velocidad; como yo tenía que irme para Ciénaga, traté de coger el tren (el primer carro) y me caí, me levanté y agarré el segundo carro pero con la velocidad me arrastró y el estribo me pegó en la cabeza, caí y de ahí no me di cuenta de más nada, hasta en el hospital de aquí».

Este hecho y sus circunstancias concomitantes fueron objeto de calificación judicial en la investigación criminal a que dió lugar..... y que terminó con auto de sobreseimiento definitivo, cuya copia lo mismo que la del confirmatorio del Tribunal, figuran en el expediente. El Juzgado Superior, como conclusión de su estudio probatorio para calificar el mérito del informativo, afirma que no hubo descuido ni imprudencia ningunos de parte de los empleados de la Empresa ferroviaria y que la muerte de Rodríguez fue «obra de la fatalidad», que se debió «a la manifiesta imprudencia de la víctima». El Tribunal de Santa Marta, a su turno, al decidir el grado de consulta del sobreseimiento, lo confirmó porque «el hecho de que se trata no puede, en verdad, atribuírse a ninguno de los empleados del tren número 56, que dio origen al suceso, ni tampoco a una culpa por parte de los mismos empleados, sino a descuido e imprudencia del malogrado Rodríguez».

En presencia de este esquema de los hechos, deducido de pruebas de testigos y copias de actuaciones judiciales, que aun sin mención en el fallo le prestan fuerte base a sus conclusiones, no es posible aceptar que el Tribunal incurriera en ninguna equivocación en la estimación jurídica de este caso, y menos en erróneo justiprecio de pruebas que ni siquiera se determinan ni mencionan. En la reconstrucción procesal del accidente, el hecho más visible e incuestionable es que Juan Alberto Rodríguez se expuso voluntariamente, con evidente falta de habilidad y con notoria imprudencia a un riesgo creado por él, en tal forma que asume la exclusiva y suficiente causalidad de lo ocurrido. Así lo ha apreciado el Tribunal sobre la interpretación directa del hecho y sus circunstancias, que es el mejor y más seguro criterio judicial en materias de responsabilidad por culpa aquiliana.

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, *no casa* la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta el 16 de septiembre de 1941, que ha sido materia de este recurso.

Costas a cargo del recurrente.

Publíquese, cópiese, 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. *Pedro León Rincón*, Secretario en propiedad.

Acción de nulidad de un contrato.—Eficacia e imperio de la cosa juzgada.

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

(Magistrado ponente, doctor Fulgencio Lequerica Vélez),

ANTECEDENTES

1. La señora Raimunda Rodríguez, viuda de José Cenén Gaitán, otorgó testamento solemne ante el Notario 5.° de este Circuito el 23 de octubre de 1929, según reza la escritura pública 1826, de esa fecha. Dispuso en esa memoria testamentaria instituír como únicos y universales herederos a los dos hijos procreados en su matrimonio, María Luisa del Carmen Gaitán y Gustavo Gaitán, haciendo también un legado por cantidad de dinero a favor de Elvira Rodríguez.

2. Ante el Juzgado 7.° de este Circuito Civil se siguió dicho juicio de sucesión testada, que fue luégo protocolizado por escritura 735, de 27 de mayo de 1931, Notaría 5ª de esta ciudad. En el trabajo de partición, debidamente registrado, se adjudicaron a María Luisa bienes avaluados en once mil trescientos tres pesos ($ 11.303); y a Gustavo bienes estimados en nueve mil doscientos cincuenta y un pesos ($ 9.251).

3. Por escritura 381, de 28 de marzo de 1933, Notaría 5.ª de este Círculo el heredero Gustavo Gaitán dijo vender al doctor Jorge Enrique Rojas «todos los derechos y acciones que le corresponden o puedan corresponderle, a cualquier título y sin reservarse nada, en la sucesión de su finada madre, por la suma de mil pesos moneda legal ($ 1.000), que declara recibidos del comprador».

4. Con anterioridad a la fecha de la venta de tales derechos hereditarios, el 3 de octubre de 1930, el mismo tradente Gustavo inició juicio ordinario sobre reforma del testamento, apoyándose en que la demandada María Luisa no tiene la condición de hija legítima del matrimonio Gaitán-Rodríguez, por haber nacido varios años antes de su celebración. De este juicio desistió expresamente Gustavo, según escrito de 9 de febrero de 1931, y el Juzgado del conocimiento, por auto de 11 del mismo mes declaró terminado el negocio y ordenó archivar el expediente.

5. A pesar de tal desistimiento el cesionario Jorge Enrique Rojas, apoyándose en la escritura de cesión número 381, siguió ante el Juzgado 2.° Civil de este Circuito las mismas acciones civiles contra María Luisa de que antes había desistido su tradente Gaitán, sobre reforma del testamento, y obtuvo sentencia favorable de segunda instancia el 14 de febrero de 1935, la cual no se infirmó por esta Corte, según fallo de Casación de 30 de enero de 1936.

JUICIO ORDINARIO

En libelo de 30 de junio de 1937, María Luisa del Carmen Gaitán demandó por la vía ordinaria a Gustavo Gaitán y Jorge Enrique Rojas suplicando se hicieran estas declaraciones:

1.ª Que Gustavo Gaitán R. dejó de tener la acción de reforma del testamento de la señora Raimunda Rodríguez de Gaitán, en virtud del desistimiento incondicional que hizo ante el Juzgado 7.° del Circuito de Bogotá, el 9 de febrero de 1931; como también la reforma de la partición de los bienes de la misma señora.

2.ª Que la venta hecha por el indicado Gaitán R. al señor Jorge Enrique Rojas, con posterioridad a ese desistimiento, por medio de la escritura número 381, de 28 de marzo de 1933, otorgada en la Notaría 5.ª de este Circuito, carece, por tanto, de valor y efecto legal.

3.ª Por las razones dichas, el juicio civil ordinario que seguía ante el Juzgado 2.° Civil del Circuito de Bogotá Jorge Enrique Rojas contra la demandante, para obtener la reforma del testamento y consiguiente reforma de la partición de la señora Rodríguez de Gaitán, carece también de valor y efecto, porque se basa en la cesión o venta de un derecho traspasado a Rojas después de que se había extinguido, por virtud del desistimiento en cabeza del tradente Gaitán Rodríguez.

4.ª Que por consiguiente, la partición verificada en el juicio de sucesión de la señora Rodríguez de Gaitán, debe tenerse como definitiva en virtud de aquel desistimiento; y

5.ª Que, como consecuencia de estas peticiones deben cancelarse el registro de la escritura 381, de 28 de marzo de 1933, Notaría 5.ª de Bogotá, verificado en el libro de causas mortuorias y en el número 2.º; y el de la demanda promovida por Jorge Enrique Rojas contra la peticionaria sobre reforma del testamento y de la partición de los bienes dejados por la señora Rodríguez de Gaitán.

Como acción subsidiaria suplica que se declare nulo y sin ningún valor ni efecto, por ser simulado, el contrato de venta contenido en la escritura pública número 181, de 28 de mayo de 1933, Notaría 5.º de Bogotá.

Al Juzgado 8.º Civil de este Circuito correspondió conocer del juicio y lo falló definitivamente en primera instancia, en sentencia del 30 de noviembre de 1939, en la cual absolvió a los demandados de todos los cargos contra ellos formulados.

Al estudiar dichas peticiones creyó encontrar el Juez *a quo*, conforme a las probanzas, que las acciones a que dichas peticiones principales se contraen se habían deducido ya por separado en el juicio ordinario seguido antes por Rojas contra María Luisa, ante el Juzgado 2.º de este Circuito, y habían prosperado según los fallos del Tribunal de 14 de febrero de 1935, y de esta Corte de 30 de enero de 1936. Estimó plenamente demostrado que el punto fue decidido ya y las sentencias antes citadas hacían tránsito a cosa juzgada, haciendo nula cualquier decisión posterior que le fuera contraria, según el artículo 473 del Código Judicial. De manera que para el fallador de primer grado son improcedentes las peticiones principales de la demanda con que se inicia este pleito, por haber sido ya materia de decisión en otro litigio.

LA SENTENCIA ACUSADA

En virtud de apelación interpuesta por la parte actora conoció de la segunda instancia el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, a la que puso término en sentencia de 6 de noviembre de 1941, confirmatoria de la absolutoria sometida al recurso, pero por razones distintas de las expuestas por el Juez de primer grado.

Comienza el Tribunal por negar que en realidad de verdad se halle configurado el fenómeno de la *cosa juzgada*, porque bien estudiado, en tal cuestión no existe identidad de personas, ni identidad jurídica de objeto, ni identidad en la *causa petendi*.

Pero en cuanto a las súplicas principales, estima el sentenciador de segundo grado que con éstas se persigue, en lo sustancial, obtener por medio de este proceso decisiones contrarias a las que se contienen en las sentencias firmes dictadas anteriormente en el juicio ordinario seguido por Rojas, como cesionario de Gustavo contra María Luisa. Al sentir del Tribunal la actora pretende de esta manera enmendar lo que ella estima como error judicial cometido en esos fallos firmes, dados en materia contenciosa. Pero el precepto citado (artículo 473 del Código Judicial) le está indicando claramente que no es posible dentro del procedimiento por ella escogido de un nuevo juicio ordinario contra la persona a quien la vincula la sentencia firme obtener tal resultado, así haya planteado esta nueva litis bajo cierto aspecto que impida configurar todos los requisitos de la *cosa juzgada;* porque lo que la ley persigue en estos casos es impedir que se reabran procesos definitivamente fallados para evitar posibles contradicciones entre dos decisiones judiciales.

En lo atinente a la acción subsidiaria de simulación del contrato contenido en la escritura 381 de 1933, concluye el fallo del Tribunal que el pacto en tal instrumento contraído no es realmente de venta de derechos herenciales, como así reza en sus cláusulas esenciales. Sin embargo, encuentra encubierto allí otro contrato real y válido que garantiza derechos del aparente comprador, con el consentimiento del presunto vendedor, tal como el de dación en pago por servicios profesionales anteriormente prestados; y en esas condiciones considera el sentenciador que no es posible decretar la simulación que se suplica en subsidio.

EL RECURSO

Se alza en casación la parte actora y acusa la sentencia del Tribunal porque incide, en primer lugar, en el motivo 1.º de los consagrados en el artículo 520 del Código Judicial. Estima que se cometió error de hecho evidente al no haberse apreciado ni tenido en cuenta como era de rigor para decretar la primera súplica de la demanda el desistimiento expreso e incondicional hecho por Gustavo Gaitán el 9 de febrero de 1931, en el juicio ordinario sobre acción de reforma del testamento y reforma de la partición de los bienes dejados por Raimunda Rodríguez, desistimiento que fue aceptado por el Juez 7.º Civil de este Circuito y que creó un nuevo orden de relaciones jurídicas entre el desistente Gaitán y la sucesión de doña Raimunda, a causa de haber perdido sus derechos para demandar la reforma.

¿Qué efectos jurídicos —pregunta la recurrente— le otorgaron el Juzgado y el Tribunal al desistimiento de Gaitán? Los únicos que no podían dársele, al admitir una estrecha relación entre las súplicas de esta demanda y las súplicas y con-

clusiones del juicio anterior seguido ante el Juzgado 2.° del Circuito por el cesionario Jorge Enrique Rojas contra la recurrente, para decidir como lo hace en el fallo acusado que el desistimiento no le había quitado a Gaitán las acciones de reforma del testamento y de la partición y que, de consiguiente, las podía ceder como lo hizo a favor de Rojas. Cuando lo cierto y lo que debió haberse admitido es que si Gaitán desistió del juicio iniciado en el Juzgado 7.° del Circuito había que aplicarle el artículo 817 del antiguo Código Judicial y darle pleno valor al desistimiento.

Este error de hecho lo llevó a violar directamente el artículo 817 del antiguo Código Judicial, entonces vigente y precepto sustantivo en cuanto a sus efectos y alcances.

Considera la Sala de Casación:

a) El Juez *a quo*, para negarse a decretar la primera súplica del libelo se fundó en que por sentencia de 14 de febrero de 1935, del Tribunal Superior de Bogotá, confirmada luégo en fallo de casación de 30 de enero de 1936 (*Gaceta Judicial*, tomo XLIII, página 537), pronunciadas en el juicio ordinario seguido por Jorge Enrique Rojas (ahora demandado) contra María Luisa del Carmen Gaitán (ahora demandante), se decretó la reforma del testamento y de la partición y, por lo tanto, esos fallos están produciendo en este proceso la autoridad de la cosa juzgada, al tenor del artículo 473 del Código Judicial.

Por su parte el Tribunal, en la sentencia que es motivo de acusación en este recurso, acoge la anterior conclusión del Juzgado pero se aparta de las razones o motivos que éste tuvo para proferirla, porque a su juicio «la cuestión real que se plantea en las peticiones principales de este pleito no consiste, como lo creyó el Juzgado del conocimiento, en que tales peticiones ya estaban definitivamente falladas, con autoridad de cosa juzgada, en el pleito anterior; lo que sucede es que con tales pretensiones la demandante aspira a contrariar lo resuelto en definitiva en ese juicio, por la vía ordinaria común, en vez de ejercitar si fuere el caso, el recurso extraordinario de revisión».

Es inatacable el concepto o razonamiento básico del sentenciador de segunda instancia cuando rechaza en su fondo las pretensiones de la actora María Luisa, por considerar con toda razón jurídica que con las súplicas presentadas en este juicio a lo que aspira y lo que en realidad persigue la actora es contrariar y destruír en su base esencial lo resuelto por el Organo Judicial en sus fallos anteriores de 14 de febrero de 1935 y 30 de enero de 1936, dejando por tal medio indirecto pero decisivo sin operancia ni virtualidad esos fallos ejecutoriados.

Y esto es así porque en la sentencia de 14 de febrero de 1935, pronunciada en el juicio seguido por Rojas contra María Luisa y conservada en su imperio por la de casación de 30 de enero de 1936 se decretó la reforma del testamento y de la partición en la mortuoria de Raimunda Rodríguez y en caso de que se declararan las peticiones principales suplicadas en este proceso, toda la eficacia y prosperidad de la anterior acción de reforma quedaría por tierra. Porque a tanto equivaldría que ahora dijera el Organo Judicial que Gaitán dejó de tener la acción de reforma en virtud del desistimiento incondicional; que la venta de derechos hereditarios hecha por Gaitán a Rojas carece de valor y efecto legal; que el juicio seguido anteriormente por Rojas contra María Luisa sobre reforma del testamento carece también de valor y efecto y que la primitiva partición debe tenerse como definitiva en virtud de aquel desistimiento.

Basta con hacer un análisis comparativo de las peticiones del juicio ya fallado en definitiva, con las peticiones suplicadas en este proceso, para concluír como lo hace el Tribunal que las declaraciones pedidas en este juicio contrarían y dejan sin operancia alguna las anteriores ya falladas, por versar en el fondo sobre unas mismas o parecidas cuestiones debatidas.

b) Fuera de lo dicho sobre cosa juzgada, no es fundado el reparo que hace la recurrente y que hace consistir en que se ha desestimado por el Tribunal la prueba relativa al desistimiento que presentó Gustavo Gaitán de la acción de reforma, en un juicio iniciado desde el 3 de octubre de 1930 por el mismo Gustavo contra María Luisa. Lo ocurrido desde entonces lo relata el fallador en su sentencia de 14 de febrero de 1935, cuando dice:

«En el alegato de conclusión de la segunda instancia el apoderado de la demandada alega la excepción de cosa juzgada, y al efecto presenta una copia del Juzgado 7.° de este Circuito, de donde aparece un memorial dirigido por Gustavo Gaitán, en el cual manifiesta desistir de la demanda iniciada por él contra María Luisa Rodríguez o Gaitán para que se reforme el testamento abierto otorgado por Raimunda Rodríguez viuda de Gaitán, y el proveído del Juzgado, de 11 de febrero de 1931, por el cual se declara terminado el negocio y se ordena archivar el expediente. Mas, tales copias, continúa el Tribunal, no fueron presentadas en el término probatorio del juicio, sino que se acompañaron, como ya se dijo, al alegato de conclusión de la segunda instancia; por consiguiente, no pueden ser tenidas como pruebas y en tales condiciones la conclusión a que puede llegarse es a que la excepción alegada no se ha

comprobado en los autos». (*Gaceta Judicial*, tomo XLIII, página 537),

Ante esa situación procesal previamente establecida no le era dado ni permitido al sentenciador de segundo grado, en este pleito, desconocer los efectos jurídicos y procesales producidos por las providencias mencionadas, de 14 de febrero de 1935 y 30 de enero de 1936, para destruír y dejar sin efectividad esas declaraciones judiciales ya ejecutoriadas, bajo pretexto de que el desistimiento fue anterior a la venta que hizo Gustavo de sus derechos hereditarios a Jorge Enrique Rojas, y, por tanto, no pudo cederle la acción de reforma debido a que el desistimiento la había agotado con anterioridad. Esa declaración judicial sobre agotamiento de la acción de reforma del testamento pudo tener su oportunidad y plena eficacia en aquel proceso de 1930, y si no se pudo hacer, culpa fue de la entonces demandada y ahora demandante y recurrente en casación, doña María Luisa, que no quiso o no pudo presentar dentro de los términos legales esa prueba del desistimiento.

Pero ya después y en otro litigio común ordinario como éste no podía hacerse un reconocimiento judicial de la eficacia del desistimiento respecto del posterior ejercicio que hizo el cesionario Rojas de la acción de reforma del testamento, porque con ese reconocimiento se destruiría la eficacia y el imperio de dos sentencias y se violaba en su esencia y contenido el artículo 473 del Código Judicial, en cuya virtud «la sentencia firme dada en materia contenciosa tiene firmeza 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».

No es fundado el cargo. Se rechaza.

Dice la recurrente que sobre la petición subsidiaria de simulación del contrato contenido en la escritura 381 de 1933, celebrado entre Gustavo Gaitán y Jorge Enrique Rojas, también la sentencia acusada cae en manifiesto error de hecho, pues reconociendo como reconoce el Tribunal que el contrato sí es simulado no ha debido admitir como lo hizo la existencia de otro contrato que no se había alegado y cuya validez no era materia de la controversia. Por este concepto se violaron los artículos 740, 1502, 1523, 1524 y 1740 del Código Civil y el 2.° de la Ley 50 de 1936.

La Corte considera:

Es evidente que la sentencia acusada acepta la existencia de una simulación relativa o de medio, con vista de las pruebas exhibidas; pero concluye igualmente que bajo el contrato aparente de venta de derechos herenciales se había demostrado la existencia de una dación en pago por servicios profesionales prestados y esta convención oculta y válida la alegaba el demandado Rojas para darle valor y efecto al contrato celebrado.

En esas circunstancias concluye el Tribunal que que no puede decretarse la simulación suplicada y para decidir esto razona así:

«En otras palabras, aunque en el presente caso la Sala sentenciadora acepta que el contrato que exhibe la escritura pública número 381, de 28 de marzo de 1933, no es realmente el de *venta* de derechos herenciales, sin embargo encuentra encubierto allí otro contrato real y válido que garantiza derechos del aparente comprador, con el consentimiento del vendedor presunto. En estas condiciones, no es posible decretar la nulidad por simulación que se pide en la acción subsidiaria».

No puede la Corte rectificar la anterior conclusión porque esa misma es la doctrina que ha sentado en su fallo de casación de 12 de septiembre de 1941, cuya parte pertinente es de este tenor:

«Pero si de los elementos probatorios aducidos por la parte demandada en su defensa resulta comprobada la existencia de otra contraestipulación distinta de la simplemente destructora, tal como una dación en pago o una donación, la técnica de esta clase de acción impone la absolución del demandado, como en todos los casos corrientes en que el actor no cumple con el deber de comprobar sus pretensiones, para tener derecho a que se reconozcan en el fallo sus consecuencias jurídicas. Consagrar otra solución sería otorgarle a las acciones civiles de simulación un carácter inquisitivo sólo compatible con el ejercicio de la acción penal y que, además, destruiría el equilibrio normal en la posición de las partes litigantes y entrañaría un desplazamiento indebido en la carga de la prueba. En armonía con esta tesis ya había dicho la Corte que "en cualquiera de las dos hipótesis contempladas, sea cual fuere, absoluta o relativa, la simulación, es lo cierto que no puede existir cambio de acción cuando se demanda aquélla en un grado y en el curso del juicio aparece probada en otro". Esto no se opone a que el actor, ya sea un tercero en el contrato o una de las partes contratantes, tenga la obligación de probar el acto oculto en todas las ocasiones en que su acción se encamine, no a destruír simplemente el acto ostensible y mentiroso, sino a hacer prevalecer el privado para aprovecharse de sus consecuencias. Y *mutatis mutandis*, si es al demandado a quien puede aprovechar la existencia y comprobación del contrato secreto y éste no adolece de vicio alguno ni le faltan formalidades esenciales, la sola demostración de tal simn-

lación de medio sería suficiente para enervar la acción intentada con el exclusivo fin de evidenciar una simulación integral y de obtener, en consecuencia, que los bienes que fueron materia del contrato fingido regresen al patrimonio de donde aparentan haber salido». (*Gaceta Judicial*, tomo LII, página 70).

No es fundado el cargo. Se rechaza.

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, *no casa* la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 6 de noviembre de 1941.

Las costas serán de cargo de la 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*, Secretario en propiedad.

ACCION DE RENDICION DE CUENTAS

1. El motivo 2.° del artículo 520 del Código Judicial no consiste en que la sentencia deje de agradar o satisfacer a una de las partes litigantes o a ambas, sino en que no falle sobre algo de lo debatido, con abstención inmotivada, o falle sobre algo no pedido o al decidir sobre lo que sí fue materia de pedimento se salga de los límites trazados por éste —2. El juicio ordinario de cuentas surge de su rendición, de las objeciones del actor y de la inconformidad del demandado con éstas. Cada cual se esfuerza en su secuela mediante sus alegaciones, y sobre todo con sus probanzas, en justificar sus propias afirmaciones ya sobre cuáles han sido los bienes administrados, cuál el monto de sus productos, cuál el de los pagos hechos por el administrador, en una palabra, sobre el producto efectivo en vista de sus cargos y descargos. Ante situación tan clara salta a la vista que el sentenciador no puede denegarse a tomar en cuenta las pruebas levantadas dentro del juicio ordinario sobre cualquiera de esos extremos sin faltar a preceptos legales como los contenidos en los artículos 471, 472, y 593 del Código Judicial Si, como se acaba de decir, es procedente el esfuerzo probatorio que en ese juicio se haga por el actor para acreditar cuáles fueron los bienes administrados, esfuerzo que se impone principalmente cuando el administrador omite en sus cuentas lo que a tales o cuales bienes corresponde, cual si no los hubiese administrado, es inaceptable que el demandante no pueda objetar las cuentas por las omisiones en que el administrador haya incurrido al rendirlas, entre otras razones porque el cumplimiento de obligación tan estricta quedaría a merced del administrador. Claro es que si se han administrado diversos bienes y se demanda expresa y exclusivamente la rendición de las cuentas correspondientes a tales o cuales de ellos, no puede después dentro del juicio ordinario que, en su caso, subsiga, involucrarse lo tocante a los demás bienes.

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

(Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza).

Lisandro Prieto, heredero testamentario único del doctor Leopoldo Hipólito Agudelo, demandó a Próspero Agudelo Salcedo para que rindiese las cuentas de la administración de bienes para la cual éste le había conferido mandato, y ese juicio especial terminó con la providencia que tal dispuso, que Agudelo no cumplió en oportunidad. Con certificación sobre esta falta y copia de aquella providencia, Prieto lo demandó ejecutivamente invocando el artículo 1125 del Código Judicial, y si bien el Juzgado dictó el mandamiento pedido, el Tribunal lo revocó porque el actor pretendía algo muy distinto de la rendición de cuentas, como fue la entrega de los bienes que indicó como en poder del demandado a virtud del aludido mandato.

Diciendo reformar su demanda, Prieto solicitó mandamiento ejecutivo al tenor del citado artículo 1125 del Código Judicial, ofreciendo el juramento de perjuicios conforme al artículo 991 *ibidem* y precisando en cifras las partidas correspondientes a la cuantía de los varios bienes administrados, a que agregó solicitud de intereses, y a renglón seguido, diciendo adicionar su deman-

da, indicó otras partidas sobre frutos. Practicada la liquidación de tales accesorios que al Secretario ordenó el Juez, éste libró orden de pago por el total.

Prieto recurrió contra esta providencia insistiendo que lo demandado por él correspondía a una obligación de hacer, cual era la de rendir cuentas, y el Juzgado, accediendo, revocó aquel mandamiento y lo reemplazó por uno en que previno a Agudelo las rindiese, y le señaló al efecto un término dentro del cual éste, junto con un memorial explicativo y advirtiendo que los comprobantes obraban en el juicio especial ya citado, presentó un resumen de sus cuentas. El traslado que de ellas se dio a Prieto lo contestó éste formulando objeciones, y el que de éstas se dio a Agudelo lo evacuó éste en forma de no asentir. Sobre este pie, el Juzgado, en auto no reclamado por ninguno de los litigantes, ordenó seguir el juicio por la vía ordinaria a que provee el artículo 1132 del Código Judicial, el que en efecto se surtió con término de pruebas en sus dos épocas para pedirlas y practicarlas, con sendos traslados a las partes para alegar y con citación para sentencia, como en ley corresponde a esa vía, sin que los litigantes se opusiesen en manera alguna, al punto de que, por ejemplo, el auto de traslado para alegar lo reclamó Prieto por no estar aún practicadas ciertas pruebas, no porque fuese improcedente.

El Juzgado del conocimiento, 2.° del Circuito de Tunja, en sentencia de 22 de abril de 1941 condenó al demandado a pagar el saldo fijado en ella por concepto de capitales, subordinado al resultado de la liquidación de frutos, para cuya liquidación citó el artículo 553 del Código Judicial, y lo condenó también a entregar los bienes que el fallo determina.

Ambos contendores apelaron, y surtida la segunda instancia en el Tribunal Superior de Tunja, el 12 de mayo de 1942 pronunció éste sentencia en que revoca la del Juzgado, declara improcedentes las excepciones opuestas, acepta algunas y rechaza otras de las objeciones del demandante, y condena a Agudelo a rehacer la cuenta sobre las bases que el mismo fallo sienta en su parte motiva.

Interpuesta casación por el demandante y admitido el recurso y tramitado, debe decidirse ya. Para mayor claridad convienen algunas consideraciones previas.

El juicio ordinario de cuentas surge de su rendición, de las objeciones del actor y de la inconformidad del demandado con éstas. Se esfuerza en su secuela, cada cual mediante sus alegaciones y sobre todo con sus probanzas, en justificar sus propias afirmaciones, ya sobre cuáles han sido los bienes administrados, cuál el monto de sus productos, cuál el de los pagos hechos por el administrador, en una palabra, sobre el producto efectivo en vista de sus cargos y descargos.

Ante situación tan clara, salta a la vista que el sentenciador no puede denegarse a tomar en cuenta las pruebas levantadas dentro del juicio ordinario sobre cualquiera de esos extremos sin faltar a preceptos legales como los contenidos en los artículos 471, 472 y 593 del Código Judicial.

Dícese esto, concretando la reflexión al presente juicio, porque el Tribunal estimó que no podía tomar en consideración las pruebas relativas a los bienes que enumera y agrupa el demandante en su objeción séptima, porque lo tocante a éstos no venía comprobado previamente, o sea dentro del juicio especial mencionado con que se inició la contienda.

De otro lado, es inadmisible que a la hora de sentenciar y, con más veras en la casación, recurso cuyas ceñidas peculiaridades traza la ley, se reclame, y en el recurso con la pretensión de erigirlo en causal, contra el hecho de haberse seguido juicio por la vía ordinaria en vez de la ejecutiva a que acudió el demandante. El relato hecho aquí de las circunstancias por las cuales se llegó a aquella vía con el asentimiento y concurso de los litigantes y de acuerdo con el citado artículo 1132, a más de lo insinuado sobre motivos de casación, hace ver el porqué de tal inadmisibilidad.

Con estas consideraciones quedan rechazados los cargos contenidos en los dos primeros capítulos de la demanda de casación, que son: dentro del motivo 1.° de los del artículo 520 del Código Judicial, violación de los artículos 1125 y 986 y siguientes del Código Judicial, en especial el 991 por no haberse aplicado, y del 1132 del mismo por haberse aplicado indebidamente; y el motivo 2.° de dicho artículo 520.

Este se halla redactado así: «No estar la sentencia en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes». Si Prieto, en la ocasión y forma antedichas insistió en que de lo que se trataba era de rendición de cuentas, si al rendírsele las objetó, si la inconformidad de su demandado con esas objeciones determinó que el Juez dispusiese la secuela del juicio ordinario establecido sobre tales antecedentes por el citado artículo 1132, si actor y reo concurrieron a que su contienda se tramitase por esa vía no reclamando contra la orden de tomarla y antes bien gestionando como a ella corresponde, y si, por otra parte, el Tribunal estudió una a una las objeciones de Prieto, no se comprende cómo éste

formule ese cargo de disonancia entre lo sentenciado y lo litigado. Ni se ve tampoco por qué venga a reclamar a última hora porque se siguiese aquella vía a pesar de haber propuesto él inicialmente la ejecutiva, reparo que en forma de excepción formuló ya cuando se iba a sentenciar y que ahora aduce como motivo de casación, relacionándolo con las citadas disposiciones del Código Judicial (artículos 1132, 1125 y 991). De resto, sabido es que el citado motivo 2.° del artículo 520 no consiste en que la sentencia deje de agradar o satisfacer a una de las partes litigantes o a ambas, sino en que no falle sobre algo de lo debatido con abstención inmotivada, o falle sobre algo no pedido, o al decidir sobre lo que sí fue materia de pedimento se salga de los límites trazados por éste.

Lo dicho indica que no pueden admitirse los cargos citados.

Otros dos formula el recurrente en los capítulos 3.° y 4.° de su demanda, así: error en la apreciación de ciertas pruebas y piezas del proceso y consiguiente violación de los artículos 2157 y 2181 del Código Civil, en esta forma: el demandado debe rendir cuentas de todos los bienes que administró, y el Tribunal lo exonera de este deber al abstenerse de tomar en consideración las aludidas pruebas a pretexto de encaminarse a demostrar que el mandatario recibió como tal ciertos bienes, abstención que el Tribunal erróneamente funda en la circunstancia de no haberse probado la entrega de ellos al mandatario en el juicio especial de cuentas. Y como el demandado en descargo de lo atañedero a esos bienes invoca autorización del mandante, el recurrente, echando menos la autorización especial requerida en la escritura misma de mandato, sostiene que el Tribunal quebrantó la disposición que obliga al mandatario a ajustarse estrictamente a los términos de aquél.

Atras se vio, después de recordar las finalidades y modalidades del juicio ordinario de cuentas, que es procedente el esfuerzo probatorio que en él se haga por el actor para acreditar cuáles fueron los bienes administrados, esfuerzo que se impone principalmente cuando el administrador omite en sus cuentas lo que a tales o cuales bienes corresponda, cual si no los hubiese administrado. Inaceptable es que el demandante no pueda objetar las cuentas por las omisiones en que el administrador haya incurrido al rendirlas, entre otras razones porque el cumplimiento de obligación tan estricta quedaría a merced del administrador.

Claro es que si se han administrado diversos bienes y se demanda expresa y exclusivamente la rendición de las cuentas correspondientes a tales o cuales de ellos, no puede después, dentro del juicio ordinario que, en su caso, subsiga, involucrarse lo tocante a los demás bienes; pero, a más de que, en lo general, es de observarse que la acción de cuentas sobre estos otros le queda libre y en pie al respectivo interesado, basta para este pleito, en especial, observar que el caso es muy diferente, puesto que aquí no aparecen especificados *ab initio* los bienes sobre cuya administración se demandó por Prieto que Agudelo rindiese cuentas.

Esto significa que en principio se halla justificado el reparo contra aquella abstención del Tribunal, o sea, la de tomar en consideración las pruebas encaminadas a acreditar que el demandado recibió los bienes agrupados en la objeción séptima de las que opuso el demandante al contestar el traslado de las cuentas de Agudelo.

Tales bienes (los de la objeción séptima) forman una larga lista. No a todos ellos se refiere ahora la demanda de casación en el reparo que se estudia, pues se concreta a los depósitos bancarios de que se habla en seguida.

Las pruebas de cuya falta de apreciación se queja son: el memorial de objeciones en su citado punto 7.°, las posiciones absueltas por Agudelo en que confiesa haber recibido los títulos de depósito, y la inspección ocular practicada en segunda instancia en el Banco que los determina en sus fechas de constitución, cuantía, nombre del depositante, etc. A estos tres elementos se reduce ese cargo de error en la demanda de casación. A ellos, por ende, queda limitado el estudio de la Corte en el recurso, de acuerdo con el artículo 531 del Código Judicial y con el inciso 2.° del numeral 1.° del artículo 520 del mismo.

Esos depósitos fueron: uno por $ 4.000 el 23 de noviembre de 1928, y otro por $ 200 de 18 de marzo de 1929, ambos a favor de Bernarda López de Torres; uno por $ 500 y otro por $ 700, de 1.° de abril y 19 de agosto de 1929, ambos a favor de Alonso Agudelo Salcedo; uno por $ 750 de 2 de febrero, otro por $ 300 de 18 de marzo y otro por $ 1.000 de 19 de agosto, los tres del mismo año (1929) y a favor de Anunciación Barrera; uno por $ 1.000 de 6 de junio a favor de Dolores Agudelo de Castillo; uno de 26 de abril por $ 500, a favor de Joselyn López, otro del mismo 26 de abril a favor de Rafael López, por $ 500, otro de la misma fecha a favor de María del Carmen López de Becerra por $ 2.700, y otro por $ 1.700 a favor de esta señora, de 30 de enero del mismo año de 1929 todos.

Aparece en autos que el demandado recibió el dinero valor principal de estos depósitos y sus intereses a la presentación en el Banco de los referidos títulos con el «recibí» de estas personas y también con la firma del doctor Leopoldo Hipólito

Agudelo, que fue quien impuso en tal depósito esos dineros con los nombres de dichas personas como sus dueños y depositantes.

El demandado confiesa que recibió, y explica su confesión agregando que ello no fue para administrar sino simplemente para entregar aquellas sumas a sus respectivos destinatarios, por orden del doctor Agudelo, que, después de obtener las firmas de éstos como expresión de recibo, percibió los títulos para dárselos al actual demandado con la orden y finalidad supradichas, a las que éste afirma haberse ajustado.

Sobre este detalle arguye el recurrente, y de ahí su cargo en relación con el artículo 2157 del Código Civil, que el poder exigía instrucción especial no acreditada por Agudelo. Para esto aquél se funda en que la escritura de mandato, otorgada con el número 819 ante el Notario 1.° de Tunja el 29 de septiembre de 1930 (folios 66 y 67 del cuaderno 11), después de detallar algunas de las facultades conferidas por el mandante, impone ciertas cortapisas para la venta o hipotecación de inmuebles y agrega que tampoco la confiere para «disponer de los dineros existentes en los Bancos, y de los intereses de tales dineros, ni de los dividendos que se obtengan a favor del poderdante, sino de acuerdo con las instrucciones reservadas y escritas que para tal efecto les dé».

Ya se vio la fecha de imposición de cada depósito. El mandante murió el 25 de mayo de 1933. La entrega de los títulos en el Banco, el pago de los mismos por éste y sus intereses tuvo lugar en agosto del mismo año de 1933, unos el día 3 y otros el día 10.

La manera de hacerse tales depósitos, el hecho de ser depositantes a la luz de su título respectivo cada una de las personas señaladas en éste y el haberse cubierto por el Banco ante su presentación con el «recibí» de cada cual, forman un conjunto de circunstancias que impiden conceptuar que por llevar también cada título la firma del doctor Leopoldo Hipólito Agudelo, pertenecieran a éste a despecho de aquéllo. Y así las cosas, no hay objeto en estudiar si la confesión del demandado sobre habérsele entregado esos títulos con agregación de que no fue como bienes del mandante para administrar, es dividua o calificada y por tanto hubiera de exigírsele la prueba de la consiguiente excepción, o si es una de aquellas modificaciones, aclaraciones o explicaciones concernientes al mismo hecho principal que deben admitirse con éste, según los dos extremos contemplados por el artículo 609 del Código Judicial.

Si esos depósitos no pueden reputarse bienes del mandante y si las cuentas de que se trata son las de la administración de los bienes de aquél, es claro que no puede prosperar la pretensión de que dentro de éstas figuren esos dineros. El demandado afirma haberlos entregado en su mayor parte a aquellas personas, y al respecto adujo algunas pruebas; pero nada de esto es de estudiarse aquí, por lo ajeno que es al proceso cabalmente en fuerza de ser ésas personas los interesados en que el demandado les pague o acabe de pagar sus respectivos fondos de conformidad con lo que para cada cual se señaló en el respectivo título. Bien se ve que el reclamo y las correspondientes acciones de cada cual son cuestiones distintas de las que forman la materia del presente juicio.

Como se ve, esta Sala llega a la misma conclusión negativa a que llegó el Tribunal, no obstante haber corregido sus conceptos referidos sobre apreciación de pruebas en relación con el objeto y alcance de un juicio ordinario como el presente, seguido con los antecedentes detallados.

Rechazados también estos otros cargos del recurrente, se concluye que no hay lugar a invalidar el fallo recurrido. Y al propio tiempo la acogida que en principio se da al reparo sobre admisión de pruebas, si bien no vale al recurrente para producir esa invalidación, sí lo libra de la condenación en costas, pues la Sala ha de seguir aquí el precedente que para tales casos tiene sentado, conforme al cual no la pronuncia, aplicando por analogía el artículo 575 del Código Judicial en la parte final de su numeral 2.°

En mérito 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 dictada en este juicio el doce de mayo de mil novecientos cuarenta y dos por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja.

Sin costas.

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.

Recurso de casación contra la sentencia aprobatoria de una partición.

1. Para el partidor son obligatorios los datos y material comprendidos en la diligencia de inventarios.

2. Es doctrina reiterada de la Corte la que establece que en el recurso de casación contra sentencias aprobatorias de particiones tiene el carácter de medio nuevo toda cuestión distinta de las que fueron debatidas en las instancias con ocasión de las objeciones oportunamente propuestas al trabajo de partición

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

(Magistrado ponente, doctor Hernán Salamanca).

Ramón Franco contrajo matrimonio católico con Amalia Mayor, en junio de 1893, durante el cual nació el hijo legítimo José María Franco. Muerta la mujer en enero de 1920 y antes de liquidar la sociedad conyugal, se casó Franco en segundas nupcias con Emperatriz Cáceres en febrero de 1924, en cuyo matrimonio no hubo descendientes. Muerto Ramón Franco en julio de 1939, su juicio mortuorio fue abierto en el Juzgado Civil del Circuito de Roldanillo, donde ya cursaba el sucesorio de Amalia Mayor, al cual fue acumulado.

En este juicio de sucesiones intestadas acumuladas, en que son únicos interesados José María Franco, como heredero de sus padres, en su calidad de hijo legítimo, y Emperatriz Cáceres v. de Franco como cónyuge supérstite, después de practicados los inventarios y demás diligencias con intervención de los interesados, fue decretada la partición judicial de los bienes relictos. Presentado el trabajo por el partidor nombrado por el Juez, el apoderado de José María Franco, en el término correspondiente del traslado, objetó la partición con el fin de impedir que bienes inmuebles adquiridos por el difunto cónyuge durante su primer matrimonio y apartados por él como bienes propios a su segundo, fueran considerados como gananciales en la sociedad Franco-Cáceres y repartidos con la segunda mujer, y porque los gastos comunes del juicio se hacían pesar exclusivamente sobre la cuota herencial de Franco.

Tramitado el incidente del caso, el Juzgado del Circuito, en auto de 26 de agosto de 1940, declaró fundadas las citadas objeciones propuestas por el heredero Franco Mayor, y ordenó, en consecuencia, que la cuenta de partición fuera rehecha en conformidad con lo dispuesto. Esta providencia del Juzgado de Roldanillo, después de un incidente de nulidad que fue debidamente subsanada, la confirmó el Tribunal en decisión de 12 de marzo de 1941, en la cual quedaron expresadas muy claramente las bases a que debía someterse la liquidación y partición de las dos sucesiones acumuladas.

Reformada la partición en los términos señalados por el Tribunal, fue presentada de nuevo por el partidor para la aprobación judicial, que le fue impartida después de algunas explicaciones y enmiendas ordenadas al partidor por el Juzgado en auto de 21 de agosto de 1941, por sentencia que lleva fecha 18 de noviembre del año citado.

Se alzó contra esta resolución el apoderado de la cónyuge supérstite, señora Cáceres de Franco, «porque considero —dice en su memorial de interposición del recurso— que la partición no se ajusta a la realidad de los hechos, ya que se le adjudica al heredero Franco en un potrero en donde lo que es la mejora o pastos deben corresponder en común con el causante a la cónyuge supérstite, a quien represento en este juicio. Porque en la partición no se determinan los frutos de los bienes resultantes durante el largo tiempo del secuestro, para lo cual habrá de rendir sus cuentas el secuestre».

Sobre estas bases, que el Tribunal acertadamente consideró que delimitaban la jurisdicción del recurso, no habiendo la cónyuge objetado la partición ni recurrido el heredero, se estudió y decidió la apelación contra la sentencia aprobatoria de la partición reformada. Confirmó el Tribunal el fallo recurrido por estimar que el asunto de la mejora en el potrero a que se refiere el apoderado de la viuda de Franco no fue motivo de ninguna objeción al trabajo partitivo en la oportunidad legal, y además, no habiendo figurado en el inventario separadamente tal pretendida mejora, no tenía el partidor por qué hacer de ella una adjudi-

cación independiente del inmueble mismo. Respecto de los frutos, se dice en la sentencia que de los referentes al período del secuestro, según consta en el expediente, rindió la debida cuenta el secuestre, y que del saldo a su cargo, deducidos los honorarios que le fijó el Juez, sólo resta la cantidad de sesenta y nueve centavos. Por lo que hace a los demás frutos de los bienes relictos, el asunto carece de importancia porque a la señora Cáceres de Franco no se le reconoció ninguna participación como heredera de su marido, y solamente le fueron adjudicados, en concepto de mayor valía, sus bienes propios.

EL RECURSO

Contra esta sentencia aprobatoria de la partición, proferida por el Tribunal Superior de Buga el 28 de marzo de 1942, interpuso recurso de casación Emperatriz Cáceres v. de Franco, recurso que debidamente admitido y fundado personalmente por la recurrente, se pasa a decidir.

Con apoyo en la causal definida en el numeral 1.° del artículo 520 del Código Judicial, la recurrente formula al fallo del Tribunal los cargos que en seguida se compendian, con sus razones fundamentales:

Violación directa como consecuencia de errores de hecho y de derecho en la apreciación probatoria, de los artículos 756, 759, 1500, 1757, 1759, 1760, 1781, 1793, 1857 y 2652 del Código Civil, y 595, 601 y 630 del Código Judicial, en que incurrió el sentenciador por haber aceptado como prueba suficiente de que «el potrero» era bien perteneciente a la sociedad conyugal Franco-Mayor, y en el cual ella como cónyuge sobreviviente del segundo matrimonio no tenía participación, la mera cita que de los títulos y fechas de adquisición de este inmueble se hace en la diligencia de inventarios, pero sin que por parte del heredero José María Franco se presentaran, como lo exige la ley, el título escriturario con su correspondiente anotación en el registro.

Violación por falta de aplicación de los artículos 738, 739, 1392 y 1398 del Código Civil, en que incurrió el Tribunal al decidir que para que las mejoras en el inmueble que se ha denominado el potrero pudieran ser objeto de una adjudicación en la partición, era necesario que se hubieran inventariado o avaluado separadamente, con lo cual se desconoce el fenómeno de la accesión.

Finalmente acusa la recurrente el fallo del Tribunal «porque no habiendo expuesto yo qué escogía, si mis bienes propios o mi porción conyugal, el juzgador, y el partidor por orden judicial, hicieron ellos la escogencia de lo primero, y la sentencia acusada nada dijo sobre la cuestión, y así violó directamente los artículos 1234 y 1235 del Código Civil por no haberlos aplicado y por haberlos interpretado erróneamente».

Se consideran los cargos.

El potrero a que hace referencia el recurrente, sin más determinación, en su demanda de casación, es, según lo que aparece de autos y especialmente en el incidente de objeciones a la partición, el inmueble ubicado en la fracción de Quintero, paraje de El Alterón, en el Municipio de Roldanillo, de cuarenta plazas de extensión, que aparece enlistado en el inventario de los bienes sucesorales el 22 de noviembre de 1939 como pertenecientes, por mitad, a las dos sucesiones acumuladas, y que fue adjudicado en su totalidad al heredero José María Franco en la partición reformada como consecuencia de la prosperidad de las objeciones que él formuló. Fue inventariada esta finca en diligencia en que intervino la viuda de Franco como adquirida por el causante Ramón Franco por compra hecha a Roso Varela, según escritura pública número 125 del 16 de octubre de 1901, de cuyas fechas de inscripción en el registro se dejó anotación en el acta de los inventarios.

Ni aun entendiendo que la cuestión de si el referido inmueble pertenece o nó al patrimonio de la sociedad conyugal Franco-Mayor está comprendida dentro de la jurisdicción del recurso, hay lugar a reconocerle fundamento a este cargo. Inventariado, en efecto, como adquirido a título oneroso durante el matrimonio que duró de 1893 hasta 1920, su propiedad corresponde a la sociedad conyugal en vigencia entonces, cuyo patrimonio fue separado por el partidor al verificar su labor liquidadora de acuerdo con el artículo 1398 del Código Civil. No de otra manera a como lo hizo podía proceder el partidor para quien son obligatorios los datos y material comprendidos en la diligencia de inventarios. No hace falta, como lo pretende la recurrente, la exhibición y agregación al acta de los inventarios de los títulos de adquisición a que en ellos se hace referencia. Habiendo la cónyuge Cáceres de Franco intervenido directamente en la facción de los inventarios en que fue enlistado el inmueble referido como perteneciente, por razón de la fecha de su adquisición, la mitad a la sucesión de Ramón Franco y la otra mitad a la herencia de Amalia Mayor, sin ningún reparo ni objeción en el término del traslado, su pretensión de ahora, sin haber producido ninguna prueba que la abone en el término correspondiente de la articulación, resulta completamente inaceptable como cargo contra la partición que en este punto se acomodó correctamente a los inventarios. No se ve, por otra parte, el interés en esta alegación de la señora Cáceres de Franco sobre un bien que por ser propio de su

marido, como aportado a su segundo matrimonio, corresponde exclusivamente a su heredero abintestato.

El punto a que precisamente se vincula el interés de la cónyuge recurrente, como ella misma lo expresó al indicar el alcance de su apelación contra la sentencia aprobatoria de la partición no objetada por ella, es que la cuenta no está de acuerdo con la realidad de los hechos por haberse adjudicado al heredero José María Franco el potrero sin decir nada de las mejoras a cuya mitad cree tener derecho la objetante, consistentes en algunas siembras de pasto. Pero tampoco por este aspecto es procedente el reparo. Aparece de las respectivas diligencias de inventarios practicadas en el juicio, que se relacionaron y avaluaron separadamente los bienes pertenecientes a cada uno de los cónyuges y los de la sociedad conyugal sin mención de mejoras de ninguna especie. Este inventario, que, como ya se advirtió, fue hecho con intervención y sin reparo de la cónyuge sobreviviente, era la pauta a que legalmente debía acomodarse y se acomodó el partidor en su cuenta de distribución y adjudicación de los bienes sucesorales. No figurando allí ni en posterior inventario adicional las mejoras en que la recurrente pretende tener participación como pertenecientes a la sociedad conyugal Franco-Cáceres, no tenían por qué figurar como cosas susceptibles de adjudicación especial en el trabajo de partición. Pero es que, además, en la primera partición nada existe en relación con estas pretendidas mejoras, y contra ella, en la oportunidad legal que era posible, no se hizo valer ninguna objeción a este respecto por la señora Emperatriz Cáceres v. de Franco. No opuesto entonces este reparo en forma de objeción en los términos del traslado legal, su consideración ahora está fuera de lugar y es improcedente.

Por lo que hace al cargo final de la demanda, por quebranto de los artículos 1234 y 1235 del Código Civil por la pretendida suplantación de su voluntad de escogencia entre porción conyugal y sus bienes propios, de mayor valor éstos, la cuestión que con esto se plantea está también fuera de los límites jurisdiccionales del recurso, porque no habiendo sido este punto materia de objeción ni de controversia en ningún momento del juicio, lo que explica que en la sentencia recurrida no se haga al respecto la menor alusión, no puede proponerse a la consideración de la Corte según la reiterada doctrina que establece que en el recurso de casación contra sentencias aprobatorias de particiones tiene el carácter de medio nuevo toda cuestión distinta de las que fueron debatidas en las instancias con ocasión de las objeciones oportunamente propuestas al trabajo de partición. Entendió la misma recurrente que en esta parte de su demanda contenía una acusación improcedente cuando al hacerla advierte que la fórmula «en la suposición de que es materia de casación.....»

Lo brevemente expuesto revela la legalidad de la sentencia y consiguientemente la falta de fundamento de los cargos por quebranto de las disposiciones legales que se dejaron citadas.

Por tanto, 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 Buga el 28 de marzo de 1942, 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 el expediente al Tribunal de origen.

JOSÉ MIGUEL ARANGO, ISAÍAS CEPEDA, LIBORIO ESCALLÓN, FULGENCIO LEQUERICA VÉLEZ, RICARDO HINESTROSA DAZA, HERNÁN SALAMANCA.—*Pedro León Rincón*, Secretario en propiedad.

FILIACION NATURAL

En fallos de fechas 26 de abril de 1940 y 30 de junio de 1941, sentó la Corte la doctrina, que ahora confirma, de que la acción de filiación natural no puede establecerse sino durante la vida del presunto padre, y muerto éste puede adelantarse contra sus herederos siempre que él haya fallecido antes de la sentencia. Esas sentencias y otras que ha proferido la Corte en el mismo sentido, por ser más de tres dictadas sobre un mismo punto de derecho, constituyen doctrina probable de acuerdo con el artículo 4.° de la Ley 169 de 1896.

Las decisiones de la Corte al respecto están consignadas en los fallos citados, publicados en los números 1955 y 1973 de la *Gaceta Judicial*, y en las sentencias de fechas 22 y 30 de septiembre de 1942.

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

(Magistrado ponente, doctor José Miguel Arango).

ORIGEN DEL LITIGIO

El apoderado judicial del señor Luis Angel Cortés o Monje demandó a los señores Abraham, María, Sara y Teresa Cortés, previa audiencia del Agente del Ministerio Público, para que se declarara que el demandante era hijo natural del señor Salomón Cortés, fallecido en Neiva el 18 de octubre de 1939, y se le reconociera el derecho para intervenir en el juicio de sucesión de su presunto padre.

Llenadas todas las formalidades de la instancia, el Juez 2.° del Circuito de Neiva, en fallo de 9 de noviembre de 1940, declaró que el señor Luis Angel Cortés o Monje es hijo natural del señor Salomón Cortés.

Los demandados recurrieron al Tribunal de Neiva en grado de apelación de este fallo, y esa entidad zanjó el litigio revocando la sentencia de primera instancia y absolviendo a los demandados de los cargos formulados por Luis Angel Cortés o Monje.

Fundó su fallo el sentenciador de Neiva en las razones que expuso la Corte en fallos de 26 de abril de 1940 y 30 de junio de 1941, en los cuales se asentó la doctrina de que la acción sobre filiación natural no puede establecerse sino durante la vida del padre, y muerto éste puede adelantarse contra sus herederos siempre que él haya fallecido antes de la sentencia.

Estas sentencias de la Corte, por ser más de tres proferidas sobre un mismo punto de derecho, constituyen doctrina probable de acuerdo con el artículo 4.° de la Ley 169 de 1896.

Las decisiones de la Corte al respecto están consignadas en los fallos citados, publicados en los números 1955 y 1973 de la *Gaceta Judicial*, y en las sentencias que aún no se han insertado en el órgano de la Corte, de fechas 22 y 30 de septiembre del año en curso.

Precisa recordar que el apoderado judicial de Cortés o Monje fundó su acción en los preceptos de la Ley 54 de 1936, principalmente en los artículos 4.° y 6.°, lo que equivale a decir que él pide el reconocimiento de la filiación natural de Cortés o Monje por hallarse en los casos que señalan los artículos invocados.

El apoderado del señor Cortés o Monje quiso que este fallo se revisara por medio del recurso de casación, que hoy se decide, porque fue admitido y ha sido tramitado en forma correspondiente.

Como motivos de casación se invoca el primero de los señalados en el artículo 520 del Código Judicial, por violación directa de la ley sustantiva, porque al no reconocer la personería sustantiva de la parte demandada, constituída por los herederos del señor Ramón Cortés, infringió los artículos 1155 del Código Civil, 7.° de la Ley 45 de 1936 y los artículos 403, 404 y 405, que determinan quién es el legítimo contradictor en los juicios sobre la paternidad disputada, mandamientos aplicables a la filiación natural por disposición del artículo 7.° de la Ley 45 de 1936.

Las razones que aduce para fundamentar su acusación son en el fondo idénticas a las expuestas en el fallo de 30 de junio de 1941, y las disposiciones que allí se examinaron e interpretaron son las mismas que hoy se consideran violadas, de suerte que este fallo se limita a reproducir lo dicho en esas sentencias agregando un motivo especial

relativo al quebrantamiento del artículo 1155, que no se trató en aquellos fallos y que hoy es materia de acusación en el presente recurso.

Los argumentos expuestos en aquellas decisiones son, en síntesis, éstos:

«No hay texto legal (dice el Procurador Delegado) claro y expreso que consagre la distinción de la acción en referencia por muerte del pretendido padre. El recurrente saca esta conclusión interpretando extensivamente los artículos 403 y 404 del Código Civil. Pero según lo anteriormente dicho, tratándose de un caso de excepción a las reglas generales del Derecho Procesal, toda interpretación ha de ser restringida.

«Considera la Corte que carece de fundamento la glosa que hace el representante del Ministerio Público, de que se aplica un criterio exegético al aceptar la anterior conclusión. Comparte, en principio, la tesis general que acaba de transcribirse sobre legitimidad de la personería de todo el que tenga interés jurídico; y en perfecta armonía con ella, acepta y sostiene que en estas acciones de investigación de la paternidad el Código colombiano ha sentado una expresa, definida y concreta excepción a ese principio general de Derecho Procesal, de que todo el que tenga interés jurídico en los resultados judiciales de una acción, puede accionar u oponerse en el respectivo proceso.

«Tal excepción viene consagrada por los artículos 403 y 404 del Codigo Civil, sin que el más ilustrado y generoso criterio jurisprudencial pueda modificar la interpretación y alcance de esos textos legales. En ellos se ha dispuesto que sólo puede ser legítimo contradictor el padre, so pena de nulidad, y que los herederos únicamente representan al contradictor legítimo que ha fallecido antes de la sentencia. No hay fuerza dialéctica que tenga la operancia de oscurecer o modificar el sentido natural y obvio de tales preceptos, que establecen una norma procesal especial a esta clase de controversias sobre filiación. Son preceptos de excepción, es verdad; ilimitados como se quiera en su interpretación y aplicación, siempre conducen, dentro del criterio hermenéutico más científico, a limitar en estos juicios el papel de opositor al padre, contra quien debe enderezarse la demanda e iniciarse, cuando menos, el litigio.

«Y si el artículo 7.° dispone perentoriamente que tales reglas del Código sean de obligatoria aplicación a los juicios de filiación natural, no es posible hacer un esguince a tan imperativos preceptos, para ir a derogarlos con el pretexto de darle aplicación a simples reglas de Derecho Procesal, que no se compadecen con nuestro sistema normativo en la materia».

Más adelante dice el fallo:

«Hay otro argumento del Procurador Delegado que conviene estudiar para apreciar su carencia de operancia en el caso de autos. Dice que el legítimo contradictor de que habla el artículo 403 considerada la persona física del pretendido padre, es únicamente para los efectos jurídicos procesales de que tratan los dos artículos anteriores, a saber, para que el fallo sobre filiación produzca efectos *erga omnes*, y no únicamente respecto de las personas que han intervenido en el juicio.

«No alcanza a ver la Corte en qué funda esta trascendental distinción el señor Jefe del Ministerio Público al sostener que un fallo judicial sobre filiación solamente produce efectos *erga omnes* cuando se dicta contra el padre cómo legítimo contradictor; pero que ese mismo fallo produce efectos limitados a las partes cuando se pronuncia contra los herederos o representantes del pretendido padre. Bien estudiados tales preceptos se ve que no consagran ellos tan importante diferenciación sobre las resultas del proceso; y donde la ley no distingue, no le es lícito hacerlo al juzgador.

«Lo que se desprende de tales preceptos es una consecuencia jurídica bien distinta de la deducida. En el artículo 403 se reconoce como exclusivo y legítimo contradictor en este juicio al mismo padre, o a sus herederos o representantes, si fallece antes de fenecer el proceso. Si no fuera esta la única interpretación que puede dársele al mencionado texto, quedaría sin sentido ni aplicación el artículo 404, en cuya virtud los herederos representan al contradictor legítimo que ha fallecido antes de la sentencia, lo que quiere decir que la acción tiene que iniciarse en vida del pretendido padre.

«Estima la Corte que al artículo 401 del Código Civil no puede dársele otra interpretación distinta de la de que los fallos en esta clase de juicios deben siempre producir efectos obligatorios para toda persona aunque no haya estado representada en el litigio, porque la naturaleza intrínseca de esta clase de controversias y la trascendencia de la declaración de filiación así lo exigen. Para esto sólo es necesario que se haya proferido la sentencia contra legítimo contradictor (artículo 402), pues bien claro resulta que si no existe en la parte opositora capacidad jurídica para ser parte, ningún resultado puede producir la declaración judicial de paternidad. Quiere esto decir que con tales preceptos sólo se ha querido consagrar una excepción a lo establecido en los artículos 17 del Código Civil y 473 del Código Judicial, que limitan los efectos relativos de los fallos judiciales respecto de las personas que han intervenido en el proceso. Los de filiación, para que prospe-

ren, siempre han de seguirse contra legítimo contradictor, so pena de nulidad, y los fallos siempre producirán efectos *erga omnes*».

Para mayor abundamiento y comoquiera que el señor apoderado del actor de este juicio, doctor Eduardo Zuleta Angel, hizo una extensa exposición en la audiencia pública, tendiente a sostener que el juicio sobre declaratoria de paternidad natural puede iniciarse después de muerto el presunto padre, dirigiendo la acción contra los herederos de éste, se exponen a continuación tres argumentos más, que refuerzan la doctrina que la Sala ha venido sosteniendo:

a) El inciso final del artículo 4.° de la Ley 45 de 1936 indica que únicamente el presunto padre, desde luégo mientras viva, puede ser demandado para que se declare judicialmente la paternidad natural.

En efecto dice tal inciso:

«En el caso del ordinal 4.° de este artículo, no se hará la declaración de paternidad si el *demandado* demuestra que durante todo el tiempo en el cual se presume la concepción, según el artículo 92 del Código Civil, *estuvo* (quién? el demandado, esto es, el presunto padre) en absoluta imposibilidad física de tener acceso a la mujer, o prueba que dentro de dicho tiempo ésta tuvo relaciones carnales con otro hombre».

b) De acuerdo con lo ordenado en el artículo 7.° de la Ley 45 de 1936, las reglas de los artículos 401, 403 y 404 entre otros del Código Civil, se aplican también al caso de la filiación natural. No se aplica, por tanto, lo dispuesto en el artículo 402. ¿Por qué? Sin duda porque el legislador quiso que los fallos sobre declaratoria de paternidad natural produzcan *siempre* efectos *erga omnes* conforme al artículo 401, porque deben *siempre* pronunciarse contra el presunto padre. De lo contrario no se explicaría el que no se apliquen a esos fallos las reglas del artículo 402.

Sostiene el doctor Zuleta Angel que «en todos los juicios que se refieran a la paternidad deberá intervenir forzosamente el padre si vive, y si éste ha muerto, sus herederos», porque, en su sentir, «siendo los sucesores a título universal continuadores de la persona del *de cujus*, aquéllos sustituyen completamente a éste tanto desde el punto de vista pasivo como del punto de vista activo; de suerte que todos los derechos, bienes, obligaciones y cargas del *de cujus* pasan en principio a sus sucesores, pues la sucesión no es sino una transmisión de todos los bienes y cargas, salvo de aquellos que por disposición de la ley o por la convención se extingan con la muerte del *de cujus*».

Acepta la Sala que la tesis del doctor Zuleta Angel es exacta, como regla general de derecho, pero ella no tiene cabida en los casos de filiación natural, porque los artículos 401 a 404 constituyen una verdadera excepción a dicha regla general, y como tal excepción, es de aplicación restrictiva. Desde luégo que el artículo 404 dice que «los herederos representan al contradictor legítimo que ha fallecido antes de la sentencia», está afirmando claramente que no lo representan cuando el juicio se inicia después de muerto aquél, porsi no fuera así sobraría completamente el citado artículo 404.

En cuanto a la violación del artículo 1155 del Código Civil, esta Superioridad advierte: En ninguna parte del fallo que se revisa en casación ha desconocido el sentenciador que los asignatarios a título universal no sean herederos y no representen la persona del testador en todos sus derechos y obligaciones transmisibles. Lo que en la sentencia se sostiene es que por una disposición de excepción como lo es la contenida en el artículo 404, los herederos en juicio de filiación natural, sólo representan al padre, contradictor legítimo, que ha fallecido antes de la sentencia.

En los párrafos anteriores de este fallo se ha tratado y puesto en evidencia que los herederos representan al causante en los juicios de filiación natural, cuando el padre ha muerto antes de dictarse el correspondiente fallo.

No prospera, pues, este último motivo de casación.

Por 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,

FALLA:

1.° No se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Neiva, de fecha diez y nueve de febrero del año en curso.

2.° Se condena en costas al 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*, Secretario en propiedad.

Reglas para la interpretación de los contratos.

1. Cuando por virtud de diversas apreciaciones de las partes sobre el sentido y la intención de las cláusulas de un contrato le dan a éstas diferentes interpretaciones o discrepan también en cuanto a su operancia o a sus efectos, tiene el juzgador en nuestra legislación una serie de reglas para fijar el alcance de un contrato, las cuales pueden resumirse así:

1.ª Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse más a ésta que a lo literal de las palabras. (Artículo 1618, Código Civil.

2.ª Las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándosele a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en suto talidad (Artículo 1622, ibídem).

3.ª En aquellos casos en que no apareciere voluntad contraria, deberá estarse a la interpretación que mejor cuadre con la naturaleza del contrato. (Artículo 1621, ibídem).

2. Para que nazca en casos de infracción contractual la obligación de indemnizar perjuicios, son necesarios estos requisitos: *a)*, que exista la infracción de la obligación; *b)* que tal infracción sea imputable al deudor; *c)* que se demuestre que dicha infracción ha originado efectivamente un perjuicio al acreedor.

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

(Magistrado ponente, doctor Fulgencio Lequerica Vélez).

ANTECEDENTES:

1. La construcción de un camino carreteable que uniera a Medellín con la región oriental del Departamento, fue declarada de utilidad pública con el carácter de vía departamental, por virtud de la Ordenanza número 7, de 28 de marzo de 1913.

2. Los demandantes y otros interesados cedieron por virtud de contrato al Departamento las fajas de terreno de que eran dueños y que se estimaron necesarias para la mencionada vía, que el Departamento se obligó a construír en forma adecuada para el tránsito de peatones, de animales y de vehículos de rueda de toda clase.

3. Construída la carretera en un sector de las fincas de los cedentes, la Empresa denominada Tranvía de Oriente ocupó con rieles la banca de dicha vía, hecho que fue tolerado y consentido por el mismo Departamento.

4. La carretera quedó inútil y el Departamento no cumplió lo estipulado en el contrato de cesión de fajas de terreno, por lo cual los interesados resolvieron cobrar judicialmente los perjuicios del caso.

5. Para alcanzar este fin suscribieron los interesados el pacto que sirve de motivo y fundamento a este proceso, el 27 de abril de 1927, por virtud del cual se obligaron a obrar de común acuerdo contra el Departamento sobre las bases que pasan a transcribirse textualmente:

«Primero. En hacer causa común para el efecto de establecer el juicio o juicios contra el Departamento, relacionados con el cumplimiento de los contratos que fueron celebrados respecto a cesión de fajas para la construcción de la dicha carretera.

«Segundo.....

«Tercero. En obligarse, como efectivamente se obligan, a no hacer arreglos aisladamente con el Departamento, a base de compensaciones en dinero.

«Cuarto. En obligarse, como efectivamente se obligan, a que los arreglos que se verifiquen con el Departamento, sean por cuenta y en el interés de todos.

«Quinto. En nombrar una comisión compuesta de los señores Jesús M. López V., Cipriano Rodríguez y doctor Emilio Quevedo, para que celebre arreglos con el Departamento, si llegare ese caso, y en tal evento lo que se obtenga se repartirá entre los interesados en la misma proporción señalada en el ordinal segundo».

6. La comisión designada en el pacto anterior no celebró el arreglo de conjunto para que fue designada, y más tarde quedó desintegrada por la muerte de Rodríguez L., ocurrida el 19 de diciembre de 1929.

7. Tres juicios ordinarios se iniciaron al mismo tiempo y por el mismo abogado: los de los seño-

res Díaz Lemos, Rodríguez L. y López V., todos tres firmantes del pacto transcrito. Fueron fallados en definitiva por la Sala de Negocios Generales de esta Corte en sentencia de 2 de septiembre, 30 de septiembre y 17 de octubre de 1930 (*Gaceta Judicial*, tomo XXXVIII, páginas 266, 402 y 403). La Corte condenó al Departamento a cumplir a Díaz Lemos, en el término de un año, el contrato de cesión de la zona, acondicionando la carretera de Oriente para el servicio, y absolvió a la misma entidad de las demandas de los señores Rodríguez y López V.

8. Transcurridos más de seis años sin que López y los sucesores de Rodríguez hubieran hecho reclamación alguna, Díaz Lemos demandó al Departamento de Antioquia por la vía ejecutiva, por el incumplimiento de la obligación de hacer, declarada en la sentencia de la Corte antes citada, exigiendo el pago de la cantidad de $ 50.000, en que estimó los perjuicios recibidos por este incumplimiento. El 27 de abril de 1937 las partes celebraron una transacción que fijó la indemnización reclamada en la suma de $ 22 000, cantidad que le fue pagada a Díaz Lemos.

JUICIO ORDINARIO

En demanda fechada el 28 de marzo de 1938 los señores Jesús M. López V, Juan Elkin, José y María Rodríguez Arango y Ana Arango viuda de Rodríguez, estos últimos como herederos y representantes legales de Cipriano Rodríguez L., demandaron por la vía ordinaria al señor Angel María Díaz Lemos, por el incumplimiento del pacto consignado en el documento privado de 27 de abril de 1927, otorgado en Medellín por los señores Díaz Lemos, López V., Cipriano Rodríguez L. y algunos otros, y por los perjuicios que se derivan de tal incumplimiento.

Como súplicas principales se formulan en el libelo las de que Díaz Lemos violó las estipulaciones consignadas en dicho pacto; que de la indemnización pagada a Díaz Lemos corresponde a López V. la suma de $6.666, o sean el 30.30 por 100 de la indemnización obtenida; que a la sucesión de Rodríguez L., representada por sus herederos corresponde la cantidad de $ 5.332 80, o sea el 24.24 por 100 de la misma indemnización, más los intereses legales por las expresadas cantidades, computados desde el 28 de abril de 1937 hasta el día en que se verifique el pago.

En subsidio se pide que Díaz Lemos está obligado a pagar a López V. y a los herederos de Cipriano Rodríguez L. los perjuicios que les causó con la violación del referido convenio, según lo que resulte del avalúo de tales perjuicios en este o en otro juicio.

Trabada la litis sobre esas bases, el Juez del conocimiento, que lo fue el 4.º Civil del Circuito de Medellín, la desató en primera instancia por sentencia fechada el 5 de marzo de 1940, en la cual absolvió al demandado de los cargos formulados y negó las declaraciones principales y subsidiarias suplicadas. El principal fundamento de este fallo se hace consistir en que los actores no probaron que hubieran cumplido las prestaciones a que se obligaron en el pacto ya mencionado o que se hubieran allanado a cumplirlas, y en cambio sí está probado que el demandado las cumplió, por lo cual no es dado condenar a éste tratándose de un contrato bilateral que dio origen a obligaciones recíprocas y conmutativas.

LA SENTENCIA ACUSADA

Apelaron de la providencia anterior los actores, y correspondió decidir la segunda instancia al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en sentencia de 26 de noviembre de 1941, confirmatoria en todas sus partes de la anterior absolutoria.

Dice el Tribunal que al obligarse las partes a hacer causa común para entablar el juicio o juicios a que hubiere lugar, indudablemente buscaron formar un frente único con el fin de obtener del Departamento un arreglo ventajoso para evitar que un arreglo aislado y tal vez desventajoso pudiera redundar en perjuicio de los otros. Agrega que si la intención de los contratantes hubiera sido la de repartirse lo que obtuvieran mediante juicios separados, seguramente lo habrían estipulado de manera expresa, y esta obligación no aparece en el contrato, ni lógicamente podría deducirse de él; la única obligación clara y bien definida en el contrato era la de que los arreglos privados que se verificaran previamente con el Departamento fueran por cuenta y en el interés de todos.

Concluye el Tribunal sosteniendo que cuando Díaz Lemos celebró la transacción del juicio ejecutivo en 1937 ya estaba cumplida la finalidad de la asociación de intereses pactada en 1927, pues los pleitos que se entablaron habían terminado, de manera favorable el que adelantó Díaz Lemos y desfavorablemente los de los señores López V. y Rodríguez L., a decir del mismo apoderado de los demandantes De modo que si sólo faltaba la ejecución de ese fallo favorable para Díaz Lemos, no podría decirse que la transacción del juicio ejecutivo redundara en perjuicio de los actores, cuyos derechos estaban definitivamente perdidos en virtud de los fallos de la Corte. El fallo vino a reconocer un derecho exclusivo de Díaz Lemos que éste podía transigir y hasta renunciarlo, por-

que a él no estaban unidos derechos de terceras personas a quienes pudiera perjudicar.

EL RECURSO

Se alza en casación la parte actora y acusa la sentencia de segundo grado por el primer motivo de los consagrados en el artículo 520 del Código Judicial. Se pasan a extractar los tres cargos presentados contra dicho fallo para luégo estudiarlos conjuntamente:

Primer cargo. La sentencia es violatoria de ley sustantiva por infracción directa del artículo 2323 del Código Civil. Sostiene el recurrente que desde su primera cláusula la convención celebrada estipula la *comunidad de intereses* entre las partes, de tal manera que éstas aportaron sus derechos para formar una cosa común y correr las contingencias del caso hasta la completa terminación del negocio, pues sólo así tiene sentido la cláusula según la cual se obligaron «a que los arreglos que se verifiquen con el Departamento sean por cuenta y en el interés de todos». No puede sostenerse que por cuanto el demandado percibió el valor de la faja de que era dueño no debe distribuír el producto, porque constituída la comunidad de derechos eventuales, la extinción de algunos de éstos no podía privar a los comuneros de la participación en el resto de la cosa común, y tal es una de las conclusiones que pueden deducirse del artículo 2323, que se considera violado.

Segundo cargo. Viola el fallo las reglas de interpretación contenidas en los artículos 1620, 1621 y 1623 del Código Civil. El error del Tribunal consiste, a juicio del recurrente, en admitir la comunidad de intereses y la consiguiente distribución solamente en el caso de que la comisión negociadora formalizara una transacción, es decir, excluyendo a los otros a que naturalmente se extiende.

La tesis del Tribunal conduce, por lo tanto, a la violación del artículo 1620 del Código Civil, pues dejó sin efecto la mayoría de las cláusulas contractuales.

Tercer cargo. Dice el recurrente que subsidiariamente se solicita en la demanda la indemnización de perjuicios por la infracción del contrato, y por no haber atendido en último caso esta petición viola el fallo acusado el artículo 1612 del Código Civil, según el cual «toda obligación de no hacer se resuelve en la de indemnizar perjuicios si el deudor contraviene y no puede deshacerse lo hecho». Vuelve a repetir que la existencia plena de la comunidad, vigente al tiempo de la transacción hecha por Díaz Lemos, obligaba a éste a cumplir lo convenido y, por consiguiente, a no ejecutar la transacción por su propia cuenta y en su exclusivo interés.

ESTUDIO DE LOS CARGOS

A) Como toda la controversia gira alrededor del alcance e interpretación de la convención celebrada entre las partes el 27 de abril de 1927, conviene fijar dicho alcance atendiendo a las reglas de sana hermenéutica que suministran tanto la ley como la dialéctica jurídica.

Cuando por virtud de diversas apreciaciones de las partes sobre el sentido y la intención de las cláusulas de un contrato le dan a éstas diferentes interpretaciones o discrepan también en cuanto a su operancia o a sus efectos, tiene el juzgador en nuestra legislación una serie de reglas para fijar el alcance de un contrato, normas que pueden resumirse así:

1.ª Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse más a ésta que a lo literal de las palabras. (Artículo 1618 del Código Civil).

2.ª Las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándosele a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad. (Artículo 1622, ibídem).

3.ª En aquellos casos en que no apareciere voluntad contraria, deberá estarse a la interpretación que mejor cuadre con la naturaleza del contrato. (Artículo 1621, ibídem).

El demandado Díaz Lemos quedó obligado, según la convención de marras, a no hacer arreglos aislados con el Departamento, a base de compensaciones en dinero; a que esos posibles arreglos sean por cuenta y en el interés de todos, y en nombrar una comisión constituída por tres de los pactantes para que celebren esos arreglos con el Departamento, si llegare el caso; y en este último evento, lo que se obtuviere se repartirá entre los interesados en la misma proporción señalada para los gastos en la cláusula segunda.

Considera la Corte que lo que en realidad quisieron convenir los estipulantes fue evitar, como cuestión fundamental, que cada uno de los respectivos dueños de zonas por donde se construyó la carretera de Oriente entrara en arreglos o convenios privados y aislados con el Departamento, para obtener por su parte y de manera directa y exclusiva una compensación en dinero por los perjuicios que pudiera haberle ocasionado la clausura de esa vía carreteable. Temían que obrando cada uno por su cuenta se verificaran acuerdos inconvenientes y lesivos para los intereses patrimoniales de los demás, por el precedente que sentarían para los otros casos similares. Se quiso, para evitar una solución desfavorable que cobijara a todos, hacer un frente común y vincularse en forma tal que en esas gestiones previas y extrajudiciales la unidad de acción, de gestión y

de aspiraciones, dentro de un común denominador, les procurara la más favorable y justa solución de sus legítimas reclamaciones indemnizatorias. Y por último, para unificar y cohesionar mejor esa gestión colectiva, convinieron en constituír una comisión gestora que llevara la representación y el mandato de todos ellos, y a su nombre y con su representación celebrara un arreglo o convenio general y previo con el Departamento.

Entiende esta Sala que lo que indudablemente quisieron y pactaron los estipulantes, es decir, los actores y el demandado en este pleito, fue hacer una causa común y presentar al Departamento un frente unido para todas las gestiones y reclamos previos que se proponían adelantar a efecto de obtener las indemnizaciones a que se creían acreedores por el incumplimiento de la susodicha entidad departamental.

No podían hacer ninguno de ellos arreglos privados y aislados con perjuicio de los otros pactantes, y cualquier arreglo se haría en interés de todos, a efecto de repartir entre los interesados la cantidad obtenida, en la proporción señalada en la cláusula segunda. Ya está dicho que esos arreglos amistosos y contractuales debía celebrarlos la comisión especialmente facultada para cumplir ese mandato.

Pero no es lógico ni jurídico, ni consulta las sanas reglas de interpretación antes citadas, querer interpretar la voluntad y la intención de los contratantes en el sentido en que lo pretende la parte actora, o sea que se comprometieron a no adelantar nunca y en lo sucesivo juicios o actuaciones judiciales de ninguna índole, por separado, para exigir y obtener el pago de las respectivas indemnizaciones de perjuicios. Esto equivaldría a una voluntaria renuncia de derechos patrimoniales que no consta en forma alguna en esa convención y que no es posible deducir y consagrar por simples reglas de interpretación de la voluntad de las partes, dado que una renuncia como ésta no puede aceptarse sino cuando conste de manera expresa, clara y nítida.

Y como en los autos no se ha evidenciado por los actores que la comisión designada cumpliera el mandato recibido y realizara las gestiones a que quedó obligada, y esto lo han aceptado ambas partes litigantes; si antes bien, parece que se desintegró con el fallecimiento de Rodríguez L.; ni menos aparece demostrado que los contratantes adelantaran gestiones en otra forma para celebrar ese arreglo común y colectivo, que los beneficiara a todos por igual, forzoso es concluír dándoles la más elemental y lógica interpretación a las cláusulas contractuales ya transcritas, que lo que quisieron las partes fue unirse y hacer causa común para celebrar un arreglo previo; pero fracasada esa labor colectiva y transcurrido un largo período de tiempo, quedaban todas en libertad para reclamar por la vía judicial la defensa de sus derechos, a efecto de obtener cada una y en virtud de la propia iniciativa la satisfacción de su derecho. Porque admitir la hipótesis contraria, en circunstancias de que aparece demostrado que la comisión dentro de un largo período no cumplió su cometido y era la única autorizada para hacerlo en representación de los pactantes, sería tanto como admitir y consagrar la tesis de que cuando un mandante confiere un encargo y el mandatario no cumple la comisión conferida en el lugar y tiempo estipulado, queda por ese solo hecho imposibilitado para hacerlo por su cuenta.

Por lo demás, todo lo dicho anteriormente es tan sólo para abundar en razones sobre los fundamentos jurídicos del fallo acusado en casación, ya que de la simple lectura del pacto de 1927 y de un somero estudio de los textos legales señalados como violados, aparece claro que de esa convención no se desprende ni puede desprenderse la existencia del cuasi contrato de comunidad, como lo pretende el recurrente, cuyos factores esenciales y de origen están ausentes de ese convenio. Lo que indudablemente quisieron los estipulantes fue celebrar un pacto típico de asociación o solidaridad para obtener juntos determinados fines que a todos beneficiaran, fines que por circunstancias ajenas a la voluntad del demandado Díaz Lemos no pudieron alcanzarse.

—

B) Pero se dirá que en la cláusula primera del convenio de 1927 se obligó el demandado Díaz Lemos a «hacer causa común para el efecto de establecer el juicio o juicios contra el Departamento, relacionados con el cumplimiento de los contratos que fueron celebrados respecto a cesión de fajas para la construcción de dicha carretera».

Dando por sentado en gracia de hipótesis que efectivamente se hubiera pactado lo que dicen hoy los actores, este cargo se contesta que estándose como se está en presencia de un contrato bilateral, que hizo originar obligaciones multilaterales y recíprocas entre las partes, 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 (artículo 1609 del Código Civil).

Pues bien: aparece de autos, sin que los actores lo hayan negado, que tanto López V. como Rodríguez L. intentaron a la vez que el demandado sendos juicios por separado contra el Departamento para obtener individualmente el reconocimiento y pago de la indemnización por perjuicios a que se consideraban acreedores, y tales juicios fueron fallados desfavorablemente

por la Sala de Negocios Generales de esta Corte en sentencias de 30 de septiembre y 17 de octubre de 1930 (*Gaceta Judicial*, tomo XXXVIII, páginas 402 y 413). Vino a ser siete años después, cuando Díaz Lemos triunfó en su pleito y obtuvo por arreglo en el ejecutivo la suma de $ 22.000.00, cuando pretenden los actores que se le declare incurso en incumplimiento del pacto bilateral celebrado en 1927 y se le condene a entregarles una parte considerable de lo que por su propia iniciativa obtuvo. Y esto se demanda por los mismos que habían contraído previamente esas mismas obligaciones recíprocas, rompiendo de esa manera la simetría del contrato. Decretar lo pedido equivaldría a desconocer la propia esencia conmutativa y el equilibrio de los pactos bilaterales, violándose el principio ético universal de que nadie puede alegar a su favor el propio dolo (*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*).

De manera que si por una parte transcurrieron varios años sin que la comisión hiciera las gestiones y los arreglos para que fue nombrada; y si por la otra los dos actores violaron el pacto estableciendo juicios indemnizatorios por separado, quedaba por esa doble circunstancia Díaz Lemos en libertad para procurarse por sí solo la defensa de sus derechos intentando las acciones judiciales pertinentes para obtener esos fines, sin violar el contrato.

—

C) Se queja la parte actora y recurrente en casación de que el sentenciador de segundo grado no atendió la petición subsidiaria, en que se suplicaba el pago de los perjuicios por la violación de la obligación de no hacer que entrañaba el pacto.

Con lo dicho anteriormente queda ampliamente contestado este reparo, ya que está visto que el demandado no realizó tal violación, ni los actores podían exigirle el cumplimiento de esas pretendidas obligaciones bilaterales. Pero podría agregarse que para que nazca en casos de infracción contractual la obligación de indemnizar perjuicios son necesarios estos requisitos: *a*) que exista la infracción de la obligación; *b*) que tal infracción sea imputable al deudor; *c*) que se demuestre que dicha infracción ha originado efectivamente un perjuicio al acreedor.

Pero comoquiera que la parte actora no ha demostrado ninguno de los anteriores requisitos, no podía prosperar esa petición subsidiaria sobre indemnización de perjuicios en abstracto.

No son fundados los tres cargos formulados. Se rechazan.

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, *no casa* la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín el 26 de noviembre de 1941, que ha sido materia de la casación.

Las costas del recurso serán de cargo del recurrente.

Cópiese, notifíquese, publíquese, 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. *Pedro León Rincón*, Secretario.

Reivindicación para la sociedad conyugal de bienes vendidos por uno solo de los cónyuges.

Interpretando la Corte la Ley 28 de 1932 ha sentado como doctrina la de que "Por haber perdido el marido, desde el 1.° de enero de 1933, 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 7.° Esta doctrina se le presenta a la Corte como 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 7.° de la Ley sirve para aclarar el alcance general del artículo 1.° 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 solo, el artículo sería incongruente con el 7.°, 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. Interpretadas 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 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 vigencia no han sido liquidadas provisionalmente conforme al artículo 7.°»

De lo expuesto en los párrafos de la aludida sentencia concluye la Corte que la mujer tiene personería propia e independiente del marido para reivindicar, para la sociedad conyugal de que forma parte, los bienes pertenecientes a dicha sociedad, de que el marido haya dispuesto por sí solo, de manera ilegítima.

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

(Magistrado ponente, doctor Isaías Cepeda).

Son antecedentes de este negocio:

El 23 de noviembre de 1894 contrajeron matrimonio eclesiástico, en la iglesia de Purificación, los señores Fernando Alfaro y María Carmen Montaña.

Durante ese matrimonio Alfaro compró a los señores Nemesio Pardo y Bernardo Tovar una finca denominada *Cundina*, ubicada en jurisdicción del Municipio de Girardot, según consta en las escrituras números 903, del 4 de junio de 1926, otorgada en la Notaría 4.ª de Bogotá, y 514 del 30 de mayo de 1928, de la Notaría de Girardot, respectivamente.

Años más tarde, por medio de la escritura número 12 del 8 de enero de 1938, otorgada en la Notaría de Girardot, Alfaro, sin conocimiento ni intervención de su cónyuge María Carmen Montaña de Alfaro, vendió a Lisandro Ortiz parte de la finca mencionada.

La otra parte, según manifestación hecha por el demandado Alfaro, la había enajenado antes a la Compañía de Cemento Portland Diamante, por escritura número 315, del 15 de mayo de 1936, de la Notaría de Girardot.

Así las cosas, el 15 de julio de 1938 María Carmen Montaña de Alfaro, por medio de apoderado, presentó demanda ordinaria ante el Juez 1.° del Circuito de Girardot contra los señores Fernando Alfaro y Lisandro Ortiz, en la cual pidió que se declare que pertenece a la sociedad conyugal formada por Fernando Alfaro y María Carmen Montaña, el inmueble denominado *Cundina*, ubicado en el Municipio de Girardot y alinderado como se indica en las escrituras por las cuales Alfaro adquirió la totalidad de dicho inmueble; que Alfaro y Ortiz están obligados a restituír a la referida sociedad conyugal el citado inmueble, dentro del término legal, y que deben pagar a la demandante las costas del juicio.

En subsidio pidió que se hicieran varias declaraciones que es innecesario transcribir para el objeto del recurso.

Los demandados contestaron la demanda oponiéndose a la acción intentada y negando la mayor parte de los hechos y el derecho en que se funda.

Alfaro alegó, más tarde, las excepciones perentorias de «carencia de personería sustantiva de la parte demandante», «inexistencia del derecho que demanda», «prescripción de la acción y del derecho», y «petición antes de tiempo y de un modo indebido».

Agotada la tramitación correspondiente a la primera instancia, el Juez del conocimiento falló el pleito por sentencia de nueve de agosto de mil novecientos treinta y nueve, absolviendo a los demandados de los cargos de la demanda, sin condenar en costas, para lo cual se fundó en que la demandante no demostró ser la cónyuge de Fernando Alfaro, pues no presentó la correspondiente partida de matrimonio, ni acreditó éste por nin-

guno de los otros medios probatorios que reconoce la ley.

De esa sentencia apeló la demandante, y subido el negocio al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá y tramitado allí de acuerdo con la ley, dicha corporación pronunció el fallo del veintiséis de julio de mil novecientos cuarenta y uno, por el cual revocó el de primera instancia y en su lugar dispuso:

«1.° Decrétase la restitución a favor de la sociedad conyugal existente entre Fernando Alfaro y María del Carmen Montaña, del inmueble *Cundina*, de que trata la demanda, o sea el vendido por Fernando Alfaro a Lisandro Ortiz por la escritura pública número 12, de 8 de enero de 1938, de la Notaría de Girardot, conforme a la alinderación allí expresada.

«2.° La restitución la hará Lisandro Ortiz a Fernando Alfaro y María del Carmen Montaña de Alfaro, quienes lo recibirán a nombre de la sociedad conyugal, representada por ellos, para que ingrese al patrimonio de la sociedad conyugal del matrimonio de ellos dos.

«3.° Fernando Alfaro restituirá a Lisandro Ortiz la parte de precio que hubiere recibido, conforme a los abonos pactados en la escritura de compraventa citada, cuya inscripción en el registro se manda cancelar.

«4.° No se hace condenación en costas».

En la segunda instancia presentó la actora copia auténtica, de origen eclesiástico, de la partida de su matrimonio con Fernando Alfaro, y el Tribunal, apoyándose en ella y en que con arreglo al artículo 1781 del Código Civil el inmueble de que se trata pertenecía a la sociedad conyugal, por lo cual no podía enajenarlo por sí solo el marido con posterioridad a la vigencia de la Ley 28 de 1932, de conformidad con la interpretación que a esa Ley dio la Corte en sentencia de fecha 20 de octubre de 1937, decidió el pleito en la forma que ha quedado indicada.

EL RECURSO

Contra la sentencia del Tribunal interpuso recurso de casación el demandado Fernando Alfaro, el cual pasa a decidirse hoy por hallarse debidamente preparado.

Difícilmente puede encontrarse un caso en que la demanda de casación se aparte tánto de la técnica del recurso como el presente, en que, por medio de un larguísimo escrito de setenta y seis páginas, se alegan las razones mas descaminadas y absurdas, con citación impertinente y equivocada de gran número de artículos de los Códigos Civil y Judicial, demanda que, en rigor jurídico, debiera la Sala rechazarla, sin entrar a considerarla en el fondo. No obstante, como hay algún punto en que acierta el recurrente, se pasa a analizarla, tratando de resumir e interpretar los cargos formulados, de la mejor manera posible.

La demanda aparece dividida en once capítulos, que el recurrente denomina causales, en cada uno de los cuales cita y copia al acaso infinidad de disposiciones legales, cuyo análisis se haría interminable.

I. En los dos primeros capítulos se alega nulidad de todo lo actuado en el juicio, desde el auto que admitió la demanda, por falta de personería sustantiva de la parte actora, y por falta de jurisdicción, consistente ésta en habérsele dado a la demanda un curso distinto del que la ley señala.

II. En los capítulos tercero y cuarto se alega, a través de una extensa y confusa disertación, error de hecho en la interpretación de la demanda y error de derecho en la interpretación y aplicación, entre otras muchas disposiciones constitucionales y legales, de los artículos 1.° y 2.° de la Ley 28 de 1932 y 1871 del Código Civil.

III. En el capítulo quinto se alega violación directa de varias disposiciones sustantivas, por deficiente apreciación de las pruebas presentadas por la demandante.

IV. En el capítulo sexto se alega error de hecho y de derecho en que incurrió el Tribunal, al interpretar la demanda y la escritura número 12 antes citada, y al darle valor de plena prueba a esa escritura y a las de compra de la finca *Cundina*, sin que la actora presentara el certificado del Registrador de Instrumentos Públicos de que trata el artículo 635 del Código Judicial y la inspección ocular a que alude el 724 de allí.

V. En el capítulo séptimo, que el recurrente denomina denegación de justicia, afirma que la sentencia entraña tal denegación porque nada dijo ni resolvió en relación con las excepciones alegadas por él oportunamente.

VI. En el capítulo octavo asegura el recurrente que como lógica consecuencia de la deficiente apreciación de las pruebas y de los errores de hecho y de derecho en que estima que incurrió el fallo, se violaron derechos de terceros, adquiridos con justo título, porque sostiene que el Tribunal ordenó restituir toda la finca, sin tener en cuenta que lo vendido por Alfaro a Ortiz fue sólo una parte de la finca *Cundina*, pues la otra parte la había vendido antes a la Compañía de Cemento Portland Diamante.

VII. En el capítulo noveno, que se denomina «exceso de fallo por haberse condenado a más de lo pedido en la demanda», se alega violación directa de ley sustantiva, con cita equivocada de varios preceptos legales, pero luégo dice el recurrente:

«Hago consistir la violación de los antedichos preceptos en que, como puede verse en la demanda, o sea conforme al tenor literal de ella, nada se pide respecto a parte de precio, petición ésta que no se hizo y cuyo ejercicio del derecho a cobrarlo solamente competería al demandado Ortiz en un caso dado, por ser tal derecho de su exclusiva y privativa potestad en el remoto evento de que sea privado del dominio y posesión de la cosa vendida».

Agrega el recurrente que no obstante que en la demanda nada se pide sobre restitución por Alfaro de lo que haya recibido de Ortiz a buena cuenta del precio, en el ordinal 3.° de la parte resolutiva de la sentencia se condena a Alfaro a hacer a Ortiz dicha restitución, con lo cual se condenó a más de lo pedido y la sentencia no está por ello en congruencia con la demanda.

VIII. En el capítulo décimo se alega errada interpretación del contrato contenido en la escritura número 12, porque el Tribunal dice que la venta en ella consignada quedó sometida a una condición resolutoria, «o sea la concerniente al pacto comisorio allí estipulado».

IX. Por último, en el capítulo once dice el recurrente:

«Se advierte, además de las causales que se dejan relacionadas, la de incongruencia, pues existe contradicción manifiesta entre lo razonado en la parte motiva y lo resuelto en la parte resolutiva.

Se argumenta en unas partes sobre venta de cosa ajena, en otras referente a la nulidad de la venta, y por último, que por el hecho de existir el pacto comisorio debe prosperar la acción».

Sobre cada uno de los mencionados capítulos hace una extensa disertación el recurrente, que se considera innecesario sintetizar.

ESTUDIO DE LOS CARGOS

Se procede a estudiar los cargos formulados en el orden que se considera más conveniente.

1. La procedencia de acciones similares a la instaurada en este juicio ha sido aceptada por la jurisprudencia reiterada y uniforme de la Corte, al interpretar la Ley 28 de 1932.

En la primera sentencia pronunciada por la Corte sobre este punto, que lleva fecha 20 de octubre de 1937 (*Gaceta Judicial*, tomo XLV) dijo:

«Por haber perdido el marido, desde la fecha indicada (1.° de enero de 1933), 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 7.°

«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 7.° de la Ley sirve para aclarar el alcance general del artículo 1.° 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 solo, el artículo sería incongruente con el 7.°, 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 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 7.°»

De lo expuesto en los párrafos que acaban de copiarse concluye la Corte, en la referida sentencia, que la mujer tiene personería propia e independiente del marido para reivindicar, para la sociedad conyugal de que forma parte, los bienes

pertenecientes a dicha sociedad, de que el marido haya dispuesto por sí solo, de manera ilegítima.

Esta doctrina ha sido sostenida, ratificada y ampliada por la Corte, posteriormente, en las sentencias que a continuación se citan: la de 29 de marzo de 1939 (*Gaceta Judicial*, tomo XLVII, páginas 731 y 732); la de 18 de abril de 1939 (*Gaceta Judicial*, tomo XLVIII, páginas 40 y 41); la de 22 de agosto de 1940 (*Gaceta Judicial*, tomo XLIX, páginas 483 y siguientes); la de 28 de septiembre de 1940 (*Gaceta Judicial*, tomo L, páginas 343 y siguientes); la de 10 de julio de 1941 (*Gaceta Judicial*, tomo LI, páginas 798 y siguientes); la de 24 de marzo de 1942 (*Gaceta Judicial*, tomo LII, páginas 259 y siguientes); la de 20 de abril de 1942 (*Gaceta Judicial*, tomo LIII, páginas 339 y siguientes) y la de 25 de junio de 1942 (*Gaceta Judicial*, tomo LIII, páginas 677 y siguientes).

Basta lo dicho para poner de manifiesto lo infundado del cargo relativo a insuficiencia de la personería sustantiva de la parte actora.

En lo tocante a la nulidad alegada por falta de jurisdicción, la que se apoya en habérsele dado a la demanda un curso distinto del señalado en el artículo 8.° de la Ley 28 de 1932, es suficiente observar que el procedimiento determinado en dicho artículo 8.° sólo es procedente para resolver las cuestiones que se suscitan entre los cónyuges o sus sucesores con motivo de la aplicación de la Ley 28, pero no para juicios como el presente, que deben seguirse por los trámites comunes de la vía ordinaria.

Es preciso advertir, además, que se han estudiado detenidamente los dos cargos que acaban de analizarse, para poner de manifiesto la sinrazón de ellos, no obstante lo mal formulados, pues alegándose nulidad de lo actuado, han debido apoyarse en la causal 6.ª de las enumeradas en el artículo 520 del Código Judicial, y no en la 1.ª

2. En los capítulos tercero, cuarto, quinto y sexto de la demanda de casación se alegan violación directa de varias disposiciones legales y errores de hecho y de derecho en la interpretación de la demanda y de la escritura número 12 antes citada, y por haberles dado valor de plena prueba a esa escritura y a las de compra de la finca *Cundina*, sin que la actora presentara el certificado de que trata el artículo 635 del Código Judicial, y, también, error de derecho en la interpretación y aplicación, entre otras disposiciones citadas, de los artículos 1.° y 7.° de la Ley 28 de 1932 y 1871 del Código Civil.

Se considera:

De acuerdo con lo visto antes, la actora tiene plena capacidad y personería sustantiva para demandar la reivindicación para la sociedad conyugal de que forma parte, de la finca vendida por el demandado Alfaro, quien no la podía enajenar por sí solo, y al hacerlo vendió cosa ajena, por lo cual es aplicable al caso el artículo 1871 del Código Civil, que reconoce la validez de esa venta pero sin perjuicio de los derechos del dueño, mientras no prescriban por el transcurso del tiempo. De consiguiente, no fue mal interpretado ni aplicado dicho artículo, sino, todo lo contrario, debidamente aplicado. Por lo demás, el Tribunal no incurrió en error de derecho al no aplicar los artículos 1.° y 7.° de la Ley 28, porque no son aplicables al caso de estudio.

En lo relativo al error de derecho consistente en haberles dado el Tribunal valor de plena prueba a las escrituras citadas por el recurrente, sin haberse presentado el certificado de que habla el artículo 635 del Código Judicial, en un caso similar dijo la Corte:

«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 Código Judicial, 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 Código Judicial. 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 Código Judicial, o para acreditar la solvencia de un fiador, etc. Pero no es de ley exigir que se acredite la suficiencia del título en juicios de reivindicación, en los que no se trata de demostrar 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 de-

mandante 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». (*Gaceta Judicial* número 1986, página 682).

No son por tanto fundados los cargos que acaban de analizarse

3. En lo tocante al cargo de denegación de justicia, que se hace consistir en que la sentencia nada resolvió en relación con las excepciones alegadas por el demandado, se tiene lo siguiente:

En verdad la sentencia no estudió expresamente tales excepciones, ni acerca de ellas dijo nada en la parte resolutiva, pero es innegable que aparecen consideradas en la motivación del fallo, en donde se analizaron los puntos en que se fundan. Ahora bien: aceptado, en gracia de discusión, que nada hubiera dicho la sentencia al respecto, ello sólo daría lugar a la consiguiente corrección de doctrina, porque no habría base para infirmar la sentencia por esa causa, una vez que tales excepciones no pueden prosperar, como se verá en seguida someramente.

Las de carencia de personería sustantiva de la parte actora y de inexistencia del derecho que demanda, quedaron ampliamente contestadas atrás, al estudiar el primer cargo, en donde se demostró que la actora sí tiene capacidad jurídica y personería sustantiva para iniciar la acción, como también el derecho consiguiente para reivindicar para la sociedad conyugal los bienes enajenados por el demandado Alfaro.

La prescripción de la acción y del derecho, que se hace consistir en que según manifestación del demandado Alfaro él no ha llevado vida conyugal con la actora, se desvanece con sólo pensar que la sociedad conyugal formada por aquél y María Carmen Montaña no se ha disuelto, por ninguno de los medios establecidos en la ley, y es claro que mientras la dicha sociedad tenga vida jurídica, como ella es la dueña de los bienes sociales, no puede haber prescripción en contra de uno de los cónyuges, que forma parte de esa sociedad, y en favor del otro.

La petición antes de tiempo y de un modo indebido la funda el recurrente en que primero ha debido liquidarse la sociedad conyugal, conforme a la Ley 28, para luégo ejercitar, si fuere el caso, la acción reivindicatoria. Tampoco tiene razón, porque la señora Montaña de Alfaro no ha pedido para ella, diciéndose dueña de la finca sobre que versa la reivindicación, sino, como varias veces se ha dicho, para la sociedad conyugal ilíquida, de que forma parte.

Queda así demostrado que ninguna de las excepciones alegadas tiene fundamento legal.

4. No es admisible el cargo formulado por el recurrente en el capítulo octavo, conforme al cual, como consecuencia de los errores de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas, estima que el fallo acusado violó derechos de terceros, pues sostiene que el Tribunal ordenó restituir toda la finca de *Cundina*, cuando lo vendido a Ortiz fue sólo una parte, porque la otra parte había sido vendida antes a la Compañía de Cemento Portland Diamante.

Es verdad que en la demanda se pidió la restitución de toda la finca referida, pero también lo es que el Tribunal, en el ordinal 1.° de la parte resolutiva de la sentencia, ordenó restituir a la sociedad conyugal Alfaro-Montaña el inmueble «vendido por Fernando Alfaro a Lisandro Ortiz por la escritura número 12, de 8 de enero de 1938, de la Notaría de Girardot, conforme a la alinderación allí expresada». De modo que no puede sostenerse que la sentencia viole derechos de terceros, porque en la restitución decretada no queda comprendida la parte de finca vendida a la Compañía antes nombrada.

5. Ninguna importancia ni trascendencia tiene el cargo formulado por el recurrente en el capítulo décimo, en donde sostiene que el Tribunal interpretó mal el contrato contenido en la escritura número 12, porque dice que ese contrato quedó sometido a una condición resolutoria, «o sea la concerniente al pacto comisorio allí estipulado». Es evidente que por no haberse pagado el precio de la finca, el contrato de venta quedó sometido a la condición resolutoria que va envuelta en todos los contratos bilaterales, conforme al artículo 1546 del Código Civil, condición que no tiene en este caso el carácter de *pacto comisorio*, que debe estipularse expresamente, de acuerdo con lo ordenado en el artículo 1935 de dicho Código, por lo cual resulta equivocado el concepto del Tribunal al sostener que allí se estipuló un *pacto comisorio;* pero como no fue esa la causa o el motivo que dio fundamento al fallo, el cargo no tiene incidencia en casación.

6. Sostiene el recurrente en el capítulo once que la parte motiva de la sentencia es contradictoria con la resolutiva, porque en aquélla se habla unas veces de venta de cosa ajena, otras de nulidad, y por último que por el hecho de existir un pacto comisorio debe prosperar la acción.

En realidad la acción prospera porque el contrato celebrado por Alfaro con Ortiz implica ven-

ta de cosa ajena, toda vez que el inmueble enajenado pertenece a la sociedad conyugal Alfaro-Montaña, y aquél procedió a disponer de él por sí solo, sin intervención ni consentimiento de su mujer. Lo demás puede entrañar conceptos equivocados del Tribunal, que en nada afectan la prosperidad de la acción.

7. Por último, el cargo formulado en el capítulo noveno es fundado, en concepto de la Corte, y debe prosperar, por lo cual habrá de casarse parcialmente la sentencia para revocar el ordinal 3.° de la parte resolutiva de ella, que equivale a fallar *ultra petita*.

En efecto, por el mencionado ordinal se condena a Alfaro a restituír a Ortiz «la parte de precio que hubiere recibido, conforme a los abonos pactados en la escritura de compraventa», sin que tal petición se formulara en la demanda y sin que Ortiz, que es quien tiene derecho al respecto, hiciera solicitud alguna sobre ese punto.

En un caso exactamente igual al que se estudia dijo la Corte:

«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 evicción, que no figuran dentro del planeamiento 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 de pleito a su vendedor, para efectos de la citación de evicción». (Artículo 1899 del Código Civil). (*Gaceta Judicial* número 1986, página 685).

Por lo demás, la restitución de lo que Ortiz haya pagado a Alfaro, que no fue materia de este juicio, es cuestión que sólo atañe a ellos, quienes podrán ventilarla en juicio separado.

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, *casa parcialmente* la sentencia proferida en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá con fecha veintiséis de julio de mil novecientos cuarenta y uno, con el único objeto de suprimir la condenación que contiene contra Fernando Alfaro el ordinal 3.° de su parte resolutiva, dejándola en firme en todo lo demás.

Sin costas 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*, Secretario en propiedad.

Acciones acumuladas de petición de dominio de unas minas, de nulidad de un contrato, etc.—Mandato para negocios de minas. Mandato sin representación.

El mandato es un contrato consensual que puede constituírse hasta verbalmente y que, aplicado a la legislación minera, es más amplio que en lo civil, puesto que según el artículo 7.° del Código de Minas los descubrimientos de éstas bien pueden hacerse por el individuo que pretenda la adjudicación para sí, bien por otro que obre en su nombre y como recomendado suyo; pero la denominación y el carácter de descubridor pertenece siempre al individuo por cuya cuenta se hace el descubrimiento. Concorde con este precepto se halla el inciso 4.° del artículo 6.° ibídem, que preceptúa que si una persona da el aviso de que tratan los artículos 8.°, 79, 346 y 367, debiendo darlo en nombre de otra persona, ya por estar trabajando en el descubrimiento de la mina por cuenta de ella, ya por recibir encargo o recomendación suya para dar dicho aviso, se entenderá que éste se dio por el interesado respectivo, y será completamente ineficaz para favorecer al que lo hizo extender

indebidamente en nombre propio. En consecuencia, en este caso, se reputará como primer descubridor, y será considerado como tál, para los efectos legales, el referido interesado; es decir, la persona por cuya cuenta se estaba haciendo el descubrimiento de la mina, o que había hecho la recomendación para dar el aviso correspondiente.

El artículo 117 ibídem corrobora lo anterior al disponer que el que dé el aviso de que habla el artículo 8.° adquiere por este solo hecho un derecho a dicha mina, preferente al de toda otra persona, salvo los casos del inciso 4.° del artículo 6.°

En el caso de autos existió un mandato sin representación, en virtud del cual si ostensiblemente adquiría Gómez, no lo hacía para sí, sino para su mandante Del contenido del artículo 2177 del Código Civil es de rigor sacar las siguientes consecuencias: *a*) que el mandatario en Colombia puede contratar en nombre propio, en ejercicio del encargo recibido y por cuenta y riesgo del mandante; *b*) que si contrata a nombre propio, pero por cuenta y riesgo del mandante, aun sin conocer al tercero que se entiende con un mandatario, el mandante adquiere directamente los derechos que surgen de la tradición, pero no contrae directamente obligaciones para con el tercero.

En el mandato sin representación el mandatario no es más que el órgano de la voluntad del mandante, y propiamente no puede decirse que sea parte contratante. Es evidente que en principio el mandatario que contrata en su propio nombre y así obtiene la tradición con la inscripción del título, adquiere aparentemente para sí, pero sólo mientras no se establezca plenamente que obró en ejercicio de un mandato. La acción del mandante, en este caso, para beneficiarse de los efectos del contrato, se ejercita naturalmente sobre la base jurídica de la completa validez del acto o contrato celebrado a su nombre, porque nace de la supervivencia y validez de éste y es una acción personal contra el apoderado para que se declare, al tenor de un completo haz probatorio, que los efectos del pacto le corresponden a él y lo benefician exclusivamente. En un fallo de 29 de julio de 1913 (*Gaceta Judicial*, tomo XLIII, página 113) se sostuvo con dos votos disidentes la tesis contraria a ésta y se concluyó entonces, en un caso idéntico, que era el mandatario quien había adquirido el dominio del inmueble por haberse realizado a su favor la tradición en virtud de la inscripción del título, y porque era su consentimiento directo el único que como requisito esencial había intervenido en la convención. No comparte ahora la Sala ese criterio para interpretar los artículos 673, 765, 2157 y 2177 del Código Civil.

La venta de cosa ajena es válida al tenor del artículo 1871 del Código Civil, pero el contrato en que ella consta no es oponible al verdadero dueño de la cosa vendida, y ese es el alcance de tal norma, o sea que quien vende cosa ajena responde al comprador por el incumplimiento del contrato y queda ligado con él por las obligaciones que emanan de la compraventa entre el vendedor y el comprador, pero el dueño de la cosa no queda perjudicado por esa venta, y entonces por esa razón el contrato no le es oponible y continúa como titular y como poseedor de la cosa que otro vendió mientras sus derechos no se extingan por la prescripción

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

(Magistrado ponente, doctor Liborio Escallón).

Luis Chedé expone en síntesis los siguientes hechos y antecedentes, en que funda sus dos demandas de que luégo se hará mención.

Afirma el expresado Chedé que convino con Román Gómez L. que éste le prestaría a aquél el servicio de avisar y denunciar unas minas de oro y plata que estaban abandonadas en la región de «Curiaco», del Municipio de Santa Rosa, Provincia de Caldas, Departamento del Cauca. Que Gómez L. aceptó este cargo de confianza, y sin más procedió a cumplir su cometido el 10 de noviembre de 1931, por medio de subcomisionado, y dio los avisos números 1 a 5 ante el Alcalde de Santa Rosa, de la mina de «Curiaco», con los nombres de *Filón de Curiaco*, *La Peña Negra de Curiaco*, *Granadilla de Curiaco* y *La Marmaja de Curiaco*. Que luégo, el 7 de octubre de 1931, denunció esas mismas minas ante el Gobernador del Cauca según aparece del título expedido por la Gobernación de ese Departamento. Que el convenio existente al respecto entre Chedé y Gómez consta en documento y varias cartas.

Las minas mencionadas fueron tituladas en cabeza de Gómez L., quien seguía como mandatario de Chedé, y éste dio orden a aquél para que le traspasara a Gonzalo Lourido el cincuenta por ciento de las acciones de las minas y para que se procediera a formalizar un contrato de compañía ordinaria de minas entre Lourido y Gómez L., quien asumiría el carácter de socio aparente, porque el demandante era el efectivo. La sociedad se formó por escritura 236 de 16 de abril de 1932 de la Notaría 1.ª de Cali.

Habiendo tenido el demandante necesidad de

vender sus derechos y acciones que le quedaban en las minas, al señor Pablo Marulanda, comunicó esto al señor Román Gómez L., para que le hiciera el traspaso del caso, mas aun cuando Gómez L. quiso cumplir esta orden no pudo efectuarse por haberse opuesto a ello Gonzalo Lourido, y finalmente Román Gómez L. le vendió a Gonzalo Lourido, por escritura 1220 de 9 de noviembre de 1936 y por quince mil pesos ($ 15.000) las acciones que Chedé dio orden de traspasar a Pablo Marulanda.

Los anteriores hechos y antecedentes, de cuya exactitud y comprobación se tratará en el curso de este fallo, dieron lugar a que Chedé presentara demanda ordinaria el 24 de noviembre de 1936 ante el Juez de Circuito de Bolívar contra Román Gómez L., para que se declare que Chedé es dueño de las minas ya tituladas denominadas *La Cascada de Curiaco* y *La Granadilla de Curiaco*. Que Gómez L. está obligado a dar al Gobernador del Departamento el aviso necesario para que el título de adjudicación de las minas *El Filón de Curiaco*, *La Peña Negra de Curiaco* y *La Española de Curiaco*, se expida a favor del demandante. Que los derechos provenientes del aviso y del denuncio que ha adquirido el demandado en las minas ya mencionadas le pertenecen al demandante por haber obrado Gómez L. en nombre de éste, y que el demandado debe responderle al demandante de los perjuicios consiguientes de su omisión culpable, por no haber hecho en favor del demandante el traspaso de los derechos que éste tenía en las minas.

El mismo Luis Chedé, en libelo de 12 de diciembre de 1938, cuando el primer juicio estaba tramitándose, demandó ante el Juez de Circuito de Bolívar a Gonzalo Lourido y Román Gómez L., para que se hicieran las siguientes declaraciones:

Que es nulo y sin valor ni efecto alguno el contrato contenido en la escritura pública número 1220 de 9 de noviembre de 1936 de la Notaría 2.ª del Circuito de Cali, en la cual consta la venta hecha por Román Gómez L. a Gonzalo Lourido de doce acciones de veinticuatro en cada una de las minas de que ya se ha hecho mención. Que Chedé es dueño de las doce acciones a que se refiere la petición anterior. Que los demandados Gómez L. y Lourido, por cuanto celebraron el contrato de que da cuenta la escritura 1220 ya mencionada a sabiendas de los legítimos derechos de Chedé, están obligados solidaria y mancomunadamente a entregar o traspasar a Chedé todas las acciones ya mencionadas y sus frutos.

Subsidiaria a la tercera declaración impetra la entrega o pago de los frutos percibidos desde el contrato a que se refiere la escritura 1220.

Suplica además que los demandados están obligados a pagar al demandante los perjuicios que le han causado con ocasión de la celebración de ese contrato, y que se ordene a la Gobernación del Cauca que los títulos sobre las minas mencionadas y que hasta la fecha no se hayan expedido, se expidan en favor de Luis Chedé y Gonzalo Lourido, en la proporción del cincuenta por ciento para cada uno.

Además pide que se ordene la cancelación de la escritura 1220 ya citada.

Esta demanda fue adicionada en el sentido de que se declare que debidamente interpretado el documento de 16 de abril de 1932, otorgado en Cali y suscrito por Lourido y Chedé, sobre constitución de la sociedad ordinaria de minas *Cury-Yaco*, debe entenderse que Chedé contrató como dueño de las minas y como socio de la Compañía, y que por lo tanto la liquidación de la sociedad formada por Lourido y Román Gómez L., con prescindencia de Chedé, es nula y debe por tanto reputarse iliquida tal sociedad y que es nula tal liquidación, por cuanto no se hizo con intervención del socio efectivo Luis Chedé.

El apoderado judicial de Chedé, en escrito de 26 de mayo de 1939, pidió la acumulación de los dos juicios a que dieron lugar las dos demandas que se acaban de relacionar, y el Juez del conocimiento, en providencia de 19 de junio de dicho año, decretó tal acumulación y continuó la tramitación de los juicios acumulados hasta pronunciar sentencia el 7 de mayo de 1940, en la cual negó todas las peticiones de las demandas.

La parte vencida apeló ante el Tribunal respectivo, el del Distrito Judicial de Popayán, donde se tramitó la segunda instancia, que fue rematada con la sentencia de 20 de mayo de 1941, en la cual declaró probada la excepción de petición de un modo indebido, por lo cual absolvió a los demandados y en esa forma sustituyó la sentencia de primer grado.

Interpuesto el recurso de casación, por la parte que fue nuevamente desfavorecida, y tramitado el recurso, pasa hoy a decidirse.

FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA ACUSADA

Una de las bases en que se apoya la demanda es el documento privado de 7 de diciembre de 1931, que corre al folio 161 del cuaderno principal, que el mismo Tribunal inserta en su fallo y que por su importancia decisiva inserta también la Corte en esta sentencia.

El Tribunal de Popayán leyó o estudió ese documento, que figura en los autos y respecto del cual durante el término probatorio fue declarado como reconocido por el firmante Román Gómez

L. Dice así: «Yo Román Gómez L., vecino de Almaguer, mayor de edad y hábil para contratar y obligarme, declaro: Que como comisionado del señor Luis Chedé, vecino de Cali, de tránsito en esta ciudad, el diez de noviembre del año en curso, hice avisar en mi nombre en la Alcaldía de Santa Rosa, de la Provincia de Caldas de este Departamento, como abandonadas las minas siguientes: *El Filón de Curiaco, La Peña Negra de Curiaco, La Cascada de Curiaco, La Española de Curiaco, Granadilla de Curiaco* y *La Marmaja de Curiaco*, todas en el sitio de Curiaco, en donde se encuentra la mina conocida con este nombre. También por cuenta del señor Chedé el 7 de diciembre del presente año presenté en mi nombre a la Gobernación del Departamento los denuncios respectivos de las seis minas citadas más arriba. Por el presente documento declaro que todos los gastos para esos avisos y denuncios han sido cubiertos por el señor Chedé. Me comprometo y obligo a traspasar al señor Chedé o a la persona, entidad o sociedad que él me indique y tan luégo como él me lo exija, los derechos amparados por los avisos y denuncios enumerados más arriba, sea antes, sea después de haber recibido la posesión y los títulos respectivos. Queda bien entendido que todos los gastos que se necesitara hacer hasta la posesión y recibir los títulos de las seis minas objeto de este documento serán suministrados oportunamente por el señor Chedé sin ninguna otra responsabilidad por mi parte que la de cumplir en tiempo hábil con las formalidades exigidas por las leyes en materia de posesión y titulación de minas. En caso de enfermedad o fuerza mayor que me impida ocurrir a tiempo para cumplir con los requisitos legales de posesión y titulación de las seis minas objeto de este documento avisaré sin demora al señor Chedé para que pueda obrar en mi reemplazo.

Popayán, siete de diciembre de mil novecientos treinta y uno.

Román Gómez L.»

(Folios 161 y 161 vuelto del cuaderno número 1).

El fallador refiriéndose a este documento dice lo que sigue:

«El documento de 7 de diciembre habla de ello como de un hecho cumplido, de una recomendación, o si se quiere de un mandato de Chedé para Gómez L. conferido con mucha anterioridad a la firma del documento. Es decir, que en ese documento no consta el mandato para anunciar y denunciar las minas porque ya Gómez L., antes de suscribir el documento, había anunciado y denunciado las minas por anterior recomendación de Chedé, recomendación que naturalmente no podía efectuarse *a posteriori*, es decir, después de ejecutado el hecho de cuya recomendación se trataba. De la manera como hubiera cumplido Gómez L. el encargo de anunciar y denunciar las minas en cuestión, no puede hablarse con referencia al documento del 7 de diciembre, porque allí no se obligó Gómez L. a avisarlas y denunciarlas».

Sobre esa interpretación, sobre esa base, el Tribunal estima que hubo petición de modo indebido, porque en su concepto el demandante ha debido ejercitar las acciones a que se refiere el artículo 1610 del Código Civil, porque el documento de 7 de diciembre contiene un contrato en que Gómez L. se impuso una obligación de hacer, y como esas acciones no fueron ejercitadas en este juicio, surge la excepción que dedujo el Tribunal, el cual se expresa así:

«Al mismo resultado anterior se llega si se toma el documento de 7 de diciembre como un contrato en el cual el signatario Gómez L. se impuso una obligación de hacer en favor de Chedé. Este, para que prosperara en juicio su acción tendiente al cumplimiento de la obligación de hacer a cargo de Gómez L., tenía expeditas las acciones consagradas en el artículo 1610 del Código Civil. Pero ninguna de las acciones de que habla esta disposición legal ha sido interpuesta en la demanda que ha dado origen al presente juicio».

Sostiene además el Tribunal que el actor extravió la acción, si se la considera desde el punto de vista del mandato de que trata el Código de Minas, y agrega que «si pretendía el demandante que el mandato de que se habla se ventilara bajo las reglas generales del Código Civil, para deducir judicialmente las obligaciones civiles a cargo de Gómez L., así debió haberlo expresado determinadamente en la demanda y debió haber traído simultáneamente la correspondiente prueba, a fin de que la controversia se dirigiera en ese sentido. Pero el demandante, lejos de precisar la acción en el sentido indicado, se redujo a impetrar una declaratoria de dominio y una orden para el señor Gobernador del Departamento. Es pues, patente que, considerada la cuestión que se debate bajo este aspecto, el demandante ha hecho una petición de un modo indebido».

También dedujo el Tribunal esa excepción respecto de la petición del actor en que se impetra la nulidad del contrato contenido en la escritura 1220 de 9 de noviembre de 1936, pasada ante el Notario 2.° de Cali, en virtud del cual Román Gómez L. vendió a Gonzalo Lourido doce acciones de veinticuatro en cada una de las minas de filón de oro y plata ya mencionadas.

EL RECURSO

Sobre los fundamentos anteriores el recurrente hace varios cargos a la sentencia, consistentes en violación directa de los artículos 2146, 2147, 1619 del Código Civil, por apreciación errónea del documento de 7 de diciembre de 1931 y por apreciación errónea y falta de apreciación de toda la prueba del demandante, debidamente discriminada y detallada por el recurrente, por error de hecho y de derecho a este respecto, y por lo tanto violación de los artículos 6.°, inciso 4.°, 739, 116 y 117 del Código de Minas. Además ataca la apreciación del fallador en cuanto interpreta la demanda, al sostener aquél que no se ha intentado en este juicio ni acción de dominio o reivindicatoria. Señala como violados por este concepto los artículos 669, 946 del Código Civil, y sostiene que la acción de dominio sí está propuesta y que es la consagrada por los artículos 6.°, inciso 4.°, 7.° y 117 del Código de Minas.

ESTUDIO DE LOS CARGOS

Estima la Corte que los tres cargos a que acaba de referirse, advirtiendo que existen otros, deben estudiarse conjuntamente, porque ellos están íntimamente vinculados entre sí y comprenden y se refieren al problema planteado en este litigio.

De autos se viene en conocimiento de que antes y después de suscrito el documento de 7 de diciembre de 1931 entre Román Gómez L. y Luis Chedé, se había convenido en que aquél hiciera la denuncia de las minas mencionadas para obtener su adjudicación. Las cartas anteriores a la fecha en que fue suscrito el documento se refieren al contenido de éste. En las posteriores, Gómez L. da cuenta del resultado de sus gestiones a Chedé.

Por la importancia de estas cartas, que figuran en el expediente, que no fueron redargüidas por Gómez L., sino antes bien aceptadas implícitamente por éste, pasan a insertarse algunas de ellas en el cuerpo de esta sentencia.

Al folio 167 y siguientes del cuaderno número 1 se encuentran las que siguen:

«Almaguer, noviembre 10 de 1931.

«Señor don Luis Chedé—Cali.

«Muy estimado amigo:

«De acuerdo con su estimable carta fechada en esa ciudad el primero del presente despaché a Santa Rosa un expreso a dar los avisos y traer las copias, de conformidad con el Código de Minas artículo 8.° Yo no puedo ir personalmente porque un viaje me cuesta más y además tengo dos niñitos enfermos. El expreso lleva los borradores y todo hecho y una carta mía para el señor Alcalde que es mi íntimo amigo y creo que todo salga bien. Así que venga pondré al correo estas diligencias para evitar un viaje a Popayán que no tengo cómo hacerlo por falta de recursos, se las dirigiré a Cali y además como los avisos son dados en mi nombre según sus instrucciones le mandaré poder para el efecto de los denuncios.

«Ya se va el correo y por este motivo no me extiendo más.

«Quedo como siempre a sus órdenes y me suscribo su afectísimo y seguro servidor,

«*Román Gómez L.*»

—

«Almaguer, noviembre 13 de 1931.

«Señor don Luis Chedé—Cali.

«Muy estimado don Luis: el correo de ayer me trajo la muy estimable e interesante carta suya fechada en esa ciudad el día 7 del presente. Por el correo pasado le escribí dándole cuenta de que despaché un expreso a dar los avisos de las minas. Por este mismo correo le remito las seis copias de los avisos dados por mi recomendado en Santa Rosa, dígnese examinarlos y si están bien, indicarme el modo de hacerle el traspaso a usted, pues según el Código de Minas hay noventa días para presentar los denuncios. Yo no puedo ir a Popayán porque no tengo cómo hacer los gastos de viaje, pero aquí estoy listo a servirle en lo que esté a mi alcance. Yo creo que por medio de un poder se evitaría mi viaje a Popayán; esto como le digo usted lo resolverá mejor del modo que convenga más a sus intereses y le declaro que para mí es indiferente figurar o no en los denuncios, porque no aspiro sino a que si me considera útil, tener dónde ganar un pan para mis hijos, ya que como le dije en una anterior don Emilio Bizot me pagó mi servicio leal como ninguno, arruinándome.

«Las copias van en paquete aparte como recomendado; si no están arregladas indíqueme lo que falte y si es posible mandaré nuevamente a Santa Rosa.

«Le deseo buena salud y prosperidad y me suscribo como siempre su afectísimo y seguro servidor,

«*Román Gómez L.*».

—

«Almaguer, noviembre 23 de 1931.

«Señor don Luis Chedé—Cali.

«Muy estimado señor y amigo:

«El correo de ayer me trajo la suya de fecha 14 del presente y a ella con gusto especial me refie-

ro: en primer lugar le diré que por el correo de hoy ocho días le escribí y le mandé en paquete recomendado las copias de los avisos dados en Santa Rosa por las minas de Curiaco, hoy le puse un telegrama solicitándole si las recibió. En cuanto al material de que me habla y de una persona para recibirlo en Popayán, creo que lo mejor y más económico sea que lo reciba el mismo arriero en la bodega del ferrocarril y para el efecto se debía convinar la salida de las mulas de aquí con el despacho de allá, a no ser que usted resuelva traerlo en mulas propias y en este caso también me parece más económico porque se evita el pago en Popayán y carga que viene de tránsito no paga, de suerte que hay que marcar los bultos así: *Popayán—San Sebastián.* En San Sebastián está un hermano mío que puede encargarse de recibir el material.... Si es de urgencia que yo vaya a Popayán, dígnese decirme y ver si me puede facilitar veinte pesos y en este caso estoy listo a encontrarme con usted en Popayán, porque creo que será el mejor modo de definir lo que más convenga a la empresa que usted ha iniciado. Le repito mi manifestación anterior de que no aspiro sino a tener trabajo para ganar un pan para mis hijos y que si lo cree mejor a sus intereses que no figure en los denuncios no tengo el menor inconveniente.

«Le deseo buena salud y felicidades y me suscribo como siempre su afectísimo y seguro servidor,

«Román Gómez L».

Después de estas cartas Román Gómez L. suscribió la declaración de 7 de diciembre que ya quedó transcrita.

Posteriormente firmó el siguiente recibo y dirigió las cartas que corren a los folios 163, 169, 171 a 173, 175 a 176 y 177 vuelta del cuaderno número 1:

«Recibí del señor don Luis Chedé la suma de cincuenta y tres pesos, veinte centavos para gastos de avisos y denuncios de las seis minas de Curiaco que hizo avisar en mi nombre por cuenta de él en la Alcaldía de Santa Rosa el diez de noviembre próximo pasado y he denunciado en esta misma fecha en la Gobernación del Departamento.

«Popayán, diciembre 7 de 1931.

«Román Gómez L».

—

«Popayán, diciembre 9 de 1931.

Señor don Luis Chedé—Cali.

«Muy estimado amigo: Hoy quedo desocupado del asunto minas y mañana regreso a Almaguer a donde llegaré el domingo si no tengo inconveniente. Ya a tiempo de poner los carteles para mandarlos a la imprenta me exigieron la estampilla de cinco pesos por cada denuncio ($ 5) y me vi en la necesidad de pedir prestado para hacer ese gasto porque de los veinte pesos que me dio prestados primero ya no me quedaba nada..... El Oficial de Minas es don Agustín Rivera y Prado a quien tuve que obsequiar con atenciones para que se interese en despacharme los carteles, esto al fin y al cabo le cuesta a uno, pero por ganar tiempo y evitar dificultades hay que hacerlo así. De suerte que los gastos son los siguientes: Valor de 6 estampillas, $ 30. Valor de la publicación, $ 14.78. Cumplimientos, $ 4. Valor de un sello de papel, $ 0.20. Suma, $ 48.98. Como usted me dejó veinte pesos para pagar la publicación y el peón de Santa Rosa, dígnese deducir el valor de la publicación y remitirme como valor declarado el saldo, para devolver así lo que me prestaron, que fue la condición de que a mi llegada a Almaguer devolvería ese valor. Avíseme por telégrafo tanto el recibo de esta carta como el envío del dinero.

«Quedo como siempre a sus órdenes y me suscribo de usted su afectísimo y seguro servidor,

«Román Gómez L».

—

«Almaguer, diciembre 18 de 1931.

«Señor don Luis Chedé—Cali.

«Muy estimado señor y amigo:

«Por el correo de ayer recibí su interesante carta de fecha 12 del presente por la cual contesta la mía de fecha 9 dirigida de Popayán. Recibí el valor declarado por la suma de $ 35 que mucho le agradezco. Tan pronto como vengan las publicaciones, las mandaré a usted. Como usted me dijo que hiciera avisar dos continuaciones orientales en Curiaco así lo cumplí y mandé avisarlas. Después recibí su telegrama en el cual me dice que "con las tres orientales haga avisar tres Sur" y me alisto para mandar a dar los nuevos avisos. Muchísimo me complace su resolución de estar aquí para ir a Curiaco el 14 o 15 del entrante. Don Benigno Valencia aún conserva su influencia en la Oficina de Minas como conocedor del ramo, aunque el Oficial de Minas es don Agustín Rivera y Prado, amigo mío, todo lo consulta con don Benigno.

«Quedo como siempre su afectísimo amigo y seguro servidor,

«Román Gómez L.»

«Almaguer, diciembre 21 de 1931.

«Señor don Luis Chedé—Cali.

«Muy apreciado señor y amigo:

«Por el correo de ayer tuve el gusto de recibir su atenta e interesante carta de fecha 16 del presente a la cual tengo el gusto de referirme. Estaba listo el expreso para mandar a Santa Rosa a cumplir las instrucciones tanto del telegrama como de su carta anterior y cayó enfermo, después en estos últimos días se me ha dificultado conseguir quien vaya, porque el primero aún no ha regresado pero lo espero de hoy a mañana. Conseguir una pieza o casa en San Sebastián es cosa sumamente sencilla y si es posible yo mismo iré a ese lugar con este objeto. Creo más conveniente traer serrucho y trocero porque aunque es verdad que hay muchos aserradores, son muy pocos los que tienen serrucho y lo demás que se ofrece para un aserrío. Dígnese informarme con anticipación en qué fecha será mi salida para Curiaco para alistarme y también para solicitar a la Gobernación el permiso respectivo para separarme porque de un momento para otro no podría moverme.

«Sin más por hoy, quedo de usted atento y seguro servidor,

«*Román Gómez L.*»

—

«Almaguer, enero 4 de 1932.

«Señor don Luis Chedé—Cali.

«Muy estimado señor y amigo:

«Por el correo de ayer no pude dar respuesta a su atenta carta del 24 de diciembre y aprovecho la ida del amigo Mario Zúñiga para hacerlo y remitirle las copias de los avisos que mandé dar a Santa Rosa; los de las minas de Cerrogordo no alcancé a darlos porque me tocó sumamente ocupado en esos días haciendo la cuenta y formando un largo inventario. Con lo primero que mande de *herramienta* ojalá mandara un caldero grande o mediano de aluminio y otro pequeño porque aquí no hay. En mi anterior le hablé de que me dijera con alguna anticipación la fecha en que debo salir para Curiaco por el asunto que tengo, que solicitar permiso a la Gobernación.

«Sin más por hoy, me suscribo de usted atento y seguro servidor,

«*Román Gómez L.*»

«Almaguer, enero 15 de 1932.

«Señor don Luis Chedé—Cali.

«Muy estimado don Luis:

«Con Mario Zúñiga le escribí y le mandé las copias de los últimos avisos que mandé dar a Santa Rosa de acuerdo con sus instrucciones.

«Tengo para referirme las suyas de fecha 30 de diciembre; 4 de enero y la que vino ayer de fecha 10 del mismo.

«En cuanto a la mina de Cerrogordo creo que no hay afán porque puedo decirle que soy el único que conoce y he creído más acertado aguardar a usted porque como de aquí se ve el punto donde están los trabajos antiguos, sin necesidad de ir, usted podrá indicarme mejor lo que más convenga. Muy buena me parece la organización que para principiar me dice piensa darle a la mina, trayendo por ahora únicamente dos mineros, pues el personal que se ofrezca creo se puede conseguir aquí con ventaja, talvez como le decía en una de mis anteriores convendría mejor traer serruchos y trocero. Sus telegramas se los contesté en uno solo, no lo había hecho antes porque estaba aguardando la razón de unos indios santiagueños conocedores y trabajadores en la mina, quienes me han ofrecido salir el lunes próximo con el fin de tener limpios los socavones. Las bestias están listas para fecha que las necesite en Timbío.....

«Lo que sí conviene también es traer ollas y demás enseres de cocina porque aquí además de escaso, es caro; una fragua, yunque, martillos, limas, etc., y clavos, una buena hacha, machetes y un mollejoncito; un molino para maíz. Le mando un número del *Registro Oficial* en donde están publicados los denuncios de minas. Yo le escribí a don Agustín Rivera y Prado y aún no he recibido respuesta, le traté sobre el envío de los carteles y que me avise; por este correo le escribo nuevamente.

«Deseo no tenga novedad y me suscribo de usted muy atento y seguro servidor,

«*Román Gómez L.*»

—

«Almaguer, marzo 4 de 1932.

«Señor don Luis Chedé—Cali.

«Muy estimado señor y amigo:

«Despaché un peón a Santa Rosa con el fin de saber algo sobre el curso de las minas y no ha

regresado todavía; únicamente sé por una razón de boca del Alcalde de allá, que ha llegado un cartel, el de la mina principal y que le está dando los pregones. Piden por plaza de desmonte allá en los rastrojos de Curiaco a diez pesos y no he podido encontrar quien lo haga por menos. Usted vio aquí la carta del señor Rivera y Prado en la que dice le mande cinco pesos para gastos de despacho de los carteles. En estos días debo saber si han despachado los carteles restantes y ya le daré cuenta para que resuelva lo conveniente en cuanto a la posesión de las minas.

«*Román Gómez L.*»

De todos estos documentos se concluye que Chedé dio el encargo o recomendó a Gómez L. para que en nombre de éste hiciera la denuncia de las minas, y todas las demás gestiones pertinentes a llenar las formalidades del caso para obtener la adjudicación de ellas. Que Gómez L. procedió en la forma que le indicó su mandante Chedé y que luégo de hechas las gestiones le dio cuenta del resultado de ellas.

De modo, pues, que por este aspecto resulta fundado el cargo del recurrente, que consiste en que el Tribunal erró de hecho y de derecho en la apreciación de la prueba constituída por el documento del 7 de diciembre y no tuvo en cuenta las cartas que acaban de transcribirse, que demuestran y explican con claridad meridiana por qué se suscribió el documento de 7 de diciembre, comoquiera que tal documento en definitiva no es otra cosa sino la constancia escrita de un mandato o recomendación que desde antes de la denuncia y adjudicación de las minas había hecho Chedé a Gómez L. y que éste había aceptado. Por no tener en cuenta todas esas pruebas, las cartas, aunque el Tribunal se refirió globalmente a ellas sin estudiarlas ni analizarlas, fue por lo que el fallador de Popayán sostuvo que con el documento de 7 de diciembre no se demostraba mandato ni recomendación por cuanto cuando fue escrito ya habían sido avisadas las minas.

No es admisible esta conclusión del Tribunal, que es una de las bases fundamentales de su sentencia, por lo cual o por este aspecto el fallo debe casarse.

Ahora bien: ¿qué relaciones jurídicas quedaron constituídas entre Chedé y Gómez L. en virtud de las pruebas que acaban de citarse? Indudablemente las de mandato, contrato consensual, que puede constituírse hasta verbalmente (artículo 2149 del *Código Civil*) y que aplicado a la legislación minera es más amplio que en lo civil, puesto que según el artículo 7.° del Código de Minas, los descubrimientos de éstas bien pueden hacerse por el individuo que pretenda la adjudicación para sí, bien por otro que obre en su nombre y como recomendado suyo; pero la denominación y el carácter de descubridor pertenece siempre al individuo por cuya cuenta se hace el descubrimiento.

Concorde con este precepto se halla el inciso 4.° del artículo 6.° ibídem; que preceptúa que si una persona da el aviso de que tratan los artículos 8, 79, 346 y 367, debiendo darlo en nombre de otra persona, ya por estar trabajando en el descubrimiento de la mina por cuenta de ella, ya por recibir encargo o recomendación suya para dar dicho aviso, se entenderá que éste se dio por el interesado respectivo, y será completamente ineficaz para favorecer al que lo hizo extender indebidamente en nombre propio. En consecuencia, en este caso, se reputará como primer descubridor, y será considerado como tál, para los efectos legales, el referido interesado; es decir, la persona por cuya cuenta se estaba haciendo el descubrimiento de la mina, o que había hecho la recomendación para dar el aviso correspondiente.

El artículo 117 ibídem corrobora lo anterior al disponer que el que dé el aviso de que habla el artículo 8.° adquiere por este solo hecho un derecho a dicha mina, preferente al de toda otra persona, salvo los casos del inciso 4.°, artículo 6.°

De las cartas y documentos transcritos, y de las disposiciones que acaban de citarse, se concluye que quien adquirió el carácter de descubridor de las minas mencionadas fué el señor Luis Chedé, y que aun cuando la denuncia y demás gestiones las hizo Gómez L., aparentemente para sí, siguiendo instrucciones de su mandante, aquél no adquirió la calidad legal de descubridor, con todas sus consecuencias, sino para su mandante Chedé.

Además, de varias pruebas a que luégo se referirá la Corte, aparece con claridad meridiana que Gómez L., hasta el momento de hacer el traspaso a Lourido, de las acciones que se había reservado Chedé, consideró a éste como su mandante, como descubridor y restaurador de las minas y como dueño de las acciones, en virtud de la sociedad ordinaria de minas que por orden de Chedé se formó entre Lourido y Gómez L., quien en realidad de verdad no representaba sino a Chedé.

Por este otro aspecto llega la Corte a la conclusión de que el Tribunal erró al no considerar a Chedé como restaurador de las minas y como dueño de las acciones en ellas y al estimar que su acción estaba mal encaminada, cuando precisamente Chedé, invocando su prevalencia por mandato, su carácter de dueño, ejercitó claramente la acción de dominio, como se ve en la petición primera de su demanda, de donde se deduce que otro de los cargos hechos en casación debe prosperar, lo cual indica que la excepción deducida

por el Tribunal, fundamento de su sentencia, no tiene asidero legal.

Obtenida la adjudicación de las minas en virtud de las gestiones de que se ha hecho mérito, Chedé organizó una compañía ordinaria de minas con el señor Gonzalo Lourido, y dio las órdenes del caso para tal efecto a su mandatario Gómez L., quien las cumplió lo mismo que cumplió con la orden de traspasar a Lourido la mitad de las acciones de las minas, doce acciones de veinticuatrava para formar la compañía.

Las pruebas que respaldan plenamente esta afirmación son las que siguen: con fecha 10 de enero de 1932 Chedé le dirigió la siguiente carta a Lourido, que corre a los folios 28 a 29 del cuaderno 38:

«Cali, enero 10 de 1932.

«Señor don Gonzalo Lourido—La ciudad.

«Muy estimado señor y amigo:

«Como confirmación de nuestra entrevista de esta mañana, gustoso le confirmo nuevamente que todo cuanto le he dicho sobre la riqueza de la mina de Curiaco, sobre las facilidades que ofrece la región y los trabajadores para una explotación económica y verdaderamente remunerativa, es rigurosamente exacto. Tan estoy convencido de la riqueza excepcional de esta mina, que no vacilo un solo instante en cerrar aquí mi explotación de carbón mineral (aunque me suministra actualmente con qué vivir) para ir a radicarme a la mina, y consagrarme del todo a su explotación. Como se lo he explicado también y como usted ha podido cerciorarse por el documento del señor R. Gómez L., que le he enseñado, estoy perfectamente capacitado para tratar definitivamente con usted sobre las bases que le comuniqué Para evitar gastos inútiles y aprovechar de las facilidades que concede el Código de Minas, la cooperación de los diversos socios que quedan propietarios legales de la mina de Curiaco, se hará bajo la forma de sociedad ordinaria de minas, conforme a las disposiciones que rigen el Código de Minas, artículos 247, 251, 253, 254 y siguientes. 2—Bastará pues un sencillo documento entre los asociados para establecer el reglamento o estatuto, que nos regirán hasta que el desarrollo y la importancia del negocio exijan otra clase de sociedad. 3—La propiedad de las acciones correspondientes a cada cual se establecerá por escritura pública, al menos que usted prefiera títulos de acciones al portador, en cuyo caso los dichos títulos constarán en certificados al portador, expedidos por el Presidente y el Secretario de la Sociedad. 4—El capital de la Sociedad será de $ 24.000 pesos moneda corriente, de los cuales la mitad o sean $ 12.000 pesos representan la parte de las acciones de la mina que quedarán en manos de los propietarios, la otra mitad del capital, o sean $ 12.000 pesos, aportados en dinero por usted, representará el capital de trabajo y será exclusivamente destinado al montaje de los molinos capaces de moler quince toneladas diarias, que hemos convenido, edificación de campamentos y arreglo del camino que une a la mina con el camino carretero de San Sebastián a Santa Rosa. 5—Con el propósito de contribuir lo más eficazmente posible al buen éxito de la empresa y a la provechosa explotación de la mina y teniendo en cuenta su intención de venir a radicarse en ella y tomar parte activa en el manejo para aprovechar sus extensos conocimientos en el ramo de finanzas y contabilidad, nos repartiremos la organización del modo siguiente: a usted el ramo de contabilidad, tesorería, pagos, almacén general y despensas; a mí el ramo de la topografía, ensayo de los minerales, manejo de la mina y del molino. Al señor Gómez L., que será el único empleado con sueldo ($ 60 al mes), le tocará su turno de vigilancia del molino, el manejo de los peones, la disciplina de la mina y del molino y de los campamentos; la conducción de las remesas de oro hasta Popayán y otros oficios relacionados con la empresa. Lo demás del personal será todo de gente obrera, pagado el de la mina por contratos y el del molino por tiempo efectivo de trabajo. 6—Con una explotación de 15 toneladas diarias, la cual obtendremos con treinta pisones de 220 a 240 kilogramos cada uno; el producto de $ 30 por tonelada será de $ 13.000 a $ 14 000 mensuales y los gastos de explotación serán de $ 1.500 a $ 1.800 por mes al máximum. 7—Los planos del molino, lista de material y de herramientas para llevar a la mina y para encargar a las fábricas, están listos, de modo que ocho días después de conocer su resolución definitiva se podrá empezar los trabajos. Quedando a su disposición para más datos, me suscribo su muy atento amigo y seguro servidor,

«*L. Chedé*».

El 16 de abril de 1932 quedó formalizado el plan de Chedé, en la siguiente forma: por escritura 223 de ese día, otorgada ante el Notario de Cali, se formó entre Gonzalo Lourido y Román Gómez L. la sociedad ordinaria de minas para explotar las ya mencionadas en esta sentencia, apareciendo como socios Lourido y Gómez L. Para que Lourido pudiera llevar su aporte a la sociedad, y quedar dueño de la mitad de las acciones que Chedé ordenó a Gómez L. que le traspasara, en lo que no hay discusión, Lourido firmó un documento en que se comprometía a entregar a la sociedad de minas que acababa de organizarse, doce mil pesos según aparece clara-

mente con la inserción que sigue: «Para mayor constancia del pago del aporte de $ 12.000 que hizo el señor Gonzalo Lourido, éste nos presentó el recibo que aparece al respaldo del documento que acompañamos y que los peritos han marcado con lápiz rojo en el número 16».

Todo lo anterior está de acuerdo con el convenio firmado entre Lourido, Chedé y Gómez L. el 16 de abril de 1932, y protocolizado en la Notaría de Almaguer el 8 de octubre de 1932 (fojas 1 a 4 del cuaderno principal).

Después de firmados los anteriores documentos, Gómez L. siguió considerando a Chedé como dueño de las doce acciones que él representaba, según puede verse de la carta de 18 de abril de 1932 y del recibo de 24 de junio del mismo año, que también se transcriben:

«Popayán, abril 18 de 1932.

«Señor Luis Chedé—Cali.

«Muy estimado señor y amigo:

«Hoy me entregaron en la Secretaría de Hacienda la copia que le incluyo de un memorial del doctor Camilo Muñoz Obando en el cual pide que se les haga la notificación personal a los últimos poseedores de las minas de Curiaco que residen en Bogotá. Los señores a que se refiere este memorial le han dado poder a Muñoz Obando para que se oponga a la posesión pero él en lugar de hacer esto pide como lo verá que se notifiquen personalmente. Ojalá me dijera qué opina su abogado sobre esto a su venida aquí hablaremos sobre este punto con Muñoz Obando para ver si se lo puede quitar de encima, pues yo no he hablado con él porque como se ha encargado de la defensa del asesino de mi hermano, no estamos muy bien. Le informo también que una copia igual le ha sido mandada al Alcalde de Santa Rosa y que así que llegue tengo que mandarle papel sellado para que ponga los despachos. Creo que es urgente la consulta de su abogado y me avise el resultado. Le mando la cuenta de los gastos de viaje.

«Le deseo buena salud y prosperidad y me suscribo de usted atento y seguro servidor,

«*Román Gómez L.*»

«Recibí del señor Luis Chedé la suma de ciento diez pesos moneda legal para los gastos de abogado en el juicio de oposición a las seis minas de Curiaco, promovido por los señores Lorenzanas Montoya y otros de Bogotá. Mina Curiyaco, 24 de junio de 1932.

«*Román Gómez L.*»

Para Gómez L., pues, el dueño de las acciones era Chedé, y Gómez L. asumía la actitud o posición de mandatario o representante de Chedé. No existía hasta esa fecha el *animus domini* en Gómez L. respecto de las acciones.

Pero no es sólo esto sino que bastante tiempo después de celebrado el contrato de compañía, Lourido reconoció a Chedé como socio en aquélla, según cartas firmadas por Lourido el 6 de noviembre de 1934 y 11 de abril de 1935 (fojas 35 del cuaderno número 38 y 152 del cuaderno número 6), que se transcriben en seguida:

«Cali, noviembre 6 de 1934.

«Señor don Luis Chedé—La ciudad.

«Muy estimado señor y amigo:

«Como usted sabe estoy ejecutado por el Banco de Colombia hace bastante tiempo y tengo en peligro mi casa de habitación, por tal motivo necesito de dinero. El doctor Rubén Orozco Micolta podría prestarle a la sociedad de Curi-Yaco al rededor de $ 9.000 para pagarme a mí parte de lo que se me debe, con 90 días de plazo, esto es un pagaré comercial, pagándole el 12 por 100 anual por mensualidades vencidas, pero esos 90 días podrían irse prorrogando si se le pagan los intereses cumplidamente y se le hacen abonos trimestrales a capital. Ahora bien, si usted tiene quien dé el dinero en mejores condiciones, sírvase avisármelo, pues de lo contrario tengo que aceptar el ofrecimiento del doctor Orozco Micolta, porque yo estoy urgido de dinero. Usted sabe que yo di el dinero prestado, porque usted mismo me dijo que pronto, prontísimo, se me devolvería y yo hoy lo necesito urgentemente para salvar mi casa. Aquí tengo una carta de don Román dirigida a ambos en que dice que han estado robando oro. Favor acercarse para que la vea. Es necesario también resolver la actual situación. Según contrato usted tenía que dedicarse de lleno, completamente a Curiaco y usted hace meses que se vino de allá a negocios particulares suyos, como la mina del Tolima, la del Tambo, etc. Mientras tanto mi dinero está enterrado en Curiaco sin verle la cara a un centavo. Esto hay que definirlo, esto no puede seguir así.

«Quedo su atento seguro servidor y amigo,

G. Lourido».

«Cali, abril 11 de 1935.

«Señor don Luis Chedé—La ciudad.

«Muy señor mío y amigo:

«A don Patricio Mira le he pasado una *póliza* (proyecto) de contrato de arrendamiento de las

minas. Yo insisto en que en el arrendamiento de las minas no éntre usted, porque puede llegar el momento en que el arrendatario no cumpla con alguna de las cláusulas del contrato y entonces la sociedad se encontraría en la dificultad de que tendría que entrar a discutir con el arrendatario que a la vez es socio. Esto tiene sus graves inconvenientes y presenta una situación dual que no pueden escapársele a usted. Ahora bien: si hecho el contrato con don Patricio Mira, contrato en que él únicamente aparezca y usted por separado hace un arreglo con él, es cosa muy distinta. Medellín envió la remesa y se mandó para la mina la suma de $ 1.200. También despaché cuatro cajas de dinamita. A don Román lo he convocado para Asamblea de Accionistas para el 6 del mes entrante.

«Quedo su afectísimo y seguro servidor,

«*G. Lourido*».

No se explica en verdad, observa la Corte, el contenido de estas cartas sino en cuanto se entienda que realmente el otro socio era el señor Chedé, porque sólo a un consocio puede dirigirse el otro para hablarle y hasta pedirle su autorización para negociaciones en que está comprometida o interesada la sociedad.

La mitad de las acciones, es decir, doce acciones de veinticuatroava eran de Lourido, por traspaso que le había hecho Gómez L., por orden del señor Chedé, dueño de todas ellas anteriormente, extremo éste que no se discute ni es materia del litigio.

En 1933 Chedé resolvió vender sus doce acciones al señor Pablo Marulanda, y su mandatario Gómez L. así se lo comunicó a Lourido, lo cual se desprende rectamente de la carta de 12 de enero de dicho año.

Lo anterior está confirmado por la declaración del expresado señor Marulanda, que corre a los folios 161 a 163 del cuaderno número 6 y que sintetizado dice: que celebró con el señor Chedé un contrato por medio del cual Marulanda cancelaba una obligación a cargo de Chedé, por veinte mil pesos, en cambio del traspaso de doce acciones de veinticuatroava en las minas de filón de oro de Curiyaco; que hizo el negocio directamente con el expresado Chedé porque conocía de manera cierta y positiva que el verdadero dueño de las acciones era éste, que las mantenía por un acto de confianza en nombre de Román Gómez L.; que hecho el contrato Chedé escribió a Gómez ordenándole el traspaso de las acciones y éste a Lourido, el cual se negó a tomar nota del traspaso de las acciones en los libros de la sociedad.

Todas estas pruebas, que no fueron tenidas en cuenta por el fallador, que hizo caso omiso de ellas, por lo cual el cargo en casación apoyado en el primer motivo del artículo 520, falta de apreciación de determinada prueba, debe también prosperar, convence aún más de que Gómez L. y Chedé estaban ligados por un vínculo contractual, o sea que Gómez L. era un verdadero mandatario de Chedé tanto para la denuncia de las minas como para representarlo en la sociedad ordinaria que se formó con Lourido, de donde al tenor del artículo 2142 del Código Civil, nació el convenio por el cual Chedé confió a Gómez L. un negocio, lo atañedero a las minas, y éste se hizo cargo de él por cuenta de aquél.

Debía, por lo tanto, Gómez L. ceñirse rigurosamente a los términos del mandato (artículo 2157 ibíd.), y se ciñó hasta las fechas a que se refieren las pruebas que acaban de insertarse. La aplicación práctica que Chedé y Gómez dieron al contrato, según lo ya expresado, es no sólo la mejor demostración de la existencia del convenio sino también una nueva corroboración de que el verdadero interesado, el verdadero dueño de la mitad de las acciones era Chedé. Los artículos 1618 y 1622 del Código Civil respaldan, en derecho, la anterior conclusión.

Se deduce de autos que después de las cartas a que se hizo referencia anteriormente, Chedé insistió en el traspaso de las acciones a Marulanda, y Gómez L. parece que continuó en su actitud de acatar las órdenes de su mandante Chedé.

Mas, en 1935 Gómez L. varió de actitud, sin que en los autos haya prueba alguna que la explique o justifique, porque de mandatario o representante de Chedé, asumió la posición de dueño de la mitad de las acciones, y sin que aparezca orden ninguna de Chedé, dio poder, por escritura pública 340 de 7 de junio de 1935, otorgada en Popayán, al señor Lourido para que vendiera las acciones en la mina (fojas 8 vuelta a 10 del cuaderno número 27).

Después de este poder, Gómez L. y Lourido decidieron que las minas sirvieran de garantía de un crédito a favor de Lourido, y vinieron algunos incidentes sobre embargo y desembargo de tales minas

Mas Lourido no hizo uso del poder que le confiriera Gómez L., sino que aparece comprándole a éste las acciones y derechos en las minas de Curiyaco, por $ 15.000 moneda corriente, haciéndose cargo del pasivo de la sociedad y declarándola liquidada y disuelta y como único dueño de tales minas el señor Lourido. (Escritura 1220 de 9 de noviembre de 1936 ante el Notario 2.° de Cali; fojas 125 a 129 vuelta del cuaderno número 6).

Es obvio que por lo ya expuesto arriba, Gómez L. no podía vender las acciones a Lourido, como si aquél fuera dueño de éstas ni tampoco como man-

datario de Chedé, porque no aparece que éste hubiera dado orden para tal contrato.

Entre Chedé y Gómez L. existió un contrato de mandato, del llamado por los expositores mandato sin representación, en virtud del cual si ostensiblemente adquiría Gómez, no lo hacía para sí, sino para su mandante Chedé.

Cree la Corte oportuno, por la similitud del caso, insertar a continuación la doctrina expuesta en sentencia de 23 de septiembre último, dictada en el ordinario de Bensmann & Linzen contra Miguel Angel Muñoz.

Dice así la parte pertinente de este fallo: «Aceptada la anterior conclusión de que aparece plenamente establecido el hecho de que Muñoz remató el inmueble como mandatario de Bohmer & Linzen, con dinero de esa firma comercial y guardando sus especiales instrucciones, forzoso es aceptar que jurídicamente quien adquirió el dominio del bien mencionado fue la sociedad mandante y no el mandatario. Al efecto: como ya viene dicho por esta Sala, según el Código de Napoleón, artículo 1984, el mandato o procuración es un acto por el cual una persona da a otra poder de hacer alguna cosa para el mandante y en su nombre. La doctrina francesa ha hallado incompleta esa definición, que no separa los actos jurídicos de los materiales y ve siempre en el mandato algo representativo. Dos graves glosas al concepto del Código Francés. Planiol y Ripert proponen sea definido como convención por la cual una persona, llamada mandante, da a otra, llamada mandatario, poder de ejecutar, en su nombre y lugar, uno o varios actos jurídicos. Pero el mandato, tal como lo comprende y organiza el Código de Francia, implica representación. Es imposible, observa Josserand, ver en el no representativo un verdadero mandato; "expurgado de su característica natural no es más que la sombra de sí mismo". Descartando esa noción, admiten los expositores franceses que las partes pueden asumir dos actitudes. Una ostensible, como el comisionista declarado, porque quienes contratan con él saben que detrás de su personalidad existe la del comitente, aunque no les importe saberlo porque es la solvencia de aquél, no la de éste, lo que ellos toman en cuenta. Otra secreta como el testaferro que presta su nombre para un negocio en realidad de tercero. "Organo pero no representante jurídico del comitente...." Más comprensivo el Código de Colombia, define el mandato diciendo ser un contrato mediante el cual una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera. No lo confunde con la procuración. Lo deslinda del arrendamiento de servicios, porque en vez de actos habla de negocios. Distingue la representación del interés, al no exigir que el mandatario actúe en nombre del mandante sino apenas por cuenta y riesgo del último. Si en la ley francesa el apoderado no es sino la imagen del comitente, hasta el punto de que, según la expresión del jurisconsulto Tarrible, aquél desaparece como un andamio después de concluído el edificio, en la colombiana puede contratar en su cabeza, como si el asunto le afectase a él solo. Así lo enseñan el artículo 2146, cuando dice que el negocio puede interesar al mandatario únicamente, y el artículo 2177, cuando dice que el apoderado puede contratar a su propio nombre. Por tanto, en Colombia el mandato no es esencialmente representativo. En su estructura caben el comisionista ostensible y el secreto; el testaferro; la interposición en todas sus formas lícitas; y aun el acto jurídico del mandatario como único interesado, siempre que el procurador tenga voluntad de obligarse». (Casación, tomo XLV, página 138).

«El artículo 2177 del Código Civil es deeste tenor: "El mandatario puede, en el ejercicio de su cargo contestar (sic) a su propio nombre o al del mandante; si contrata a su propio nombre no obliga respecto de terceros al mandante".

«De su contenido es de rigor sacar estas consecuencias: *a*) que el mandatario en Colombia puede contratar en nombre propio, en ejercicio del encargo recibido y por cuenta y riesgo del mandante; *b*) que si contrata a nombre propio, pero por cuenta y riesgo del mandante, aun sin conocer al tercero que se entiende con un mandatario, el mandante adquiere directamente los derechos que surgen de la tradición, pero no contrae directamente obligaciones para con el tercero.

«Aplicando los anteriores principios al caso de autos se tiene que si el mandatario Muñoz remató el inmueble *en ejercicio de su cargo*, adquirió para la sociedad mandante, pues esta convención la define el artículo 2142 del Código Civil como "un contrato en que una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera." Si Muñoz actuó por cuenta y riesgo de Bohmer & Linzen y en ejercicio de su encargo, dicha firma fue quien adquirió en realidad el dominio del bien rematado, por interposición del mandatario.

«Y esto es así porque en esta clase de mandato sin representación, el mandatario no es más que el órgano de la voluntad del mandante, y propiamente no puede decirse que sea parte contratante. Es evidente que en principio el mandatario que contrata en propio nombre y así obtiene la tradición con la inscripción del título, adquiere aparentemente para sí, pero tan sólo mientras no se establezca plenamente que obró en ejercicio de un

mandato. La acción del mandante, en este caso, para beneficiarse de los efectos del contrato, se ejercita naturalmente sobre la base jurídica de la completa validez del acto o contrato celebrado a su nombre, porque nace de la supervivencia y validez de éste y es una acción personal contra el apoderado para que se declare, al tenor de un completo haz probatorio, que los efectos del pacto le corresponden a él y lo benefician exclusivamente.

«En un fallo de 29 de julio de 1913 (*Gaceta Judicial*, tomo XXIII, página 113), se sostuvo con dos votos disidentes la tesis contraria a ésta y se concluyó entonces, en un caso idéntico, que era el mandatario quien había adquirido el dominio del inmueble por haberse realizado a su favor la tradición en virtud de la inscripción del título, y porque era su consentimiento directo el único que como requisito esencial había intervenido en la convención. No comparte ahora la Sala ese criterio para interpretar los artículos 673, 765, 2157 y 2177 del Código Civil entre otros, porque si Muñoz adquirió la finca raíz para Bohmer & Linzen, éstos son los verdaderos adquirentes, y la simple inscripción del título a favor de Muñoz no puede modificar esa situación jurídica originada del mandato no representativo. De no aceptarse esta realidad habría que apelar a un recurso artificial para poner a salvo los derechos del mandante y condenar entonces al mandatario a que corra nueva escritura de venta a favor del mandante. Y entonces se arguye: si Muñoz obtuvo el dominio para Bohmer & Linzen, éstos son los adquirentes y nada tiene que transmitirles; ni puede ser compelido judicialmente a hacerlo en un nuevo pacto, que no sería libre por su parte, faltando por lo tanto al requisito del libre consentimiento. Además, en ese nuevo instrumento otorgado por el mandatario al mandante bajo coacción judicial no habría en verdad un título traslaticio de dominio, puesto que la investidura la tiene el mandante ya en su cabeza, sino una mera declaración de ser el mandante verdadero dueño, que viene a ser innecesaria.

«Preferible es darle a esos textos legales la interpretación y la operancia que les corresponde, de acuerdo con el sistema de nuestra legislación, y amparar con eficacia el derecho del mandante, estableciéndose en esta sentencia la declaración de dominio a su favor que el mandatario y más tarde sus herederos han rehusado y que es de esperarse rehusarán posteriormente, para no colocar al mandante en la necesidad de seguir otro litigio, para atender a la eficacia de su derecho, con resultados posiblemente nugatorios».

De lo anterior se concluye: Chedé dio un mandato a Gómez L. para la denuncia y adjudicación de las minas mencionadas. En ejercicio de ese mandato Gómez L. obtuvo la adjudicación, en su nombre, pero en realidad para Chedé. En virtud de dicho mandato se formó una compañía ordinaria de minas entre Gómez L. y Lourido, pero por lo expuesto anteriormente el verdadero socio era Chedé, tanto respecto de Gómez L. como de Lourido.

Por aplicación del principio que informa el artículo 6.°, numeral 4.°, y 7.° del Código de Minas, como en virtud del mandato ya mencionado, en cabeza de Gómez L. no se radicó jamás ni el derecho proveniente de la denuncia y aviso de las minas, ni menos aún el dominio de las acciones, de donde resulta entonces que Gómez L. no podía vender las acciones a Lourido, como si aquél fuera dueño de éstas, ni tampoco como mandatario de Chedé, porque Gómez L. no tenía facultad para esto.

Si por lo expuesto y demostrado, el dueño de los derechos provenientes de los denuncios o avisos y de las acciones fue siempre realmente Chedé, es claro que tiene la personería y la acción que en este pleito invoca y ejerce, y se deduce entonces que las excepciones propuestas al contestar la demanda no son fundadas.

Por lo mismo no pueden acogerse los argumentos hechos por el apoderado de la parte demandada en casación, en su alegato de oposición, puesto que partiendo de la base indubitable de que realmente nunca se radicaron en cabeza de Gómez L., como dueño, los derechos provenientes de los avisos ni las acciones, sino que en virtud del mandato, Gómez L. obró como representante de Chedé, la obligación y el deber de aquél estaban condicionados a seguir y obedecer las instrucciones y órdenes de su mandante, quien en realidad es el dueño de los derechos y acciones mencionados, no por imperio exclusivamente de las disposiciones del Código de Minas, a que se refiere el recurrente, sino del pacto contractual existente entre Chedé y Gómez L., en virtud del cual los derechos de aquél no estaban condicionados a caducidad de ninguna especie, derivada de tales disposiciones.

Por otra parte, el principio contenido en el numeral 4.° del artículo 6.° y 7.°, del Código de Minas, va encaminado a proteger y salvaguardiar los derechos del verdadero avisante y descubridor de minas, principio aplicable al caso del presente pleito, en virtud del pacto contractual, del mandato, que liga entre sí a Chedé con Gómez L.

No puede tampoco aceptarse, por lo que ya se vio, que el contrato en que consta el mandato no tenga operancia, por cuanto cuando se hizo constar por escrito ya habían sido avisadas las minas, puesto que de los documentos transcritos resul-

ta que anteriormente a la fecha de haberse escrito el contrato de mandato, éste ya existía. Tampoco puede admitirse que Lourido sea un tercero, porque también de los documentos insertados en el cuerpo de esta sentencia, claramente se ve que tenía pleno conocimiento de la realidad de las cosas y de las relaciones jurídicas que ligaban a Gómez L. con Chedé.

Por último, en cuanto la aptitud legal de Chedé para ser dueño de los derechos provenientes del aviso y aun de las acciones, y a que se refiere el opositor, suponiendo por hipótesis que su tesis fuera aceptable, constituiría y constituye un medio nuevo en casación, que no puede recibirse porque las sentencias de primera y segunda instancia no contemplaron ese extremo, y no lo podían contemplar, porque no fue debatido.

Al enajenar Gómez a Lourido las doce acciones de veinticuatroava, se verificó el fenómeno de venta de cosa ajena, venta que es válida al tenor del artículo 1871 del Código Civil, pero el contrato en que ella consta no es oponible al verdadero dueño de la cosa vendida, y ése es el alcance de tal norma, o sea que quien vende cosa ajena responde al comprador por el incumplimiento del contrato y queda ligado con él por las obligaciones que emanan de la compraventa entre el vendedor y el comprador, pero el dueño de la cosa no queda perjudicado por esa venta, y entonces por esa razón el contrato no le es oponible y continúa como titular y como poseedor de la cosa que otro vendió mientras sus derechos no se extingan por la prescripción.

De modo pues que la venta hecha por Gómez L. a Lourido no tiene la eficacia legal para sacar del dominio de Chedé sus acciones en la mina y trasladarlas al dominio de Lourido, quien, y es cosa que palpita en autos, sabía muy bien que el dueño de esas acciones era Chedé y no Gómez L., de manera que a Lourido, se repite, no se le puede considerar como a un tercero, ignorante de quién era el verdadero dueño de las acciones.

Por la misma razón que acaba de expresarse, la liquidación de la compañía Curiyaco tampoco puede perjudicar a Chedé, quien como dueño de las acciones debía intervenir en ella.

El Tribunal declaró también la excepción de petición de un modo indebido, porque consideró sin duda que la demanda de Chedé contra Lourido y Gómez L. estaba encaminada únicamente a que se declare nulo el contrato de compraventa de las acciones hecha por Gómez L. a Lourido. Pero además de que esa no es la única petición porque hay otras que no estudió el fallador, claramente se ve que los hechos aducidos en la demanda, que lo que el demandante pide es la no efectividad para él, del mencionado contrato, lo cual es acertado, porque si es cierto que la venta de cosa ajena es válida, también lo es que no perjudica los derechos del dueño, y Chedé reclama las acciones como dueño.

Las reglas sobre interpretación de la demanda y el criterio que debe imperar al respecto, expuestas por el fallador de Popayán en la sentencia, son precisamente aplicables al caso de autos.

Por este otro aspecto prospera también otro de los cargos en casación.

Existen algunos otros, fundados en la causal del artículo 520 del Código Judicial, que aunque prosperaran sería inoficioso estudiarlos al tenor del artículo 538 del Código Judicial.

La motivación de la sentencia de instancia ha quedado expuesta al acoger los cargos en casación y dar la razón legal de por qué se acogen.

Si el actor demostró los hechos básicos de su demanda, como ya se vio, y de lo cual resulta que Gómez L. era su mandatario; que éste, violando el mandato vendió como cosa propia las acciones de que es dueño Chedé, venta hecha a Lourido y que no perjudica los derechos de Chedé, las peticiones de éste deben prosperar en la forma que va a expresarse:

Las peticiones primera y segunda de la demanda contra Gómez L. y la súplica segunda y tercera de la demanda contra Lourido y Gómez L. deben prosperar, y al ser considerado Chedé como dueño de las acciones, Lourido se las debe restituir con sus frutos, desde la fecha en que las compró. Si Gómez L. violó el contrato de mandato, vendiendo como propio lo que no era de él, o sean las acciones, es claro que debe indemnizar los perjuicios causados por ese concepto al demandante. No puede haber condenación a los productos de las minas desde que se dio el aviso de ellas, porque aparece de autos que cuando Gómez L. violó el contrato fue cuando vendió las acciones a Lourido, y éste antes de esa venta no tenía ninguna participación en las minas. Tampoco puede estimarse ni accederse a una condenación solidaria respecto de los demandados, sino que cada cual debe responder por separado de lo que le corresponde. La venta que hizo Gómez L. a Lourido no es nula, si no inoponible a Chedé, inoponibilidad que es preciso declarar lógicamente en virtud de que debe considerarse a Chedé como dueño de las acciones. Los perjuicios a que por este fallo es condenado Gómez L., son los materiales, por cuanto no se ha demostrado la existencia de perjuicios morales, y, por último, debe accederse a las peticiones de ambas demandas, en cuanto se solicita se comunique al Gobernador del Cauca lo dispuesto en este fallo, para el efecto de la expedición de los títulos, dejando a salvo los derechos de Lourido, o sea que

los títulos que deben expedirse son en la proporción del cincuenta por ciento (50 por 100) para Chedé y cincuenta por ciento (50 por 100) para Lourido.

Por lo tanto, 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 dictada por el Tribunal Superior de Popayán con fecha veinte de mayo de mil novecientos cuarenta y uno, REVOCA la de primera instancia pronunciada por el Juez Segundo del Circuito de Bolívar el diez y nueve de junio de mil novecientos treinta y nueve, y FALLA así este pleito:

1.° No están probadas las excepciones perentorias propuestas por la parte demandada.

2.° El señor Luis Chedé es dueño de doce acciones de veinticuatroava parte cada una, de las minas tituladas, denominadas «La Cascada de Curiaco» y «La Granadilla de Curiaco», determinadas por los linderos expresados en la demanda, ubicadas en el sitio de «Curiaco» del Municipio de Santa Rosa, del Circuito de Bolívar, Departamento del Cauca.

3.° Al expresado Luis Chedé corresponden los derechos provenientes del aviso y denuncio que adquirió Román Gómez L. en cada una de las minas denominadas «El Filón de Curiaco», «La Peña Negra de Curiaco», «La Española de Curiaco» y «La Margaja de Curiaco», por haber obrado Gómez L. para ese efecto como mandatario de Chedé.

4.° El contrato de compraventa a que se refiere la escritura pública mil doscientos veinte (1220) de nueve (9) de noviembre de mil novecientos treinta y seis (1936), de la Notaría Segunda del Circuito de Cali, en la que consta la venta que hizo Román Gómez L. a favor de Gonzalo Lourido, de doce (12) acciones de veinticuatroava (1/24ª) en cada una de las minas de filón de oro y plata, de antiguo descubrimiento, ubicadas en la región de «Curiaco», Provincia de Caldas, Distrito de Santa Rosa, Alto Caquetá del Departamento del Cauca, es sin perjuicio de los derechos de Luis Chedé, quien es dueño exclusivo de las acciones y derechos que por la mencionada escritura vendió Román Gómez L. a Gonzalo Lourido.

5.° La propiedad de las acciones y derechos a que se refieren las declaraciones anteriores corresponde al demandante Chedé desde la fecha de los respectivos avisos.

6.° La liquidación de la sociedad ordinaria de minas que existió entre Gonzalo Lourido y Román Gómez L., liquidación que consta en la citada escritura mil doscientos veinte de nueve de noviembre de mil novecientos treinta y seis, de la Notaría Segunda de Cali, es sin perjuicio de los derechos de Chedé.

7.° Condénase a Gonzalo Lourido a entregar a Luis Chedé las doce (12) acciones de veinticuatroava (1/24ª) de que se ha hecho mérito, seis días después del auto de cumplimiento y obedecimiento que debe dictar el Juez *a quo* en virtud de esta sentencia.

8.° Condénase al expresado Gonzalo Lourido a pagar a Luis Chedé los productos de las doce acciones de veinticuatroava mencionadas, desde el nueve (9) de noviembre de mil novecientos treinta y seis (1936), hasta el día del pago.

9.° Condénase al demandado Román Gómez L. a pagar a Luis Chedé los perjuicios causados por aquél a éste, por el incumplimiento del mandato, consistente en el hecho de haber traspasado las doce acciones de veinticuatroava de que se ha hecho mérito, a Gonzalo Lourido, traspaso hecho por medio de la escritura de nueve de noviembre de mil novecientos treinta y seis.

10. La determinación del monto de los productos de las acciones se hará por el procedimiento a que se refiere el artículo 553 del Código Judicial, teniendo en cuenta las pruebas que al efecto obran en este expediente y las expensas que se demuestre se hicieron en la explotación de las minas y en beneficio de la sociedad ordinaria de minas que se formó entre Gómez L y Lourido, y en la cual Gómez L. no era sino el representante de los derechos y acciones de Chedé. De la misma manera, es decir, por el procedimiento a que se refiere el artículo 553 citado, se hará la determinación del monto de los perjuicios a que ha sido condenado, en este fallo, el demandado Román Gómez L., teniendo también en cuenta los factores probatorios de que se acaba de hacer mérito.

11. Comuníquese al Gobernador del Cauca lo resuelto en esta sentencia para que expida a Luis Chedé el título correspondiente a sus acciones y derechos en las minas mencionadas, de acuerdo con lo declarado en este fallo.

12. No es el caso de hacer las demás declaraciones impetradas.

Sin costas ni en las instancias 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, EMILIO ESCALLÓN, RICARDO HINESTROSA DAZA, FULGENCIO LEQUERICA VÉLEZ, HERNÁN SALAMANCA. *Pedro León Rincón*, Secretario en propiedad.

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

(Magistrado ponente, doctor Liborio Escallón).

El apoderado de Gonzalo Lourido pide, fundado en el artículo 482 del Código Judicial, aclaración de unos conceptos, de la parte resolutiva de la sentencia dictada el 23 de noviembre postrero.

Para resolver se considera:

Dice así dicho apoderado: «En el punto sexto de la parte resolutiva se dijo que la liquidación de la sociedad ordinaria de minas que existió entre Gonzalo Lourido y Román Gómez L., liquidación que consta en la citada escritura 1220 de 9 de noviembre de 1936 de la Notaría Segunda de Cali, es sin perjuicio de los derechos de Chedé, pero no se dijo en qué forma quedaba la referida sociedad ordinaria de minas en que figuran como contratantes Gonzalo Lourido, Román Gómez y Luis Chedé. En consecuencia, la frase "es sin perjuicio de los derechos de Chedé" no se sabe a qué se refiere, puesto que como no se ha decretado la nulidad de la sociedad ordinaria de minas, sociedad que continúa existiendo, desde el momento en que la liquidación que se hizo no vale, los derechos de Chedé pueden ser los que resultan de esa sociedad ordinaria de minas, partiendo de la base de que donde diga Román Gómez hay que entender Luis Chedé, para efectos del contrato privado existente entre Gómez y Chedé».

El numeral sexto de la parte resolutiva de la sentencia a que se refiere la petición de aclaración, debe interpretarse no sólo en armonía con el numeral cuarto de la parte resolutiva sino con varios de los conceptos de la parte motiva.

Dice la sentencia en la parte motiva y en lo pertinente: «Al enajenar Gómez a Lourido las doce acciones de veinticuatroava, se verificó el fenómeno de venta de cosa ajena, venta que es válida al tenor del artículo 1871 del Código Civil, pero el contrato que en ella consta no es oponible al verdadero dueño de la cosa vendida, y ése es el alcance de tal norma, o sea que quien vende cosa ajena responde al comprador por el incumplimiento del contrato y queda ligado con él por las obligaciones que emanan de la compraventa entre el vendedor y el comprador, pero el dueño de la cosa no queda perjudicado por esa venta, y entonces por esa razón el contrato no le es oponible y continúa como titular y poseedor de la cosa que otro vendió mientras sus derechos no se extingan por la prescripción».

En la jurisprudencia existen varios fallos de esta Corte sobre el particular, y los doctrinantes distinguen con mucha razón entre nulidad e inoponibilidad. Cuando se verifica el primer fenómeno las cosas se retrotraen a su pristino estado, y los terceros en los casos de la ley, son afectados por la nulidad. De ahí los principios consagrados por los artículos 1746 y 1748 del Código Civil.

La inoponibilidad no es nulidad sino que dejando vigente un pacto no afecta los derechos de terceros que pudieran ser perjudicados con él. Tal es, entre otros, el caso de la venta de cosa ajena. Es válido ese contrato, pero el verdadero dueño que no ha vendido no queda perjudicado por el pacto. Como es sabido, el contrato de compraventa en Derecho colombiano, que sigue el principio romano y que se aparta del Código francés, produce la obligación por parte del vendedor de dar o entregar una cosa, y por parte del comprador, de pagar el precio (artículo 1848). Si se vende cosa ajena y el vendedor no puede entregarla, surge entonces el incumplimiento del contrato que se traduce en indemnización de perjuicios. La venta en Derecho colombiano no tiene por efecto, como en Derecho francés, transmitir en virtud del pacto, el dominio, y esa es la razón del artículo 1871 del Código Civil, que no existe en el Código francés.

El tercero cuyo bien ha sido vendido por quien no tiene derecho, no queda perjudicado por la venta ni la cosa sale de su dominio, al menos que interfiera el fenómeno de la prescripción. Quiere esto decir que el tercero, cuando el comprador va a pedirle la entrega de la cosa ajena que compró, se opone a tal entrega, se ampara en su título y el pacto en que consta la venta no lo perjudica, o sea, no le es oponible. Lo mismo resultaría en el caso en que el que vendió lo ajeno lo hubiera entregado. El verdadero dueño tendría entonces la acción reivindicatoria, y en el estudio sobre prevalencia de títulos primaría el de él.

No entregada la cosa al comprador en virtud de la oposición del verdadero dueño, o vencido el comprador en acción reivindicatoria, tendría éste las acciones correspondientes contra el que vendió cosa ajena.

Aplicando lo anterior al caso de autos, resulta esto: La Corte no decretó, porque no hubiera si-

do legal, la nulidad del contrato de compraventa a que se refiere la escritura 1220 de 9 de noviembre de 1936 de la Notaría Segunda de Cali, en la cual Román Gómez L. vendió doce acciones, de que no era dueño, a Gonzalo Lourido, pero sí dijo la Corte que como esas acciones, según se demostró, son de Luis Chedé, esa venta no lo perjudica, o sea que no obstante la subsistencia del contrato de compraventa, Chedé sigue siendo dueño de esas doce acciones, que no pudieron salir de su dominio, por la venta indebida que de ellas hizo Gómez a Lourido.

Por la misma razón la liquidación de la sociedad ordinaria de minas no perjudica los derechos de Chedé, por cuanto Gómez L. procedió en esa liquidación como si fuera dueño de tales acciones, y en tal virtud se las traspasó a Lourido.

Véase pues cómo no existe ninguna ambigüedad en el concepto de la Corte, en la parte a que se refiere el reclamante, sino que por el contrario está muy claramente definida la situación de Chedé, que es el dueño de las doce acciones, que sigue siendo dueño de ellas no obstante la venta que hizo Gómez L. a Lourido y no obstante la liquidación de la sociedad ordinaria de minas. En otros términos: para Chedé, jurídica y legalmente, no existe ni la venta de las acciones ni la liquidación de la sociedad ordinaria de minas, y parece que el mismo reclamante así lo entiende, según se expresa en su memorial de aclaración.

Pide también que se aclare el numeral 5.°, que dice así: «La propiedad de las acciones y derechos a que se refieren las declaraciones anteriores corresponde al demandante Chedé desde la fecha de los respectivos avisos».

A este respecto dice el reclamante: «Es necesario saber si las doce acciones cuya propiedad se ha declarado de Chedé son de la sociedad ordinaria de minas Curiyaco y se rigen por los términos de ese contrato».

En el numeral 3.° de la parte resolutiva se dice que a Chedé le corresponden los derechos provenientes del aviso y denuncio que adquirió Román Gómez L., en las minas y, en el numeral 4.° se declara que el contrato de compraventa de las doce acciones que transmitió Gómez L. a Lourido, es sin perjuicio de los derechos de Chedé.

Este es pues dueño de los derechos provenientes de los avisos y de las doce acciones en la compañía ordinaria de minas, que está formada por veinticuatro acciones, y Lourido es dueño de las otras doce. O sea, que en esa compañía cada socio tiene doce acciones, que son de propiedad de cada uno de ellos.

Por lo anterior se ve que no hay oscuridad en el concepto ni éste da materia para ninguna duda fundada.

Por último, dice el reclamante que la sociedad de minas Curiyaco adquirió deudas que naturalmente gravan las veinticuatro acciones, y que es menester que se aclare en qué forma lo es en relación a las cargas que todas las veinticuatro acciones tenían en el momento de la liquidación que se hizo entre Lourido y Gómez, liquidación que es como si no se hubiera hecho.

Tampoco hay oscuridad ni duda sobre ese extremo, y la Corte remite al reclamante a la lectura del numeral 10 de la parte resolutiva de la sentencia, que establece que la determinación del monto de los productos de las acciones se hará por el procedimiento a que se refiere el artículo 553 del Código Judicial, teniendo en cuenta las pruebas que al efecto obran en el expediente y (subraya la Corte) las expensas que se demuestre se hicieron en la explotación de las minas y en beneficio de la sociedad ordinaria de minas que se formó entre Gómez L. y Lourido, y de la cual Gómez L. no era sino el representante de los derechos y acciones de Chedé.

Por lo expuesto, *no es el caso de hacer ninguna aclaración al fallo* de 23 de noviembre de 1942, dictado por la Corte.

Publíquese, notifíquese y cópiese.

JOSÉ MIGUEL ARANGO, ISAÍAS CEPEDA, LIBORIO ESCALLÓN, RICARDO HINESTROSA DAZA, FULGENCIO LEQUERICA VÉLEZ, HERNÁN SALAMANCA.

Emilio Prieto H., Oficial Mayor en propiedad.

Acción para el pago de una suma de pesos—Requisitos que deben cumplir las compañías extranjeras de negocios permanentes en Colombia.

Para que la falta del requisito a que alude el artículo 5.° del Decreto legislativo número 2 de 1906 induzca a la nulidad de que habla el artículo 6.° del mismo, es necesario demostrar, por parte del acusador, una circunstancia de hecho indispensable para que la compañía o sociedad extranjera esté en la obligación de solicitar y obtener del Organo Ejecutivo la facultad o permiso para celebrar contratos en Colombia, previa la comprobación de que ella llenó los requisitos exigidos por las leyes colombianas y por los Decretos legislativos números 2 y 37 de 1906. Esa circunstancia vital es la de que la compañía, sociedad o corporación tenga o establezca empresas o negocios de carácter permanente en el territorio de la República, para que sea obligada a cumplir con los requisitos legales establecidos por estos Decretos; pero si los negocios de esas compañías o sociedades extranjeras en Colombia no son permanentes, no comportan o no están obligadas a solicitar del Organo Ejecutivo la declaración de que por su parte han cumplido con las formalidades prescritas en ese Decreto.

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

(Ponente, Magistrado doctor José Miguel Arango).

El apoderado judicial de la Compañía Anónima «Echavarría Incorporated», domiciliada en la ciudad de Nueva York, promovió ante el Juez Civil del Circuito de Salamina demanda contra Antonio J. Duque B. y contra la sociedad conyugal habida entre éste y la señora Ana Berenice Hencker, disuelta por la muerte de ésta, para que se decidiera:

«Primera. Que el señor Antonio José Duque B. debe a Echavarría Incorporated, la suma de dos mil novecientos treinta y dos dólares con cuarenta centavos oro americano, como saldo de su cuenta relativa al contrato celebrado por ellos y cortada el día treinta de septiembre de mil novecientos treinta y uno.

«Segunda. Que el mismo señor Duque B. debe además, a Echavarría Incorporated, los intereses de la suma indicada en la petición anterior, a partir del 1.° de octubre de 1931, liquidados y capitalizados cada seis meses, a la tasa del seis por ciento anual, de acuerdo con las estipulaciones aceptadas en el contrato celebrado entre dicho señor Duque B. y Echavarría Incorporated, más los intereses penales a que haya lugar hasta el día en que se verifique el pago.

«Tercera. Que el deudor señor Antonio José Duque B. debe pagar a Echavarría Incorporated, en dinero o en café remesado a New York, dentro del término que usted le señale, las sumas mencionadas en las dos peticiones anteriores.

«Cuarta. Que el mismo deudor debe pagar las costas de este juicio».

En el evento de que Duque B. no sea obligado a responder por la deuda que se cobra, solicitó subsidiariamente que se condenara a la sociedad conyugal Antonio José Duque B. y Ana Berenice Hencker a pagar la suma atrás dicha con sus intereses legales, o al señor Duque o a la sociedad conyugal, en su caso, a cada uno, a pagar la suma cuestionada.

Duque B., en su propio nombre y como representante de sus hijos menores Bernardo, Berenice, Tulia, Carlos, José, Amalia, Gustavo y Horacio Duque, se opuso a las declaraciones solicitadas y a su turno contrademandó a la sociedad «Echavarría Incorporated para que se declarara judicialmente:

«1.° Que el demandado Echavarría Incorporated, dentro del término que el Juzgado le señale, debe rendirles cuentas comprobadas a la sociedad conyugal disuelta que tuvieron formada y que está sin liquidar, los señores Antonio José Duque B. y la señora Ana Berenice Hencker de Duque, representada hoy por Duque B., como cónyuge sobreviviente y por los herederos de la Hencker, que son los mismos citados por el apoderado sustituto del demandante principal, de novecientos veinti-

nueve sacos de café que el administrador de la nombrada sociedad (sic) y que el demandado recibió para realizar en comisión por cuenta de la sociedad remitente.

«2.° Que por perjuicios que le causó a deber la casa demandada con el mal desempeño de la comisión y venta tardía del café, debe pagar a la sociedad conyugal, disuelta mencionada, dentro del término que el Juzgado le señale, la suma de cuatro mil quinientos pesos oro americano y los intereses legales desde el 30 de diciembre de 1929 en que estimo los perjuicios nombrados, o cualquier otra cantidad que por razón de ellos resulte probada en el juicio.

«3.° Subsidiariamente, a las dos peticiones anteriores, que se haga alguna de ella, alguna o algunas de sus partes; y

«4.° Que la casa demandada debe pagar las costas del juicio».

Sustanciados los dos juicios conjuntamente, fueron fallados en sentencia de 29 de julio de 1938, por la cual se condenó al demandado Duque a pagarle a The Vásquez Correa Corporation, como cesionarios de Echavarría Incorporated, la suma de dos mil novecientos treinta y dos dólares con cuarenta centavos oro americano, con los intereses de esta suma liquidados y capitalizados cada seis meses a la tasa del seis por ciento anual, computados desde el 1.° de octubre de 1931, hasta el día del pago, más los intereses penales de dicha suma al mismo tipo, computados desde el mismo día 1.° de octubre de 1931 hasta el día del pago; absolvió a la sociedad Echavarría Incorporated de los cargos de la demanda de reconvención y declaró no probadas ninguna de las excepciones perentorias que las partes propusieron.

En recurso de apelación se alzó para ante el Tribunal el señor Antonio José Duque, y esta entidad, finalizada la actuación sin observarse nulidad alguna, en proveído de 4 de noviembre de 1941, confirmó el fallo apelado con las modificaciones de que no se condena al pago de intereses penales que excedan del seis por ciento anual, ni se hace la capitalización de ellos cada seis meses. Sin costas.

RECURSO

El Tribunal de Manizales, considerando que la cuantía del negocio excede de tres mil pesos, concedió el recurso de casación que contra el fallo interpuso el señor Duque B.

Tramitado el recurso después de su admisión, con la plenitud de las formalidades del caso, se decide hoy teniendo en consideración lo siguiente:

El fallo recurrido es atacado por el primero de los motivos señalados en el artículo 520 del Código Judicial, por quebrantamiento de los artículos 5.° y 6.° del Decreto legislativo número 2 de 1906 y 1.° del Decreto legislativo 37 de 1906 que adiciona el ya citado (número 2), infracciones causadas por el error de hecho y de derecho en que incurrió el Tribunal al apreciar las pruebas del proceso.

Para sustentar su acusación dice el recurrente que a pesar de que en los autos corren las escrituras de constitución de la sociedad en el Estado de Nueva York, debidamente autorizadas por el agente colombiano, y certificado de la protocolización de esos documentos; como el certificado suscrito en Nueva York de la incorporación de la compañía anónima «Echavarría Incorporated»; de los estatutos de la misma sociedad y del poder que ésta le confirió a Rudesindo Echavarría y que éste sustituyó al señor Jaime del mismo apellido para que la representara en el territorio de la República, y los ejemplares del *Diario Oficial* y la *Gaceta Departamental de Antioquia* en donde se encuentran publicados dichos certificados de incorporación y el poder conferido al señor Rudesindo Echavarría, ambas piezas inscritas en la Cámara de Comercio de Medellín, es lo cierto que no aparece la declaración por parte del Organo Ejecutivo de que la sociedad demandante haya cumplido con los requisitos que exige el artículo 5.° del Decreto legislativo número 2 de 1906, que adiciona y reforma el Código de Comercio y las Leyes 62 de 1888 y 65 de 1890, requisito éste para que los actos que ejecute la sociedad o los contratos que celebre se consideren como actos o contratos legales, ya que la falta de esta formalidad los hace nulos de acuerdo con el artículo 6.° del memorado Decreto, formalidad que el recurrente considera como de orden público, ya que el Organo Ejecutivo debe velar por la seguridad y eficacia de las operaciones, la efectividad de su capital y la existencia jurídica, para poner a salvo los derechos de los particulares que negocien con esa clase de sociedades.

Si el Decreto legislativo número 2 de 1906 conservare la virtualidad, como ordenamiento legal, cosa que podría discutirse en oportuna ocasión, la tesis planteada por el recurrente así, en forma escueta, sería cierta y suficiente para quebrar el fallo de un Tribunal que hubiera reconocido y dado validez a una sociedad extranjera y a los contratos por ella celebrados en el territorio de la Nación, sin que se acompañara la declaración de que habla el artículo 5.° del Decreto legislativo número 2, pero para que la falta de este requisito induzca la nulidad de que habla el artículo 6.° de allí, es necesario demostrar, por parte del acusador, una circunstancia de hecho indispensable para que la compañía o sociedad extranjera esté

en la obligación de solicitar y obtener del Organo Ejecutivo la facultad o el permiso para celebrar contratos en Colombia, previa la comprobación de que ella llenó los requisitos exigidos por las leyes colombianas y por los Decretos legislativos números 2 y 37 de 1906. Esa circunstancia vital es el que la compañía, sociedad o corporación tenga o establezca empresas o negocios de carácter permanente en el territorio de la República, para que sea obligada a cumplir con los requisitos legales establecidos por estos Decretos, pero si los negocios de esas compañías o sociedades extranjeras en Colombia no son permanentes, no comportan o no están obligadas a solicitar del Organo Ejecutivo la declaración de que por su parte han cumplido con las formalidades prescritas en ese Decreto.

La redacción de los artículos primeros, tanto del Decreto legislativo número 2 como del 37, es ésta, textualmente: «Las sociedades o compañías domiciliadas fuéra del país que tengan o establezcan empresas de carácter permanente en el territorio de la República....» y «las corporaciones y sociedades extranjeras que tengan negocios permanentes en la República, etc....», lo que está indicando que para que esas compañías queden sometidas a los requisitos exigidos por la ley colombiana, es indispensable que tengan negocios o empresas de carácter permanente en la República, de suerte que si esas compañías celebran ocasionalmente un contrato en Colombia, para la validez de éste y para la representación judicial de esa compañía o sociedad, no es indispensable solicitar del Organo Ejecutivo la declaración de haberse cumplido por parte de la compañía los requisitos de que trata el Decreto legislativo número 2.

Así lo ha entendido esta corporación al decidir el negocio de la Compagnie Générale des Tabacs contra Diego Maldonado, en que se discutía la aplicabilidad del Decreto número 2 en cita.

Dijo así la Corte:

«Dispuso el artículo 2.° del citado Decreto legistivo que "las sociedades o compañías domiciliadas fuéra del país que tengan o establezcan empresas de carácter permanente en el territorio de la República, protocolizarán, dentro de los seis meses subsiguientes a la iniciación de sus negocios, el documento de su fundación y sus estatutos en la Notaría de la circunscripción donde esté el asiento principal de sus negocios o industrias", y estableció como sanción en su artículo 6.° la nulidad de los actos que se ejecuten o de los contratos que se celebren sin la observancia de las formalidades prescritas. No basta, como se ve, para que proceda la aplicación de estos preceptos que consagran una nulidad especial dentro de nuestra legislación, que se trate de sociedades extranjeras y de cualquier negocio de éstas en el país, sino que es preciso que la compañía negociante tenga o establezca empresas de carácter permanente en el territorio de la República. La acepción que a la palabra *empresa* parece darse aquí, como en la mayoría de las veces que la ley emplea este vocablo, es la que corresponde a "casa o sociedad mercantil o industrial fundada para emprender o llevar a cabo construcciones, negocios o proyectos de importancia", según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua. Autoriza también esta manera de interpretación el artículo 1.° del Decreto legislativo número 37 de 1906, adicionando el número 2.°, que estatuyó que las sociedades extranjeras que tengan *negocios permanentes* en la República deben constituír y mantener un agente o apoderado en el lugar en que hayan establecido su oficina principal, cuando ya el Decreto adicionado había establecido esta misma obligación en su artículo 2.° para las sociedades extranjeras *con empresas de carácter permanente* en el territorio nacional y en el lugar donde esté el asiento principal del tráfico de su explotación».

Hay base procesal suficiente para llevar al ánimo del juzgador, en casación, la convicción de que el contrato pasado entre «Echavarría Incorporated» con el señor Duque B., a que se refieren las cartas y comunicaciones telefónicas entre este señor y el apoderado de la Compañía en Medellín, dice relación a una operación mercantil que había de realizarse en Nueva York, en el mercado de café de esa ciudad, y que la intervención del señor Echavarría como representante de la Compañía, tuvo por objeto facilitarle al señor Duque B. los medios conducentes para que el negocio de comisión se realizara en las mejores condiciones para el consignante, y por ello le suministró datos sobre el valor que podía girar por cada saco de café de 65 a 70 kilos de peso, y practicó las diligencias conducentes para que esas letras giradas por Duque B. contra la Casa de Nueva York fueran vendidas por Echavarría en Medellín o en otra plaza de la República.

De esas cartas y comunicaciones telefónicas aparece que el señor Duque B. tenía en su poder una cantidad no despreciable de café que quería remitir a la consignación de «Echavarría Incorporated», de Nueva York, para que esos frutos se vendieran por conducto de la Casa comisionista por cuenta del señor Duque B.

Si se pasan los ojos por los estatutos de la compañía y su escritura de constitución, se ve, sin lugar a duda, que ésta se fundó en Nueva York para ocuparse en negocios, de manera permanente en esa ciudad o en el territorio de la Unión Ame-

ricana, cual era vender en el mercado el café que los nacionales colombianos o de otras Repúblicas, productoras del grano, le remitieran para ese fin en comisión, pero de ninguna manera para negociar en Colombia, una vez que el negocio principal de la compañía era realizar en el mercado de Estados Unidos el café que recibiera en consignación, y como allí había de efectuarse esa transacción, naturalmente en ese país había establecido la dicha compañía un negocio permanente para la realización de estos efectos de comercio. Ningún negocio de comisión o venta de artículos de comercio efectuaba la compañía en este país. Tenía un representante para facilitarles a los clientes colombianos el envío de sus frutos, el giro y realización de sus letras y el cobro de lo que los consignantes le quedaran a deber a la compañía consignataria, como resultado de esas comisiones de venta, giro y descuento.

Pero si se borrase lo dicho acerca de si el negocio celebrado por «Echavarría Incorporated» con Duque B. tenía o nó el carácter de permanente, es decir de si la compañía sí había establecido en el país empresas o negocios con ese carácter, las pretensiones de Duque B. se estrellarían contra el valladar del artículo 479 del Código de Comercio, que manda que el tercero que contratare con una sociedad que no ha sido legalmente constituída, no puede sustraerse por esta razón al cumplimiento de sus obligaciones, mandamiento éste que se aplica a las sociedades anónimas por disposición expresa del artículo 551 de dicho Código, disposición aquélla que es compatible con la naturaleza del contrato de sociedad anónima.

No siendo más los reparos del recurrente y no prosperando los que formuló, 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,

FALLA:

1. No se infirma el fallo proferido por el Tribunal Superior de Manizales de fecha cuatro de noviembre de mil novecientos cuarenta y uno.

2. 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*, Secretario.

ACCION PETITORIA DE PAGO DE PERJUICIOS

1. Las leyes sociales prohiben a los empleados u obreros renunciar en favor de sus patrones los derechos provenientes de los contratos de trabajo, pero no los procedentes de otras causas o fuentes.

2. Reiteradamente ha dicho la Corte que la condenación o no condenación en costas, por sí sola y aisladamente, no puede ser motivo de casación, ya que ese es problema que el Juez debe apreciar con criterio propio y subordinado a la cuestión de fondo que se haya ventilado en el juicio.

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

(Magistrado ponente, doctor Isaías Cepeda.

El 19 de octubre de 1937, Pedro Joaquín Páez y Concepción López de Páez, cónyuges entre sí, y María de Jesús Páez de Parra, demandaron en juicio ordinario ante el Juzgado 4.º Civil de este Circuito, por medio de apoderado, a la Compañía de Samacá, a fin de que se declarara que dicha Compañía es civilmente responsable de los perjuicios materiales y morales sufridos por los demandantes, con motivo de la ruptura ocurrida en la noche del 1.º de noviembre de 1936 del muro de contención de la represa conocida con el nombre de *Gachaneca*, construída por la Compañía demandada para el servicio de su Fábrica de Hilados y Tejidos en el páramo del Rabanal, en jurisdicción del Municipio de Samacá, «ruptura que ocasionó el desbordamiento violento de las aguas, el arrasamiento de la casa en que dormían los Páez (Pedro Joaquín, hermana e hija), arrastrándolos, causando gravísimas heridas y contusiones al primero, la muerte de las dos últimas, la pérdida de todos sus bienes, de sus elementos de trabajo, de sus medios de vida, inhabilitándolo para el trabajo fructíferamente en el futuro, y ocasionándoles a los actuales demandantes penas y mortificaciones enormes».

En consecuencia, pidieron que se condene a la

Compañía a pagar a los actores el valor de aquellos perjuicios, que estimaron así: $ 10.000 a Pedro Joaquín Páez y a su cónyuge, por los daños personalmente sufridos; $ 25.000 por la muerte de su hija, «para la sucesión ilíquida de ésta», y $ 20.000 a Pedro Joaquín Páez y a María de Jesús Páez de Parra, «por la muerte de su hermana y para la sucesión ilíquida de ésta», y, en subsidio, el valor que se fije por peritos.

Solicitaron también que se declarara «que es absolutamente nulo el acto, sea que se le califique de venta, donación o renuncia, que a principios del presente año hizo Pedro Joaquín Páez a favor de la Compañía, en cuanto ese acto afecte los derechos que Páez, su esposa y hermana reclaman en el presente juicio», y que se condenara en costas a la Compañía demandada.

Admitida la demanda y corrido el traslado legal, la Compañía contestó oponiéndose a la acción intentada, porque estimó que la ruptura del muro referido, que produjo la inundación que ocasionó los daños alegados y muchos otros, obedeció a un caso fortuito y no a culpa, negligencia, descuido o imprevisión imputables a ella. Alegó, además, que aunque no se consideraba responsable, había arreglado con Pedro J. Páez los perjuicios que éste decía haber sufrido. Agotada luégo la tramitación del primer grado, el Juez del conocimiento decidió el asunto por sentencia que lleva fecha quince de mayo de mil novecientos treinta y nueve, así:

«Primero: Declárase que la Compañía Samacá, domiciliada en esta plaza, es civilmente responsable de los perjuicios sufridos por los demandantes Pedro Joaquín Páez, Concepción López de Páez y María de Jesús Páez de Parra, al romperse por culpa, descuido o imprevisión, en la noche del 1.° de noviembre de 1936, el muro de contención de la represa que la Compañía mantenía para el servicio de su fábrica de hilados y tejidos en el páramo del Rabanal, formada por las aguas del río Gachaneca, en jurisdicción del Municipio de Samacá, Departamento de Boyacá, ruptura que ocasionó el desbordamiento violento de las aguas, etc., etc.

«Segundo. En consecuencia, la Compañía nombrada está obligada, y así se le condena, a pagar a los demandantes la indemnización plena de aquellos perjuicios, así: a los actores Pedro Joaquín Páez y su esposa Concepción López de Páez, los perjuicios personalmente recibidos por ellos, y, además, los ocasionados por causa del fallecimiento de su hija Ana Joaquina Páez de Acevedo y para la sucesión de ésta, representada por ellos; y a los señores Pedro Joaquín Páez y María de Jesús Páez de Parra, por la muerte de la señorita Luisa Amelia Páez y para la sucesión de ésta, la cual ellos representan.

«Tercero. La cuantía de tales condenaciones será fijada al tiempo de la ejecución de esta sentencia, en la forma y términos establecidos en el artículo 553 del Código Judicial, sin exceder de la estimación hecha por la parte demandante en el punto 3.° de la demanda.

«Cuarto. Las costas procesales son de cargo de la Compañía demandada».

Los fundamentos de esta sentencia aparecen sintetizados en los dos párrafos que a continuación se transcriben:

«Existe, pues, la prueba suficiente y plena del acto ilícito imputado a la Compañía, por la construcción inexcusable e imprudente de la represa mencionada. Existe igualmente la prueba del acontecimiento funesto consistente en la ruptura de la misma represa, que se debió, como lo informan los comisionados del Gobierno, a defecto de construcción y a errores de cálculo por parte del Ingeniero de la Compañía; a lo cual se agrega, y de ello dan cuenta los testigos y lo reconoce la parte demandada, que los actores en este juicio fueron víctimas de tal acontecimiento, como habitantes de la casa del Hotel de Hilados, que se destruyó por el impulso violento de las aguas, y que allí perdieron la vida la señora Ana Joaquina Páez de Acevedo y la señorita Luisa Amelia Páez.

«Por parte de la Compañía demandada no aparece prueba alguna en relación con la fuerza mayor o caso fortuito alegado en su favor, ni tampoco la intervención de un elemento extraño determinante por sí solo del siniestro de que se habla».

En lo relativo al comprobante presentado por la Compañía demandada para demostrar un arreglo o transacción realizada con Pedro Joaquín Páez en virtud de la cual quedó extinguida la obligación de la Compañía, dice la sentencia:

«Obsérvase a esto que tal documento no aparece reconocido por quien lo firmó, ni está debidamente estampillado; y si es verdad que ha obrado en el juicio con conocimiento de la parte contraria sin haber sido objetado o redargüído de falso (artículo 645 del Código Judicial), debiendo tenerse por reconocido, si no está legalmente estampillado no puede tenerse como prueba, por prohibirlo expresamente el artículo 6.° del Decreto ejecutivo número 92 de 1932».

Agrega que, además, ese comprobante sólo perjudicaría los derechos correspondientes a Páez, por los perjuicios sufridos personalmente, pero no los pertenecientes a su cónyuge Concepción López de Páez ni los relativos a las herencias de Ana Joaquina Páez de Acevedo y de Luisa Amelia Páez.

De dicha sentencia apeló la parte demandada, y subido el negocio y cumplida la ritualidad propia de la segunda instancia, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá profirió el fallo de fecha veinticinco de julio de mil novecientos cuarenta y uno, cuya parte resolutiva dice:

«Primero. Declárase que la entidad demandada, Compañía de Samacá, sociedad anónima con domicilio en esta ciudad, es civilmente responsable de la ruptura del muro de la represa del Rabanal, construída por la sociedad para el servicio de su fábrica de hilados y tejidos con las aguas del río Gachaneca, en un sitio del páramo del Rabanal, jurisdicción del Municipio de Samacá, Departamento de Boyacá, ruptura que tuvo lugar el día primero de noviembre de mil novecientos treinta y seis, y responsable por consiguiente del desbordamiento de las aguas represadas.

«Segundo. Declárase que la entidad demandada, como consecuencia de lo decidido en el punto anterior, es civilmente responsable de los perjuicios ocasionados a las demandantes Concepción López de Páez y María de Jesús Páez de Parra, tanto materiales como morales, en razón de la muerte de Ana Joaquina Páez, hija de la primera, y Luisa Amelia Páez, hermana de la segunda. En esta virtud la citada Compañía está obligada, y así se le condena, a pagar a dichos demandantes la indemnización plena de aquellos perjuicios.

«Parágrafo. El monto de estos perjuicios deberá fijarse en acuerdo con lo prescrito por el artículo 553 del Código Judicial.

«Tercero. Niégase la declaración solicitada en la súplica tercera de la demanda.

«Cuarto. Se absuelve a la Compañía demandada de las condenaciones impetradas en nombre del señor Pedro Joaquín Páez.

«Quinto. Las costas del juicio en la primera instancia son de cargo de la parte demandada. No hay costas en la segunda instancia.

«Queda en estos términos *reformada* la sentencia apelada, de fecha quince de mayo de mil novecientos treinta y nueve, dictada por el señor Juez Segundo (sic) Civil de este Circuito».

El Tribunal acepta y acoge los razonamientos del Juzgado en lo relativo a los hechos principales alegados en la demanda y a la responsabilidad de la Compañía, pero los rectifica en dos conceptos, a saber:

En lo tocante a que el valor de los perjuicios ocasionados por la muerte de Ana Joaquina Páez de Acevedo y de Luisa Amelia Páez corresponde a la sucesión ilíquida de ellos, y en lo atañedero al valor probatorio del documento presentado por la Compañía para demostrar la transacción celebrada con Pedro Joaquín Páez.

Respecto de lo primero dice la sentencia acusada:

«Conforme a los postulados del libelo, la *causa petendi* radica en el hecho de haber perdido los demandantes dos de sus familiares en el siniestro preindicado, así como algunos bienes materiales, es decir, que en estas condiciones sobran las aclaraciones que se dejan copiadas, ya que el perjuicio que se demanda, caso de haberse producido, es cuestión netamente personal y, por ende, no cabe hacer los distingos a que se refiere el actor cuando dice que obra en representación y para las sucesiones de aquellas personas que perecieron, ya que en el patrimonio de éstas no pudo quedar lo que ha sido materia de esta controversia. El perjuicio en casos como el aquí ventilado no es una cuestión patrimonial que pueda transmitirse, ya que por la manera como se sucedió la muerte de los familiares de los actores, entre dichas personas y la Compañía demandada no quedaron pendientes relaciones jurídicas de ninguna naturaleza y que por razón del fallecimiento hubieran transmitido a sus herederos».

Acerca de lo segundo, la sentencia copia el recibo expedido por Páez a favor de la Compañía, en virtud del arreglo hecho, y después de analizarlo se expresa así:

«Ahora bien: el documento en referencia, en lo que respecta al demandante Pedro Joaquín Páez, es plena prueba contra él en relación con las declaraciones que contiene, tómese en el momento en que fue calificado por el señor Juez de la primera instancia, es decir, sin las estampillas o formalidades de orden fiscal que allí se echaron menos, o como aparece hoy, después de llenados aquellos requisitos, por lo siguiente:

«Dada la situación existente entre Páez y la empresa, por razón de los hechos tántas veces nombrados, el arreglo demuestra suficientemente una transacción llevada a término entre ellos, si se tiene en cuenta que conforme a lo prescrito por el artículo 2469 del Código Civil, "la *transacción* es un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual", lo que quiere decir, conforme a esta definición, que el fenómeno jurídico en referencia supone necesariamente la existencia de un derecho sobre el cual hay un pleito o puede haberlo. Y como la transacción es un contrato consensual, ya que la ley no exige ninguna solemnidad para su perfección —excepto cuando versa sobre dominio de inmuebles— síguese que la prueba de que se viene hablando no puede desecharse en ninguna de las dos condiciones anotadas, puesto que en todo caso constituye o tiene la fuerza de una confesión. Tampoco puede

perderse de vista que el demandante Páez no ha desconocido en ningún momento el contrato que reza dicho documento, pues si es cierto que ha sostenido que allí sólo se le reconoció gratuitamente un auxilio, esta afirmación no incide en el mérito o alcance de esa convención, y ya se ha demostrado cómo no son aceptables los reparos formulados alrededor de la convención que informa el precitado documento, ni las interpretaciones que han pretendido deducirse de él.

«Demuestran los anteriores razonamientos que Páez, como consecuencia de la transacción llevada a efecto con la empresa demandada, carece del derecho que reclama en estos autos. Pero si esto es así, no acontece lo mismo con las demás personas que integran la parte demandante, ya que ni Páez obró en nombre de ellas, ni aparece que hubiera estado autorizado para proceder en tal forma. Y como se advirtió al principio, siendo netamente personal la acción de perjuicios, síguese que los demás lesionados por el accidente que ha motivado este proceso no tienen por qué quedar comprometidos en el arreglo, ni sus derechos lesionados o menoscabados por virtud de esa convención».

EL RECURSO

Contra la referida sentencia interpusieron ambas partes recurso de casación, el cual pasa a decidirse hoy por hallarse legalmente preparado.

ACUSACIÓN DEL DEMANDANTE-RECURRENTE

Con advertencia previa de que invoca como causal de casación la primera de las enumeradas en el artículo 520 del Código Judicial, el señor apoderado de la parte recurrente-demandante formula seis cargos contra la sentencia a saber:

I. Violación de los artículos 2469, 2475 y 2480 del Código Civil, como consecuencia de los errores de derecho y de hecho en que incurrió el Tribunal, por equivocada apreciación del documento visible al folio 1 del cuaderno número 4, y por falta de apreciación de la prueba de posiciones que se encuentra al folio 12 vuelto del cuaderno número 3.°

II. Violación de los artículos 2486 del Código Civil y 471 del Código Judicial, el primero por no haberlo aplicado y el segundo por mala interpretación de la demanda y de la contestación.

III. Errores de derecho y de hecho en la apreciación del recibo firmado por Páez, por otros aspectos.

IV. Violación del artículo 2484 del Código Civil.

V. Violación del artículo 15 del Código Civil.

VI. Violación del artículo 471 del Código Judicial, «por cuanto la sentencia no está en consonancia con la *litis-contestatio*». Este cargo es repetición, en parte, del relacionado bajo el número II.

Resumiendo los razonamientos hechos por el señor apoderado de la parte demandante para formular los indicados cargos, el fundamento de éstos es el siguiente:

El Tribunal apreció mal el comprobante en que se hizo constar el arreglo verificado por Pedro Joaquín Páez con la Compañía de Samacá, porque tal arreglo no puede considerarse como una transacción, y no apreció las contestaciones dadas por el Gerente de la Compañía a las posiciones que se le pidieron; no aplicó el artículo 2487 del Código Civil, según el cual «si una de las partes ha renunciado el derecho que le correspondía por un título, y después adquiere otro título sobre el mismo objeto, la transacción no la priva del derecho posteriormente adquirido», y aplicó mal el 471 del Código Judicial, porque la suma que la Compañía dio a Páez no fue a título de indemnización, sino como auxilio y en consideración a que Páez era empleado o trabajador al servicio de aquélla, y que, además, la Compañía no invocó en su defensa el arreglo o la supuesta transacción, ni la renuncia hecha por Páez, ni podía hacerlo, porque su defensa la fundó en que estaba exenta de toda responsabilidad, porque se trataba de un caso fortuito; que el Tribunal incurrió en errores de derecho y de hecho al apreciar el recibo firmado por Páez, porque aun suponiendo que el arreglo entrañara una transacción, ella se refirió a los perjuicios materiales sufridos, pero no a los morales, que Páez ahora reclama también; que se violó el artículo 2484 del Código Civil, conforme al cual la transacción no surte efecto sino entre los contratantes, porque resulta que la cantidad dada a Páez fue suministrada parte por la compañía y parte por el señor Francisco J. Fernández, y como no hay solidaridad entre ellos ni Fernández ha dado poder a la compañía, ésta no puede valerse de ese arreglo ni de tal recibo en su exclusivo beneficio; que se violó el artículo 15 del Código Civil porque Páez no podía renunciar a sus derechos, porque éstos no miran sólo al interés individual de él sino también de su familia, y porque provenían de la pérdida de miembros de esa familia; que, además, las leyes sociales prohiben a los empleados renunciar sus derechos en favor de sus patrones.

Se consideran en conjunto estos cargos, por la íntima conexión que tienen entre sí:

Planteado el recurso en los términos que han quedado expresados, se trata en realidad de saber si habiendo la Compañía de Samacá verificado un arreglo con Pedro Joaquín Páez, en vir-

tud del cual éste recibió la cantidad de $ 2.000, tiene Páez ahora el derecho de cobrarle el valor de los perjuicios materiales y morales sufridos con motivo de la ruptura de la represa de *Gachaneca*, de que dan cuenta los autos. El demandante sostiene que tal cantidad se la dio la Compañía a título de auxilio, en consideración a que Páez era empleado, y no como indemnización por los perjuicios sufridos.

De las probanzas que obran en el juicio resulta que aunque la Compañía no se ha considerado responsable de los perjuicios ocasionados a terceros por la mencionada ruptura, en virtud de insistentes reclamaciones hechas por Páez, el entonces Gerente de la Compañía, señor Francisco J. Fernández, convino en dar a Páez la cantidad de $ 2 000, parte con dineros de la Compañía y parte con dineros propios, teniendo en cuenta los servicios prestados por él en la Fábrica de Hilados, como auxilio por los daños materiales y por la pérdida de los miembros de su familia, sufridos a consecuencia del siniestro de que se ha hablado.

En el recibo que Páez firmó con motivo de ese pago, dijo:

«Es entendido que por tratarse de un acontecimiento fortuito, la Compañía de Samacá está exenta de toda responsabilidad para conmigo *por los daños que él me causó, y en todo caso declaro que renuncio formalmente a cualquier derecho que pudiera tener para reclamar de esa empresa indemnización alguna por concepto de dichos daños*». (Subraya la Sala).

Estima la Corte, de acuerdo con el Tribunal, que este convenio implica una transacción, al tenor del artículo 2469 del Código Civil, porque si bien la Compañía sostenía que no era responsable de los daños ocasionados, Páez consideraba que sí, y precisamente para precaver el litigio que podía venir, la Compañía hizo el pago a Páez; pero aun aceptando, en gracia de discusión, que el arreglo no tuviera el carácter de transacción, lo cierto es que Páez declaró expresamente que en todo caso renunciaba a cualquier derecho que pudiera tener para reclamar de la empresa *indemnización alguna* por concepto de dichos daños, no de modo gratuito, sino, precisamente, en virtud de la cantidad que ésta le daba, a título de auxilio.

No puede decirse, por tanto, que el Tribunal apreciara mal el comprobante aludido, ni que dejara de apreciar las posiciones absueltas por el Gerente de la Compañía.

No es aplicable al caso del pleito el artículo 2487 del Código Civil, porque Páez no ha adquirido, con posterioridad al arreglo, por otro título, derecho alguno a la indemnización que reclama, y ya se vio que él renunció expresa y formalmente a cualquier derecho que pudiera tener para pedir tal indemnización.

No resulta fundado el cargo de incongruencia entre la sentencia y las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes, porque aunque es verdad que en el recibo firmado por Páez se dijo que la Compañía le daba los $ 2.000 como auxilio, es innegable que su intención fue satisfacer las exigencias de Páez y precaver un litigio eventual, y no hay duda de que la Compañía apoyó su defensa en ese arreglo, como lo dijo al contestar el hecho 34 de la demanda. Además, aunque la Compañía no hubiera alegado en su descargo la transacción verificada con Páez, el Tribunal habría hecho bien al considerarla probada, conforme al artículo 343 del Código Judicial. De otro lado, el cargo está mal formulado, porque se apoyó en la primera causal de las enumeradas en el artículo 520 del Código Judicial, cuando ha debido basarse en la segunda de dichas causales.

Tampoco tiene razón el recurrente al sostener que el arreglo verificado por Páez con la Compañía únicamente comprendió los daños materiales sufridos por él, y no los morales ni los ocasionados por la muerte de familiares suyos, que Páez ahora reclama también, porque es innegable que el arreglo comprendió todos esos daños, pues, como se dijo en el recibo firmado por Páez, los $ 2.000 se le dieron por los daños materiales y por la pérdida de los miembros de su familia, y como consecuencia Páez declaró que en todo caso renunciaba «*formalmente a cualquier derecho que pudiera tener para reclamar de esa empresa indemnización alguna por concepto de dichos daños*».

Estima igualmente la Corte que no se violó el artículo 2484 del Código Civil, porque aunque es verdad que aparece que parte de los $ 2.000 dados a Páez la suministró el señor Francisco J. Fernández personalmente, es claro que él lo hizo en interés de la Compañía, como Gerente que era entonces de ella, y, además, Páez renunció a todos sus derechos en favor de la Compañía exclusivamente, y no de Fernández también. De consiguiente, aquélla es quien puede alegar la transacción, en su solo beneficio.

Por último, es asimismo infundado el cargo de violación de los artículos 15, 2475 y 2480 del Código Civil, porque es evidente que Páez sí podía renunciar a sus derechos en favor de la Compañía y en virtud de la cantidad que ésta le dio, lo que indica que no fue una renuncia injustificada y gratuita, y porque ella miraba únicamente al interés individual del renunciante, pues, como lo aclara el Tribunal debidamente, la renuncia no comprendió los derechos de la cónyuge ni de la hermana de

Páez, que la sentencia reconoce expresamente, ni puede decirse que hubiera error acerca de la identidad del objeto sobre que versó la renuncia. De otro lado, las leyes sociales prohiben a los empleados u obreros renunciar en favor de sus patrones los derechos provenientes de los contratos de trabajo, pero no los procedentes de otras causas o fuentes, como los de que aquí se trata, que nada tienen que ver con las prestaciones sociales.

Basta lo dicho para poner de manifiesto que son infundados los cargos formulados contra la sentencia del Tribunal por el señor apoderado de la parte demandante-recurrente, por lo cual no habrá de casarse por ese aspecto.

ACUSACIÓN DE LA PARTE DEMANDADA-RECURRENTE

El señor apoderado de la Compañía demandada acusa la sentencia por violación de los artículos 63, 2341, 2347 y 2349 del Código Civil en lo relativo a las condenaciones que contiene en contra de aquélla y a favor de las señoras Concepción López de Páez y María de Jesús Páez de Parra, y por violación del artículo 575 del Código Judicial, por haberse condenado a la Compañía a pagar las costas de la primera instancia.

Estima el recurrente que la violación de los citados artículos del Código Civil es consecuencia de los errores de hecho y de derecho en que incurrió el Tribunal en la apreciación de las pruebas aducidas por la Compañía en ambas instancias del juicio, pruebas que al efecto analiza detenidamente.

Se considera:

La responsabilidad de la Compañía de Samacá por la ruptura de la represa de Gachaneca es cuestión que la Corte ha estudiado a espacio y ampliamente en las numerosas sentencias que ha dictado en los juicios que contra dicha Compañía, por esa causa, han venido a su conocimiento, responsabilidad que se desprende de haberse demostrado en aquellos juicios, lo mismo que en el presente, que la Compañía acometió la obra de elevación del muro de contención de la represa sin llenar las condiciones técnicas requeridas al efecto, y, especialmente, sin esperar la aprobación de los planos sometidos al estudio del Gobierno y sin que éste le hubiera dado el permiso requerido para realizar la obra. La Compañía ha alegado que hubo fuerza mayor o caso fortuito en la ruptura de la represa, pero no ha logrado demostrar su afirmación, y, por tanto, la presunción de culpabilidad pesa sobre ella, por lo cual no pueden aceptarse los cargos formulados contra la sentencia acusada, la que no habrá de infirmarse.

En lo tocante a violación del artículo 575 del Código Judicial, por haberse condenado a la Compañía a pagar las costas de la primera instancia, la Sala encuentra que efectivamente no era procedente esa condena, porque no se advierte temeridad en oponerse a la acción intentada, máxime si se tiene en cuenta que el Tribunal encontró probada la transacción verificada por la Compañía con el demandante Pedro Joaquín Páez, pero nada puede hacer la Corte al respecto, porque como lo tiene resuelto reiteradamente la jurisprudencia, la condenación o no condenación en costas, por sí sola y aisladamente, no puede ser motivo de casación, ya que ese es problema que el Juez debe apreciar con criterio propio y subordinado a la cuestión de fondo que se haya ventilado en el juicio.

En mérito de las consideraciones precedentes, 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 25 de julio de 1941.

Sin costas por haber recurrido ambas partes.

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*, Secretario en propiedad.

PERJUICIOS

Los Municipios están obligados a responder ante terceros por los perjuicios que causen las obras públicas ejecutadas por sus agentes autorizados, según reiterada jurisprudencia de la Corte.

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

(Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza).

El señor Humberto Sanabria demandó en vía ordinaria al Municipio de Bogotá sobre indemnización de perjuicios. El Juzgado 7.° de este Circuito, donde cursó la primera instancia, la cerró con sentencia absolutoria de que apeló el demandante y que el Tribunal Superior confirmó, previa la tramitación del caso, en fallo contra el cual la parte actora interpuso casación, recurso que aquí se decide.

Es de advertirse desde luégo que esa parte concurre a formarla el señor José Antonio Rodríguez, quien confirió poder al mismo mandatario de Sanabria, y que aquéllo se debe a que este señor le traspasó la mitad de sus derechos ventilados en este juicio por escritura número 1132 otorgada el 11 de julio de 1940 ante el Notario 5.° de este Circuito, previa autorización del Juzgado en auto de 7 del precedente junio.

La demanda inicial de esta causa esta fechada el 28 de octubre de 1938.

Sanabria compró por escritura número 2159 ante el Notario 4.° de este Circuito, el 16 de octubre de 1928, la casa de esta ciudad allí determinada, que en copia notarial registrada acompañó a su libelo. En éste afirma que por culpa del Municipio, tanto en los estudios previos como en la realización de la obra de canalización del río San Francisco, así como por su negligencia en prevenir los daños con que amenazaban los defectos del colector, fue por lo que las inundaciones sobrevenidas con las fuertes lluvias de 14 de octubre y 19 de noviembre de 1932 se destruyó totalmente aquella casa y sufrió el demandante los perjuicios cuya indemnización pide, así: $ 10.000 por valor de la edificación, daño emergente, y los cánones de arrendamiento de la última fecha citada hasta el día del pago, lucro cesante. Para esta prestación forma el libelo dos épocas, una de ese 19 de noviembre al 19 de octubre de 1938, y otra de ahí en adelante. El canon mensual de ese primer período lo estima en $ 80.

El Juzgado absolvió porque no halló comprobada la identidad entre la finca determinada en la escritura citada de compra y la destruída con motivo de las dichas inundaciones. El Tribunal, a más de insistir en este reparo, no estimó comprobada la culpa del Municipio y, sobre todo, para llegar a la confirmación del fallo apelado, manifiesta en su sentencia que aunque aquellos elementos obrasen, no cabría condenación por estar la acción prescrita, con lo que acogió este concepto de excepción opuesto por el reo desde la contestación de la demanda, pues el Personero Municipal invocó allí el artículo 2358 del Código Civil.

En el orden lógico prescrito por el artículo 537 del Código Judicial, corresponde el primer lugar, al estudiar la Sala la demanda de casación, al cargo de violación de los artículos 2341, 2356 y 2358 del Código Civil, por aplicación indebida éste y por falta de aplicación aquéllos, todo en virtud de error de apreciación de las pruebas que el recurrente discrimina.

Se anticipa este concepto, porque las peculiaridades del caso hacen que el estudio de estas pruebas y de esas disposiciones a un mismo tiempo conduzca a la admisión del cargo y consiguiente infirmación de la sentencia recurrida y a la motivación y resolución de la que ha de reemplazarla conforme al artículo 538 del Código Judicial.

Los dictámenes periciales rendidos como prueba en segunda instancia y debidamente tramitados, contienen la alinderación de la finca, y es completa la coincidencia de aquélla con la expresada en la escritura. Además, los testigos cuyas declaraciones se citarán adelante forman prueba concurrente que por sí sola sería suficiente en igual sentido. Se justifica, pues, el cargo del recurrente sobre error en la apreciación de pruebas en lo relativo a identidad del inmueble en referencia.

Más todavía: en manera alguna se opone a esa identidad el hecho, a que el sentenciador atribuyó trascendencia, de que esa finca aparezca correspondiendo a la calle 10 en la escritura y a la

carrera 12 A, en las pruebas pertinentes de este litigio. Ello corresponde a un cambio, no de la finca sino simplemente de la nomenclatura, debido a la apertura de esa carrera en razón de la canalización del río, posterior a la escritura de compra. En la época de ésta las fincas que daban sobre la ronda del río aparecían en la nomenclatura como si la ronda fuese continuación de la calle.

En el planeamiento y construcción del colector se incurrió en graves errores, en especial por la deficiencia de su capacidad que en las épocas lluviosas no alcanzaba para recibir toda el agua, la que por lo mismo bajaba con alta presión y se desbordaba, y también y principalmente por la conexión inmediata y directa de las cañerías de las casas, en cuanto el nivel de las aguas recogidas en el colector vino a ser más alto, y por esto y por la presión aludida, los desagües, como lo dicen varias piezas traídas al proceso, se convirtieron en inyectores.

Por otra parte, los particulares interesados, al verse amenazados por las circunstancias que acaban de esbozarse, dieron la voz de alerta al Municipio, en la que insistieron en fuerza de los daños sufridos en estaciones lluviosas anteriores a la de 1932 y, con más vivacidad, después del fuerte aguacero de 14 de octubre de ese año. Los estragos por el de 19 del subsiguiente noviembre justificaron por desgracia esos temores y previsión. El Municipio no proveyó a evitar o siquiera a atenuar los daños anunciados.

En los varios pleitos que se citarán adelante, el Municipio ha sido condenado a indemnizar los daños causados por las inundaciones de esos días, que culminaron en los gravísimos de la última fecha indicada, porque en los respectivos expedientes se demostraron, como se han demostrado en éste, los daños sufridos por los respectivos demandantes, los hechos y omisiones imputados por ellos al Municipio demandado y la relación de causa a efecto entre estos actos y omisiones y aquellos daños; y porque, de otro lado, se ha reconocido que el Municipio ha de responder por sí mismo, siendo así que se trata de actos suyos y de omisiones suyas, concepto o situación que no se desvirtúa o altera porque a la preparación y realización de la obra del colector procediera el Municipio mediante contratos con terceros.

Esos contratos, cuya copia obra en el proceso en lo pertinente al sector de la ciudad a que corresponde la finca de que se trata, daban de suyo al Municipio la potestad de vigilar el cumplimiento de las respectivas obligaciones, facultad de que en ellas se habló expresamente.

Los pleitos atrás aludidos son los instaurados: por Manuel Sarmiento Castillo, en el que la sentencia de la Corte se dictó el 17 de septiembre de 1935 (*Gaceta Judicial*, páginas 303 a 310 del tomo XLIII); por Evaristo Herrera, cuya sentencia se dictó el 26 de mayo de 1936 (páginas 581 a 591 *ibidem*); por Carlos Crane, cuya sentencia lleva fecha 21 de agosto de 1939 (*Gaceta Judicial*, páginas 657 a 671 del tomo XLVIII), y por Carolina, Alejandrina y Carmen Peña Rojas, cuyo fallo, de 10 de julio de 1942, no se ha publicado aún en el órgano de la Corte.

En estas cuatro sentencias ha expresado esta corporación su concepto afirmativo sobre la responsabilidad del Municipio determinada por su falta de prudencia y diligencia en el planeamiento y realización del colector y por su negligencia al desoír los reclamos y anuncios insistentes de los particulares interesados en ello, a que aquí ya se hizo referencia.

Dado que es una misma la fuente de la obligación exigida al Municipio en esos pleitos, lo natural ha sido que en todos ellos se encamine por senda análoga, y con analogía también de elementos probatorios, el esfuerzo de cada demandante. Así, en todos esos procesos se han aducido los aludidos contratos, los conceptos de ingenieros sobre los defectos del colector, especialmente en el cálculo de su capacidad y en la conexión de las cañerías de desagüe, inspecciones oculares sobre los escombros de los inmuebles respectivos, dictámenes periciales sobre la destrucción de éstos y su causa, así como sobre el valor de los perjuicios en cada caso, y declaraciones de testigos sobre las inundaciones referidas y los estragos debidos a ellas, en función del colector y de sus errores y defectos. Todo ello, repítese, con el fin de demostrar, no sólo el daño sino la culpa del Municipio.

En el presente pleito, a más de las pruebas de que se ha hablado, se trajeron también en copia conceptos periciales rendidos en algunas de las citadas controversias y algunas de las inspecciones oculares que en ellas se practicaron. Este conjunto probatorio se halla cardinalmente en el cuaderno 5.º, que es el de pruebas de la parte demandante en la segunda instancia, formando los folios 20, 22, 23 a 25, 49, 58 a 79, 82 a 89, 90 a 93, 95 a 98, 128 a 136 y 138 a 145.

Por ejemplo, al citado folio 49 figura la nota en que el Alcalde de la ciudad, respondiendo memorial del señor Herrera, uno de los particulares que reclamaron medidas previsoras, le transcribe el concepto del Ingeniero Jefe del Departamento de Obras, rendido el 22 de diciembre de 1931. Allí se lee esta afirmación: «Los daños sí tienen como causa las aguas del colector». Agrega allí el Ingeniero que deben revisarse los sótanos y desagües.

Por ejemplo, también el documento que termina en el citado folio 136, contentivo del informe de la Sociedad Colombiana de Ingenieros, resume su larga exposición proponiendo: «Dígase al señor Alcalde de la ciudad..... que la obra de canalización llevada a cabo en el río San Francisco no llena ninguna de las condiciones técnicas exigidas para trabajos de esta clase.....».

En el mismo cuaderno 5.° obran las declaraciones de los testigos Isaías Delgado (folio 10), Miguel Antonio Cañizales (folios 11 y 12), Plinio Torres (folios 12 v. y 13), Rafael Torres (folios 16 y 17), Luis T. Martínez R. (folios 32 y 33) y Carlos Delvalle (folios 115 y 116). A todos estos testigos les consta, como presenciales, cómo tuvo lugar la inundación del 19 de noviembre y que por obra de ella, dadas las referidas condiciones del colector, se destruyó ese día la casa de Sanabria. Delgado dice que allí vivía y que no alcanzó a sacar sus cosas. Torres (Plinio) también agrega el detalle de que los habitantes de esa casa y de las vecinas tuvieron que salir precipitadamente, por la altura e ímpetu de las aguas de la creciente que hacía parecer esa cuadra como un lago. El testigo Delvalle es muy explícito y da varios detalles, tanto sobre la inundación del 14 de octubre como sobre la del 19 de noviembre, menos fuerte o copiosa ésta que aquélla; pero más grave por encontrar adelantada la socavación de las paredes.

Tanto este testigo como varios de los restantes afirman, como conocedores de esos sitios por haberlos frecuentado en largo tiempo, que antes del colector no había habido inundaciones de esas casas en los inviernos, y aseveran, en atención a lo que vieron antes y en los dichos días, que la destrucción de casas, entre ellas la de Sanabria, se produjo por los defectos del colector, sobre los cuales se habían formulado reclamos y súplicas al Municipio por sus dueños.

La citada pieza de folios 103 a 105 contiene el dictamen uniforme de los dos ingenieros designados como principales por las partes para la prueba al efecto solicitada. Después de poner de presente los estudios que hicieron para rendir su dictamen y de exponer los cálculos matemáticos que estimaron conducentes, dicen: «En conclusión, la obra del colector fue calculada y proyectada en forma deficiente, por lo que se puede asegurar que con tal incapacidad, en las grandes avenidas tuvo que trabajar a presión produciendo los desastres que han sido objeto de observación y que determinaron el nuevo estudio oficial de este colector y su problema de solución, la cual fue la hechura del colector de la calle 22. Hubo errores de construcción que han sido comprobados por las consecuencias a que han dado lugar; hay incorrección en la conexión de desagües y colectores secundarios, y los materiales empleados fueron de tal naturaleza mal elegidos, que los desperfectos en el conducto no tardaron en manifestarse y actualmente tienen proporciones apreciables».

Agregan de común acuerdo también estos técnicos: «La obra del colector del río San Francisco no está construída conforme a las condiciones que la técnica exige para esta clase de obras». Esto, como conclusión y resumen de su exposición referida (cuaderno 5.°, folios 103 a 106, ya citados), la que se rindió en el presente juicio.

Igual concepto se halla formulado en las piezas de que ya se habló, traídas en copia a este expediente. Y aun sobre el contrato inicial, o sea el celebrado para el estudio previo, el Director de Obras Públicas conceptuó en informe de 13 de agosto de 1926 (folio 23 *ibidem*) que los contratistas lo cumplieron, que los planos de la obra elaborados por ellos fueron aprobados por la Junta Municipal de Obras Públicas, y advierte que los contratistas «estaban obligados a prever en el estudio del proyecto de la obra de canalización del río San Francisco, los desagües que debían desembocar en el colector, puesto que del volumen de aguas depende la sección de éste». Concluye ese informe o nota con estas palabras: «Tal contrato es muy vago en cuanto a estipulaciones respecto a las condiciones generales del colector y los desagües correspondientes».

Lo que ya se dijo aquí sobre facultades del Municipio en relación con las obligaciones de los contratistas, se corrobora, en lo tocante al contrato sobre construcción del colector entre las calles 10 y 11, con esta estipulación expresa: «En todo caso el contratista queda especialmente obligado a atender y a poner en práctica las instrucciones y observacioues que le diere el personal técnico de la Secretaría de Obras Públicas en desarrollo de las obras contratadas, y la Secretaría queda facultada para suspender la obra cuando a su juicio conviniere a los intereses municipales». (Folio 24 *ibidem*).

A más de los testigos que declararon en segunda instancia, de que ya se habló, en la primera rindieron su testimonio Luis Gómez y Salvador Velásquez (cuaderno 2.°, folios 8 a 11), y ambos afirman haber visto la casa de Sanabria inundada «por motivo de las aguas que brotaban de los sifones y cañerías provenientes del río San Francisco», aludiendo al colector, y agregan constarles, por haberlo visto, que por él, cuando llueve reciamente fluyen las aguas de manera inversa. Estos testigos prudentemente distinguen los detalles sobre los cuales se les interroga, con tal nimiedad y circunspección, que, por ejemplo, hacen constar que la inundación la vieron por fuera

de la casa, ya en el aguacero de 14 de octubre, ya en el de 19 de noviembre, de modo que de los estragos se dieron cabal cuenta después, al ver los escombros; así las cosas, tiene singular valor su afirmación como testigos presenciales de que la casa se hallaba antes en buen estado de solidez, de que se filtraron las aguas del colector por los sifones y esto la destruyó y que (se transcribe una de las respuestas de Velásquez), «Me consta por haberlo visto y presenciado que el día 19 de noviembre de 1932 volvió a inundarse la casa del señor Sanabria por las mismas causas, es decir, por las aguas provenientes del colector del río San Francisco, embebiéndose las paredes que servían de base y resultando como consecuencia el derrumbamiento inmediato de dicha edificación».

Si todas estas pruebas, como bien se ve, acreditan en forma plena el daño sufrido por el actor y la culpa del reo, a más de la relación de causa a efecto ya advertida aquí como elemento necesario en controversias sobre culpa extracontractual, debe admitirse el cargo de error en su apreciación que el recurrente formula y fundamenta y el consiguiente de violación, por no haberlos aplicado, de los pertinentes artículos del Código Civil, entre ellos el 2341 y el 2356 cardinalmente; y del propio modo por las mismas razones la absolución pronunciada por el Tribunal al confirmar la del Juzgado debe trocarse en la condenación a que estas disposiciones obligan.

Establecida la acción y su procedencia, debe estudiarse la excepción opuesta por el demandado desde la contestación de la demanda con fundamento en el citado artículo 2358. A que se agrega, como ya se dijo, que dentro del recurso figura el cargo de indebida aplicación. Este cargo se justifica, puesto que no se trata de culpa de terceros por quienes la entidad demandada hubiera de responder a la manera que el padre por de sus hijos o el empresario por la de sus empleados, como establece ese Código en sus artículos 2347 a 2349, por ejemplo, sino que trata de responder el Municipio por sí mismo, siendo así que se trata de obra suya y de negligencia suya, circunstancia decisiva que en manera alguna se desvirtúa o desaparece por haberse valido de terceros contratantes. Sencillo sería en todo caso o por punto general que cada cual se librase de su responsabilidad propia con sólo valerse de terceros para, entre otras cosas, reducir a su arbitrio la prescripción de la responsabilidad. Además, por lo que concierne al presente caso, ya se vio la ingerencia directa que el Municipio se reservó al contratar la obra.

No sólo en los fallos citados aquí, sino en varios otros en que esta Sala ha tenido ocasión de distinguir entre esas dos responsabilidades, ha conceptuado sostenidamente que, dentro de un ambiente o en una situación como la del presente juicio, la entidad o persona moral demandada tiene responsabilidad propia. Así, por ejemplo, en la última sentencia citada, la de 10 de julio del este año, se lee: «Alega el recurrente que, como la obra fue construída por el contratista o empresario y no directamente por el Municipio, éste no es responsable de las deficiencias o de la falta de técnica en el desarrollo de aquélla. Se observa que los planos respectivos fueron aprobados por las entidades municipales correspondientes y que la obra fue intervenida por los ingenieros municipales y recibida a satisfacción del Municipio, lo que equivale a que hubiera sido construída directamente».

En la sentencia, varias veces citada aquí, de 21 de agosto de 1939, se hallan los siguientes conceptos, cuya pertinencia determina su transcripción: «No es cuestión que se discuta todavía la responsabilidad civil del Estado, comprendiendo en este vocablo todas las entidades de Derecho público como personas jurídicas, por los daños ocurridos como consecuencia de faltas y errores cometidos por sus agentes legales en la organización técnica y en el funcionamiento de los servicios públicos, con fundamento en el principio esencial que domina la materia, consignado en la norma objetiva de que todo daño imputable a culpa de una persona debe ser reparado (artículo 2356 del Código Civil) y en la regla subjetiva de que todo el que ha sufrido un daño por culpa de otro tiene derecho a ser indemnizado (artículo 2341 ibídem). Secundaria importancia reviste la discriminación jurídica del mecanismo de la culpa en referencia con la obligatoria situación de representadas que corresponde siempre a las personas jurídicas en su condición de personas ficticias. Se ha llegado a admitir generalmente la responsabilidad civil de esta especie de personas morales sobre la consideración de que hubo culpa de su parte en la escogencia o elección de la persona que en su representación y a su nombre debe ejecutar determinados actos que ocasionan daños, o porque la persona jurídica no ejerció sobre esos representantes o agentes la vigilancia necesaria para evitar la ocurrencia de los actos culposos generadores de la obligación de indemnizar perjuicios. Esta teoría, basada en la culpa *in eligendo* y en la *in vigilando*, ha situado esta especie de responsabilidad indirecta del Estado por causa del funcionamiento de servicios públicos en el campo de la responsabilidad por el hecho ajeno; pero en realidad esta forma de responsabilidad por otro que se presenta en los casos determinados en la

ley cuando una persona que está bajo la dependencia y cuidado de otra ocasiona un daño a un tercero, que no pudo impedir el responsable con la autoridad y cuidado que su respectiva calidad le confiere y prescribe (artículos 2347, 2348 y 2349 del Código Civil), no es la que corresponde exactamente en tratándose de la responsabilidad civil extracontractual de personas jurídicas de derecho público, porque en estos casos no existe realmente la debilidad de autoridad o la ausencia de vigilancia y cuidado que figura indefectiblemente como elemento constitucional de la responsabilidad por el hecho ajeno, ya que la calidad de ficticias que a ellas corresponde no permite en verdad establecer la dualidad personal entre la entidad misma y su representante legal que se confunden en la actividad de la gestión. Esta teoría de la responsabilidad por otro para justificar la del Estado cuando causa daños como gerente de los servicios públicos, derivada de los principios del Derecho civil que consagra la responsabilidad de los amos por los hechos culposos de sus dependientes, está revaluada por la nueva concepción que quiere fundar la responsabilidad culposa en un concepto objetivo principalmente, equivalente al deber del Estado de reparar los daños que cause a los ciudadanos por el funcionamiento inadecuado de los servicios públicos, con secundaria consideración a la falta o culpa imputable a los agentes encargados legalmente de poner en actividad esos servicios. No se puede ordinariamente en el análisis de estos casos aislar la culpa del funcionario encargado normalmente de accionar el servicio público, de lo que es propiamente su función oficial. Generalmente son faltas de servicio que comprometen la responsabilidad de la Administración, salvo, naturalmente, los casos de culpa personal del empleado que lo compromete individualmente por actividades ajenas a las funciones del servicio mismo o independientes de él. No es falta en la selección del personal (culpa *in eligendo*) la base de la responsabilidad estatal, que más bien debe buscarse en la falta de previsión hacia los ciudadanos que va implícita en el mal uso del poder de control y dirección que corresponde a los gestores municipales en las actividades de servicios adscritos al distrito». (*Gaceta Judicial*, tomo XLVIII, páginas 662 y 663).

Por donde se ve que no es admisible la opinión en cuya virtud el Tribunal estimó el presente caso comprendido dentro de los que contempla y regula el citado artículo 2358, y declaró que, estando transcurrido el corto lapso señalado en éste para la prescripción, aunque obrasen los elementos básicos alegados por el demandante con su plena y satisfactoria comprobación, a la luz de aquella disposición la sentencia apelada habría de confirmarse.

Y por lo mismo, consiguientemente se ve que a la vez que en casación prospera el cargo de aplicación indebida del artículo 2358, en instancia resulta no probada la excepción en referencia.

Deduciéndose de todo lo antedicho la infirmación de la sentencia recurrida y su reemplazo por una que decrete la indemnización demandada a cargo del Municipio, resta tan sólo determinar lo relativo a la cuantía.

Según el artículo 1613 del Código Civil, una indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante, salvo que la ley expresamente la limite al primero de estos elementos, que no es el caso de estudio. Como se vio, por ambos se demanda, así: $ 10.000, valor de la edificación, daño emergente; y como lucro cesante, los cánones de arrendamiento desde el 19 de noviembre de 1932, día de la destrucción de la casa, hasta el del pago. Caprichosamente el actor divide este lapso en dos períodos separados por el 19 de octubre de 1938, probablemente por la circunstancia, a todas luces extraña a la prestación en sí, de ser de este mes la fecha del libelo.

En la segunda instancia se practicó el avalúo pericial de aquellos elementos. En el cuaderno 5.° se hallan los dictámenes de los peritos principales (folios 42 a 44 y 51 y 52) y del tercero en discordia (folios 124 a 126). No están satisfactoriamente fundados, aunque todos ellos revelan acucia y deseo de acierto, la Corte no los acoge por los motivos que quedan sugeridos unos y claramente manifiestos otros en las bases que se indicarán en seguida, de acuerdo con el artículo 480 del Código Judicial, al remitir a las partes para la fijación del *quantum* a la ejecución de la sentencia, esto es, a los trámites del artículo 553 de esa obra, a saber:

a) La demanda señala $ 10.000 como precio de la edificación. Por tanto, lo pagadero por esta causa no puede pasar de este límite.

b) Habiendo acaecido la destrucción de la edificación el 19 de noviembre de 1932, esta es la fecha que debe regir para el avalúo por el precio correspondiente a ese día y, por tanto, sin lugar a aumentarlo por valorización o cualesquiera otras circunstancias ulteriores.

c) Para el cálculo promedial de los cánones se podrán formar períodos distintos, en cuanto corresponda a las realidades económicas de la ciudad.

d) Como lucro cesante no podrá tomarse el monto bruto de los cánones mensuales multiplicado por el número de meses, sino que habrá de deducirse el costo de administración, así como el de

reparaciones, los impuestos y demás bajas habituales y también los posibles o probables meses de desocupación en cada año o período.

e) Si por edificaciones levantadas en el suelo de la finca en referencia con posterioridad a su dicha destrucción o por cualquiera otra causa hubiere habido lucro para su dueño después de ese 19 de noviembre, el monto de tal lucro se deducirá de lo que por esta causa quede señalado como valor del lucro cesante en virtud de los cálculos indicados en los puntos precedentes *c*) y *d*), y el saldo será lo pagadero por el Municipio por este capítulo de la indemnización total.

El señor Procurador General de la Nación, a quien por ley corresponde llevar la voz del Municipio ante la Corte en casos como el presente, al responder la demanda de casación manifestó que en vista de la doctrina de esta Sala sobre prescripción de las acciones en juicios de esta clase, el cargo al respecto habría de prosperar. Y agregó: «Tampoco entro a impugnar el recurso en cuanto a las pruebas se refiere, pues de un estudio detenido del proceso he llegado a la convicción de que es innegable la responsabilidad del Municipio demandado por el hecho dañoso materia de la litis. Pero para el fallo de instancia que haya de sobrevenir me permito hacer un reparo fundamental al dictamen de los peritos que justipreciaron el daño en sus elementos daño emergente y lucro cesante».

Ese reparo se refiere a que el avalúo de la edificación pasara de $ 9.000, apareciendo comprada la finca toda, inclusive el lote, en $ 6.000 cuatro años antes, y siendo aquélla antigua y de adobe.

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, o sea la pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en este juicio el diez y seis de febrero de mil novecientos cuarenta y dos, y revocando la de primera instancia pronunciada por el Juzgado 7.° Civil de este Circuito el veintiocho de mayo de mil novecientos cuarenta, falla este pleito así:

Decrétase la indemnización de perjuicios materia de la presente causa y, por ende, condénase al Municipio de Bogotá a pagar a los señores Humberto Sanabria y José Antonio Rodríguez, mitad cada uno, como valor de tal indemnización, la cantidad que al efecto se fije en la ejecución de esta sentencia por los trámites del artículo 553 del Código Judicial sobre las bases señaladas para ello en la parte motiva de este fallo.

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.

REIVINDICACION

Para que sea aplicable el artículo 474 del Código Judicial, es indispensable, entre otras cosas, que haya identidad jurídica entre las personas de los litigantes, y por ésta se entiende el que las partes en el segundo pleito sean causahabientes a título universal de las que figuraron en el primero, o a título singular por legado, o por enajenación efectuada después del registro de la demanda, tratándose de inmuebles.

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

(*Ponente*, Magistrado doctor José Miguel Arango).

Debidamente aparejado se decide hoy el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Manizales, de 11 de diciembre de 1941, por la cual se confirmó la del Juez de Manzanares, con la reforma de que no se decretó la petición contenida en el numeral octavo de dicha sentencia. Aquélla declaró no probada la excepción de cosa juzgada; decretó la reivindicación del lote alinderado en la demanda y condenó a Francisco Díaz L. a restituír al demandante Cepeda, los frutos naturales y civiles, de acuerdo con las disposiciones relativas a las prestaciones mutuas.

El juicio lo siguió Carlos Julio Cepeda contra Francisco Díaz, Eusebio Cortés y Antolina Herrera.

Los fundamentos principales del Tribunal son éstos, refiriéndose a la excepción de cosa juzgada propuesta por los demandados:

1.° Que no hay identidad jurídica entre las personas con quienes se ventiló el juicio de reivin-

dicación decidido por la sentencia que invoca el recurrente, porque en él figuraron Claudina Mahecha como demandante y Eusebio Cortés como demandado, y en el presente intervienen Carlos J. Cepeda como demandante y Eusebio Cortés y otros como demandados, sin que pueda decirse que Cepeda en la presente causa sea causahabiente de la Mahecha, a título singular por enajenación efectuada con posterioridad al registro de la demanda en el juicio en que se profirió tal sentencia, porque Cepeda adquirió tal inmueble exclusivamente de Trinidad Muñoz y no de Claudina Mahecha.

2.° Porque la sentencia traída a los autos para probar la excepción de cosa juzgada es una copia expedida por el Secretario del Juzgado de Manzanares del libro copiador de sentencias que se llevaba en ese Juzgado, sin que conste que la sentencia original fue registrada de acuerdo con el artículo 2657 del Código Civil.

Respecto del desistimiento suscrito por Joaquín París Viana en su calidad de apoderado de Trinidad Muñoz y Claudina Mahecha, y por Eusebio Cortés, Angelina Herrera y Francisco Díaz, el Tribunal no lo aceptó porque consideró que había sido presentado ante Juez incompetente, sin que se le hubiera prorrogado la jurisdicción, por lo cual advierte que no hubo juicio entre las partes, para que pudiera deducirse la excepción de cosa juzgada. Agrega el fallador de Manizales que como el memorial de desistimiento expresa que se hace por arreglo amigable entre las partes, lo que implica un contrato de transacción, el cual no ha venido a autos, ese desistimiento tampoco tiene el alcance de cosa juzgada, por no haberse demostrado la existencia del contrato de transacción.

RECURSO

El recurrente limita su acusación a estos fundamentos del fallo y los acusa por error de derecho y de hecho que aparece de manifiesto en los autos, por haberse apreciado erróneamente determinadas pruebas, lo que indica que se invoca la causal primera de que habla el artículo 520 del Código Judicial.

Considera que Carlos J. Cepeda demandante sí es causahabiente de Claudina Mahecha, porque, de acuerdo con la escritura número 36 de 22 de septiembre de 1932. Trinidad Muñoz enajenó el inmueble a que se contrae este litigio a Claudina Mahecha, y que ésta, aunque volvió a hacer transferencia de ese inmueble a Trinidad Muñoz por escritura de 26 de enero de 1938, ésta adquirió dicho inmueble con todos los vicios y calidades que se hubiesen presentado en la situación jurídica del inmueble, durante el lapso en que él fue de propiedad de la Mahecha, al tenor de la escritura 36 citada, y como durante el tracto en que el dominio radicaba en la Mahecha se dictó la sentencia de fecha 20 de noviembre de 1935, al transferir la Mahecha a la Muñoz y ésta a Cepeda, jurídicamente afectaba el fallo a todos los adquirentes en el juicio de Claudina Mahecha contra Eusebio Cortés, porque la transmisión del dominio, bien sea a título singular o a título universal, se opera teniendo en cuenta las calidades y vicios de la cosa materia de la transacción.

Para sostener el sentenciador que Cepeda no es causahabiente de la Mahecha, dijo:

«Cabe observar que no hay identidad jurídica entre las personas entre quienes se ventiló el juicio de reivindicación donde se pronunció la sentencia de que se ha hablado y las personas que han intervenido en el presente juicio, porque aquel en el cual se profirió la aludida sentencia se ventiló entre Claudina Mahecha como demandante y Eusebio Cortés como demandado, y en el presente juicio interviene Carlos J. Cepeda como demandante y Eusebio Cortés y otros como demandados, sin que se pueda alegar para establecer la pretendida identidad jurídica el hecho de que Cepeda sea causahabiente de la Mahecha a título singular por enajenación efectuada con posterioridad al registro de la demanda en el juicio en que se profirió la sentencia, desde luégo que Cepeda no es causahabiente de la Mahecha, del inmueble cuya reivindicación se solicita, sino que dicho Cepeda adquirió tal inmueble exclusivamente de Trinidad Muñoz, como puede verse del texto de las escrituras números 125 de 17 de diciembre de 1937 y 14 de 26 de enero de 1938, que obran en este juicio en copias auténticas y debidamente registradas. Por la primera, Trinidad Muñoz vendió a Carlos J. Cepeda el solar y la casa que es materia de reivindicación, y por la segunda, Trinidad Muñoz y Claudina Mahecha deshicieron el contrato de compraventa otorgado por la escritura número 36 de fecha 22 de septiembre de 1932, por la cual la Muñoz había vendido la casa a la Mahecha, y se ratificó la venta con respecto a dicha casa que la Muñoz le hizo a Cepeda por la escritura número 125, venta que fue de cosa ajena, puesto que antes la misma Muñoz había vendido dicha casa a la Mahecha, por la escritura número 36, fue ratificada y saneada por la Muñoz en la escritura número 14, una vez que por esta misma escritura la casa haya vuelto a su patrimonio. Luego Cepeda jurídicamente no adquirió la casa ni parte de ella de la Mahecha, sino de Trinidad Muñoz, y entonces se tiene que Cepeda es causahabiente a título singular por la enajenación de la Muñoz que no intervino en el juicio en el cual se profirió la sentencia que se ha traído con

el pretendido fin de demostrar la excepción de cosa juzgada».

El recurrente no ha señalado las pruebas que el Tribunal apreció erróneamente para decidir que Cepeda no es causahabiente de Claudina Mahecha, ni ha demostrado en qué errores de derecho o de hecho incurrió el sentenciador al hacer las aseveraciones transcritas en el párrafo anterior. Obrando con amplitud de miras en el presente recurso de casación, podría decirse que las pruebas mal apreciadas fueron las escrituras señaladas por el Tribunal en los fundamentos dichos, y que el error de hecho o de derecho pudo consistir en que, como el dominio del inmueble radicaba en la Mahecha cuando se dictó la sentencia de fecha 20 de noviembre de 1935, ese fallo perjudicaba a la Muñoz y consiguientemente a Cepeda, que adquirieron el inmueble reivindicado con posterioridad a dicho fallo.

Un grave reparo le hace la Sala a las argumentaciones del recurrente. Si se considerase que a éste le asiste razón en el reparo, habría necesidad ineludible de comprobar que la sentencia a que se refiere el recurrente era definitiva, firme, que no estaba sometida a ningún recurso, ni que debía ser consultada, es decir, que estaba ejecutoriada, y este hecho, preciosísimo para la decisión de la litis, está ausente del proceso.

De esta suerte no puede haberse violado el artículo 473 del Código Judicial, señalado por el recurrente, porque la sentencia no se sabe si está o no ejecutoriada, si es o nó firme, requisito indispensable para que ella tenga la fuerza de cosa juzgada y haga nula cualquier decisión posterior que le sea contraria. También debe rechazarse la acusación por la violación del artículo 474 porque para que él se aplique es indispensable, entre otras cosas, que haya entidad jurídica entre las personas de los litigantes, y por ésta se entiende el que las partes en el segundo pleito sean causahabientes a título universal de las que figuran en el primero, cosa de que aquí no se trata, o a título singular por legado, que no es el caso, o por enajenación efectuada con posterioridad al registro de la demanda, tratándose de inmuebles.

Como parece que el expediente original en donde se dictó la primer sentencia ha desaparecido del Juzgado de Manzanares, y no se ha traído prueba de cuándo fue registrada la demanda, o si lo fue, no puede considerarse que la enajenación de la Muñoz a Cepeda se haya efectuado con posterioridad al registro de la demanda; pero aun en el caso de serlo, la sentencia en mención no puede considerarse como sentencia firme y ejecutoriada, según lo ya dicho, y por lo tanto, jurídicamente hablando, es imposible la existencia de la cosa juzgada.

Queréllase igualmente el recurrente de que el Tribunal haya echado de menos el registro de la sentencia en el primer pleito, para que pudiera apreciarse como prueba, al tenor de los artículos 2657 y 2673 del Código Civil, puesto que habiendo desaparecido del juzgado el expediente respectivo no podía traerse una copia de esa sentencia tomada del original.

Parece evidente que el expediente desapareció del Juzgado de Manzanares, y por ello el Tribunal en su fallo dispuso que, de acuerdo con el artículo 11 del Código de Procedimiento Penal, se dé noticia al Juez del Circuito de Manzanares para que inicie la investigación correspondiente por la desaparición del expediente, y en esta ocasión quizás se podría aceptar esa copia como prueba, pero es el caso que el recurrente no cita la disposición que hubiera violado el Tribunal por no darle valor de prueba a una copia de copia de la sentencia original extendida en el libro respectivo de copias de sentencias que se lleva en el juzgado.

Por otra parte, ha sido fallado en varias ocasiones que el registro de las sentencias ha de hacerse sobre el original, y esta constancia no aparece comprobada en el proceso, es decir no se sabe si esa sentencia original fue registrada, y también se ignora, aun en el caso de que hubiera sido registrada en el original, si ella fue una sentencia firme y ejecutoriada. Es verdad que en el expediente aparece una atestación del Registrador de Manzanares, de fecha 5 de julio de 1940, en que dice que la sentencia anterior se inscribió el 14 de mayo del mismo año, en el libro correspondiente de registros, pero de esa nota no se infiere que la sentencia original hubiera sido registrada, y se desprende del memorial de pruebas presentado por el apoderado de Eusebio Cortés que tal nota se refiere a la copia expedida por el Juzgado del Circuito de Manzanares, pues en ese memorial se dice: «Y que la copia pase al señor Registrador para que le ponga la constancia del registro».

Por último, el Tribunal en su fallo consideró que no podía apreciarse el desistimiento suscrito por Joaquín París Viana en su calidad de apoderado de Trinidad Muñoz y Claudina Mahecha, y por Eusebio Cortés, Angelina Herrera y Francisco Díaz, en sus propios nombres, desistimiento que fue admitido por el Juez del Circuito de Manzanares por auto de julio de 1937, y para ello se funda en que ese desistimiento se presentó ante un Juez que no tenía jurisdicción para conocer del asunto, y que ella no le había sido prorrogada. También basó ese rechazo en que en el memo-

rial de desistimiento se decía que él se hacía en virtud de un arreglo amigable celebrado entre las partes, lo que equivale a un contrato de transacción, y que como no se había demostrado la existencia de ese contrato no podía considerarse como válido, y en consecuencia no podía aceptarse el desistimiento.

Concediendo que el fallador de Manizales se hubiera apartado de la vía legal en esos asertos, esos errores no llevarían a cambiar el fallo acusado, porque si entre las partes a que se refiere el auto de desistimiento no figuraba el señor Carlos J. Cepeda, a él no le es aplicable el artículo 462 del Código Judicial. El quebrantamiento de los artículos 1502, 1524, 1752, 1753 y 1754 del Código Civil no tiene incidencia en el presente fallo porque queda en firme el hecho de que las partes que desistieron en el primitivo juicio no son las mismas que figuran en el presente.

La Corte encuentra un tanto confuso y contradictorio el razonamiento del recurrente porque se hace valer, para fundar la excepción de cosa juzgada, la sentencia que se trajo en copia de copia dictada en el primitivo juicio, y al mismo tiempo se presenta el auto de desistimiento recaído en el mismo negocio, lo que indica que la sentencia primitiva dejó de tener valor legal.

Por todo 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,

FALLA:

1. No se infirma la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Manizales el once de diciembre de mil novecientos cuarenta y uno.

2. Condénase al recurrente en las costas del recurso.

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*, Secretario en propiedad.

Acción de nulidad de un contrato por simulación.

En un acto sometido al registro deben distinguirse dos cosas, según lo ha sostenido la Corte: el acto o contrato en sí mismo considerado y el registro de éste. El acto o contrato queda perfecto desde que las partes convienen en lo pactado y desde que firman la escritura pública cuando el contrato es solemne. El registro no da solemnidad al acto sino que tiene el fin u objeto a que se refiere el artículo 2637 del Código Civil. Servir de medio de tradición del dominio es uno de los objetos del registro, pero la tradición es una de las consecuencias u obligaciones de todo contrato de venta, y en tratándose de cierta clase de bienes se verifica por el registro, artículo 756 del Código Civil, que sienta el principio general y que desarrolla y precisa aún más el artículo 759 ibídem. La tradición puede verificarse mucho tiempo después de la celebración del contrato, y, verificada, se retrotrae a la época del pacto, efecto retroactivo que no se produce cuando entre la celebración del contrato y su registro ha habido interferencia de otro registro. La eficacia legal de un título sometido al registro no surge o no tiene operancia sino cuando se ha verificado éste; por eso enseña el artículo 2673 que ningún título sometido al registro podrá tenerse como prueba sino cuando se halle debidamente registrado, y el artículo 630 del Código Judicial preceptúa que la escritura pública, para ser estimada como prueba, debe presentarse con la nota de haberse hecho el registro en la forma debida. Mas la apreciación de la eficacia de esa clase de títulos, como de toda prueba, la hace el juzgador al pronunciar la sentencia, teniendo en cuenta si el título sometido al registro está registrado o nó, cuando vaya a pronunciar su fallo.

Preceptúa el artículo 1587 del Código Civil que la venta de bienes raíces, de servidumbres, de una sucesión hereditaria, no se reputan perfectas ante la ley mientras no se haya otorgado escritura pública. Verificado ese contrato solemne, queda entonces perfecto, y es menester luégo registrar el instrumento, registro que se hace después de perfeccionado el contrato, artículo 2652 ibídem, de donde se ve claramente que si el registro es indispensable para la eficacia probatoria del acto no atañe a este mismo, el cual, en sí, para su validez, está sometido a otras normas, como las de capacidad de las partes, libertad de consentimiennto, existencia de causa, causa lícita, etc. Quien pre-

senta un instrumento que ha debido registrarse, sin esta formalidad del registro, y apoya en él su intención, no comprueba su derecho porque no hace fe el instrumento que debiendo ser sometido al registro no lo ha sido. Este punto es materia de apreciación y decisión en el fallo, de modo que si cuando se dicta la sentencia el instrumento ha sido registrado y esa comprobación existe en autos, el fallador debe apreciar la prueba.

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

(Magistrado ponente, doctor Liborio Escallón).

Polidoro Gómez fue casado con Antonia Lozada. Muerto éste, sus hijos Lucía, Sinforosa, Juan Angel, Federico, y además el cónyuge supérstite, vendieron a Víctor González Yara todos los derechos en la sucesión intestada de dicho Gómez, según aparece de la escritura 120 de 20 de mayo de 1934, de la Notaría de Dolores.

El juicio de sucesión de Polidoro Gómez fue abierto, y aparece de autos que se inventariaron y avaluaron bienes. En ese juicio fueron reconocidos como herederos los hijos de éste, los mismos que vendieron sus derechos y acciones a González Yara.

Aparece de la escritura 265 de 27 de agosto de 1928, Notaría de Purificación, que Polidoro Gómez vendió a Carlos Pacheco varios inmuebles por la suma de $ 3.000, y que Pacheco aceptó la escritura para el menor de edad llamado Alejandro Osorio. El vendedor confesó haber recibido a su satisfacción, del comprador, el precio de la venta.

El expresado González Yara, invocando su carácter de subrogatario de los herederos de Polidoro Gómez, pidió en síntesis que se declare nulo de nulidad absoluta el contrato a que se refiere la escritura 265 de 27 de agosto de 1928, por no haber existido precio, y por haber sido hecho por Polidoro Gómez, con el ánimo de desheredar a sus hijos legítimos y lesionar sus derechos de herencia.

Esta petición fundamental tiene como consecuencia la súplica consistente en que se declare que los bienes a que se refiere la escritura 265 no han salido del patrimonio o del haber de la sucesión de Polidoro Gómez y que tales bienes son de propiedad de esa sucesión, para la cual reclama el demandante la entrega.

Hechos fundamentales de la demanda son éstos:

Polidoro Gómez fue casado con Antonia Lozada, y durante ese matrimonio procrearon como hijos a Lucía, Juan Angel, Sinforosa y Federico Gómez Lozada.

Durante su vida de casado, Polidoro mantuvo relaciones ilícitas con Eliceria Osorio, y de esa unión nació Alejandro.

Por intermedio de Carlos Pacheco, Polidoro Gómez traspasó varios de sus bienes a Alejandro Osorio, traspaso simulado por cuanto no hubo precio, y además con él perjudicó a sus hijos en su derecho herencial.

Presentada y admitida la demanda, la viuda de Polidoro, Antonia Lozada, y sus hijos legítimos, manifestaron al Juez del conocimiento que se hacían parte en el juicio y coadyuvaban la acción ejercitada por González Yara, coadyuvancia que fue admitida por el Juez en auto de 13 de octubre de 1938, y así continuó el juicio.

Remató éste en primera instancia con la sentencia del Juez del Circuito de Purificación, de 18 de mayo de 1940, quien declaró probada la excepción de ilegitimidad de la personería sustantiva del demandante y absolvió a los demandados Carlos Pacheco y Alejandro Osorio, representado por su madre natural Eliceria Osorio, de los cargos de la demanda.

Esta sentencia, apelada por la parte actora, fue confirmada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, en fallo de 14 de junio del año pasado.

Interpuesto el recurso de casación por la parte desfavorecida, y concedido, pasa hoy a decidirse.

El fallador de Ibagué funda su sentencia en esto: Si bien es cierto que el demandante Víctor González Yara presentó con la demanda la escritura pública en que acredita su título de subrogatario de los herederos de Gómez, registrada en el Libro número 1.°, también es que, como cuando la presentó no estaba registrada en el Libro número 2.°, el demandante carece de personería. Este hizo registrar tal escritura en los libros 2.° y de Causas Mortuorias, durante la secuela del juicio, en el término probatorio, pero para el Tribunal esos registros no subsanan la personería del demandante porque ha debido tenerla perfecta y completa desde la presentación de la demanda. De ahí la excepción de falta de personería que deduce en su fallo.

La demanda del recurrente no se ajusta exactamente a la técnica de la casación, pero sin embargo sí ataca el fallo en cuanto, en su concepto, el Tribunal, al deducir la excepción de que se ha hecho mérito, viola, por aplicación indebida del artículo 2637 del Código Civil, y por no haberlos

aplicado al caso del pleito los artículos 669, 740, 742, 745, 746, 747, 749 y 752 de la misma obra.

La Corte considera: Con la demanda presentó el actor Víctor González Yara copia de la escritura 120, de que se ha hecho mérito, registrada en el Libro 1.° La demanda fue presentada el 9 de julio de 1938.

Durante el término probatorio pidió el actor que por el Notario respectivo se hiciera venir a los autos otra copia de la mencionada escritura, pasándola previamente por el registro; así se hizo, y llegó tal escritura, registrada además, el 12 de agosto de 1938, en los Libros 2.° y de Causas Mortuorias.

Sobre esta base, y teniendo en cuenta la causación, la Corte considera: En un acto sometido al registro deben distinguirse dos cosas, según lo ha sostenido esta corporación: el acto o contrato en sí mismo considerado y el registro de éste. El acto o contrato queda perfecto desde que las partes convienen en lo pactado y firman la escritura pública, cuando el contrato es solemne. El registro no da solemnidad al acto sino que tiene las finalidades u objetos a que se refiere el artículo 2637. Servir de medio de tradición del dominio es uno de los objetos del registro, pero la tradición es una de las consecuencias u obligaciones de todo contrato de venta, y en tratándose de cierta clase de bienes se verifica por el registro, artículo 756 del Código Civil, que sienta el principio general, y que desarrolla y precisa aún más el artículo 759 ibídem.

La tradición puede verificarse mucho tiempo después de la celebración del contrato, y, verificada, se retrotrae a la época del pacto, efecto retroactivo que no se produce cuando entre la celebración del contrato y su registro ha habido interferencia de otro registro.

La eficacia legal de un título sometido al registro no surge o no tiene operancia sino cuando se ha verificado éste; por eso enseña el artículo 2673 del Código Civil que ningún título sometido al registro podrá tenerse como prueba sino cuando se halle debidamente registrado, y el artículo 630 del Código Judicial preceptúa que la escritura pública, para ser estimada como prueba, debe presentarse con la nota de haberse hecho el registro en la forma debida. Mas la apreciación de la eficacia de esa clase de títulos, como de toda prueba, la hace el juzgador al pronunciar la sentencia, teniendo en cuenta si el título sometido al registro está registrado o nó cuando vaya a pronunciar su fallo.

Preceptúa el artículo 1587 del Código Civil que la venta de bienes raíces, de servidumbres, de una sucesión hereditaria, no se reputan perfectas ante la ley mientras no se haya otorgado escritura pública. Verificado ese contrato solemne, queda entonces perfecto, y es menester luégo registrar el instrumento, registro que se hace después de perfeccionado el contrato, artículo 2652 ibídem, de donde se ve claramente que si el registro es indispensable para la eficacia probatoria del acto, no atañe a éste mismo, el cual, en sí, para su validez, está sometido a otras normas, como las de capacidad de las partes, libertad de consentimiento, existencia de causa, causa lícita, etc.

Quien presenta un instrumento que ha debido registrarse, sin esta formalidad del registro, y apoya en él su intención, no comprueba su derecho porque no hace fe el instrumento que debiendo ser sometido al registro no lo ha sido. Este punto es materia de apreciación y decisión en el fallo, de modo que si cuando se dicta la sentencia el instrumento ha sido registrado y esa comprobación existe en autos, el fallador debe apreciar la prueba.

En el caso de autos no solamente se registró la escritura en que González Yara apoya su demanda, y ese registro existía ya cuando se dictó la sentencia de primer grado, sino que además hay esto: La viuda e hijos de Polidoro Gómez, al coadyuvar la acción de éste, manifestaron que ratifican en todas y cada una de sus partes la actuación de González Yara, quien, como se vio, pidió en su demanda para la sucesión del expresado Polidoro Gómez. Esa ratificación, suponiendo por hipótesis que González Yara no tuviera la personería, vino a sanearla totalmente por cuanto si éste careciera de aquélla no carecerían los herederos y el cónyuge sobreviviente de Gómez.

Si no se aceptara el anterior extremo, resultaría que nadie tiene personería para demandar en pro de la sucesión de Polidoro Gómez, lo cual es inadmisible.

Lo expresado anteriormente lleva a la Corte a la conclusión de que el cargo en casación es fundado.

Procede entonces la sentencia de instancia, para lo cual se considera: Está comprobado en autos que en enero de 1888 contrajeron matrimonio católico Polidoro Gómez con Antonia Lozada (fojas 14 del cuaderno principal) y que de ese matrimonio fueron hijos Lucía, Sinforosa, Juan Angel y Federico Gómez Lozada.

El 4 de agosto de 1930 falleció Polidoro Gómez (fojas 21 vuelta ibídem).

Los inmuebles que Gómez aparece vendiendo a Carlos Pacheco, para Alejandro Osorio, según la escritura 265 citada, fueron adquiridos durante la sociedad conyugal habida con Antonia, y eran los únicos inmuebles de que era dueño. Por eso

al ser relacionados e inventariados en el juicio de sucesión de Polidoro Gómez, el 24 de febrero de 1931 se presentó Carlos Pacheco formulando oposición a fin de evitar la inclusión en el inventario de tales bienes, y adujo como prueba la mencionada escritura 265 de 27 de agosto de 1928. El juzgado resolvió inventariar tales inmuebles, pero los dejó en poder de Carlos Pacheco (fojas 39 del cuaderno de pruebas). De esa diligencia se viene en conocimiento que lo único que no fue materia de oposición al inventario fueron los semovientes y algunos bienes de cuantía ínfima.

Queda establecido por lo tanto que Gómez traspasó todos sus inmuebles, que eran los de algún valor, a Carlos Pacheco, para Alejandro Osorio.

Téngase en cuenta que entre los hechos de la demanda, los marcados con los números 20, 21 y 22, se afirma que al hacer tales enajenaciones el propósito de Gómez fue el de desheredar a sus hijos legítimos y privar a su esposa de la mitad de gananciales, puesto que no hubo precio.

Polidoro y Antonia se separaron y ni siquiera se daban el saludo, y vivían en sitios distintos según se ve de las declaraciones de Elías Cuéllar y Marceliano González (fojas 69 vuelta y 70 vuelta del cuaderno de pruebas), y esta separación, este rompimiento coincidió con el hecho de que Polidoro Gómez se llevó para su finca de «El Paradero» a Eliceria Osorio, con quien hizo vida común y de quien tuvo un hijo, que es precisamente Alejandro Osorio. Se comprueba esto con las declaraciones de Pastor Llanos, Raymundo Bautista y Segundo Bautista (fojas 63 vuelta, 65 y 68 ibídem), corroboradas en parte, es decir, en cuanto que la mencionada Osorio vivía en la casa de Polidoro Gómez, por los testimonios de Victorino Figueroa y Aristides Valdés Ch. (fojas 55 ibídem).

En la partida de defunción de Polidoro Gómez expresa el Párroco que no se le pudo dar sepultura eclesiástica porque vivia en público concubinato y adulterio, y a pesar de habérsele amonestado en salud no quiso enmendar la vida y que en ese mal estado murió.

Polidoro Gómez, como ya se vio, traspasó todos sus inmuebles para que fueran al dominio de Alejandro Osorio, y una serie de testigos contestes declara que dicho señor era un hombre solvente, que no le debía nada a nadie, lo cual se confirma con la diligencia de inventarios, en la que no figura ningún crédito contra la sucesión de éste, emanada de deuda personal del expresado Polidoro. Declaraciones de Angel María Ruiz, Martín Aya, Teodoro Portela G., Floro Páez, Carlos Cadena y Sacramento Luna, quienes afirman además que Polidoro Gómez manejó y usufructuó las fincas vendidas a Pacheco hasta pocos días antes de su muerte.

Con las declaraciones arriba mencionadas está probado además que Eliceria Osorio, madre del menor, era hija de Atanasio Osorio y Margarita Oliveros, gentes jornaleras, de extrema pobreza, y que Polidoro Gómez fue al sitio de «Pocharco», donde vivían los padres de Eliceria, y se la llevó para su finca de «El Paradero».

Llamada a absolver posiciones Eliceria y preguntada sobre el precio, dijo que había hecho algunos ahorros de lo que ganaba como concertada o dependiente de Polidoro Gómez y que el dinero de la compra se lo había prestado Carlos Pacheco, su compadre, quien, interrogado en posiciones, dijo lo mismo.

Los hechos apuntados y demostrados, a que se acaba de hacer referencia, constituyen, a juicio de la Corte, una serie de indicios de donde se concluye que realmente no hubo precio en el contrato de compraventa a que se refiere la escritura 265 citada.

En efecto: Polidoro Gómez se separó de su mujer y fue a hacer vida común con Eliceria Osorio, de donde resultó el nacimiento de Alejandro. Esa comunidad de vida, ese nacimiento, inclinaron sin duda ninguna el afecto de Polidoro hacia el fruto de esa unión irregular, y está dentro de la realidad de las cosas que la influencia de Eliceria coadyuvó, por lo menos en parte, a que fuera favorecido su hijo Alejandro.

No es común que una persona, en un mismo acto, traspase todos sus bienes a otra. El hecho puede suceder, pero se necesita una explicación, que en el caso presente no existe en autos. Por el contrario: de los testimonios citados al respecto aparece que Polidoro, hombre solvente, no tenía necesidad de hacer la enajenación general y total de sus inmuebles, que eran la base para sus negocios. No se explican además dos cosas: que Polidoro hubiera continuado disfrutando de esos bienes hasta su muerte, y que no hubiera dejado dinero en efectivo cuando ésta aconteció, como parece ser lo razonable, si hubiera recibido el precio de la venta cuyo contrato no fue muy anterior a la fecha de su muerte.

Si, como está demostrado, Eliceria Osorio era muy pobre, si no tenía ninguna industra ni negocio, y si, como ella misma lo afirma, era concertada de Polidoro para manejar la casa de éste, no es presumible que en esas circunstancias pudiera ahorrar, en un tiempo relativamente corto, una suma considerable dentro del medio en que vivió y la ocupación que dice desempeñaba, para poder pagar el precio de la venta que hizo Polidoro, en definitiva, a Alejandro.

Tampoco es fácilmente aceptable que una persona como Carlos Pacheco, por el mero hecho de ser padrino de Alejandro, le prestara ese dinero a su comadre Eliceria, carente de bienes de fortuna y además sin exigirle ningún comprobante. Si se acepta además la confesión de la propia Eliceria, en la que afirma que no le debe nada a nadie, quiere entonces decir que si Pacheco le hubiera prestado el dinero Eliceria se lo había devuelto al poco tiempo, pero entonces surge la cuestión antes planteada: una sirvienta o concertada no está en posibilidad, a menos que se demuestre lo contrario, de reunir la suma que se fijó como precio de la venta, con sólo los ahorros de su salario, en el corto tiempo que medió entre la escritura y la absolución de las posiciones.

Teniendo en cuenta los bienes relacionados en los inventarios y el origen de estos bienes, adquiridos todos ellos, los inmuebles, durante la sociedad conyugal, se concluye que si por una parte Polidoro lesionó totalmente a su mujer, puesto que vendió todo lo adquirido durante la sociedad conyugal y no quedaron gananciales por la otra, los semovientes y enseres relacionados y avaluados en la diligencia de inventarios son muy inferiores en su precio al valor de los inmuebles, con lo cual las legítimas de sus hijos quedaron casi desconocidas.

Se comprende que Polidoro hubiera hecho esto por las dos razones ya expresadas: el rompimiento con su familia legítima y el cariño e inclinación hacia el fruto de sus relaciones ilícitas.

Los indicios que acaban de analizarse y que están, se repite, establecidos cada uno de ellos como entidad independiente, no son necesarios, pero por ser precisos y conexos entre sí concurren a demostrar el hecho controvertido, que no hubo precio en la venta, y forman plena prueba al respecto según el artículo 655 del Código Judicial, valiendo la pena observar que la parte demandada no hizo el menor esfuerzo ni por desvirtuar tales indicios ni por refutar probatoriamente las aseveraciones de la parte actora, sino que se acogió exclusivamente a los términos de la escritura.

El acto acusado como nulo no puede por lo tanto subsistir como compraventa porque falta uno de los elementos esenciales de ésta: el precio. (Artículo 1849 del Código Civil).

Obsérvese que en la demanda se ataca el contrato por este vicio esencial inductivo de nulidad absoluta.

El acto acusado como nulo, es decir, el de que da cuenta la escritura 265 de 27 de agosto de 1928, de la Notaría de Purificación, no puede por lo tanto subsistir como compraventa, porque falta uno de los elementos esenciales de ésta, el precio, como se expresó antes.

Procede, pues, la declaratoria de nulidad impetrada, y por lo tanto las súplicas relativas a que los bienes que aparecen vendidos no salieron, por ese acto, del dominio de Polidoro Gómez Valdés y pertenecen hoy a la sucesión de éste. Procede como consecuencia el decreto de restitución de tales bienes a la sucesión prenombrada.

No proceden las dos primeras peticiones de la demanda porque son extrañas a este debate, que no es sino de nulidad de un acto. Los extremos contenidos en aquéllas no son pertinentes desde luego que no se disputa ni sobre el carácter de cónyuge sobreviviente de Antonia Lozada ni sobre la legitimidad de los hijos habidos por ésta en su matrimonio con Polidoro Gómez.

En mérito 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, *casa* la sentencia recurrida, o sea la dictada por el Tribunal Superior de Ibagué el catorce de junio de mil novecientos cuarenta y uno; *revoca* la de primera instancia, que lleva fecha de diez y ocho de mayo de mil novecientos cuarenta, pronunciada por el Juez de Circuito de Purificación, y *falla* así este pleito:

1.° Declárase nulo el contrato que contiene el instrumento público número doscientos sesenta y cinco (265) de fecha veintisiete (27) de agosto de mil novecientos veintiocho (1928) de la Notaría de Purificación, por falta de precio.

2.° Declárase por lo tanto que Carlos Pacheco no adquirió para sí ni para el menor Alejandro Osorio los bienes que aquél dijo comprar a Polidoro Gómez en la citada escritura.

3.° Declárase que los bienes relacionados en la escritura mencionada no salieron, por ese acto, del patrimonio de Polidoro Gómez Valdés y que hoy pertenecen a la sucesión de éste.

4.° Declárase por lo tanto que esos bienes son de la mencionada sucesión, representada por sus herederos legítimos y por el subrogatario Víctor González Yara.

5.° Como consecuencia de lo anterior se condena a los demandados a restituir dichos bienes dentro de seis días contados desde la ejecutoria del auto de obedecimiento y cumplimiento que debe dictar el *juez a quo* en virtud de este fallo, junto con sus frutos naturales y civiles, desde la notificación de la demanda.

6.° Declárase ineficaz la escritura ciento cuarenta y cuatro (144) de diez (10) de agosto de mil novecientos treinta y cinco (1935) de la Notaría de Purificación, por la cual Eliceria Osorio aceptó el contrato contenido en la escritura doscientos

sesenta y cinco (265) de veintisiete (27) de agosto de mil novecientos veintiocho (1928).

7.° Líbrense sendos oficios al Notario y al Registrador de Purificación para que hagan las cancelaciones del caso de las escrituras doscientos sesenta y cinco (265) y ciento cuarenta y cuatro (144), el Notario, y de las inscripciones correspondientes, el Registrador.

8.° No es el caso de hacer las demás declaraciones impetradas.

Sin costas en las instancias 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.

ACCION DE RESOLUCION DE UN CONTRATO

En el caso de autos, tratándose de un negocio que requería para su validez escritura pública, porque comprendía la enajenación de unos terrenos y la constitución de la hipoteca, con la cual Sanmiguel decía garantizar la parte de precio que quedaba debiendo, el poder no podía ser conferido sino por escritura pública, pues se refería a un contrato solemne.

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

(Magistrado ponente, doctor Isaías Cepeda).

El recurso que hoy se decide tiene los siguientes antecedentes, según los hechos en que se apoya la demanda que dio origen al pleito:

En el Juzgado 6.° Civil de este Circuito cursó el juicio de sucesión del señor Ambrosio Velandia, y el 4 de julio de 1935 se verificaron los inventarios y avalúos de los bienes relictos, entre los cuales figuraron los hatos denominados *Macapay* y *El Rosario*, situados en el Corregimiento de Cabuyaro, de la Intendencia Nacional del Meta, junto con el ganado vacuno que allí existía.

La señora Lucrecia Vanegas de Velandia era la única interesada en el juicio, como cónyuge sobreviviente y heredera testamentaria del causante.

El apoderado judicial de la nombrada señora era el doctor Luis Eduardo Gacharná.

La señora de Velandia comisionó al doctor Gacharná «para que le consiguiera comprador o compradores, tanto de los terrenos ocupados por los hatos ya mencionados como de todo el ganado en ellos existente». (Hecho 4.°).

La misma señora, después de desechar una propuesta de compra que le hizo el señor Ricardo Murcia, aceptó la hecha por el demandante Roberto Sanmiguel, conforme a la cual éste le compraría los hatos, pagándole «a razón de quince pesos ($ 15) por cada cabeza de ganado, quedando incluído en el precio que resultara el valor de los terrenos ocupados por los hatos en cuestión», con la advertencia de que el precio respectivo lo pagaría el comprador, parte de contado y parte ($ 9.000), en el término de un año, garantizando esa cantidad con hipoteca de una de sus fincas.

Afirma el demandante que la señora de Velandia aceptó dicha propuesta y autorizó al doctor Gacharná para que celebraran el negocio con él; que en virtud de esa autorización el doctor Gacharná suscribió con el demandante Sanmiguel el documento privado de fecha 16 de julio de 1935, en que se consignó el expresado contrato, que fue aprobado por la señora de Velandia. (Hechos 5.° a 11.° inclusive); que se estipuló una multa de $ 5.000, que debería pagar la parte que no cumpliera el contrato; que Sanmiguel se allanó a cumplir sus obligaciones, pero que habiendo recibido la señora de Velandia otra propuesta de distinta persona, le ordenó al doctor Gacharná, dos días después de celebrar el contrato con aquél, que lo deshiciera, y que se negó rotundamente a cumplirlo, con lo cual le ocasionó perjuicios a Sanmiguel, que estima por lo menos, en $ 13.000.

Con base en los hechos que se dejan sintetizados, el señor Roberto Sanmiguel presentó, el 18 de marzo de 1938, demanda ordinaria contra la nombrada señora Lucrecia Vanegas de Velandia, que fue repartida al Juzgado 4.° Civil de este Circuito, y en la cual pidió que se hicieran las siguientes declaraciones:

«Primera. Que debe resolverse y queda resuelto, por falta de cumplimiento, por parte de la demandada, de sus obligaciones como vendedora, el contrato de compraventa de los ganados de los hatos de *Macapay* y *El Rosario*, contrato que consta en el documento privado suscrito en Bo-

gotá con fecha diez y seis (16) de julio de mil novecientos treinta y cinco (1935) por el doctor Luis Eduardo Gacharná y por mí, aquél como mandatario de la demandada, y en las posiciones absueltas por ésta con fecha nueve de agosto del mismo año, ante el señor Juez 7.º de este Circuito.

«Segunda. Que la demandada señora Lucrecia Vanegas de Velandia está obligada a pagarme, tan pronto como la sentencia quede ejecutoriada, la cantidad de trece mil pesos ($ 13.000) moneda corriente, suma en que estimo el valor de los perjuicios que la misma demandada me causó con el incumplimiento del contrato, o la cantidad que se pruebe en el curso del juicio como valor de tales perjuicios.

«Tercera. Que se condene a la demandada a pagarme las costas del juicio, si se opone a la presente demanda».

Admitida la demanda y corrido el traslado legal, la demandada contestó oponiéndose a la acción intentada, «porque el contrato citado en el libelo nunca ha existido», y negando casi todos los hechos fundamentales. Además, propuso «las excepciones perentorias de inexistencia de la obligación, por inexistencia del contrato que se alega, falsedad en el documento acompañado a la demanda, el que aparece con fecha diez y seis de julio de mil novecientos treinta y cinco, y todo hecho que resultare demostrado en el curso del juicio, del cual o de los cuales se desprenda la inexistencia de las obligaciones que se quieren hacer pesar a mi cargo».

Terminada la actuación legal correspondiente a la primera instancia, el Juez del conocimiento pronunció la sentencia de fecha veinticinco de febrero de mil novecientos treinta y nueve, por medio de la cual absolvió a la demandada de todos los cargos que se le formularon y condenó en costas al demandante.

Este apeló del fallo para ante el Tribunal Superior de este Distrito Judicial, y concedido el recurso y tramitado allí de acuerdo con la ley, dicha entidad lo confirmó en todas sus partes por sentencia del nueve de mayo de mil novecientos cuarenta y uno, con costas a cargo del actor.

Tanto el juzgador de la primera instancia como el Tribunal apoyaron sus decisiones absolutorias en que no se presentó el poder en virtud del cual obró el doctor Gacharná en representación de la señora de Velandia, y en que si es verdad que de las posiciones absueltas por dicha señora puede deducirse que sí había autorizado a aquél para celebrar el negocio, tal autorización era para vender conjuntamente los terrenos y los ganados, pero que, como el doctor Garchaná sólo vendió los ganados, no se ajustó a los términos del mandato y el contrato no puede obligar a la señora de Velandia sino en cuanto le aprovechara, conforme al artículo 2187 del Código Civil, aprovechamiento sobre el cual ninguna prueba se ha traído a los autos.

Estimó también el Tribunal que no está probada la legitimidad del documento exhibido por el demandante, y que fue tachado de falso por la parte demandada, de todo lo cual deduce que no existe el contrato cuya resolución se solicita.

Agrega que aun aceptando la existencia de dicho contrato, no resulta probado que la señora de Velandia lo incumpliera, sino, todo lo contrario, que quien dejó de cumplirlo fue el demandante Sanmiguel porque no entregó al día siguiente de suscrito el documento los $ 8.000 que debía pagar a buena cuenta del precio, ni constituyó la hipoteca que se había obligado a otorgar para garantizar lo que quedaba debiendo, por lo cual carece de acción para pedir la resolución del contrato.

EL RECURSO

Contra la sentencia del Tribunal interpuso recurso de casación el señor apoderado del actor, quien, con apoyo en la primera de las causales que enumera el artículo 520 del Código Judicial, le formula tres cargos, a saber:

1.º Violación, por indebida aplicación, de los artículos 2157 y 2187 del Código Civil, e infracción directa del 1769 del mismo Código y del 606 del Código Judicial, como consecuencia del error de hecho en que incurrió el Tribunal al apreciar las posiciones absueltas por la demandada, que figuran a los folios 4 y 5 del cuaderno número 1.

Sostiene el recurrente que según dichas posiciones el demandante Sanmiguel celebró el negocio personalmente con la señora de Velandia; que el mandato que ésta confirió al doctor Gacharná fue únicamente para formalizar el contrato ya acordado directamente por los interesados, lo que hizo el mandatario suscribiendo el documento que figura en autos, «y que, para que no quedara duda alguna, después de formalizado el contrato la señora lo aprobó, con señales de satisfacción», por lo cual no puede hablarse de extralimitación del mandato, conclusión a que llegó el Tribunal por errónea interpretación de las posiciones.

2.º Violación, por indebida aplicación, de los artículos 632 y 645 del Código Judicial, como consecuencia del error de hecho en que incurrió el Tribunal al no apreciar o tener en cuenta la prueba consistente en el reconocimiento judicial que el doctor Gacharná hizo del documento en que se consignó el contrato sobre que versa el pleito, documento acerca del cual dice el Tribunal que no está probada su legitimidad.

3.° Infracción directa de los artículos 1769 del Código Civil y 606 del Código Judicial, que dan fuerza de plena prueba a la confesión judicial, y de los artículos 1761 del Código Civil y 637 del Código Judicial, que dan la misma fuerza de plena prueba al documento privado reconocido por quien lo suscribió, al asimilarlos a las escrituras públicas y a la confesión judicial, respectivamente, e indebida aplicación al caso del pleito, por errónea interpretación, de los artículos 1546 y 1609 del Código Civil, todo como consecuencia del error de hecho en que incurrió el Tribunal al no tener en cuenta o al dejar de apreciar la cláusula tercera del documento de contrato, las posiciones absueltas por la demandada y la contestación de la demanda, en cuanto tales documentos demuestran que la señora de Velandia no se allanó a cumplir lo pactado.

ESTUDIO DE LOS CARGOS

I. El Tribunal, para confirmar la sentencia absolutoria de primer grado, se apoyó, principal y fundamentalmente, en que, aun aceptando la existencia del mandato que se afirma confirió la señora de Velandia al doctor Gacharná, éste no se ajustó rigurosamente a sus términos, como lo ordena el artículo 2157 del Código Civil, por lo cual el contrato parcialmente celebrado no obliga a la expresada señora sino en cuanto le aprovechara, prueba que no se ha dado en el juicio.

El recurrente, en su primer cargo, ataca la sentencia por haber incurrido el Tribunal en error de hecho al apreciar las posiciones absueltas por la demandada, pues dice que según ellas el contrato fue convenido personalmente por la señora de Velandia con Sanmiguel, y que después de formalizado por el doctor Gacharná la demandada lo aprobó.

En concepto de la Corte, el cargo está mal formulado porque al ser ciertos los hechos afirmados por el recurrente el Tribunal no habría dado a la prueba de posiciones su valor legal, y entonces el error que se le imputa sería de derecho y no de hecho, lo cual sería suficiente para rechazarlo; pero estudiando las respuestas dadas por la señora de Velandia a las preguntas que se le hicieron, se tiene lo siguiente:

Al contestar la *tercera* pregunta dijo la señora de Velandia:

«Al doctor Luis Eduardo Gacharná lo comisioné para que me buscara compradores de las fincas antes relacionadas, pero entendiéndose que la realización del negocio se perfeccionaría conmigo. A estos términos se redujo la facultad o autorización que le di al doctor Gacharná. En cuanto al ganado, aclaro que en las mismas condiciones estaba facultado, es decir, para conseguirle compradores, pues la venta de las fincas comprendía la del ganado, esto es, no podía realizarse negocio, por separado, del ganado».

La pregunta *sexta* es del siguiente tenor:

«¿Cómo es cierto que usted, después de oír la propuesta a que se refiere la anterior pregunta (la que le hizo Murcia), recibió una mía en virtud de la cual yo le pagaría el ganado a quince pesos por cabeza, quedando incluído en el precio que resultara el valor de las tierras de *Macapay* y *El Rosario*? Contestó: Es cierto que el doctor Sanmiguel me hizo la propuesta a que se refiere esta pregunta».

A la *séptima* contestó:

«Es cierto que por teléfono autoricé al doctor Luis Eduardo Gacharná para que celebrara el negocio a que se refiere esta pregunta, pero dejo constancia de que dentro de los dos días siguientes, más o menos, por teléfono le avisé al doctor Gacharná que ya no debía celebrar el contrato con el doctor Sanmiguel por habérseme presentado una oferta en mejores condiciones para el negocio en referencia».

Las otras preguntas y respuestas confirman y amplían lo dicho en las que han quedado copiadas.

De éstas se deduce claramente que la señora de Velandia deseaba vender los hatos de *Macapay* y *El Rosario*, comprendiendo en la venta tierras y ganados; que primero autorizó al doctor Gacharná para buscarle compradores, con la advertencia de que el negocio debía perfeccionarse con ella, y que habiendo posteriormente aceptado una propuesta hecha por Sanmiguel para la compra de ambas cosas, autorizó al doctor Gacharná para dar los pasos necesarios a la realización del contrato, pero que luégo, dentro de los dos días siguientes, le dijo que ya no debía celebrarse ese negocio, porque había recibido una oferta en mejores condiciones. Según afirma el demandante, mientras tanto el doctor Gacharná, diciendo obrar en representación de la señora de Velandia, suscribió el 16 de julio de 1935 un documento privado con Sanmiguel, en el cual aparece que aquél le vendió a éste el ganado existente en los hatos referidos y se convino en que los terrenos se le venderían después, negocio al cual dio su aprobación la señora de Velandia.

Examinando estos hechos a la luz de las disposiciones legales pertinentes, es forzoso concluir que al doctor Gacharná no puede considerársele como apoderado o mandatario de la señora de Velandia, para la venta de los hatos, tierras y ganados, porque dicha señora manifestó que el negocio debía comprender la enajenación de ambas

cosas y que debía perfeccionarse con ella. Además, tratándose de un negocio que requería escritura pública para su validez, porque comprendía la enajenación de unos terrenos y la constitución de la hipoteca con la cual debía Sanmiguel garantizar la parte de precio que quedaba debiendo, el poder no podía ser conferido sino por escritura pública, pues se refería a un contrato solemne. De consiguiente la autorización dada por la señora de Velandia al doctor Gacharná no podía tener por objeto sino la redacción de la minuta necesaria para el otorgamiento de la respectiva escritura pública de contrato, y éste no podía considerarse perfeccionado sino una vez otorgada tal escritura, de lo cual se desprende que el doctor Gacharná no pudo obrar como mandatario de la señora de Velandia, y entonces el contrato celebrado por aquél con Sanmiguel no obliga a la nombrada señora, y que, aun aceptando que el doctor Gacharná sí tenía el carácter de mandatario, como el contrato debía comprender la enajenación de las tierras y de los ganados conjuntamente y sólo se refirió a los ganados, el mandatario no se ajustó a los términos del mandato, y ese contrato tampoco obliga a la señora de Velandia, conforme a los artículos 2157 y 2187 del Código Civil, que no resultan violados por el Tribunal, sino, por el contrario, debidamente aplicados. Pero hay más: como no se vendió con arras, ni se dieron arras como parte del precio, o como señal de quedar convenidos los contratantes, se presume de derecho que cualquiera de ellos podía retractarse mientras no se otorgara la respectiva escritura pública, según el inciso final del artículo 1861 del Código Civil.

Por tanto se rechaza el cargo que se ha venido estudiando.

II. Tiene razón el recurrente al afirmar que el Tribunal incurrió en error de hecho al sostener que no está probada la legitimidad del documento de contrato suscrito por el doctor Gacharná y por Sanmiguel, pues no tuvo en cuenta el reconocimiento judicial que del contenido de dicho documento y de su firma hizo el doctor Gacharná, de acuerdo con las pruebas que obran en autos; pero como no es ese el soporte principal de la sentencia acusada, sino el que se analizó en el cargo anterior, el cual, como se ha visto, no pudo ser desvirtuado por el recurrente, no será posible infirmar el fallo del Tribunal, pues este segundo cargo que se estudia sólo puede dar lugar a la correspondiente rectificación.

La demandada, al contestar la demanda, propuso, entre otras, la excepción de falsedad del documento acompañado a la demanda, y después, durante el término de prueba de la primera instancia, solicitó las declaraciones de los señores Ricardo Murcia, Clodomiro Sierra y Juan E. Sierra, quienes dijeron que habiendo concurrido el 17 de julio de 1935 a la oficina del doctor Gacharná, encontraron allí al doctor Roberto Sanmiguel, quien se hallaba escribiendo en máquina, y les dijo que estaba redactando el documento para el contrato que ya había cerrado con el doctor Gacharná, porque no había tenido tiempo de escribirlo. En concepto de la Corte estas declaraciones no prueban la falsedad del documento aludido, ni sirven para desvirtuar el reconocimiento que en forma legal hizo el doctor Gacharná del mismo documento, pero tampoco dan base para infirmar la sentencia acusada, que tiene, como ya se dijo, otros fundamentos jurídicos que la sostienen.

III. Estima la Corte que el Tribunal no violó, como lo afirma el recurrente, los artículos 1761 y 1769 del Código Civil, y 606 y 637 del Código Judicial, por las razones que se expresaron al considerar el primer cargo, en donde se analizaron las posiciones absueltas por la demandada y el documento de contrato sobre que versa el juicio, por lo cual es innecesario estudiar aquí de nuevo esos puntos.

La tacha consistente en que el Tribunal violó los artículos 1546 y 1609 del Código Civil, al sostener que Sanmiguel no cumplió el contrato, cuando la que no se allanó a cumplirlo, en sentir del recurrente, fue la señora de Velandia, no tiene incidencia en casación, porque no existiendo contrato capaz de obligar a la demandada, según se vio en lo dicho a propósito del primer cargo, carece de objeto el examen tendiente a determinar quién dejó de cumplirlo, o no se allanó oportunamente a ese cumplimiento.

De consiguiente no pueden prosperar los cargos formulados en la demanda de casación, pero como ellos han servido para rectificar, en parte, un concepto del Tribunal, siguiendo la jurisprudencia de la Corte no habrá de condenarse al recurrente al pago de las costas del recurso.

En mérito 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, *no casa* la sentencia pronunciada en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, con fecha nueve de mayo de mil novecientos cuarenta y uno.

Sin costas 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*, Secretario en propiedad.

Acción de resolución de un contrato y de indemnización de perjuicios.

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

(Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza).

En Villavicencio, el 14 de julio de 1938, suscribieron Pablo Emilio Morales, José María Castro B. y Alfredo Cruz un documento privado en que hicieron constar:

1.° La venta por Morales a Castro y Cruz de la fundación ubicada en San Martín, deslindada como allí se indica y denominada Los Linderos, antes Las Gualas, cuyos títulos citan, y el ganado que en ella pasta, calculado aproximadamente en 500 cabezas.

2.° El precio total, esto es, el de la finca misma y del ganado, sería el que resultase al entregar, a razón de $ 29 cada cabeza, grande y chico.

3.° La entrega inmediata, mediante la recogida del ganado.

4.° Castro y Cruz solidariamente pagarían el total en dos contados, uno al recibir finca y reses, y el otro, a los cuatro meses contados desde la entrega. A buena cuenta del primer contado, y como arras del negocio, recibió Morales $ 600.

5.° Esta cláusula dice textualmente:

«Al verificarse la entrega el ganado será marcado con un fierro especial de venta así: V, hierro que se aplica a fin de poder determinar en el próximo rodeo, del cual deben dar aviso anticipado los compradores al vendedor, qué número de cabezas de ganado no han sido entregadas por no haberse hallado, cabezas de ganado que Morales retirará si no puede ponerse de acuerdo con los compradores sobre su precio y demás condiciones de venta. Tanto el vendedor como los compradores se obligan a otorgar la escritura correspondiente tan pronto como se verifique la entrega y recibo de la fundación y de los ganados materia de este contrato».

Para el 18 de ese julio ya estaban en la fundación los contratantes con sus vaqueros y peones a fin de rodear, recoger y marcar el ganado, faena a que se dedicaron desde ese día hasta el 23 inclusive, y de la que resultó que en los corrales se juntaron 471 cabezas que se marcaron en la forma convenida. Sobre estos hechos están acordes los interesados. Al anochecer del 23 sobrevino el rompimiento del contrato, en circunstancias muy discutidas por ellos. Y el domingo 24 se retiraron de allí Castro y Cruz con sus acompañantes, camino de San Martín, no sin nuevas palabras ineficaces con Morales acerca de la reanudación o vigencia del negocio.

El 29 de septiembre de ese año, a solicitud de ellos, fue requerido Morales por el Juzgado del Circuito de Villavicencio para que cumpliese «los compromisos adquiridos por él sobre entrega del ganado y fundación y otorgamiento de la correspondiente escritura», según el citado documento, que presentaron.

Y en noviembre del mismo año, lo demandaron en ese Juzgado en vía ordinaria para que se le declare obligado a devolverles los dichos $ 600 con sus intereses legales y a pagarles $ 4.000 como indemnización de los perjuicios que les causó su incumplimiento. Someten esta estimación a lo que se pruebe y piden también condenación en costas.

Morales los contrademandó para que se les condene a pagarle $ 2.000 o la suma que se demuestre en el curso del pleito como valor de los perjuicios que le causaron por el incumplimiento, y se les declare sin derecho a pedirle la devolución de los $ 600. Igualmente pide costas.

Cada una de las partes se declara a sí misma libre de toda culpa y atribuye a la otra el rompimiento e incumplimiento del contrato y le demanda la indemnización de los perjuicios que dice haber sufrido. De ahí que el problema cardinal de este juicio doble haya estado para los litigantes en su argumentación y esfuerzo probatorio, y para los sentenciadores también, en determinar cúya es la culpa, esto es, cuál de las partes fue el autor del rompimiento, en el cual aquéllas están acordes al considerarlo como un hecho consumado.

El Juzgado conceptuó que Morales. De ahí que

en su fallo de 3 de agosto de 1939 lo condenara a restituir los $ 600 a Cruz y Castro, y a pagarles, a más de las costas, el valor de los perjuicios que demuestren haber sufrido.

El Tribunal Superior, cuyo fallo es de 9 de marzo de 1942, acoge el mismo concepto, y tan sólo se aparta del del Juez en cuanto a los perjuicios, en atención a no haber demostrado los demandantes haberlos sufrido, por lo cual reforma la sentencia apelada limitando la condena al pago de lo que prueben haber gastado en su viaje a la fundación, en su permanencia allí y en salarios de peones y vaqueros en la recogida y marca del ganado. En firme quedó la absolución de los demandantes de los cargos de la contrademanda y la orden de devolverles Morales los $ 600, a que se agregaron sus intereses legales desde el requerimiento. Se le condenó también en las costas de la segunda instancia.

Interpuesta por él casación, y concedido y tramitado el recurso, pasa a decidirse.

Invoca el motivo 1.° de los del artículo 520 del Código Judicial, y dentro de él formula diversos cargos en sus varias fases. Procediendo la Sala de conformidad con los artículos 537 y 538 de esa obra, al examinar tales cargos, ordenándolos con la lógica allí prescrita, y al hallar justificado el que en seguida estudia, se abstiene de considerar los restantes, infirma el fallo recurrido y lo reemplaza por la sentencia de instancia que en tal virtud corresponde.

Para mayor claridad se expone previamente:

Castro y Cruz afirman que en la tarde del 23 de julio declaró Morales que no entregaría más ganado por sentirse enfermo, y que, a pesar de esto, le manifestaron conformarse con recibir la fundación y los ganados hasta entonces recogidos, y él repuso que ese negocio ya no existía y por tanto no entregaba, y que si querían les devolvería la plata recibida, en San Martín, por lo cual se fueron ellos a ese lugar, donde permanecieron dos días, y después regresaron a Villavicencio. Esta descripción del rompimiento, hecha por ellos, se toma de su memorial, del folio 3 vuelto del cuaderno 3 ° En apoyo de esta versión adujeron estos testimonios: el de Remigio Martínez, quien dice que la no entrega de más ganado se debió a que Morales no quiso, y quien dice, por otra parte, que la insistencia de Castro y Cruz fue en la mañana del 24 de julio; y el de Cayetano Castro, que sí habla de que Morales dio como razón de suspender la recogida el sentirse enfermo y en lo demás coincide con Martínez (folios 12 a 14 *ibidem*).

Pero acontece que su apoderado en el alegato de conclusión pone de presente otros detalles tan significativos como estos: «admiten que pidieron la inclusión del ganado de *La Loma* porque había entrado en el contrato, y admiten que prosieron el mismo precio para el ganado que quedaba sin recoger» (folio 8 vuelto, cuaderno 5.°) Aludiendo allí el abogado a las respuestas de los testigos de su contraparte, según las cuales «cuando Morales rechazó las exigencias o propuestas de Cruz éste dijo que no había negocio», agrega: «Estas palabras no podían tener el significado de una retractación, porque cuando en el pacto de arras o venta con arras se dan éstas como parte del precio, como sucedió en este caso, queda perfecta la venta, sin perjuicio de que se otorgue escritura pública por tratarse de bienes raíces..... Esas palabras no eran otra cosa que una amonestación a Morales en que se le advertía que, si no cumplía, los compradores tampoco estaban obligados a cumplir por su parte; porque hay que tener presente que para Cruz y Castro el ganado de *La Loma* también entraba en el contrato, y que los dos toros que los peones habían sacado de los corrales también debían ser entregados. Por otra parte, aquellas palabras de Cruz no eran nada serio ni definitivo, y luégo quedaron retiradas por sus propios hechos y dichos, como se verá en seguida».

Lo que el abogado cita en seguida es la respuesta de los testigos aludidos sobre que cuando Cruz, ya en camino, en la mañana del 24 de julio, se devolvió para decir a Morales que si daba por entregados los dos toros «siempre había negocio», Morales le contestó que como Cruz ya terminó el negocio, nada tenían que hablar sobre el particular. Agrega: «....esa solicitud o último requerimiento de Cruz está diciendo que la decisión de Cruz y Castro era la de verificar la compra, a pesar de cualesquiera palabras que hubieran pronunciado....» (folio 9.° *ibidem*).

Morales relata los hechos pertinentes en forma que se resume así: comenzó por entregar a los compradores los títulos de la finca a fin de que los estudiasen, lo que hace ver que él proveía a ese fin con lo de su resorte, y, por lo que hace al ganado, concurrió con sus órdenes y con el trabajo de sus peones a una recogida nimia, en la que se llegó a juntar en los corrales, y marcar en señal de entrega a Castro y Cruz, un número de reses muy cercano a la cifra indicada en el documento como aproximada. Estando así las cosas, al anochecer del 23 de julio le exigieron la inclusión del ganado de *La Loma*, a lo que él se negó porque lo contratado era sólo el de *Los Llanderos;* de suerte que no se justifica que por esta negativa declararan ellos roto el contrato. Igualmente, estando estipulado expresamente en el documento lo que reza su cláusula 5ª, no se justifica tampoco que al hacerle ellos la exigencia

de venderle al mismo precio las reses que se encontraran en el rodeo ulterior previsto y reglamentado en ella de modo distinto por denegarse él a esta alteración de lo pactado, repitieran ellos su decisión o declaración de dar por terminado el contrato.

Y si, después de tomar ellos y notificarse esta decisión y confirmarla con su viaje a primera hora el 24 de julio, le manifiestan que si da por incluídos los dos toros sí hay negocio o se reanuda o revive el contrato, él estaba autorizado para responder que nada había que hablar ya sobre un negocio que estaba terminado según ellos mismos.

Los hechos a que se refiere Morales en su relato que acaba de resumirse están demostrados en el proceso, a más del dicho de su contraparte en lo pertinente y de los memoriales parcialmente copiados, con las declaraciones de Elías López, Jesús M. López, Luis Trigos, Sinforosa de Trigos y Carlos J. Sánchez, quienes las rinden en legal forma como testigos presenciales que oyeron las conversaciones aludidas habidas entre los contratantes, y que indican con toda precisión las circunstancias de modo, tiempo y lugar de cada uno de los hechos sobre los cuales deponen.

La infirmación de alguno de éstos testimonios, intentada por el abogado de Cruz y Castro, en razón de ser el testigo dependiente de Morales, quedó destruída en la segunda instancia por declaraciones de testigos sobre que esa dependencia o empleo cesó en julio de 1938. Además, las declaraciones solicitadas para comprobar aquel nexo de dependencia no se rindieron en forma que condujese a esta conclusión, pues alguno de los testigos traídos al respecto no identifica al aludido.

Con los elementos probatorios antedichos se establece que efectivamente Castro y Cruz formularon las exigencias referidas sobre inclusión del ganado de La Loma y sobre venta del ganado del nuevo rodeo al mismo precio, y que las formularon como condición necesaria para perseverar en el contrato, con la notificación de que éste quedaba terminado si Morales no accedía. De otro lado, el documento citado y parcialmente transcrito aquí bastaría para hacer ver lo infundado de aquellas exigencias. Además, Morales ha comprobado con la entrega inmediata de los títulos de propiedad y con su concurrencia al rodeo, recogida y marca del ganado que se allanó a cumplir lo de su cargo debidamente.

Por otra parte, no es admisible que la terminante declaración de sus compradores de que quedaría terminado y roto el negocio en el evento de denegarse él a esas exigencias, fueran palabras sin alcance ni seriedad, notificadas como le fueron y confirmadas con el viaje de ellos en la mañana del 24 de julio. Aun dando por comprobado que los dos toros de que vinieron a hablar esa mañana, al partir, efectivamente correspondieran a lo contratado, es de reconocerse que cuando limitaron sus exigencias a esta entrega o inclusión, ya aquella notificación estaba hecha reiteradamente en forma que Morales había de reputar definitiva.

Lo dicho hasta aquí significa, en suma, que las quejas y reclamos formulados en este juicio doble se hallan justificados en lo tocante a Morales por no haber sido él sino Castro y Cruz los autores del rompimiento. Lo que vale como decir que prospera el cargo en casación a que se aludió atrás, consistente en error de apreciación de las pruebas citadas y en la consiguiente violación de las pertinentes leyes sustantivas, entre ellas los artículos 1602 y 1857 y siguientes del Código Civil.

Al propio tiempo las precedentes consideraciones adelantan la motivación del fallo de instancia. A ellas se agregan las siguientes: Como repetidamente se ha advertido ya, ambas partes afirman la terminación del contrato, al punto de que este hecho ambas lo invocan entre los fundamentales de sus respectivas demandas. Ambas igualmente solicitan indemnización de perjuicios. Esta acción es accesoria o consecuencial de una de las dos acciones principales que nuestro Código Civil concede en general en los contratos sinalagmáticos (artículo 1546), y en especial en la compraventa (artículo 1930), o sea la resolución o el cumplimiento. Descartado éste en el presente litigio en fuerza de lo ya observado, se impone ese otro término del dilema, es decir, la resolución. Y, así las cosas, aunque esta palabra no está pronunciada expresamente por los litigantes, es claro que sus respectivas demandas implícitamente la contienen y han de interpretarse en este sentido. Aunque estas reflexiones se imponen, como se ve, por lo que la ley establece al respecto y por la manera de redactarse ambos libelos y de seguirse la actuación por los contendores, no sobra traer a cuento, por lo significativo en aquel sentido, el hecho de que ellos citan como apoyo de sus pretensiones el aludido artículo 1930.

La resolución de un contrato repone a las partes al estado en que se hallarían si no hubieran contratado (artículo 1746 *ibidem*). Aquí el contrato quedó perfecto (artículo 1861 de allí) porque «se dieron arras como parte del precio». Si el contrato se resuelve, ese pago parcial queda sin causa, por más que recibiera el nombre de arras en el documento. Claramente se ve, pues, que Morales no tiene el derecho que pretende para retener lo que así recibió. En lo que hace a su de-

volución, debe sostenerse, por tanto, la orden dada en las sentencias de instancia. No así en lo que respecta a intereses legales desde el requerimiento de 29 de septiembre ya citado, porque la orden de devolverlos es consecuencia de la resolución que ahora se pronuncia y no entonces, porque la devolución queda condicionada como se verá adelante, y porque el requerimiento no constituyó en mora a Morales, dado todo lo que el presente pleito implica acerca de los elementos necesarios en ley para el concepto de mora.

La indemnización de perjuicios obliga a la demostración de haberlos sufrido quien la demanda, como es obvio; y aquí no adujo tal demostración Morales. Comprobó, sí, actos suyos impuestos por el contrato y que forzosamente requieren erogaciones, como su concurrencia al rodeo y marca del ganado, con el viaje necesario al efecto y el pago de cabalgaduras, víveres y salarios, etc. A esto debe, pues, reducirse tal prestación.

Los antecedentes de esta litis y sus alternativas ponen a ambas partes fuera de los casos de condenación 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, casa parcialmente la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 9 de marzo de este año y reformando la de primera instancia, pronunciada por el Juzgado del Circuito de Villavicencio el tres de agosto de mil novecientos treinta y nueve, falla este pleito así:

1.º Declárase resuelto el contrato de compraventa de ganado y de promesa de compraventa de la fundación *Los Linderos*, celebrados entre Pablo Emilio Morales por una parte y José María Castro y Alfredo Cruz por la otra, según documento privado suscrito por ellos en Villavicencio el 14 de julio de 1938.

2.º Dichos Castro y Cruz pagarán a Morales el valor de lo que éste compruebe haber gastado en salarios, cabalgaduras, víveres y por cualquiera otra causa, con motivo de su viaje de Villavicencio a *Los Linderos* y de su permanencia en esta finca del diez y ocho al veinticuatro de julio de mil novecientos treinta y ocho, para el rodeo, recogida y marca del ganado aludido, que tuvieron lugar en los días que acaban de expresarse. Se procederá al efecto como manda el artículo 553 del Código Judicial.

3.º El prenombrado Morales devolverá a los prenombrados Castro y Cruz los seiscientos pesos que de éstos recibió en virtud del referido contrato, según el citado documento contentivo de éste.

4.º Una vez precisada la cantidad correspondiente a la condena hecha en el punto 2.º de la presente parte resolutiva, habrá lugar a compensación con la cantidad de que habla el punto 3.º; de suerte que si aquélla fuere igual a ésta, ambas deudas quedarán totalmente extinguidas; si aquélla pasare de $ 600, pagarán el exceso Castro y Cruz a Morales, y si fuere inferior, Morales les devolverá sólo la diferencia.

5.º Se absuelve a Morales de los demás cargos de la demanda principal, y a Castro y Cruz de los demás cargos de la contrademanda.

6.º Sin 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.

Acción petitoria de ineficacia de una presunta repudiación de herencia.—Aceptación tácita de la herencia.

Nada impide la posibilidad de que ocurra el fenómeno de la aceptación tácita de una herencia, esto es, por interpretación de los hechos, durante el plazo para deliberar que el artículo 1389 del Código Civil concede al asignatario para manifestar si acepta o repudia, a petición de cualquiera persona interesada en ello. El silencio o falta de declaración que en el artículo 1290 *ibídem* sirve de base a la presunción de repudio. no ha de entenderse como ausencia de palabras solamente, sino también de aquellos actos que de acuerdo con la ley implican necesariamente en el presunto heredero la intención de aceptar la herencia. "Si mientras transcurre el término —dice el comentador Vélez refiriéndose al *jus deliberandi*— ejecuta el heredero un acto que implique aceptación, juzgamos que debe entenderse que acepta". (Vélez, *Derecho Civil Colombiano*, Tomo v, página 45). La ley autoriza dos formas de declaración volitiva, la expresa y la tácita, de las cuales puede el heredero hacer uso con igual eficacia e indistintamente durante el plazo de opción, cuando ha sido demandado para el efecto.

La aceptación tácita consiste, según el artículo 1298 del Código Civil, en la ejecución de un acto que supone en el asignatario necesariamente su intención de aceptar, y que no hubiera tenido derecho de ejecutar sino en su calidad de heredero. Para la apreciación y calificación de lo que ha de entenderse como "acto de heredero" (*pro herede gerendo*) la ley da normas de interpretación de los hechos e iniciativas del asignatario, a fin de restringir un poco la gran libertad calificadora que para el Juez se desprende de los términos de la definición legal. Expresamente está definido como acto de heredero la enajenación de cualquier efecto hereditario, aun para objeto de administración urgente, sin permiso del Juez y sin protesta de no querer obligarse como heredero (artículo 1301 del Código Civil), y la cesión, a cualquier título, del derecho de suceder (artículo 1287 del Código Civil). Se establece asimismo, como regla de diferenciación, que los actos puramente conservativos, los de inspección y administración provisoria urgente, no son actos que suponen por sí solos la aceptación de la herencia (artículo 1300 del Código Civil), de donde puede deducirse que no solamente los actos de enajenación o de disposición de bienes hereditarios son actos de heredero sino que también encajan dentro de esta calificación los administrativos que no correspondan o puedan considerarse como de administración provisoria urgente. El criterio que según el precepto legal ha de aplicarse para calificar judicialmente los actos de aceptación tácita, dando cabal significado a la exigencia de que deben suponer necesariamente la intención de aceptar, es el de analizar el acto del asignatario para deducir si ha sido ejecutado por el heredero en su carácter jurídico de propietario o solamente como heredero presunto o con cualquier otro título.

Refiriéndose la Corte al negocio especial sobre que versa el pleito, agrega que no es el acto en sí mismo lo que debe ser objeto de consideración sino la intención que revele. El hecho de conferir un mandato el heredero presunto para realizar un acto y su nombre y representación, no es constitutivo por sí solo de acto de heredero que pueda afectar el derecho de opción del signatario; es necesario, para calificar acertadamente este acto jurídico (*Negotium juris*) tener en cuenta el objeto y los límites del mandato, sin perder de vista que lo que el mandatario ejecute, dentro de las autorizaciones de su encargo, se considera como ejecutado por el mandante. La calidad con que se surte la notificación que establece el artículo 1434 del Código Civil no puede ser, según los términos de esa disposición, sino la de heredero, para poder seguir adelante el juicio ejecutivo de venta.

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

(Magistrado ponente, doctor Hernán Salamanca).

ANTECEDENTES

Ante el Notario 4.° de este Circuito de Bogotá, por medio de la escritura pública número 499 del 6 de marzo de 1933, traída a los autos debida-

mente registrada, Manuel Ordóñez otorgó su testamento público, y en él instituyó como heredera universal y única a su legítima mujer María Parra de Ordóñez, a quien también nombró albacea con tenencia y administración de bienes para llevar a efecto sus disposiciones testamentarias y terminar su causa mortuoria.

El testador falleció en la población boyacense de Tibaná, el 26 de agosto de ese mismo año de 1933.

Su viuda, María Parra de Ordóñez, contrajo matrimonio en segundas nupcias con Manuel Barrera Gómez.

En memorial fechado el 25 de enero de 1935, repartido al Juzgado 6.º de este Circuito, Mercedes Ordóñez de Ordóñez y Carolina Ordóñez v. de Azuero, en su calidad de curadoras conjuntas de Vicenta Ordóñez R., y con el objeto de pedir cuentas de la administración de la curaduría ejercida por Manuel Ordóñez, pidieron que se citara a la viuda María Parra, ahora de Barrera Gómez, instituída heredera universal y única de su marido, para que manifestara si aceptaba o no la herencia. En el acto del requerimiento manifestó la requerida: «....no he aceptado la herencia de mi finado esposo, señor Manuel Ordóñez R., por estar todos sus bienes gravados en el Banco Central Hipotecario». A solicitud de la viuda heredera y con fundamento en que los bienes de la sucesión estaban ubicados en varios Departamentos, el Juzgado amplió el término de opción de cuarenta a noventa días, que corrieron del 20 de febrero al 20 de agosto de 1935, sin que durante ellos la requerida hiciera manifestación expresa de aceptación ni de repudio.

En providencia de fecha 7 de octubre de 1935 el Juzgado 7.º Civil de este Circuito, a pedimento de Mercedes Ordóñez de Ordóñez, declaró abierto el juicio de sucesión de Manuel Ordóñez R. y la declaró heredera *ab intestato*, en su calidad de hermana legítima del causante, sin perjuicio de terceros. Se hizo presente la viuda en este juicio, y obtuvo que el Juez la reconociera como heredera de su marido, al tenor del testamento, en auto que a solicitud del apoderado de la hermana del *de cujus* fue repuesto, por considerar que habiendo dejado pasar en silencio el término judicial para manifestar si aceptaba o repudiaba la herencia, debía entenderse, de acuerdo con la ley, que repudiaba, careciendo en estas condiciones la cónyuge Parra de interés y personería para intervenir en la causa mortuoria.

En esta situación, y con apoyo en los referidos antecedentes, y alegando que «antes y después del requerimiento y durante el plazo concedido para deliberar, estuvo (la viuda Parra de Ordóñez) ejerciendo actos de heredera en la administración de los bienes de la herencia, actos que sólo podía ejecutar en su calidad de heredera y que se probarán dentro del juicio, y que son una aceptación tácita de la herencia del señor Manuel Ordóñez», en libelo del 8 de julio de 1938, María Parra de Barrera, por medio de apoderado, demandó en juicio ordinario a Mercedes Ordóñez de Ordóñez y Carolina Ordóñez de Azuero, personalmente y como curadoras de la interdicta Vicenta Ordóñez, para que con su audiencia se declare que ella ha aceptado tácitamente la herencia de su marido y que en consecuencia es su heredera universal y única al tenor del testamento contenido en la escritura pública número 499 de 6 de marzo de 1933, de la Notaría 4.ª de Bogotá; que como consecuencia de esta declaración las demandadas, hermanas de su difunto marido, no tienen derechos en su sucesión, y que carece de valor legal tanto la declaración de repudiación de la herencia hecha por el Juzgado 7.º de este Circuito como la declaración de heredera hecha por el mismo Juzgado a favor de Mercedes Ordóñez de Ordóñez, según autos notificados por estado, el último de fecha 10 de octubre de 1935 y el primero de 8 de junio de 1936, lo mismo que el auto del Tribunal Superior de Bogotá confirmatorio del del Juzgado sobre repudiación presunta y desconocimiento de la calidad de heredera de la demandante. Pide asímismo, para el caso de oposición, que se condene a las demandadas al pago de las costas procesales.

Surtido el traslado legal, las demandadas se opusieron a las pretensiones de la actora, aceptando la mayor parte de los hechos y sólo negando el relacionado con la ejecución de hechos inductivos de la aceptación tácita. Carolina viuda de Azuero, en su propio nombre y en representación de la interdicta Vicenta Ordóñez, manifestó al descorrer el traslado de la demanda que aunque no han hecho gestión ninguna para que se las reconozca como herederas de su hermano Manuel, tienen sin embargo interés en que se «conserve vigente» la repudiación presunta de la viuda, y por eso se oponen a la demanda.

Trabada así la litis, fue sentenciada en primera instancia por el Juzgado del Circuito el 11 de julio de 1939, haciendo todas las declaraciones solicitadas en la demanda. Sin costas.

SENTENCIA ACUSADA

La oportuna apelación que contra esta sentencia del Juzgado interpuso la parte demandada llevó el negocio al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, donde se tramitó el segundo grado del juicio, que terminó con la sentencia definitiva del 15 de noviembre de 1941, en la cual se

revocó la apelada, absolviendo en cambio a los demandados de todos los cargos de la demanda. También sin costas.

Recuerda el Tribunal, con el objeto de dar motivación a su sentencia, las reglas legales que gobiernan la aceptación de la herencia, informadas en el principio de que nadie puede ser heredero contra su voluntad, de modo que todo asignatario goza del derecho para aceptar o repudiar libremente, opción ésta de que puede hacer uso indefinidamente mientras su inactividad no estorbe derechos de terceros interesados a quienes la ley da la facultad de demandar judicialmente al heredero para que manifieste si acepta o nó, durante el plazo que señala la ley. Recuerda también las dos maneras, expresa y tácita, de la aceptación herencial, tomando el título de heredero o ejecutando actos de heredero, y la interpretación presuntiva de repudiación que la ley da al hecho de haber dejado pasar en silencio el heredero requerido el término que para manifestar su aceptación le concede la ley.

A la luz de estas nociones analiza el Tribunal las pruebas aducidas en demostración del hecho esencial de la demanda, esto es, de que no procede en este caso la presunción de repudiación contra la actora porque ella, cuando se interpretó su silencio en la forma ya vista, había aceptado ya tácitamente la herencia de su marido ejecutando actos a que sólo podía darle derecho su calidad de heredera, dividiendo al efecto en tres grupos las pruebas del proceso: las referentes a actos ejecutados con anterioridad al requerimiento, las relacionadas con actos cumplidos durante el tiempo para deliberar, y las demostrativas de hechos posteriores a la expiración de dicho plazo.

Respecto del primer grupo, consistente en correspondencia epistolar dirigida por la demandante a Santiago Romero y cruzada con el Banco Agrícola Hipotecario y en un memorial dirigido al Juzgado 1.º del Circuito de Bucaramanga, relacionado con juicio contra el causante, todas de fecha anterior al 20 de agosto de 1935, considera la sentencia que se refieren a actos que no implican aceptación tácita de la herencia porque no fueron ejecutados por María Parra en su carácter de heredera y son actos simplemente conservativos, de examen de cuentas y de administración, que no pueden interpretarse como voluntad de aceptar, como lo confirmó la actora cuando al notificársele el requerimiento expresó que hasta entonces no había aceptado la herencia de su cónyuge premuerto.

En relación con los actos ejecutados durante el término judicialmente concedido a María Parra, de acuerdo con el artículo 1289 del Código Civil, de interés especial para la decisión del recurso, y consistentes en la continuación de correspondencia sostenida con el Banco acreedor sobre las obligaciones pendientes de su marido, y en la constitución de un mandatario judicial ante un Juzgado de Circuito de Bucaramanga para que la representara en juicio de venta de la cosa hipotecada, seguido por el Banco Agrícola Hipotecario contra el causante Manuel Ordóñez, y actividades del apoderado en su representación, estima el Tribunal, sobre todo por haber la poderdante expresado que no renunciaba al término judicial para manifestar su aceptación, que tales actos son distintos de aquellos que implican legalmente ánimo de aceptar la herencia. No hubo así aceptación tácita —dice el Tribunal— porque «al tomar el nombre de heredera, o al anunciarse en esa calidad en suspenso, tuvo por fin y alcance apoderar a su abogado para actos puramente conservativos, de inspección y administración provisoria urgente, para inspeccionar las cuentas y papeles de la sucesión, actividades que podían ejercerse dentro del juicio ejecutivo contra la sucesión, sin implicar legalmente una aceptación de la herencia». (Artículos 1300 y 1289 del Código Civil).

Por lo que hace, finalmente, a los actos cumplidos con posterioridad al 20 de agosto de 1935, fecha de la expiración del plazo que la cónyuge María Parra tuvo para deliberar sobre su aceptación, son considerados por el Tribunal como extemporáneos e incapaces de producir ningún efecto como inductivos de aceptación expresa ni tácita de la herencia, porque para entonces estaba ya consumada la presunción de repudiación establecida por el artículo 1290 del Código Civil, en que se funda principalmente la sentencia.

EL RECURSO

El recurso de casación contra el fallo del Tribunal, interpuesto por la parte demandante y que hoy se decide después de tramitado legalmente, se apoya en el primero de los motivos que enumera el artículo 520 del Código Judicial. Cuatro cargos se formulan separadamente contra la sentencia por violación de ley sustantiva, directamente y como consecuencia de errores en la apreciación de las pruebas traídas al proceso para acreditar actos de la demandante en relación con la herencia de su marido, ejecutados antes, durante el término y después del requerimiento que se le hizo para que ejercitara su derecho de aceptar o repudiar, y de los cuales pretende ella que se deduzca judicialmente su aceptación. La Sala ha considerado y estudiado cada una de estas acusaciones, y habiendo hallado que las comprendidas en los apartes tercero y cuarto de la demanda tienen suficiente mérito y fundamento para produ-

cir la infirmación del fallo, a ellas se circunscribe la consideración del recurso, de acuerdo con el artículo 538 del Código Judicial.

El cargo que se acoge es por violación de los artículos 1291, 1284, 1298, 1299, 1300 y 1301 del Código Civil, como consecuencia del error de hecho evidente en que incurrió el Tribunal al apreciar la prueba consistente en el memorial-poder que la demandante María Parra de Barrera dirigió al Juzgado del Circuito de Bucaramanga con fecha 1.° de julio de 1935, esto es, durante el plazo para manifestar su aceptación, a fin de constituir un apoderado especial en el juicio que el Banco Agrícola Hipotecario adelantaba contra su difunto marido, y en las actuaciones de este apoderado, por haber considerado el sentenciador que tales actos no son expresivos de voluntad aceptante sino simplemente conservativos y de administración provisoria urgente, y que ni aun estimándolos como aceptación expresa por cuanto en ellos tomó la actora el título de heredera, serían admisibles porque esta forma de aceptación herencial está fuera del litigio, propuesto exclusivamente sobre la base de que la herencia fue aceptada por la actora tácitamente, como lo expresa la demanda.

Considera la Corte:

La prueba que se estima mal apreciada es el siguiente poder y la actuación a que él dio lugar, visible al folio 4 y siguientes del cuaderno número 2:

«Señor Juez del Circuito—Bucaramanga.

María Parra de Barrera, mayor de edad y vecina de esta ciudad de Bogotá, a usted atentamente manifiesto: el Banco Agrícola Hipotecario, sucursal de esta ciudad, adelanta contra el señor Manuel Ordóñez R. (q. d. D. g.) juicio especial de venta o adjudicación de los bienes hipotecados, por razón de obligaciones constituídas por el ejecutado a favor de dicha entidad. Como la acción se adelanta ahora contra la sucesión, en mi calidad de cónyuge sobreviviente y heredera del ejecutado, y sin renunciar al término que judicialmente se me ha concedido para manifestar si acepto o no la herencia, por el presente constituyo como apoderado especial para que me represente en dicho juicio, y por tanto a la sucesión, pues soy única interesada, al doctor Joaquín Fonrodona Suárez, mayor y vecino de esa ciudad, abogado inscrito, quien queda facultado para llevar mi personería en todos los incidentes y recursos a que hubiere lugar, inclusive el de remate o adjudicación de las fincas hipotecadas. Mi apoderado puede sustituir este poder en persona de su confianza, desistir, transigir y recibir.

«Bogotá, julio 1.° de 1935.

«Señor Juez, respetuosamente,

«*María de Barrera Gómez*».

(Hay una estampilla de timbre de $ 0,50 anulada por el Juzgado 4.° Municipal de Bogotá).

Con la personería que le otorgó este mandato judicial, el apoderado Fonrodona intervino en el referido juicio en representación de la viuda Parra de Barrera, como única heredera, hasta su terminación con el remate de los bienes hipotecados, según lo certifica el Juez correspondiente, para lo cual fue preciso sanear la actuación de una nulidad, lo que se hizo por el apoderado con el siguiente memorial:

«Señor Juez 2.° del Circuito.

Yo Joaquín Fonrodona Suárez, hablando como apoderado de la señora María Parra v. de Ordóñez, atentamente le manifiesto: Por auto de fecha 13 de julio se puso en conocimiento de las partes una nulidad consistente en no haber dado cumplimiento al artículo 1434 del Código Civil, o sea no haberse notificado a los herederos la correspondiente acreencia. Como en la actualidad tengo la personería de la única heredera universal, que lo es la señora María Parra v. de Ordóñez, según testamento que corre al folio 27 de autos, le manifiesto al señor Juez que ratifico expresamente lo actuado en el presente juicio, tal como lo establece el artículo 455 del Código Judicial, ordinal 3.°»

Ya se vio que el Tribunal, al apreciar las preinsertas pruebas, las desestimó como significativas de aceptación herencial, «puesto que la señora poderdante, en el mismo texto del poder, al anunciarse como cónyuge sobreviviente llamada a suceder como heredera a la sucesión de su esposo, advirtió categórica y precisamente que no era su voluntad tomar con ello el título de tal heredera», y «que sin obligarse en calidad de real y definitiva heredera, confería el poder que ha de entenderse hábil simplemente para los actos a que se refiere el Código Civil en sus artículos 1300 y 1289». «Ella, al ejecutar u otorgar el poder —dice la sentencia— no lo hizo como heredero definitivo, sino que ejercitó un derecho nacido de la vocación hereditaria, y por ello tal acto no implica necesariamente su intención de aceptar, puesto que tenía derecho de ejecutarlo a título distinto de su calidad de heredero. Además, la salvedad apuntada excluye indudablemente su intención de

aceptar. No hubo, pues, aceptación tácita. Ahora bien: si el doctor Fonrodona Suárez extralimitó el poder que recibió de doña María, tales actos ni aprovechan ni perjudican a ésta, porque exceden los términos del mandato».

La Sala, acogiendo el cargo en casación, considera que el Tribunal se equivocó al apreciar esas probanzas, porque la índole del acto que con ellas se acredita y las condiciones de la actuación a que dio origen son expresivas, a la luz de las definiciones legales, de la voluntad de la demandante de fijar en su persona la condición de heredera testamentaria de su marido.

Nada impide, en primer término, la posibilidad de que ocurra el fenómeno de la aceptación tácita, esto es, por interpretación de hechos, durante el plazo para deliberar que el artículo 1289 del Código Civil concede al asignatario para manifestar si acepta o repudia, a petición de cualquier persona interesada en ello. El silencio o falta de declaración que en el artículo 1290 *ibidem* sirve de base a la presunción de repudio, no ha de entenderse como ausencia de palabras solamente sino también de aquellos actos que de acuerdo con la ley implican necesariamente en el presunto heredero la intención de aceptar la herencia. «Si mientras transcurre el término —dice el comentador Vélez refiriéndose al *jus deliberandi*— ejecuta el heredero un acto que implique aceptación, juzgamos que debe entenderse que acepta» (Vélez, *Derecho Civil Colombiano*. Tomo V, página 45). La ley autoriza dos formas de declaración volitiva, la expresa y la tácita, de las cuales puede el heredero hacer uso con igual eficacia e indistintamente durante el plazo de su opción, cuando ha sido demandado para el efecto.

La aceptación tácita consiste, según el artículo 1298 del Código Civil, en la ejecución de un acto que supone en el asignatario necesariamente su intención de aceptar, y que no hubiera tenido derecho de ejecutar sino en su calidad de heredero. Para la apreciación y calificación de lo que ha de entenderse como «acto de heredero» (*pro herede gerendo*) la ley da normas de interpretación de los hechos e iniciativas del asignatario, a fin de restringir un poco la gran libertad calificadora que para el Juez se desprende de los términos de la definición legal. Expresamente está definido como acto de heredero la enajenación de cualquier efecto hereditario, aun para objeto de administración urgente, sin permiso del Juez y sin protesta de no querer obligarse como heredero (artículo 1301, Código Civil), y la cesión, a cualquier título, del derecho de sucedet (artículo 1287 del Código Civil). Se establece, asímismo, como regla de diferenciación, que los actos puramente conservativos, los de inspección y administración provisoria urgente, no son actos que suponen por sí solos la aceptación de la herencia (artículo 1300 del Código Civil), de donde puede deducirse que no solamente los actos de enajenación o disposición de bienes hereditarios son actos de heredero, sino que también encajan dentro de esta calificación los administrativos que no correspondan o puedan considerarse como de administración provisoria urgente. El criterio que según el precepto legal ha de aplicarse para calificar judicialmente los actos de aceptación tácita, dando cabal significado a la exigencia de que deben suponer necesariamente la intención de aceptar, es el de analizar el acto del asignatario para deducir si ha sido ejecutado por el heredero, en su carácter jurídico de propietario, o solamente como heredero presunto o con cualquier otro título.

Aplicando estos principios al caso del pleito, no cabe duda de que no fue acertada la calificación que el Tribunal hizo en su sentencia, ni las consecuencias que dedujo del hecho de que la viuda del causante, instituída como heredera universal y única en su testamento, constituyera un apoderado judicial en los términos y con las facultades que se dejaron vistas, por cuanto apreció este negocio jurídico como mandato para actos simplemente conservativos, de inspección y de administración provisoria urgente, no revelador de intención de aceptar, lo mismo que lo que el apoderado hizo en representación de la viuda y que el sentenciador aprecia como extralimitaciones del mandato en cuanto tales actuaciones no pueden calificarse como de administración provisional y urgente.

No es el acto en sí mismo lo que debe ser objeto de consideración, sino la intención que revele. El hecho de conferir un mandato el heredero presunto para realizar un acto en su nombre y representación no es constitutivo por sí solo de acto de heredero que pueda afectar el derecho de opción del asignatario; es necesario, para calificar acertadamente este acto jurídico (*negotium juris*), tener en cuenta el objeto y los límites del mandato, sin perder de vista que lo que el mandatario ejecute, dentro de las autorizaciones de su encargo, se considera como ejecutado por el mandante. En el memorial-poder atrás copiado hay base textual para deducir que la viuda Parra de Ordóñez, hoy de Barrera, confirió el mandato referido comportándose como heredera aceptante, y que no lo realizó con carácter distinto de heredera ni por otras causas, pues en el libelo del poder dice que como la acción se adelanta ahora contra la sucesión de su marido, en su calidad de cónyuge sobreviviente y heredera del ejecutado y como única interesada, confiere su representación para todos los incidentes del juicio, inclusi-

ve el del remate o adjudicación de los bienes hipotecados y con las expresas facultades de recibir (se entiende que el sobrante de la subasta), desistir y transigir.

En presencia de estos términos y sobre todo de las facultades expresamente conferidas al mandatario, significativas por su esencia de ánimo dispositivo y de dueño, no se ve la razón que al sentenciador asistiera para afirmar que el mandato se dio solamente para la ejecución de los actos definidos en los artículos 1289 y 1300 del Código Civil. Si el apoderado, por lo demás, dentro de la legítima representación que le competía, intervino en el juicio y saneando la actuación de una nulidad que consistía precisamente en la falta de notificación del título ejecutivo al heredero del deudor muerto, hizo posible la culminación del juicio de venta de un bién relicto contra la sucesión, no puede dejarse de entender que se ejecutó de esa manera un acto de heredero, positivo e inequívoco, como lo quieren los comentadores del Código Civil. La calidad con que se surte la notificación que establece el artículo 1434 del Código Civil no puede ser, según los términos de esa disposición, sino la de heredero, para poder seguir adelante el juicio ejecutivo de venta, y así se hizo la que en la ratificación quedó envuelta, puesto que se entendió satisfecha con ella la condición para la supervivencia contra la heredera del mérito ejecutivo que el título tuvo contra su difunto marido. No ejecutó la demandante, como erradamente lo afirma la sentencia acusada, esta clase de actos, por sí y por medio de su legítimo representante, en calidad distinta de la de heredera, porque tal carácter fue el invocado por ella al conferir el mandato, según los términos inequívocos que al efecto usó en el memorial correspondiente, presentado en la forma legal.

Respecto de la advertencia que la viuda Parra de Ordóñez hizo al conferir el mandato al abogado Fonrodona de que no renunciaba el término judicial para manifestar su opción de heredera, a que el Tribunal ha dado excesiva importancia, considera la Sala que carece de significado y fuerza capaz de desnaturalizar la conclusión de aceptación tácita de la herencia por parte de la viuda, como consecuencia de la interpretación que jurídicamente corresponde a los actos de que se ha hecho mención y análisis como expresivos de la intención de aceptar.

Es posible, de acuerdo con el artículo 1301 del Código Civil, quitarle el carácter de acto de heredero a la enajenación de un efecto herencial si se hace con autorización judicial solicitada por el asignatario, protestando éste que no es su ánimo obligarse en calidad de heredero; pero tal no es el caso en cuestión, ni tal precepto puede aplicársele analógicamente. La viuda poderdante se limitó a dejar a salvo un término judicial de que estaba gozando por virtud del requerimiento que se le había hecho, y esta salvedad no relativa a la voluntad de aceptar, que legalmente no admite condiciones, no impide en manera alguna que el acto jurídico de celebrar un mandato judicial con el alcance y las consecuencias ya vistas, sea judicialmente calificado como acto de heredero, inductivo de aceptación tácita. La salvedad del término fue en realidad una innocua reserva de un trámite, que pierde toda su importancia en presencia del hecho que la acompañó y sobre cuya significación esencial sería notoriamente desacertado hacerla prevalecer. Un acto no equívoco, a que la ley da valor de expresión volitiva, tiene más importancia y valimento que unas palabras sin significación legalmente determinada, y ejecutado dentro del plazo para declarar aceptación, debe ser prevalente como manifestación intencional sobre la presunción de repudio que la ley establece en el artículo 1290 del Código Civil, que al fin y al cabo no es más que la mera interpretación de un silencio para evitar la aberración que implica beneficiar contra la voluntad del beneficiado.

Estima también la Sala, con alcance de mera rectificación doctrinal, que no es legalmente fundada la conclusión de la sentencia de que por haberse pedido en la demanda que se declarara la aceptación tácita, no podía el Tribunal, suponiendo que las actividades de la demandante especificadas en su demanda, fueran constitutivas de aceptación expresa, declarar la aceptación en esta última forma por estar este extremo fuera de los límites de la litis. Es este uno de los casos en que siendo posible interpretar la demanda sin desfigurarla ni desviar sus fines ni desconocer sus bases, debe hacerse para no sacrificar por una mera palabra la acción auténticamente incoada, y que en este caso ha de entenderse para que se declare que la viuda de Manuel Ordóñez aceptó su herencia por haber expresado su intención de hacerlo a través de hechos que determina y cuyo cumplimiento demuestra.

Que la aceptación sea expresa o tácita, no afecta el hecho esencial que es el que produce consecuencias legales y a cuya conclusión se llega interpretando los hechos fundamentales, para deducir si el asignatario ha tomado el título de heredero, obligándose como tál en escritura pública o privada o en un acto de tramitación judicial, o porque ha ejecutado actos de aquellos que sólo pueden ejecutarse en calidad de heredero.

En las consideraciones que se dejan expuestas están las razones que justifican la infirmación del fallo acusado en casación, y a la vez los motivos

de la decisión de reemplazo que consiste en restaurar el imperio de la sentencia de primer grado.

Por tanto, 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 Bogotá, de fecha 15 de noviembre de 1941, y en su lugar confirma la de primera instancia dictada por el Juzgado 3.° Civil de este Circuito el 11 de julio de 1939.

Sin costas en el recurso.

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

OSÉ MIGUEL ARANGO, ISAÍAS CEPEDA, LIBORIO ESCALLÓN, FULGENCIO LEQUERICA VÉLEZ, RICARDO HINESTROSA DAZA, HERNÁN SALAMANCA.—*Pedro León Rincón*, Secretario en propiedad.

ACCION DE NULIDAD POR SIMULACION

1. La Corte reafirma su doctrina sentada en sus dos sentencias de 20 de octubre de 1937 (*Gaceta Judicial*. Tomo XLV, página 630) y 22 de agosto de 1940 *Gaceta Judicial*. Tomo XLIX, página 842), de que la cónyuge no puede bajo el imperio de la Ley 28 de 1932 pedir la nulidad de la enajenación de bienes raíces pertenecientes a la sociedad conyugal verificada por el marido antes de la vigencia de esta Ley, pues antes del 1.° de enero de 1933, fecha en que entró a regir ese nuevo estatuto de la sociedad de bienes entre cónyuges, el marido era jefe exclusivo y único administrador de la sociedad conyugal y dueño de los bienes sociales ante terceros, como si fueran propios. Lo cual no quiere decir que el marido que vendió antes de la vigencia de la Ley 28 carezca de acción para solicitar la nulidad de la enajenación, pues si como jefe único de la seciedad conyugal, dentro del antiguo régimen del Código Civil, celebró la compraventa de bienes pertenecientes a la masa social y actuó entonces como dueño exclusivo de tales bienes ante terceros, es claro que tiene ahora la plenitud del interés jurídico y el derecho sustantivo de acción procesal suficiente para pedir y obtener el reintegro de los inmuebles por simulación del contrato o por incumplimiento del comprador. Es claro que si como dueño único vendió, o si como tál simuló vender, que para el caso es lo mismo, conserva cómo estipulante vendedor la plenitud de su derecho para defender tanto el patrimonio social que le estaba exclusivamente encomendado, como su propio peculio o el de su mujer legítima, que para entonces estaba sujeta a su potestad. Para ejercitar esas acciones no era necesario que actuara a nombre y representación de la sociedad conyugal propietaria de los inmuebles vendidos. Como fue vendedor a nombre propio y bajo su exclusiva responsabilidad y estaba a la fecha de la compraventa facultado por la ley para hacerlo, podía accionar para sí a nombre propio, sin perjuicio de que reintegrados esos bienes a sus manos fueran a aumentar efectivamente, no su propio peculio, sino el caudal de la sociedad conyugal, y quedaran sujetos a tal régimen de comunidad social, hasta tanto que ésta se disolviera o liquidara. En este último evento, que viene a ser el contemplado en los autos, la prosperidad o el éxito de las acciones incoadas o de alguna de ellas vendría a aprovechar realmente a la masa social y, por ende, a la otra cónyuge actora, sin que fuera indispensable para alcanzar este resultado reconocer personería o derecho de accionar a la sociedad conyugal o a la mujer legítima y copropietaria. Resulta de lo expuesto que no era el caso de declarar fundada la excepción de ilegitimidad de la personería sustantiva de la parte actora, aun cuando más bien debió reconocer la sentencia como demostrada en tal hipótesis la excepción de carencia de acción.

2. Las acciones de nulidad absoluta por simulación y la de resolución del contrato de venta, ejercitadas en una misma demanda, aquélla como principal y estotra como subsidiaria, no son incompatibles.

3. Al tenor de la doctrina reiteradamente expuesta por esta Corte y que tiene su fundamento en los artículos 1759 y 1766 del Código Civil y 91 de la Ley 153 de 1887, la verdad de las declaraciones que en el acto ostensible hayan hecho los contratantes no puede atacarse con éxito sino exponiéndole una prueba de igual categoría que destruya aquella plena fe, tal como el pacto literal oculto o la confesión del obligado o un principio de prueba por escrito, confesión o principio de prueba que entonces puede complementarse con

testigos, presunciones o indicios y, en general, con todo medio probatorio.

4. La circunstancia de que el Notario y los testigos no presencien la entrega del precio de la compraventa no es por sí sola indicio necesario o siquiera grave que pueda tener la virtud de destruír la declaración instrumental respectiva de pago del precio y que conduzca a la conclusión de que el contrato deba resolverse por incumplimiento de dicha prestación por parte del comprador.

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

(Magistrado ponente, doctor Fulgencio Lequerica Vélez).

ANTECEDENTES

Se presentan como hechos fundamentales de este pleito los que para mejor conocimiento de la controversia pasan a extractarse:

1.° Por medio de escritura número 222, de 12 de octubre de 1931, Notaría de Ambalema, Felipe Quesada vendió a José Suárez varios inmuebles cuya determinación y linderos aparecen en el referido instrumento.

2.° El vendedor Felipe Quesada contrajo matrimonio con Bibiana Avila, en Lérida, el 4 de agosto de 1888, de modo que los bienes que vendió a Suárez son sociales. La sociedad conyugal Quesada-Avila adquirió el dominio de los inmuebles vendidos por compra hecha a Florinda, Rosa y Norberto Muñoz y Silveria Barrios de Muñoz, mediante escritura número 209, de 29 de junio de 1925.

3.° La venta que se relaciona en la escritura número 222 de 1931 es ficticia y carece de causa o razón legal; en tal virtud, José Suárez no tuvo intención de adquirir aquellos bienes, ni Felipe Quesada la intención de transferirlos.

4.° Cuando se otorgó el instrumento 222, Suárez carecía de dinero y de crédito para pagar de contado la suma de tres mil pesos ($ 3.000), valor de la venta. En la época de tal contrato, Suárez sólo tenía unas pocas tierras y mejoras que había comprado a Diego Naged, Adriano Lozano, Fidel Sánchez y Rosalbina Vergara de Viana, tierras y mejoras que había hipotecado a Tobías Rivera por la suma de mil quinientos pesos ($ 1.500).

5.° El comprador Suárez era insolvente cuando se otorgó la escritura número 222, pues la finca que tomó a Tobías Rivera no la había pagado y no le daba rendimiento para comprar de contado otra finca de valor de tres mil pesos ($ 3.000).

6.° Suárez no pagó a Quesada el valor de la venta que reza la escritura número 222, y era público y notorio en el vecindario de Lérida que Suárez era insolvente, pues lo único que tenía eran los bienes a que antes se aludió, los cuales había hipotecado a Tobías Rivera. Por lo demás, Suárez ha confesado a varias personas que la escritura que le hizo Quesada fue de confianza, y que no pagó nada por razón de la venta.

7.° Desde el 12 de octubre de 1931 Suárez está en posesión, uso y goce de la finca relacionada en el punto *b*) de la escritura número 222, y los demandantes se han privado de los frutos naturales y civiles de esa finca y han sufrido perjuicios por causa de la venta ficticia.

JUICIO ORDINARIO

En libelos presentados ante el Juez en lo Civil del Circuito de Ambalema el 11 de mayo y el 13 de julio de 1939, los esposos Felipe Quesada y Bibiana Avila de Quesada, fundándose en los hechos que anteceden, demandaron por la vía ordinaria a José Suárez Ch., impetrando las siguientes declaraciones:

Primera. Que es absolutamente nulo, por simulación y por carecer de causa o razón legal, el contrato de venta relacionado en la escritura número 222 de 12 de octubre de 1931, otorgada en la Notaría de Ambalema y registrada en la misma fecha, mediante la cual Felipe Quesada vendió a José Suárez los bienes determinados en el hecho 1.°

Segunda. Que se condene a Suárez a restituír a los demandantes los bienes de que trata la misma escritura.

Tercera. Que se condene a Suárez a pagar a los demandantes los frutos naturales y civiles de los mismos bienes, desde el 12 de octubre de 1931 hasta el día de la entrega, así como también los consiguientes perjuicios.

Cuarta. Que se ordene la cancelación del registro de la escritura número 222, de 12 de octubre de 1931, y la entrega material de los bienes que ella relaciona.

Quinta. Que se condene al demandado al pago de los perjuicios sufridos por los demandantes con la retención y usufructo de los bienes dichos, todo a justiprecio de peritos; y

Sexta. Que en caso de oposición se le condene en costas.

En subsidio de las peticiones anteriores se solicitaron estas otras:

a) Que se declare resuelto por falta de pago el contrato de que trata la escritura número 222, de 12 de octubre de 1931, otorgada en la Notaría de Ambalema y debidamente registrada.

b) Que, en consecuencia, se restituyan a los demandantes los bienes al í relacionados.

c) Que se condene al demandado al pago de los frutos naturales y civiles de los mismos bienes, desde la época en que los entregó Quesada a Suárez, y también al pago de perjuicios, todo a justiprecio de peritos.

d) Que se ordene la cancelación del registro de la escritura número 222 de 12 de octubre de 1931.

e) Que se ordene al demandado la entrega material de los bienes a los demandantes, y

f) Que en caso de oposición, se le condene en costas.

El Juez del conocimiento decidió la primera instancia en sentencia fechada el 22 de noviembre de 1940, en la cual absuelve al demandado Suárez Ch. de los cargos formulados en la demanda. Se fundó en que examinadas las súplicas principales de la demanda se halla que los cónyuges actores piden que se condene al demandado a restituír las fincas vendidas, personal y directamente a los demandantes, cuando han debido pedir no para su propio patrimonio sino para la sociedad conyugal, que era la propietaria de tales bienes, siendo unos y otros patrimonios sustancialmente diferentes, ya que si los bienes son de la sociedad conyugal, es a la masa social e ilíquida a la que deben volver y no al patrimonio de los cónyuges. Considera el Juez *a quo* patentizada la improcedencia de la acción incoada por haberse pedido de modo indebido, lo que constituye una excepción perentoria que debe ser reconocida en la sentencia, conforme lo dispone el artículo 343 del Código Judicial.

LA SENTENCIA ACUSADA

Por virtud de alzada de la parte actora conoció de la segunda instancia el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, quien en sentencia de 29 de enero de 1942 reforma el fallo apelado en el sentido de declarar probadas las excepciones perentorias de ilegitimidad de la personería sustantiva de la parte actora e ineptitud sustantiva de la demanda. En lo demás se confirma la providencia recurrida.

Sirven de soporte a este fallo del Tribunal, que viene a ser materia del recurso de casación, los argumentos que pasan a extractarse:

1.º Los bienes vendidos por Quesada a Suárez Ch., venta que se considera simulada, fueron adquiridos a título oneroso durante el matrimonio Quesada-Avila; por lo tanto entraron a formar parte del haber de la sociedad conyugal. Durante el régimen de ésta, anterior a la Ley 28 de 1932, el marido era jefe único de dicha sociedad y dueño de los bienes sociales respecto de terceros. Como en la fecha de la venta (12 de octubre de 1931), la mujer carecía de capacidad legal para impugnar la venta celebrada por su marido, no es posible aceptar que ahora pueda hacerlo por virtud de la Ley 28 de 1932; y esto indica a las claras que Bibiana Avila de Quesada no tiene interés jurídico suficiente para demandar a su favor la simulación del contrato de compraventa que consta en la escritura número 222.

2.º Como los bienes vendidos a Suárez Ch. pertenecían a la sociedad conyugal y no al patrimonio propio de uno de los cónyuges, la demanda ha debido dirigirse en nombre y a favor de dicha sociedad. Pero como la acción fue incoada en nombre propio de Felipe Quesada y Bibiana Avila de Quesada, hay motivo para considerar que la demanda está afectada, no por petición de modo indebido como lo sostiene el Juez de primer grado, sino por ilegitimidad de la personería sustantiva de la parte actora.

3.º La parte petitoria del libelo revela el ejercicio de la acción de nulidad absoluta por simulación, como principal; y de la acción resolutoria del contrato por falta de pago del precio, como subsidiaria. Hubo, pues, la acumulación de acciones dentro de una misma demanda, que con ciertos requisitos autoriza el artículo 209 del Código Judicial. Pero para que proceda esta forma de acumulación se requiere que las acciones no sean contrarias e incompatibles entre sí, de manera que la elección de la una no excluya o extinga la otra; y aunque ese artículo 209 permite proponer subsidiaria o condicionalmente dos remedios contrarios, ello puede hacerse siempre que los derechos no se excluyan por la elección.

Tal debe acontecer en este caso, sigue la sentencia, porque al pedir la nulidad por simulación, los actores afirmaron que la compraventa no había tenido existencia legal, desde luégo que fue ficticia y careció de causa legal; en tanto que al proponer la acción resolutoria por falta del pago del precio, debieron partir de la base de que aquel contrato sí habia tenido validez legal. Luego la demanda se planteó sobre dos situaciones jurídicas incompatibles que se excluyen entre sí, lo cual autoriza para declarar que la demanda adolece de ineptitud sustantiva.

EL RECURSO

Interpone el recurso de casación la parte actora y lo funda en el motivo 1.º de los consagrados en el artículo 520 del Código Judicial. Pasan a extractarse los cargos formulados a la sentencia:

Primer cargo. Sostiene el recurrente que el Tribunal ha violado por interpretación errónea y aplicación indebida los artículos 180, 633, 1740,

1741, 1746, 1748, 1781, 1805, 1806 y 1830 del Código Civil; 250 del Código Judicial; 1.° a 7.° de la Ley 28 de 1932; 20 a 23 de la Ley 153 de 1887 y 2.° de la Ley 50 de 1936.

Los viola porque ha desconocido la autonomía civil y la capacidad de la mujer casada para demandar el reintegro de aquellos bienes que salieron ilegítimamente del patrimonio social y el interés de doña Bibiana en dichos bienes, lo que le otorga la personería sustantiva para demandar dicha relación jurídica contenida en la escritura número 222.

Segundo cargo. Viola a la vez esos mismos preceptos legales porque ha sostenido en el fallo acusado que la sociedad conyugal tiene vida propia y personalidad suficiente para que se propongan acciones a su nombre, como si se tratara de una persona jurídica, con desconocimiento de los artículos 633 del Código Civil y 250 del Código Judicial. Por otra parte, en favor de la sociedad conyugal se ha demandado, pero en cabeza de los cónyuges, y esto se deduce claramente de los hechos 2, 12, 17 y 20 de la demanda. Desconocer que en esa forma se ha demandado, porque como es obvio se ha señalado a los cónyuges particularmente, es cometer un error evidente de hecho en la apreciación de la demanda y violar directamente las normas citadas anteriormente.

Tercer cargo. Violación de los artículos 1546, 1849, 1864, 1865, 1930 y 1934 del Código Civil y 209 del Código Judicial, por interpretación errónea, aplicación indebida y falta de aplicación al caso del pleito.

Considera el Tribunal que los actores incurren en el error de intentar en forma eventual o subordinada dos acciones contrarias e incompatibles entre sí, y esta apreciación del sentenciador sí constituye error de hecho manifiesto, puesto que del tenor del libelo de demanda no se deduce que los actores hayan intentado al mismo tiempo dos acciones que se excluyen. Estos sí podían entablar dos acciones como la de simulación y la de resolución del contráto, ya que siguen ambas el procedimiento ordinario. No hay oposición entre esas dos acciones y éstas no son contradictorias ni se excluyen, porque si se demuestra que no hay simulación, recobra entonces eficacia el contrato, y al recobrarla surge la necesidad de realizar el contenido de la relación contractual y, por ende, de obtener el cumplimiento de la convención o resolución por falta de pago del precio.

ESTUDIO DE LOS CARGOS

A) La Corte reafirma la doctrina del Tribunal en lo referente a la carencia de acción por parte de la actora doña Bibiana para incoar las acciones de simulación de la compraventa y, en subsidio, la de resolución de ese mismo contrato. No es que con esta conclusión se desconozca la autonomía civil y la capacidad jurídica que a la mujer casada reconoció la Ley 28 de 1932, para demandar el reintegro de aquellos bienes que salieron ilegítimamente del patrimonio social, y el interés jurídico que, en tesis general, tiene dicha cónyuge para que no se merme indebidamente la masa de bienes que constituye la sociedad conyugal. Lo que ocurre es que dicha cónyuge no puede perseguir ahora los actos o contratos celebrados por el marido con anterioridad a la vigencia de la Ley 28, porque antes del 1.° de enero de 1933, fecha en que entró a regir ese nuevo estatuto de la sociedad de bienes entre cónyuges, el marido era jefe exclusivo y único administrador de la sociedad conyugal y dueño de los bienes sociales ante terceros, como si fueran propios. Por tanto, siendo en el antiguo régimen del Código Civil incapaz la mujer casada, y no teniendo, a la fecha de la compraventa (12 de octubre de 1931), ni la administración de esos bienes, ni acción alguna para atacar los actos y contratos celebrados por el marido, no puede reconocérsele esa acción con posterioridad y bajo la vigencia del nuevo estatuto creado por la Ley 28. Así lo ha resuelto esta Sala de Casación en sus dos sentencias de 20 de octubre de 1937 (*Gaceta Judicial*, tomo XLV, página 630) y de 22 de agosto de 1940 (*Gaceta Judicial*, tomo XLIX, página 842).

—

B) Pero ese reconocimiento que se hace de la doctrina anterior y su confirmación, no ha de conducir, como lo afirma y sostiene la sentencia acusada, a declarar probada la excepción de ilegitimidad sustantiva de la parte actora, o mejor sería decir, a la de carencia de acción, porque el actor Quesada sí tiene el ejercicio de ambas acciones incoadas y el necesario interés jurídico para suplicarlas ante el Organo Judicial.

Al efecto, si como jefe único de la sociedad conyugal, dentro del antiguo régimen del Código Civil, celebró la compraventa de estos bienes inmuebles pertenecientes a la masa social y actuó entonces como dueño exclusivo de tales bienes ante terceros, es claro que tiene ahora la plenitud del interés jurídico y el derecho sustantivo de acción procesal suficiente para pedir y obtener el reintegro de los inmuebles por simulación del contrato o por incumplimiento del comprador. Es claro que si como dueño único vendió, o si como tál simuló vender, que para el caso es lo mismo, conserva como estipulante vendedor la plenitud de su derecho para defender tanto el patrimonio social que le estaba exclusivamente encomendado, como su propio peculio o el de su

mujer legítima, que para entonces estaba sujeta a su potestad.

Ahora bien: para ejercitar esas acciones no era necesario ni indispensable que actuara a nombre y en representación de la sociedad conyugal propietaria de los inmuebles vendidos. Como fue vendedor a nombre propio y bajo su exclusiva responsabilidad y estaba a la fecha de la compraventa facultado por la ley para hacerlo, podía accionar para sí a nombre propio, sin perjuicio de que reintegrados esos bienes a sus manos fueran a aumentar efectivamente no su propio peculio sino el caudal de la sociedad conyugal, y quedaran sujetos a tal régimen de comunidad social hasta tanto que ésta se disolviera o liquidara. En este último evento, que viene a ser el contemplado en los autos, la prosperidad o el éxito de las acciones incoadas o de alguna de ellas vendría a aprovechar realmente a la masa social y, por ende, a la otra cónyuge actora doña Bibiana, sin que fuera indispensable para alcanzar este resultado reconocer personería o derecho de accionar a la sociedad conyugal o a la mujer legítima y copropietaria.

Resulta de lo expuesto que no era el caso de declarar fundada la excepción de ilegitimidad de la personería sustantiva de la parte actora, como lo hizo la sentencia acusada en casación, aun cuando se repite que más bien debió reconocer como demostrada en tal hipótesis la excepción de carencia de acción. Por este aspecto se hace necesario hacer la conveniente rectificación de doctrina, pero no se infirma el fallo acusado porque por motivos diversos a éste, y al entrarse a decidir el pleito en instancia habría de llegarse a conclusiones absolutorias que en el fondo conducirían a una decisión idéntica a la adoptada por el sentenciador de Ibagué.

—

C) Estima la Corte que tampoco es fundada la decisión de la sentencia que considera demostrada la excepción perentoria de ineptitud sustantiva de la demanda, y que hace consistir el Tribunal en que se han interpuesto en una misma demanda dos acciones o remedios contrarios e incompatibles entre sí, como son, a su decir, las de inexistencia por simulación y la de resolución por incumplimiento de la misma convención.

A juicio de esta Sala, se ha interpretado equivocadamente el artículo 209 del Código Judicial. Habiéndose incoado esas dos acciones en forma eventual y subordinada, presentándose la primera como principal y la segunda como subsidiaria, no hay en realidad incompatibilidad ni contradicción en el ejercicio sucesivo de esas dos acciones, ya que no habiéndose demostrado que ese pacto fuera simulado sino que tuvo o pudo tener una causa, un objeto y un consentimiento reales y lícitos, bien podría suplicarse entonces, en forma subsidiaria, que se le declarara resuelto por falta de pago del precio. Y eso fue lo que hizo y lo que pidió el vendedor Quesada.

Esta misma tesis ha sido sostenida por la Corte en varios fallos, entre otros en el de casación de 30 de marzo de 1936 (*Gaceta Judicial*, tomo XLIII, página 749). Y en una sentencia reciente de Rosaura Caracas contra Leopoldo Jiménez, fechada el 24 de marzo de 1942, se dijo lo que pasa a transcribirse:

«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 de lesión enorme, y si no se declara 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». (*Gaceta Judicial*, tomo LIII, página 259).

Dedúcese de lo expuesto que tampoco es fundada la conclusión del Tribunal de que aparece comprobada la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda, dado que en realidad las dos acciones interpuestas no eran incompatibles entre sí, en forma tal que los derechos protegidos en cada una de ellas se destruyan por la elección. Esos dos remedios procesales no son en verdad contradictorios, porque si no se demuestra que hay simulación, conserva eficacia el contexto y surge la necesidad de apreciar el contenido jurídico de la relación contractual y, por ende, de exigir el cumplimiento de las recíprocas prestaciones bilaterales. No existe incompatibilidad ni contradicción en estudiar en forma eventual y subsidiaria, como viene dicho, el objeto jurídico de cada una de tales acciones.

Pero aun aceptándose y enmendándose ese segundo error del Tribunal, en la apreciación del inciso 3.° del artículo 209 del Código Judicial, no es el caso en esta circunstancia de infirmar la sentencia que se revisa, porque se repite que por razones distintas se habrá de llegar en instancia a la misma decisión absolutoria que consagra dicha providencia.

D) Si fuera el caso de entrar en instancia, no deben prosperar las dos acciones incoadas, por las razones que pasan a enumerarse:

a) Acción de simulación. Como quien acciona de simulación es el vendedor Quesada, que es parte contratante en la compraventa, al tenor de la doctrina reiteradamente expuesta por esta Corte y que arranca su fundamento de los artículos 1759 y 1766 del Código Civil y 91 de la Ley 153 de 1887, la verdad de las declaraciones que en el acto ostensible hayan hecho los contratantes, no puede atacarse con éxito sino exponiéndole una prueba de igual categoría que destruya aquella plena fe, tal como el pacto literal oculto o la confesión del obligado o un principio de prueba por escrito, confesión o principio de prueba que entonces puede complementarse con testigos, presunciones e indicios, y en general con todo medio probatorio. (Casación, 30 de septiembre de 1936. *Gaceta Judicial*, tomo XLIII, página 830).

No es ese el caso de autos, porque el actor Quesada no ha exhibido la confesión del comprador Suárez Ch., quien en las posiciones rendidas en el proceso sostiene que la compraventa fue real y verdadera y que pagó el precio estipulado. En ninguna forma explícita o implícita, como lo ha pretendido el actor, ha reconocido que fue mentiroso el pacto o que éste encubriera otra convención oculta pero verdadera.

No ha exhibido tampoco el pacto literal oculto que para tales casos exige el artículo 1766 del Código Civil y que viniera a destruir o sustituir al ostensible. Falta, por tanto, el principio de prueba por escrito que entre las partes contratantes es de rigor para demostrar la simulación y que podría complementarse con otros medios probatorios. (Artículo 91, Ley 153 de 1887).

Ha pretendido el actor Quesada evidenciar en las instancias la simulación con una serie de indicios, tales como el de la falta de recursos económicos del comprador demandado; el de la pobreza en que quedó el vendedor después del negocio; que continuó en la posesión de los bienes vendidos, y no haberse pagado el precio estipulado. Pero además de que ese modo probatorio indiciario no puede servirle al contratante actor para destruír las declaraciones solemnes contenidas en un instrumento público, resulta que muchas de tales presunciones no aparecen suficientemente comprobadas, ni éstas revisten el carácter de graves, precisas y concordantes, en términos que alcancen la categoría de plena prueba. De manera que por ambos conceptos debe ser desestimada esa prueba indiciaria al decidirse sobre la acción de simulación.

E) Acción de resolución por falta de pago del precio. En la escritura número 222 se dejó por los estipulantes esta expresa constancia: «Que el precio de este contrato de venta es la cantidad total de tres mil pesos ($ 3.000) moneda corriente, que en dinero declara tener recibido de manos del comprador a su entera satisfacción....»

Más tarde, al absolver posiciones en el juicio, contesta el demandado comprador a la pregunta décimacuarta en los siguientes términos: «Yo le entregué el dinero allá» (aludía a la oficina del Notario).

Para destruír esta manifestación solemne contenida en el instrumento de venta y obtener la resolución del contrato por falta de pago del precio, presenta el autor dos pruebas: la por él llamada confesión del comprador y la de que el Notario y los testigos actuarios declaran no haber presenciado la entrega del precio.

En cuanto a la primera, no alcanza a ver esta Sala en dónde puede estar la confesión del comprador, pues la única respuesta que sobre este tópico dio éste fue precisamente la contraria a dicha confesión, o sea que pagó el precio en la Notaría («Yo le entregué el dinero allá») En forma tal que esa prueba de la confesión no existe realmente en el proceso.

La circunstancia de que el Notario y los testigos instrumentales no hubieran presenciado la entrega del precio de la compraventa, no es por sí sola indicio necesario o siquiera grave que pueda tener la virtualidad de destruir la declaración instrumental antes mencionada y que condujera a la conclusión de que el contrato deba resolverse por incumplimiento de dicha prestación por parte del comprador.

Bien pudo hacerse esa entrega en momentos en que tales personas no la presenciaran. Así lo ha resuelto esta Corte en numerosos fallos, entre otros en los dos que pasan a transcribirse:

«El hecho de que alguno de los testigos del instrumento no hubiere presenciado el pago del precio de la venta, no es suficiente para negar que el pago se verificó en la oficina de la Notaría». «El hecho de que el comprador haya afirmado en posiciones haber pagado el precio en la Notaría, no implica que lo haya pagado en presencia del Notario y de los testigos instrumentales». (Casación, 19 de mayo de 1923, *Gaceta Judicial*, tomo XXX, página 45).

—

FALLO

De lo dicho se concluye que aun cuando se hagan a la sentencia acusada las dos rectificaciones

doctrinarias contenidas en la anterior motivación, no es el caso de infirmarlo, porque al estudiar en instancia las dos acciones propuestas no deben prosperar por falta de suficientes elementos probatorios.

Por tanto, 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 Ibagué el 29 de enero de 1942, pero por razones fundamentales distintas de las expuestas en esa providencia que quedan consignadas en este fallo.

Sin costas en el recurso, por haberse hecho rectificaciones doctrinarias.

Notifíquese, publíquese, cópiese, 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. *Pedro León Rincón*, Secretario.

Acción para el pago de perjuicios por culpa.

Según lo ha establecido la Corte; el *quantum* del *pretium doloris* tiene un máximo de acuerdo con el artículo 95 del Código Penal, del que no puede pasarse el juzgador. La estimación de los perjuicios, no pasando del máximo fijado por ese artículo, depende del criterio del fallador.

En el caso a que alude el proceso, se trata de una culpa contractual por parte del Municipio de Medellín, por cuanto al tomar pasaje Carmen Pizarro de Posada en el tranvía de ese Municipio, se verificó el contrato de transporte entre el Municipio y la Pizarro de Posada y, por lo tanto, nació un vínculo contractual entre el transportador, el Municipio y la transportada. No se trata, pues, de una culpa extracontractual, como se planteó en la demanda.

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

(Magistrado ponente, doctor Liborio Escallón).

El 24 de junio de 1938 el carro del tranvía de Medellín número 15 corría por la línea de «América»; salió del terminal en dirección a Medellín y a poco de salir tomó una excesiva velocidad, chocando contra uno de los postes conductores de la energía eléctrica y volcándose en seguida, a consecuencia de lo cual perecieron varios de los pasajeros, entre otros, la señora Carmen Pizarro de Posada.

Este hecho acreditado e indiscutido en el proceso dio base a José Abel Posada, marido de Carmen Pizarro, y a María de la Columna, María de los Angeles y Carmen Emilia Posada, para demandar al Municipio de Medellín como dueño de la Empresa de Tranvías de esa ciudad, para que se declare que dicho Municipio es responsable del accidente y que por lo tanto debe pagar los perjuicios causados a los demandantes, por la muerte de la expresada Carmen Pizarro de Posada.

El Juez de primera instancia, Primero del Circuito de dicha ciudad, en sentencia de 9 de diciembre de 1939 condenó al Municipio demandado a pagar a los demandantes la suma de $ 1.607,29 por concepto de indemnización por los daños materiales sufridos con motivo de la muerte de la señora Pizarro, y negó las demás declaraciones impetradas.

Ambas partes apelaron del fallo, y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en sentencia de 23 de julio de 1941, reformó la apelada en el sentido de condenar a los perjuicios materiales, que deben ser fijados de acuerdo con el procedimiento señalado por el artículo 553 del Código Judicial, y de condenar además al Municipio al pago de los perjuicios morales, que estimó en la cantidad de $ 500.

Ambas partes recurrieron en casación y hoy pasa a decidirse el recurso. No se discute, como ya se dijo, que el accidente que causó la muerte de Carmen Pizarro se produjo en las circunstancias señaladas en la demanda, como tampoco —extremo que también está acreditado—, que el Municipio demandado es dueño de la Empresa de Tranvías. También está comprobada la personería de la parte actora.

El debate en casación rueda sobre estos extremos: El apoderado del Municipio alega que el accidente se verificó por caso fortuito y hace algunos reparos al criterio del fallador para fijar

las bases de la condenación, alegando además que no hay motivo para ello.

El apoderado de la parte demandante rebate esos puntos de vista y ataca el fallo en lo referente al *quantum* de la indemnización.

Para mayor orden y claridad, empieza la Corte por considerar la demanda de casación del Municipio de Medellín.

En primer término acusa la sentencia el apoderado de dicho Municipio, por apreciación errónea de la prueba que corre al folio 34 del cuaderno respectivo y que consiste en un informe técnico sobre las posibles causas que motivaron el accidente del carro del tranvía número 15. Dice el recurrente que por apreciación errónea de tal prueba el fallo violó el artículo 1604 del Código Civil en relación con el artículo 1.° de la Ley 95 de 1890, y los artículos 2341, 2343, 2347 y 2356 del mismo Código.

La Corte considera: Desde la contestación de la demanda el Personero Municipal afirmó que el carro del tranvía salió con la pértiga o lanza del carro debidamente conexionada, y que sólo cuando estaba el carro en movimiento fue cuando se zafó aquélla. El Tribunal no aceptó esa afirmación, por cuanto de las pruebas que existen en los autos y que inserta en su sentencia, se deduce lo contrario, o sea que por descuido o negligencia del conductor Posada, el carro se puso en movimiento sin estar conexionada la pértiga, lo que produjo el accidente, porque si esa conexión hubiera existido, habría podido el conductor darle reverso al carro y hacer uso además de los frenos con lo cual el siniestro se hubiera evitado.

En cuanto a que el tranvía arrancó con la pértiga zafada se hallan las declaraciones de José Manuel Alvarez, Manuel A. Cano, Antonia Bedoya, Ramón A. Posada y Emma Maya. Estos testigos presenciales declaran que el carro salió sin la pértiga conexionada, que tomó una excesiva velocidad, que no pudo controlar el motorista, hasta que fue a estrellarse.

El Tribunal tuvo en cuenta y apreció acertadamente la prueba a que se refiere el recurrente. No aceptó la base del concepto porque los peritos partieron del supuesto de que el carro salió con la pértiga conectada, lo que no puede admitirse porque esa aseveración está plenamente desvirtuada en los autos y las declaraciones en que se funda el hecho contrario no han sido atacadas en casación, como mala apreciación, o apreciación errada de esa prueba. Del dictamen pericial a que se refiere el recurrente, según lo hace notar el fallador de Medellín, se desprende también la negligencia con que obró el motorista Posada. En efecto, en dicho dictamen se lee lo siguiente:

«Por dos razones el motorista partió de la terminal sin las seguridades de que los frenos estaban en buen estado de servicio, como son la mucha atención que debía prestar al recibo de los pasajeros en la terminal adonde hubieron de ir los de la fracción de La "América" ante el temor de que el carro a su regreso viniera con cupo completo; o que la fusión del alambre protector ocurrió después de haber arrancado el carro, siendo imposible, por consiguiente, dominarlo, cuando el motorista necesitó hacerlo, al darse cuenta por medio del manómetro que cada carro lleva al alcance del conductor de que la presión de los depósitos era insuficiente».

Estos peritos concluyeron que la causa del accidente fue la quemada del fusible, pero aseveran, según acaba de verse, que el motorista no notó el hecho por una causa u otra.

Esto, como lo observa el fallador, demuestra «la negligencia con que obró el motorista Posada, pues precisamente el número del pasaje le aconsejaba mayor prudencia, y, además, si el carro emprendió el viaje sin conexión eléctrica, es incuestionable que el fusible del motor que accionaba al compresor de aire debió fundirse antes».

El supuesto de que parten los peritos, o sea, se repite, que la pértiga estaba conectada y que en el curso del viaje se desconectó, está contradicho en autos, luego no podía el Tribunal proceder sobre esa pretendida base, contraria a la evidencia de los hechos demostrados.

Si, pues, por una parte el Tribunal no incidió en error de derecho, ni de hecho manifiesto, en la apreciación de tal dictamen, por la otra con esa prueba no sólo no se demuestra la excepción de caso fortuito, que es la defensa de la parte demandada, sino que más bien se relieva la culpabilidad del motorista, culpabilidad que refluye sobre la Empresa demandada.

Además, vale la pena observar, que tiene razón el apoderado de la parte demandante al afirmar que la prueba emanada de ese concepto pericial no fue producida dentro del juicio, sino levantada fuera de él, a solicitud del Personero Municipal, y traída a los autos en copia sin autenticar por los peritos.

No aparecen, pues, violados los artículos a que el recurrente se refiere en el primer capítulo de su demanda y por el concepto en él expresado, por lo cual se rechaza el cargo.

El segundo cargo consiste en violación de los artículos 2341, 2342, 2343, 2347, 2349 del Código Civil, por cuanto las bases que sienta el Tribunal para la liquidación de los perjuicios sufridos por los demandantes están equivocadas

Se considera: El único modo de que este cargo fuera viable en casación, sería el de que la acusación atacara las bases adoptadas por el Tribunal para la fijación posterior de los perjuicios, o por error de derecho, o por error manifiesto de hecho.

El recurrente no se acoge a estos extremos, sino insinúa y afirma que tales bases están equivocadas, lo cual no equivale a la acusación por error en la apreciación de aquéllas.

No obstante esto, se observa: Los peritos fijaron en $ 1.607,29 los perjuicios materiales sufridos por los demandantes por la muerte de María del Carmen Pizarro P. Esta fijación la hicieron de acuerdo con el cálculo de probabilidades sobre la fijación de la vida que emplean las compañías de seguros, y para hacerlo partieron de estas bases: *a)* Edad de María del Carmen, 50 años; *b)* Que con su trabajo ayudaba a sostener el hogar, de una manera eficiente, y *c)* Que ganaba en su industria $ 1.40 diarios. Los peritos estimaron que el cálculo de la ganancia debía hacerse solamente sobre $ 1 diarios, restando los $ 0.40 para imputarlos a gastos personales de María del Carmen.

El Tribunal no aceptó este peritazgo, porque asevera que una de las bases en que se funda el dictamen, edad de la víctima, está errada, pues aparece que cuando los peritos hicieron la necropsia de María del Carmen y previo el examen del cadáver, fijaron la edad de ésta en 55 años.

Como los peritos partieron al respecto de otra base, cinco años menos, dedujo el Tribunal que el dictamen no podía acogerse porque los cálculos de probabilidad de vida tienen que variar en ese caso.

No está establecida por la partida de origen civil o eclesiástico la edad de María del Carmen, de donde se ve que era indispensable entonces acudir a otros medios probatorios, entre los cuales bien está la determinación por medio de peritos médicos, que fue lo que se hizo.

Tuvo, pues, razón el Tribunal para no dar asentimiento probatorio al dictamen pericial en virtud de esa falla, porque aun cuando consideró que se presentaron algunas declaraciones en que se afirma que María del Carmen tenía unos 50 años, es un mero cálculo de los testigos, según afirma el Tribunal, y con razón, que no desvirtúa la aseveración de los peritos médicos.

En cuanto a las otras dos bases, o sea que María del Carmen trabajaba en el negocio de hortalizas, tenía su huerta, vendía sus productos en la plaza de mercado de Medellín, ayudaba con ese trabajo a sostener su hogar, como si fuera un hombre, dicen los testigos, y ganaba con su industria $ 1.40 diarios, es cosa que está plenamente acreditada en los autos con una serie de testimonios contestes que coinciden en las circunstancias de modo, tiempo y lugar.

Al darles, pues, el Tribunal el valor de plena prueba a esas declaraciones, recibidas en debida forma, aplicó el artículo 697 del Código Judicial y no pudo violar las normas citadas por el recurrente, por cuanto de esos testimonios se deduce claramente el perjuicio que sufren los demandantes. No hubo, pues, mala apreciación de esa prueba, ni el fallador de Medellín dejó de tener en cuenta alguna que favoreciera al Municipio demandado, ni interpretó mal ningún factor probatorio, de donde se deduce que tampoco puede prosperar el cargo que se estudia.

El apoderado de los demandantes acusa la sentencia en el primer capítulo, por infracción de los artículos 2341, 2347, 2349 y 2356 del Código Civil, y el ataque se refiere tanto a la estimación de los perjuicios materiales como de los morales no objetados.

Respecto de las bases que fijó el Tribunal para determinar el *quantum* de los perjuicios materiales, por el procedimiento a que se refiere el artículo 553 del Código Judicial, ya quedó expresado y explicado, al estudiar el segundo cargo hecho en casación por el apoderado del Municipio de Medellín, por qué el Tribunal no erró al fijar las bases para el avalúo, como también por qué no aceptó el dictamen pericial al respecto, no aceptación que tiene fundamento legal, porque ya se vio que una de las bases tenidas en cuenta por los peritos, para el avalúo, la edad de la víctima, está errada y contradicha en los autos.

Esas observaciones son aplicables al cargo que se estudia en cuanto se refieren a los perjuicios materiales.

En lo atañedero a los perjuicios morales, se observa: el Tribunal condenó al Municipio de Medellín al pago de perjuicios morales y fijó el *quantum* de éstos en $ 500.

Los perjuicios morales no objetivados son de la apreciación del Juez y no de los peritos, teniendo en cuenta los elementos o factores que al respecto existen en autos.

Según lo ha establecido la Corte, el *quantum* del *pretium doloris* tiene un máximum de acuerdo con el artículo 95 del Código Penal, de que no puede pasarse el juzgador.

En sentencia de fecha 20 de octubre último (Mario Ojeda contra José Ricardo Vejarano) dijo la Corte: «Acusa el recurrente el fallo por violación de los artículos 2341 y 95 del Código Penal por cuanto el fallador se excedió en la condenación al pasar de los dos mil pesos fijados en la norma últimamente citada, y al respecto sostiene: que ya la Corte en múltiples fallos ha sentado doctrina sobre el particular, sosteniendo que la

condenación a perjuicios morales no puede pasar de la cantidad fijada en el artículo 95, y que esa suma es independiente del número de demandantes por cuanto, si veinte personas padecieron por la muerte de un descendiente o ascendiente, o si no existe sino un pariente a quien la muerte infligiera el daño moral ocasionado por el delito o cuasidelito, es uno solo, no avaluable en dinero; la única diferencia consiste en que en el primer caso hay veinte demandantes y en el segundo uno solo.

«Para estudiar este cargo se considera: Esta corporación tiene sentada ya como doctrina, que la indemnización o reparación por los daños morales, que el *pretium doloris*, o los perjuicios no objetivados, no pueden entenderse ni configurarse como compensación económica, como entidad meramente patrimonial.

«Al admitir, dijo la Corte, en sentencia de 20 de junio de este año, el *pretium doloris* para compensar económicamente el daño subjetivo, es aceptar un absurdo en lo moral y en lo jurídico. No que implica que el daño puramente subjetivo haya de quedar sin una satisfacción de orden pecuniario, como así lo llama Josserand y con él otros expositores. Tal criterio de la satisfacción por el daño moral es el que se halla consagrado y previsto en la ley colombiana, en relación con la especie de daño de que ahora se trata. En efecto, al decir el artículo 95 del Código Penal que cuando no fue fácil o posible avaluar pecuniariamente el daño moral ocasionado por el delito, podrá fijar el Juez prudencialmente la indemnización que corresponda al ofendido, hasta por la suma de dos mil pesos, párte de la base de la imposibilidad que existe de reconocer una indemnización completa del servicio, que no la daría el dictamen de terceros sino la estimación del propio lesionado, ya que el daño moral subjetivo resulta en realidad de la receptividad de la víctima, como lo observa Ripert..... Resumiendo lo dicho en este capítulo sobre perjuicios morales, se tiene que ellos deben repararse, en general, mediante su objetivación; y que para el daño no objetivable se admite una pequeña satisfacción pecuniaria que se gradúa prudencialmente por el Juez, según las circunstancias de cada caso, dentro de la cuantía señalada en el artículo 95 del Código Penal.

«Respecto de este extremo, la Corte está de acuerdo con lo sostenido por la sentencia acusada y por el recurrente. Para confirmar lo anterior y fijar el alcance del artículo 95 del Código Penal, es conveniente tener en cuenta la historia de esa norma así como la del artículo 94.

«En las actas de los trabajos preparatorios del nuevo Código Penal, que cita y transcribe también el recurrente, se encuentra esto: "Propuso el doctor Parmenio Cárdenas: Si el delito no ha causado daño que pueda avaluarse económicamente, el Juez podrá, no obstante, imponer la obligación de pagar una suma de diez a quinientos pesos en favor de la Caja de Multas". (Tomo 1.°, segunda edición oficial, acta número 105, página 256).

«El doctor Rafael Escallón manifestó que "su fórmula se refiere a los daños no patrimoniales, es decir, aquellos que no traen perturbaciones del patrimonio, sino que son de carácter más bien psíquico, y precisamente entre ellos está el daño moral" (ibíd., acta 106, página 260).

«El máximum de la cuantía fijada en la fórmula del doctor Cárdenas fue elevada por el doctor Carlos Lozano y Lozano a mil pesos (acta 106, página 258). En tal virtud, el artículo 94 (104 del proyecto) quedó así: "Si el delito no ha causado daño que pueda avaluarse económicamente, el Juez podrá, no obstante, imponer la obligación de pagar una suma hasta de mil pesos a favor de la Caja de Multas".

«Este artículo comprendía los perjuicios de afección como lo anotó el doctor Cárdenas, pero como parecía raro que en el caso de estos perjuicios se pagase a la Caja de Multas y no al ofendido, el doctor Escallón separó de los delitos formales que no causan daño alguno, de los que infieren perjuicios morales de afección, subjetivos y no objetivados, y propuso: "Cuando no fuere fácil o posible avaluar económicamente el daño moral ocasionado por el delito, el Juez puede fijar prudencialmente la indemnización que corresponde al ofendido". (Ibíd., página 260).

«El doctor Lozano y Lozano agregó al artículo las palabras *hasta dos mil pesos*, y en esa forma fue aprobado el artículo 95 del Código Penal, 104 del proyecto.

«De lo anterior se desprende que habiendo considerado y sostenido la Comisión que los perjuicios no objetivados, que los perjuicios morales de afección, no entran en la categoría de los patrimoniales, y teniendo en cuenta que debe haber una reparación por esa clase de perjuicios, fijó el máximo de ellos en una cantidad reducida, teniendo en cuenta, se repite, la naturaleza de tales perjuicios.

«De todo lo anterior deduce la Corte que el fallador no puede pasarse de ese máximum, porque entonces ese límite, que es rígido, se trocaría en indefinido, pues estaría en relación no sólo con el perjuicio moral en sí mismo considerado, sino con el número de demandantes, estableciéndose una progresión en sentido directo: a mayor número de demandantes, mayor indemnización, y hasta podía llegarse el caso de multiplicar el má-

ximum fijado por la ley, dos mil pesos, por el número de actores, lo cual no puede admitirse, tanto por lo dicho como porque no se ve cómo el dolor pueda parcelarse para dar a cada demandante el precio de ese dolor.

«El artículo 95 del Código Penal consagra una norma general respecto de la máxima cuantía de la indemnización por perjuicios morales no objetivados. El principio en que se informa tal artículo ha sido acogido también, para casos particulares, por el legislador francés, puesto que en Francia se vio, como en Colombia, la necesidad de una limitación al respecto, para que la indemnización por perjuicios morales no se constituyera en una verdadera fuente de enriquecimiento y no de reparación, que es la naturaleza y configuración jurídica de aquélla. Henri Lalou (*La Responsabilité Civile*, página 110) se expresa así: "Hay casos en los cuales la ley limita o arbitra ella misma el monto de los perjuicios debidos por el autor de un cuasidelito. Así los perjuicios a cargo de un tercero responsable de un accidente de trabajo, en provecho del patrón y que ejerce la acción prevista en el artículo 7.°, parágrafo 4.°, de la Ley de 9 de abril de 1908, no pueden ser superiores al monto de la indemnización de que el patrón es legalmente responsable respecto de su empleado víctima del accidente».

«Anota el mismo autor que la pensión a que se refiere el artículo 301 del Código Civil decretada en casos de divorcio a favor del cónyuge inocente y contra el cónyuge culpable, tiene la limitación a que se refiere tal norma, porque el carácter de esa pensión es el de una indemnización, puesto que "está destinada a reparar el perjuicio que causa al esposo inocente la desaparición del derecho de socorro que el divorcio le hace perder". Observa dicho autor que por ese concepto esa indemnización es distinta de otras a que hubiere lugar, y dice así: "Como ejemplos de perjuicio distinto de la desaparición del derecho de socorro se puede citar el rechazo de un cónyuge después de la celebración del matrimonio, de hacer vida común, rechazo que entraña un perjuicio material y moral para el otro cónyuge".

«Y estas limitaciones se fundan sin duda en el concepto expresado por Ripert (*La Règle Morale dans les Obligations Civiles*, número 182), quien sostiene que la indemnización por perjuicios morales no es en el fondo sino una pena privada que sanciona un deber moral, de tal suerte que aquélla tiene un carácter no indemnizatorio sino ejemplar.

«En cuanto a la avaluación de los perjuicios, se expresa así Lalou: "Salvo disposiciones excepcionales, el poder de los Jueces para fijar el monto de la reparación de un delito o de un cuasidelito es absoluto (ibídem, página 48), y esta libertad de expresión se ejerce, ya se refiera al perjuicio material o al perjuicio moral. Ella es necesaria para los imponderables tales como el *pretium doloris*", (Ibíd., página 103).

«Esta tesis en lo que se refiere a los perjuicios morales no objetivados es la misma que consagra el artículo 95 de nuestro Código Penal. Esos imponderables tienen un límite en cuanto se traducen en una cuantía, y dentro de aquél, y en cada caso particular, el Juez la determina. "La fijación de una indemnización (por esa causa) no está limitada sino por la conciencia y la prudencia de los magistrados", dice el autor citado, quien observa asimismo que no se debe exagerar la cuantía porque la exageración puede constituír en ese caso una manifestación de venganza, tesis que encuentra muy acertada la Corte, entre otras razones, porque la indemnización por perjuicios morales no objetivados es, más que compensatoria, reparatoria, hasta donde esto puede ser posible.

«Cree la Corte oportuno observar que no es de rigor ni menos tiene carácter de axioma la condenación a una cantidad de dinero, por el concepto de perjuicios morales. No; esa reparación puede consistir en otra cosa muy distinta y que en ocasiones puede satisfacer más a quien sufre el dolor. Cuando la Corte, por primera vez, hizo viable la acción de perjuicios morales, condenó al demandado, el Municipio, a que pagara una suma para que con ella se erigiera un monumento en el cementerio de Bogotá, en memoria de la que había sido la mujer del demandante. Lo que sucede es que, generalmente, y por ser más fácil la reparación, se compensa en dinero, aunque realmente el dinero no tiene eficacia para hacer compensaciones de orden moral».

Lo anterior es pertinente al cargo que se estudia, y se ve por eso que el Tribunal de Medellín ni infringió los artículos acusados, al hacer la estimación por el concepto de perjuicios morales, estimación que no hace el juzgador teniendo en cuenta el monto fijado por el actor en la demanda, sino la naturaleza de esa clase de perjuicios, su finalidad y los demás elementos ya apuntados.

Además, esa apreciación, no pasando del máximum fijado por el artículo 95 del Código Penal, depende del criterio del fallador, como lo observa el apoderado del Municipio demandado.

El cargo, pues, no puede prosperar.

La segunda acusación a la sentencia, o sea violación de los artículos 2341, 4749 y 2356 del Código Civil, por interpretacion errónea, la hace consistir el recurrente en que no hubo graduación prudencial de los perjuicios y el juzgador no tuvo en cuenta las circunstancias del caso para fijarlos.

Lo expuesto al estudiar el cargo anterior y en especial la transcripción de la parte pertinente de la sentencia de la Corte, dejan a juicio de esta corporación estudiado el cargo, el cual no puede prosperar, por las razones que quedaron expuestas al resolver sobre el primer cargo.

Invocando la segunda causal, el recurrente acusa la sentencia por violación del artículo 721 del Código Judicial.

El cargo no cabe dentro de la causal segunda del artículo 520 del Código Judicial, y por este aspecto debe rechazarse.

Si se considera que está mal fundado y que el recurrente quiso hablar de motivos de casación, el cargo cae dentro de la primera, pero no es operante, porque en él se párte de la base de que pudiera admitirse el dictamen pericial, y ya se vio que la Corte halló fundado el concepto del Tribunal para no admitirlo.

Quedan de tal dictamen, para la fijación posterior, dos bases, a saber: que Carmen Pizarro de Posada sostenía con su trabajo y de una manera eficaz su hogar, y que su industria le producía un peso cuarenta centavos diarios, bases intocables porque ya se vio que están acreditadas plenamente en autos.

El cargo, por lo tanto, no puede prosperar.

Anota la Corte que este pleito se planteó sobre el concepto de la culpa extracontractual, y sobre esa base rodó todo el debate, y así fue aceptada por el fallador de primera y segunda instancia. Esa aceptación hace inmodificable el extremo materia del litigio. En realidad de verdad, y desde el punto de vista de la técnica, de lo que se trata es de la culpa contractual, por cuanto al tomar pasaje Carmen Pizarro de Posada en el tranvía de Medellín, se verificó el contrato de transporte entre el Municipio y la Pizarro de Posada, y por lo tanto nació un vínculo contractual entre el transportador, el Municipio, y la transportada, la Pizarro de Posada.

Esta rectificación doctrinaria es en sí misma de importancia, porque la naturaleza de la culpa contractual es distinta de la que se deriva de la culpa aquiliana. Mas, en el presente caso, no es operante ni incide en la solución del litigio, entre otras razones, porque la parte demandante comprobó y demostró la culpa de la parte demandada.

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.

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.

Acción para el pago de perjuicios por culpa extracontractual.

Puede decirse que es cosa definitivamente resuelta por la Corte que se presume culpa de la persona a quien se imputa un daño por malicia o negligencia, daño que debe ser reparado por ésta, de donde se deduce, como corolario, que la carga de la prueba no corresponde al damnificado, sino que corre por cuenta del agente negligente, imprevisivo o descuidado, y que para exonerarse de esa responsabilidad tiene que comprobarse, o el caso fortuito, la fuerza mayor, o la intervención de elementos extraños que pudieran desvirtuar la responsabilidad del agente.

Con razón ha dicho la Corte que «el conocimiento o aviso del riesgo o peligro es un elemento subjetivo indispensable para deducir o nó la culpa de la víctima, y ese elemento entraña en cada caso una cuestión de hecho que debe estimarse ante las pruebas del proceso y que no permite sentar ninguna regla sobre el particular, porque cada caso entraña por su naturaleza una cuestión distinta y, por lo tanto, una solución diversa». Casación, noviembre 18 de 1940. *Gaceta Judicial*, números 1964 y 1965).

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

(Ponente, Magistrado doctor José Miguel Arango).

El Municipio de Medellín es dueño de una planta eléctrica situada en el Distrito de Gómez Plata, en el paraje denominado *El Salto*, que suministra fuerza y luz para varios Municipios del Departamento de Antioquia.

En junio de 1937, el señor Bonifacio Montoya,

que se hallaba en esos parajes en vía de cacería, topó con los alambres que conducían la fuerza de la planta en mención y fue electrocutado.

Su legítima esposa, doña Justiniana Montoya, y sus hijos Gabriel, Reinaldo, José, Andrés, Felicidad y Natividad Montoya, por medio de apoderado judicial, demandaron al Municipio de Medellín para que se le condenara a pagarles la cantidad de $ 6.400 como indemnización por los perjuicios materiales y $ 6.000 por los morales, perjuicios que les causó el Municipio con la muerte de su padre y marido. Subsidiariamente se solicitan esas declaraciones, a favor de la sociedad conyugal disuelta e ilíquida, formada por Bonifacio y Justiniana y por la sucesión del mismo Montoya, o en favor de la sociedad o de la sucesión únicamente.

El Juez de la instancia condenó al Municipio a pagar a los demandantes la mitad de lo que valgan los perjuicios morales y materiales que sufrieron por la muerte de su cónyuge y padre, los cuales se determinarán en segunda instancia o en juicio aparte, entendiéndose que el 39 por 100 le corresponde al doctor Obdulio Gómez como porcentaje en que se le declara subrogado, según memorial que presentaron los actores.

Apelaron ambas partes, y el Tribunal Superior de Medellín desató la segunda instancia así:

«1.° Se declara que el Municipio de Medellín está en la obligación de pagar a los señores Justiniana Montoya v. de M., Gabriel, Reinaldo, José Andrés, Felicidad y Natividad Montoya M. la cantidad de tres mil trescientos veinticinco pesos ($ 3.325) moneda corriente, una vez ejecutoriada esta sentencia, como valor de los perjuicios morales y materiales sufridos por dichos demandantes, a consecuencia de la muerte de su esposo y padre, señor Bonifacio Montoya.

«2.° De esta indemnización corresponde el treinta y nueve por ciento al doctor Obdulio Gómez, según memorial de 29 de junio de 1938, a folios 209, porcentaje en que se le declara subrogado. Queda así *confirmado con modificaciones* el fallo recurrido, de procedencia y fecha dichas».

RECURSO

Tanto el representante del Municipio como el apoderado de los demandantes interpusieron recurso de casación, que les fue concedido y que hoy se decide previas estas advertencias, principiando, por razón de método, por el del representante del Municipio.

Este alega, en primer término, la violación de los artículos 2341 y 2356, por haber sido indebidamente aplicados al caso que se estudia, lo que equivale a decir que se alega como motivo de casación el primero de los señalados en el artículo 520 del Código Judicial.

Parece que el quebrantamiento de las disposiciones en cita se produjo a causa de la mala o errada interpretación que el sentenciador dio a las probanzas con las cuales se pretendía demostrar que la muerte de Montoya obedeció a un hecho voluntario, o por lo menos descuidado, del extinto, aunque el recurrente no lo dice de una manera precisa.

Considera que las declaraciones de Francisco Gómez, Enrique Granda, Manuel J. Guzmán, Francisco J. Castrillón, Evelio Londoño y Martín E. Martínez, son testimonios suficientes para comprobar que la muerte de Montoya se debió a un hecho voluntario de éste al ponerse en contacto con los alambres conductores de electricidad.

Puede decirse que es cosa definitivamente resuelta por la Corte, que se presume culpa de la persona a quien se imputa un daño por malicia o negligencia, daño que debe ser reparado por ésta, de donde se deduce, como corolario, que la carga de la prueba no corresponde al damnificado, sino que corre de cargo del agente negligente, imprevisivo o descuidado, y que para exonerarse de esa responsabilidad tiene que comprobarse, o el caso fortuito, la fuerza mayor o la intervención de elementos extraños que pudieran desvirtuar la responsabilidad del agente.

Las declaraciones señaladas por el recurrente no comprueban en manera alguna que el señor Montoya, por un acto voluntario, hubiera tocado o se hubiera puesto en contacto con los alambres conductores de la corriente eléctrica, para que pudiera decirse que fue directamente responsable de su muerte y no el Municipio de Medellín.

Esos testigos al ser repreguntados dijeron «que el que tocare esos puntos electrizados, es por pura voluntad de tocarlos, sin que en ningún caso la necesidad lo obligue a ello».

Esas declaraciones no demuestran que Montoya espontáneamente se hubiera puesto en contacto con los alambres conductores de la energía eléctrica; ellas apenas afirman que es peligroso tocar las líneas conductoras de la corriente, pero de allí no puede presumirse que Montoya por un un hecho suyo voluntario hubiera provocado su muerte.

Queda, pues, en pie la presunción de culpabilidad respecto del Municipio de Medellín, que establecen los artículos 2341 y 2356 del Código Civil, sin que esas declaraciones sean bastantes para demostrar un hecho exculpativo del Municipio, como el caso fortuito, la fuerza mayor o la intervención de elementos extraños.

Considérase que los artículos atrás citados también fueron quebrantados por no haberles dado el

Tribunal fuerza a las pruebas traídas para demostrar que el Municipio tomó las medidas que aconseja la prudencia para evitar desgracias, lo que hace valedera, dice el recurrente, la afirmación de que sólo por un hecho voluntario de Montoya pudo ocurrir el desgraciado accidente.

El Tribunal aprecia las pruebas presentadas por el Municipio y las acompañadas por los demandantes, y de esa comparación concluye que los transformadores y la red de alambres conductores de una corriente de alta tensión se encontraban sin cercos de precaución, sin avisos del peligro ni vigilante alguno ahí para informar a los transeúntes el riesgo que corrían si se aventuraban por esa estrecha senda; que los alambres estaban a muy poca distancia del suelo y que tanto éstos como los transformadores se encontraban al alcance de la mano.

Respecto de los testimonios que invoca el recurrente para deducir de ellos el hecho voluntario de que Montoya topó con ellos, se expresa así el Tribunal: «En repreguntas, estos testigos expresan: El que toca esos puntos electrizados, es porque quiere tocarlos y no porque la necesidad lo obligue a ello. Es necesario interpretar esta respuesta en sentido razonable, pues a primera vista lleva a la consecuencia absurda de que la muerte de Montoya fue voluntaria o un suicidio, porque quiso tocar los alambres sin necesidad alguna. Es probable que Montoya, al pasar por la sendita contigua a los alambres de alta tensión, no tuviese necesidad de cogerlos, a menos que se hubiese caído o deslizado, y es probable que voluntariamente los hubiese tocado, porque naturalmente en su ignorancia desconocía la peligrosidad mortal de aquella red que estaba al alcance de su mano. En ambos casos, es claro que el Municipio es responsable, por mantener aquellos peligrosísimos objetos sin cercos o precauciones indispensables para impedir electrocutaciones de personas ignorantes o descuidadas».

No ha logrado, pues, el Municipio demostrar que él había tomado todas las medidas que aconseja la ciencia y la prudencia para evitar las desgracias que pudieran acontecer a las personas que transitaran por aquellas cercanías, para poderse exonerar de su responsabilidad.

Se dice igualmente que los artículos at ás citados (2341 y 2356) fueron violados por el sentenciador, porque no hay prueba de la indemnización que debe pagar el Municipio por el daño moral y material.

Se ha visto que el Tribunal apreció las declaraciones traídas al proceso, de las cuales aparece que el Municipio incurrió en descuidos graves en la instalación de su ingenio productor de electricidad, en la región de *El Salto*, porque está demostrado que los transformadores se hallaban en «una casita edificada sobre zancos o estacas, sin muros ni bahareques que impidieran el acceso de personas o animales; que cerca pasaba un camino público y más cerca aún una senda o atajo que daba acceso a aquél, y que por ser la vía más recta, los caminantes la transitaban con frecuencia, expuestos, eso sí, a entrar en contacto con los alambres de tal instalación, bien fuera por ignorancia, por curiosidad u otras causas, siendo así que todo estaba al descubierto, a la intemperie, a poca altura del suelo, al alcance de cualquiera, sin materia alguna aislante, ni cercos u obstáculos que impidieran el acceso allí, ni aviso de peligro, y es cosa evidente, que no se discute, que el señor Montoya fue electrocutado y muerto por contacto que tomó con esa instalación eléctrica, y este daño tiene que repararlo el Municipio de Medellín, ya que no ha logrado comprobar hecho alguno que lo exculpe de indemnizarlo.

La Corte rechaza, en consecuencia, el último cargo que le hace a la sentencia el representante del Municipio.

RECURSO DE LOS DEMANDANTES

El primer reparo que por parte de éstos se le hace al fallo de Medellín, es por indebida aplicación del artículo 2357 del Código Civil, porque a juicio de los recurrentes no se ha comprobado que Montoya por su culpa, descuido o negligencia, se haya causado voluntariamente su propia muerte, y que no estando demostrada de manera patente esa culpabilidad, descuido o negligencia de la víctima, no hay ocasión para aplicar la citada disposición, y que no está demostrada esa circunstancia aparece claramente del fallo en este aparte: «Parece que el señor Montoya también tuvo algún levísimo descuido al transitar por aquella senda, cerca de la cual se hallaban aquellos transformadores y red de alambres cuya peligrosidad es generalmente conocida, acercándose demasiado a ellos por su ignorancia y falta de atención y tocándolos acaso..... En atención a esto, se rebajará la indemnización en un 20 por 100, con apoyo en el artículo 2357 del Código Civil, proporción razonable si se tiene en cuenta que fue mucho más grave el descuido del Municipio que el de Montoya».

La expresión «parece» empleada por el sentenciador, es una mera suposición, dice el recurrente, pero no una prueba directa de la falta, descuido o negligencia de la víctima, y sobre una suposición no puede el Tribunal fundarse sin la comprobación de que el que sufrió el daño se expuso a él imprudentemente.

Bien es verdad que la frase verbal «parece que»

es dubitativa y no implica una afirmación, pero este, si se quiere, descuido gramatical, no es suficiente para aceptar el cargo del recurrente, porque bien demostrado está que Montoya, en lugar de transitar por el camino público, tomó el sendero que colindaba con el edificio en que estaban instalados los transformadores y los alambres conductores de la energía, sin parar mientes en que esos elementos mortíferos no estaban separados por cerca alguna de la senda por la cual caminaba; que carecían de aisladores y que estaban a muy poca distancia del suelo, al alcance de la mano. Todas estas circunstancias, es decir, el hecho de tomar Montoya por ese atajo abandonando el camino real, es un hecho que implica, de parte de la víctima, algún descuido, negligencia o falta de prudencia, al aventurarse por esa senda de suyo peligrosa por la vecindad de la instalación eléctrica.

Con razón ha dicho la Corte que «el conocimiento o aviso del riesgo o peligro es un elemento subjetivo indispensable para deducir o nó la culpa de la víctima, y ese elemento entraña en cada caso una cuestión de hecho que debe estimarse ante las pruebas del proceso y que no permite sentar ninguna regla sobre el particular, porque cada caso entraña por su naturaleza una cuestión distinta y, por lo tanto, una solución diversa». (Casación de noviembre 18 de 1940, *Gaceta Judicial*, números 1964 y 1965).

De acuerdo con esta prudente jurisprudencia, la Sala encuentra bien hecha la disminución del valor de los perjuicios, porque para ella es incuestionable que Montoya no obró con la debida prudencia, cuidado y atención al tomar esa vía de ingente peligrosidad.

Por lo dicho, se rechaza este capítulo de acusación.

Considérase violado, por falta de aplicación en parte, el artículo 721 del Código Judicial, puesto que el Tribunal desechó el dictamen de los peritos que estuvieron de acuerdo en su exposición de una manera uniforme, debidamente fundamentada y explicada.

Se observa: el Tribunal no desatendió la prueba pericial ni la rechazó. Aceptándola en su totalidad, con aplicación del mismo artículo 721, hizo uso de las facultades que le confiere el artículo 2357 del Código Civil y redujo la cuantía de la indemnización en un 20 por 100. Hacer uso de la dicha atribución no puede implicar desconocimiento del precepto contenido en el artículo 721. Además, ya se ha visto que el sentenciador aplicó correctamente aquella disposición de la Ley Civil.

No siendo más los reparos del recurrente, 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 cuatro de febrero del año en curso.

2.° Sin costas, por ser ambas partes recurrentes.

Publíquese, cópiese, notifíquese, 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. *Emilio Prieto H*, Oficial Mayor en propiedad.

Recurso de revisión de una sentencia proferida en Sala Civil de Unica Instancia.

Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Civil. Bogotá, diciembre quince de mil novecientos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Fulgencio Lequerica Vélez).

El señor Jorge Martínez Landínez, en ejercicio del derecho que le otorgan el inciso 1.° del artículo 542 del Código Judicial, en libelo fechado el 26 de junio de este año, interpone el recurso extraordinario de revisión contra la sentencia definitiva proferida por la Sala Civil de Unica Instancia de esta Corte Suprema el día 26 de marzo de 1942, siendo Magistrado ponente el doctor Arturo Tapias Pilonieta, sentencia que puso fin al juicio ordinario intentado por el mismo señor Martínez Landínez contra la Nación, sobre nulidad de la Resolución ejecutiva número 37, de 27 de enero de 1941, pronunciada por el Ministerio de Minas y Petróleos.

En tal libelo suplica que con audiencia e intervención del señor Procurador General de la Nación se invalide dicha sentencia definitiva y se dicte por esta Sala de Casación, en virtud del recurso de revisión interpuesto, el fallo que deba

sustituírlo. Presenta como fundamento de su pretensión revisoria los hechos que pasan a transcribirse:

«Primero. Yo acusé ante la Sala Civil de Unica Instancia la Resolución número 37 de 1941 (enero 27), y pedí que se hicieran por aquella Sala de la Corte Suprema de Justicia varias declaraciones con fundamento en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia dictada por la misma Sala el día 30 de octubre de 1939, notificada y ejecutoriada en debida forma, y en la Resolución ejecutiva número 1181 del 23 de octubre de 1940.

«Segundo. La Resolución acusada número 37, de 27 de enero de 1941, del Ministerio de Minas y Petróleos, es una simple resolución ministerial que dispuso que el Gobierno se abstenía de hacer el pago reconocido por la sentencia de la Corte Suprema citada en el primer punto anterior y en la Resolución ejecutiva igualmente predeterminada en el mismo punto anterior, hasta que cesaran por sentencias ejecutoriadas los efectos de las notificaciones de pretendidas cesiones de mis derechos y se levantara el embargo que sobre ellos pesaba conforme a la misma Resolución.

«Tercero. La sentencia cuya revisión pido fundó su negativa a todas y cada una de las peticiones del libelo de demanda reconociendo la validez de las notificaciones y de las cesiones, y en la existencia del embargo.

«Cuarto. Solamente después de proferida la sentencia cuya revisión pretendo pude adquirir la prueba de que cuando se dictó la Resolución 37 de 27 de enero de 1941 no existía el embargo en que se fundó, es decir, que había desaparecido la traba ejecutiva; y que el Ministerio de Minas y Petróleos retuvo con malicia la notificación del Juzgado en que se les comunicó a los Ministerios de Hacienda y Crédito Público y de Minas y Petróleos que había cesado la traba ejecutiva referida.

«Quinto. El Fiscal Segundo del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá acaba de interponer apelación en un incidente de error grave que presentó y sostuvo ante el mismo Tribunal en un juicio ordinario que adelantó contra la Nación por perjuicios, y se ha fundado en la sentencia cuya revisión persigo».

Señala como fundamentos de derecho los consagrados en el Título 14, Libro 4.º del Código Civil, y singularmente en los artículos 1634 y 1666 del mismo Código. Como podrá verse por la relación de los hechos fundamentales de este recurso de revisión, la sentencia definitiva cuya invalidación solicita el demandante tuvo a su sentir, como base primordial y argumento matriz, el embargo que se había decretado por el Juez Tercero del Circuito en lo Civil, en el juicio ejecutivo seguido por Isaac Pulido contra Martínez Landínez, embargo que ya había desaparecido cuando se dictó la Resolución número 37 de 1941 y a la que sirvió, según supone, de fundamento; pero agrega que la prueba de que se había decretado tal desembargo no pudo llegar a sus manos oportunamente, para hacerla valer en el juicio ordinario mencionado, por haber sido retenida maliciosamente por el Ministerio de Minas, la comunicación en que se hizo saber que había cesado esa traba ejecutiva.

Hecha la anterior relación, entra esta Sala a decidir el recurso mediante las siguientes consideraciones:

En sentencia de 29 de octubre de 1942 tuvo oportunidad la Corte de estudiar y fallar una demanda de revisión, en virtud de recurso extraordinario, muy similar a este negocio; y entonces se hizo el análisis e interpretación del artículo 542 del Código Judicial, en especial de su inciso primero, mediante las reflexiones que por su conducencia al caso *sub-judice* pasan a transcribirse textualmente, a saber:

«*Viabilidad del recurso.*

«El numeral primero del artículo 542 citado admite la revisión de la sentencia ejecutoriada si después de pronunciada se recobran piezas decisivas detenidas por fuerza mayor o por obra de la parte favorecida.

«La anterior norma contiene dos extremos, a saber: Recobro de una pieza decisiva, y detención de ésta por fuerza mayor o por obra de la parte favorecida.

«Recobrar, según la acepción gramatical, filológica y jurídica, equivale a adquirir lo que antes se poseía. En ese sentido está empleada por el Código Civil en muchas normas, entre ellas, las consagradas en los artículos 972 y 976. No es, pues, lo mismo recuperar una prueba que producirla o mejorarla. El recurso extraordinario de revisión no es procedente para esto. De lo contrario, no habría jamás cosa juzgada, porque bastaría que el litigante vencido en juicio mejorara la prueba en el de revisión, o produjera otra. La prueba eficaz en revisión y desde el punto de vista que se está tratando, debe tener existencia desde el momento mismo en que se entabla la acción ordinaria. O, por lo menos, al tiempo de vencer el último término de prueba en el respectivo juicio ordinario.

«Mas no basta que la prueba exista para que la revisión sea viable, sino que es necesario para ello que haya sido imposible aducirla, o por un hecho independiente de las partes o por un hecho doloso de la parte favorecida. El hecho independiente es la fuerza mayor, que está siempre condicionada por lo imprevisible a que no es posible resistir, por un elemento que se sale de

la esfera de actividad que pueden controlar las partes. Así, en un caso semejante al presente, podría constituir la fuerza mayor el hecho de que una autoridad bajo cuya custodia está una actuación o un documento que puede servir como factor decisivo para el juicio, se denegara a expedir copia de él, a entregarlo cuando fuere el caso, o a facilitar su exhibición.

«La retención por obra de la parte favorecida implica dos elementos: la existencia del documento que puede servir de prueba, en poder de esa parte durante la tramitación del juicio ordinario, y la obra de esa parte en la retención, que acusa dolo en ella. Tal sería el caso en que pidiendo una de las partes a la otra la exhibición de un documento que la primera afirma que está en su poder, aquélla negara ese hecho, y esa negativa hubiera sido decisiva para impedir la exhibición, por no haber podido quien la solicitó aducir ninguna otra prueba al respecto. Si fallado el pleito ordinario se recobra luégo esa pieza que estaba en poder de la parte favorecida, puede proceder la revisión, siempre que se presente el factor de que en seguida se trata.

«No es cualquiera prueba que se recobra lo que da lugar a la revisión. No. La prueba recobrada debe ser decisiva, o sea que debe tener tal eficacia legal que hubiera sido bastante para fallar el litigio de una manera contraria o muy distinta a como fue resuelto. Y es tan evidente esto, que esa prueba es la que influye para invalidar el fallo cuya revisión se impetra. Si, pues, se presenta una prueba en el juicio de revisión que no tenga esa operancia decisiva, el recurso no puede prosperar.

«Finalmente: No sólo por la calidad de la prueba está limitado el recurso de revisión, sino por el tiempo, dentro de los dos años siguientes al pronunciamiento del fallo (artículo 543 del Código Judicial)».

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Con vista de la anterior doctrina se tiene lo siguiente:

A). El desembargo de los bienes a que se refiere la sentencia que se revisa y en cuya existencia y tardío conocimiento pretende fundar este recurso el demandante, fue decretado por el Juez 3.° del Circuito de Bogotá, en el juicio de Isaac Pulido contra Martínez Landínez, desde el 25 de abril de 1941, y tal decisión revistió un carácter público, en un juicio abierto, que pudo y tuvo que llegar desde entonces a conocimiento del ejecutado. Martínez Landínez tuvo en sus manos hacer uso oportuno de tal elemento procesal y presentarlo dentro del término probatorio del juicio ordinario seguido por él mismo contra la Nación, ante la Sala Civil de Unica Instancia. En forma tal que no se está en presencia de un documento o prueba recobrada después de pronunciada la sentencia cuya revisión pretende, requisito que exige el inciso 1.° del artículo 542 del Código Judicial y sin cuya demostración no es posible que prospere este recurso. No es lo mismo recobrar que producir una prueba teniendo en consideración que cuando se dictó la sentencia ya existía esa prueba; lo que pretende ahora el demandante viene a ser, en síntesis, no presentar una prueba recobrada, sino exhibir una que ya existía y que omitió presentar en su oportunidad en aquel juicio.

B) Por las mismas razones antes expuestas, no le fue imposible a Martínez Landínez aducir la prueba del desembargo por causa de fuerza mayor o por obra de la parte favorecida, que son otros dos requisitos que exige el inciso 1.° del artículo 542 del Código Judicial para que prospere este recurso. No hubo fuerza mayor porque ninguna circunstancia imprevista, a que es imposible resistir, le impidió solicitar esa prueba y exhibirla oportunamente en el juicio ordinario contra la Nación. Bien pudo hacerlo sin que nadie se lo impidiera; sin poder alegar ignorancia, que en caso de existir le sería imputable y debe sufrir sus consecuencias. No hubo dolo de la parte favorecida, la Nación, porque ésta o sus representantes no retuvieron indebidamente la prueba, ni se opusieron a su exhibición. Los Ministros de Hacienda y de Minas recibieron efectivamente sendas notas del Juez 3.° del Circuito donde les notificaban dicho desembargo, pero esa circunstancia por sí sola no puede conducir a aceptar la conclusión de que retuvieron u ocultaron dolosamente una prueba, ya que ésta existía en un expediente judicial, de secuela pública y abierta, en el cual era parte Martínez Landínez, y desde el 25 de abril de 1941 pudo solicitarla y hacerla valer. De manera que faltan igualmente esos dos elementos de la retención u ocultación por fuerza mayor o por obra de la parte favorecida. Más todavía: la prueba del desembargo viene a ser en realidad el auto judicial que así lo decretó y no las notas en que se comunicara tal decisión al Gobierno. Y debió ser ese elemento, es decir, la copia auténtica de tal providencia, la que debía exhibirse para evidenciarlo.

C) Pero hay algo más: no es cualquier prueba que se recobra la que da lugar a la revisión. La prueba recobrada debe ser decisiva y tener tal eficacia que su exhibición hubiera sido suficiente para fallar el litigio de manera distinta a como fue

resuelto. Y tal cosa no ocurrió en el juicio ordinario, ya que la sentencia definitiva cuya revisión se pide aduce otros fundamentos básicos y soportes definitivos muy distintos al desembargo de esos bienes, tales como la situación jurídica que contemplaba la Nación, como deudor, ante las diversas cesiones que hizo el acreedor Martínez Landínez de varias cuotas del porcentaje que le correspondía en los inmuebles denominados Santiago de las Atalayas y Pueblo Viejo del Cusiana».

Al efecto, en la sentencia sometida a revisión se iniciaron las consideraciones fundamentales que pasan a transcribirse:

«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 cesionario ante la cual se encontraba, optando por pagarle al primero más bien que a los segundos, conforme lo piensa el actor? Nó. 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 hayan recibido. Esas 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 envuelve 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.....»

Hasta aquí el fallo cuya revisión se solicita.

Agréguese a lo dicho que el demandante Martínez Landínez reconoce paladinamente en su libelo revisorio, que la sentencia definitiva cuya invalidación suplica sí tuvo otros fundamentos jurídicos en qué apoyarse, distintos del desembargo, cuando redactó el hecho tercero en estos términos:

«*Tercero*. La sentencia cuya revisión pido fundó su negativa a todas y cada una de las peticiones del libelo de demanda reconociendo la validez de las notificaciones y de las cesiones y en la existencia del embargo».

Aun dando por sentado, en gracia de hipótesis, que lo dicho por el demandante fuera cierto, conviene repetir que el desembargo vino a ser un argumento adicional para finalizar la conclusión del sentenciador, y quedan en pie los verdaderos fundamentos básicos expuestos por la sentencia para justificar la negativa a invalidar la Resolución número 37.

FALLO

Por no reunirse los requisitos que exige el inciso 1.° del artículo 542 del Código Judicial, no puede prosperar el recurso extraordinario de revisión interpuesto.

En esa virtud, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *declara infundado* el recurso de revisión.

Las costas son de cargo del recurrente y se tasarán en la forma que determina la ley.

Cópiese, notifíquese, publíquese, 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.—*Pedro León Rincón*, Secretario en propiedad.

ACCION DE RESTITUCION DE UN DINERO

1. Es jurisprudencia uniforme, reiterada y constante de la Corte, la de que la sentencia totalmente absolutoria no puede ser tachada de incongruente con las peticiones de la demanda. 2. Si conforme al artículo 343 del Código Judicial, el juzgador puede declarar probada una excepción perentoria, aunque no haya sido propuesta ni alegada, es incuestionable que también puede declararla probada por motivos distintos de los alegados por el excepcionante.

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

(Magistrado ponente, doctor Isaías Cepeda).

El señor Bernardo Alvarez Gallo, por medio de apoderado, presentó el 11 de marzo de 1938 demanda ordinaria contra Jorge E. Mora, que fue repartida al Juzgado 2.° Civil del Circuito de Pasto y en la cual pidió que se hicieran las siguientes declaraciones:

«1. Que el señor Jorge E. Mora, de las notas civiles indicadas, debe restituir, dentro de tres días de dictada la sentencia definitiva, al señor Bernardo Alvarez Gallo, como arrendador (sic) de las minas de oro Santa Bárbara y El Carmen, la cantidad de dos mil novecientos ochenta y dos pesos sesenta y dos centavos, que se los tomó indebidamente de los que manejaba en su calidad de Cajero Contador de esa empresa.

«2. Que debe también pagar el interés legal correspondiente a esta suma, contando desde la fecha en que se le notifique la presente demanda, y los perjuicios que hubiera tenido la empresa por el abandono que Mora hizo del cargo que desempeñaba.

«3. En caso de no ascender la suma tomada por Mora a la cifra antes indicada, deberá ser condenado a la devolución inmediata de lo que resulte probado, con sus respectivos intereses; y

«4. En caso de oponerse a la demanda, Mora debe ser condenado a pagar costas».

Los hechos fundamentales de la demanda, fielmente resumidos, son éstos:

Mora desempeñó el cargo de Cajero Contador de la mina El Carmen, que explotaba como arrendatario el demandante, desde el 1.° de julio de 1935 hasta el 3 de noviembre de 1937, día en que abandonó el puesto. Como tal empleado de manejo, tenía la obligación de recibir los fondos que se le remitían y atender a la explotación o administración de la mina. Mora recibió en el mes de octubre de 1937, del agente de la mina en Túquerres, la cantidad de $ 5.383.34, según unas cuentas que se hacen en la demanda, y pagó por distintos gastos la de $ 2.400.72. El saldo de $ 2.982.62 lo dejó Mora para sí. Este hecho lo reconoce Mora en algunas cartas, pero explica que dicha cantidad le correspondía a él, como valor de su trabajo extraordinario, en días y horas extras. El demandante le rechazó oportunamente esa partida.

Admitida la demanda y corrido el traslado legal, el demandado contestó oponiéndose a la acción intentada y negando los hechos en que se apoya, acerca de los cuales dijo, en parte:

«Los dineros enviados para gastos de la empresa minera a que me refiero tuvieron su destino correspondiente y todos ellos se contabilizaron y liquidaron de acuerdo con los libros de la empresa. En esos libros consta que ésta me adeuda, sin incluír otras sumas de consideración que reclamo por separado, la suma de cerca de mil pesos ($ 1.000) moneda legal».

Además propuso las excepciones perentorias de improcedencia de la demanda, petición antes de tiempo o de modo indebido y nulidad del poder otorgado por el demandante al doctor José Elías del Hierro.

Por separado presentó una demanda de reconvención, acerca de la cual se declaró probada la excepción dilatoria de inepta demanda.

Agotados los trámites de primer grado, el Juez del conocimiento, por sentencia de fecha seis de julio de mil novecientos cuarenta, declaró probadas las excepciones perentorias de improcedencia de la acción y de petición antes de tiempo o de modo indebido, sin condenar en costas.

Consideró el juzgador que si bien es cierto que Mora aceptó el hecho de haber desempeñado el puesto de Cajero Contador de la mina El Carmen, no aparecen legalmente comprobadas en el proceso las condiciones en que debía ejercer dicho cargo, ni siquiera la circunstancia de su designación. Estimó que la posición jurídica de Mora

no puede ser sino la de un mandatario, y que ya se considere esa posición por el aspecto civil, ya por el comercial, no puede hacerse efectiva una obligación concreta contra él, como la deducida en la demanda, hasta con visos de alcance, mientras no se proceda a la discusión de las cuentas que deba rendir.

De esta sentencia apelaron ambas partes, y subido el negocio y tramitado legalmente en segundo grado, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto la confirmó el ocho de febrero de mil novecientos cuarenta y uno, sin condenar en costas.

Estimó el Tribunal que el demandado Mora, al ejercer la facultad o derecho que tenía para pagar sueldos, «se pagó una suma de dinero que no estaba autorizado previamente ni por su mandante ni por la justicia, llamada a calificar y señalar la cuantía de esa remuneración, abusó así del derecho que tenía y ocasionó un perjuicio material a su mandante», pero consideró que «siendo como es un mandatario remunerado, habiendo contabilizado esos pagos, habiendo actuado dentro del ejercicio de su derecho y de sus funciones de Pagador, y habiéndosele deducido la suma que se le reclama como resultado de una liquidación efectuada por el actor sin audiencia y aceptación del mandatario, jamás puede ser el camino la acción ordinaria». Agrega que «lo sería la rendición de cuentas, en cuyo juicio tendría que rendirlas el propio mandatario o administrador señor Mora y nunca un tercero como se ha hecho, no de cualquiera manera, sino debidamente comprobadas; discutirse allí la validez o ilegalidad del pago de las horas extras de trabajo que él alega; presentarse y analizarse la prueba que él suministre por este concepto, y si esas cuentas son rechazadas, ventilar los distintos derechos como juicio ordinario, pero dentro del mismo juicio de cuentas, como así lo manda y autoriza nuestra Ley Procesal».

EL RECURSO

Contra la sentencia del Tribunal interpuso recurso de casación el señor apoderado del actor quien, con apoyo en los motivos 1.° y 2.° de los que señala el artículo 520 del Código Judicial, le formula los siguientes cargos:

I. «No estar la sentencia en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes».

Este cargo, que el recurrente divide en dos «extremos», lo hace consistir en que en la demanda se pidió, no sólo la restitución del dinero que el demandado había tomado indebidamente para sí, sino la condenación al pago de intereses y de los perjuicios sufridos por el demandante, ocasionados por el abandono que Mora hizo del puesto que desempeñaba, y en que como el Juzgado y el Tribunal declararon probadas las excepciones de improcedencia de la acción y de petición antes de tiempo o de modo indebido, se dejó de fallar sobre la cuestión primordial de la controversia, y con ello se violó el artículo 471 del Código Judicial.

II. «Ser la sentencia violatoria de ley sustantiva, por infracción directa, o aplicación indebida o interpretación errónea».

Este cargo lo divide el recurrente en cuatro «extremos», a saber:

a) «Error de hecho en la interpretación de la demanda».

Dice que el Tribunal creyó que el objeto de la demanda era obtener una rendición de cuentas por parte de Mora, y no la deducción de un cargo contra él, por la apropiación indebida de fondos, como lo autoriza el inciso final del artículo 2181 del Código Civil, que considera violado por la sentencia.

b) «Error de hecho en la interpretación de la segunda excepción alegada por el demandado».

Estima el recurrente que el demandado fundó la excepción de petición antes de tiempo o de modo indebido, en que se ha debido demandar para la sociedad de hecho Meneses-Alvarez, y en que Mora tenía el derecho que confiere el artículo 2188 del Código Civil, pero que el Tribunal creyó que el fundamento de esta excepción era el mismo en que se basaba la primera, o sea que la acción procedente no era la ordinaria sino la de rendición de cuentas, por lo cual se declaró probada, violando también el artículo 2181 del Código Civil.

c) «Error manifiesto de hecho en la apreciación de determinadas pruebas».

Sostiene el recurrente que el Tribunal consideró que para poderle exigir a Mora la restitución del dinero que se apropió indebidamente, era necesario pedirle previamente rendición de cuentas, sin fijarse en que de acuerdo con las posiciones absueltas por el demandado, ya se rindieron tales cuentas, y en que de las correspondientes al mes de octubre de 1937 fue de donde se dedujo el cargo de apropiación indebida. Que el Tribunal no apreció esa prueba de confesión y con ello violó, consecuencialmente, los artículos 2144, 2181, 2182 y 2183 del Código Civil.

d) «Violación de ley sustantiva por omisión».

Estima el recurrente que el Tribunal violó, por no haberlos aplicado, los artículos 2318, 2180, 2181, 2182 y 2183 del Código Civil, porque a pesar de que reconoce que son fundados los cargos

formulados en la demanda contra el demandado, absolvió a éste sin tener en cuenta lo dispuesto en tales artículos.

ESTUDIO DE LOS CARGOS

1. Estima la Sala que no tiene razón el recurrente al sostener que la sentencia no es congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes, no sólo porque siendo aquélla totalmente absolutoria no tiene cabida ese cargo, de acuerdo con la jurisprudencia uniforme, reiterada y constante de la Corte, sino porque es clarísimo que no habiendo podido entrar el Tribunal a fallar el asunto en el fondo, porque encontró probadas las excepciones de improcedencia de la acción y de petición antes de tiempo o de modo indebido, no podía fallarse sobre el pago de intereses ni de perjuicios, extremos éstos subordinados a la prosperidad de la cuestión principal, a la que se agrega que en lo tocante a los perjuicios que se dice sufrió el demandante no existe la debida comprobación en autos. De consiguiente, se rechaza este primer cargo.

2. No puede admitirse el segundo cargo, de violación de ley sustantiva, en ninguno de los cuatro aspectos alegados por el recurrente, a saber:

a) El Tribunal no incurrió en error de hecho en la interpretación de la demanda, pues él no dijo que el demandante pidiera la rendición de cuentas, sino, por el contrario, sostuvo que para que el actor pueda deducir en juicio un cargo concreto contra el demandado, es necesario que previamente obtenga de éste la correspondiente rendición de cuentas de los dineros que manejaba, a fin de saber si existe un saldo en su contra, y a cuánto asciende. De ahí que considerara improcedente la acción, porque sin fijar el saldo que exista a cargo de Mora, no es factible exigirle la devolución de determinada cantidad.

b) Tampoco incurrió en error de hecho al apreciar la segunda excepción, o sea la de petición antes de tiempo o de modo indebido. El Tribunal se basó, para declarar probada esta excepción, en que sin haberse fijado previamente, mediante el ejercicio de la acción de rendición de cuentas, el saldo que pueda haber quedado a cargo de Mora, mal puede exigírsele a éste el reembolso de una cantidad de dinero que no se sabe si éste ha retenido indebidamente, ni siquiera a cuánto asciende. Nada importa que el demandante hubiera dado un fundamento determinado a esta excepción y que el Tribunal la hubiera declarado probada apoyándose en otras razones, porque si conforme al artículo 343 del Código Judicial, el juzgador puede declarar probada una excepción perentoria, aunque no haya sido propuesta ni alegada, es incuestionable que también puede declararla probada por motivos distintos de los alegados por el excepcionante. Además, el cargo, en la forma en que fue formulado, «error de hecho en la interpretación de la segunda excepción», no da base de estudio. El recurrente ha debido referirlo concretamente a las pruebas tenidas en cuenta para declarar fundada la excepción.

c) Es asimismo infundado el cargo de error manifiesto de hecho en la apreciación de las posiciones absueltas por el demandado. En efecto, éste dice que mensualmente rendía las cuentas de los dineros que manejaba, pero advierte que el demandante no le comunicaba su aceptación a ellas, ni confiesa que las hubiera rendido respecto de los últimos dineros recibidos, ni cuál fue el saldo de que dispuso o que retuvo indebidamente. De consiguiente, es indispensable fijar ese saldo, mediante la respectiva rendición de cuentas en juicio, toda vez que las partes no sólo no están de acuerdo en el monto de aquél, sino que el demandado Mora sostiene que el actor sale a deberle una apreciable cantidad de dinero. No hubo, pues, mala apreciación de dicha prueba por el Tribunal, ni violación de los artículos citados por el recurrente.

d) No encuentra la Corte que el Tribunal violara, por omisión, los artículos del Código Civil, citados por el recurrente, al formular este cargo, porque no los considera aplicables al caso controvertido.

En efecto, Mora no se halla en el evento contemplado en el artículo 2318, referente al pago de lo no debido, porque él recibió los dineros como Cajero Contador de la empresa que explotaba el demandante, y debe, en esta condición, rendir cuentas comprobadas de su inversión.

No es aplicable el 2180, porque no se trata aquí de hacer efectiva obligación alguna a cargo del mandatario y a favor de terceros.

Tampoco es aplicable el inciso final del 2181, porque no se está en el caso de que el mandante haya relevado al mandatario de la obligación de rendir cuentas. En cambio, sí serían aplicables los dos primeros incisos de dicho artículo, para resolver el asunto sobre que ha versado el pleito, si puede considerarse a Mora como mandatario del actor, pero si se hubiera incoado la acción de rendición de cuentas. Lo propio cabe decir en lo tocante a los artículos 2182 y 2183, que serían aplicables si se tratara de un juicio de cuentas, pero que no lo son en el presente juicio.

Es suficiente lo expuesto para concluír que no son fundados los cargos formulados contra la

sentencia del Tribunal, la que, en consecuencia, no puede infirmarse.

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 Pasto con fecha ocho de febrero de mil novecientos cuarenta y uno.

Las costas del recurso son de cargo de 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*, Secretario en propiedad.

ACCION DE NULIDAD DE UNOS CONTRATOS

1. La tesis del Tribunal sentenciador que trae a cuento el artículo 407 del Código Civil y la sentencia judicial necesaria para enmendar las equivocaciones en que se haya incurrido en un acta de estado civil (bautizo, era el caso), cuando no se ha hecho y salvado la corrección al extenderlas como permite el artículo 374 de esa obra, y cita además el Decreto número 28 de la Conferencia Episcopal reunida en Bogotá en 1927 que para aquel fin exige sentencia eclesiástica, es inobjetable.

2. Cuando se duda sobre la identidad personal tienen la pertinente cabida las pruebas conducentes a establecerla, según la ley. De ello da ejemplo la sentencia de 16 de octubre de 1940, publicada en las páginas 367 a 373 del tomo L de la *Gaceta Judicial*.

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

(Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza).

Se decide el recurso de casación interpuesto por el demandante contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá que en segunda instancia confirmó la de la primera pronunciada por el Juez 1.° Civil del Circuito de La Mesa en el juicio ordinario de Mariano Juxtinico contra Salvador y Honorato Juxtinico y contra Alejandro Ospina para que se declaren nulas estas ventas: la que Agustina Villabón v. de Juxtinico hizo en escritura número 65, de la Notaría de Tocaima, el 29 de mayo de 1936 a dichos Salvador y Honorato, de la finca *Salento*, ubicada en Viotá, y del lote formado por parte de La Unión y La Virgen, ubicado en Anapoima, y la que éstos hicieron de *Salento* al prenombrado Ospina en escritura número 557, en la Notaría de La Mesa, el 14 de diciembre de 1938; y para que se declare que esos inmuebles pertenecen a la sucesión de la Villabón, a la cual deben ser condenados los demandados a restituírselos, así como a pagar las prestaciones consiguientes como poseedores de mala fe, cuyas escrituras con su registro deben cancelarse.

El Juzgado declaró probada la carencia de personería sustantiva en el actor y absolvió a los demandados en el fallo de 30 de enero de 1941. Para su confirmación se funda el Tribunal en que el demandante obra en representación de la sucesión de la Villabón y para ella, en su calidad de heredero como su hijo legítimo, y en que esta calidad no la comprobó, porque su partida de bautismo lo que acredita es que su madre es Agustina Melo, hija de Gregoria Melo.

Esa partida, expedida por el Cura Párroco de Viotá, trae, en la copia que obra en este proceso (cuaderno 3.°, folio 41) una nota del párroco, según la cual por declaración de los vecinos que allí se nombran y de muchos otros, «consta que la señora Agustina, casada con el señor Clímaco Juxtinico y madre de José Mariano Juxtinico, de quien trata la partida anterior, figuró siempre socialmente con el apellido Villabón».

El Tribunal trae a cuento el artículo 407 del Código Civil y la sentencia judicial necesaria para enmendar las equivocaciones en que se haya incurrido en un acta de estado civil cuando no se ha hecho y salvado la corrección al extenderlas como permite el artículo 374 de esa obra; y trae a cuento también el Decreto número 28 de la Conferencia Episcopal reunida en Bogotá en 1927, que para aquel fin exige sentencia eclesiástica. Y no encontrando más que la nota oficiosa parcialmente transcrita aquí, tropieza con la imposibilidad legal de reputar al demandante provisto de la representación de la sucesión de Agustina Villabón con que se presenta a demandar.

La demanda de casación invoca el motivo 1.°

de los del artículo 520 del Código Judicial y formula varios cargos, que ordena y enumera así:

1.° Al negarle al Cura Párroco la potestad de corregir el referido error como lo hizo, invade el Tribunal esferas ajenas a su fuero que deben ser respetadas por los Poderes Públicos según el artículo 16 de la Ley 153 de 1887. Y en el concepto del recurrente de no haber expresado el Tribunal los fundamentos de su decisión, dice que faltó al artículo 471 del Código Judicial.

2.° Aceptando que por sí sola esa nota parroquial no bastase o careciese de fuerza legal, el conjunto de las demás actas de estado civil traídas a los autos en relación con la familia Juxtinico, demostraría por sí solo, aun sin esa nota, que José Mariano es hijo legítimo de Agustina Villabón. Por tanto, el Tribunal incurrió en error de apreciación de esas actas y violó el artículo 22 de la Ley 57 de 1887 y el 79 de la citada Ley 153 del mismo año, al dejar de reconocer a esas partidas su fuerza probatoria.

3.° Aunque, a pesar de todo ello, quedara en pie la valla con que tropezó el Tribunal por lo que hace al demandante, como Abigaíl, Desposorios y Agustina Juxtinico coadyuvaron su acción, y la coadyuvación se aceptó por providencia que quedó en firme, y como respecto de ellas no hay objeción alguna a su calidad de hijas legítimas de Agustina Villabón, ha debido, así fuese sólo por la presencia de ellas como actoras, entrarse en el fondo; de manera que, al no hacerlo, el Tribunal quebrantó las disposiciones sustantivas que en larga lista enumera en este cargo el recurrente.

4.° Tanto por hallarse embargados los inmuebles en referencia cuando se otorgó la citada escritura de 29 de mayo de 1936, cuanto por estar demostrado, al decir del recurrente, que esa venta fue ficticia y no tuvo causa ni consentimiento, ni hubo pago del precio por los aparentes compradores, ha debido declararse la nulidad absoluta de que adolece toda enajenación de bienes embargados, por una parte, y por otra, la que corresponde a la falta de los elementos esenciales en un contrato dado; de suerte que al no hacer tal declaración, el Tribunal violó las respectivas disposiciones legales, cuya cita formula el recurrente.

Se consideran estos cargos en el mismo orden de su formulación.

I. La tesis del Tribunal es inobjetable en lo relativo a la nota puesta al pie del acta de bautismo de Mariano sin el lleno de las formalidades exigidas en el Decreto citado de 1927, puesto que, así, no tiene imperio legal, no obstante el respeto debido a su fuente. Cabalmente lo dispuesto por las Leyes 57 y 153 de 1887 en sus artículos que el recurrente cita, obliga a la conclusión a que el Tribunal llega, cual es la de no leer «Villabón» sino «Melo» en el acta que quedó extendida en debida forma, por más que diga lo contrario una nota adicional puesta al pie más tarde en la forma en que se puso.

II. La relación íntima que tiene con la acción incoada esa calidad de hijo legítimo de Agustina Villabón con que Mariano Juxtinico formula sus pedimentos demandando en representación de la sucesión y para ésta, da especial trascendencia a lo atañedero a su dicho estado civil.

Tratándose del acta de su bautismo, es claro que los errores en que en ella se incurriera no pueden subsanarse con sólo lo que digan o sugieran otras actas. Privadamente consideradas las cosas con la libertad de criterio en lo familiar o social, posible y aun probable es que se formulen válidamente las afirmaciones que el recurrente presenta. Pero muy distinto tiene que ser el proceder del sentenciador, ajustado, como obligadamente está, a determinados preceptos legales en lo que hace a probanzas y su tarifa y valorización.

El cargo en estudio consiste en que al relacionar entre sí la partida de matrimonio de Clímaco Juxtinico con Agustina Villabón, las de defunción de uno y otra y las de bautismo de sus varios hijos, se encuentra tal igualdad de detalles en los nombres de padres, abuelos y aun de padrinos, que, por más que al bautizar a Mariano su madre aparezca con el apellido Melo, ella es Agustina Villabón.

Se trata, pues, de una prueba indirecta, que no es plena, porque a la verdad es un indicio que no tiene el carácter de necesario.

Sabida es la amplitud que legalmente corresponde a la apreciación de los indicios por el sentenciador y la consiguiente limitación que en casación tienen los cargos por error de apreciación de esta clase de pruebas.

Así las cosas, aun razonando en el supuesto en que se coloca el recurrente, según el cual no se está bajo la exigencia de los requisitos referidos al citar el artículo 407 del Código Civil y el Decreto número 28 de 1927, se tendría que por tratarse al menos de una aclaración, sería preciso un conjunto probatorio suficiente; y aquí sólo se aduce la sugestión surgida de la coordinación de aquellas varias actas de estado civil, la que, como ya se dijo, no alcanza a plena prueba. El recurrente acusa de error en la apreciación de esas otras actas en la relación de ellas entre sí y con la de bautismo de Mariano, sin que extienda el cargo de errónea apreciación a otras pruebas, porque ninguna otra produjo en ese sentido.

Cuando se duda sobre la identidad personal, tienen la pertinente cabida las pruebas conducentes a establecerla, según la ley. De ello da ejemplo la sentencia de 16 de octubre de 1940 invocada como precedente por el actor (*Gaceta Judicial*, volumen L, páginas 367 a 373). Aun prescindiendo de las diferencias entre ese caso y el presente y pensando sólo en sus analogías, dentro del supuesto tratado en los párrafos anteriores, no cabría proceder aquí como allá, entre otras razones por la decisiva de no obrar en este proceso sino un inicio no necesario.

Estas reflexiones hacen ver que el Tribunal no incurrió en error de hecho que aparezca de manifiesto en los autos ni en error de derecho en la apreciación de las referidas actas de estado civil. Faltando ese error, no puede producirse el efecto de violación del aludido grupo de disposiciones sustantivas señalado por el recurrente en su cargo 2.°

III. Abigaíl Juxtinico de Espinosa, Desposorios Juxtinico de Sánchez y Agustina Juxtinico de Sánchez, acompañando las actas correspondientes, adujeron su interés para intervenir en el juicio como hijas de Agustina Villabón de Juxtinico, y de acuerdo con el artículo 233 del Código Judicial manifestaron coadyuvar la demanda, dentro del término para alegar en segunda instancia, y el Tribunal ordenó tenerlas como coadyuvantes del demandante en auto que no fue reclamado (cuaderno 2.°, folio 9).

Esta coadyuvancia no puede dar a Mariano la personería que se le ha echado menos. Ellas no son recurrentes; lo es sólo él. Y si él no acreditó su personería para demandar, no puede entenderse que la tenga para recurrir en forma que haya de prosperarle el recurso porque a las partidas de bautismo de las coadyuvantes no se haya hecho ni quepa hacer el reparo antedicho, esto es, el de no aparecer él en su fe de bautismo como hijo de la Villabón.

IV. Los reparos formulados en este capítulo de la demanda de casación versan sobre el fondo del pleito. Con entera lógica los formula el recurrente en último lugar, puesto que para considerarlos sería preciso que previamente se le decidiera de modo favorable su pretensión sobre personería, ya que sólo en este evento, es decir, desaparecida la valla que los sentenciadores de instancia tuvieron para entrar en el fondo del asunto, sería como la Corte, invalidando la sentencia recurrida, entraría a dictar la que la reemplazara. Y no prosperando esos cargos precedentes, no se abre el campo para el estudio del pleito en sí.

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 Bogotá el veintisiete de mayo de mil novecientos cuarenta y dos.

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.

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

Jurisdicción y competencia en asuntos referentes a prestaciones sociales.

Una vez más reafirma la Corte su doctrina de que jurisdicción y competencia en los juicios provenientes de las prestaciones sociales se determinan teniendo en cuenta únicamente la cuantía del asunto y la vecindad de las partes, sin consideración a la calidad de los litigantes. Y esto por más que manifieste el actor que la acción iniciada es una acción ordinaria de indemnización de perjuicios; basta que, como en el presente caso, alegue el hecho de encontrarse al servicio de la empresa de un ferrocarril cuando le sobrevino la lesión que dice haber sufrido. para considerar que su derecho está jurídicamente gobernado y protegido, no por la norma del Código Civil concerniente a la responsabilidad civil por los delitos y culpas (Título 34, Libro 4.°, sino por las leyes especiales que rigen en materia de accidentes de trabajo, leyes que, por otra parte, tienen sus reglas procedimentales, singularmente establecidas y consagradas de una manera especial y expresa en la Ley 45 de 1939.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales -Bogotá, septiembre dos de mil novecientos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente, doctor José M. Blanco Núñez).

El señor Santos Camelo, ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, demandó «a la Nación para que previos los trámites de un juicio ordinario. y con citación del Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, para que por medio de su Administrador General respectivo, o de su representante legal correspondiente, venga a indemnizarme todos los daños y perjuicios, materiales y morales, que me ocasionó el traumatismo que sufrí en la pierna izquierda el miércoles de ceniza del año de mil novecientos veintidós, en el momento en que prestaba mis servicios a la Empresa del Ferrocarril Central del Norte, en su estación principal de Bogotá (calle 17 con carrera 13), en mi carácter de enganchador de góndolas».

Admitida la demanda por el Tribunal citado, se ordenó correr traslado de ella al señor Administrador del Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales. Dentro del término señalado para contestar la demanda, el mencionado Administrador propuso las excepciones dilatorias de prescripción de la acción y de inepta demanda, las cuales fueron fundamentadas en los siguientes términos:

«Apoyo la primera, esto es, la de prescripción de la acción, en lo dispuesto por los artículos 15 y 17 de la Ley 57 de 1915, sobre reparaciones por accidentes de trabajo. La primera de las disposiciones citadas establece que el conocimiento, mediante el juicio ordinario, de las controversias que se susciten por razón de la presente Ley, entre el patrón y el trabajador, cualquiera que sea la cuantía, conocerán los Jueces Municipales, pero si la acción se dirige contra el Municipio, el Departamento o la Nación, el juicio se seguirá ante los Jueces que sean competentes, según las reglas generales.

«Por el artículo 17 de la citada Ley 57 de 1915 se establece una prescripción de corto tiempo para las acciones que consagra la referida Ley, y al efecto, la disposición dice: "Las acciones que consagra la presente Ley prescriben en un año".

«Según la demanda, el accidente sufrido por el querellante ocurrió en el año de 1922; consiguientemente, la prescripción de toda acción reconocida por la ley sobre accidentes de trabajo, está cubierta por un largo período de tiempo.

«La excepción de inepta demanda la hago consistir en que la demanda viene dirigida contra la

Nación, representada por el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales y por el infrascrito Administrador General de los Ferrocarriles de propiedad del Estado, debiendo dirigirse contra persona distinta de la Nación y de sus representantes legales, dado que en el año de 1922 el Ferrocarril del Norte en que servía el demandante no pertenecía a la Nación, sino a la Compañía denominada The Colombian Northern Railway Company Limited, de Londres, como lo acreditaré oportunamente, dentro del correspondiente término de prueba.

«Fundo esta excepción en lo dispuesto por el numeral 2.° del artículo 333 del Código Judicial, puesto que la demanda se dirige contra diversa persona de la obligada a responder de los perjuicios que dice el querellante sufrió».

El Tribunal de la causa desató el incidente en auto del 22 de octubre de 1941, en el cual se declaró no probada la excepción de inepta demanda y se decidió que no era el caso de entrar a resolver sobre la excepción de prescripción. No encontrándose conforme el Administrador General del Consejo de los Ferrocarriles Nacionales, apeló de la precitada providencia y con tal motivo ha subido el negocio a esta Superioridad.

Antes de tramitar en su totalidad la presente alzada, la Corte observa un aspecto importante del presente juicio: el atinente a la competencia del Tribunal *a quo* y de la misma Corte para conocer del presente litigio.

Oportuno es repetir aquí una norma jurisprudencial ya establecida por esta Sala y que es de gran valor en casos como el presente: «Lo primero que un juez debe hacer en todo juicio —se ha dicho— es saber si es o nó competente para conocer del asunto que ante él llevan las partes, pues si no lo fuere, no sólo inútil sino contrario a la ley sería adelantar el estudio de las demás cuestiones sometidas a su decisión».

El demandante ha instaurado una acción judicial encaminada a obtener de la parte demandada la indemnización de los daños y perjuicios que dice haber sufrido con ocasión del traumatismo padecido en su pierna izquierda, en el momento en que prestaba servicios a la Empresa del Ferrocarril Central del Norte, en su carácter de enganchador de góndolas.

Como clara y evidentemente se desprende del tenor mismo de la demanda, el actor persigue la indemnización por un accidente de trabajo. Por tanto, la Corte reafirma una vez más la doctrina sentada por esta Sala sobre competencia y jurisdicción en las controversias judiciales sobre accidentes de trabajo, pensiones de jubilación, seguros de vida obligatorios, jornales de trabajo y descanso dominical: tal doctrina sostiene que la competencia y la jurisdicción en los juicios provenientes de las prestaciones sociales enumeradas anteriormente, se determinan teniendo en cuenta únicamente la cuantía del asunto y la vecindad de las partes, y sin consideración a la calidad de los litigantes.

Esta tesis de la Corte está sustentada y fundamentada en forma expresa y categórica, en principios jurídicos y en reglas de nuestro derecho positivo, en armonía con la realidad social que las leyes del trabajo tratan de regular.

En efecto, el artículo 1.° de la Ley 45 de 1939 estatuye lo 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 vecindad de las partes, según las reglas generales del Código Judicial vigente».

Esta disposición legal prescribe, pues, que los juicios sobre las prestaciones sociales relativas a accidentes de trabajo, jubilaciones, seguros, jornales y descanso dominical, escapan a la competencia y jurisdicción de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial que establece el artículo 76, ordinal 2.°, del Código Judicial.

Así lo ha entendido y lo ha interpretado la Corte en numerosos fallos, entre otros los siguientes: Raimundo Barrero contra el Departamento de Cundinamarca; Domiciano Laverde contra el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales; Juan de la Cruz Henao contra el Departamento de Antioquia.

No está de más recordar que esta interpretación de la Corte se conforma con la finalidad estrictamente social de la citada Ley 45 de 1939, la cual tiene por objeto el que las clases trabajadoras, económicamente débiles, puedan hacer valer sus derechos nacidos de las cuestiones del trabajo, desde sus propios domicilios y en las condiciones menos onerosas, ya sea contra la Nación, contra los Departamentos o contra simples particulares.

Sobre este mismo particular, ha dicho la Corte que: «La representación de la Nación o de los Departamentos en los juicios promovidos por cuestiones del trabajo relativas a las mencionadas

prestaciones sociales, corresponde a los Personeros Municipales, sea que se ventilen ante los Jueces Municipales o ante los Jueces de Circuito, de conformidad con reglas procesales actualmente vigentes». (Véase auto del 14 de noviembre de 1941, en el juicio de Julio Arias Roldán contra el Departamento de Antioquia).

Por más que manifieste el actor que la acción iniciada es una acción ordinaria de indemnización de perjuicios, basta que alegue el hecho de encontrarse al servicio de la Empresa del Ferrocarril Central del Norte cuando le sobrevino la lesión que dice haber sufrido, para considerar que su derecho está jurídicamente gobernado y protegido, no por las normas del Código Civil concernientes a la responsabilidad civil por los delitos y culpas —Título 34—, sino por leyes especiales que rigen en materia de accidentes de trabajo, leyes que, por otra parte, tienen sus reglas procedimentales, singularmente establecidas y consagradas de una manera especial y expresa en la citada Ley 45 de 1939.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, declara y resuelve que el presente juicio no es de su competencia, ni de la del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en primera instancia.

Notifíquese, cópiese y devuélvase el expediente al Tribunal de su procedencia para los fines consiguientes.

ANÍBAL CARDOSO GAITÁN, JOSÉ M. BLANCO NÚÑEZ, ARTURO TAPIAS PILONIETA. - *Manuel Pineda Garrido*, Secretario.

TERMINO PARA PRACTICAR LAS PRUEBAS

Cuando en la sustanciación de un negocio no se señalan términos especiales para la práctica de determinadas pruebas, debe entenderse que estos términos son los ordinarios que la ley fija para la acción e instancia respectivas. El auto de citación para sentencia, en virtud del inciso 3.º del artículo 597 del Código Judicial, cierra todo debate ulterior sobre petición, práctica y perfeccionamiento de pruebas.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, nueve de octubre de mil novecientos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso G.)

En el presente juicio ordinario de Alfonso Garzón contra el Departamento de Cundinamarca, se dictó el veintinueve de noviembre de mil novecientos cuarenta y uno, auto de citación para sentencia, providencia que quedó en firme por no haber prosperado en un recurso de súplica que contra ellase interpuso.

Posteriormente el apoderado de la parte actora dirigió una petición al Tribunal de Bogotá, ante quien se inició el juicio, encaminada a obtener la práctica de pruebas ya iniciadas. Esta entidad resolvió tales peticiones negativamente, en auto de tres de junio pasado; apelado éste, llegó a la Corte el asunto, donde se pasa a darle solución, previas algunas consideraciones.

Las circunstancias que en su favor alega el recurrente se pueden sintetizar así:

Por tratarse de una prueba pedida, decretada y comenzada a practicar en tiempo, debe rematarse el proceso iniciado aunque se haya interpuesto el auto de citación para sentencia, y que a los peritos (se trata de una prueba pericial), no se les señaló término para el desempeño de su cometido.

Se considera:

Se trata de una acción ordinaria en la que la ley establece un término de treinta días para la práctica de las pruebas a que hubiere lugar. En auto de ocho de septiembre de mil novecientos cuarenta y uno, proferido por el Tribunal de primera instancia, se dijo: «Se señala un término de treinta días para la práctica de las pruebas pedidas y que hubieren sido decretadas». El veintidós de octubre del mismo año la Secretaría de esa entidad informó que el término en cuestión estaba vencido.

Cuando en la sustanciación de un negocio no se señalan términos especiales para la práctica de determinadas pruebas, debe entenderse que esos términos son los ordinarios que la ley fija para la acción e instancia respectivas. En el caso que se estudia acaba de verse que el sustanciador señaló para las pruebas decretadas el término de que trata el artículo 746 del Código Judicial. Pero aun admitiendo, como se admite, por estar así establecido en el inciso 3.º del artículo 597 ibídem que antes de la citación para sentencia pueden practicarse pruebas decretadas en tiempo, no se debe aceptar la práctica de la pericial de que se trata, porque a ello se opone la firmeza del auto profe-

rido por el Tribunal el veintinueve de noviembre pasado.

Respecto a la otra circunstancia anotada por el recurrente, o sea la de que se trata de una prueba pedida, decretada y comenzada a practicar oportunamente, y de que por tanto debe rematarse el proceso iniciado, basta con hacer la misma observación anotada arriba. El desarrollo procesal de todo juicio tiene un límite, y en este caso es el auto de citación para sentencia que cierra —en virtud del mencionado inciso 3.º del artículo 597 del Código Judicial— todo debate ulterior sobre petición, práctica y perfeccionamiento de pruebas.

Debe, por tanto, confirmarse la providencia recurrida en atención a las razones que acaban de exponerse.

En consecuencia, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia *confirma* el auto materia del presente recurso de apelación.

Notifíquese, cópiese y devuélvase.

ANÍBAL CARDOSO GAITÁN, JOSÈ M. BLANCO NÚÑEZ, ARTURO TAPIAS PILONIETA. - *Manuel Pineda Garrido*, Secretario.

NO SE REPONE EL AUTO ANTERIOR

El artículo 598 del Código Judicial se relaciona con las pruebas que son agregadas o practicadas inoportunamente y su mérito probatorio ante el superior; pero en ningún caso puede admitirse que ese artículo deje libre el camino para practicar pruebas cuando el proceso está cerrado, pues quedaría sin efecto la limitación que la ley establece para cerrar los debates sobre práctica y perfeccionamiento de pruebas. La expresión «las pruebas pedidas en tiempo, practicadas o agregadas inoportunamente», del artículo 598, está diciendo que en ciertos casos hay *inoportunidad* para la formación de ellas, lo que no obsta para que se consideren por el superior, como las inspecciones oculares, las declaraciones que por comisión del Juez del conocimiento practica o recibe otro funcionario; si ellas llegan al juicio después de citarse para sentencia, se agregan a fin de que puedan obrar ante el superior. Pero ello en modo alguno autoriza *a abrir el debate ya cerrado para darles entrada en la primera instancia*. Del mismo modo, si el debate está cerrado, no puede el Juez darle entrada a una prueba y practicarla habiéndose citado ya para sentencia. El interesado no se perjudica, ya que en la segunda instancia estará en posibilidad de pedir nuevamente la prueba, y ésta surtirá entonces los mismos efectos que hubiera producido si llega al juicio después de cerrado el debate. No está de más advertir que el artículo 754 del Código Judicial establece también que después de hecha la citación para sentencia no se admiten alegatos y que el Juez debe rechazar los que se presenten sin permitir que queden unidos a los autos. Sería injurídico que cuando la ley rechaza hasta las simples manifestaciones escritas de los litigantes, continuara abierto el proceso legal probatorio.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, diez y nueve de noviembre de mil novecientos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán).

En el juicio ordinario que adelanta Alfonso Garzón contra el Departamento de Cundinamarca, debe resolver la Sala sobre el recurso de reposición interpuesto contra el auto proferido por ella el nueve de octubre pasado. Ese recurso ha sido tramitado legalmente según lo dispone el artículo 488 del Código Judicial.

En la providencia reclamada se confirmó la del Tribunal Superior de Bogotá, que no accedió a continuar en la práctica de pruebas después de proferido el auto de citación para sentencia en la primera instancia.

Para fundamentar su petición el recurrente aduce, en síntesis, las siguientes razones: que según el artículo 598 del Código Judicial, existen pruebas que se practican o agregan al expediente fuera de tiempo; que el Juez *a quo* no concedió término especial a los peritos para rendir su dictamen; que la prueba se comenzó a practicar oportunamente y que el proceso iniciado debe rematarse; y que el auto de citación para sentencia se dictó antes de que se entregaran los autos a las partes para alegar de conclusión.

Ha de repetir aquí la Sala algunas de las consideraciones hechas en la providencia cuya reposición se solicita:

«Se trata de una acción ordinaria en la que la ley establece un término de treinta días para la práctica de las pruebas a que hubiere lugar. En auto de ocho de septiembre de mil novecientos cuarenta y uno, proferido por el Tribunal de primera instancia, se dijo: "Se señala un término de treinta días para la práctica de las pruebas pedidas y que hubieren sido decretadas". El veintidós de octubre del mismo año la Secretaría de esa entidad informó que el término en cuestión estaba vencido.

«Cuando en la sustanciación de un negocio no se señalan términos especiales para la práctica de determinadas pruebas, debe entenderse que esos términos son los ordinarios que la ley fija para la acción e instancia respectivas. En el caso que se estudia acaba de verse que el sustanciador señaló para las pruebas decretadas el término de que trata el artículo 746 del Código Judicial. Pero aun admitiendo, como se admite, por estar así establecido en el inciso 3.º del artículo 597 ibídem, que antes de la citación para sentencia pueden practicarse pruebas decretadas en tiempo, no se debe aceptar la práctica de la pericial de que se trata, porque a ello se opone la firmeza del auto proferido por el Tribunal el veintinueve de noviembre pasado.

«Respecto a la otra circunstancia anotada por el recurrente, o sea la de que se trata de una prueba pedida, decretada y comenzada a practicar oportunamente, y de que por tanto debe rematarse el proceso iniciado, basta con hacer la misma observación indicada arriba. El desarrollo procesal de todo juicio tiene, un límite, y en este caso es el auto de citación para sentencia que cierra —en virtud del mencionado inciso 3.º del artículo 597 del Código Judicial— todo debate ulterior sobre petición, práctica y perfeccionamiento de pruebas».

Sobre la observación hecha por el actor acerca de lo dispuesto en el artículo 598, la Sala advierte que él se relaciona con las pruebas que son agregadas o practicadas inoportunamente y su mérito probatorio ante el superior; pero en ningún caso puede admitirse que ese artículo deje libre el camino para practicar pruebas cuando el proceso está cerrado, pues quedaría sin efecto la limitación que la ley establece para cerrar los debates sobre práctica y perfeccionamiento de pruebas.

La expresión «las pruebas pedidas en tiempo, practicadas o agregadas inoportunamente», del artículo 598, está diciendo que en ciertos casos hay *inoportunidad* para la formación de ellas, la que no obsta para que se consideren por el superior, como las inspecciones oculares, las declaraciones que por comisión del Juez del conocimiento practica o recibe otro funcionario; si ellas llegan al juicio después de citarse para sentencia, se agregan, a fin de que puedan obrar ante el superior. Pero ello en modo alguno autoriza *a abrir el debate ya cerrado para darles entrada en la primera instancia.* Del mismo modo, si el debate está cerrado, no puede el Juez darle entrada a una prueba y practicarla, habiéndose citado ya para sentencia. Pero el interesado no se perjudica, ya que en la segunda instancia estará en posibilidad de pedir nuevamente la prueba, y ésta surtirá entonces los mismos efectos que hubiera producido si llega al juicio después de cerrado el debate.

No está de más advertir que el artículo 754 del Código Judicial establece también que después de hecha la citación para sentencia no se admiten alegatos, y que el Juez debe rechazar los que se presenten, sin permitir que queden unidos a los autos. Sería injurídico que cuando la ley rechaza hasta las simples manifestaciones escritas de los litigantes, continuara abierto el proceso legal probatorio.

La afirmación de que el auto de citación para sentencia se dictó antes de que se entregaran a las partes los autos para alegar, no tiene fundamento alguno. El veinticuatro de octubre de mil novecientos cuarenta y uno (folio 19 vuelta, cuaderno I), el Tribunal dispuso entregar los autos a las partes en traslado y en el orden correspondiente, por el término de diez días a cada una, para alegar de conclusión; el apoderado del actor presentó alegato el 13 de noviembre (folio 21, cuaderno I), el señor Fiscal el 22 (folio 26 vuelta, cuaderno I), y el veintinueve del mismo mes y año se dictó el auto de citación para sentencia. De manera que esta providencia fue proferida después de que las partes presentaron sus respectivos alegatos en armonía con lo dispuesto por el artículo 754 del Código Judicial.

Las consideraciones expuestas ponen de presente, en el sentir de la Sala, la juridicidad de la providencia reclamada.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, niega la reposición de su auto de nueve de octubre pasado.

Notifíquese y cópiese.

ANÍBAL CARDOSO GAITÁN, JOSÉ M. BLANCO NÚÑEZ, ARTURO TAPIAS PILONIETA. - *Manuel Pineda Garrido*, Secretario.

Aviso de exploración de petróleo.—Tierras abandonadas de resguardos de indígenas.—Su condición jurídica.—Cesiones de tierras de resguardos a los Municipios en virtud de la Ley 55 de 1905.—Qué derechos transmiten.

En el régimen de la legislación indiana, anterior a la República, las tierras pertenecientes a los resguardos de indígenas que se extinguían y que quedaban por lo mismo abandonadas, revertían a la Corona. En el régimen republicano no hay disposición legal que autorice igual afirmación. Por consiguiente, los terrenos pertenecientes a los resguardos, abandonados por la extinción de los indígenas que formaban la comunidad, entraron en la categoría general de los bienes inmuebles abandonados por sus dueños, de los bienes llamados vacantes, y sujetos, por lo mismo, a lo que sobre esa categoría de bienes establecieron las leyes en la República, ya sea las nacionales o las de los Estados, en el período en que éstos fueron autónomos para legislar sobre esta materia.

Cedidos por la Nación a algunos Municipios determinados terrenos que antes habían sido de resguardos de indígenas, lo que verificó en virtud de la Ley 55 de 1905, tal cesión no incluyó el subsuelo petrolífero, en fuerza de lo dispuesto por el artículo 1116 del Código Fiscal de 1873, vigente cuando se publicó la Ley 55 de 1905. En consecuencia, lo adquirido por un Municipio sobre tierras de resguardos cedidas en virtud de la Ley 55 citada, no constituye título para acreditar el dominio en el subsuelo petrolífero de ellas.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, octubre diez de mil novecientos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán).

La Socony Vacuum Oil Company de Colombia avisó al Ministerio del ramo que se propone realizar exploraciones con taladro en busca de petróleo que reputa de propiedad privada, en el subsuelo de un globo de tierra llamado resguardo de indígenas de Galapa, ubicado en el Departamento del Atlántico, dentro de estos linderos: «Por el Norte, con terrenos del Municipio de Barranquilla; por el Sur, con terrenos de propiedad particular denominados Megua y San Blas; por el Este, con terrenos de Malambo y Soledad, y por el Oeste, con terrenos del Distrito de Tubará». Estos linderos, según el memorial de aviso, corresponden a la siguiente demarcación: «Camino de Galapa a Soledad sobre el plan de la sierra, un árbol de cañaguate antiguo; de este punto siguiendo por el Norte se llega a la falda del poniente del cerro de Sevilla e inclinando el rumbo para la postura del sol se pasa por lo que fue Sabana de la Cruz; se sale al camino que va para Barranquilla; se sigue pasando por el Jaguey de Loma Arena, cabecera de Arroyo de Piedra, Bajos de Mamonal a salir al camino de Galapa para Juan Mina en el punto de la Cruz del Dividivi y posa de Regalado; de allí inclinando a la izquierda se pasa en medio de los Achiotes y Loma de Alamagre, dejando dentro de la Ciénaga de Agua Dulce y a la derecha la del Salado se llega a la antigua posesión de Cantillo en el Pajal. De allí para el Sur y lindando con las tierras del Carmen o Malemba de propiedad particular, se pasa por un montón de piedra antiguo mojón, en cuatro bocas, hasta llegar a la Cruz del Carmen en el camino de Tubará para Galapa donde se tocan el Resguardo de los antiguos indígenas de aquel pueblo con el de los de éste. De allí lindando con las tierras de Megua de propiedad particular y tirando a la izquierda por abajo de Campo Alegre, por Bongo Chiquito, la antigua casa de Arroyo Chiquito ya en rumbo para el Oriente y se llega al Olivo, camino de Baranoa para Galapa. De allí, inclinando siempre a la izquierda y limitando con las tierras de San Blas, propiedad de los Comas, se pasa por los Potreritos, el Chupa Chupa, volteando al Norte; se pasa por detrás de las Palmas de Segovia dejándolas adentro y lindando con el resguardo de indígenas de Malambo Viejo, se llega por arriba de la Sierra al punto de partida Cañaguate y camino de Soledad».

El Ministerio de Minas y Petróleos dictó resolu-

ción que puso término a la actuación administrativa y que dispuso enviar el aviso a esta Sala de la Corte para que aquí, de conformidad con los trámites de la ley, se decida si son o nó fundadas las pretensiones de la Compañía avisante.

En la mencionada providencia se llegó a estas conclusiones, que le sirvieron de fundamento a la decisión adoptada de enviar el negocio a la Corte Suprema: «Primera. Si las cesiones hechas por la Ley 55 de 1905 se refirieron a verdaderos "bienes vacantes", no se incluyó en ellas la propiedad del petróleo, por las razones expuestas anteriormente. Segunda. Si las cesiones de la misma Ley 55 de 1905 se refirieron a "tierras baldías" (o a bienes fiscales), tampoco se incluye en ellas la propiedad del petróleo por ser posteriores al 28 de octubre de 1873. Tercera. Los derechos que tienen los Municipios sobre determinadas tierras, con base en la citada Ley 55, cubren solamente la propiedad territorial superficiaria y no afectan al subsuelo reservado desde el 28 de octubre de 1873».

En la Corte el asunto, se surtieron los traslados a las partes, y durante ellos sus representantes, el señor Procurador Delegado en lo Civil y el doctor Carlos A. Torres Pinzón, presentaron sus alegaciones. En la tramitación del juicio se produjeron las pruebas que la parte avisante solicitó. Es llegada la oportunidad procesal de ponerle término al juicio.

Fundamentos de la acción.

Refiriéndose el señor abogado a la demostración que de acuerdo con la Ley 160 de 1936, artículo 7.°, debe el avisante hacer en casos como el de que se trata, de que las tierras salieron del dominio del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873, dice que en este juicio esa comprobación resulta de la escritura número 1447, otorgada el 15 de junio de 1926 ante el Notario Segundo del Circuito de Barranquilla, en virtud de la cual el Fiscal del Tribunal Superior de ese Distrito, comisionado para tal efecto por el Gobernador del Departamento del Atlántico, transfirió al Municipio de Galapa, «a perpetuidad y sin reserva alguna, a favor del Municipio de Galapa de este Departamento del Atlántico, el dominio pleno y la posesión absoluta de un globo de terreno que se denominó antiguamente resguardo de indígenas de Galapa, situado en jurisdicción de este mismo Distrito, globo que tiene la figura de un círculo cuyo radio es de una legua castellana medida desde la puerta mayor de la iglesia de Galapa y cuyo diámetro es de dos leguas con centro en la misma puerta de la iglesia». Agrega el señor abogado que para la interpretación de este título ha de tenerse en cuenta que forman parte de él las declaraciones rendidas ante el Juez Municipal de Galapa el día 12 de febrero de 1892, por los señores Luis Moya y Tomás Alzusa; el día 13 de febrero de 1892, por Juan Figueroa y Venancio Alzusa, y el 16 de febrero de 1892, por Jerónimo Echeverría, declaraciones todas tomadas con la intervención directa del Personero Municipal de Galapa y que forman un grupo de testimonios de personas mayores de 60 años en aquella época, y de las cuales aparece la posesión inmemorial que de estos terrenos tuvieron los indígenas de Galapa, y el hecho notable, de que esa posesión solamente fue descontinuada hacia el año de 1840, año que señalan los testigos ser el en que más o menos fue extinguida la raza indígena, situación que continuó vigente hasta que la Nación por conducto de su Fiscal hizo cesión de estos terrenos en el año de 1926 al Municipio de Galapa. Y dice también el apoderado que tal declaración hecha por el Fiscal en nombre del Gobernador del Atlántico, en uso de claras autorizaciones legales, «viene a constituír el título emanado del Estado, sobre unos terrenos que jamás pudieron entrar a formar parte de la reserva nacional decretada en el año de 1873 ya que para aquella época habían salido del dominio del Estado, o por mejor decir, nunca entraron a formar parte de ese dominio porque las leyes españolas reconocieron a los indígenas el derecho de propiedad sobre sus resguardos desde la época de la Conquista».

En los términos anteriores plantea el apoderado de la Compañía avisante el derecho del Municipio de Galapa que ella hace valer al sustentar la prosperidad jurídica del aviso. Es decir, concretamente, en que el Fiscal, autorizado por el Gobernador del Departamento del Atlántico y con apoyo en la Ley 55 de 1905, expidió a favor del Municipio de Galapa un título que se considera «emanado del Estado» y suficiente para trasladar la propiedad territorial del Resguardo al Municipio, con la consecuencia de conferir propiedad en el suelo y en el subsuelo petrolífero. Así concretada la cuestión propuesta, o fundamentada la demanda, procede el examen de los hechos en que se apoya y del derecho que se aduce para sustentarla.

La cesión hecha al Municipio de Galapa en 1926.

Hállase acreditada la cesión por el testimonio que de ella da la escritura pública número 1447 de 15 de junio de 1926 pasada en la Notaría 2.ª del Circuito de Barranquilla. Compareció en ese instrumento el entonces Fiscal del Tribunal Superior, doctor Martín Pimienta Lozano, y dijo, comprobando su carácter de funcionario, y la autorización necesaria del Gobernador del Departamento,

lo que sigue: «Tercero. Que de acuerdo con la Ley cincuenta y cinco (55) de mil novecientos cinco (1905), y en vista de las pruebas presentadas por el Municipio de Galapa de este Departamento, el señor Gobernador del mismo Departamento del Atlántico ha dado orden al exponente para que en su carácter de Fiscal del Tribunal Superior de este Distrito Judicial, otorgue a favor del expresado Municipio la presente escritura de cesión del dominio del globo de terreno de que se hablará en seguida, lo que consta en la Resolución de treinta y uno (31) de mayo del corriente año, proferida por el propio señor Gobernador del Atlántico, la cual, junto con las pruebas que acreditan que el referido terreno conocido antiguamente con el nombre de resguardo de indígenas de Galapa fue poseído por los indígenas y luégo abandonado por éstos desde principios del siglo pasado, se agrega al protocolo y además se copiará en la presente escritura. Cuarto. Que en conformidad con los antecedentes que quedan expuestos, el exponente en su expresado carácter oficial de Fiscal del Tribunal Superior de este Distrito Judicial, en nombre y representación del señor Gobernador del Departamento del Atlántico y en nombre de esta entidad y en cumplimiento de la Ley cincuenta y cinco (55) de mil novecientos cinco (1905) y de la precitada orden del señor Gobernador del Atlántico, transfiere a perpetuidad y sin reserva alguna a favor del Municipio de Galapa de este Departamento del Atlántico el dominio pleno y la posesión absoluta de un globo de terreno que se denominó antiguamente resguardo de indígenas de Galapa, situado en jurisdicción de este mismo Distrito, globo que tiene la figura de un círculo cuyo radio es de una legua castellana medida desde la puerta mayor de la iglesia de Galapa y cuyo diámetro es de dos leguas con centro en la misma puerta de la iglesia, el cual globo de terreno está demarcado por los siguientes linderos:» (los mismos dados en el memorial de aviso, ya insertos en este fallo).

En la escritura citada aparece que el señor Gil Blas Llanos, Personero Municipal de Galapa, comparece y acepta la cesión.

Hace parte de los documentos incorporados dentro de la referida escritura pública un memorial que el propio señor Personero había elevado al Gobernador del Departamento en solicitud de la cesión para el Municipio, memorial a que pertenecen estas declaraciones de ese funcionario: «Probablemente por la mucha seguridad que siempre ha tenido el Municipio de Galapa en su derecho de propiedad y posesión del globo de terreno del mismo nombre que más adelante se describirá, y por el respeto que ese derecho siempre ha infundido e infunde a todas las personas y entidades, de modo que nunca ha sido turbado en su goce público y tranquilo, no había pedido antes de ahora que se le reconozca oficialmente en la forma consagrada en la citada Ley 55 de 1905. *y sólo promovió en 30 de marzo de 1892 un juicio para que, previa declaración judicial de estar vacante, se le adjudicara en propiedad ese globo de tierra,* que, se repite, ya venía usufructuando desde mucho tiempo atrás y aún usufructúa este Distrito, como único dueño y poseedor. *El juicio en mención se inició y siguió en parte en el entonces Juzgado Segundo del Circuito de Barranquilla, pero no se llegó a dictar sentencia de conclusión, acaso por falta de gestión.* Sin embargo, habiendo obrado en ese juicio como prueba una información de cinco honorables testigos mayores de sesenta años (en el año de 1892), se ha considerado que pocos documentos podrían ser hoy de una confianza más respetable por su antigüedad y origen, que esa información testimonial para los fines de la Ley 55 de 1905, ya que de tales declaraciones consta, en síntesis: 1.° Que el globo de tierras denominadas de Galapa, ubicado en jurisdicción del hoy Distrito del mismo nombre, fue desde tiempo muy antiguo un resguardo de indios que éstos obtuvieron por donación que les hizo el Rey de España. 2.° Que los indígenas de Galapa poseyeron y administraron públicamente y sin oposición de nadie, por largo tiempo, ese globo de terreno como dueños. 3.° *Que los indios de Galapa, por haber desaparecido la raza, dejaron de administrar, desde hacia como 40 años (anteriores a 1892) las tierras de ese resguardo, quedando éste, por consiguiente, abandonado desde entonces».* (Subraya la Sala).

Las partes transcritas de la escritura número 1447 de 1926 acreditan el hecho de la cesión a que ese instrumento se refiere, de las tierras llamadas resguardo de indígenas de Galapa, al Municipio del mismo nombre, cesión que se hizo, o expresó hacerse, en aplicación de la Ley 55 de 1905, y es, por lo en ella establecido, una cesión de la Nación al Municipio de Galapa. Se halla, pues, comprobado en el presente juicio lo que se afirma por la Compañía avisante, de haberse hecho la expresada cesión. Qué alcance jurídico tenga ésta, respecto al dominio pleno, sin reserva alguna, que dijo transferirse, sobre el referido globo de terreno, es cuestión que suscita el examen de varios interrogantes jurídicos. Pero antes de considerarlos, hay necesidad de subrayar la circunstancia procesal de haberse adelantado este juicio como queda explicado, presentando como único fundamento para creditar el dominio privado que se pretende, el haberse expedido por el Estado el título de cesión a que se hace referencia, que al decir del avisante, trasladó del patri-

monio del Estado al del Municipio de Galapa los terrenos en cuestión, en su suelo y en su subsuelo petrolífero. No es, por tanto, necesario, procesalmente, analizar el caso *sub judice* desde otros puntos de vista, sino desde aquel por el cual lo contempla la acción, el de tener el Municipio de Galapa el mencionado título de cesión, que a su vez constituye título de propiedad de las tierras con anterioridad al 28 de octubre de 1873. Al examen de ese título ha de concretarse, pues, la Corte, para verificar, si ello es posible, las otras afirmaciones del señor abogado referentes a las consecuencias jurídicas que él le deduce a la expresada cesión.

Consecuencias jurídicas de la cesión territorial hecha al Municipio de Galapa.

Por las informaciones sobre el hecho de la cesión, relacionadas en el capítulo anterior y que se hallan confirmadas por las exposiciones del señor abogado, la cesión se realizó sin haberse terminado el juicio sobre declaratoria de vacancia de los resguardos de Galapa. No hay en el caso que se estudia una sentencia del Organo Judicial que declare vacantes las dichas tierras que pertenecieron al resguardo tántas veces nombrado. Circunstancia ésta que habrá de influír forzosamente en el presente fallo, por lo que mira a la calificación que la Corte haga del contenido jurídico de la cesión dicha.

En el régimen de la legislación indiana, anterior a la República, las tierras pertenecientes a los resguardos de indígenas que se extinguían y quedaban por lo mismo abandonadas, revertían a la Corona. En el régimen republicano no hay disposición legal que autórice igual afirmación. Por consiguiente, los terrenos pertenecientes a los resguardos, abandonados por la extinción de los indígenas que formaban la comunidad, entraron en la categoría general de los bienes inmuebles abandonados por sus dueños, de los bienes llamados vacantes, y sujetos, por lo mismo, a lo que sobre esa categoría de bienes establecieron las leyes en la República, ya sea las nacionales, o las de los Estados, en el período en que éstos fueron autónomos para legislar sobre esta materia.

Fue base legal de la cesión hecha al Municipio de Galapa la disposición contenida en el artículo 5.° de la Ley 55 de 1905, que declaró: «Cédense asimismo a los respectivos Municipios, en los términos y con las formalidades prescritas en el artículo precedente, los terrenos que sirvieron de resguardo a poblaciones de indígenas que constituyen, dichos Municipios por haber adquirido en cualquier tiempo la categoría de Distrito». Este precepto consagra la cesión de «los terrenos que sirvieron de resguardo a poblaciones de indígenas», y sus términos son claros en el sentido de que aquellos terrenos, los que fueron de los resguardos, pasan, por virtud de la cesión, hecha con las formalidades establecidas por la ley, a ser propiedad de los Municipios. En este aspecto considerado el asunto materia del aviso, no hay duda ni dificultad en concluir que al Municipio de Galapa pasó la propiedad de las referidas tierras, como resultado de la cesión, prevista en la ley y realizada por los actos de que da noticia la escritura pública a que antes se hizo alusión. Pero no ofrece idéntica claridad el otro aspecto de la cuestión, el de si las tierras así recibidas en cesión por el Municipio de Galapa conllevaron el subsuelo petrolífero, o si éste permaneció reservado para la Nación, en virtud de lo dispuesto en el Código Fiscal de 1873.

Se ha observado ya que son interesantes, en orden a la solución del caso *sub judice*, el modo como se ejercita el derecho en el presente juicio y el fundamento que se le asigna por el avisante a la propiedad territorial del Municipio de Galapa. Unico y solo fundamento de esta propiedad es para el presente pleito, y según se ha explicado, la cesión que en nombre del Estado se hizo a aquel Distrito. No se ha planteado aquí la propiedad para el Municipio de los terrenos de que se trata, con base en una aplicación de la ley que asigna a los Municipios, en ciertos casos, la propiedad de los inmuebles abandonados, en calidad de vacantes. Se funda concretamente la prueba del dominio que se alega, en la cesión tántas veces mencionada. Lo que significa que se admite por el avisante el derecho que la Nación tuviera, cuando la cesión se hizo, para consumarla en favor del Municipio de Galapa. Es decir, que se afirma por el actor, como única causa jurídica de la adquisición hecha por el Municipio, la cesión realizada por el Estado, lo que implica la aceptación de ser éste el dueño de las tierras que fueron objeto de la cesión, cuando ésta se llevó a efecto. Y planteada así la cuestión, como lo ha sido con perfecta claridad, entonces, para deducir consecuencias respecto al contenido jurídico de la cesión, habrá que considerar, indispensablemente, cuál era la regulación legal a que estaban sujetas las enajenaciones de tierras de la Nación, de la clase de las que fueron cedidas, en el momento en que se realizó el acto de transferencia de la propiedad.

No sobra advertir que la Corte, al encauzar el estudio que adelanta por las normas y principios que se sugieren, aplicables al traspaso de los bienes nacionales, no ignora que la propia Ley 55 de 1905 contempla también, en su artículo 1.°, una

ratificación y confirmación de las declaratorias judiciales legalmente hechas, de estar vacantes globos de terrenos conocidos como resguardos de indígenas, así como las ventas de ellos en subasta, y que reconoce como título legal de esos terrenos el adquirido por sus rematadores. Disposición de la Ley 55 diferente a las de los artículos de la misma que tratan de cesión a los Municipios, de terrenos que fueron de resguardos. No es igual *la ratificación* y el reconocimiento de los títulos otorgados a los rematadores en los juicios sobre declaratoria de vacantes, que *la cesión* de tierras que fueron pertenecientes a los resguardos. En el primer caso se acepta por la ley el origen de la propiedad de los bienes rematados, en su calidad de vacantes, por aplicación de las reglas comunes a este género de bienes; en el segundo, el concepto de vacante no toca la materia, no es pertinente, pues se párte de otra regla de propiedad que coloca los inmuebles en el patrimonio del Estado.

Así diferenciadas las dos clases de traspaso de bienes de resguardos, resulta evidente que en el caso del aviso de exploración que se estudia, en el cual, aunque se inició un juicio para la declaratoria de vacancia de los bienes, él no se terminó, y por lo mismo no existe tal declaración de vacantes sobre los bienes en cuestión, los que pudieran acaso por esa vía haber llegado al patrimonio municipal de Galapa, la pretensión de dominio que sobre ellos ejercita ese Distrito, o más propiamente la acción deducida en este juicio, que presume el dominio, se desprende exclusivamente de la cesión que la Nación le hizo al Municipio por virtud de la Ley 55 de 1905. Y en consecuencia, para saber y para determinar en qué forma se operó ese traspaso hecho por la cesión en cuanto a la propiedad del suelo y a la del subsuelo, hay que dar aplicación al ordenamiento consignado en el Código Fiscal de 1873, artículo 1116, que dice: «La República se reserva la propiedad de las minas y depósitos de carbón, así como también los de huano y cualquier otro abono semejante que se encuentren *en los terrenos baldíos de la Nación, o en los que por otro título distinto le pertenezcan*». De conformidad con la disposición transcrita, y de acuerdo con jurisprudencia establecida por la Corte Suprema y elevada a la categoría de precepto legal, la Nación se reservó, *en los terrenos baldíos y en los que por otro título le pertenezcan*, que adjudicara o enajenara con posterioridad a la vigencia del Código mencionado, el petróleo existente en el subsuelo. No se está diciendo que los terrenos que fueron del resguardo de Galapa y que cedió la Nación a ese Municipio fuesen baldíos, pero sí se afirma que pertenecían a la Nación, como así lo admite el avisante, posiblemente con apoyo en el artículo 675 del Código Civil. No eran baldíos porque salieron del poder del Estado al patrimonio de los resguardos. Pero la Ley 55 de 1905, al disponer la cesión de esa clase de bienes, los califica de terrenos pertenecientes a la Nación, pues de otro modo no se justificaría la cesión que declara el legislador. No es, por consiguiente, siquiera dudoso que al operarse la cesión al Distrito de Galapa de las tierras que fueron de los resguardos de indígenas y que se cedieron en el concepto de ser de propiedad de quien hacía la cesión, quedó reservado para el cedente, vale decir, para la Nación, el subsuelo petrolífero, en fuerza de lo dispuesto por el Código Fiscal de 1873, artículo 1116, vigente cuando se expidió la Ley 55 y cuando se otorgó la escritura de cesión.

Se repite que a esta conclusión se llega en el presente juicio, por las características que lo constituyen, pues él se ha adelantado, desde su iniciación y durante todo su desarrollo, fundamentando y construyendo el derecho que se ejercita, sólo y concretamente en la cesión hecha por la Nación, la que se presenta por el avisante como «el título emanado del Estado» que la ley del petróleo exige para demostrar dominio privado petrolífero. Las declaraciones que según el abogado hacen parte de ese título, y que fueron llevadas al proceso administrativo en 1926, tomándolas del expediente que se formó en el juicio de declaratoria de vacantes que se adelantó en 1892, sin llegar a concluirse, no modifican en nada la situación de la reserva hecha por el Código Fiscal de 1873, vigente entonces.

La Ley de 1905, artículos 4.° y 5.°, dispuso crear un título especial sobre las tierras que se estimara administrativamente que habían sido de resguardos; pero este título nuevo que se constituye con base de la Ley mencionada, no es *el título del resguardo* que debió expedirse en tiempo colonial. Siendo un título nuevo, está sujeto a la legislación coetánea al momento de su formación, que hace obligatoria la reserva del petróleo para el Estado.

No sirve, pues, en el parecer de la Corte, el título aducido para acreditar la propiedad en el subsuelo petrolífero de las tierras que fueron cedidas por la Nación al Municipio de Galapa en el instrumento público a que se ha hecho referencia. Por lo tanto no podrá hacer ella la declaración prevista en el artículo 7.° de la Ley 160 de 1936, de ser fundada la pretensión del avisante.

La deducción a que se llega hace innecesario el estudio en el presente fallo de otros aspectos que suscita el título aducido, como sería la determinación del área que él comprende, sobre lo cual no

es procedente declaración alguna en esta sentencia.

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 no es fundada la pretensión de la Compañía avisante presentada en este juicio.

Publíquese, notifíquese, cópiese y devuélvase el expediente.

ANÍBAL CARDOSO GAITÁN—El Conjuez, FABIO HERNÁNDEZ—ARTURO TAPIAS PILONIETA—*Manuel Pineda Garrido*, Secretario en propiedad.

ACCION PETITORIA DE DOMINIO

La Ley 200 de 1936 consagró el reconocimiento de la propiedad privada y la renuncia del Estado en relación con las tierras baldías. Sus disposiciones fijaron las normas que deben tenerse en cuenta para averiguar si determinado inmueble es o nó del dominio de los particulares, y señalaron, al mismo tiempo, cuáles son los requisitos indispensables para acreditar dicha propiedad, sea que se trate de predios situados en la extensión territorial rural o que se hallen ubicados en el perímetro urbano.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, trece de octubre de mil novecientos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán)

Con fecha veinticinco de enero de mil novecientos cuarenta, la sociedad comercial anónima Compañía Urbanizadora Industrial, domiciliada en la ciudad de Barranquilla, presentó demanda ante el Tribunal de esa ciudad contra la Nación, para que previos los trámites ordinarios se declarara por dicha corporación que el inmueble situado en jurisdicción del mismo Municipio, formado por tres lotes conocidos con los nombres de La Luz, El Zancudo y El Morro, ubicados en el punto denominado La Loma, es del dominio privado de la referida sociedad demandante, con las solas deducciones de dos porciones de terreno enajenadas a la sociedad denominada Cervecerías Barranquilla y Bolívar, S. A.; o en subsidio, que se declare que el referido inmueble es de propiedad privada de la mencionada Compañía Urbanizadora Industrial, por haberlo poseído en las condiciones necesarias para que la ocupación confiera el dominio, o sea realizando la explotación económica del suelo por medio de hechos positivos propios de dueño, como son la ocupación con ganados, y otros de igual significación económica.

Como hechos se alegaron los siguientes:

Que por escritura pública número 526, otorgada en la Notaría 2.ª de Barranquilla el 22 de mayo de 1936, los señores Enrique A. Correa, Ramón Emiliani Vélez y Luis Felipe Santo Domingo, de común acuerdo, actuando el primero en su carácter de Gerente de la Compañía Urbana Mercantil, Agrícola e Industrial, de la misma ciudad, el segundo en su propio nombre, y el tercero como socio administrador de Santo Domingo y Compañía, sociedad comercial con el mismo domicilio, constituyeron la sociedad comercial anónima denominada Compañía Urbanizadora Industrial, con domicilio en la referida ciudad de Barranquilla, y transfirieron, a título de aporte, el inmueble formado por los lotes conocidos con los nombres La Luz, El Zancudo y El Morro, objeto de la demanda;

Que la proporción en que los socios fundadores aportaron el inmueble a la expresada Compañía Urbanizadora Industrial, según consta de la mencionada escritura número 526 de 22 de mayo de 1936, fue la siguiente: Santo Domingo & Compañía, el cincuenta por ciento (50 por 100); la Compañía Urbana, Mercantil, Agrícola e Industrial, el treinta por ciento (30 por 100), y el señor Ramón Emiliani Vélez, el veinte por ciento (20 por 100);

Que la propiedad privada de los lotes de terreno denominados La Luz, El Zancudo y El Morro, que forman el inmueble materia de la demanda, pertenece a la Compañía Urbanizadora Industrial, como se acredita con títulos inscritos que comprueban las tradiciones de dominio de los expresados lotes durante un período mucho mayor de treinta años, contados con anterioridad a la fecha de la vigencia de la Ley 200 de 1936, sin soluciones de continuidad, hasta llegar a ser, como lo es hoy, de la Compañía demandante;

Que el Gobierno Nacional, desde mediados del año de mil novecientos treinta y cuatro, ha considerado que la Nación tiene derecho sobre una zona de terrenos situada en las inmediaciones del

río Magdalena, en jurisdicción del Municipio de Barranquilla y próxima a la ciudad, y al efecto ha pretendido que se la considere como baldía;

Que en la zona de terrenos que se acaba de mencionar se halla entre otros predios, el inmueble integrado por los lotes conocidos con los nombres La Luz, El Zancudo y El Morro, individualizado en la parte petitoria de la demanda;

Que con el solo objeto de darle facilidades al Gobierno Nacional para ejecutar algunas obras en la referida zona de terreno, y sin perjuicio de los derechos de sus propietarios, se llegó a un acuerdo entre éstos y aquél con fecha veintiuno de marzo de mil novecientos treinta y cinco, el cual, se hizo constar en documento de esa misma fecha.

Que en dicho acuerdo se dejaron expresamente a salvo los derechos de los propietarios de terrenos que lo suscribieron, entre los cuales estaban los propietarios y poseedores del inmueble descrito en la parte petitoria de la demanda, hoy de propiedad de la Compañía Urbanizadora Industrial y que en ese entonces era de propiedad de la Compañía Urbana, Mercantil, Agrícola e Industrial y de la sociedad colectiva de Mauricio Heilbron e Hijo, las que suscribieron el acuerdo debidamente representadas por los señores Enrique A. Correa y Mauricio Heilbron P., respectivamente;

Que las pretensiones del Gobierno Nacional, por lo menos en lo que respecta al inmueble descrito en la parte petitoria de la demanda, son enteramente infundadas, entre otras razones por la de estar amparado el propietario con títulos inscritos que comprueban la propiedad privada de dichos terrenos y en que constan las tradiciones de dominio del inmueble por un lapso de tiempo mucho mayor del que señalan las leyes para la prescripción extraordinaria, y

Que además de existir los referidos títulos de propiedad que comprueban las tradiciones del dominio durante un período mayor de treinta años, existen otros muchos títulos anteriores que demuestran tradiciones de dominio de la propiedad privada de los diversos lotes que integran el referido inmueble durante muchos más años de los ya expresados.

Por último, que el inmueble descrito en la parte petitoria de la demanda está amparado no solamente por títulos inscritos, sino que tiene además como título que da derecho a la propiedad privada el hecho de haber estado dicho inmueble en posesión material de la Compañía demandante o de sus antecesores en la posesión inscrita, durante un período mayor de treinta años contados con anterioridad a la vigencia de la Ley 200 de 1936, consistiendo dicha posesión en la explotación económica del suelo por medio de hechos positivos propios de dueño, como el de tenerlo ocupado con ganados y como el de la construcción y conservación de cercos y edificios y otros de igual significación económica, y siendo esa ocupación ininterrumpida, quieta y pacífica y sin violencia ni clandestinidad, durante un lapso mayor del que señalan las leyes para la prescripción extraordinaria, y así ha sido poseído pacíficamente el inmueble no sólo por los propietarios que se mencionan en la relación de títulos inscritos, sino por los antecesores de los mismos desde tiempo inmemorial.

A la demanda se acompañaron las siguientes escrituras, debidamente registradas:

Números 292 de 15 de septiembre de 1893, otorgada en la Notaría 2.ª del Circuito de Barranquilla; 244 de 1893 y 671 de 1906, de la Notaría 1.ª del mismo Circuito; 100 de 1888, de la misma Notaría; 3 de 1927 y 1958 de 1924, de la Notaría 2.ª del mismo Circuito; 247 de 1894, 551 de 1894, 214 de 1896, 1180 de 1924 y 837 de 1930, otorgadas en la misma Notaría; 321 de 1922, de la Notaría 1.ª de Barranquilla; 836 de 1903, de la misma Notaría, relativa al cambio de nombre de la sociedad Correa, Heilbron y Cía. por el de Correa & Heilbron; 435 de 1933 y 892 de 1933, otorgadas en la misma Notaría; 76, 77, 107, 525 y 526 de 1936, otorgadas en la misma Notaría 2.ª de Barranquilla, y finalmente, las escrituras 1319 de 26 de septiembre y 1076 de 11 de agosto, ambas de 1939, otorgadas en la dicha Notaría, en las que consta el poder conferido por la Compañía demandante al doctor Marco T. Mendoza Amarís y la protocolización del certificado número 702 de 7 de junio de 1939, expedido por el señor Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Barranquilla, sobre el registro de las tradiciones de dominio del inmueble materia de la demanda, y dos certificados de la Cámara de Comercio de la misma ciudad en los que constan el registro del extracto social de la Compañía actora y el nombramiento de dignatarios de la misma.

Habiéndose tramitado el negocio en la forma que exige la ley, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla decidió el asunto en sentencia de fecha siete de marzo del año próximo pasado, declarando que es del dominio privado de la Compañía Urbanizadora Industrial el inmueble a que se refiere la demanda.

Dice así la parte resolutiva del fallo de primera instancia:

«Primero. Que es del dominio privado de la Compañía Urbanizadora Industrial el predio así individualizado: "Un globo de tierra situado en jurisdicción de este Municipio, formado por tres lotes conocidos con los nombres de La Luz,

El Zancudo y El Morro, ubicados en el punto denominado La Loma, en jurisdicción del Municipio de Barranquilla. Dicho globo de tierra tiene los siguientes linderos generales, conforme al plano que se halla agregado a la escritura pública número 76 de 23 de enero del presente año y de la Notaría 2.ª de este Circuito. Al Norte, linda en parte con terrenos del Municipio de Barranquilla, donde estuvierón las Cocinas Municipales, con terrenos de Cervecerías Barranquilla y Bolívar, S. A., con predio de la Compañía Colombiana de Electricidad, con el llamado Pasaje Castro, con la Fábrica de Tejidos Obregón, con el llamado Caño Arriba, con terrenos que fueron de Galofre & Cía., con terrenos de Rafael Tafur Guerrero, Mora Hermanos & Cía., Obdulio Navarro y Juan N. Rondón, y por otro lado, con terrenos que es o fue (sic) de Lascano & Cía.; al Sur colinda por un lado con terrenos que es o fue de Antonio Luis Carbonell y con la Carrera de Igualdad frente a terreno donde está la Fábrica de Tejidos de Seda Celta, y por otro lado con terreno de Melquíades Correa, y por otro lado con terreno que es o fue de Antonio Volpe & Cía.; por el Oriente colinda en parte con terrenos de Juan N. Rondón y en parte con el río Magdalena; y por el Occidente colinda en parte con la Calle del Sol, frente a predio que es o fue de Jacobo Senior, a la Fábrica de Jabones Las Llaves, al Edificio de la Tenería y al Mercado de Granos, en parte con terreno que es o fue de Mario y Wilfrido Roncallo, en parte con terreno de Antonio Volpe & Cía., en parte con terreno que es o fue de Lascano & Cía., en parte con el camino de Barranquilla a Soledad, llamado Camino Abajo, frente a terreno de la Compañía Urbana Mercantil, Agrícola e Industrial, Mauricio Heilbron e Hijo y a la planta de filtración del acueducto de propiedad del Municipio de Barranquilla".

«Segundo. Declárase asímismo que del inmueble cuya descripción se acaba de hacer, deben deducirse dos porciones de terrenos enajenadas a las Cervecerías Barranquilla y Bolívar, S. A., por medio de las escrituras públicas números 423 de fecha 23 de abril de 1938, otorgada en la Notaría 2.ª de este Circuito y debidamente registrada, y 1061 de 8 de septiembre del mismo año, otorgada en la misma Notaría, individualizados así:

«Un lote de terreno ubicado en esta ciudad, que hacía parte del terreno conocido con el nombre de El Morro, y cuyas medidas y linderos, en la parte que es materia de esta compraventa, son: partiendo del punto "a" con un rumbo sureste de 70°37′, hasta el punto "b" y con una distancia de 41 metros 20 centímetros, la cual linda con las Cervecerías Barranquilla y Bolívar, S. A., Caño de La Auyama en medio y formando un ángulo interior con respecto al punto "b" y "e", cuyo vértice es "a", de 86°32′; partiendo del punto "b" con rumbo sureste de 14°02′, y con distancia de 81 metros, lindando con terrenos de los compradores y formando un ángulo interior con respecto a los puntos "e" y "a", cuyo vértice es "B", de 123°, 25′; partiendo del punto "c", con rumbo noroeste de 54°36′, y una distancia de 77 metros 35 centímetros, lindando con terrenos de los vendedores y carretera al Terminal en medio, y con un ángulo interior con respecto al punto "d" y con un rumbo noroeste de 13°33′ y una distancia de 30 metros 35 centímetros, lindando con la Calle del Sol y con un ángulo interior con respecto al punto "e" y "c", cuyo vértice es "d" de 138°37′; partiendo del punto "e" con rumbo noroeste de 15°55′ y una distancia de 24 metros, lindando con la plaza del Municipio y con un ángulo con respecto al punto "a" y "d", cuyo vértice es "e", de 150°32′. Con esta distancia queda cerrado el polígono. El terreno descrito tiene un área de tres mil setecientos noventa y ocho metros y cuarenta un centímetros cuadrados, y *b*) un lote de terreno en el punto denominado La Loma en jurisdicción de este Municipio, que se determina así: «Un triángulo distinguido con las letras "L", "Q" y "M" y con una superficie de mil trescientos cuarenta y ocho metros cuadrados, y cuyas medidas y linderos son los siguientes: partiendo del vértice "l" hacia el vértice "q" con una distancia de veintiséis metros, linda con la carretera al Terminal Marítimo (tramo norte); desde el vértice "q" hasta el vértice "m" con una distancia de 121 metros, linda, calle en medio, con terrenos de la Compañía Urbanizadora Industrial, S. A., y desde el vértice "m" hacia el vértice de partida "l" con una distancia de 110 metros, linda con terrenos de las Cervecerías Barranquilla y Bolívar, S. A. Dichas porciones fueron segregadas del globo de tierra de mayor extensión ya referido, según consta, se repite, de las escrituras públicas números 423 de 23 de abril de 1938, otorgada en la Notaría 2.ª de este Circuito, y 1061 de 8 de septiembre del mismo año, otorgada en la misma Notaría, respectivamente.....»

El señor Fiscal del Tribunal interpuso el recurso de apelación contra la anterior providencia recurso que fue concedido, y por lo cual el negocio vino al conocimiento de esta Sala de la Corte Suprema de Justicia. Estando en situación de ser definido, se procede a ello, teniendo en cuenta las siguientes razones:

Obra en autos un acuerdo celebrado entre e Gobierno Nacional y los propietarios de los terrenos donde se halla situado el inmueble objeto de

la presente acción, suscrito el veintiuno de marzo de mil novecientos treinta y cinco, en la ciudad de Barranquilla, entre el señor Ministro de Obras Públicas, de una parte, y la Compañía Urbana, Mercantil, Agrícola e Industrial, Mauricio Heilbron e Hijo, Lascano y Cía., Federico Falquez y Juan N. Rondón, por la otra, con el objeto de facilitar ciertos trabajos de construcción del Puerto o Terminal Marítimo y Fluvial de Barranquilla.

Según dicho contrato, la Nación consideró dichos terrenos como baldíos y los poseedores como de su legítima propiedad, pero también quedó estipulado expresamente que en caso de que los poseedores obtuvieran del Poder Judicial fallo declarativo de la legitimidad de sus derechos sobre los terrenos en mención, el Gobierno Nacional indemnizaría a dichos poseedores, previo avalúo pericial.

De manera, pues, que el presente negocio tiene como fin la declaración por la justicia ordinaria de ser del dominio privado la zona de terreno que la parte actora señala en el libelo de demanda y que la Nación, a su vez, ha reclamado como baldía, según se desprende del contrato que se acaba de citar y de la oposición formulada en este juicio por el representante de ella ante el Tribunal Superior de Barranquilla.

El señor Procurador Delegado en lo Civil manifiesta su opinión de que el citado inmueble es de la propiedad privada de la parte demandante, como puede leerse en su alegato presentado a esta Sala y que dice: «.....Después de un detenido estudio del proceso devuelvo el expediente sin sustentar el recurso en alegato de conclusión, por cuanto en la titulación presentada por la parte demandante no encuentra el suscrito base legal para impugnar la acción de dominio privado ejercitada en la demanda. Dejo en consecuencia a vuestro ilustrado criterio y a vuestra recta conciencia de Jueces supremos la decisión de esta causa....»

Se considera:

La Ley 200 de 1936 consagró el reconocimiento de la propiedad privada y la renuncia del Estado en relación con las tierras baldías. Sus disposiciones fijaron las normas que deben tenerse en cuenta para averiguar si determinado inmueble es o nó del dominio de los particulares, y señalaron, al mismo tiempo, cuáles son los requisitos indispensables para acreditar dicha propiedad, sea que se trate de predios situados en la extensión territorial rural o que se hallen ubicados en el perímetro urbano.

Durante los términos probatorios de primera y segunda instancia se allegaron al expediente pruebas suficientes sobre la identidad del inmueble y sobre su situación dentro del perímetro urbano de la ciudad de Barranquilla. Estos hechos están demostrados plenamente con las inspecciones oculares practicadas por el Tribunal Superior de la misma ciudad con fecha tres de mayo de mil novecientos cuarenta, y veintitrés de septiembre de mil novecientos cuarenta y uno; con las declaraciones de los señores Juan B. Fernández, Víctor Echeverría, Antonio Luis Carbonell, Carlos Martínez Aparicio, José Ramón Vergara y Joaquín Roca Niz y con el plano de la ciudad de Barranquilla levantado por las Empresas Públicas Municipales.

De manera, pues, que el globo de tierra formado por los lotes conocidos con los nombres de La Luz, El Zancudo y El Morro, ubicados en el punto denominado La Loma, jurisdicción del Municipio de Barranquilla, hace parte de la extensión territorial urbana y, por tanto, para averiguar si él se halla en el dominio privado debe aplicarse la norma contenida en el artículo 7.° de la Ley 200 de 1936, cuyo texto es el siguiente: «Artículo 7.° Acreditan propiedad privada sobre la respectiva extensión territorial urbana, los títulos inscritos otorgados con anterioridad a esta Ley, en que consten tradiciones de dominio, por un lapso no menor del término que señalan las leyes para la prescripción extraordinaria. Las otras disposiciones de esta Ley no se aplican a la propiedad urbana».

Sobre los terrenos materia de la presente acción existe una cadena ininterrumpida de titulación inscrita por un lapso mayor del señalado por la ley para que se opere la prescripción extraordinaria, según consta de las siguientes escrituras que obran en los autos: Por medio de la número 526 de 22 de mayo de 1936, otorgada en la Notaría 2.ª de Barranquilla, se constituyó la sociedad demandante, Compañía Urbanizadora Industrial, y en virtud de la cual los socios fundadores Compañía Mercantil, Agrícola e Industrial, Ramón Emiliani Vélez y la sociedad comercial de Santo Domingo y Cía., aportaron el predio integrado por los lotes conocidos con los nombres de La Luz, El Zancudo y El Morro, en un treinta por ciento, un veinte por ciento y un cincuenta por ciento, respectivamente.

En cuanto a la titulación inscrita de cada uno de los lotes mencionados aportados por los socios fundadores de la Compañía Urbanizadora Industrial, la Sala se remite a la relación presentada por el apoderado de la parte actora en esta instancia doctor Alfonso Araújo, relación que se ajusta a la verdad procesal:

«Lote denominado La Luz.

«*a*) La escritura pública número 292, de fecha 15 de septiembre de 1893, otorgada en la Notaría 2.ª

de Barranquilla y debidamente inscrita el 22 de septiembre del mismo año, escritura por la cual el doctor Nicanor G. Insignares vendió a la sociedad denominada Correa, Heilbron & Compañía el referido terreno conocido con el nombre de La Luz, en la parte a que dicha escritura se refiere.

«*b*) La escritura pública número 244 de 16 de junio de 1893, otorgada en la Notaría 1.ª de Barranquilla y registrada debidamente el día 17 del mismo mes y año. Por dicha escritura el señor Enrique A. Correa vendió a la sociedad de Correa, Heilbron & Compañía, ya referida, varias propiedades, entre las cuales se comprende parte del terreno referido de La Luz.

«*c*) La escritura pública número 671 de 11 de julio de 1906, otorgada en la Notaría 1.ª de Barranquilla, por la cual el señor Alfonso Núñez vendió a la sociedad comercial de Correa & Heilbron el predio que en dicha escritura se describe, que forma parte de lo que constituye el lote de terreno de La Luz. Dicha escritura fue registrada el día 13 de julio del expresado año de 1906.

«*d*) La escritura pública número 435 de mayo de 1933, otorgada en la Notaría 2.ª de Barranquilla, por la cual se declararon efectuadas las operaciones de liquidación de la sociedad comercial de Correa & Heilbron, por los socios de la misma, y se adjudicó en propiedad el referido lote La Luz a la Compañía Urbana, Mercantil, Agrícola e Industrial, un setenta por ciento (70 por 100) del expresado lote, y a Mauricio Heilbron P., un treinta por ciento (30 por 100) del expresado lote, en común y proindiviso. La referida sociedad de Correa & Heilbron Co., que había adquirido el lote, como se ha expresado, y que cambió el nombre por modificación que hizo según escritura pública número 836 de fecha 25 de noviembre de 1903, otorgada en la Notaría 1.ª de este Circuito.

«*e*) La escritura pública número 892 de 18 de octubre de 1933, otorgada en la Notaría 2.ª de Barranquilla, por la cual se constituyó la sociedad comercial denominada Mauricio Heilbron e Hijo de este domicilio, y por la cual el socio Mauricio Heilbron P. transfirió a esa sociedad, entre otros bienes, la cuota parte proindiviso que le correspondía en el lote de La Luz, o sea el treinta por ciento (30 por 100) en la propiedad de dicho lote.

«*f*) La escritura pública número 76 de 23 de enero de 1936, otorgada en la Notaría 2.ª de Barranquilla, por la cual el señor Julio Mario Santo Domingo adquirió en propiedad por compra hecha a Mauricio Heilbron e Hijo, entre otros bienes, la cuota parte proindiviso equivalente al treinta por ciento (30 por 100) que correspondía al mencionado lote de La Luz, a la referida sociedad de Mauricio Heilbron e Hijo, y que esta sociedad había adquirido por la citada escritura número 892 de 18 de octubre de 1933.

«*g*) La escritura pública número 77 de 23 de enero de 1936, otorgada en la Notaría 2.ª de Barranquilla, por la cual la Compañía Urbana, Mercantil, Agrícola e Industrial vendió al señor Julio Mario Santo Domingo una cuota parte indivisa equivalente al veinte por ciento (20 por 100) del referido lote denominado La Luz, quedando así el señor Julio Mario Santo Domingo con un cincuenta por ciento (50 por 100) de dicho lote, y la Compañía Urbana, Mercantil, Agrícola e Industrial con el otro cincuenta por ciento (50 por 100) de dicho lote proindiviso, puesto que dicha Compañía había adquirido antes el setenta por ciento (70 por 100), según consta de la citada escritura de liquidación de la sociedad Correa, Heilbron & Compañía.

«*h*) La escritura pública número 107 de 3 de febrero de 1936, otorgada en la Notaría 2.ª de Barranquilla, por la cual el señor Julio Mario Santo Domingo vendió a la sociedad comercial denominada Santo Domingo & Compañía, de este domicilio, entre otros bienes, el cincuenta por ciento (50 por 100), o sea la mitad proindivisa del mencionado lote de terreno denominado La Luz, la que había adquirido por compras hechas según consta en las escrituras expresadas en los demás párrafos anteriores al presente.

«*i*) La escritura número 525 de 22 de mayo de 1936, otorgada en la Notaría 2.ª de Barranquilla, por la cual la Compañía Urbana, Mercantil, Agrícola e Industrial, representada por su Gerente señor Enrique A. Correa, vendió al señor Ramón Emiliani Vélez veinte unidades o partes que a dicha Compañía pertenecían en propiedad, proindivisa, en el mencionado lote denominado La Luz.

«*Lote denominado El Zancudo.*

«*a*) La escritura pública número 100 de fecha 7 de agosto de 1888, otorgada en la Notaría 2.ª de Barranquilla y registrada debidamente el día 17 de agosto de 1888, por la cual el señor Ramón B. Jimeno vendió a los señores Enrique A. Correa y Mauricio Heilbron P. el mencionado lote de terreno, hoy conocido con el nombre de El Zancudo.

«*b*) La escritura pública número 3 de 3 de enero de 1927, por la cual los señores Enrique A. Correa y Mauricio Heilbron P. declararon que desde el día 30 de noviembre de 1896 vendieron a la sociedad comercial denominada Correa, Heilbron & Compañía el predio que en dicha escritura se describe que es el conocido con el nombre de El Zancudo, adquirido por ellos por compra hecha al señor Ramón B. Jimeno, según escritura número 100 de 7 de agosto de 1888 ya citada, y declara-

ron que por olvido habían dejado de otorgar la correspondiente escritura de venta, aunque el lote mencionado de El Zancudo había sido entregado a la sociedad compradora desde la fecha de la venta, y que por medio de dicho instrumento ratificaban la expresada venta hecha a Correa, Heilbron & Compañía.

«*c*) La escritura pública número 1958 de 8 de septiembre de 1924, otorgada en la Notaría 2.ª de Barranquilla, por la cual la referida sociedad comercial denominada Correa, Heilbron & Compañía vendió a la Compañía Urbana, Mercantil, Agrícola e Industrial, de este domicilio, un setenta por ciento proinvidiso del mencionado lote conocido con el nombre de El Zancudo, y al señor Mauricio Heilbron P. le vendió el treinta por ciento restante proindiviso del expresado lote

«*d*) La escritura pública número 892 de 18 de octubre de 1933, otorgada en la misma Notaría, por la cual se constituyó la sociedad comercial denominada Mauricio Heilbron e Hijo y el socio Mauricio Heilbron P., aportó a dicha sociedad, entre otros bienes, la cuota parte que le correspondía en el referido lote El Zancudo, o sea, el treinta por ciento proindiviso en la propiedad de dicho lote, según la escritura citada en el párrafo anterior.

«*e*) La escritura número 76 de 23 de enero de 1936, otorgada en la Notaría 2.ª del mismo Circuito, por la cual la sociedad de Mauricio Heilbron e Hijo vendió al señor Julio Mario Santo Domingo la cuota parte indivisa equivalente al treinta por ciento del mencionado lote de El Zancudo, que dicha sociedad había adquirido según la escritura mencionada en el párrafo que antecede al presente.

«*f*) La escritura pública número 77 de 23 de enero de 1936, otorgada en la misma Notaría, por la cual la Compañía Urbana, Mercantil, Agrícola e Industrial vendió al señor Julio Mario Santo Domingo, entre otros bienes, una cuota parte proindivisa equivalente a un veinte por ciento del lote de terreno de El Zancudo en referencia, la que dedujo la Compañía vendedora de una cuota mayor, equivalente al setenta por ciento que había adquirido según la escritura número 1958 de 1924, antes citada. Quedó así dueño el señor Santo Domingo de la mitad proindivisa del expresado lote, o sea de un cincuenta por ciento, pues ya había adquirido el veinte por ciento, por la escritura número 76 citada en el párrafo anterior.

«*g*) La escritura pública número 107 de 3 de febrero de 1936, por la cual el señor Julio Mario Santo Domingo vendió a la sociedad comercial denominada Santo Domingo & Compañía, de Barranquilla, entre otros bienes, el cincuenta por ciento, o sea la mitad proindivisa del mencionado lote de terreno denominado El Zancudo, la que había adquirido según las ya mencionadas escrituras números 76 y 77 ya citadas.

«*h*) La escritura pública número 525 de 22 de mayo de 1936, otorgada en la misma Notaría, por la cual la Compañía Urbana, Mercantil, Agrícola e Industrial, vendió al señor Ramón Emiliani Vélez, entre otros bienes, el veinte por ciento proindiviso del mencionado lote de terreno denominado El Zancudo, deduciéndola de lo que había adquirido por la escritura número 1958, de 24, citada en el párrafo *C*.

«*Lote denominado El Morro*.

«*a*) La escritura pública número 247 de 26 de mayo de 1894, otorgada en la misma Notaría y registrada el mismo día, por la cual el señor Joaquín María Palacio vendió a la sociedad Correa, Heilbron & Compañía, del mismo domicilio, el lote de terreno denominado El Morro y que es parte del de mayores dimensiones formado con la agregación de otros lotes y que hoy se conoce con el nombre de El Morro.

«*b*) La escritura pública número 551 de fecha 17 de noviembre de 1894, otorgada en la misma Notaría y registrada el mismo día, por la cual el señor Joaquín María Palacio vendió a la sociedad Correa, Heilbron & Compañía, el lote de terreno que en dicha escritura se describe y que es hoy parte integrante del mencionado lote de mayores dimensiones, conocido hoy con el nombre de El Morro.

«*c*) La escritura pública número 214 de 29 de abril de 1896, otorgada en la misma Notaría y registrada el mismo día, por la cual el señor Pedro J. Mendoza vendió a la sociedad Correa, Heilbron & Compañía el solar que en dicha escritura se describe y que es hoy parte integrante del lote de mayores dimensiones conocido con el nombre El Morro, ya referido.

«*d*) La escritura pública número 321 de 20 de febrero de 1922, otorgada en la Notaría 1.ª del Circuito de Barranquilla, por la cual la sociedad comercial Correa Heilbron vendió a los señores Enrique A. Correa y Mauricio Heilbron P. una porción del referido lote de terreno conocido con el nombre de El Morro. Dicha escritura fue registrada el día 4 de marzo de 1922, y la sociedad de Correa, Heilbron & Compañía, que había adquirido el lote como se ha expresado y que cambió su nombre por el de Correa & Heilbron, en virtud de modificación al contrato social efectuada por escritura pública número 836 de 25 de noviembre de 1903, otorgada en la Notaría 1.ª de Barranquilla.

«*e*) La escritura pública número 1180 de 30 de

mayo de 1924, otorgada en la Notaría 2.ª de Barranquilla, por la cual el señor Enrique A. Correa vendió a la Compañía Urbana, Mercantil, Agrícola e Industrial, varios inmuebles, entre los cuales quedó comprendido el setenta por ciento en común y proindiviso que pertenecía al vendedor en la porción del referido lote denominado El Morro y que había comprado a la sociedad de Correa & Heilbron según se relaciona en el ordinal anterior al presente.

«*f*) La escritura pública número 837 de 25 de marzo de 1930, otorgada en la Notaría 2.ª de Barranquilla, por medio de la cual la sociedad de Correa & Heilbron vendió a la Compañía Urbana, Mercantil, Agrícola e Industrial y a Mauricio Heilbron P., en la proporción del setenta por ciento y el treinta por ciento, respectivamente, el referido lote de terreno denominado El Morro, haciendo la declaración de que en ese lote se incluía una porción primitivamente llamada El Pichincha, que había sido adquirida por Correa, Heilbron & Compañía, según escritura 247 de 26 de mayo de 1894 de la Notaría 2.ª de la misma ciudad, ya mencionada en el ordinal *a*) de este hecho de la demanda, porción que se incorporó desde entonces al lote llamado El Morro, de manera que la referida porción llamada El Pichincha fue adquirida por el señor Mauricio Heilbron P., y por la referida Compañía Urbana, Mercantil, Agrícola e Industrial por un doble título, o sea por el de la escritura 1180 de 1924, ya mencionada, y por el de la escritura número 837 de 1930 a que se refiere este ordinal.

«*g*) La escritura pública número 892 de 18 de octubre de 1933, otorgada en la Notaría 2.ª de Barranquilla, por la cual se constituyó la sociedad comercial denominada Mauricio Heilbron e Hijo, de este domicilio, y por la cual el socio Mauricio Heilbron P. transfirió a dicha sociedad, entre otros bienes, la cuota parte proindivisa que le correspondía en el mencionado lote de El Morro, tal como hoy está constituído, equivalente a un treinta por ciento en la propiedad de dicho lote. Tal cuota le correspondía según consta en las ya citadas escrituras 321 de 1922 y 837 de 1930, de que se trata en los ordinales *d*) y *f*).

«*h*) La escritura pública número 76 de 23 de enero de 1936, otorgada en la misma Notaría 2.ª de Barranquilla, por la cual la sociedad comercial de Mauricio Heilbron e Hijo vendió al señor Julio Mario Santo Domingo la cuota parte indivisa equivalente al treinta por ciento del mencionado lote de El Morro y que dicha sociedad había adquirido, según la escritura número 892 de 1933, otorgada en la Notaría 2.ª de Barranquilla y a la que se refiere el ordinal anterior.

«*i*) La escritura pública número 77 de 23 de enero de 1936, otorgada también en la misma Notaría 2.ª de Barranquilla, por la cual la Compañía Urbana, Mercantil, Agrícola e Industrial vendió al señor Julio Mario Santo Domingo, entre otros bienes, una cuota parte proindivisa equivalente a un veinte por ciento del lote de terreno El Morro, ya referido, la cual dedujo la Compañía vendedora de una cuota mayor equivalente al setenta por ciento de dicho inmueble, adquirida según consta de las ya citadas escrituras 1180 de 1924 y 837 de 1930.

«*j*) La escritura número 107 de 3 de febrero de 1936, otorgada en la misma Notaría, por la cual el señor Julio Mario Santo Domingo vendió a la sociedad comercial Santo Domingo & Compañía, de Barranquilla, entre otros bienes el cincuenta por ciento del mencionado lote adquirido por compras hechas según las escrituras 76 y 77 antes citadas; y

«*k*) La escritura pública número 525 de 22 de mayo de 1936, de la misma Notaría, por la cual la Compañía Urbana, Mercantil, Agrícola e Industrial vendió al señor Ramón Emiliani Vélez, entre otros bienes, el veinte por ciento del mencionado lote de terreno denominado El Morro, deduciéndolo de lo que había adquirido por las escrituras números 1180 de 1924 y 837 de 1930, citadas en los párrafos de los ordinales *e*) y *f*) anteriores».

De lo anterior se desprende que sobre el lote de terreno integrado por los conocidos con los nombres La Luz, El Zancudo y El Morro, ubicados en el punto denominado La Loma, en jurisdicción del Municipio de Barranquilla, existen tradiciones sucesivas de dominio entre particulares, acreditadas por títulos inscritos otorgados con más de treinta años de anterioridad a la Ley 200 de 1936. Esta tradición de dominio entre particulares, demostrada por los mencionados títulos inscritos, prueba ante el Estado la propiedad privada de la parte actora sobre el inmueble objeto de la demanda, de acuerdo con lo estatuído por el artículo 7.º de la citada Ley 200 de 1936. Por consiguiente, la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla es legal y debe confirmarse.

En consecuencia 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, CONFIRMA la sentencia de fecha diez y siete de marzo de mil novecientos cuarenta y uno, dictada en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla.

Publíquese, cópiese, notifíquese y devuélvase.

ANÍBAL CARDOSO GAITÁN, JOSÉ M. BLANCO NÚÑEZ, ARTURO TAPIAS PILONIETA. - *Manuel Pineda Garrido*, Secretario en propiedad.

Excepciones viables ante la justicia ordinaria en ejecuciones por alcances.

Como lo había dicho la Corte en otra ocasión, «las excepciones en los juicios ejecutivos por jurisdicción coactiva, provenientes de alcances deducidos por las autoridades correspondientes, no pueden servir de recurso de revisión de providencias de estricto carácter administrativo, en que se contemplan problemas ajenos a la jerarquía judicial para los cuales la ley creó una jerarquía especial: la de los Tribunales Contencioso-Administrativos. Es ante esta jerarquía y mediante los respectivos recursos que la ley da, ejercitados oportunamente, ante la que obliga discutir los problemas administrativos surgidos en los juicios de cuentas. A las autoridades judiciales que conocen del incidente de excepciones, promovido para el pago de un alcance, les basta la resolución administrativa con carácter ejecutorio, de la autoridad competente que haya deducido el alcance. Ante el Poder Judicial no es posible proponer cuestiones referentes al valor legal de tales pronunciamientos, porque ello equivaldría a revivir, ante autoridad incompetente, controversias juzgadas y resueltas por vías propias y especiales determinadas en la ley. Las únicas excepciones viables en ejecuciones por alcances deducidos en juicios de cuentas son las que se basen y tengan origen en hechos que por su naturaleza fueron ajenos a la controversia administrativa, y que encarnen cuestiones de mero derecho privado. Con ese fin autoriza la ley el incidente de excepciones ante la justicia ordinaria. Mas en manera alguna para hacer entrechocar y romper las órbitas en que se mueven, en concierto que debe ser armonioso, las distintas jerarquías del poder público».

Los alcances contra los funcionarios que manejan fondos del Tesoro Público, deducidos por los organismos revisores de las cuentas, son ostensiblemente actos administrativos, que caen bajo el control de la jurisdicción contencioso-administrativa y sobre los cuales la justicia ordinaria carece del poder de revisión. Esto es indiscutible. Y lo es desde la vigencia de la Ley 130 de 1913, que convirtió al Consejo de Estado y a los Tribunales Seccionales en Jueces de segunda instancia de los juicios de cuentas, como puede verse de los artículos 19, ordinal *c*), y 40, ordinal *b*), de esa Ley, los cuales fueron complementados por los artículos 7.° de la Ley 42 y 20 de la 109 de 1923, 6.° de la 80 de 1935 y 20 de la 77 de 1926, dictadas por la supresión de los antiguos Tribunales de Cuentas y creación del Departamento de Contraloría Nacional y Contraloría Departamentales. El nuevo Código Contencioso Administrativo, o Ley 167 de 1941, acentúa el sistema de las citadas Leyes de conferirles a los Jueces administrativos el conocimiento de la segunda instancia en los juicios de cuentas mediante el recurso de apelación.

Ni obsta para esta conclusión el artículo 1060 del Código Judicial, pues hay que armonizar esta disposición con los principios normativos de la justicia administrativa, y entonces resulta claro que son inadmisibles, como defensas oponibles por los ejecutados en el incidente de excepciones, medios que se encaminen a que la justicia ordinaria revise lo que ya fue revisado por la respectiva jerarquía contencioso-administrativa, o que dejó de revisarse por ella a virtud del abandono del interesado que omitió proponer en la debida oportunidad el recurso a que tuvo derecho. De consiguiente, en casos tales se le podrán plantear al Juez ordinario cuestiones o medios de defensa propios de su fuero, ajenos al aspecto administrativo del acto base del recaudo, como, por ejemplo, la extinción de la fianza, la nulidad o eficacia de la misma, el pago o el cumplimiento de la obligación, la compensación, la prescripción, etc. En casos dudosos la regla general que inspire el estudio del asunto singular podrá ser entonces la de que los hechos que fueron susceptibles de sometimiento a estudio y análisis por los Tribunales Administrativos, en atención a su conexidad con los cargos hechos y la responsabilidad deducida, están descartados del debate judicial, no obstante que estén normados por disposiciones civiles, o tengan algún aspecto de derecho civil, comoquiera que aquellos Tribunales, en el ejercicio de sus funciones, tienen por misión aplicar todo el de-

recho en la misma medida y extensión y con el mismo poder con que lo aplica el Juez civil.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, octubre veintitrés de mil novecientos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta).

En el presente juicio ejecutivo por jurisdicción coactiva de la Nación contra los señores Alberto Escobar Camacho y Diego Silva Parra, para el pago del valor de un alcance declarado por la Contraloría General de la República, el segundo de los ejecutados, intimado que le fue el recaudo, propuso un pliego de excepciones ante el Juez, quien en cumplimiento de la ley remitiólo a la Corte, para la sustanciación y fallo del incidente. En la Corte diósele el curso de rigor al negocio, y como ya está en estado de recibir sentencia, la Sala entra a pronunciarla.

La ejecución tiene por base la Resolución número 5 de 14 de enero de 1939, por medio de la cual el Director General del Departamento Nacional de Provisiones, feneció, con alcance de $ 610.81, la cuenta de Almacén Nacional, correspondiente al mes de febrero de 1938, de la cual son responsables los señores Alberto Escobar Camacho y Diego Silva Parra, en el respectivo carácter de Almacenista y Subalmacenista de la entidad, rendida a la Contabilidad del dicho Departamento. El alcance representa el valor de las mercancías desaparecidas de los Depósitos del Almacén Nacional, de cuya guarda responden aquéllos, falta que fue constatada por el Visitador del Departamento de Contraloría Nacional en la visita practicada el 11 del referido mes de febrero. El Contralor General de la República, en providencia número 351 del 21 de febrero de 1939, previo el examen del alcance deducido, y no hallando irregular el procedimiento adoptado contra los responsables, declaró en firme el fenecimiento que habíase hecho en la Resolución número 5 del Departamento Nacional de Provisiones.

Las excepciones.

El apoderado del ejecutado Silva Parra propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y fuerza mayor o caso fortuito, fundándolas:

«2.° Según consta del contrato contenido en la escritura pública número 124 de 3 de abril de 1937, pasada ante el Notario de San Gil, que obra en autos, mi mandante se obligó en los siguientes términos:

"A responder con mis bienes de todas las cantidades de dinero que recaude, de los demás bienes *que maneje* y de los muebles, útiles y archivos de la oficina.

"A responder por todo alcance que contra mí se deduzca por error en mis cuentas, por malversación o mala administración de los fondos o bienes a mi cuidado, por omisión en el recaudo de las cantidades y así como también por cualquier otro motivo".

«3.° El alcance que se le ha deducido a mi mandante, y que es la base del recaudo ejecutivo, proviene de la falta de las mercancías especificadas en el acta de visita número 24 de 11 de febrero de 1938, visita practicada por el Auditor de la Contraloría General de la República a los Almacenes del Departamento de Provisiones del Gobierno Nacional.

«4.° En ninguna época y por ningún motivo tales mercancías estuvieron bajo la vigilancia o guarda inmediata de mi mandante, o bajo su responsabilidad, tal como consta del acta de la expresada visita, en la cual el señor Almacenista Escobar Camacho dejó esta constancia:

"Como adición, el señor Almacenista hace saber, con relación al señor Rafael Uribe, quien gozó de plena confianza durante varios años y *a quien se le dio el encargo de vivir en la casa número 11-75 de la calle 8.ª como celador, que a dicho señor Uribe se entregaban las mercaderías que allí se almacenaban, las cuales se controlaban en un libro de existencias que llevaba el mismo señor Uribe y en un kárdex de ese depósito que llevaba el propio Almacenista*".

«Constancia ésta que viene a ser una corroboración del contenido del siguiente aparte de la misma acta de visita:

"Presentes en la oficina visitada los señores Alberto Escobar C., Almacenista; Diego Silva P., Subalmacenista, y J. J. Cabrales, Contador, se procedió a verificar las existencias de los siguientes artículos, advirtiéndose que la visita se contrae a los artículos y efectos de los cuales hay existencia en el depósito de la calle 8.ª número 11-75 de esta ciudad, debido a que el señor Almacenista dio aviso el día 7 de los corrientes a la Dirección de Provisiones de que había ocurrido una sustracción de efectos, hecho del cual el propio Almacenista señor Escobar C., considera culpable al señor Rafael Uribe, *empleado subalterno del mismo Almacén, quien gozó de plena confianza y vivió, como guardián o celador, en la misma casa número 11-75 de la calle 8.ª ya citada e intervino como empleado de confianza en la entrega de los efectos de los Almacenes*".

«5.° Las mercaderías sustraídas del Almacén del Departamento de Provisiones se hallaban bajo

el control y vigilancia inmediata del señor Rafael Uribe, empleado de esa dependencia administrativa, designado para tal cargo por medio de la Resolución número 3 de 4 de febrero de 1937, quien vivía en la misma casa del Almacén, todo lo cual consta en la mencionada acta de visita.

«6.° Contra el señor Rafael Uribe, como posible responsable de la pérdida de las dichas mercaderías, base del alcance deducido contra mi mandante, se adelanta en el Juzgado 2.° Superior de Bogotá el respectivo juicio criminal. Además sufrió detención preventiva por razón de providencia dictada dentro de tales diligencias.

«7.° Las funciones que desempeñó mi mandante como Subalmacenista durante todo el período de su permanencia frente a ese cargo fueron exclusivamente éstas:

«*a*) Elaborar las relaciones diarias de entradas y salidas de mercancía del Almacén, de acuerdo con los comprobantes legalizados el día anterior; *b*) Atender al envío de libros a los Registradores de Instrumentos públicos del país, llevar el kárdex del caso y despachar la correspondencia relacionada con ello; *c)* Legalizar las órdenes de compra a los comerciantes por entregas directas de mercancías a las dependencias del Gobierno; *d*) Relacionar los recibos y órdenes de compra, numerándolos y anotándolos por Ministerios y con su imputación en el presupuesto; *e*) Atender al despacho de muebles, drogas, etc., despacho que ascendió en el año de 1937 a más de 4.000 bultos, haciendo para cada bulto una lista de empaque en que se expresaba su contenido, y la consiguiente correspondencia para el destinatario.

«8.° Estos menesteres que realizaba mi mandante en su escritorio y dentro de su oficina, le embargaban totalmente las horas diarias de trabajo, el cual era excesivo, y no le permitían dedicarse a nada más.

«9.° Una de las causas de la pérdida de las mercaderías residió en la deficiente organización del Departamento Nacional de Provisiones, en la carencia del personal suficiente para el control y vigilancia de los almacenes, tal como consta del contenido del oficio número 1312 de 14 de febrero de 1938, dirigido por el señor Director General al Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

«10. Mi mandante, como Subalmacenista del Departamento Nacional de Provisiones, fue un empleado celoso en el cumplimiento de sus deberes, consagrado al desempeño de sus funciones, honorable, hasta el punto de que en la actualidad continúa prestando sus servicios en esa misma entidad pública en el delicado cargo de Tenedor de Libros».

Consideraciones previas.

Esta misma Sala, en sentencia de fecha 12 de mayo del año en curso, pronunciada en el juicio ejecutivo de la Nación contra Pedro Rodas y su fiador José María Aldana, por el valor de un alcance, deducido por la Contraloría General de la República, dijo lo siguiente:

«Las excepciones en los juicios ejecutivos por jurisdicción coactiva, provenientes de alcances deducidos por las autoridades correspondientes, no pueden servir de recurso de revisión de providencias de estricto carácter administrativo, en que se contemplan problemas ajenos a la jerarquía judicial para los cuales la ley creó una jerarquía especial: la de los Tribunales Contencioso-Administrativos. Es ante esta jerarquía y mediante los respectivos recursos que la ley da, ejercitados oportunamente, ante la cual obliga discutir los problemas administrativos surgidos en los juicios de cuentas.

«A las autoridades judiciales que conocen del incidente de excepciones, promovido para el pago de un alcance, les basta la resolución administrativa con carácter ejecutorio, de la autoridad competente que haya deducido el alcance. Ante el Poder Judicial no es posible proponer cuestiones referentes al valor legal de tales pronunciamientos, porque ello equivale a revivir ante autoridad incompetente controversias juzgadas y resueltas por vías propias y especiales determinadas en la ley.

«Las únicas excepciones viables en ejecuciones por alcances deducidos en juicios de cuentas son las que se basen y tengan origen en hechos que por su naturaleza fueron ajenos a la controversia administrativa, y que encarnen cuestiones de me o derecho privado. Con ese fin la ley autoriza e incidente de excepciones ante la justicia ordinaria. Mas en manera alguna para hacer entrechocar y romper las órbitas en que se mueven, en concierto que debe ser armonioso, las distintas jerarquías del poder público».

En la doctrina anterior se reafirma la Corte. Hay necesidad de insistir en ella, porque hasta hoy se habían mirado con cierto descuido por los interesados y aun por las propias autoridades judiciales, normas jurídicas esenciales en la estructura jurídica del país, por medio de las cuales se crean órbitas de jurisdicción y competencia que a la justicia ordinaria le está vedado invadir, ni aun a pretexto del ejercicio de defensas contra la acción en juicios ejecutivos por jurisdicción coactiva.

Sucede que los responsables de un alcance deducido por autoridad administrativa competente,

como la Contraloría General de la República, por lo concerniente a empleados de manejo de fondos nacionales, o por las respectivas Contralorías Departamentales, cuando de empleados departamentales se trata, dejan de agotar los recursos que la ley les ofrece ante los Tribunales de la jerarquía contencioso-administrativa, en el convencimiento de que la puerta les queda abierta ante la justicia ordinaria para proponerle por el camino de las excepciones dentro del juicio que se les adelante por el valor del alcance, el examen y revisión de las bases que a éste le sirven de fundamento. Con esta idea, que es equivocada, dejan ejecutoriar el alcance, y luégo tratan de que la autoridad judicial, en el incidente de excepciones, enmiende los errores de interpretación de la ley o de aplicación de los reglamentos en que hubiera incurrido el empleado fenecedor de la cuenta.

La jurisprudencia no había antes rechazado categóricamente este sistema; en algunas ocasiones aun lo defendió con débiles razones en donde resalta más que todo el deseo y la inspiración de los Jueces de corregir manifiestas injusticias cometidas por las oficinas de cuentas que con olvido o mala interpretación de leyes, decretos, ordenanzas, resoluciones o acuerdos, elevan alcances contrarios a toda realidad; y otras veces sin examinar el procedimiento, lo autorizó, avocándose por los Jueces comunes el estudio de cuestiones relacionadas con el desfalco, con el alcance y aun con las ritualidades que se llenaran para declararlo, convirtiéndose así esos Jueces en nuevos tribunales de cuentas, con el mismo poder que tienen los correspondientes Tribunales Administrativos encargados expresamente de hacer aquella revisión cuando el responsable acude ante ellos en demanda de que se levante el agravio o la injusticia cometida con la deducción del alcance.

El mantenimiento del equilibrio de poderes cuyas funciones deben desenvolverse armónicas, sin usurpaciones, ni confusión de los campos en que actúan, que perturban y dislocan la estructura constitucional del Estado, veda semejantes procedimientos, con los cuales la justicia ordinaria invade una función atribuída privativamente a otros Jueces.

La jurisdicción contencioso-administrativa, de creación constitucional, al igual que la justicia común, porque es también de la Carta Fundamental de donde emana esa jerarquía, tiene en la ley, en forma análoga a lo que acontece con la justicia común, la demarcación de atribuciones propias y especiales, dirigidas en general a erigirla en el censor de los actos administrativos de las corporaciones o empleados públicos en el ejercicio de sus funciones o con pretexto de ejercerlas. Todo acto administrativo cae, pues, bajo el control del poder contencioso-administrativo, y por su naturaleza escapa al dominio del Poder Judicial, a menos que una situación legal excepcional lo permita.

Los alcances contra los funcionarios que manejan fondos del Tesoro Público, deducidos por los organismos revisores de las cuentas, son ostensiblemente actos administrativos, que caen bajo el control de la jurisdicción contencioso-administrativa y sobre los cuales la justicia ordinaria carece del poder de revisión. Esto es indiscutible. Y lo es desde la vigencia de la Ley 130 de 1913, que convirtió al Consejo de Estado y a los Tribunales Seccionales en jueces de segunda instancia de los juicios de cuentas. (Véanse los artículos 19, ordinal *c*), y artículo 40, ordinal *b*); disposiciones complementadas por los artículos 7.° de la Ley 42 y 20 de la Ley 109 de 1923, 6.° de la Ley 80 de 1935 y 20 de la Ley 77 de 1926, dictadas por la supresión de los antiguos Tribunales de Cuentas y creación del Departamento de Contraloría Nacional y Contralorías Departamentales). El nuevo Código Contencioso Administrativo, Ley 167 de 1941, que corrigió muchos vacíos y deficiencias del anterior, acentúa en un articulado más comprensivo y categórico el sistema de las leyes citadas, de conferirles a los Jueces Administrativos el conocimiento de la segunda instancia en los juicios de cuentas mediante el recurso de apelación.

Pero se alega que desde que el artículo 1060 del Código Judicial autoriza a los Tribunales ordinarios para conocer y decidir, sin excepciones, de las defensas que proponga el ejecutado en el juicio ejecutivo por jurisdicción coactiva, los está facultando para penetrar en el campo de las cuestiones administrativas y fiscales, cuando la defensa del derecho es la resultante de exigencias indebidas de la Administración.

En esta tesis hay un error. Rara vez las situaciones singulares de derecho encuéntranse en el mismo ordenamiento legal, en donde se consagre el ordenamiento general. Las excepciones legales resultan siempre de la armonía que hay que buscar entre instituciones jurídicas diferentes. La ley es un conjunto de piezas y elementos inertes y a veces desordenados, tomándola en su literalidad. Labor del jurista es tomar esas piezas y buscarles su colocación y ajuste dentro de cada institución y subinstitución hasta constituír con todas ellas la estructura en donde cada norma responda a una determinada finalidad, que no obstruya ni contradiga el objetivo primordial de las otras. Sólo así es dable concebir la aplicación de la ley, entendiendo que las reglas de derecho, aun aquellas que aparecen más disímiles, se limitan entre sí y se conjugan unas con otras, dando el resultado

de verdaderos organismos dirigidos a buscar el alma y el espíritu que se anida en los postulados básicos del Estado, concretados en la Constitución Nacional.

El artículo 1060 del Código Judicial y los demás del mismo estatuto que les atribuyen a los Jueces comunes facultades en orden a la decisión de las defensas que propongan los ejecutados por jurisdicción coactiva, hay que entenderlo en forma en que tampoco pierdan efecto los preceptos constitucionales que le dan vida al poder propio de control de los actos de la Administración, ni eficacia práctica a las leyes que organizan ese control y le señalan sus atribuciones, con independencia y autonomía del Poder Judicial al cual le está vedado invadir la órbita en que actúa aquel otro Poder.

Entonces, ¿qué significa el artículo 1060 y concordantes del Código de Procedimiento Civil? Esta Sala sentenciadora de la Corte ya lo explicó sucintamente en la memorada sentencia del 12 de mayo. La disposición hay que armonizarla con los principios normativos de la justicia administrativa, y entonces de esa conjunción de principios resulta claro que concretándose la Sala al caso de actos administrativos, del tipo de los alcances deducidos en juicios de cuentas contra los empleados de manejo, que pueden ser llevados por los particulares agraviados al conocimiento del Consejo de Estado o de los Tribunales Seccionales Contencioso-administrativos, y que no sirven de título ejecutivo mientras no sean actos ejecutorios, bien porque se hayan dejado pasar los términos de interposición del respectivo recurso de apelación, o bien porque surtida la instancia, el acto haya quedado firme, son inadmisibles como defensas oponibles por los ejecutados en el incidente de excepciones, medios que se encaminen a que la justicia ordinaria revise lo que ya fue revisado por la respectiva jerarquía contencioso-administrativa, o que dejó de revisarse por ella a virtud del abandono del interesado que omitió proponer en la debida oportunidad el recurso a que tuvo derecho.

De consiguiente, en casos tales, al Juez ordinario se le podrán plantear cuestiones o medios de defensa propios de su fuero, ajenos al aspecto administrativo del acto base del recaudo. Cuestiones atinentes a las relaciones de derecho civil que por la naturaleza misma de la defensa no pudieron ser propuestas a la decisión administrativa. Vienen a la memoria, por vía de ejemplo, la extinción de la fianza, nulidad o ineficacia de misma, pago o cumplimiento de la obligación, compensación, prescripción, etc.

Cierto que habrá ocasiones en que no resulta claro el deslinde de atribuciones de la justicia ordinaria y de la justicia administrativa, por causa de que el problema esté situado en aquella zona de colindancia en que, como sucede siempre en el derecho, la línea de separación de materias se obscurece por la índole promiscua del punto controvertido. Por ello cada caso debe someterse a examen en la sentencia con el objeto de comprobar la posibilidad que existió, por su vinculación con las cuentas de que la defensa alegada ante los Jueces comunes hubiera podido alegarse en el proceso administrativo.

La regla general que inspire el estudio del caso singular podrá ser entonces la de que los hechos que fueron susceptibles de sometimiento a estudio y análisis por los Tribunales Administrativos, en atención a su conexidad con los cargos hechos y la responsabilidad deducida, están descartados del debate judicial, no empece que esos hechos estén normados por disposiciones civiles, o tengan algún aspecto de derecho civil, comoquiera que aquellos Tribunales en el ejercicio de sus funciones tienen por misión aplicar todo el derecho en la misma medida y extensión y con el mismo poder con que lo aplica el Juez civil. Debido a ese poder jurisdiccional nuestro Consejo de Estado ha podido sentar múltiples doctrinas de tendencias iguales a estas dos que se escogen al caso, y que decidieron sobre aspectos atinentes a derecho civil envueltos en la discusión de las bases del fenecimiento:

«*Caso fortuito.* El Consejo de Estado en el presente fallo, como en otros anteriores, uniformemente, acepta el caso fortuito debidamente comprobado, como motivo de exoneración de responsabilidad en las cuentas, y esto lo hace en virtud de que, además de las funciones de Contador, está investido de jurisdicción, en virtud de la cual da aplicación a las disposiciones contenidas en los artículos 1604, 1607, 1729 y concordantes del Código Civil». (Sentencia de 15 de mayo de 1928, tomo XXI). *Jurisprudencia*, tomo 3.°, página 209).

«*Responsabilidad por negligencia.* Dice el artículo 40 de la Ley 42 de 1923: "Las personas responsables de fondos del Gobierno deberán responder de todas las pérdidas que resulten del depósito, uso o empleo ilegales de los mismos, y de todas las pérdidas provenientes de negligencia en la custodia de aquéllos". De conformidad con el inciso 3.° del artículo 1604 del Código Civil, "la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo". Al empleado de manejo corresponde demostrar con plenitud que no ha habido negligencia de su parte en la pérdida de fondos, es decir, que no ha habido culpa leve en la prevención del delito de sustracción de dichos fondos que se achaca a terceros, porque conforme al artículo 63 del Código Civil, cuando

se dice "culpa" o "descuido" sin otra calificación se entiende culpa o descuido leve, y no cabe alegar que por tratarse de un delito que no se le puede imputar al cuentadante, desaparece la noción de culpa, porque el artículo 43 de la Ley 42 de 1923 prevé el caso del hurto y exige que se demuestre la inculpabilidad del empleado en la comisión del delito, y no sólo la irresponsabilidad penal, sino también la civil, que es más amplia porque se puede ser civilmente responsable y penalmente irresponsable. Así, el empleado de manejo que deja abierta la puerta de su oficina y mientras tanto manos terceras extraen los efectos del Gobierno, no tendrá responsabilidad penal, pero no está exento de la civil fundada en la culpa, negligencia o descuido consistente en haber dejado abierta la oficina. (Sentencia del 13 de diciembre de 1938, tomo XXXVI, página 91). *Jurisprudencia*, tomo 4.°, página 124.

La admisión de defensas que tiendan a que la justicia ordinaria examine aspectos atinentes o conexionados con el juicio de cuentas lleva a esta conclusión imposible: que si el alcance fue apelado por el responsable, el Juez común tendrá que revisar la respectiva sentencia firme del Tribunal competente contencioso administrativo que decidió de la segunda instancia del juicio de cuentas, con menosprecio de los principios acerca de la cosa juzgada, tan imperativos y de orden público en la justicia de control administrativo como en la justicia civil; y si el alcance no fue apelado, el Juez común tendrá que darle vida a un proceso concluído definitivamente por la ejecutoria del fallo de la administración, ejecutoria que tiene también los mismos alcances de lo sentenciado, pues para eso la ley concede los términos en que el ciudadano debe ejercitar el correspondiente recurso. La omisión en ejercitar el recurso carece naturalmente de la virtualidad de desplazar la discusión del medio de defensa, del dominio de los jueces propios de la administración al dominio de los Jueces comunes.

En uno y otro caso, el Juez común termina infringiendo los principios tutelares de la cosa juzgada, y con ello desconoce el poder jurisdiccional que la Constitución y la ley atribúyenles a los Tribunales Administrativos, de vasto contenido, cual el de los Tribunales judiciales. En sentencia de esta misma Sala de Negocios Generales del 24 de junio de 1940, publicada en la *Gaceta Judicial* números 1957 y 1958, tomo 49, páginas 744 y 745, la Corte dijo lo siguiente acerca del punto de la cosa juzgada de los fallos de la justicia administrativa, que hoy conviene recordar:

«¿Será posible ante la justicia ordinaria examinar y decidir acerca de la misma materia que ya fue fallada y sentenciada por lo Contencioso Administrativo? O, en otros términos, ¿podrá hoy la Corte revisar el fallo del Consejo de Estado, desconociendo su contenido a base de nuevos factores probatorios que una inhábil defensa no supo aprovechar en el debate ante dicha entidad?

«De ningún modo. Ello sería atentatorio del carácter de cosa juzgada de que están revestidas las sentencias de los Tribunales Administrativos, consagrado por el artículo 93 de la Ley orgánica de la jurisdicción contenciosa administrativa.

«Esta disposición se explica, porque los Tribunales Administrativos ejercen también funciones judiciales, desde luégo que su misión consiste en una revisión judicial de los actos administrativos. De ahí que la jurisdicción contenciosa administrativa, según lo enseña la doctrina, constituye esencialmente una rama de la jurisdicción, del mismo rango de la jurisdicción civil o penal. De manera que sus decisiones son acreedoras al respeto que se tributa a las de los Jueces civiles o penales. La cosa juzgada en la jurisdicción administrativa obedece al mismo principio que la impone en las otras jurisdicciones y persigue idéntico interés de seguridad jurídica: lo que haya sido juzgado una vez no debe volver a ser objeto de actuaciones procesales. Las relaciones de las partes entre sí quedan ordenadas en definitiva por la sentencia ejecutoriada, de tal manera que es imposible provocar de nuevo la discusión sobre la cuestión de hecho o de derecho, porque eso iría contra la estabilidad de las relaciones jurídicas y la seriedad de las decisiones del Organo del Poder Público encargado de desatar los litigios entre los particulares o entre los particulares y el Estado.

«En ningún orden de decisiones con autoridad de cosa juzgada ésta se quiebra para darle entrada a un nuevo proceso ante la consideración de mejorar la posición defensiva del reo mediante el aporte de nuevos elementos probatorios que hagan cambiar el resultado del primer fallo. Porque este motivo de orden sentimental iría a fomentar la negligencia de las partes con respecto al cumplimiento de la obligación legal y moral que sobre cada una de ellas pesa, de presentarle al Juez todos los elementos de convicción necesarios que están al alcance. Negligencia que daría base para sucesivos e indefinidos litigios que harían completamente nugatoria la administración de justicia.

«El recurso de revisión de sentencias ejecutoriadas en materia civil (artículo 542 del Código Judicial) se funda sobre casos de excepcional gravedad, en que la parte interesada ha estado jurídicamente imposibilitada para defenderse y que en manera alguna le dan entrada a una deficiente defensa en el primer litigio: se trata siem-

pre de circunstancias que han sobrevenido después del fallo y que por ende no pudieron entonces ser conocidas ni alegadas.

«Entre nosotros no existe el recurso de revisión por parte de la justicia ordinaria de sentencias pronunciadas por los Tribunales de lo Contencioso Administrativo. Al contrario, el artículo 93 del Código Contencioso (Ley 130 de 1913) expresamente les veda a los Tribunales ordinarios revisar los fallos de aquellos Tribunales. Esto tiende a conservar el funcionamiento armónico y ordenado de dos jurisdicciones distintas que operan cada una en su respectiva órbita, y que no se interfieren sino en los casos raros en que por necesidades de distinto orden el legislador lo permite».

Indole de las excepciones propuestas.

De la lectura de los hechos en que susténtase la defensa se deduce que el ejecutado plantea como excepción el hecho genérico de que entre las funciones que desempeñó como Subalmacenista del Departamento Nacional de Provisiones no estuvo en realidad la de control y vigilancia de las existencias del Almacén, las cuales nunca se le entregaron, de manera que no puede responder por las mercancías desaparecidas materia del alcance, pues quien las tenía bajo su custodia inmediata era el señor Rafael Uribe, empleado del Almacén, que tenía permiso para vivir dentro del local respectivo para que recibiera los pedidos de mercancías a medida que llegaban al Almacén.

El hecho anterior por su misma vinculación con el alcance deducido constituía una defensa que el responsable pudo hacer valer en la instancia ante el Consejo de Estado. Para hacer valer esa defensa y otras que tuviera, la ley le otorgaba el recurso de apelación ante aquella entidad. Si no usó de él, la omisión no le mejora la situación jurídica que se produjo con la ejecutoria del fallo del Contralor.

Por consiguiente la defensa versa sobre un problema que pudo haberse suscitado en el juicio de cuentas, y especialmente en la segunda instancia. La falta de responsabilidad del ejecutado en el acaecimiento de la desaparición de las mercancías, por la naturaleza de las funciones que desempeñaba, ajenas al control y vigilancia del Almacén, más que una cuestión civil entraña una cuestión de índole administrativa, extraña a la decisión de la Corte. Por ello la excepción es improcedente.

Sentencia.

En atención a lo dicho, 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 improcedentes en esta ejecución las excepciones propuestas por el ejecutado Silva Parra, por lo cual se niegan. Siga adelante la ejecución.

Publíquese, cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente a la oficina de su origen.

ANÍBAL CARDOSO GAITÁN, JOSÉ M. BLANCO NÚÑEZ, ARTURO TAPIAS PILONIETA. - *Manuel Pineda Garrido*, Secretario».

Excepciones viables ante la justicia ordinaria en ejecuciones por alcances.

(Véase fallo anterior en cuanto a la doctrina).

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, octubre veintitrés de mil novecientos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta).

La Contraloría General de la Nación, por medio de su auto número 1393 de fecha 31 de mayo de 1940, feneció la cuenta de la Dirección de la Penitenciaría de Ibagué correspondiente al mes de enero de 1940 con alcance a cargo del responsable señor Carlos Arturo Perdomo F., por la suma de $ 2.986,31 moneda corriente, proveniente de la falta de la suma de $ 2.086,31 que se dice le fue robada al responsable de la oficina y de no haberse contabilizado la cantidad de $ 800 valor de un motor vendido en remate por la Dirección del Penal.

El auto de fenecimiento le fue notificado al responsable así como a su fiador el doctor Raúl Castilla, y fue luégo declarado ejecutoriado por la misma entidad que lo dictó según providencia número 2921 de 27 de noviembre de 1940.

Este alcance sirvió de título ejecutivo al Juzgado Nacional de Ejecuciones Fiscales de Bogotá para librar el correspondiente mandato de pago tanto contra el principal responsable como contra su fiador el doctor Castilla.

Ante el Juez del conocimiento el ejecutado Castilla propuso un pliego de excepciones, el cual fue remitido a la Corte para la sustanciación y fallo del incidente, por el Juez ejecutor. En la Corte se le dio al incidente el curso legal. Como ha llegado la hora de decidirlo a ello se procede.

Las excepciones.

De acuerdo con el memorial de excepciones éstas se fundan en dos hechos a saber:

1.° Que el alcance deducido contra el señor Perdomo se produjo como consecuencia del robo de que fue víctima la Penitenciaría de Ibagué en el mes de diciembre de 1939. Con excepción del valor que se le asignó a un motor los dineros restantes fueron robados de la caja de la Penitenciaría por individuos cuya identificación no ha conseguido la policía, robo que se perpetró en los días en que se sucedieron en la misma ciudad de Ibagué otros delitos similares que han quedado impunes. En estas condiciones y estando adelantándose la investigación correspondiente a la sustracción del dinero, la ejecución es prematura y debe caer. De estos hechos deduce el excepcionante las excepciones *de caso fortuito* y *petición antes de tiempo.*

2.° Que se obliga al principal responsable señor Perdomo a pagar un motor por un avalúo varias veces mayor del que corresponde a la suma de $ 200 por la cual fue vendido por el señor Perdomo con autorización de la Dirección General de Prisiones según lo ofrece comprobar el excepcionante. De este hecho se pretende deducir la llamada excepción de *error de cuenta.*

Improcedencia de las excepciones propuestas.

Para demostrar cómo los hechos exceptivos anteriores no son oponibles ante la justicia ordinaria, a pretexto de medios de defensa contra el recaudo originado en un alcance liquidado en juicio de cuentas, basta transcribir la parte conducente del fallo de excepciones de esta misma fecha, pronunciado en el incidente de excepciones del juicio ejecutivo de la Nación contra Alberto Escobar Camacho y Diego Silva Parra, igualmente por el valor de un alcance, en que se propusieron defensas similares, en cuanto tendían a obtener la exoneración del responsable en consideración a que no había tenido culpa en la sustracción de las mercancías cuyo valor se le liquidó como alcance y en que no se le había hecho entrega del almacén en donde se guardaban dichas mercancías.

«Esta misma Sala en sentencia de fecha 12 de mayo del año en curso pronunciada en el juicio ejecutivo de la Nación contra Pedro Rodas y su fiador José María Aldana, por el valor de un alcance deducido por la Contraloría General de la República, dijo lo siguiente:

"Las excepciones en los juicios ejecutivos por jurisdicción coactiva, provenientes de alcances deducidos por las autoridades correspondientes, no pueden servir de recurso de revisión de providencias de estricto carácter administrativo, en que se contemplan problemas ajenos a la jerarquía judicial, para los cuales la ley creó una jerarquía especial: la de los Tribunales Contencioso-Administrativos. Es ante esta jerarquía y mediante los respectivos recursos que la ley da, ejercitados oportunamente, ante la cual obliga discutir los problemas administrativos surgidos en los juicios e cuentas.

"A las autoridades judiciales que conocen del incidente de excepciones, promovido para el pago de un alcance, les basta la resolución administrativa con carácter ejecutorio, de la autoridad competente que haya deducido el alcance. Ante el Poder Judicial no es posible proponer cuestiones referentes al valor legal de tales pronunciamientos, porque ello equivale a revivir ante autoridad incompetente controversias juzgadas y resueltas por vías propias y especiales determinadas en la ley.

"Las únicas excepciones viables en ejecuciones por alcances deducidos en juicios de cuentas son las que se basen y tengan origen en hechos que por su naturaleza fueron ajenos a la controversia administrativa, y que encarnen cuestiones de mero derecho privado. Con ese fin la ley autoriza el incidente de excepciones ante la justicia ordinaria, mas en manera alguna para hacer entrechocar y romper las órbitas en que se mueven, en concierto que debe ser armonioso, las distintas jerarquías del Poder Público."

«En la doctrina anterior se reafirma la Corte. Hay necesidad de insistir en ella porque hasta hoy se habían mirado con cierto descuido por los interesados y aun por las propias autoridades judiciales, normas jurídicas esenciales en la estructura jurídica del país, por medio de las cuales se crean órbitas de jurisdicción y competencia que a la justicia ordinaria le está vedado invadir, ni aun a pretexto del ejercicio de defensas contra la acción en juicios ejecutivos por jurisdicción coactiva.

«Sucede que los responsables de un alcance deducido por autoridad administrativa competente, como la Contraloría General de la República, por lo concerniente a empleados de manejo de fondos nacionales, o por las respectivas Contralorías Departamentales, cuando de empleados departamentales se trata, dejan de agotar los recursos que la ley les ofrece ante los tribunales de la jerarquía contencioso-administrativa, en el convencimiento

de que la puerta les queda abierta ante la justicia ordinaria para proponerle por el camino de las excepciones dentro del juicio que se les adelante por el valor del alcance, el examen y revisión de las bases que a éste le sirven de fundamento. Con esta idea, que es equivocada, dejan ejecutoriar el alcance, y luégo tratan de que la autoridad judicial, en el incidente de excepciones, enmiende los errores de interpretación de la ley o de aplicación de los reglamentos en que hubiera incurrido el empleado fenecedor de la cuenta.

«La jurisprudencia no había antes rechazado categóricamente este sistema; en algunas ocasiones aun lo defendió con débiles razones en donde resalta más que todo el deseo y la inspiración de los jueces de corregir manifiestas injusticias cometidas por las oficinas de cuentas que con olvido o mala interpretación de leyes, decretos, ordenanzas, resoluciones o acuerdos, elevan alcances contrarios a toda realidad; y otras veces sin examinar el procedimiento, lo autorizó, avocándose por los Jueces comunes el estudio de cuestiones relacionadas con el desfalco, con el alcance y aun con las ritualidades que se llenaran para declararlo, convirtiéndose así esos jueces en nuevos tribunales de cuentas, con el mismo poder que tienen los correspondientes Tribunales Administrativos encargados expresamente de hacer aquella revisión cuando el responsable acude ante ellos en demanda de que se levante el agravio o la injusticia cometida con la deducción del alcance.

«El mantenimiento del equilibrio de poderes cuyas funciones deben desenvolverse armónicas, sin usurpaciones, ni confusión de los campos en que actúan, que perturban y dislocan la estructura constitucional del Estado, veda semejantes procedimientos, con los cuales la justicia ordinaria invade una función atribuída privativamente a otros jueces.

«La jurisdicción contencioso-administrativa, de creación constitucional, al igual que la justicia común, porque es también de la Carta Fundamental de donde emana esa jerarquía, tiene en la ley, en forma análoga a lo que acontece con la justicia común, la demarcación de atribuciones propias y especiales, dirigidas en general a erigirla en el censor de los actos administrativos de las corporaciones o empleados públicos en ejercicio de sus funciones o con pretexto de ejercerlas. Todo acto administrativo cae pues bajo el control del poder contencioso-administrativo, y por su naturaleza escapa al dominio del Poder Judicial, a menos que una situación legal excepcional lo permita.

«Los alcances contra los funcionarios que manejan fondos del Tesoro Público, deducidos por los organismos revisores de las cuentas, son ostensiblemente actos administrativos, que caen bajo el control de la jurisdicción contencioso-administrativa y sobre los cuales la justicia ordinaria carece del poder de revisión. Esto es indiscutible. Y lo es desde la vigencia de la Ley 130 de 1913, que convirtió al Consejo de Estado y a los Tribunales Seccionales en Jueces de segunda instancia de los juicios de cuentas. (Véanse los artículos 19, ordinal *c*) y artículo 40, ordinal *b*); disposiciones complementadas por los artículos 7.° de la Ley 42 y 20 de la Ley 109 de 1923, 6.° de la Ley 80 de 1935 y 20 de la Ley 77 de 1926, dictadas por la supresión de los antiguos Tribunales de Cuentas y creación del Departamento de Contraloría Nacional y Contralorías Departamentales). El nuevo Código Contencioso-Administrativo, Ley 167 de 1941, que corrigió muchos vacíos y deficiencias del anterior, acentúa en un articulado más comprensivo y categórico el sistema de las leyes citadas, de conferirles a los jueces administrativos el conocimiento de la segunda instancia en los juicios de cuentas mediante el recurso de apelación.

«Pero se alega que desde que el artículo 1060 del Código Judicial autoriza a los Tribunales ordinarios para conocer y decidir, sin excepciones de las defensas que proponga el ejecutado en el juicio ejecutivo por jurisdicción coactiva, los está facultando para penetrar en el campo de las cuestiones administrativas y fiscales, cuando la defensa del derecho es la resultante de exigencias indebidas de la administración.

«En esta tesis hay un error. Rara vez las situaciones singulares de derecho encuéntranse en el mismo ordenamiento legal, en donde se consagre el ordenamiento general. Las excepciones legales resultan siempre de la armonía que hay que buscar entre instituciones jurídicas diferentes. La ley es un conjunto de piezas y elementos inertes y a veces desordenados, tomándola en su literalidad. Labor del jurista es tomar esas piezas y buscarles su colocación y ajuste dentro de cada institución y sub-institución hasta constituír con todas ellas la estructura en donde cada norma responda a una determinada finalidad, que no obstruya ni contradiga el objetivo primordial de las otras. Sólo así es dable concebir la aplicación de la ley, entendiendo que las reglas de derecho, aun aquellas que aparecen más disímiles, se limitan entre sí y se conjugan unas con otras, dando el resultado de verdaderos organismos dirigidos a buscar el alma y el espíritu que se anida en los postulados básicos del Estado, concretados en la Constitución Nacional.

«El artículo 1060 del Código Judicial y los demás del mismo estatuto, que les atribuyen a los jueces comunes facultades en orden a la decisión de las defensas que propongan los ejecutados por jurisdicción coactiva, hay que entenderlo en forma

en que tampoco pierdan efecto los preceptos constitucionales que le dan vida al poder propio de control de los actos de la administración, ni eficacia práctica a las leyes que organizan ese control y le señalan sus atribuciones, con independencia y autonomía del Poder Judicial al cual le está vedado invadir la órbita en que actúa aquel otro Poder.

«Entonces ¿qué significan el artículo 1060 y concordantes del Código de Procedimiento Civil? Esta Sala sentenciadora de la Corte ya lo explicó sucintamente en la memorada sentencia del 12 de mayo. La disposición hay que armonizarla con los principios normativos de la justicia administrativa, y entonces de esa conjunción de principios resulta claro que concretándose la Sala al caso de actos administrativos, del tipo de los alcances deducidos en juicios de cuentas contra los empleados de manejo, que pueden ser llevados por los particulares agraviados al conocimiento del Consejo de Estado o de los Tribunales Seccionales Contencioso Administrativos, y que no sirven de título mientras no sean actos ejecutorios, bien porque se hayan dejado pasar los términos de interposición del respectivo recurso de apelación, o bien porque surtida la instancia el acto haya quedado firme, son inadmisibles como defensas oponibles por los ejecutados en el incidente de excepciones, medios que se encaminen a que la justicia ordinaria revise lo que ya fue revisado por la respectiva jerarquía contencioso - administrativa, o que dejó de revisarse por ella a virtud del abandono del interesado que omitió proponer en la debida oportunidad el recurso a que tuvo derecho.

«De consiguiente, en casos tales al Juez ordinario se le podrán plantear cuestiones o medios de defensa propios de su fuero, ajenos al aspecto administrativo del acto base del recaudo. Cuestiones atinentes a las relaciones de derecho civil que por la naturaleza misma de la defensa no pudieron ser propuestas a la decisión administrativa. Vienen a la memoria, por vía de ejemplo, la extinción de la fianza, nulidad o ineficacia de la misma, pago o cumplimiento de la obligación, compensación, prescripción, etc.

«Cierto que habrá ocasiones en que no resulta claro el deslinde de atribuciones de la justicia ordinaria y de la justicia administrativa, por causa de que el problema esté situado en aquella zona de colindancia en que como sucede siempre en el derecho la línea de separación de materias se obscurece por la índole promiscua del punto controvertido. Por ello cada caso debe someterse a examen en la sentencia con el objeto de comprobar la posibilidad que existió, por su vinculación con las cuentas de que la defensa alegada ante los Jueces comunes hubiera podido alegarse en el proceso administrativo.

«La regla general que inspire el estudio del caso singular podrá ser entonces la de que los hechos que fueron susceptibles de sometimiento a estudio y análisis por los Tribunales Administrativos, en atención a su conexidad con los cargos hechos y la responsabilidad deducida, están descartados del debate judicial, no empece que esos hechos estén normados por disposiciones civiles, o tengan algún aspecto de derecho civil, comoquiera que aquellos Tribunales en el ejercicio de sus funciones tienen por misión aplicar todo el derecho en la misma medida y extensión y con el mismo poder, con que lo aplica el juez civil. Debido a ese poder jurisdiccional nuestro Consejo de Estado ha podido sentar múltiples doctrinas de tendencias iguales a estas dos que se escogen al acaso, y que decidieron sobre aspectos atinentes a Derecho Civil envueltos en la discusión de las bases del fenecimiento.

"*Caso fortuito*. El Consejo de Estado en el presente fallo, como en otros anteriores, uniformemente, acepta el caso fortuito debidamente comprobado, como motivo de exoneración de responsabilidad en las cuentas, y esto lo hace en virtud de que, además de las funcionea de contador esta investido de jurisdicción, en virtud de la cual da aplicación a las disposiciones contenidas en los artículos 1604, 1607, 1729 y concordantes del Código Civil".

(Sentencia del 15 de mayo de 1928, tomo XXI. *Jurisprudencia*, tomo 3.°, página 209).

"*Responsabilidad por negligencia*. Dice el artículo 40 de la Ley 42 de 1923: 'Las personas responsables de fondos del Gobierno deberán responder de todas las pérdidas que resulten del depósito, uso o empleo ilegales de los mismos y de todas las pérdidas provenientes de negligencia en la custodia de aquéllos'. De conformidad con el inciso 3.° del artículo 1604 del Código Civil, 'la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo'. Al empleado de manejo corresponde demostrar con plenitud que no ha habido negligencia de su parte en la pérdida de fondos, es decir, que no ha habido culpa leve en la prevención del delito de sustracción de dichos fondos que se achaca a terceros, porque conforme al artículo 63 del Código Civil, cuando se dice 'culpa' o 'descuido' sin otra calificación, se entiende culpa o descuido leve, y no cabe alegar que por tratarse de un delito que no se le puede imputar al cuentadante desaparece la noción de culpa, porque el artículo 43 de la Ley 42 de 1923 prevé el caso del hurto y exige que se demuestre la inculpabilidad del empleado en la co-

misión del delito y no sólo la irresponsabilidad penal sino también la civil, que es más amplia, porque se puede ser civilmente responsable y penalmente irresponsable. Así, el empleado de manejo que deja abierta la puerta de su oficina y mientras tanto manos terceras extraen los efectos del Gobierno, no tendrá responsabilidad penal, pero no está exento de la civil fundada en la culpa, negligencia o descuido consistente en haber dejado abierta la oficina". (Sentencia del 13 de diciembre de 1938, tomo XXXVI, página 91. *Jurisprudencia*, tomo 4.°, página 124)».

—

«La admisión de defensas que tiendan a que la justicia ordinaria examine aspectos atinentes o conexionados con el juicio de cuentas lleva a esta conclusión imposible: que si el alcance fue apelado por el responsable el juez común tendrá que revisar la respectiva sentencia firme del Tribunal competente Contencioso-administrativo que decidió de la segunda instancia del juicio de cuentas, con menosprecio de los principios acerca de la cosa juzgada, tan imperativos y de orden público en la justicia de control administrativo como en la justicia civil; y si el alcance no fue apelado, el juez común tendrá que darle vida a un proceso concluído definitivamente por la ejecutoria del fallo de la administración, ejecutoria que tiene también los mismos alcances de lo sentenciado, pues para eso la ley concede los términos en que el ciudadano debe ejercitar el correspondiente recurso. La omisión en ejercitar el recurso carece naturalmente de la virtualidad de desplazar la discusión del medio de defensa, del dominio de los jueces propios de la administración al dominio de los jueces comunes.

«En uno y otro caso el Juez común termina infringiendo los principios tutelares de la cosa juzgada, y con ello desconoce el poder jurisdiccional que la Constitución y la ley atribúyenles a los Tribunales administrativos, de vasto contenido, cual el de los Tribunales judiciales. En sentencia de esta misma Sala de Negocios Generales del 24 de junio de 1940, publicada en la *Gaceta Judicial* número 1957 y 1958, tomo 49, páginas 744 y 745, la Corte dijo lo siguiente acerca del punto de la cosa juzgada de los fallos de la justicia administrativa, que hoy conviene recordar:

"¿Será posible ante la justicia ordinaria examinar y decidir acerca de la misma materia que ya fue fallada y sentenciada por lo Contencioso-administrativo? O, en otros términos, podrá hoy la Corte revisar el fallo del Consejo de Estado, desconociendo su contenido a base de nuevos factores probatorios que una inhábil defensa no supo aprovechar en el debate ante dicha entidad?

«"De ningún modo. Ello sería atentatorio del carácter de cosa juzgada de que están revestidas las sentencias de los tribunales administrativos, consagrado por el artículo 93 de la ley orgánica de la jurisdicción contencioso-administrativa.

"Esta disposición se explica, porque los tribunales administrativos ejercen también funciones judiciales, desde luego que su misión consiste en una revisión judicial de los actos administrativos. De ahí que la jurisdicción contencioso-administrativa, según lo enseña la doctrina, constituye esencialmente una rama de la jurisdicción, del mismo rango de la jurisdicción civil o penal. De manera que sus decisiones son acreedoras al respeto que se tributa a las de los jueces civiles o penales. La cosa juzgada en la jurisdicción administrativa obedece al mismo principio que la impone en las otras jurisdicciones y persigue idéntico interés de seguridad jurídica: lo que haya sido juzgado una vez no debe volver a ser objeto de actuaciones procesales. Las relaciones de las partes entre sí quedan ordenadas en definitiva por la sentencia ejecutoriada, de tal manera que es imposible provocar de nuevo la discusión, sobre la cuestión de hecho o de derecho, porque eso iría contra la estabilidad de las relaciones jurídicas y la seriedad de las decisiones del Organo del Poder Público encargado de desatar los litigios entre los particulares o entre los particulares y el Estado.

"En ningún orden de decisiones con autoridad de cosa juzgada ésta se quiebra para darle entrada a un nuevo proceso ante la consideración de mejorar la posición defensiva del reo mediante el aporte de nuevos elementos probatorios que hagan cambiar el resultado del primer fallo. Porque este motivo de orden sentimental iría a fomentar la negligencia de las partes con respecto al cumplimiento de la obligación legal y moral que sobre cada una de ellas pesa de presentarle al Juez todos los elementos de convicción necesarios que estén al alcance. Negligencia que daría base para sucesivos e indefinidos litigios que harían completamente nugatoria la administración de justicia.

"El recurso de revisión de sentencias ejecutoriadas en materia civil (artículo 542 del Código Judicial), se funda sobre casos de excepcional gravedad, en que la parte interesada ha estado jurídicamente imposibilitada para defenderse y que en manera alguna le dan entrada a una deficiente defensa en el primer litigio: se trata siempre de circunstancias que han sobrevenido después del fallo y que por ende no pudieron entonces ser conocidas ni alegadas.

"Entre nosotros no existe el recurso de revisión por parte de la justicia ordinaria de sentencias pronunciadas por los Tribunales de lo Contencioso Administrativo. Al contrario el artículo 93 del Código Contencioso (Ley 130 de 1913) expre-

samente les veda a los tribunales ordinarios revisar los fallos de aquellos tribunales. Esto tiende a conservar el funcionamiento armónico y ordenado de dos jurisdicciones distintas que operan cada una en su respectiva órbita, y que no se interfieren sino en los casos raros en que por necesidades de distinto orden el legislador lo permite"».

De consiguiente, las razones precedentes sirven para declarar también en este fallo, que las excepciones propuestas por el ejecutado Raúl Castilla, son improcedentes.

FALLO

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 *improcedentes* las excepciones propuestas en este incidente por el ejecutado Raúl Castilla. Siga adelante la ejecución.

No hay costas en el incidente de excepciones.

Publíquese, cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente a la oficina de su origen.

ANÍBAL CARDOSO GAITÁN, JOSÉ M. BLANCO NÚÑEZ, ARTURO TAPIAS PILONIETA. - *Manuel Pineda Garrido*, Secretario.

Se declara fundada la pretensión de la Compañía de Petróleo Shell de Colombia para explotar petróleos en la finca Bledonia.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, veinticuatro de octubre de mil novecientos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán).

La Compañía de Petróleo Shell de Colombia presentó al Ministerio del ramo aviso de exploración en busca de petróleos que reputa de propiedad privada en la finca Bledonia, compuesta de dos lotes llamados Michusal y Bledonia el uno, Peña Negra y Alto de los Bledos el otro, ubicada en el Municipio de Lérida, Departamento del Tolima, dentro de esta alinderación:

«Linderos del primer lote llamado Michusal y Bledonia: De la boca del río de Los Bledos, aguas arriba hasta enfrentar con la Peña Negra, terreno que fue del señor Felipe Terreros y que luégo fue de Evaristo Tovar; de dicha Peña Negra línea recta, pero sólo a partir del río al cerro llamado Pan de Azúcar; de éste, línea recta hasta el Cerro de López; de éste a la piedra de El Cobre en el río Lagunilla, y de este río, aguas abajo hasta su unión con el Bledos, primer lindero citado». Linderos del segundo lote, llamado Peña Negra y Alto de los Bledos: "Desde la confluencia de las aguas del río Bledos y la quebrada Doña María, ésta aguas arriba hasta encontrar con el lindero del potrero nombrado La Meseta, siguiendo a este lindero, hasta encontrar el salto de un chorreadero que desciende de la tierra alta; de éste, tomando la orilla del potrero, por la peña y cerca de piedra del mismo potrero, siguiendo para arriba por la orilla de las peñas y cercas de piedra, hasta encontrar una cerca de piedra que construyó Rafael Oñate, en un pedazo de terreno que le vendió Felipe Terreros, al pie de la falda, cuya cerca desciende de la peña a la quebrada nombrada El Sitio, por éste arriba dando la vuelta al potrero del señor Juan Antonio Samper que él puso y la manga que le compró al señor Ricardo Díaz Mejía, cuyo terreno está comprendido en la venta que hizo el referido Terreros, dando dicha vuelta a salir a la sabana, y de este punto, atravesando el cerro de Pan de Azúcar, por el filo de éste, mirando a la vega nombrada de Pan de Azúcar, a orilla del río Bledos, por éste abajo, hasta la confluencia de la quebrada de Doña María, primer lindero citado, separando de esta vega un rinconcito que está situado a orillas del río Bledos, que fue vendido por el referido señor Terreros al señor Fernando Escobar, para enderezar el cauce del río».

El Ministerio se abstuvo de admitir como válida la titulación presentada, con las consecuencias que pretendía el avisante, por lo cual el asunto fue enviado a la Corte Suprema de Justicia para que ella decida, de conformidad con la ley del petróleo, si es fundada la pretensión de la Compañía.

En la resolución del mencionado despacho administrativo se hicieron estas apreciaciones, que la Corte ha de tener en cuenta en el estudio que a ella le corresponde hacer en el presente juicio:

«El origen de la propiedad particular sobre los dos lotes que forman la finca llamada Bledonia se hace remontar o unas como mercedes y composiciones de tierras que se hicieron en tiempos de la Corona Española en favor de don Lope Salcedo Jáuregui, de don Diego de Fuenmayor y de don Antonio Gómez de Cetina, de que da cuenta el documento distinguido en la titulación presentada con el número 19. Allí consta, en síntesis, lo siguiente:

"1.° Que en 1589 se hizo merced al señor Lope Salcedo Jáuregui de una estancia de ganado mayor y otra de pan coger 'a una y otra banda del río de los Bledos', es decir, que el Estado se desprendió de la propiedad de unas tierras indeterminadas e indeterminables porque a 'una y otra banda' de un río se hallan todas las tierras que quepa imaginar;

"2.° Que en 1603 se hizo a don Diego de Fuenmayor una merced de tierras en el sitio denominado Coloya, de una estancia de ganado mayor, 'en sobras' de las adjudicaciones a Salcedo Jáuregui y en los mismos terrenos;

"3.° Que en el mismo año de 1603 se adjudicaron a Antonio de Cetina —o Antonio Gómez de Cetina— dos estancias de pan coger 'entre los ríos de los Bledos y Lagunilla, a partir de su confluencia'.

"¿Qué extensión en nuestro actual sistema métrico pudieron tener esas mercedes territoriales? Lo ha dicho la Sección Técnica de este Ministerio en su informe de fecha 14 de junio pasado, en donde después de hacer los cálculos correspondientes saca la conclusión de que las enajenaciones de tierras a que se alude en el documento número 19 no pudieron tener una extensión total mayor de 390 hectáreas con 0.112 metros cuadrados. Pero, como según el mismo informe, la finca a que se refiere este aviso tiene una extensión global de 491 hectáreas con 4.200 metros cuadrados, se tiene que existe aquí una extensión de más de 100 hectáreas que no está, que no puede estar, amparada por los títulos primitivos y sobre la cual no se ha probado legalmente la propiedad particular del petróleo».

En la Corte Suprema el asunto recibió la tramitación que le corresponde, hasta colocarse en el estado de recibir fallo, después de haberse producido varias pruebas y los alegatos del apoderado de la Compañía avisante y del señor Procurador Delegado en lo Civil.

Este funcionario resume la cuestión planteada ante la Corte diciendo, al sustentar los puntos de vista de la parte que representa en el juicio, que no aparece acreditada la identidad entre los terrenos materia del aviso y aquellos a que se refieren los títulos; que está por establecer que la extensión de terreno demarcada en el memorial de aviso es la misma que fue objeto de las adquisiciones antiguas procedentes de la Corona Española, o que forma parte de ellas.

En una extensa exposición, que se presenta como complementaria de otra que se adujo ante el Ministerio, el doctor Jorge Pradilla Reyes, apoderado de la Compañía avisante, replica al señor Procurador y sustenta la tesis favorable a la prosperidad jurídica del aviso.

Consideraciones de la Corte.

a) *Los títulos que se presentan como emanados del Estado.*

1577. *Título a Bartolomé Rodríguez.* Durante el término de prueba en la Corte se trajeron al juicio, tomadas del Archivo Nacional, en la Sección Empleados Públicos del Tolima, tomo octavo, las copias de documentos referentes a un título —merced que no se presentó al Ministerio, y que por su antigüedad, cronológicamente considerado, va a examinar la Sala antes que los otros, concretando su análisis a lo principal del mismo—: «En la ciudad de Tocaima de este Nuevo Reino, a veinte y un días del mes de abril de mil y quinientos y setenta y siete años, se juntaron en su cabildo e ayuntamiento los señores justicia y regimiento de esta ciudad, según que lo han de uso y costumbre, conviene a saber: los señores Pedro Hernández y Francisco Iñiguez, alcaldes ordinarios de ella, y Antonio de Portillo y Juan Díaz, Regidores de esta ciudad, los cuales ansí juntos, trataron y acordaron sobre algunas cosas tocantes al servicio de su Majestad y dijeron de su justicia, e lo que en este cabildo se trató e acordó e proveyó, es lo siguiente: Este dicho día estando en este dicho cabildo pareció presente Bartolomé Rodríguez, vecino de esta ciudad y procurador general de ella, y pidió y suplicó a los dichos señores justicia y regimiento le hagan merced de le proveer *una estancia de ganado*, de la otra banda de el río grande de la Magdalena, *que sea desde donde desemboca el río de La Lagunilla de la sierra de esta parte del dicho río, corriendo por todo lo llano hasta la falda de la sierra*, y visto el dicho pedimento los dichos señores, justicia y regimiento, dijeron: que se lo proveían y proveyeron según y como lo pide sin perjuicio de tercero alguno y de naturales, y así lo proveyeron. Y habiéndose tratado y acordado lo susodicho, los dichos señores justicia y regimiento mandaron cerrar el cabildo, y lo firmaron de sus nombres. Pedro Hernández.—Francisco Iñiguez.—Antonio Portillo.—Juan Díaz. Fuí presente, Bernardino de Vivero.—E yo Bernardino de Vivero, escribano público e del cabildo de esta ciudad de Tocaima,

por su Majestad, presente fuí a lo que dicho es, y lo signé, en testimonio de verdad.—Bernardino de Vivero».

Juan Díaz Jaramillo adquirió de Bartolomé Rodríguez las tierras concedidas a éste, con aprobación del Cabildo de Tocaima, y posteriormente fueron tales tierras a poder de Felipe Muñoz Mercado.

En 1666 el Cabildo de Santafé, con motivo de un pleito entre los Muñoz Mercado y Pedro Mariño de Rivera, colindantes, ordenó medir y amojonar dichas tierras, y al efecto comisionó a don Pedro Fernández de Córdoba para que hiciese una vista de ojos y reconocimiento de las tierras, previa información de testigos, diligencia de inspección ocular y de mensura que se llevó a cabo según había sido dispuesto. La mensura de las tierras que fueron de Bartolomé Rodríguez, adquiridas por Juan Díaz Jaramillo y que pertenecían a Muñoz Mercado en el tiempo en que se practicó la expresada diligencia, y según ella lo indica, estaban situadas sobre la margen derecha del río Bledos, desde la desembocadura de la quebrada Doña María, en dicho río Bledos, hasta pasar un poco más allá del cerro de Palacio, siguiendo el río Bledos arriba. El título a favor de Bartolomé Rodríguez es muy vago en cuanto a la ubicación de la tierra que por él obtuvo. Pero traspasado ese título, primero a Juan Díaz y después a Muñoz Mercado, hay un fundamento serio para concluír que habiendo presentado todos sus títulos los colindantes al funcionario designado para el deslinde, y habiéndose entregado en esa diligencia a Muñoz Mercado el área a que se refirió la mensura que tuvo como base por uno de sus lados el río Bledo arriba desde su confluencia con la quebrada Doña María hasta el cerro de Palacios, línea que según lo expresa la misma diligencia, tiene una longitud por el río, superior a «veintisiete cabuyas,» de «a cien varas cada una,» o sea de aproximadamente dos mil metros, sobre la cual se construyó la figura que debía tener la estancia de ganado mayor, que esa posesión reconocida en 1567, se refirió a la tierra que él había adquirido con origen en la adjudicación a Bartolomé Rodríguez. No ha encontrado la Sala en el expediente datos sobre composición y confirmación del título expedido a Bartolomé Rodríguez en 1577, pero la indicación que éste contiene sobre ubicación de las tierras «donde desemboca el río de La Lagunilla,» y la circunstancia de haberse desenvuelto el litigio en que se le dio la posesión a Muñoz Mercado en 1667, en la misma región, hace presumir, con mucha seguridad de acierto, que el origen de la propiedad territorial que se le respetó como tal a Muñoz Mercado en aquella oportunidad, coincide, a lo menos en parte, con el título de 1577 conferido a Bartolomé Rodríguez.

El documento número 19 de los que forman la titulación con que se acompañó el memorial de aviso, y que se halla constituída por una copia auténtica de documentos, expedida por el Archivo Histórico Nacional, contiene los títulos coloniales presentados por el avisante al Ministerio y que examina la Corte, haciendo a continuación un traslado de ellos, en sus partes esenciales:

1589—*Título de Lope de Salcedo Jáuregui*—«En la ciudad de Tocaima, en dos días del mes de enero de mil y quinientos y ochenta y nueve años, se juntaron a Cabildo los señores, Cabildo Justicia y Regimiento de esta dicha ciudad, conviene a saber: Hernando del Campo, teniente de corregidor y justicia mayor, Juan García de Herrera, alcalde ordinario del Rey nuestro señor, Francisco de Céspedes, Jordán de Sosa, regidores; don Francisco Tafur, alguacil mayor, con voto en cabildo, según que lo han de uso y costumbre para proveer las cosas tocantes al servicio de Dios nuestro Señor y de su Majestad y bien común de esta república, y para su remedio de ella, y por ante mí Francisco Ramírez de Hinojosa, escribano público y de este Cabildo; se acordó y proveyó lo siguiente: En este Cabildo se leyó por mí el escribano, una petición presentada por Lope de Salcedo Jáuregui, vecino de esta dicha ciudad, su tenor de la cual es como sigue: *Petición*—Lope de Salcedo Jáuregui, vecino de esta ciudad de Tocaima, ante vuestra merced parezco y digo, que yo tengo necesidad de *dos estancias, una para pan coger* y *otra de ganado mayor*, las cuales están en términos de esta ciudad de la otra banda del río grande de la Magdalena, las cuales tengo necesidad para mi sustento y familia, las cuales dichas estancias, la de pan coger pido medida la estancia que tiene el Capitán Juan Díaz Jaramillo, que esté en el cielo, *pegada en el río de los Bledos se me dé linde con la suya el río arriba de los Bledos;* y la otra estancia de ganado mayor *de la otra banda del dicho río de los Bledos apegada al dicho río de los Bledos por el río arriba*, y si no hubiere cumplimiento en lo largo, se me dé de ancho. Las dichas dos estancias a vuestra merced pido y suplico se me den y provean las dichas estancias, y en hacerlo así se me hará bien y merced con justicia, la cual pido y suplico se mande dar título de ellas como lo pido, para ello &.—Lope de Salcedo Jáuregui-*Proveimiento*—El dicho Cabildo Justicia y Regimiento le hicieron merced al dicho Lope de Salcedo de las estancias contenidas en su petición sin perjuicio de naturales y de tercero que mejor derecho tenga y se le dé título en forma—Y con

esto mandaron cerrar su cabildo y lo firmaron de sus nombres—Hernando del Campo—Juan García de Herrera—Francisco de Céspedes—Francisco Tafur—Jordán de Sosa—Fui presente, Francisco Ramírez de Hinojosa, escribano—Yo Francisco Ramírez de Hinojosa, escribano público y de cabildo de la ciudad de Tocaima, en propiedad por el Rey nuestro señor, presente fui con los dichos señores, Cabildo Justicia y Regimiento al proveimiento de las dichas estancias y en fe de ello fice mi signo que es a tal—En testimonio de verdad—Hay un signo—Francisco Ramírez de Hinojosa (Rúbrica)».

1603—*Título de Diego de Fuenmayor*—«El Concejo Cabildo Justicia y Regimiento de la ciudad de Tocaima, del Nuevo Reino de Granada, de las Indias del mar océano, es a saber: El Capitán Francisco de Prado, regidor alcalde ordinario de ella, por ausencia de los propietarios de ella, Hernando del Campo, depositario general y Luis Velásquez de la Puerta, regidores propietarios de ella, por el Rey nuestro señor &; por cuanto estando en ayuntamiento y cabildo, en veinte y un días de este presente mes de febrero del año de la data de esta carta, por parte de vos don Diego de Fuenmayor, vecino, encomendero de ella, presentaisteis petición en que por ella pediades *una estancia de ganado mayor en términos de esta ciudad de Coloya, en las sobras de estancias de Lope de Salcedo*, según que por la dicha vuestra petición se contiene y cuyo tenor es como se sigue: *Petición*—Don Diego de Fuenmayor, vecino de esta ciudad, digo que para sustento de mi persona, tengo necesidad de una estancia de ganado mayor, y ésta se me podría hacer merced *en las sobras de estancias que el Concejo de esta ciudad tiene fecha merced a Lope de Salcedo*, vecino de esta ciudad *o a la persona que por aquel sitio que llaman de Coloya estuviesen proveidas*, después de medidas, atento a lo cual—A vuestra señoría pido y suplico que medidas las dichas estancias del dicho Lope de Salcedo, sucesivamente se me provea y haga merced en las dichas sobras como cayere las dichas medidas, por largos y anchos en la tierra que allí hubiere; de ello se me despache el título de la merced que vuestra señoría me hiciere, en poca o en mucha cantidad de lo que hubiere y sobrare en las dichas tierras, y para ello & Don Diego de Fuenmayor—Y por nos vista la dicha vuesta petición, proveímos que después de medidas las estancias que este Concejo hubiera fecho merced a Lope de Salcedo o a otras personas, luego sucesivamente proveyemos y *hacemos merced* a vos el dicho don Diego de Fuenmayor *en las dichas sobras y tierras lo que en ellas hubiere poca o mucha tierra por estancias* para vuestros ganados mayores o lo que quisiéredes echar, según y como en la dicha vuestra petición lo pedis, las cuales dichas tierras podais tener, haber y gozar para vos y vuestros herederos y sucesores y hagas de ella a vuestra voluntad, las cuales si quisiéredes medirlas después de los primeros terceros lo podais hacer y vos hacemos la dicha merced sin perjuicio de tercero que mejor derecho tenga y de naturales y para en guarda de vuestro derecho mandamos dar y librar el título de suso.—Dada y fecho en la ciudad de Tocaima a veinte y un días del mes de febrero del año de mil y seiscientos y tres años.—Francisco de Prado.— Hernando del Campo.— Luis Velásquez de la Puerta (Rúbricas).—Por mandado del Consejo de Justicia y Regimiento, Francisco Ortiz, Escribano nombrado (Rúbrica)».

1603—*Título de Antonio de Cetina.*—«El Concejo, Cabildo Justicia y Regimiento de la ciudad de Tocaima, de este Nuevo Reino de Granada &, es a saber: El Licenciado Diego Florez, teniente general de corregidor de todo el distrito del dicho corregimiento y el Capitán Pedro Jaramillo de Andrada, alcalde ordinario de ella, Fernando del Campo, depositario general y el Capitán Francisco de Prado, corregidores propietarios de él por el Rey nuestro señor &, estando en su cabildo y Ayuntamiento —según lo tenemos de costumbre para ver y proveer las cosas tocantes al servicio de Dios nuestro señor y de su Majestad y bien y aumento de la república &. Parece que por parte de Antonio Gómez de Cetina se presentó una petición en trece de marzo de este año de la data de esta carta por la cual pediades se os hiciese merced de estancias de pan coger en términos de esta ciudad según por el dicho pedimento parece e su tenor es como sigue: *Pedimento.*—Antonio de Cetina, digo: Que tengo necesidad de que este cabildo me haga merced de *dos estancias de pan coger, que son y se me han de dar empezando desde donde entran y se juntan el rio de los Bledos y el de La Lagunilla, corriendo el rio arriba, entre los dos rios y lo que faltare de ancho se me dé de largo, tomando por linderos los dos rios*, pues yo soy casado con doña Marcela Iñiguez, hija de Francisco Iñiguez, conquistador de este lugar y no se me fecho merced por este cabildo de estancia— Otrosí ruego el agua de la Lagunilla, para sacar el acequia o acequias y se me haga merced de las tomas del dicho río. A vuestra merced pido y suplico así lo provea pues en ello se me hará merced con justicia la cual pido e para ello, & Antonio de Cetina.—*Proveimiento.* La cual dicha petición por nos vista vos concedimos y *hacemos merced de las dichas dos estancias* sin perjuicio de tercero y naturales que mejor derecho tenga a las dichas tierras y para en guarda de vuestro derecho mandamos dar y librar el dicho título, y

se os dé la posesión de las dichas estancias por el alguacil mayor de la ciudad o por sus tenientes y vos amparen y defiendan en ella so pena de cien pesos para la cámara de Su Majestad. Fecho en la ciudad de Tocaima a veinte y cuatro de marzo de mil seiscientos tres años. El Licenciado, Diego Flórez.—Pedro Jaramillo de Andrada.—Hernando del Campo.—Francisco de Prado. (Rúbricas).— Por su mandado Francisco Ortiz, Escribano nombrado (Rúbrica)».

1638.—Sobre composición de este último título hay la constancia de haberse pagado los derechos correspondientes: «Certifico y Juan Pujol, escribano público y del cabildo de esta ciudad de Tocaima que en los autos que en mi archivo están y carta de pago de Francisco de Esquivel, vecino de esta ciudad, a quien se cometió por el cabildo de esta dicha ciudad, su fecha en veinte y nueve de febrero de mil seiscientos y treinta y seis años, consta y parece haber pagado por mano de don Antonio de Cetina cuatro patacones, cinco reales y dos cuartillos que le perteneció pagar *por la composición de la estancia de Coloya, contenida en este título;* se entiende haber acabado de pagar lo que le perteneciese como consta en la carta de pago, de las dichas estancias, por donde más largamente consta, por la carta de pago a que me remito, de que di el presente en Tocaima en nueve días del mes de abril de mil y seiscientos y treinta y ocho años. En fe de ello lo signé.—En testimonio de verdad.— Hay un signo. Juan Pujol (Rúbrica)».

1636.—*Composición de las tierras mercedadas a Salcedo Jáuregui y a Cetina.* Antonio Gómez de Cetina, vecino de la ciudad de Mariquita digo, que habrá más de treinta y cinco años que compré a Lope de Salcedo Jáuregui, *dos estancias, una de pan coger y otra caballería mayor para ganado,* las cuales le fueron proveídas por el Cabildo de esta ciudad *en el río de los Bledos, como consta y parece por el título que hago demostración* y en estas dichas tierras tengo fundados y sembrados cañaverales y hechos bohíos y trapiches y como cosa mía (como lo es) lo he gozado y gozo quieta y pacíficamente desde el tiempo dicho hasta hoy las cuales dichas tierras me las vendió por venta real, de que otorgó escritura ante Gaspar de Avila, escribano real, cuyos registros están en la ciudad de Santa Fé; y por la brevedad y acudir a la composición de las dichas tierras, en conformidad de lo por vuestras mercedes mandado y ser corto el término para los poder traer y buscar en los dichos registros. A vuestra merced pido y suplico *admita a composición el dicho título y tierras,* pues todo lo dicho es cierto y público y notorio, que yo estoy presto de pagar lo que les cupiere de composición, que en ello recibiré merced con justicia la cual pido Otrosí digo, que por este Cabildo me fueron proveídas dos estancias de pan coger, en la junta de los ríos de los Bledos y Lagunilla, como consta parece por el título que hago demostración para la dicha composición.—Antonio Gómez de Cetina. (Rúbrica)-Por presentados con los títulos *y habiéndolos visto,* habiendo conferido y tratado sobre el valor de las dos estancias, y por ser de poca consideración las tasaron y avaluaron en ochenta patacones a cuarenta cada una la cual dicha tasa mandaron se ponga en el cuaderno de estas grande. Y asimismo se tasaron y avaluaron las dos estancias que manifiesta haber comprado de Lope de Salcedo Jáuregui, en Coloya, conforme al título, donde tiene su trapiche, en ciento cincuenta patacones de los cuales se han de rebajar cincuenta en que está tasado el pedazo en que está el dicho trapiche que se entiende habiendo pagado los cincuenta patacones referidos y aquella tasa, y ésta se entiende ser toda una, y póngase en el cuaderno de éstas, grande.—Hay tres rúbricas.-Proveyeron lo de suso el Cabildo justicia y regimiento, el Capitán Alonso García de Herrera, Alcalde Ordinario, el Alférez Diego de Estrada, juez provincial de la Santa Hermandad de esta ciudad de Tocaima, Antonio Portillo, alguacil mayor, en Tocaima en cinco días del mes de mayo de mil y seiscientos y treinta y seis años, estando en su Ayuntamiento. Ante mí, Juan Pujol.—(Rúbrica)».

1636.—*Venta de las tierras de Fuenmayor.* Yo doña María de Fuenmayor, viuda de don Francisco Masco, caballero del hábito de Montesa, vecina de la ciudad de Mariquita, digo que vendo en venta real, pura, mera e irrevocable a Andrés Caro Velásquez, la mitad de lo que me pertenece de la hacienda de Coloya, que hube y heredé de don Diego de Fuenmayor, mi padre, ... lo firmé siendo testigos Antonio Gómez de Cetina, que por estar ciego no firmó y don Diego Masco, mi hijo, que como tal testigo lo firmó, que es fecho a primero de marzo de mil y seiscientos y treinta y seis años, —doña María de Fuenmayor.—Testigo, don Diego Masco.— Digo yo Andrés Caro Velasquez, vecino de la ciudad de Mariquita, que vendo para siempre a don Francisco de Cetina, la hacienda de negros, trapiche, cañaverales, y todo lo que me vendió doña María de Fuenmayor, en Coloya. Con las mismas calidades que yo compré; y si necesario fuere me obligo a hacer carta de venta real, si la susodicha me la hiciere y para que conste lo firmé en Mariquita a primero de agosto de mil y seiscientos y treinta y seis, por cuantía de un mil y quinientos pesos como consta de la cédula que le entregué.—Andrés Caro Velasquez.— (Rúbrica)».

1652.—*Confirmación de las mercedes de tierras*

antes relacionadas. «Excelentísimo señor.— Don Juan de Cetina, vecino encomendero de la ciudad de Tocaima, digo que yo hube por bienes de doña María Vaca, mi madre, mujer que fue de don Francisco de Cetina, mi padre, *dos estancias una de ganado mayor y otra de pan coger* que el Cabildo de dicha ciudad de Tocaima proveyó *en Lope de Salcedo Jáuregui, de quien las hubo por venta real Antonio Gómez de Cetina,* mi abuelo *que son de la una y otra banda del rio de los Bledos,* como más largamente manifiesta el dicho título los linderos, y la composición con su Majestad, que todo consta de dicho título. Y así mesmo *dos estancias de pan coger, proveídas del dicho Antonio Gómez de Cetina,* mi abuelo, *en la junta del dicho rio de Los Bledos y la Lagunilla;* con mas otro título de sobras para *estancias de ganado mayor, hecha la merced a don Diego de Fuenmayor,* mi tío, *en el sitio de Coloya,* en la parte que hubiese vaca, que todos los dichos títulos presento ante su Excelencia con la solemnidad necesaria, para que vistos con las cartas de venta y recibos de composiciones de que también hago presentación, se sirva mandármelos confirmar con la mesma antiguedad que dichos títulos rezan, los cuales mis antepasados y yo hasta hoy hemos poseído, y para poderlo continuar con más justificación.—A vuestra Excelencia pido y suplico sea servido de mandarme confirmar las dichas estancias con la mesma antiguedad en que recibiré bien y merced con justicia que pido &.— Don Juan de Cetina (Rúbrica).

«AUTOS Y VISTOS:

«Se confirma la merced de tierras contenida en cada uno de los títulos presentados con la antiguedad de ellos y en la misma conformidad en caso necesario se le hace merced de ellas sin perjuicio del derecho de Su Majestad y de otro tercero que mejor le tenga y con que pague por una vez diez patacones a distribución de su Excelencia, y los derechos de media anata y la composición cuando se trate de ella de lo que no estuviere compuesto y despáchesele título. «Hay una rúbrica.

«Proveyólo el señor don Juan Fernández de Córdoba y Coalla, caballero del órden de Santiago, marquez de Miranda de Auta, Presidente Gobernador y Capitán General de este Reino de Granada en Mariquita a quince de junio de mil seiscientos y cincuenta y dos años. Flórez. (Rúbrica)».

b) Validez jurídica de los títulos aducidos.

Los títulos presentados por la Compañía avisante al Ministerio, que se han visto en sus partes principales, por la transcripción que de ellos se ha hecho, el de dos estancias, una de pan coger y otra de ganado mayor, concedidas a Lope de Salcedo Jáuregui en 1589, el de una estancia de ganado mayor a Diego de Fuenmayor en 1603, y el de dos estancias de pan coger a Antonio de Cetina, en el mismo año de 1603, en el sitio de Coloya y los Bledos, fueron otorgados por el Cabildo de Tocaima y confirmados por el Presidente Gobernador y Capitán General del Nuevo Reino, don Juan Fernández de Córdoba y Coalla, después de haberse practicado la composición sobre las tierras a que los títulos se referían.

En el tiempo en que se otorgaron los mencionados títulos, desde su expedición hasta su confirmación, o sea entre los años de 1589 y 1652, se hallaban en vigor en el Virreynato las Ordenanzas de Popablación y las Cédulas de El Pardo. Con subordinación completa a lo establecido y previsto en esas leyes para las Indias se constituyeron aquellas titulaciones, sin que se observe la falta de ninguna de las formalidades esenciales exigidas por tales estatutos. Expedición del título, composición, confirmación, todos los actos previstos para la constitución legal de un título del género de los que se examina. Es rara y feliz circunstancia la de poderse allegar, como en el presente caso, la plenitud de la prueba exigida por la legislación pertinente para acreditar, como así se establece en forma clara e indubitable por los documentos que se han traído al juicio, que la Corona Española, obrando por medio de los funcionarios que debían intervenir, expidió los títulos de que se trata, para trasladar de su patrimonio al de los particulares beneficiados con las mercedes, las tierras a que ellas se refieren. Puede verse en el fallo de esta misma Sala dictado el día cinco de agosto último, en el aviso de la Texas Petroleum Company sobre tierras en el Chaparral, dentro del estudio de carácter general que allí se hace de la legislación indiana que rigió en la época a que corresponden los títulos que ahora se examinan, cuáles eran las disposiciones que regulaban la materia y cómo el procedimiento de enajenación de tierras realengas que por ese tiempo se aplicó en el Nuevo Reino es igual al que demuestran los documentos que se consideran en el presente juicio.

No puede pues negarse valor jurídico a los dichos títulos para acreditar con ellos que las autoridades de la Colonia hicieron merced de las estancias de tierras que allí se indican. Ni puede desconocerse tampoco validez al título expedido en 1577 a Bartolomé Rodríguez, porque si bien es verdad que respecto a él no aparecen acreditadas la composición y la confirmación, sin embargo los actos de ejecución de ese título en 1667, por el deslinde que entonces se hizo y la posesión que se

reconoció a los sucesores del primer adjudicatario, constituyen una demostración complementaria y plenamente satisfactoria de haber salido las tierras en cuestión del patrimonio del Estado, en virtud de aquel título, aplicado sobre el terreno mediante actos en que intervinieron las autoridades y las partes interesadas en el reconocimiento legal y justo de él.

c) Ubicación y extensión de las tierras a que los títulos se contraen.

Se ha visto que el Ministerio del ramo se abstuvo de reconocer validez a la titulación que presentó la Compañía avisante, con fundamento principalmente en la falta de determinación de las tierras y en que aun considerados legítimos los títulos, el área por ellos comprendida es inferior a la que encierran los linderos del globo objeto del aviso.

Por lo que mira a la determinación de las tierras, ya se ha visto dónde quedaron localizadas las que correspondían a la estancia de ganado mayor adjudicada a Bartolomé Rodríguez. La que se concedió a don Antonio de Cetina, de dos estancias de pan coger, no presenta dificultad en cuanto a su ubicación, como así lo acepta el Ministerio, entre los ríos Lagunilla y Bledos, desde su confluencia hacia arriba.

De las dos estancias de Salcedo Jáuregui, la de pan coger, según el propio título lo indica, debió medirse a continuación de la que tenía el Capitán Juan Díaz, localización que ahora no ofrece dificultad, pues ya se ha visto cómo Juan Díaz Jaramillo fue sucesor de Bartolomé Rodríguez, y se conoce la situación de la estancia a éste adjudicada, en la margen derecha del río Bledos. La estancia de ganado mayor, concedida a Salcedo Jáuregui se ubica sobre la otra banda del río de Los Bledos, por el río arriba, vale decir, después de la estancia de Antonio de Cetina.

El título de Bartolomé Rodríguez, venido a los autos durante el término probatorio del juicio, con su documentación adicional, y que no tuvo oportunidad de conocer el Ministerio del ramo, contribuye eficazmente a esclarecer el aspecto del asunto relacionado con la ubicación, pues queda establecido que una estancia de ganado mayor, de las comprendidas por los títulos, se adjudicó, como se ha visto, sobre la margen derecha del río Bledos, a Bartolomé Rodríguez; y otra deducción también muy clara y ya admitida desde cuando el negocio pasó por el estudio del Ministerio, es la de que las dos estancias de pan coger concedidas a Antonio de Cetina se ubican entre los dos ríos, el Bledos y el Lagunilla, en el vértice que forma su unión. Con estas dos bases, absolutamente ciertas de ubicación, las otras mercedes quedan fácilmente determinadas, pues como se ha anotado y lo expresan los mismos títulos, ellas se colocan a continuación de las otras.

Estima la Corte que una más completa determinación del terreno a que se refirieron las adjudicaciones coloniales no es necesaria, ni se justificaría a la luz de las reglas que naturalmente ordena el raciocinio científico tocante con la interpretación de documentos producidos en época muy remota, cuando los medios comprobatorios de ese género de traspasos territoriales no se hallaba favorecido por los elementos que la técnica ha aportado posteriormente. Era la época en que las medidas se hacían, como lo atestiguan estos autos, por el rudimentario sistema de *la cabuya*, el que naturalmente no pudo distinguirse por su exactitud matemática. Afortunadamente para el caso del pleito los documentos allegados demuestran la existencia de linderos arcifinios, como son los ríos Lagunilla y Bledos y otros puntos también arcifinios, tales como el de la confluencia de éstos, el de la unión de la quebrada Doña María con el río Bledos, para no mencionar otros, y que permiten deducir con seguridad cuál fue la ubicación, en sus líneas generales, de las mercedes presentadas como títulos emanados del Estado.

Como según va a verse, el contenido territorial de dichas mercedes excede visiblemente la extensión del área objeto del aviso de exploración, no interesa el examen detallado y punto por punto, de los diversos perímetros formados por cada uno de los títulos originarios.

Pues viniendo al estudio de la extensión territorial cobijada por las mercedes, en su relación con el área del aviso, se tiene:

El Ministerio, en el examen de este aspecto del asunto, expresó que la merced hecha a don Lope de Salcedo Jáuregui, de una estancia de pan coger y una de ganado mayor, calculada según la definición del folleto *Medidas Agrarias Antiguas* del doctor Peregrino Ossa V., es de 25 hectáreas, 1.620 metros cuadrados para la de pan coger, y 157 hectáreas, 2.626 metros cuadrados para la de ganado mayor, o sea 182 hectáreas, 4.246 metros cuadrados; que la merced a don Diego de Fuenmayor, por una estancia de ganado mayor da 157 hectáreas, 2.626 metros cuadrados; la de don Antonio de Cetina, de dos estancias de pan coger, 50 hectáreas, 3.240 metros cuadrados, lo que produce un total de 390 hectáreas con 0.112 metros cuadrados. Y que como la finca a que se refiere el aviso tiene una extensión global de 491 hectáreas, 4.200 metros cuadrados, existe una extensión de más de 100 hectáreas que no está amparada por títulos primitivos que demuestren su traspaso legal al patrimonio de los particulares.

Con sólo observar que la Compañía avisante trajo en el término probatorio del juicio las com-

probaciones ya examinadas acerca de un nuevo título de merced, por una estancia de ganado mayor, hecha a Bartolomé Rodríguez, que no entró en los cómputos del Ministerio, resulta claramente establecido que con el área de esa otra adjudicación, o sea con 137 hectáreas, 2.626 metros cuadrados más, apreciadas todas las mercedes en su extensión por los cálculos y equivalencias hechos y adoptados por el Ministerio del ramo, que son los más bajos en equivalencias, si se les compara con las que peritos y otras personas han deducido, en otros negocios análogos, a las medidas antiguas en relación con las actuales, resulta evidente, se repite, que el contenido en extensión territorial de las mercedes allegadas por la Compañía avisante, sobrepasa el que corresponde a la extensión de la finca Bledonia, que como se ha expresado y lo admite el Ministerio, es de 491 hectáreas, 4.200 metros cuadrados. Sumando 390 hectáreas, 0.112 metros cuadrados, de las mercedes comprendidas en los títulos primeramente aducidos, con 157 hectáreas, 2.626 metros cuadrados, que es el contenido de la merced adicional, se tiene un resultado de 547 hectáreas, 2.738 metros cuadrados, que excede notoriamente al área de la finca Bledonia, como se ha visto.

En presencia de esta deducción a que ahora se llega no es necesario, para ilustrar y fundamentar el presente fallo, que la Corte se detenga en la cuestión sugerida antes, de la equivalencia de las medidas de la época colonial con las del sistema que hoy se aplica, punto éste sobre el cual el señor apoderado de la Sociedad avisante hace algunas apreciaciones, tomando como base los cálculos del Ministerio, que a su vez se apoyan en los del ingeniero doctor Peregrino Ossa, los que hicieron en otro juicio los peritos Jorge Alvarez Lleras y Alfredo Ortega y los que presenta el doctor Luis E. Páez Courvel en su libro *Historia de las Medidas Agrarias Antiguas*. Vuelve a decir la Sala que aun tomando para el caso *sub judice* las equivalencias menores, que son las del Ministerio, se halla comprobado satisfactoriamente que existen títulos originarios demostrativos de que las tierras objeto del aviso de exploración salieron del poder del Estado.

También hay en el expediente una demostración plena acerca del dominio particular de Bledonia en los treinta años anteriores al aviso de exploración hasta llegar a los actuales dueños en cuyo nombre se obra.

Y no se ha excepcionado en el juicio en orden a demostrar que los terrenos a que las adjudicaciones se refieren han vuelto a la Nación en virtud de nulidad, caducidad, resolución u otra causa legal.

Se hallan pues establecidos los requisitos y comprobaciones previstos en la Ley 160 de 1936, artículo 10, y en otras normas de la Ley del Petróleo, para que la Corte haga la declaración favorable a los intereses de la Compañía avisante cuya solicitud originó este juicio.

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 Compañía de Petróleo Shell de Colombia, de explorar y explotar petróleo en las tierras de la finca Bledonia, situada en el Municipio de Lérida, Departamento del Tolima, en el área comprendida por los linderos que aparecen al principio 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*, Secretario en propiedad.

EXCEPCIONES

1. En los casos en que el reclamo de una liquidación del impuesto sobre la renta se hace sin conocimiento de la Administración de Hacienda Nacional, la cual queda en libertad de iniciar el juicio en el tiempo que determina la ley, y también con violación expresa de los artículos 14 de la Ley 81 de 1931 y 113, 114 y 115 del Decreto número 818 de 1936, no cabe alegarse ineficacia o nulidad de un título que se formó de acuerdo con la ley y con observancia integral de sus preceptos. Además, y como lo dice el señor Procurador, cuyo concepto prohija la Corte, «dentro de la mecánica de estos procesos administrativos de carácter *fiscal*, es bien sabido que con las resoluciones de los funcionarios inferiores (ya se trate de las así llamadas, ya de fenecimientos, reconocimientos, etc.), que constituyan una especie de fallo de primera instancia, se opera una *ejecutoriedad* que, si de valor relativo o

temporal por estar sujetas a revisión por el superior jerárquico, genera *base suficiente* para proceder al juicio ejecutivo. Tal ejecutoriedad no excluye, pues, que a la par de la acción coactiva se lleve el proceso a la revisión por el superior inmediato del acto que fundamenta la acción. De tal manera que, revisado y modificado tal acto en la segunda instancia del proceso administrativo, tal modificación no alcanza a dejar sin efecto la ejecutoriedad del acto primitivo sino que ha de entenderse que sólo *modifica los términos de éste*, nò quedando así afectada la viabilidad del juicio ejecutivo sino sólo sujeto a la respectiva modificación de las bases que la informan".

2. La excepción de error de cuenta se propone cuando hay error aritmético en la cantidad, o inclusión indebida de partidas, o equivocados elementos en la formación de la cuenta.

3. La excepción que suele llamarse innominada no puede admitirse, pues la Corte tiene sentada jurisprudencia constante en el sentido de que es impropio alegarla en juicios ejecutivos.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, veintisiete de octubre de mil novecientos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán).

La Recaudación de Hacienda Nacional de Neiva dictó con fecha diez y ocho de noviembre de mil novecientos treinta y ocho, orden de pago por la vía ejecutiva contra el señor Antonio Vega Lara por la cantidad de tres mil ciento treinta y cuatro pesos noventa y tres centavos ($ 3.134.93), más los intereses del uno por ciento (1 por 100) mensual desde el día en que se hizo exigible hasta el del pago y por las costas de la ejecución. Proviene la suma de pesos materia del recaudo ejecutivo del impuesto sobre la renta, patrimonio y exceso de utilidades deducida al señor Vega Lara durante el año gravable de mil novecientos treinta y siete (1937).

Por conducto del Abogado Síndico Ejecutor de la Administración de Hacienda Nacional se siguió el juicio hasta verificar el embargo de bienes, en cuyo estado se presentó un memorial de excepciones que enviado a la Corte ha dado origen al incidente, el que se ha tramitado en la forma legal.

Las excepciones propuestas son: inexistencia de la obligación; nulidad del título; petición antes de tiempo; error de cuenta; cobro indebido y la innominada del artículo 329 en virtud de la cual ha de tenerse en cuenta todo hecho que desconozca la existencia de la obligación o la declare extinguida si alguna vez existió.

La primera y la segunda de las excepciones propuestas, a saber: inexistencia de la obligación y nulidad de ella, las alega el ejecutado diciendo que por haberse modificado, alterado o reformado la liquidación efectuada por la Administración de Hacienda Nacional de Neiva, que sirvió de base al juicio ejecutivo, por la Resolución número R-555 H del Jefe de Rentas e Impuestos Nacionales, el título carece de eficacia y es nulo.

Ocurre que, sin llenar el requisito principal del pago previo del impuesto y sin aviso oficial ni informal a la Administración de Hacienda de Neiva, el ejecutado presentó al Ministerio de Hacienda y Crédito Público reclamo de la liquidación. La Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales que atendió el reclamo del señor Vega Lara, rebaó por la Resolución número R-555 H el monto ala suma de dos mil quinientos noventa y nueve pesos con cuatro centavos ($ 2.599.04) moneda legal colombiana.

En caso como el presente, en que el reclamo ante el superior se hace sin conocimiento de la Administración de Hacienda Nacional —la cual queda en libertad de iniciar el juicio en el tiempo que determina la ley— y también con violación expresa de los artículos 14 de la Ley 81 de 1931 y 113, 114 y 115 del Decreto 818 de 1936, no cabe alegarse ineficacia o nulidad de un título que se formó en acuerdo con la ley y con la observancia integral de sus preceptos.

La Resolución, no obstante haberse dictado en las condiciones anormales ya dichas y puesto que no aparece revocada, se acepta en el presente juicio ejecutivo con el propósito de que la ejecución concluya por la cantidad que ella dispone, o sea, la de dos mil quinientos noventa y nueve pesos con cuatro centavos.

Como lo dice el señor Procurador Delegado en lo Civil «dentro de la mecánica de estos procesos administrativos de carácter *fiscal*, es bien sabido que con las resoluciones de los funcionarios inferiores (ya se trate de las así llamadas, ya de fenecimientos, reconocimientos, etc.), que constituyen una especie de fallo de primera instancia, se opera una *ejecutoriedad* que, si de valor relativo o temporal por estar sujetas a revisión por el superior jerárgico, genera *base suficiente* para proceder al juicio ejecutivo. Tal ejecutoriedad no excluye, pues, que a la par de la acción coactiva se lleve el proceso a la revisión por el superior inmediato del acto que fundamenta la acción. De tal manera que, revisado y modificado tal acto en la segunda instancia del proceso administrativo, tal modificación no alcanza a dejar sin efecto la ejecutoriedad del acto primitivo sino que ha

de entenderse que sólo *modifica los términos de éste* (verbi gracia su cuantía, como en el caso de autos), no quedando así afectada la *viabilidad* del juicio ejecutivo sino sólo sujeto a la respectiva modificación de las bases que lo informan. Así, en la ejecución de autos, ha de entenderse que la Resolución de la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales, al modificar los términos —su cuantía— del título original que sirve de base a esta ejecución no anula dicho título sino que se incorpora a *éste o lo reemplaza* —rehace la forma del título ejecutivo— pero deja indemne la viabilidad de la acción intentada».

Por tanto no han de prosperar estas dos excepciones.

La excepción de *petición antes de tiempo* se funda «en el hecho de que cuando se inició el presente juicio ejecutivo, no había nacido aún el derecho de la Nación para hacer efectivo el cobro del impuesto correspondiente al año de 1937, siendo por tanto, prematuros e ineficaces la acción ejecutiva como el mandamiento de pago, pues no se trata en el presente caso de una obligación expresa, clara y actualmente exigible. Se trata, cuando menos, de algo que el Estado no podía ni puede exigir sin que antes se definiese la situación del suscrito frente a su problema tributario, de donde se desprende, que durante el tiempo que estuviese pendiente la decisión definitiva ocasionada por la diferencia de criterios entre la Administración de Hacienda de Neiva y la Jefatura de Rentas Nacionales, el Abogado Síndico de la Administración, no podía, en manera alguna, iniciar y seguir adelante la acción ejecutiva».

Las razones ya dichas, acerca de que la Resolución de la Jefatura de Rentas Nacionales no tenía por qué impedir el adelantamiento del juicio hacen ver que jurídicamente no puede alegarse la *petición antes de tiempo.*

La alegación transcrita, presentada para sustentar la presente excepción, es más propia de las dos primeras y tiene por fundamento la misma causa que se alegó en aquéllas. Por tanto, ha de declararse que no prospera la excepción.

La excepción llamada *error de cuenta* la funda el ejecutado en la diferencia entre las cantidades sobre el impuesto liquidadas por la Amministración de Hacienda de Neiva y por la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales.

Se advierte que la llamada por el excepcionante de *error de cuenta* no lo es tal, pues las de su clase se proponen cuando hay error aritmético en la cantidad, o inclusión indebida de partidas, o equivocados elementos en la formación de la cuenta, y nada de esto ocurre en el caso de autos; si los hubo, ya se tuvieron en cuenta en la Resolución 555 H, a la cual reconoce la Corte todo su valor.

La excepción de *cobro indebido* que el ejecutado trae al proceso, pero que no alega, ni funda en hechos tendientes a desvirtuar la acción del actor y que abandona a la suerte de las restantes, es el caso de rechazarla por improcedente y también por los motivos ya expuestos sobre las anteriores.

Respecto a la excepción llamada innominada, que el excepcionante interpone en la frase «alego, además, toda excepción que resulte a mi favor en orden a mi defensa», la Corte tiene sentada jurisprudencia en el sentido de que es impropio alegarla en juicios ejecutivos.

En mérito de las razones que preceden, 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 infundadas las excepciones propuestas en el ejecutivo de la Nación contra Antonio Vega Lara.

Publíquese, notifíquese, cópiese y devuélvase.

ANÍBAL CARDOSO GAITÁN, JOSÉ M. BLANCO NÚÑEZ, ARTURO TAPIAS PILONIETA.—*Manuel Pineda Garrido*, Secretario en propiedad.

Revocación de un auto ejecutivo—Notificaciones a los contribuyentes del impuesto.

Cuando el Estado, los Departamentos y los Municipios tasan a cada ciudadano el impuesto con que debe contribuír a las necesidades públicas, ponen en conocimiento del contribuyente el monto del impuesto para que en oportunidad haga los reparos que juzgue convenientes. Sólo después de cumplido este requisito pueden proceder coactivamente. El numeral 3.° del artículo 12 de la Ley 81 de 1931 ordena hacer llegar a todos los contribuyentes del impuesto *aviso* detallado de la cuantía de la renta gravable, con el fin primordial de que conforme al artículo 14 ibídem, presenten reclamo en lo que consideren injusto el impuesto. Y en materia de notificaciones a los contribuyentes rige el artículo 3.° de la Ley 48 de 1937, que reforma el 13 de la Ley 81 de 1931 y el 11 de la 78 de 1935. La ley establece como norma para poner en mora al contribuyente, la notificación, elemento de rigor en la confección del título ejecutivo.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales— Bogotá, veintiocho de octubre de mil novecientos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán)

El Juzgado de Rentas Nacionales con vista del reconocimiento número 02405 entabló el día once de julio de mil novecientos cuarenta acción ejecutiva por la cantidad de cuatro mil ciento treinta y un pesos setenta y tres centavos ($ 4.131.73) contra el señor Pedro Martínez B.

Establecido el hecho de la muerte del ejecutado, se procedió conforme al artículo 1434 del Código Civil, y el mandamiento dictado con fecha once de julio se notificó al heredero Pedro Ignacio Martínez Dimas, el veintisiete de agosto del año próximo pasado, y al curador *ad-litem* de los menores herederos doctor Jose Manuel Guillén, el diecisiete de septiembre de mil novecientos cuarenta y uno.

En tiempo oportuno, Pedro Ignacio Martínez Dimas apela del mandamiento ejecutivo. Por virtud de tal recurso el expediente llega a la Corte, donde tramitado en la forma que prescribe la ley, pasa a decidirse.

Los apoderados de los herederos mayores, doctores Pedro A. Posse Camargo y Eduardo Sáenz Caycedo, alegan extensamente sobre la carencia de base en el juicio, fundados en que antes del reconocimiento que se intimó con fuerza ejecutiva a los herederos se pretermitió la diligencia de notificar la liquidación del impuesto a los mismos, por lo cual la deuda fiscal —dicen los abogados— no adquirió el beneficio legal de ser exigible.

Se considera:

En los juicios de origen fiscal o administrativo, como en los civiles o penales, el lleno de las condiciones preestablecidas para que se cumpla la obligación, como el de los requisitos formales de procedimiento, para colocar a una de las partes en el plano de obligada, es de riguroso cumplimiento.

Por ello, cuando el Estado, los Departamentos y los Municipios tasan a cada ciudadano el impuesto con que debe contribuír a las necesidades públicas, ponen en conocimiento del contribuyente el monto del impuesto para que en oportunidad haga los reparos que juzgue conveniente. Sólo después de cumplido este requisito pueden proceder coactivamente.

El numeral 3.°, artículo 12 de la Ley 81 de 1931 ordena hacer llegar a todos los contribuyentes del impuesto, *aviso* detallado de la cuantía de la renta gravable, con el fin primordial de que conforme al artículo 14 ibídem, presenten reclamo en lo que consideren injusto el impuesto. Y el artículo 3.° de la Ley 48 de 1937 que reforma el 13, Ley 81 de 1931 y el 11, Ley 78 de 1935, en el inciso 2.° se expresa: «Si por cualquier circunstancia no fuere posible *notificar el gravamen* a los contribuyentes sino después del 1.° de octubre, tales contribuyentes tendrán derecho a un término de treinta (30) días, contados desde el en que les hubiere sido *comunicada* la liquidación, para pagar el impuesto sin intereses de mora y para hacer uso del derecho de reclamar de que trata el artículo 14 de la Ley 81 de 1931».

Se anota el interés del legislador en que al contribuyente se le dé *aviso* de la cuantía de la renta gravable, se le *notifique* éste, se le *comunique* la liquidación. Establece la ley como norma esen-

cial y básica para poner en mora al contribuyente, la notificación, elemento de rigor en la confección del título ejecutivo; al punto que se considera notificado al contribuyente —cuando no se verifica la notificación personalmente— con el aviso del importe sobre la renta dado por correo, para lo cual se cuenta el término de la distancia y diez días más computados desde la fecha en que el Administrador de Hacienda ponga la respectiva comunicación en la oficina de correos. Algo más, si el interesado deudor no da aviso por escrito del cambio de domicilio o dirección, vale la notificación hecha a la residencia anterior.

En el caso de autos el deudor señor Pedro Martínez B. no fue notificado de la liquidación de 1937 y menos de la de 1938, porque el aviso de la primera le fue enviado a la dirección de su casa el 1.º de septiembre de mil novecientos treinta y ocho, o sea, algo más de un mes después de su fallecimiento. Se dirá, entonces: esos avisos deben entenderse hechos a los herederos. No; por la misma razón de que contra los asignatarios de una sucesión no pueden iniciarse ni seguirse juicios ejecutivos, que lo eran contra el difunto, hasta tanto no se les notifiquen los referidos títulos.

Siendo una comunidad de bienes sucesorales la que queda con la muerte del causante, se hace necesario que la notificación del recaudo se verifique en los herederos llamados a responder de la deuda fiscal, los que a su vez han de tener la oportunidad de intentar los reclamos del caso, conforme al artículo 14 de la Ley 81 de 1931.

Del mismo parecer es el Jefe de Rentas e Impuestos Nacionales, quien en un concepto rendido al señor Administrador de Hacienda Nacional, sobre este asunto, dice: «Tanto el artículo 13 de la Ley 81 de 1931, como el 11 de la Ley 78 de 1935 y el 3.º de la Ley 48 de 1937, constituyen como condición previa y esencial para que el impuesto sea debido y por ende para poner en mora al contribuyente respectivo, que la notificación sea notificada personalmente o por el aviso de que antes se habló al contribuyente, es decir, es de toda necesidad que él se enterara de su liquidación para que la deuda se actualice y en caso de mora en el pago pueda reclamarse ejecutivamente. Que el requisito anterior, que como se dijo es esencial, no se surtió en este caso a pesar de haber remitido a la dirección del contribuyente el aviso de que se ha hablado, se comprueba con la partida de defunción ya mencionada, de la cual se deduce claramente que a la fecha de la notificación el contribuyente a quien debía notificarse no existía. En consecuencia, la deuda tributaria no se actualizó por virtud de notificación, y no se puede decir que se constituyera en mora al deudor..... De lo dicho se desprende que, comprobado el hecho de que «por cualquier circunstancia» como lo dice la ley no se notificó al contribuyente señor Martínez su liquidación de 1937, hay necesidad de hacerlo ahora a quien represente sus derechos, a fin de actualizar la deuda y a fin de constituir en mora al deudor para poder perseguirla ejecutivamente, ya que el reconocimiento según lo visto no puede librarse sino una vez establecida la deuda y ésta se establece mediante notificación legal».

Por tanto, habrá de revocarse el mandamiento ejecutivo seguido en este juicio contra los herederos de Pedro Martínez B.

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Negocios Generales, *revoca* el mandamiento de pago proferido el once de julio de mil novecientos cuarenta contra Pedro Martínez B.

Publíquese, notifíquese, cópiese y devuélvase.

ANÍBAL CARDOSO GAITÁN, JOSÉ M. BLANCO NÚÑEZ, ARTURO TAPIAS PILONIETA.—*Manuel Pineda Garrido*, Secretario.

Responsabilidad civil por perjuicios en la tragedia de aviación del campo de Santa Ana.

(Para lo relacionado con la doctrina que este fallo contiene, nos remitimos a la que aparece extractada al principio de fallos similares de la Sala de Negocios Generales).

LA DIRECCIÓN

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, veintiocho de octubre de mil novecientos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán).

Alejandrino Hoyos, por medio de apoderado, demandó a la Nación para que mediante el trámite de un juicio civil ordinario se hagan las siguientes declaraciones:

«*a*) Que el Estado está obligado a indemnizar a mi poderdante, Alejandrino Hoyos, todos los perjuicios morales y materiales ocasionados por la muerte de su hijo legítimo Eucarpo Hoyos Jiménez ocasionada el 24 de julio de 1938 en el siniestro de aviación efectuado en el campo militar de Santa Ana cerca del Municipio de Usaquén; y

«*b*) Que se condene al Estado al pago de sesenta mil pesos moneda corriente dentro de los tres días siguientes a la ejecutoria del fallo como valor de perjuicios morales y materiales ocasionados a Alejandrino Hoyos por la muerte de su hijo Eucarpo Hoyos».

La demanda se fundamenta en los siguientes hechos:

«Primero. Alejandrino Hoyos fue casado con Lucinda Jiménez.

«Segundo. Del matrimonio de estos señores nació Eucarpo Hoyos Jiménez en el año de 1918.

«Tercero. Eucarpo Hoyos Jiménez sostenía a sus dos padres y a sus pequeños hermanos con el producido de su trabajo.

«Cuarto. Que Eucarpo Hoyos Jiménez murió a consecuencia del accidente de aviación ocurrido en el campo de Santa Ana, cerca de Usaquén, el 24 de julio de 1938.

«Quinto. Que Eucarpo Hoyos devengaba la suma de sesenta pesos moneda legal mensualmente como chofer del Ministerio de Guerra al tiempo en que perdió la vida.

«Sexto. Que el accidente de aviación fue ocasionado por uno de los pilotos al servicio de la aviación que funciona por cuenta y riesgo del Estado.

«Séptimo. Que el Gobierno decretó, organizó y dirigió la revista militar llevada a cabo el 24 de julio de 1938 en el campo de Santa Ana donde se efectuó el siniestro.

«Octavo. Que el Gobierno hizo concurrir numeroso público por medio de invitaciones expresas al campo de Santa Ana para que presenciara las maniobras militares.

«Noveno. Por haberse permitido, ordenado y tolerado el vuelo sobre la multitud estacionada en el campo en referencia, el Gobierno es y ha sido el culpable de la causa del siniestro y es el responsable por los perjuicios ocasionados a mi poderdante por la muerte de su hijo.

«Décimo. Que por sentencia proferida por el honorable Consejo de Estado, el Gobierno reconoció a favor de mi poderdante la suma de setecientos veinte pesos moneda corriente y por lo mismo, reconoció tácitamente por dicha sentencia los perjuicios ocasionados a Alejandrino Hoyos por la muerte de su hijo.

«Undécimo. Que los setecientos veinte pesos reconocidos en tal sentencia mi poderdante los aceptó como parte del valor de los perjuicios que resultaren en juicio separado, los cuales deben descontarse del total de dichos perjuicios».

Admitida la demanda, se corrió traslado al señor Fiscal 1.° del Tribunal quien la contestó afirmando no constarle los cinco primeros hechos; aceptando el sexto, séptimo, octavo, décimo, undécimo, y negando el noveno.

Surtidos los trámites correspondientes, el Tribunal Superior de Bogotá, en sentencia fechada el 2 de julio de mil novecientos cuarenta y uno, absolvió a la Nación de los cargos que le fueron formulados por no aparecer acreditado el hecho de que Eucarpo Hoyos muriera a consecuencia del siniestro de aviación indicado en el libelo.

De dicha sentencia apeló el apoderado del demandante, doctor Lisímaco Ruiz Pineda, y concedido como le fue el recurso llegaron los autos a la Corte. Cumplido el ritual propio de la instancia y no habiendo causal alguna de nulidad que in-

valide lo actuado, se procede a resolver lo que fuere de derecho previas las consideraciones pertinentes.

I

Lesión material sufrida por el demandante.

El Gobierno Nacional concertó para el día 24 de julio de 1.938 la realización de una revista militar en el campo de Marte o Santa Ana con intervención de fuerzas de infantería, artillería, caballería y equipo aéreo, a la cual se invitó en forma general a toda la ciudadanía.

Cuando el numeroso público presenciaba el desarrollo de la revista, según los documentos de origen oficial que obran en el proceso, y en el momento que la escuadrilla aérea de caza comandada por el Teniente César Abadía iniciaba sus maniobras acrobáticas, el aparato que éste pilotea-ba pasó a poca altura del suelo y se precipitó sobre él súbitamente.

Del choque y del incendio originado por el accidente resultó la muerte de Eucarpo Hoyos, hijo del demandante.

En efecto, entre las pruebas practicadas en esta segunda instancia aparecen declaraciones de los señores Abelardo Gómez, Jesús Rozo y Jorge A. Ramírez que acreditan el hecho; el último de los mencionados se expresa así en un aparte de su declaración: «Exactamente no me consta que el avión del Teniente Abadía hubiera chocado contra la persona de Eucarpo Hoyos, pero sí me consta que pocos momentos antes del siniestro se encontraba muy cerca de la tribuna donde nosotros estábamos y por donde pasó el avión. Al no aparecer en su puesto para conducirnos de regreso a Bogotá, me di a buscarlo por todas partes y en vista de que no lo encontré, me supuse que había sido una de las víctimas, lo que en efecto constaté al rededor de las siete de la noche en el anfiteatro que queda frente al cementerio de esta ciudad. El cadáver sin desfiguración alguna enseñaba un golpe tremendo sobre la región del hígado lo que parece motivó su muerte y recuerdo que el dictamen médicolegal publicado sobre todas y cada una de las víctimas del siniestro, indicaba que al parecer el golpe era de la hélice del avión.... Al no encontrar a Eucarpo Hoyos supuse que lo hubieran puesto de chofer de alguna ambulancia. Pero en vista de que no aparecía, ni en el Ministerio ni en las clínicas ni hospitales daban razón de él concurrí al anfiteatro.... Y como dije en el punto anterior allí estaba, junto con otras víctimas que también habían sido recogidas en el campo del siniestro según informaciones auténticas de muchos testigos presenciales».

Por su parte el testigo Gómez depone así: «Me consta que Eucarpo Hoyos concurrió a la revista de Santa Ana en el Campo de Marte, Municipio de Usaquén el día 24 de julio de 1938, por haber concurrido con él a la Revista. Preguntado..... contestó: Sí me consta que Eucarpo Hoyos murió en el campo de Santa Ana. El avión del Teniente César Abadía le destrozó el pecho al caer..... Me consta que el cadáver de Eucarpo Hoyos fue recogido del campo de Santa Ana y trasladado a la ciudad, momentos después de haberse estrellael avión del Teniente Abadía».

Rozo se expresa así: «Sí me consta que Eucar« po Hoyos estuvo en el campo de Santa Ana o Marte en el Municipio de Usaquén el día 24 de julio de 1938, en la revista militar que se celebró ese día.... Sí me consta por haberlo precenciado, que Eucarpo Hoyos murió en el campo de Santa Ana, porque lo aplastó, al caer, la hélice del avión que manejaba el Teniente Abadía».

La víctima era hijo de Alejandrino Hoyos y Lucinda Jiménez, quienes habían contraído matrimonio en el año de 1906; su muerte aparece plenamente comprobada con los testimonios que acaban de transcribirse en parte, únicos que se encuentran en el expediente, y que excepción hecha del primero, sólo se refieren a la concurrencia de Eucarpo Hoyos a la revista y a la suerte que corrió en ella.

II

La causa del accidente.

En otros fallos de esta misma Sala, proferidos en juicios análogos al presente se ha hecho la observación de que por los informes de altos Jefes militares—informes que obran también en este proceso— se sabe que la organización de la revista fue estudiada con detenimiento y técnica. En cuanto a la fuerza aérea, se dispuso que el entrenamiento se iniciara el 18 del mes de julio en la base de Palanquero y que en ella tomarían parte tres trimotores JU, seis Falcon, nueve Hawk, doce máquinas de escuela P. T. y un avión tipo monomotor de reserva.

A los Jefes de Escuadrilla se comunicó por escrito, entre ellos al Teniente César Abadía, el orden y la forma como debían actuar las distintas formaciones, las acrobacias que ejecutarían, el lugar y la altura.

El Teniente Abadía desobedeció la orden en cuanto al lugar y altura —a que debía maniobrar con el aparato—, y también el Inspector General del Ejército de acuerdo con otros funcionarios del mismo, desatendieron las disposiciones vigentes en Colombia sobre vuelos de acrobacia, que dicen: «Artículo 3.° Restricción general: no debe

efectuarse ninguna maniobra acrobática con aviones equipados con tanques que puedan ser sueltos en vuelo. Artículo 4.° Altura mínima: toda maniobra acrobática debe terminarse a una altura no menor de 500 metros. Artículo 5.° Prohibición: no podrá volar un avión acrobáticamente sobre: *a*) Ciudades, poblaciones, etc. *b*) Aeródromos, parques, estadios, etc. *c*) Agrupaciones de personas al aire libre. Artículo 6.° Cerca de ciudades, aeródromos, etc., la distancia horizontal mínima calculada desde los límites de éstos no debe ser menor de mil metros (1.000)».

El acuerdo de los superiores de Abadía para que se volara a menor altura de quinientos metros, es decir, la desobediencia de las disposiciones citadas, está ratificada por el radiograma que se copia:

«Urgente. Santa Ana, julio 24 de 1938.

Capitán García Bonilla—Techo.

Repítole orden maniobras deben efectuarse al norte del campo sobre tanque estación Usaquén, altura no menor de 150 metros. Informarásele permanentemente estado revista.

Mayor Méndez, Dirgenav».

La causa científica de la tragedia la hacen consistir las comisiones encargadas de la investigación en un deslizamiento o patinada que hizo perder altura al avión, hechos considerados frecuentes en vuelos de todo género, o en temeridad o impericia del piloto, o a una traba en los comandos.

Observa la comisión, que atribuye la causa del accidente a temeridad e impericia del piloto, que ejecutar una maniobra acrobática como la llamada del «rollo lento», consistente en hacer girar el avión 360° sobre su eje longitudinal a una altura de treinta metros, con una presión atmosférica de 560 milímetros, y sobre un terreno recalentado y colmado de gente, «donde podía preverse la presencia de zonas atmosféricas enrarecidas por efectos térmicos, constituye un error técnico por parte de cualquier piloto experto en acrobacia».

Resulta, por tanto, de los documentos oficiales traídos al expediente —que son fuente de confianza y hacen plena prueba— que la tragedia se debió a desobediencia e imprudencia del Teniente Abadía y a desconocimiento por los funcionarios militares encargados de la preparación de la revista, de los artículos del reglamento de tránsito y vuelos acrobáticos —y que comprenden, según afirmación del propio Director General de Aviación, prohibiciones permanentes y universales—, los cuales señalan como altura mínima a que debe terminarse la acrobacia, la de quinientos metros así como a mala elección por parte de ellos del Comandante de la Escuadrilla piloto Abadía.

III

Responsabilidad de la Nación.

Las entidades de Derecho Público se obligan por actos de imprudencia o de negligencia con los cuales se cause daño a tercero.

Estas personas jurídicas que son creaciones de la ley, capacitadas para adquirir derechos y desprenderse de ellos, actúan siempre por intermedio de personas naturales —agentes o representantes— que comprometen a aquéllas en los beneficios y en las responsabilidades. Al delegar la personería, ofrecen a terceros la garantía de su responsabilidad, que no se deriva del nexo contractual de la figura jurídica del mandato, sino del hecho natural que origina deberes y obligaciones a la persona en cuyo nombre se está obrando.

El Código Civil en los artículos 2341, 2347 y 2356 sienta las relaciones de responsabilidad por la culpa extracontractual; los casos en que una persona se obliga por los actos culposos de otra y cómo se verifica la reparación del perjuicio imputable a malicia o imprudencia del agente. Son las disposiciones que se aplican a las entidades de Derecho Público para fijar su responsabilidad en el daño causado a terceros por sus funcionarios.

La responsabilidad del Estado en el siniestro, lo dijo la Corte en sentencia del 30 de junio del año anterior, «sea ante las disposiciones del Código Civil que reglamentan la culpa aquiliana, y a cuya luz la jurisprudencia colombiana ha venido examinando y juzgando los actos culposos de los agentes del Estado que en tal calidad infieren daño a terceros; o sea ante la teoría que el Derecho Administrativo suministra para establecer la responsabilidad del Estado ante el daño a terceros por los actos de sus agentes y llamada "de faltas del servicio", con cualquiera de esos dos criterios que se emplee, aun del subjetivo del Código Civil, resulta gravemente comprometida.....»

La responsabilidad del Estado en el Código Civil, se basa por aplicación en los artículos 2347, primer inciso, y 2349, en cuanto del contenido de dichos preceptos, examinados con un criterio de científica interpretación, se puede inferir el principio de que por razones de subordinación y dependencia, la culpa personal del empleado que ocasiona daño a tercero con ocasión del servicio prestado, repercute sobre el empleador, quien solidariamente con el primero está obligado a reparar el perjuicio. Además de la falta personal del empleado regulada por el artículo 2341, existe la

del empleador, quien en ese caso se hace responsable por razón de una presunción de culpa consistente en *falta de vigilancia y mala elección* de su representante, mandatario o dependiente.

La falta de vigilancia y la imprudencia de los superiores del Teniente Abadía aparecen comprobadas en el juicio con el memorándum relativo a las investigaciones hechas por dos comisiones que estudiaron el accidente, suscrito por el General Luis Acevedo y el Mayor Ernesto Buenaventura, fechado el 3 de septiembre de 1938. En dicho documento se lee: «4) *Altura del vuelo*: La orden de operaciones dictada por el señor Capitán Jesús M. García Bonilla, en su carácter de Jefe de Operaciones y Comandante del Escuadrón que tomaba parte en la revista, la cual se agrega, indica claramente las alturas a que debían llevarse a cabo las distintas maniobras acrobáticas y formaciones. En dicha orden se fija la altura mínima de quinientos metros». Ya se vio antes que la altura mínima de que aquí se habla fue variada a la de 150 metros, por la Dirección General de Aviación.

También incurrió la Nación en mala elección, si no en los agentes inmediatos de la fuerza aérea —que por la calidad especial de militares, deben ser más cuidadosos en la disciplina y acatamiento de órdenes de la autoridad— sí en la del Teniente Abadía por llamarlo a que tomara parte en la revista, a sabiendas de que le faltaba seriedad para comandar y de que era de temperamento «juguetón», como aparece del dato calificativo de sus servicios. Máxime habiendo cometido en los entrenamientos realizados en el campo de Marte actos de imprudencia y desobedecimiento, por los cuales «tuvo una llamada de atención».

Por tanto, «antes de haberse desvirtuado la presunción de culpa en contra del Estado por falta de vigilancia y mala elección, los documentos oficiales ..... dejan establecido no ya una presunción sino la plena prueba de que al desarrollo de aquella tragedia contribuyó la circunstancia de no haberse tomado por parte de los superiores del Teniente Abadía aconsejadas medidas de previsión. De manera que con la responsabilidad personal del Teniente Abadía corre parejas la indirecta del Estado, derivada del hecho de que el primero causó el daño con ocasión del servicio que estaba prestando, de volar y hacer ante la multitud que presenciaba las maniobras militares en el campo de Santa Ana, ejercicios acrobáticos. Que el aviador, en un momento dado de sus evoluciones aéreas, quebrantara determinada orden superior, no es circunstancia que lo coloque fuera de la misión que se le confió, hasta el punto de desvincular al Estado del daño causado; esa circunstancia apenas significa que el servicio se prestó mal, y esa falta es precisamente la base en que descansa la responsabilidad del Estado».

Se ha afirmado que como el piloto Abadía desobedeció la orden de volar al norte del campo de la revista, sobre los tanques de Usaquén, el accidente se produjo al ejecutar Abadía un hecho ilícito, de desobediencia de una orden militar, de cuyas consecuencias civiles debe responder él personalmente y no el Estado. Sobre el particular es oportuno hacer algunas observaciones.

La tesis que sustenta esa argumentación, si verdadera en lo general, no es aplicable al caso que se considera. La actividad desarrollada por el piloto Abadía no fue de aquellas no oficiales o aparentemente oficiales, al ejecutar una maniobra acrobática sobre el campo de Santa Ana. Las acrobacias, hecho excepcional dentro del funcionamiento normal de esta arma de guerra, fueron ordenadas por la dirección de la revista aérea y para que se realizara se formó una escuadrilla de aviones a cuyo comando se colocó al Teniente Abadía. Al volar éste sobre el campo de Marte el 24 de julio de 1938, y realizar maniobras acrobáticas, cumplía una misión dada a él especialmente por la dirección de la revista. Si al realizar esas maniobras el Comandante de la escuadrilla se salió del radio señalado para que se ejecutaran, contrariando una orden superior, ejecutó mal el mandato pero obró en cumplimiento y desarrollo de su encargo oficial, como lo habría hecho también si en vez de hacer la maniobra previamente autorizada del «rollo lento» hubiera verificado otra u otras de mayor peligrosidad que aquélla.

Esta consideración es de consecuencias importantes en orden a fijar la culpabilidad del Estado en el accidente. Porque sin desconocer que Abadía contrarió la orden de sus superiores, de volar únicamente al norte del campo de la revista, sobre los tanques de Usaquén, no puede menos de admitirse que al hacerlo se encontraba ejecutando las maniobras ordenadas por la Dirección de Aviación.

La desobediencia militar de Abadía fue sin duda ilícita y punible. Mas esas circunstancias propias del radio de sus obligaciones estrictamente militares y tocantes con sus deberes de Oficial del Ejército en sus relaciones de dependencia jerárquica, no alcanzan a modificar las reglas dadas por la doctrina y sentadas en el derecho, conforme a las cuales el acto imperfectamente cumplido por un dependiente no libra de responsabilidad civil a la persona o entidad de quien es subordinado, ya que, se repite, el hecho ejecutado por Abadía, contrario a la orden, apenas implicaba una indebida e imperfecta ejecución del encargo que se le había dado de ejecutar acrobacias en la revista.

Ante la teoría del Derecho Administrativo, el servicio mal prestado —a título de fuente administrativa— obliga a la Nación por el siniestro, ya que se trata de la presentación de una revista militar oficial, que es un acto de gobierno administrativo y fué durante ella cuando se cometió el hecho culposo. Responden *in solidum*, a la luz de esta teoría, los herederos del Teniente Abadía y el Estado. En el caso, el Estado por ser la persona escogida por el demandante para que responda. (Las transcripciones que aparecen en este capítulo se hacen del fallo de esta Sala, de fecha 30 de junio de 1941; *Gaceta Judicial* número 1977, página 108 y siguientes).

IV

Los perjuicios materiales.

Según las pruebas allegadas al expediente, Eucarpo Hoyos murió en el accidente de Santa Ana el 24 de julio de 1938. Pero si bien es verdad que este hecho aparece demostrado en el juicio, el daño material sufrido por el padre de la víctima no está acreditado. Sólo el testigo Jorge A. Ramírez, antes mencionado, asevera que Eucarpo Hoyos atendía con su sueldo a las «necesidades de sus padres que son extremadamente pobres y ancianos», y este testimonio es insuficiente, por sí sólo, al tenor de lo dispuesto en el artículo 696 del Código Judicial, para demostrar en forma plena tal hecho que tiene tan notoria entidad en la presente controversia.

Conviene que la Corte se detenga en el examen de las pruebas allegadas al juicio. En la primera instancia se solicitaron y decretaron los testimonios de María del Rosario Rivera de Padilla y Helena Lara, las que en armonía con las preguntas que el apoderado del demandante insertó en el memorial respectivo, demostrarían la lesión económica sufrida por el demandante; pero esas pruebas no se practicaron. En la Corte se decretó el recibo de los testimonios de los señores Jorge Ramírez, Ernesto Tovar, Abelardo Gómez, Jesús A. Rozo, Justo María Zambrano V., Joaquín Galindo, José Morales, Angel A. Rangel, Ismael Zúñiga, José Plácido Lenis, Alonso Burbano y Fernando Aguilera, pero no se produjeron sino las de Jorge A. Ramírez, Abelardo Gómez y Jesús A. Rozo, según el siguiente cuestionario: *a)* Lo de ley; *b)* Expresen los declarantes si conocieron a Eucarpo Hoyos y por qué y en dónde lo conocieron; *c)* Expresen los declarantes si en virtud de haber conocido al joven Eucarpo Hoyos les consta que dicho señor estuvo en el campo de Marte (de Santa Ana) en el Municipio de Usaquèn el día 24 de julio de 1938 en la revista militar? *d)* Expresen los declarantes si por haber sido testigos presenciales les consta que la revista militar fue ordenada por el Gobierno; *e)* Digan los declarantes si por haberlo presenciado les consta que el joven Eucarpo Hoyos murió en el campo de Santa Ana en la Revista Militar por consecuencia del accidente de aviación ocasionado el 24 de julio de 1938 chocando el avión contra la persona del referido Eucarpo Hoyos; *f)* Digan los declarantes si es verdad que el cadáver del joven Eucarpo Hoyos fue recogido en el campo de Santa Ana y trasladado a esta ciudad, momentos después de haberse estrellado el avión del Teniente César Abadía, por cuyo accidente sufrió contusiones el referido Eucarpo Hoyos que le produjeron la muerte instantánea; *g)* Digan los declarantes si es verdad que Eucarpo Hoyos era chofer de uno de los vehículos del Ministerio de Guerra y en ese cargo estaba cuando perdió la vida».

Nótese que en el anterior cuestionario no se incluyen preguntas que tiendan a demostrar las vinculaciones económicas entre la víctima y sus padres, ni ninguna otra circunstancia capaz de acreditar el perjuicio material sufrido por éstos a causa del accidente. La declaración del testigo Jorge A. Ramírez, que como ya se advirtió, es la única tendiente a demostrar vinculaciones económicas entre Eucarpo y sus padres, dice así en lo pertinente que fue expresado por el declarante, de manera voluntaria, una vez agotado el interrogatorio respectivo: «como un reconocimiento de justicia y de honra a su memoria dejo constancia de que Eucarpo Hoyos fue un servidor excelente desde todo punto de vista y de magníficas condiciones morales y de buen hijo que con su sueldo atendía a las necesidades de sus padres que son extremadamente pobres y ancianos».

Las consideraciones que anteceden ponen de manifiesto que, no está acreditado, en forma legal, el daño material sufrido por la parte demandante.

V

Perjuicios morales.

Si en principio todo daño, así sea material o moral, debe repararse, ese postulado, tan fácilmente enunciable, ofrece serias dificultades en su aplicación al daño moral. Como no todos los daños morales son de idéntica especie, las normas que los rigen no han de ser iguales en todos los casos. Parece que la falta de esta diferenciación indispensable entre diversas clases de daño moral, según su naturaleza, ha llevado confusión a expositores y jueces, que aplican a todas las clases de daño moral idéntico criterio, sin distin-

guir, como es obvio hacerlo, entre las varias formas en que se presenta con características propias y especiales. Generalización que produce oscuridad y dificultad en la apreciación del daño moral y de los medios aptos para su reparación y satisfacción.

El daño moral es la lesión del patrimonio moral propiamente dicho —en oposición al económico— y que comprende el patrimonio efectivo y el social de cada persona y que se vulneran en los atentados que hieren los sentimientos de amor en la familia o que afectan el honor, la reputación, las consideraciones sociales. Hay perjuicio moral cuando se atacan esos intereses legítimos o bienes no económicos de los que integran el patrimonio moral de una persona.

Algunas veces ese daño moral permanente en el orden subjetivo, lesionando o quebrantando aquellos intereses morales. En otros casos la lesión llega a materializarse, por sus manifestaciones exteriores. Esa objetivación del daño moral en cuanto puede hacerse para darle realidad procesal jurídica, constituye daño moral y no material, porque el perjuicio moral se forma por la afectación de los intereses no económicos ya enunciados, aunque la lesión tenga manifestaciones objetivas. De acuerdo con este principio, es daño moral objetivo la enfermedad proveniente de un ataque al sentimiento de afección y la depresión psíquica, con el mismo origen, que produce inhibición para el trabajo, y que consecuencialmente se refleja en el patrimonio material.

Como el daño intrínsecamente moral contempla un perjuicio puramente subjetivo, en él tan sólo el presunto lesionado sería capaz de medir la intensidad de la lesión; cualquiera otra intervención dirigida a lograr ese objeto resulta ineficaz, porque es imposible someter a una escala de medida la personalidad psicológica, compleja y múltiple, de los agentes receptores del perjuicio moral. Este daño moral subjetivo inasible por su naturaleza, no puede reducirse a cifras ni traducirse pecuniariarmente, si no se quiere caer en la más completa arbitrariedad.

El daño moral objetivado puede fácilmente repararse porque es tangible, estimable con relativa facilidad, concretable en cifras numéricas. Las repercusiones objetivas del daño moral han de indemnizarse aplicándoles las normas que regulan el resarcimiento del perjuicio material. Se procura y se obtiene que ese perjuicio moral se objetive, y por esa vía se llega a la reparación debida.

Si de reparación del daño moral se trata, hay que admitir que como tal no es posible lograrla sino en la medida de su objetivación.

Pero aunque sea imposible la reparación del daño intrínsecamente moral, ello no implica que haya de quedar sin una satisfacción de orden pecuniario, como así lo llama Josserand y con él otros expositores.

Tal es el criterio de la ley colombiana, cuyo sistema armoniza con los principios que informan la definición de ese daño y de su indemnización. Para el daño moral no objetivable admite la ley colombiana una pequeña satisfacción pecuniaria, que se gradúa prudencialmente por el juez, según la circunstancia de cada caso, dentro de la cuantía señalada en el artículo 95 del Código Penal. (Véase sentencia de 23 de abril de 1941, *Gaceta Judicial* números 1971-72, página 424).

Aplicando al caso de autos la misma doctrina que acaba de exponerse, y habida consideración, por otra parte, a que el medio probatorio adecuado para la comprobación del daño moral subjetivo no puede ser directo sino a base de simples presunciones de hombre, es de justicia y de razón presumir que el demandante ha sufrido ese daño. Las relaciones estrechas de parentesco entre el actor y la víctima que suponen una vinculación de afecto entre ambos, contra la cual nada se ha acreditado que sirviese de base para pensar que esos vínculos no existían al tiempo de la muerte de Eucarpo, entre él y su padre, indican que se ha inferido daño en el patrimonio afectivo, el que por la relación tan estrecha de padre a hijo y las demás circunstancias que configuran ese vínculo, impone una condenación en el máximum del *quantum* autorizado por la ley.

Como el daño moral objetivado no aparece establecido en el juicio, no hay lugar a condenación en este punto.

Respecto del daño material, según lo ya expuesto, tampoco procede una decisión condenatoria.

FALLO:

En obedecimiento a las razones 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, reforma así el fallo proferido por el Tribunal Superior de Bogotá en este juicio:

Primero. La Nación es civilmente responsable de los perjuicios morales no objetivados sufridos por el demandante con motivo del siniestro de aviación ocurrido en el campo de Santa Ana, durante la revista militar que en tal fecha y lugar se desarrolló.

Segundo. Seis días después de la ejecución de este fallo, pagará la Nación, a Alejandrino Hoyos,

la cantidad de dos mil pesos ($ 2.000) moneda legal como valor de los perjuicios a que se refiere el punto primero.

Tercero. Absuélvase a la Nación de los demás cargos a que hace referencia la demanda.

Publíquese, notifíquese, cópiese y devuélvase.

ANÍBAL CARDOSO GAITÁN, JOSÉ M. BLANCO NÚÑEZ, ARTURO TAPIAS PILONIETA.—*Manuel Pineda Garrido*, Secretario.

Competencia privativa de los Tribunales Administrativos para el conocimiento de ciertas acciones.

Por la razón de que los Tribunales Administrativos tienen jurisdicción privativa para conocer de las acciones de reparación originadas en *actos*, *hechos* u *operaciones* de carácter administrativo, provenientes de autoridades municipales, departamentales o nacionales, según las leyes de competencia establecidas en el nuevo Código (artículos 34, numeral 10, 51, 54, numeral 2.º, 67 y 68), la justicia ordinaria carece hoy del poder de decisión sobre los mismos negocios, aunque versen sobre reparaciones de índole estrictamente civil. Estas acciones en adelante deben proponerse ante los Tribunales de lo Contencioso-administrativo, dentro del término de cuatro meses, pasado el cual prescriben. (Artículo 83).

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, octubre veintinueve de mil novecientos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta).

Se trata de definir el recurso de apelación interpuesto por el señor Fiscal del Tribunal Superior de Medellín, contra el auto de dicho Tribunal por medio del cual declaró inadmisible la excepción dilatoria de declinatoria de jurisdicción que aquel funcionario propuso antes de contestar el libelo de demanda que contra el Departamento de Antioquia inicia el señor Juancho Gutiérrez, con el objeto de que en sentencia dictada en juicio ordinario se condene a la entidad demandada a devolverle el valor de unos impuestos indebidamente cobrados.

El libelo de demanda en los siguientes numerales detalla la causa o razón de la acción:

«Primero. El artículo 8.º de la Ordenanza número 37 de 1929 creó un "impuesto departamental de tránsito" sobre todos los vehículos de ruedas que circularan en el Departamento, impuesto ese que sería cubierto por los propietarios de dichos vehículos por mensualidades anticipadas y de acuerdo con la tarifa que la misma disposición establecía.

«Segundo. El Consejo de Estado, en sentencia de fecha 23 de junio de 1934, declaró que el artículo 8.º de la Ordenanza número 37 de 1929 era ilegal y que, en consecuencia, el Departamento de Antioquia no podía cobrar los impuestos "de tránsito" por aquella disposición establecidos.

«Tercero. La Asamblea Departamental aprobó en sus sesiones de 1940 la proposición que en seguida transcribo: "La Asamblea conceptúa que deben devolverse los impuestos directos cobrados a virtud del extinguido artículo 8.º de la Ordenanza 37 de 1929 y, en consecuencia, solicita de la honorable Junta de Rentas que proceda a hacerlo de la partida global, a medida que se vayan presentando las reclamaciones individuales plenamente comprobadas".

«Cuarto. La honorable Junta de Rentas ha ordenado que a algunas de las personas que pagaron el ilegal impuesto de "tránsito" se les devuelva lo que el Departamento percibió indebidamente de ellas. Pero a última hora ha resuelto desatender las reclamaciones que en tal sentido han formulado los interesados —entre ellos el suscrito— que también pagaron, por razón de una ordenanza *nula*, sumas apreciables al Departamento.

«Quinto. En el lapso comprendido entre el 1.º de enero de 1930 y el 31 de agosto de 1934 se me cobró indebidamente el "impuesto departamental de tránsito" por los vehículos de mi propiedad distinguidos con los números 243, 441, 858, 1283, 1810, 2253, 2400, 2488, 1813, 1814, 1815, 1816, 1712, 1283 y 1464. Pagué, por tal concepto, la suma de mil ciento veinticuatro pesos con ochenta centavos, en total.

«Sexto. El pago de los mil ciento veinticuatro pesos con ochenta centavos ($ 1.124.80) a que se refiere el hecho anterior, fue un *pago de lo no debido*, pues todo impuesto, para que sea exigible, debe estar autorizado por una disposición legal, y la Ordenanza 37 de 1929 fue anulada —en lo

pertinente— por ser contraria a la ley. De ahí que el Departamento se enriqueciera injustamente a mis expensas y que mi patrimonio sufriera, como sufrió, un empobrecimiento también injusto».

La excepción de declinatoria de jurisdicción se funda en que por tratarse de un litigio referente a un impuesto, el Organo Judicial carece de competencia para desatarlo, pues de acuerdo con el artículo 76, él conoce de los asuntos contenciosos en que sea parte un Departamento cuando se controvierten cuestiones de Derecho Privado. En el presente caso la controversia es más de Derecho Público que de Derecho Privado.

La tesis del Fiscal fue rechazada por el Tribunal por considerar que la relación que se pretende establecer, pago de lo no debido, es de Derecho Privado.

El señor Procurador Delegado en lo Civil manifiesta que no sustenta el recurso de apelación, y pide que se confirme el auto apelado, el cual resulta legal a la luz de la última doctrina de la Corte sobre la materia.

La Corte encuentra justificada la actitud asumida por el señor Procurador. Ciertamente el problema controvertido —sobre la potestad del Poder Judicial en orden a conocer de las acciones civiles resultantes de la nulidad declarada de un acto administrativo, cuando tales acciones dejaron de proponerse a los Tribunales Administrativos al demandar la nulidad del acto— fue ampliamente estudiado por esta Sala en sentencia de fecha 30 de junio último dictada en el juicio de Rafael Bernal Medina contra el Departamento de Cundinamarca. En aquel fallo se examinó el punto a la luz del artículo 4.° de la Ley 80 de 1935, que era el que también regía cuando se inició el presente juicio de Juancho Gutiérrez. De consiguiente como fundamento de la actual decisión de la Corte se transcribe lo que sobre el particular está ya expuesto:

«El aspecto de competencia.

«El señor Procurador sostiene que la justicia ordinaria es incompetente para conocer de la acción, por razón de la doctrina que sentó la Corte en fallo de 28 de marzo de 1941, recaído en el juicio ordinario por perjuicios de Manuel J. Bohórquez contra el Departamento de Boyacá. "Se está, pues, ante un negocio en que el Tribunal *a quo* carecía de jurisdicción para conocer de él, y en que, por unas mismas razones, ha de aplicarse idéntico concepto jurídico a la actuación de esa superioridad".

«La Corte encuentra que no hay paridad entre el caso confrontado por la sentencia de 28 de marzo de 1941, publicada en la *Gaceta Judicial* números 1973 y 1974, tomo LI, páginas 731 a 735, con el que es motivo de este pleito.

«En el primero el interesado cuando ventiló sus derechos ante el Contencioso Administrativo planteó además de la acción de nulidad del acto, una acción reparadora de plena jurisdicción, solicitando que se le restableciera en el derecho violado.

«Pero el caso actual es distinto. Dentro del juicio contencioso administrativo correspondiente, el demandante señor Bernal Medina no ejercitó la acción de plena jurisdicción. Limitóse a demandar la nulidad del acto administrativo, pero nada pidió en relación con el restablecimiento del derecho violado, por lo cual los respectivos tribunales nada pudieron tampoco estatuír al respecto.

«Surge entonces el siguiente interrogante: ¿Por no haberse propuesto ante los tribunales administrativos las acciones reparadoras consecuenciales de la nulidad decretada, tales acciones se perdieron definitivamente o están indemnes y de ellas puede conocer la justicia ordinaria?

«En sentir de la Sala la omisión del demandante de la nulidad cuando propuso y obtuvo ésta ante los Tribunales Contencioso-Administrativos, no produce la pérdida al derecho de reparación.

«Así parece deducirse del artículo 4.° de la Ley 80 de 1935, que prescribía: "En los asuntos contenciosos administrativos, cuando se ejercite la acción privada, tanto los Tribunales Seccionales como el Consejo de Estado, al fallar las demandas determinarán con la debida precisión la manera como deba restablecerse el derecho violado, si fuere el caso, y *siempre que así se haya solicitado*".

«Esta disposición que vino a ampliar la jurisdicción de los Tribunales Administrativos, capacitándolos para conocer de las acciones civiles de reparación consecuenciales de la nulidad de un acto administrativo, no fue muy clara ni técnica en su redacción. Porque de su contexto no parece deducirse precisamente que la acción reparadora debiera proponerse con la demanda de nulidad, y que los tribunales administrativos tuvieran competencia exclusiva para decidirlas. La frase "y siempre que así se haya solicitado", interpretada en su sentido natural y obvio bien podía traducirse en el sentido de que establecía una facultad ejercitable a voluntad del interesado, ante la justicia administrativa, a la que el artículo le otorgaba un poder excepcional, o ante la justicia ordinaria, cuyo poder de decisión sobre acciones de reparación era general. Ante la vaguedad del concepto legal no es de consiguiente equitativo a la luz de la disposición preinserta, inferir que del hecho simple de haberse dejado de proponer la

consiguiente acción reparadora consecuencial de la nulidad del acto administrativo, ante el Tribunal respectivo, surja el efecto legal del agotamiento de toda reparación. Porque eso sería prácticamente tal efecto. Pues la justicia ordinaria estaría inhibida de conocer. Y como ante los Tribunales Administrativos sólo podía ejercitarse el derecho en la única oportunidad que se ofrecía cuando se proponía la demanda de nulidad, según el artículo, comoquiera que las disposiciones del Código Contencioso que rigió hasta el primero de abril próximo pasado, en que fue reemplazado por el nuevo estatuto contenido en la Ley 167 de 1941, no ofrecían otra oportunidad, era indudable que el camino para hacer efectiva la reparación proveniente de un acto anulado quedaba cerrado. En estas circunstancias poseyéndose el derecho —puesto que el no haberlo propuesto al ejercitarse la nulidad del acto no equivale a una renuncia ni menos a prescripción de la acción— no había manera de ejercitarlo; ante la justicia ordinaria, porque era incompetente, y ante la justicia administrativa, porque había pasado la oportunidad que brindaba el artículo 4.° citado.

«La estructura todavía incompleta que el Código Contencioso anterior le daba a la jurisdicción de la justicia administrativa, se prestaba pues a sostener, ante la necesidad de reconocer el ejercicio del derecho a la reparación, que la justicia ordinaria debía conocer de esas acciones cuando el interesado no había podido o no había querido someterlas a la justicia administrativa en el momento de demandar la nulidad del acto perturbador de su derecho por causa quizá de que en ese momento le era imposible apreciar la magnitud del perjuicio que se le infería y esperaba que ese perjuicio estuviera en pleno desarrollo para poder cobrarlo.

«La Ley 167 de 1941, que implica un nuevo y gran avance en la organización científica y armónica de la justicia administrativa, y que empezó a regir desde el primero de abril pasado, regulariza mejor la cuestión. Ella no deja campo a esa dualidad de jurisdicciones inconveniente y anticientífica en extremo. La Ley después de delinear con claridad lo que es el contencioso de nulidad (artículo 66), establece el fundamento del contencioso de plena jurisdicción (artículos 67 y 68), con lo cual distinguió muy claramente los dos contenciosos, siguiendo así fielmente el derrotero de la doctrina francesa, evitando el confusionismo que ocasionaban las leyes anteriores que involucraban la acción de nulidad con la acción privada, pero sin darle el pleno y consecuencial desarrollo que la segunda merecía. Con miras indudablemente también a este desarrollo la nueva Ley creó el juicio ordinario ante los Tribunales administrativos (artículos 124 y siguientes) destinado a la tramitación de los negocios para los cuales no señale un trámite especial. Hoy cualquiera acción civil originada en un *acto*, un *hecho*, o una *operación administrativa*, puede hacerse efectiva ante dichos Tribunales, sin que ocurra dificultad respecto al modo de ejercitarla, pues a falta de procedimiento especial se deberá promover el juicio ordinario. De este modo el interesado que no obtuvo la plena restauración de su derecho quebrantado por un acto administrativo, debido a que no pudo solicitar la respectiva reparación integralmente, en el momento en que demandó la nulidad del acto, podrá hacerlo después por la vía ordinaria.

«Por esta razón, y además por la muy poderosa, de que los Tribunales Administrativos tienen jurisdicción privativa para conocer de las acciones de reparación originadas en *actos, hechos* u *operaciones* de carácter administrativo, provenientes de autoridades municipales, departamentales o nacionales, según las leyes de competencia establecidas en el nuevo Código (artículos 34, numeral 10, 51, 54, numeral 2.°, 67 y 68), la justicia ordinaria carece hoy del poder de decisión sobre los mismos negocios, aunque versen sobre reparaciones de índole estrictamente civil. Estas acciones en adelante deben proponerse ante los Tribunales Contencioso-Administrativos, dentro del término de cuatro meses, pasado el cual prescriben (artículo 83).

«El presente asunto pertenece a aquella categoría de negocios que hoy corresponden a la justicia administrativa. En efecto, Rafael Bernal Medina le cobra al Departamento de Cundinamarca los perjuicios que sufrió por causa del Decreto número 49 de 20 de enero de 1936. Por su instancia el Decreto fue anulado por el Juez contencioso administrativo. Pero entonces y con motivo de la demanda omitió ejercitar la respectiva acción de reparación del daño causado. La ejerció después, bajo la vigencia del artículo 4.° de la Ley 80 de 1935, y demás preceptos que regulaban la competencia de los Tribunales Administrativos, los cuales como está visto no eran claros en el sentido de quitarle toda competencia a la justicia ordinaria; y la ejercitó ante la justicia ordinaria. Estuvo así bien ejercitada. Si la hubiese ejercitado bajo la vigencia del nuevo estatuto, Ley 167 de 1941, indudablemente habría tenido que proponer su demanda ante el Tribunal Administrativo correspondiente.

«Y no obstante la nueva Ley de competencia, la

Corte retiene jurisdicción excepcional para fallar este asunto, por haberse propuesto bajo el amparo de la ley antigua. En este particular el conflicto de leyes está regido por el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, disposición general aplicable a toda clase de procedimientos. Al presente, el negocio está en segunda instancia, de consiguiente se trata de una actuación ya iniciada, en que rige la ley anterior, inclusive para los efectos de la competencia. Sobre el punto existe doctrina de esta Sala, según puede verse en la sentencia de 24 de septiembre de 1940, publicada en la *Gaceta Judicial* números 1961, 1962 y 1963, tomo L, página 236, donde se dijo: "Aunque el artículo 4.° de la Ley 153 de 1938 atribuyó al Consejo de Estado el conocimiento de las demandas sobre pensiones, recompensas y sueldos de retiro de que antes conocía la Corte, sobre el particular ha conceptuado la Sala que tiene jurisdicción para conocer de esos asuntos cuando la demanda ha sido instaurada antes de la vigencia de aquella Ley".

«Descartado así el escollo de la competencia de la Corte, corresponde en seguida avocar el estudio de la acción, lo cual será materia de los capítulos siguientes».

En atención a 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, y acorde con la opinión del señor Procurador Delegado en lo Civil, *confirma* el fallo apelado.

Publíquese, cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente a la oficina de su origen.

ANÍBAL CARDOSO GAITÁN, JOSÉ M. BLANCO NÚÑEZ, ARTURO TAPIAS PILONIETA. - *Manuel Pineda Garrido*, Secretario.

EXCEPCIONES. — FIANZA

La fianza, como obligación personal accesoria, puede sufrir limitaciones tanto en la cuantía como en el tiempo, en relación con la obligación principal y, como contrato, sus cláusulas deben interpretarse unas por otras, dándoles el sentido que mejor convenga a éste en su totalidad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, noviembre dos de mil novecientos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta).

En el juicio ejecutivo que por jurisdicción coactiva adelanta el Departamento de Nariño contra Flavio E. Sánchez y Zoila Rosa Carvajal de Navarrete para el pago de la cantidad de $ 612.79 proveniente de un alcance deducido al primero por la Contraloría General del mismo Departamento, el apoderado de dicha señora y también defensor del ausente Flavio E. Sánchez propuso un pliego de excepciones con el ánimo de enervar la ejecución. El incidente de acuerdo con la ley pasó al conocimiento en primera instancia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, corporación que, previos los trámites de rigor, le puso término en sentencia del 9 de mayo del corriente año, en la cual declaró no probadas las excepciones y ordenó seguir adelante la ejecución.

Contra el fallo del Tribunal no se conforma la parte ejecutada, habiendo interpuesto por tal causa el recurso de apelación, del que va a ocuparse la Corte por haber llegado el negocio oportunamente a su jurisdicción.

Las excepciones según los hechos propuestos se pueden reducir a dos, de naturaleza distinta: primero, *inexistencia de la obligación*, fundada en el hecho de no haberse examinado y fenecido la cuenta del señor Sánchez en su calidad de ex-Agente de rentas departamentales en la población de Buesaco, conforme lo ordenan las disposiciones fiscales; de manera que el alcance deducido en esas circunstancias es manifiestamente ilegal; y segundo, *inexistencia de la obligación de la señora Zoila C. de Navarrete*, en su calidad de fiadora del principal obligado señor Sánchez. Esta excepción englobando todas las alegaciones que se hacen en el memorial de excepciones en defensa de la fiadora, se funda en síntesis, en que ella no quedó obligada a servir la garantía de la fianza en favor del señor Sánchez sino durante sesenta días improrrogables, término que se fijó para prestar la caución hipotecaria que debía constituír el citado empleado; y corresponder el alcance a meses distintos a los que ella quedó comprometida, de donde infiere el excepcionante que por tal causa la obligación fue además condicional y está novada.

La segunda excepción, que es la que se encuentra fundada, es viable ante la Corte, porque

se relaciona con la cuestión de derecho atinente a la limitación de la responsabilidad del fiador enfrente al contrato de fianza, procede a estudiarse, teniendo a la vista las constancias procesales.

La excepción como está dicho estriba en que la fiadora señora Carvajal de Navarrete se obligó a garantizar la responsabilidad del señor Sánchez solamente por sesenta días improrrogables, y por tanto, vencido ese plazo, durante el cual no resultó alcance alguno contra el segundo, la fianza se extinguió.

Revisando el documento de fianza corriente al folio 5 del cuaderno principal allí se lee que la fianza se otorga en forma provisional y mientras el principal obligado constituye garantía hipotecaria. El documento no indica cuál es ese término. Es en el auto que dictó la Contraloría de Nariño de fecha 23 de septiembre de 1938, destinado a darle aprobación a la fianza otorgada, en el que se expresa que la fianza *se acepta por el término improrrogable* de 60 días, conforme a lo dispuesto por la misma Contraloría en Resolución número 10 de 1936.

De consiguiente la intención de las partes, expresada por la Contraloría, no fue que la fianza prestada por la señora Carvajal de Navarrete fuese definitiva, sino provisional, para regir en un plazo de sesenta días, dentro de los cuales el empleado debía constituír garantía hipotecaria. De consiguiente, si dentro del plazo señalado no se prestó la seguridad hipotecaria prevista, y el deudor principal incumplió, pasado dicho término, en el desempeño de sus funciones, el fiador provisional no resulta directamente obligado.

Sabido es 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 sus cláusulas deben interpretarse unas por otras, dándoles el sentido que mejor convenga a éste en su totalidad.

El alcance deducido al ejecutado señor Sánchez se refiere a época posterior a los sesenta días por los cuales lo fió la señora Carvajal de Navarrete. Luego la excepción propuesta por el apoderado de ésta es cierta y ha debido declararse probada. Como así no lo hizo el Tribunal en el fallo apelado, éste debe revocarse.

Habiéndose encontrado acreditada una de las excepciones propuestas, no hay necesidad de examinar la otra, según lo dispone el artículo 344 del Código Judicial.

Por 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* la sentencia apelada del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto pronunciada en este negocio el día 9 de mayo del corriente año, y en su lugar resuelve:

Declárase probada la excepción propuesta por la ejecutada señora Zoila Rosa Carvajal de Navarrete basada en el hecho de que la fianza personal que ella prestó en favor de Flavio E. Sánchez fue sólo provisional por el término de sesenta días, y que el alcance que se le cobra a éste ocurrió después de vencido dicho término. En consecuencia cése la ejecución contra la mencionada señora, a quien se le desembargarán los bienes que se le hayan embargado para el pago.

Publíquese, cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente a la oficina de su origen.

ANÍBAL CARDOSO GAITÁN, JOSÉ M. BLANCO NÚÑEZ, ARTURO TAPIAS PILONIETA. - *Manuel Pineda Garrido*, Secretario.

Responsabilidad civil del Estado por perjuicios causados en la tragedia de aviación del campo de Santa Ana.

(Por ser igual la doctrina de este fallo a la de otros de la misma índole publicados anteriormente, a ella nos referimos).

La Dirección.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, noviembre tres de mil novecientos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta).

Rafael Miranda Florián demanda a la Nación para que en juicio ordinario se le condene a pagarle los perjuicios de toda clase que la Nación le causó por ser responsable civilmente de las heridas e incapacidades que el demandante recibió en el siniestro aéreo del campo militar de Santa Ana, Municipio de Usaquén, ocurrido el 24 de julio de 1938, con motivo de haberse estrellado sobre la multitud que asistía allí a una revista militar, el avión piloteado por el Teniente de aviación César Abadía.

La primera instancia fue fallada por el Tribunal de Bogotá en sentencia del 5 de febrero de 1941. Por falta de pruebas fue absuelta la Nación. El demandante apeló y por ello el expediente vino al conocimiento de la Corte donde están agotadas las formalidades de la segunda instancia. La Nación ha estado representada por los respectivos Agentes del Ministerio Público.

CAPITULO I

LOS HECHOS ACREDITADOS

Con las pruebas allegadas especialmente en la segunda instancia se establece:

1.° Que la revista militar del campo de Santa Ana, realizada por el Ejército en cooperación con la Aviación militar, el día 24 de julio de 1938, fue ordenada por el Gobierno Nacional en conmemoración de la fiesta nacional de ese día, y a ella se invitó al Cuerpo Diplomático, los altos funcionarios públicos y al público en general.

2.° Que dentro del programa de la revista figuraron unas pruebas de acrobacia a cargo de una escuadrilla de caza de la Aviación militar, comandada por el Teniente César Abadía.

3.° Que cuando este aviador ejecutaba una maniobra de «rollo lento» sobre las tribunas, a una altura inferior a 150 metros, el avión que piloteaba chocó contra el borde occidental de la tribuna que ocupaba el Cuerpo Diplomático, a consecuencia de lo cual se vino a tierra, rodando incendiado por espacio de muchos metros.

4.° Que en el Ministerio de Guerra existe un reglamento de vuelos y acrobacias, con las siguientes prescripciones:

«4.° *Altura mínima.* Toda maniobra acrobática debe terminar a una altura no menor de 500 metros.

«5.° *Prohibición.* No podrá volar un avión acrobáticamente sobre: *a)* Ciudades, poblaciones, etc. *b)* Aeródromos, parques, estadios, etc. *c)* Agrupaciones de personas al aire libre.

«6.° *Cerca a ciudades, aeródromos, etc.* Cuando se efectúen maniobras acrobáticas cerca a aeródromos, ciudades, etc., la distancia horizontal mínima calculada desde los límites de éstos no debe ser menor de mil (1.000) metros».

5.° Que la orden de operaciones dictada por el Capitán García Bonilla, en su carácter de Comandante del escuadrón aéreo que tomaba parte en la revista, contenía los siguientes números que los aviadores debían ejecutar:

«*Orden de desfile y maniobras.*

«1.° Se hará una pasada del conjunto de máquinas por sobre las tribunas, así:

«Aviones P. T., 150 metros.
«Aviones Falcon, 250 metros.
«Aviones Hawk, 350 metros.
«Aviones JU-52, 450 metros.

«Las formaciones serán de acuerdo con el esquema anterior.

«2.° Terminada la primera pasada en conjunto del escuadrón los aviones JU procederán a aterrizar.

«3.° Después de la primera pasada los aviones P. T. regresarán a las tribunas en escalón de máquinas y a una altura de 300 metros iniciarán un

Lufberry de cuatro vueltas, saliendo de él las máquinas unas tras otras, y procederán a aterrizar.

«Los Falcon, también después de la primera pasada y en escalón de máquinas regresarán a las tribunas e iniciarán un Lufberry de cuatro vueltas y en sentido opuesto al de las P. T. Saldrán las máquinas una tras otra y procederán a aterrizar. Altura para esta maniobra, 600 metros.

«Los señores Comandantes de las escuadrillas de P. T. y Falcon cuidarán de que se mantenga la altura de 300 y 600 metros, respectivamente, durante la ejecución del Lufberry.

«4.° Terminado el Lufberry de los P. T. y Falcon, el Comandante y ala número 2 de la tercera patrulla de Hawk se separarán del conjunto y ejecutarán maniobras de combate sobre las tribunas. Altura mínima, 500 metros. Tiempo, 10 minutos.

«Terminadas estas maniobras las tres máquinas de la tercera patrulla formarán de nuevo en -V-, en espera de que las máquinas de que trata el punto 5.° terminen su demostración.

«5.° Seguidamente, la primera patrulla de Hawk más el Comandante y ala número 3 de la segunda patrulla, quienes formarán en V de máquinas, ejecutarán Loops en formación y Fleur de lis, a una altura que en ningún caso debe ser menor de 500 metros. Tiempo, 10 minutos.

«6.° A continuación, la tercera patrulla y el ala número 2 de la segunda patrulla se unirán a las cinco máquinas de acrobacia y en formación de escalón de máquinas, los nueve Hawks vendrán sobre las tribunas y ejecutarán una carrera de ratón a una altura no menor de 500 metros. Tiempo, 15 minutos. Terminadas estas maniobras las máquinas procederán a aterrizar.

«(Fdo.) *Jesús M. García B.*, Jefe Sección Operaciones».

6.° Que el Director General de Aviación, momentos antes de iniciarse la revista, dirigió al Comandante del escuadrón, Capitán García Bonilla, el siguiente radiograma:

«Campo de Santa Ana, 24 de julio de 1938. Capitán García —Techo— Repítole orden maniobras deben efectuarse al norte del campo sobre tanque Estación Usaquén altura no menor ciento cincuenta metros. Informarásele permanentemente estado revista. Mayor Méndez—Dirgenav».

7.° En la hoja de servicios del Teniente Abadía figuraba como uno de los mejores pilotos de la aviación militar, pero con esta advertencia: «Le falta seriedad para comandar.... Es un verdadero militar en campaña; en paz es muy *juguetón*».

8.° En uno de los ensayos preliminares de la revista el Teniente Abadía violó el reglamento de vuelos y por tal causa se le aplicaron sanciones disciplinarias.

9.° Que entre las víctimas de la tragedia de Santa Ana figura el demandante Rafael Miranda Florián, quien permaneció hospitalizado en el Hospital de San José, de esta ciudad, desde el día del accidente hasta el 23 de agosto siguiente, por causa de las quemaduras que recibió, y a quien el Consejo de Estado en sentencia que lleva fecha 30 de noviembre de 1939 reconoció un auxilio por la suma de $ 510, por razón del mismo accidente, según las disposiciones de la Ley 100 de 1938 y su Decreto reglamentario.

CAPITULO II

LAS CAUSAS DE LA TRAGEDIA

De las comprobaciones del expediente surgen patentes las causas tanto directas como indirectas de la lamentable tragedia del campo militar de Santa Ana. Debiéronse las primeras a la conducta misma del Teniente Abadía, quien contrariando la orden superior hace sus peligrosas y arriesgadas acrobacias a alturas menores de 150 metros y sobre el propio campo en donde se agrupaba una densa multitud. Sobre el particular es muy diciente el informe que rindió al Ministerio de Guerra la comisión técnica nombrada por el Gobierno para establecer el origen y los motivos del siniestro, compuesta de dos aviadores, un ingeniero y un inspector técnico, la cual llegó a las siguientes conclusiones:

«Los suscritos pasan a rendir el dictamen que se les solicita *acerca de las causas inmediatas de orden técnico que originaron el lamentable siniestro aéreo de Santa Ana, teniendo en cuenta las circunstancias de las maniobras objetivamente apreciadas durante la revista* y lo hacen, unánimemente, en la siguiente forma:

«El Teniente Abadía dirigía en calidad de Comandante la Escuadrilla de Caza que estaba efectuando maniobras acrobáticas, y en el momento a que nos referimos ejecutaba la "Carrera de Ratón", una vez terminada la acrobacia en formación.

«El Teniente Abadía terminó una "picada" a unos 30 metros de altura sobre el nivel del suelo e inició un rollo lento descendente en dirección Norte a Sur. Terminada la primera parte del rollo se mantuvo algunos instantes en vuelo invertido, sensiblemente a la horizontal, y luégo ejecutó la segunda parte del rollo en la misma inclinación. Al terminarlo perdió altura debido a una pequeña patinada a la salida de tal maniobra e inmediatamente inició un viraje sobre la derecha.

«El conjunto de las maniobras descritas tuvo

lugar al norte de las tribunas y frente a la marcada con el número 9 en el plano del "Campo de Marte". Al terminar dichas maniobras la altura del avión sobre el techo de la mencionada tribuna era aproximadamente de unos 10 metros, lo que hace unos 20 metros sobre el suelo.

«El viraje que inició entonces debía colocarlo con frente al Noroeste y llevarlo sobre el campo de las maniobras militares por encima de las tribunas y pasando muy cerca del extremo oeste de la tribuna número 2. Para ejecutar con éxito esta maniobra sólo podía perder unos cinco metros de altura pero debido a la densidad atmosférica (presión normal en la Sabana 560 milímetros) y al corto espacio de que disponía para terminar esta curva con éxito (100 metros aproximadamente) la máquina patinó y fue a chocar con la rueda derecha contra el borde occidental de la tribuna número 2 (Diplomáticos). Al chocar la rueda mencionada contra el techo metálico y el maderamen que constituía ese borde y gracias a la sustentación que tenía la máquina por la velocidad que llevaba ésta saltó invirtiendo el sentido de la curva, seguramente ayudada por la acción de los comandos en el mismo sentido, por parte del piloto. Perdiendo la velocidad cayó entonces hacia el Suroeste llevándose con la punta del ala derecha la escalera de acceso al segundo piso de la tribuna presidencial. Este nuevo choque cambió la dirección del aparato ligeramente hacia el Oeste haciéndolo chocar contra el suelo detrás de la tribuna presidencial donde se inició el incendio. El avión saltó incendiándose para ir a caer cerca del lugar donde se encontraba la Estación de Radio de campaña al servicio de la Dirección General de Aviación y siguió de ahí, arrastrándose sobre el suelo por efecto de la fuerza de inercia, hasta el lugar donde se encuentran hoy los despojos.

«El hecho de iniciar una maniobra acrobática a unos 30 metros de altura sobre el suelo de la Sabana de Bogotá, con una presión atmosférica de sólo 560 milímetros y sobre un campo recalentado por el sol y colmado de multitud, donde podía preverse la presencia de zonas atmosféricas enrarecidas por efectos térmicos, constituye un error técnico por parte de cualquier piloto experto en acrobacias.

«El mantenerse en vuelo invertido, aunque fuera por pocos instantes, dentro de las circunstancias anotadas y especialmente a la altura en que se encontraba sobre el campo, constituye una nueva temeridad que también debe considerarse como error en un piloto experimentado.

«La terminación del rollo lento no ofrece crítica ninguna y la pérdida de altura por patinada a su terminación es normal en tal ejercicio dada la altitud y las condiciones atmosféricas en que se ejecutaba.

«Lo que resulta incalificable, por la magnitud del error que comprende, es la última maniobra de viraje de ciento treinta grados que pretendió ejecutar entonces, a sólo 20 metros de altura y casualmente sobre la zona en que era casi segura la presencia de un enrarecimiento atmosférico proveniente de la irradiación del sol sobre un piso desnudo de vegetación y colmado de gentes. Se agrega además, como agravante, la presencia de esa muchedumbre y el reducido espacio de que disponía para poder coronar con éxito su temerario intento.

«Dentro de las condiciones anotadas resulta normal la patinada sufrida por la máquina como consecuencia de fenómenos puramente aerodinámicos y en ningún caso como falla en el funcionamiento mecánico del aparato, cuyos órganos motores así como su estructura y comandos se encontraban en excelentes condiciones.

«El incendio que se produjo como consecuencia del choque sufrido contra los postes de la cerca que se encontraba al pie de la tribuna, resultó de la rotura de los tanques de gasolina y se produjo el contacto con los exostos incandescentes de los cilindros del motor. La volatilidad e inflamabilidad de la gasolina etílica de 87 octanas que llevaba el avión y el momento en que ésta entró en contacto con los exostos explica la rapidez del incendio y su aspecto explosivo. El carácter particularmente tóxico de esta clase de combustible agravó las consecuencias de las quemaduras sufridas por las víctimas.

«La forma rápida en que se provocó el incendio, la ausencia de rastros de fuego sobre el terreno en el lugar en que éste se produjo, y el hecho de no haberse encontrado ninguna víctima carbonizada, indican que el motor estaba funcionando cuando el combustible se derramó de los tanques rotos. Lo mismo indica la posición en que encontramos el switche en los escombros. Por otra parte, la manivela del acelerador estaba en el máximum de su apertura. Todo lo cual y la forma como aconteció el siniestro según lo dejamos descrito, nos demuestra que el Teniente Abadía trató de controlar su máquina hasta el último momento; sus esfuerzos contribuyeron, en parte, a que el desenlace de aquél no alcanzara proporciones mayores.

«El examen detenido de los restos del avión nos confirma en la fundada opinión de que el material se encontraba en perfecto estado de servicio pues todas las roturas aparecen como consecuencia de los repetidos y fortísimos golpes recibidos por éste y no como resultado de vicios o defectos (cristalización, grietas, venceduras, etc).

«En esta forma dejamos concluído el dictamen que se nos solicita haciendo constar que el Inspector Técnico, Justino Mariño, no estuvo presente en la revista por encontrarse en el aeródromo de Techo llenando las funciones de su cargo y que los conceptos emitidos por él se basan en las observaciones hechas durante la visita ocular que verificamos en el sitio del siniestro durante la tarde de ayer y que fueron ampliamente discutidos con los demás miembros de la comisión y aceptados por ellos.

«Como anexos enviamos el informe que nos rindió el Servicio Aerológico de la Dirección General de Aviación sobre la presión atmosférica en Bogotá en las horas del siniestro. Bogotá, julio 27 de 1938.—Capitán *José I. Forero.*—Capitán *Francisco Santos C.—Luis Gómez Grajales*, Ingeniero.—*Justino Mariño*, Inspector Técnico».

Y la responsabilidad indirecta de la tragedia radica esencialmente en los funcionarios militares del arma aérea que prepararon la revista, que incurrieron en imprudencias palpables, como son:

1.° Haber elaborado el orden del desfile para las maniobras de los aviadores, incluyendo números tan peligrosos para los aviadores y el numeroso público que los iba a contemplar, como el de la «carrera de ratón» y otros, permitiendo algunas de esas evoluciones sobre las tribunas, según se comprueba con la lectura de dicho documento, copiado en el punto *quinto* del capítulo anterior; con lo cual se apartaron del reglamento de vuelos y acrobacias que existe en el Ministerio de Guerra, que proscribe, naturalmente que por su extremada peligrosidad, efectuar vuelos en avión acrobáticamente sobre ciudades, parques, estadios, agrupaciones de personas al aire libre, etc.

2.° Haberle confiado el comando de la escuadrilla a un piloto que aunque experto oficialmente era considerado como indisciplinado y lo más grave aún «falto de seriedad para comandar», quien en los ensayos de la revista había también violado órdenes superiores, con lo cual la imprudencia de mantenerlo a la cabeza de la escuadrilla el día de la revista llegó al más alto grado.

3.° Haberse apartado de la prescripción del citado reglamento de vuelos que prohibe los vuelos acrobáticos a alturas inferiores a 500 metros. Aun cuando en un principio se ordenó que los vuelos guardaran esta altura, el día de la revista se permitió expresamente que los aviadores bajaran a 150 metros. Esta nueva orden está en el radiograma del 24 de julio, del Mayor Méndez para el Capitán García, en el que además se advierte que «las maniobras deben efectuarse al norte del campo sobre tanque estación Usaquén». Advertencia que hubiera sido más satisfactoria y quizá mejor comprendida y observada por los pilotos, si en vez de darse en un telegrama de última hora, se expresa con la debida anticipación en una orden que hubiera derogado detalladamente todos los puntos peligrosos del programa elaborado para el desfile y las maniobras por el Comandante del escuadrón aéreo, pues tal programa fue básico en el desarrollo de las maniobras y con arreglo a él éstas se cumplieron, según se desprende del «memorándum relativo a las investigaciones hechas por dos comisiones técnicas con motivo del accidente de aviación ocurrido en el campo de Santa Ana el 24 de julio de 1938», documento o informe que bajo ese título presentaron al Ministerio de Guerra el General Luis Acevedo y el Mayor Ernesto Buenaventura el 3 de septiembre del año citado.

CAPITULO III

APLICACIÓN DEL DERECHO

En la sentencia del 30 de junio del año próximo pasado, pronunciada en el juicio promovido por la señora Paulina Martínez v. de Jiménez contra la Nación por los perjuicios provenientes de la muerte trágica de su hijo Luis Alberto Jiménez Martínez ocurrida en el mismo siniestro de aviación de Santa Ana (*Gaceta Judicial* número 1977, tomo LII, páginas 109 a 122), se tuvo la oportunidad de examinar por esta misma Sala la responsabilidad civil de la Nación, habiéndose llegado a la conclusión, con base en los mismos hechos que aquí también están acreditados, de que sobre el Estado pesa la obligación de reparar el daño causado.

Esta tesis que hoy se reafirma se basa en que aun con el criterio clásico del Código Civil que reglamenta la responsabilidad civil derivada de la culpa *personal*, y de sus repercusiones o efectos en cuanto compromete también la responsabilidad de tercero, resulta comprometida la responsabilidad del Estado por una presunción de culpa consistente en *falta de vigilancia* o en *mala elección*.

«Antes que haberse desvirtuado la presunción de culpa en contra del Estado por falta de vigilancia y mala elección, —dijo la Corte en la memorada sentencia del 30 de junio de 1941—, los documentos oficiales en que la actora se apoya, dejan establecido no ya una presunción, sino la plena prueba de que al desarrollo de aquella tragedia contribuyó la circunstancia de no haberse tomado por parte de los superiores del Teniente Abadía aconsejadas medidas de previsión. De manera que con la responsabilidad personal del Teniente Abadía corre parejas la indirecta del

Estado, derivada del hecho de que el primero causó el daño con ocasión del servicio que estaba prestando, de volar y hacer ante la multitud que presenciaba las maniobras militares en el campo de Santa Ana, ejercicios acrobáticos. Que el aviador en un momento dado de sus evoluciones aéreas, quebrantara determinada orden superior, no es circunstancia que lo coloque fuera de la misión que se le confió, hasta el punto de desvincular al Estado del daño causado; esa circunstancia apenas significa que el servicio se prestó mal, y esa falta es precisamente la base en que descansa la responsabilidad del Estado».

Ahora si el hecho se juzga con un criterio de estricto derecho administrativo, en que más que a la falta *personal* del subalterno se atiende a la culpa *impersonal* de la Administración, generada en las fallas y deficiencias de un servicio público que en un momento dado se revela mal organizado, la responsabilidad del Estado por la tragedia de Santa Ana resulta de mayor evidencia. Porque tal como el acontecimiento tuvo su desarrollo, no cabe abrigar la menor duda de que obedeció fundamentalmente a notorias faltas del servicio de Aviación militar. Probadas irregularidades en la preparación de la revista y luégo en el momento de ejecutarse. Indisciplina y transgresión de elementales normas de prudencia tanto por superiores como por inferiores. Y no se arguya que el piloto cometió una falta personal. Pues esa falta siempre fue cometida al ejecutar el piloto la función que le correspondía y con ocasión de ella.

CAPITULO IV

LOS PERJUICIOS

Daño material.

En concreto los daños reparables de orden material que sufrió el demandante provienen de las siguientes lesiones personales, según las pruebas que obran en el proceso consistentes en reconocimientos médicos:

Según el examen médico legal que se hizo del señor Miranda, éste «presenta en el dorso de ambas manos, sobre los maxilares y regiones retroauriculares, pabellones auditivos, regiones glúteas y región frontal, quemaduras cicatrizadas definitivamente, de segundo grado. Sobre el labio superior mitad derecha y en el flanco nasal derecho, tiene dos cicatrices lineales de 3 centímetros consecutivas a heridas hechas con cuerpo contundente. Incapacidad: 35 días contados desde el 24 de julio último».

Examinado nuevamente por la Oficina de Medicina Legal el 6 de octubre de 1938, dicha Oficina conceptuó: «Sufrió en definitiva 35 días de incapacidad. Las cicatrices consecutivas a las lesiones que sufrió, constituyen deformidad física que puede modificarse favorablemente. Asimismo hay una limitación para los movimientos de flexión en la mano derecha, lo cual constituye un defecto funcional transitorio».

Por último, el 19 de septiembre de 1939 la misma Oficina rindió su concepto último, en el que manifiesta que el señor Miranda «presenta en el ala derecha de la nariz y en el labio superior y en su lado derecho cicatrices visibles que constituyen una deformidad física permanente. Como consecuencia de las quemaduras recibidas en el dorso de la mano derecha, le quedan cicatrices un poco retráctiles que limitan sus movimientos de flexión, lo cual constituye una perturbación funcional permanente».

El demandante trajo además al juicio las declaraciones de Juan Contreras, Alfonso Daza Rivera y Carlos Saúl Hernández, quienes afirman que el señor Miranda es persona honorable, culta y pobre; que constituye el único apoyo de su familia; que antes del siniestro gozaba de perfecta salud, sin deformaciones ni defectos físicos de ninguna clase, siendo una de sus actividades el profesorado de deportes y profesional de boxeo y pugilismo, en lo cual ganaba alrededor de cincuenta pesos mensuales, y este era el sueldo que le pagaba Contreras en el establecimiento por él regentado denominado Gimnasio Central, por las clases de boxeo que allí daba Miranda; y que a consecuencia de las quemaduras que recibió en la mano éste tuvo que abandonar aquellas actividades.

Con todas estas comprobaciones queda establecido que el demandante sufrió quemaduras en la cara, que al sanar le dejaron cicatrices visibles que constituyen una deformidad física permanente.

Sufrió igualmente quemaduras en la mano derecha, a consecuencia de las cuales le queda un defecto funcional en dicha mano, que le impide volver a ocuparse de sus actividades de profesional de boxeo y deportes.

El demandante no estableció la cuantía de los gastos que hubiera tenido que hacer en médicos, drogas y hospitalización, para curarse de las heridas. Si efectivamente hizo él esos gastos, no hay dato concreto que le sirva a la Corte para ordenar su reparación.

De consiguiente, como daño material queda por reparar lo que el señor Miranda dejó de ganar durante los treinta y cinco días en que estuvo recluído en el hospital, más los emolumentos que de por

vida va a dejar de recibir en su antigua ocupación de profesor de boxeo, a la cual en adelante no podrá ya dedicarse por el defecto funcional de la mano derecha.

En el proceso no se hizo la liquidación de los daños materiales. Por tanto ello deberá ser materia de incidente posterior a la sentencia, sobre las bases concretas que se darán en la parte resolutiva de ella.

Daño moral.

El daño moral irrogado al señor Miranda es incuestionable En el presente caso ese daño se presenta con entidad propia y autónoma de los daños propiamente materiales u objetivados, comoquiera que consiste sustancialmente en la depresión psíquica a que estará en adelante sometido siempre por causa de las cicatrices visibles de la cara, que le deforman el rostro; y más aún por causa de la incapacidad relativa pero permanente de la mano derecha, que le ha mermado su integridad física, de hombre sano y robusto, que le servía y él aprovechaba en actividades atléticas. Lo cual naturalmente constituye en el señor Miranda, causa de preocupación y de pesar en su sér interior.

Bien conocidas son ya las tesis de esta Sala acerca de la reparación del daño moral expuestas en repetidos fallos, que han sido también acogidos por la Sala de Casación Civil. No hay para qué repetir lo que ya está dicho con el fin de justificar la reparación del daño moral y el modo de satisfacerlo, atendiendo a que como carece de materialidad no es posible jurídica ni racionalmente su avalúo por peritos.

En el presente caso la Sala fija en la suma de mil pesos ($ 1.000) la satisfacción que la Nación le debe al señor Miranda por el daño moral inobjetivo que le causó.

CAPITULO V

LA SENTENCIA

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 en consecuencia el recurso de apelación pendiente en este negocio de la siguiente manera:

1.° Revócase la sentencia apelada, de primer grado, pronunciada por el Tribunal Superior de Bogotá;

2.° Condénase a la Nación colombiana a pagar al señor Rafael Miranda Florián los daños materiales y morales que recibió como consecuencia de las quemaduras y heridas de que fue víctima el 24 de julio de 1938 en el campo militar de Santa Ana al caer incendiado un avión del Estado piloteado por el Teniente de aviación militar César Abadía. Las indemnizaciones se ordenan así:

a) Ordénase inmediatamente el pago de la suma de mil pesos ($ 1.000) moneda corriente al demandante señor Miranda, a título de satisfacción por el daño moral subjetivo proveniente de las deformaciones visibles, e incapacidades de carácter permanente de que ha sido víctima;

b) Los perjuicios patrimoniales o materiales se liquidarán en el incidente previsto en el artículo 553 del Código Judicial, teniendo en cuenta estas bases:

1.ª Que el señor Miranda quedó incapacitado para ejercer la profesión de profesor de deportes, en la cual ganaba la suma de cincuenta pesos ($ 50) mensuales;

2.ª El tiempo probable de vida del señor Miranda en que por su salud, juventud y vigor físico necesario hubiera podido ganarse la cantidad expresada en aquella actividad; y

3.ª La cantidad que el señor Miranda dejó de ganar durante los treinta y cinco días que estuvo hospitalizado en las actividades a que comúnmente él se dedicaba para ganarse la vida, pero distintas de las deportivas a que se refiere el numeral anterior.

c) De las indemnizaciones reconocidas deben descontarse las sumas que el demandante haya recibido por concepto de auxilio, según la Ley 100 de 1938.

3.° Dése al Gobierno la comunicación que ordena el artículo 554 del Código Judicial.

Publíquese, cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente a la oficina de su origen.

ANÍBAL CARDOSO GAITÁN, JOSÉ M. BLANCO NÚÑEZ, ARTURO TAPIAS PILONIETA. - *Manuel Pineda Garrido*, Secretario.

Responsabilidad civil del Estado por perjuicios causados en la tragedia de aviación de Santa Ana.

(Siendo la doctrina de este fallo idéntica a la de otros publicados en números anteriores, a ella nos referimos).

La Dirección.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, noviembre tres de mil novecientos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente, doctor José M. Blanco Núñez).

El doctor Carlos H. Pareja, como apoderado de la señora María de Jesús Alcázar y de la menor Ligia Escobar Alcázar, demandó a la Nación, representada por el señor Agente del Ministerio Público, ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, para que mediante el trámite de un juicio civil ordinario de mayor cuantía, se condene a la entidad demandada a pagar los perjuicios de toda clase que sufrieron las demandantes con ocasión del accidente aéreo de Santa Ana del 24 de julio de 1938.

Como hechos fundamentales de la demanda se adujeron éstos:

«1.° En el suceso trágico ocurrido en el campo militar de Santa Ana, Usaquén, el día 24 de julio de 1938, a consecuencia de haberse estrellado sobre el campo un avión militar piloteado por el Teniente César Abadía, sufrieron graves heridas y quemaduras la señora María de Jesús Alcázar y su hija Ligia.

«2.° El avión estrellado, causante de esos daños, era de propiedad nacional, iba conducido por un agente del servicio de Aviación y maniobraba en desempeño de funciones oficiales.

«3.° La Nación es responsable del accidente que causó esos daños y debe indemnizarlos, bien sea por culpa o por mal funcionamiento de aquel servicio».

En derecho se fundó la acción en las disposiciones siguientes: Artículos 15 y concordantes de la Constitución, Ley 45 de 1936 y artículos 289 y siguientes y 2341 y siguientes del Código Civil.

El representante legal de la entidad demandada contestó en estos términos el correspondiente libelo:

«El demandante funda su demanda en tres (3) hechos claramente expuestos en el libelo respectivo; hechos que el suscrito Fiscal contesta en el mismo orden en que aparecen, así:

«Al 1.° No me consta y debe probarse en forma legal. Al 2.° Lo acepto. Al 3.° Es un punto de derecho que por ahora no estoy obligado a contestar. En todo caso niego el hecho.

«Niego el derecho, causa o razón de la demanda. Durante el término probatorio del juicio se presentarán las pruebas que se consideren conducentes a la defensa de los intereses de la entidad de derecho público demandada».

Terminó la instancia ante el Tribunal mencionado con sentencia del 3 de octubre de 1940 en que se absolvió a la Nación de todos los cargos formulados en la demanda promovida.

Por apelación interpuesta por la parte demandante contra dicho fallo, ha subido el asunto a esta Superioridad. Es la oportunidad de decidir el recurso, agotada como está la tramitación de la segunda instancia, incluso la tramitación del incidente relativo al impedimento que el suscrito Magistrado ponente manifestó para abstenerse de conocer del presente negocio, manifestación de impedimento que fue declarado inadmisible por la mayoría de esta Sala.

Debidamente comprobado aparece de autos el siguiente hecho básico de la presente sentencia de condena: El 24 de julio de 1938 se verificó en el campo militar de Santa Ana, Usaquén, una revista aéreo-militar, y mientras se efectuaban acrobacias de aviación se estrelló el avión piloteado por el Teniente César Abadía, causando graves heridas y quemaduras a la señora María de Jesús Alcázar y a su señorita hija Ligia Escobar Alcázar. El avión estrellado era de propiedad de la Nación, y maniobraba en desempeño de órdenes de funcionarios del Ministerio de Guerra. (Folios 1 vuelto, 2 vuelto del cuaderno número 1.°; y folios 9 a 37 del cuaderno número 4).

***

CAUSAS DEL ACCIDENTE

Da cuenta el informativo, con base en documentos de origen oficial, que fueron causas del acci-

dente de aviación de que se trata: *a*) Imprudencia, temeridad, desobediencia e indisciplina del Teniente Abadía. *b*) Negligencia de los funcionarios encargados de la dirección, preparación y realización de la revista militar, por cuanto violaron los reglamentos sobre tránsito aéreo y vuelos acrobáticos relativos al lugar y altura permitidos en tales vuelos. *c*) Mala elección por parte de los funcionarios del Ministerio respectivo, del comandante de la escuadrilla, Teniente Abadía.

En efecto:

Del informe rendido por los señores Capitán José I. Forero, Capitán Francisco Santos C., Luis Gómez Grajales (Ingeniero) y Justino Mariño (Inspector Técnico) «acerca de las causas inmediatas de orden técnico que originaron el lamentable siniestro aéreo de Santa Ana, teniendo en cuenta las circunstancias de las maniobras objetivamente apreciadas durante la revista» (folios 15 a 17 del cuaderno número 4); y del *memorándum* del General Luis Acevedo y del Mayor Ernesto Buenaventura relativo a las investigaciones hechas por las comisiones técnicas con motivo del mismo accidente de aviación, se desprende lo siguiente:

Que entre las órdenes que regularon las actividades de preparación y ejecución de la revista figuran las órdenes verbales impartidas por el Director General de Aviación en la reunión de oficiales verificada en las oficinas de la Dirección, el sábado 23 de julio, habiéndose prescrito como altura mínima la de 150 metros. A esta reunión no concurrió el Teniente Abadía, pero hay constancia de que él recibió individualmente las instrucciones relativas a las maniobras aéreas.

El Teniente Abadía desatendió las recomendaciones y desobedeció las órdenes recibidas en cuanto al lugar en que debían verificarse las acrobacias, y también en cuanto a la altura mínima a que debía maniobrar.

Por su parte, los altos funcionarios del Ministerio de Guerra, con la autorización expresa que contiene el radiograma que en seguida se transcribe, transgredieron los reglamentos de aeronáutica que rigen en Colombia, particularmente en lo que concierne a la altura mínima de 500 metros para los vuelos acrobáticos, y a la prohibición de volar un avión acrobáticamente sobre agrupaciones de personas al aire libre.

El referido radiograma es del tenor siguiente:

«*Capitán García—Techo—Repítole orden maniobras deben efectuarse al norte del campo sobre tanques Estación Usaquén altura no menor 50 metros —ciento cincuenta metros.— Informarásele permanentemente estado revista. Mor. Méndez*, Dirgenav.»

Para mayor claridad y abundamiento sobre el tanto de culpa que corresponde al Estado por los actos de sus funcionarios del Ministerio de Guerra que ordenaron las maniobras aéreas y dirigieron el desfile de aparatos de aviación y permitieron las acrobacias que motivaron el accidente en cuestión, conviene citar aquí los artículos 4.° y 5.° del Reglamento de Tránsito, vigente en 1938, y que regulan la materia relativa a *acrobacias*.

Tales artículos prescriben respectivamente:

«4. *Altura mínima*. Toda maniobra acrobática debe terminar a una altura no menor de 500 metros.

«5. *Prohibición*. No podrá volar un avión acrobáticamente sobre:

«*a*) Ciudades, poblaciones, etc.

«*b*) Aeródromos, parques, estadios, etc.

«*c*) Agrupaciones de personas al aire libre». (Folio 24, cuaderno número 4).

Las causas científicas del accidente se hacen consistir en un deslizamiento sufrido por el avión al salir del llamado «rollo», deslizamiento motivado por no encontrarse los comandos de dirección en posición normal en el momento y después de restablecer el avión de la maniobra; en haberse iniciado una maniobra acrobática a baja altura, —unos 30 metros!—, sobre un campo recalentado por el sol y colmado de multitud, donde podría preverse la presencia de zonas atmósféricas enrarecidas por efectos térmicos, lo cual constituye un error técnico por parte de cualquier piloto experto en acrobacias; el mantenerse en vuelo invertido, aunque fuera por pocos instantes, dentro de las circunstancias anotadas, y, especialmente, a la altura en que se encontraba sobre el campo, una verdadera temeridad del piloto.

La *mala elección* que se hizo al escogerse al Teniente Abadía para comandar la escuadrilla que dirigió el día de la revista, resulta evidente al considerar la calificación que sus superiores tenían respecto de sus aptitudes: «le falta seriedad para comandar». (Folio 26, cuaderno número 4).

*
* *

LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

Sobre este particular la Corte confirma aquí lo ya expresado en fallos recaídos en otros juicios de esta misma naturaleza en que se persigue indemnizaciones de perjuicios ocasionados en la referida tragedia de Santa Ana, especialmente lo dicho por esta Sala en la sentencia de fecha quince de mayo del presente año en el litigio de Encarnacion Martínez de Fandiño contra la Nación.

«Las entidades de derecho público se obligan por actos de imprudencia o de negligencia con los cuales se cause daño a un tercero.

«Estas personas jurídicas que son creaciones de la ley, capacitadas para adquirir derechos y desprenderse de ellos, actúan siempre por intermedio de personas naturales —agentes o representantes—, que comprometen a aquéllas en los beneficios y en las responsabilidades. Al delegar su personería, ofrecen a terceros la garantía de su responsabilidad, que no se deriva del nexo contractual de la figura jurídica del mandato, sino del hecho natural que origina deberes y obligaciones a la persona en cuyo nombre se está obrando.

«El Código Civil en los artículos 2341, 2347 y 2356, sienta las relaciones de responsabilidad por la culpa extracontractual; los casos en que una persona se obliga por los actos culposos de otra y cómo se verifica la reparación del perjuicio imputable a malicia o imprudencia del agente. Son las disposiciones que se aplican a las entidades de derecho público para fijar su responsabilidad en el daño causado a terceros por sus funcionarios.

«La responsabilidad del Estado en el siniestro, lo dijo la Corte en sentencia de 30 de junio del año pasado, "sea ante las disposiciones del Código Civil que reglamentan la culpa aquiliana, y a cuya luz la jurisprudencia colombiana ha venido examinando y juzgando los actos culposos de los agentes del Estado que en tal calidad infieren daño a terceros; o sea ante la teoría que el Derecho Administrativo suministra para establecer la responsabilidad del Estado ante el daño a terceros por los actos de sus agentes y llamada 'de faltas del servicio', con cualquiera de esos dos criterios que se emplee, aun del subjetivo del Código Civil, resulta gravemente comprometida...."

«La responsabilidad del Estado en el Código Civil se basa, por aplicación de los artículos 2347, primer inciso, y 2349, en cuanto del contenido de dichos preceptos, examinados con un criterio de científica interpretación, se puede inferir el principio de que por razones de subordinación y dependencia, la culpa personal del empleado que ocasione daño a tercero con motivo del servicio prestado, repercute sobre el empleador, quien solidariamente con el primero está obligado a reparar el perjuicio. Además de la falta personal del empleado regulada por el artículo 2341, existe la del empleador, quien en ese caso se hace responsable por razón de una presunción de culpa consistente en *falta de vigilancia y mala elección* de su representante, mandatario o dependiente.

«.....

«Por tanto, "antes de haberse desvirtuado la presunción de culpa en contra del Estado por falta de vigilancia y mala elección, los documentos oficiales.... dejan establecido no ya una presunción sino la plena prueba de que al desarrollo de aquella tragedia contribuyó la circunstancia de no haberse tomado por parte de los superiores del Teniente Abadía aconsejadas medidas de previsión. De manera que con la responsabilidad personal del Teniente Abadía corre parejas la indirecta del Estado, derivada del hecho de que el primero causó el daño con ocasión del servicio que estaba prestando, de volar y hacer ante la multitud que presenciaba las maniobras militares en el campo de Santa Ana, ejercicios acrobáticos. Que el aviador, en un momento dado de sus evoluciones aéreas, quebrantara determinada orden superior, no es circunstancia que lo coloque fuera de la misión que se le confió, hasta el punto de desvincular al Estado del daño causado; esa circunstancia apenas significa que el servicio se prestó mal, y esa falta es precisamente la base en que descansa la responsabilidad del Estado".

«.....

«La desobediencia de Abadía fue sin duda ilícita y punible. Mas esas circunstancias propias del radio de sus obligaciones estrictamente militares y tocantes con sus deberes de Oficial del Ejército en sus relaciones de dependencia jerárquica, no alcanzan a modificar las reglas dadas por la doctrina y sentadas en el derecho, conforme a las cuales el acto imperfectamente cumplido por un dependiente no libra de responsabilidad civil a la persona o entidad de quien es subordinado, ya que, se repite, el hecho ejecutado por Abadía, contrario a la orden, apenas implicaba una indebida e imperfecta ejecución del encargo que se le había dado de ejecutar acrobacias en la revista.

«Ante la teoría del Derecho Administrativo, el servicio mal prestado —a título de fuente administrativa—, obliga a la Nación en el siniestro, ya que se trata de la presentación de una revista militar oficial, que es un acto de gobierno administrativo y fue durante ella cuando se cometió el hecho culposo. Responden *in solidum*, a la luz de esta teoría, los herederos del Teniente Abadía y el Estado. En el caso, el Estado, por ser la persona escogida por la demandante para que responda».

***

LOS PERJUICIOS

Las demandantes han solicitado la indemnización de los perjuicios de toda clase ocasionados con las heridas y quemaduras que sufrieron en el

accidente aéreo de Santa Ana y que las han incapacitado para ganarse la vida.

Que la señora María de Jesús Alcázar y su señorita hija Ligia Escobar Alcázar padecieron en el siniestro de que se trata graves lesiones en su persona, y menoscabo en su patrimonio, queda demostrado plenamente en este juicio, mediante las siguientes pruebas:

1.ª Certificado del Juzgado Cuarto de Instrucción Criminal, según el cual en el acta levantada por ese Juzgado en relación con el siniestro aéreo de Santa Ana, figuran María de Jesús Alcázar y Ligia Escobar, por haber sufrido quemaduras y heridas. (Folio 1, cuaderno número 1).

2.ª Certificado del Síndico del Hospital de San José de Bogotá, en que aparece que la señora María de Jesús Alcázar, víctima del siniestro de Santa Ana estuvo hospitalizada en ese establecimiento desde el 13 de agosto al 16 de octubre de 1938, día en que salió por curación. Y certificado del mismo Síndico en que aparece que la señorita Ligia Escobar estuvo hospitalizada en esa misma época. (Folios 3 y 4, cuaderno número 1).

3.ª Reconocimiento número 8836 del 19 de septiembre de 1939 y el número 12221 del 30 de noviembre de 1938 practicados por la Oficina Central de Medicina Legal de Bogotá en la persona de la señora María de Jesús Alcázar, y en los cuales se lee: «María de Jesús Alcázar: sufrió en definitiva cuarenta (40) días de incapacidad. Las cicatrices consecutivas a las quemaduras que sufrió, constituyen deformidad física permanente e irreparable. En las manos hay limitación para los movimientos de flexión; igualmente, las retracciones cicatriciales de las piernas ocasionan fenómenos dolorosos con la consiguiente limitación de los movimientos. Esto constituye defecto funcional que puede modificarse favorablemente». «María de Jesús Alcázar reconocida hoy nuevamente, quien presenta en el rostro las cicatrices correspondientes a las quemaduras recibidas y que constituyen una deformidad física permanente. A consecuencia de las quemaduras recibidas en las manos le queda una limitación en movimientos de flexión. Las cicatrices situadas en las piernas han quedado muy retráctiles, y le producen una limitación en sus movimientos sobre todo de la pierna izquierda. Estas lesiones constituyen una perturbación funcional permanente». (Folios 5 y 7 del cuaderno número 1).

4.ª Reconocimiento número 12223 practicado el 30 de noviembre de 1938 por la Oficina Central de Medicina Legal, en el cual se lee: «Ligia Escobar: Sufrió en definitiva cincuenta (50) días de incapacidad. Las cicatrices consecutivas a las quemaduras que sufrió, así como las que son consecutivas a heridas, constituyen deformidad física permanente e irreparable. Igualmente le ha quedado una limitación de los movimientos a nivel de la articulación del codo izquierdo, lo cual constituye defecto funcional permanente e irreparable». (Folio 6 del cuaderno número 1).

5.ª Certificado del Jefe de Estadística del Hospital de San Juan de Dios de Bogotá, en el cual se dice que María de Jesús Alcázar y Ligia Escobar entraron a ese Hospital el 25 de julio de 1938 y salieron el 13 de agosto del mismo año, y allí les practicaron tratamiento médico para quemaduras de segundo y tercer grado. (Folios 8 y 9 del cuaderno principal).

6.ª Los testimonios rendidos por los señores José Guerrero B., Miguel Higuera, Santiago Hurtado de Mendoza, Rafael Miranda Florián y Luis Alejandro Parra, por los cuales se acredita que la señora María de Jesús Alcázar y su señorita hija Ligia Escobar se hallaban bien y gozaban de buena salud antes del siniestro de Santa Ana, y que después de este accidente aéreo y a consecuencia de él sufrieron graves quemaduras y heridas que les produjeron incapacidades y deformaciones funcionales y estéticas en varias partes del cuerpo, especialmente en la cara y las manos. Por los mismos testimonios resulta comprobado que a virtud de esas lesiones, dicha señora Alcázar tuvo que liquidar un negocio que tenía establecido, y su hija Ligia se vio obligada a suspender los estudios de comercio que cursaba durante el año de la tragedia.

7.ª La certificación, debidamente ratificada, de la señorita Avelina Rudas García, Directora del Colegio Universal Femenino de Bogotá afirma que la demandante Ligia Escobar se estaba preparando para recibir diploma de grado a fines de 1938, y que su carrera quedó truncada debido al siniestro de Santa Ana, en el cual había quedado gravemente herida. (Folio 11 del cuaderno número 1, y folio 38, cuaderno número 4).

8.ª La copia de «la inspección ocular y levantamiento de los cadáveres de las personas que perecieron en el campo de Marte (Santa Ana) con motivo del accidente de aviación», expedida por el Juzgado 2.° Superior de Bogotá, en la cual copia aparece entre las personas heridas la señora María de Jesús Alcázar y Ligia Escobar. (Folio 44 del cuaderno número 4).

Demostrada, como lo está, la responsabilidad de la Nación, como empleadora del Teniente Abadía, y sin que se haya descargado de la presunción de culpa que la grava, debe responder de los perjuicios morales y materiales que las víctimas del accidente hayan sufrido con motivo de las lesiones que padecieron, conforme a las normas de los artículos 2341, 2347 y 2356 del Código Civil.

MONTO DE LA INDEMNIZACIÓN

Las demandantes no han comprobado satisfactoriamente cuánto es el monto de la reparación a que debe ser condenada la Nación, y en consecuencia, la condena de pagar perjuicios ha de ser *in genere*, para que los daños materiales sufridos por la parte demandante se fijen de conformidad con el procedimiento señalado en el artículo 553 del Código Judicial, teniendo en cuenta las bases que a continuación se expresan:

a) El valor de los gastos que la señora María de Jesús Alcázar hubiere hecho con ocasión de las heridas que tanto ella como su señorita hija Ligia Escobar Alcázar, padecieron en el accidente de que se trata.

b) El valor de lo que dejó de producir o de ganar la señora María de Jesús Alcázar a causa de la incapacidad física que le ocasionaron las lesiones recibidas, y por motivo de la disminución o merma en su primitiva capacidad para el trabajo y de su productividad o rendimiento económicos, según el límite probable de vida que le quede.

c) El valor de lo que dejó de ganar la señorita Ligia Escobar Alcázar a causa de la incapacidad física producida por las lesiones que recibió, y por razón de la disminución de su capacidad para el trabajo y de su productividad o rendimiento económicos, según el límite probable de vida que le queda.

PERJUICIOS MORALES

(Ponencia a cargo del Magistrado doctor Aníbal Cardoso Gaitán).

Aplicando al caso de autos la jurisprudencia que la Corte Suprema tiene sentada sobre reparación del daño moral, y teniendo en cuenta, por otra parte, que el medio probatorio adecuado para la demostración del daño moral subjetivo no puede ser directo sino a base de simples presunciones, es de justicia y razón presumir que las demandantes han sufrido ese daño. Las pruebas que obran en el informativo dan base para considerar que las heridas que recibieron la señora Alcázar y la señorita Escobar Alcázar en las manos y especialmente en la cara les han producido y les producen consecuencias que pueden traducirse en perjuicios morales no objetivados. Es de suponer que las víctimas han sido colocadas socialmente en una situación de evidente inferioridad, por causa de las cicatrices consecutivas a las quemaduras que sufrieron, y las cuales constituyen, al decir de los médicos de la Oficina Central de Medicina Legal, deformidades físicas permanentes. Existe, pues, el daño moral subjetivo, como resultado del complejo de inferioridad en que las heridas colocan a las damnificadas.

En cuanto al daño moral objetivado, que a juicio de esta Sala existe, tampoco se ha determinado, pero es susceptible de fijación por el procedimiento previsto en el artículo 553 del Código Judicial. Para el primer daño, el moral subjetivo, la Corte reconocerá una satisfacción pecuniaria, y para el segundo, el moral objetivado, su reconocimiento se hace *in genere*, teniendo en cuenta las repercusiones económicas que haya tenido tal daño en el patrimonio de las demandantes, señora Alcázar y señorita Ligia Escobar.

En mérito de lo anteriormente 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 sentencia apelada, y en su lugar, *falla* la presente controversia del siguiente modo:

Primero: Declárase que la Nación es civilmente responsable y está obligada a pagar a la señora María de Jesús Alcázar y a la señorita Ligia Escobar Alcázar, los perjuicios morales y materiales sufridos por ellas en el accidente aéreo de Santa Ana, Municipio de Usaquén, del 24 de julio de 1938.

Segundo: Condénase a la Nación a pagar a las expresadas señora Alcázar y señorita Escobar Alcázar el valor de los perjuicios materiales y morales objetivados a que se refiere el punto anterior, de acuerdo con la fijación que se haga en incidente separado, y teniendo en cuenta las bases señaladas en la parte motiva de este fallo.

Tercero: Condénase a la Nación a pagar a la señora María de Jesús Alcázar y a la señorita Ligia Escobar Alcázar, la suma de mil pesos ($ 1.000) a cada una de ellas, seis días después de ejecutoriada la presente sentencia, como valor de los perjuicios morales no objetivados que recibieron por causa del referido accidente.

Cuarto: De las indemnizaciones reconocidas deben descontarse las sumas que las demandantes hayan recibido de la Nación por concepto de auxilios, según la Ley 100 de 1938.

Dése al Gobierno Nacional la comunicación que ordena el artículo 554 del Código Judicial.

Sin costas.

Publíquese, cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente.

ANÍBAL CARDOSO GAITÁN, JOSÉ M. BLANCO NÚÑEZ, ARTURO TAPIAS PILONIETA.—*Manuel Pineda Garrido*, Secretario.

SENTENCIA DE PRELACION DE CREDITOS

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, noviembre doce de mil novecientos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta).

Estando agotada la sustanciación en el incidente de tercería de que está conociendo la Corte promovido en el juicio ejecutivo que adelanta el señor Juez Nacional de Ejecuciones Fiscales contra el doctor Ramón Díaz Morales y otros, procede la Sala a pronunciar la consiguiente sentencia de prelación de los créditos que se cobran para cuyo pago fueron embargados los mismos bienes del citado doctor.

En auto del 8 de octubre de 1940, que está ejecutoriado, el Juez Ejecutor decretó la acumulación a los juicios por él adelantados contra Jorge Matéus y sus fiadores Ramón Díaz Morales e Isidro Rodríguez, y al seguido contra el segundo como fiador de cárcel segura de Evaristo Sarmiento, del ejecutivo que el señor Jorge Barrault adelanta contra Díaz Morales ante el señor Juez 2.° Civil Municipal de Bogotá.

La acumulación referida fue la que hizo nacer el incidente de tercerías de que ahora se ocupa la Corte por disposición del artículo 36 del Código Judicial.

LA PRELACIÓN DE LOS CRÉDITOS

1.° Crédito de la Nación contra Ramón Díaz Morales e Isidro Rodríguez como fiadores de Jorge Matéus en su carácter de Contador Pagador de la vía nacional del Noroeste.

Este crédito vale por capital la cantidad de $ 935.46 moneda corriente proveniente de un alcance deducido contra el señor Matéus por la Contraloría General de la República, reformado por el Consejo de Estado según sentencia de 20 de septiembre de 1937. El título ejecutivo contra el doctor Díaz Morales se basa en la escritura de fianza personal por él otorgada en asocio de Isidro Rodríguez mediante escritura pública número 687 de 21 de abril de 1924 de la Notaría 3.ª de Bogotá. Este crédito no goza de preferencia por ser quirografario y debe pagarse a prorrata de los demás de la misma clase.

2.° Crédito de la Nación contra el doctor Díaz Morales por $ 500 como fiador de cárcel de Evaristo Sarmiento.

Este crédito cuyo título prestó mérito ejecutivo para librar ejecución se funda en la fianza personal que con fecha 25 de junio de 1924 otorgó el doctor Díaz Morales ante la Comisaría 2.ª falladora de la Policía Nacional para asegurar la presentación del sindicado Evaristo Sarmiento cuando para ello fuera requerido el fiador. Contrariamente a lo que dice el ejecutado en su defensa, presentada ante la Corte, la obligación proveniente de la fianza, que hizo efectiva la misma Comisaría el 25 de mayo de 1925 por no haber cumplido el fiador con la presentación de su fiado, está en plena vigencia. Esa obligación no está cancelada. La cancelación a que se refiere el doctor Díaz Morales se hizo después de que él fue incurso en la multa; su alcance de consiguiente no es el de exonerarlo de pagar los $ 500, sino que como la fianza ya no podía seguir subsistiendo para el futuro, puesto que se había hecho efectiva, era natural que la diligencia respectiva se declarara sin vigencia en adelante.

Este crédito como el anterior es también quirografario y se pagará a prorrata de los demás de su clase.

3.° Crédito de Jorge Barrault.

Este crédito de un particular, que se estaba haciendo efectivo en el Juzgado 2.° Civil Municipal de Bogotá, pero que por la acumulación debida a estarse persiguiendo al doctor Díaz Morales bienes que persigue también la Nación, se ha convertido en tercería, fúndase en un documento privado el cual sirvió de base de recaudo en el correspondiente juicio ejecutivo. La Corte tiene en cuenta este crédito únicamente para los efectos de establecer su graduación en relación con las deudas anteriores.

Este crédito que también es quirografario debe pagarse a prorrata con los demás de su clase que la Nación le cobra al doctor Díaz Morales.

Con el expediente vino también del Juzgado Ejecutor un juicio ejecutivo por la suma de $ 100 moneda corriente contra el doctor Díaz Morales como fiador de cárcel segura de Isidro Espitia. Este juicio no se tiene en cuenta en la gradua-

ción porque a él no se refiere el auto de acumulación. Está por consiguiente fuera del incidente de tercerías.

Por 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, dicta la siguiente sentencia de prelación de los créditos en cobro:

Con el valor de los bienes que se le han embargado al doctor Ramón Díaz Morales en los juicios que se dejaron citados se pagarán los créditos en cobro, en el siguiente orden de prelación:

a) En primer lugar las costas generales causadas en interés general de los acreedores; y

b) En segundo lugar los créditos de la Nación contra el doctor Díaz Morales como fiador de Jorge Matéus y de Evaristo Sarmiento, y el crédito que le cobra Jorge Barrault en el Juzgado 2.° Civil Municipal de Bogotá. Estos créditos se pagarán a prorrata de sus valores teniendo en cuenta que primero deben atenderse las costas particulares de cada juicio y luégo los capitales con sus intereses. Por el Juzgado Ejecutor hágase la liquidación de todos los créditos.

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.

AGENCIA OFICIOSA

Según doctrina de la Corte, en los casos de extralimitación de funciones del mandatario, no ratificada por el mandante, cuando la gestión redunda en provecho de éste, hay agencia oficiosa que obliga al interesado ante terceros. En los demás casos (cuando la gestión no redunda en provecho del mandante), el acto es ineficaz y no puede obligarlo.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, trece de noviembre de mil novecientos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán).

Con base en el fenecimiento número 346 de 29 de octubre de 1937 y en la providencia número 1248 de 2 de junio de 1938, que confirma la primera, y por las cuales se puso fin a las cuentas de la Agencia de Sales de Cali, correspondientes al mes de marzo (1.° al 13) de 1936, que tienen el carácter de títulos que prestan mérito ejecutivo a favor de la Nación y a cargo de Luis R. López, por la cantidad de cinco mil ciento sesenta y dos pesos con noventa y cinco centavos ($ 5.162.95), por medio de los cuales la Contraloría Nacional elevó el alcance correspondiente, el Juzgado Nacional de Ejecuciones Fiscales, en auto de 9 de septiembre de 1937, intimó mandamiento de pago al ejecutado señor López y decretó el embargo y secuestro de los bienes especialmente afectos a él, bienes que son de propiedad de su fiadora la señora Hilda María Vallarino.

La señora Vallarino, por medio de apoderado, presentó oportunamente un escrito de excepciones que fue remitido para su resolución a esta Sala de la Corte de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10 y 12 del Decreto número 1315 de 1936. El incidente se ha tramitado en forma legal y por eso se procede a decidirlo, haciendo algunas consideraciones pertinentes.

Dos son las excepciones que presenta el señor apoderado de doña Hilda María Vallarino así:

Primera: Nulidad de la hipoteca constituída por medio de la escritura número 104 de 3 de noviembre de 1933, de la Notaría del Circuito de Buenaventura (Valle); y

Segunda: Ineficacia del fenecimiento con alcance, que sirve de recaudo ejecutivo.

La primera se funda en los siguientes hechos:

1.° Por la nombrada escritura 104 de 1933, Luis R. López, para garantizarle a la Nación el cumplimiento de sus obligaciones que contrajo como Almacenista de Sales Marítimas en Cali, constituyó hipoteca a favor de aquella entidad sobre un inmueble de propiedad de la señora Hilda María Vallarino, consistente en una casa ubicada en el Municipio de Buenaventura, por los linderos que expresa el instrumento.

2.° El gravamen dijo constituírlo López, como apoderado general del dueño del inmueble, según consta en la escritura número 383 de 19 de octubre de 1933, de la Notaría Tercera de Cali, cuyo texto aparece inserto en la copia de la escritura de hipoteca.

3.° El mandatario, al constituír el gravamen real, dijo aceptar, a nombre de su poderdante, las declaraciones consignadas en el mismo título contentivo de la caución hipotecaria.

4.° El mandato conferido por la señora Vallarino a Luis R. López lo fue para negocios de la mandante y en interés de ésta, no para negocios del mandatario y en interés suyo.

5.° La señora Vallarino no ha ratificado ni expresa ni tácitamente, la hipoteca que para asegurar obligaciones del mandatario, constituyó éste.

6.° En el poder no hay ninguna estipulación que autorizara al mandatario para hipotecar fincas de la comitente en negocios que sólo interesaran o beneficiaran a aquél.

7.° Aun suponiendo la existencia de tal estipulación, el mandato sería insuficiente, porque en él no se dan a conocer en forma alguna los bienes inmuebles de la comitente que el procurador podía vender o hipotecar, y para esto último era esencial tal requisito.

8.° La obligación creada por López a su cargo y a favor de la Nación, deriva del ejercicio del empleo de manejo para que fue nombrado; es un acto jurídico en que el mandatario no podía obligar a la mandante, porque tratándose —como se trata— de un mandato representativo, no siendo el negocio de la mandante, no cabía la representación.

9.° Habiendo obrado aquél sin poder ni facultad, y no habiendo ratificado el contrato hipotecario la dueña de la finca gravada, no pudo obrar como apoderado sino como agente oficioso, en perjuicio del mandante.

10. El mandatario López, en cuanto constituyó el gravamen sobre el inmueble de su comitente, obró en su propio nombre, y si bien dijo hacerlo en representación de aquélla, esta declaración no la obliga, porque no se le facultó para comprometer sus bienes en negocios que no fueran suyos.

11. Para hipotecar bienes del mandante en seguridad de obligaciones del mandatario, necesita éste facultad especial, que en el presente caso no se le otorgó.

12. Las obligaciones contraídas por el mandatario López a favor de la Nación, no obligan a la mandante Vallarino, porque fueron contraídas fuera de los límites del mandato.

13. López, por lo expuesto anteriormente, hipotecó cosa ajena, y la hipoteca de la cosa ajena es nula y, de consiguiente, sin ningún valor ni efecto legal.

La segunda excepción tiene como fundamento el hecho de no haberse notificado personalmente la providencia número 1248 de 2 de junio de 1938, que sirve principalmente de recaudo ejecutivo, conforme lo previene el artículo 1.° de la Resolución número 86 de 1938 de la Contraloría General de la República.

Del estudio detenido del asunto resulta que el señor Luis R. López, al ser nombrado Agente de Sales Marítimas en la ciudad de Cali, para asegurar el Manejo de ese cargo constituyó hipoteca sobre un inmueble ubicado en la ciudad de Buenaventura, según escritura número 104 de 3 de noviembre de 1933, otorgada en la Notaría del Circuito de la ciudad últimamente nombrada, inmueble que es de propiedad de la señora Hilda María Vallarino. El propio otorgante declara que «concurre al acto, además, en su carácter de apoderado general de la señora Hilda María Vallarino, y manifiesta que en su calidad indicada constituye hipoteca sobre la casa descrita y determinada en el cuerpo de esta escritura, así como también acepta en nombre de la poderdante las declaraciones en este instrumento contenidas».

Las relaciones que a este respecto ligaban a la propietaria del inmueble y al señor López aparecen en el mismo texto de la escritura mencionada, en la que se inserta copia del instrumento número 383 de 19 de octubre de 1933, de la Notaría de Cali, conforme al cual Hilda María Vallarino, vecina de Panamá, confiere poder general a Luis R. López, vecino de Cali, para lo siguiente: «para que enajene en cualquier forma los bienes raíces o muebles de que es propietaria en la República de Colombia la exponente; para que los venda, fije el precio, lo reciba y otorgue la escritura o escrituras correspondientes; para que constituya hipotecas o prendas sobre los bienes de la exponente, ya para seguridad de obligaciones, ya para tomar dinero a interés; para que otorgue recibos por dineros que se adeuden a la exponente o haga pago de cantidades que ésta deba y, en fin, para que haga por la exponente cuanto ésta pudiera hacer en su propio nombre».

No se encuentra en este contrato ninguna estipulación que autorice a Luis R. López para comprometer los bienes de que se trata en negocios que no sean de la mandante.

Todo contrato, cualquiera que sea su fisonomía jurídica, requiere para su eficacia un requisito: el consentimiento. Este elemento está expresamente exigido por el legislador colombiano en el artículo 1502 del Código Civil.

Los términos del poder en cuya virtud obró el mandatario (transcritos arriba en la parte pertinente) son suficientemente claros y de ellos no puede deducirse que el mandatario quedara facultado para enajenar, gravar o hipotecar los bienes de su mandante en razón de obligaciones propias y exclusivas del mismo mandatario; éste obraba en su propio interés; fue él el designado por el Gobierno para ejercer el cargo de Agente de Sales Marítimas en Cali; él debía asegurar el buen manejo del empleo; y él era quien debía cumplir las obligaciones que el ejercicio del cargo le im-

ponía. El contrato que celebró por su cuenta y riesgo fue, pues, absolutamente extraño al mandante, a quien la convención ni perjudica ni aprovecha y para la cual no prestó su consentimiento.

Según doctrina de la Corte, en los casos de extralimitación de funciones del mandatario, no ratificadas por el mandante, cuando la gestión redunda en provecho de éste, hay agencia oficiosa que obliga al interesado ante terceros. En los demás casos (cuando la gestión no redunda en provecho del mandante, como ocurre ahora) el acto es ineficaz y no puede obligarlo.

Está pues probada, por parte de la señora Hilda María Vallarino, la primera de las excepciones propuestas; y en armonía con lo dispuesto en el artículo 344 del Código Judicial, la Sala se abstiene de considerar la segunda.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara probada la *primera* de las excepciones propuestas en este juicio, y ordena suspender la ejecución.

Publíquese, notifíquese, cópiese y devuélvase.

ANÍBAL CARDOSO GAITÁN, JOSÉ M. BLANCO NÚÑEZ, ARTURO TAPIAS PILONIETA.—*Manuel Pineda Garrido*, Secretario.

Sociedades de responsabilidad limitada—No se les puede gravar con impuestos.

Las sociedades de responsabilidad limitada están sujetas, respecto a impuestos, a las mismas disposiciones de las sociedades colectivas. (Artículo 6.° de la Ley 78 de 1935. Esta disposición está complementada por la número 1.° del Decreto 2881 de 1936. Las sociedades colectivas como las de responsabilidad limitada, deben presentar declaración de su renta y patrimonio, aunque no se les grave, según lo preceptuado en aquellos artículos y lo que previene el artículo 2.° del Decreto número 2374 de 1936.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, trece de noviembre de mil novecientos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán).

El Juzgado de Rentas Nacionales de esta ciudad, en auto de veintitrés de abril de mil novecientos cuarenta y dos, libró orden de pago por la suma de dos mil seiscientos noventa y seis pesos con veinticuatro centavos ($ 2.696.24) moneda legal, como principal, contra la Sociedad Limitada, Trilladora América.

El día veintinueve de los mismos mes y año se notificó de la providencia el Gerente-Administrador de la Sociedad demandada, señor Francisco Zúñiga, y en la misma fecha propuso en pliego separado las excepciones de inexistencia de la obligación, carencia de acción, error de cuenta, ilegitimidad de la personería e inepta demanda.

Funda estas excepciones en un hecho: que la Administración de Hacienda apartándose de la declaración presentada por la Sociedad, fijó un gravamen superior de la renta y patrimonio. En derecho alega el señor Gerente que los capitales gravables con exceso de utilidades son aquellos que pasan de veinticinco mil pesos y que en la liquidación de todo gravamen se toma como base el capital que tiene la Compañía al principio del año; que las sociedades de responsabilidad limitada no se gravan con impuestos, el cual se cobra individualmente a cada uno de los socios, y que los capitales invertidos en edificios, maquinarias y otros elementos dedicados a la industria del café no son gravables con impuesto de patrimonio y exceso de utilidades.

Llegado el expediente a la Corte para decidir lo correspondiente al pliego de excepciones, y habiéndose dado al negocio la tramitación del caso, se entra a fallarlo.

Aunque el excepcionante adujo como fundamentos de derecho, puntos de hecho capaces de sustentar la excepción, la Sala así los interpreta y fallará en consecuencia. Por ello, en el estudio de la primera excepción, acoge como elemento de hecho, el segundo que trae el memorial como fundamento de derecho.

La primera excepción —inexistencia de la obligación— tiene como hecho principal para su prueba, que el Consejo de Estado con fecha cuatro de diciembre de mil novecientos cuarenta y uno declaró la nulidad del Decreto número 109 de 1941, por el cual se reglamentaba la liquidación

del impuesto a las sociedades de responsabilidad limitada.

Por el referido Decreto se asimilaba a las sociedades de responsabilidad limitada, en cuanto al pago de los impuestos, a las sociedades anónimas; lo que propiamente no coincidía ni con el fin de la ley que creó aquéllas, ni con precisas disposiciones que las igualaban a las sociedades colectivas. Las sociedades de responsabilidad limitada tuvieron su origen en Inglaterra, donde se establecieron durante el siglo pasado en forma natural, o evolutiva, no legislativa, y con denominaciones más o menos semejantes. El auge de esta clase de sociedades llegó pronto a Alemania donde fueron autorizadas por el legislador en 1892; posteriormente pasaron a Portugal y a Francia que hubo de introducirlas cuando reconoció las que existían en las provincias de Alsacia y Lorena que habían sido rescatadas de Alemania. Entre los países de la América del Sur, se cuenta a Chile que las estableció en 1923. Se les ha llamado también *sociedades de familia* porque los herederos de un comerciante, industrial o agricultor, pueden continuar con la explotación del negocio y porque gozan de condiciones para que se formen entre padres e hijos, o parientes entre sí. En Colombia se establecieron por la Ley 124 de 1937, o sea con posterioridad a la ley y decretos que regulan el sistema tributario y fiscal.

Las sociedades de responsabilidad limitada tienen cualidades intrínsecas, que tomadas de las otras sociedades que funcionan en el país, les han dado excepcional preponderancia. Se distinguen de las anónimas en que no requieren la formalidad de muchos requisitos para su constitución, en atención a que son propias para la organización y explotación de pequeños capitales; de las colectivas, en que los socios no responden sino hasta la cuantía de sus aportes y un tanto más, si ese tanto se estipula en la escritura matriz, y de las en comandita en que no hay distinción de socios (capitalistas y gestores) en la responsabilidad de los actos y deudas de la sociedad. Son una especie de sociedades *intuitu pecuniae*, por cierto aspecto e *intuitu personae* por otro, de responsabilidad limitada al aporte de cada socio, de determinado número de socios, quienes administran conjuntamente por derecho propio, de fácil constitución y de pequeños capitales.

Por el carácter especial de estas sociedades, se ha querido que permanezcan exoneradas de impuestos, y aunque la ley que las estableció no lo dice expresamente, el artículo 11 expresa: «En lo no previsto en esta ley y en lo que guarden silencio los estatutos, las sociedades de responsabilidad limitada se regirán por las reglas establecidas para las sociedades colectivas de comercio». Lo que equivale a decir que respecto de los impuestos —aspecto que el legislador no reglamentó—, las sociedades de responsabilidad limitada se rigen por lo que sobre la materia se establece para las sociedades colectivas. Del mismo concepto son el autor de la ley en informe oficial que presentó a la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales y el Consejo de Estado.

Por tanto, las sociedades de responsabilidad limitada están sujetas respecto a impuestos a las mismas disposiciones de las sociedades colectivas. En el particular dispone el artículo 6.° de la Ley 78 de 1935: «No se gravará con impuesto, de acuerdo con esta ley, a las sociedades colectivas ni en comandita simple, ni a las sociedades cooperativas, pero los socios de ellas están obligados a pagar el impuesto sobre su participación en la renta líquida de la sociedad en el año gravable. La renta líquida de las sociedades colectivas en comandita simple y cooperativas, será determinada como lo establece esta ley para la de cualquier individuo; pero las exenciones concedidas por el artículo 8.° se concederán sólo individualmente a los socios».

La anterior disposición se halla complementada por la número 1.° del Decreto 2881 de 1936, que dice: «El impuesto sobre exceso de utilidades que corresponde pagar a los socios de las sociedades colectivas o en comandita simple, deberá liquidarse a los socios individualmente considerados, pero con utilidades en la sociedad y para los efectos de este impuesto, sólo se tendrá en cuenta la participación que a cada socio le corresponda por capital. Para los efectos de esta disposición, debe considerarse como participación proveniente de capital, solamente aquella parte que corresponda al socio en proporción a su aporte en el capital social, bien sea que ese aporte se haya hecho en dinero o en cosas apreciables en dinero, pero distintas de su exclusivo trabajo o industria. A este efecto, la sociedad en su declaración de renta deberá indicar: el patrimonio total de ella, la suma o porcentaje que a cada socio corresponda en él y el porcentaje de utilidades que corresponda a cada socio».

Empero, las sociedades colectivas como las de responsabilidad limitada, deben presentar declaración de su renta y patrimonio, aunque no se les grave, según lo transcrito y lo que previene el artículo 2.° del Decreto 2374 de 1936.

En vista de que la excepción estudiada prospera, por cuanto claramente se ha visto que no son las sociedades de responsabilidad limitada las que deben pagar el impuesto sino los socios individualmente considerados, la Sala se abstiene de examinar las restantes excepciones.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara probada la excepción de inexistencia de la obligación en el juicio de la Nación contra la Sociedad Limitada Trilladora América.

Desembárganse los bienes sujetos a la traba ejecutiva.

Notifíquese, cópiese y devuélvase.

ANÍBAL CARDOSO GAITÁN, JOSÉ M. BLANCO NÚÑEZ, ARTURO TAPIAS PILONIETA. - *Manuel Pineda Garrido*, Secretario.

PENSION

Antes de la vigencia de la Ley 167 de 1941 podía conocer el Poder Judicial de las demandas sobre pensiones a que alude el artículo 5.° de ella; expedida esa ley, y conforme a este artículo, el conocimiento de esas demandas corresponde a los Tribunales Administrativos. En consecuencia, instaurada una demanda de esta naturaleza ante el Poder Judicial cuando aún no regía la mencionada Ley, es claro que debe seguir conociendo del asunto la justicia ordinaria.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, trece de noviembre de mil novecientos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán).

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en auto de catorce de marzo del año en curso, decidió no admitir la demanda ordinaria de Amelia Sánchez Mora contra el Departamento de Cundinamarca, «en la persona de la Caja de Previsión Social», porque estimó que la acción sobre pensión vitalicia de jubilación tiene consagrado un procedimiento especial (artículo 1.°, Ley 45 de 1939), y porque en los juicios verbales la competencia se fija según las reglas generales sobre vecindad de las partes y cuantía de la demanda, sin atender a la calidad de las mismas. Posteriormente el mismo Tribunal modificó los fundamentos de su anterior decisión y consideró que las pensiones, como la que se demanda, que tienen origen en actos administrativos que no son *leyes* no quedan comprendidos en el procedimiento establecido por la Ley 45 de 1939. Y agregó que como el derecho que se pretende emana de un acto administrativo, su efectividad también requiere un procedimiento administrativo, y que por consiguiente, la acción respectiva debió adelantarse ante el Tribunal Administrativo correspondiente; y que aunque el Tribunal de esta categoría ante quien se presentó la demanda, se abstuvo de darle curso, apoyándose en el numeral *g*) del artículo 38 de la Ley 130 de 1913, el interesado no consumó los medios legales previstos para reclamar de las decisiones de esta clase, quedando así ejecutoriado y firme el auto que negó curso a la acción administrativa. En atención a estos motivos el Tribunal, en su segundo auto, del 24 de abril, negó la reposición y revocatoria que se le había pedido y concedió el recurso de alzada que ahora se halla a la decisión de la Corte.

Observa la Sala, en acuerdo con las razones aducidas por el apoderado de la demandante, que es importante considerar cuál era la situación legal, en cuanto a la competencia para el conocimiento de estos asuntos, en el momento en que el Tribunal Administrativo decidió no darle curso a la acción, porque de ese estado legal se derivan consecuencias que han de influír en el caso concreto de que aquí se trata, para juzgar acerca de la admisibilidad de la demanda civil que ahora se intenta y sobre cuya admisión versa el auto materia del actual recurso.

Cuando la demanda administrativa se presentó al Tribunal respectivo, era claro, a la luz de la disposición que en el auto de esa entidad se citó, o sea el artículo 38, letra *g*), de la Ley 130 de 1913, —y así lo tenía establecido una repetida jurisprudencia de los Tribunales Administrativos y del Consejo de Estado— que la acción contencioso-administrativa no podía seguirse para invalidar decisiones pronunciadas por entidades como las Cajas de Previsión Social, pues la letra *g*) del precepto mencionado apenas trataba de los recursos contencioso-administrativos contra las resoluciones de los empleados departamentales, no contra las decisiones de entidades como la relacionada. Las demandas en estos casos debían adelantarse ante el Organo Judicial. Expedida la Ley 167 de 1941 desapareció la dificultad jurisprudencial que se contemplaba, pues el artículo 52, al referirse al conocimiento de los Tribunales Administrativos, dice: «5.° De las demandas sobre pensiones, recompensas, etc. departamentales o municipales o de las resoluciones de las autoridades administrativas sobre la misma materia». Aquí la expre-

sión «autoridades administrativas» comprende a cualesquiera entidades, como las Cajas de Previsión Social cuando adoptan resoluciones de carácter administrativo sobre pensiones a empleados públicos.

La demanda ante el Tribunal Administrativo fue presentada el 28 de enero de 1941. La Ley 167 del propio año fue expedida el 24 de diciembre. Así pues, cuando la acción administrativa se propuso era muy cierto que aquella demanda no podía prosperar, como lo resolvió el Tribunal Administrativo de Bogotá. La apelación de esa providencia no podía razonablemente conducir a un resultado favorable para la admisión de la demanda: la ley y la jurisprudencia contrariaban ese propósito. Era inútil la gestión administrativa, y debía intentarse la judicial, como así lo hizo el interesado, presentando su demanda ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial el día 24 de febrero de 1942, antes de entrar en vigencia la Ley 167 de 1941, la que de conformidad con su propio mandato comenzó a regir el 1.° de abril siguiente.

La demanda civil fue pues presentada cuando el Organo Judicial debía conocer de ella y después de haberse ensayado, sin éxito, la vía contencioso-administrativa. Si hoy es verdad que el conocimiento de estos negocios corresponde a los Tribunales Administrativos, no puede desconocerse el hecho de haberse incoado en oportunidad para que fuese admitida, lo que ha establecido una situación jurídica en favor del actor, que debe respetarse. Con la circunstancia, además, de que acaso ya sea tarde para que el asunto se gestione por la vía administrativa, y así puedan quedar sacrificados posibles intereses legítimos del demandante.

El señor Procurador Delegado en lo Civil se pronuncia en favor de esta tesis de amplitud procesal. Dice: «Procediendo con criterio de derecho estricto habrá de llegarse a la conclusión de que la controversia planteada no compete a la justicia ordinaria. Mas no por las razones que se expresan en el auto materia del recurso, sino por no encajar estrictamente dentro del ordinal 2.° del artículo 76 del Código Judicial, comoquiera que no se ventila una cuestión de *derecho privado* sino de *derecho administrativo*. Sin embargo, en el caso de que aquí se trata obra la circunstancia especial de que el Consejo de Estado, como Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, ha sentado doctrina en el sentido de que no son competentes los Tribunales de ese ramo para conocer de demandas contra las resoluciones de ciertas entidades, como las Cajas de Previsión Social, de Auxilios, etc., entidades que aquel alto Tribunal ha considerado como jurídicamente distintas de las respectivas entidades de derecho público. Circunstancia ésta que podría conducir a la situación anómala en extremo de no haber Juez ni Tribunal competente para el conocimiento de la acción ejercitada en la demanda. No me opongo, por tanto, a que se aplique con criterio de cierta amplitud al caso de autos la regla del mencionado numeral 2.° del artículo 76 del Código Judicial».

Por lo expuesto, se revoca el auto que negó la admisión de la demanda de Amelia Sánchez Mora contra el Departamento de Cundinamarca, objeto de la apelación, y se decide que el Tribunal la admita y le dé el curso legal.

Notifíquese, cópiese y devuélvase.

ANÍBAL CARDOSO GAITÁN, JOSÉ M. BLANCO NÚÑEZ, ARTURO TAPIAS PILONIETA. - *Manuel Pineda Garrido*, Secretario.

Excepciones—Resoluciones de los Administradores de Hacienda.

Las resoluciones de los Administradores de Hacienda que imponen el pago de una suma de dinero son susceptibles del recurso de apelación ante el Administrador Principal de Hacienda, conforme a la Ley 63 de 1936. Si no se obtiene éxito en este recurso, le queda al agraviado la acción de nulidad del acto ante los Jueces de lo Contencioso Administrativo, según el artículo 47 de esa Ley y el 48 del Decreto número 1020 de 1936. Si el ejecutado prescinde de esos recursos, la resolución del Administrador que condena al pago por impuesto de donación, escapa a toda revisión por la vía contencioso-administrativa y, consecuencialmente, por la vía ordinaria,

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, noviembre trece de mil novecientos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta).

El Recaudador de Hacienda Nacional de Honda libró orden de pago por la vía ejecutiva, el 8 de agosto de 1939, contra Silvestre Gutiérrez por la

cantidad de $ 780 moneda corriente por impuesto de donaciones, según la Resolución número 6 del mismo día dictada por el mismo Recaudador.

La ejecución se intimó a Gutiérrez, quien en el curso del juicio propuso un incidente de excepciones, del que conoce ahora la Corte, según las disposiciones legales. El incidente sustancióse por todos sus trámites y como ya es tiempo de resolverlo, a ello procede la Corte, después de haber oído al representante de la Nación.

El deudor propone en primer lugar como excepción, la nulidad del mandamiento de pago «toda vez que el título otorgado a mi favor estatuye que fue una venta y no una donación la que se hizo, y que como consecuencia de esa excepción se me debe restituír la suma de $ 400 que la Recaudación recibió de mis manos por concepto de los derechos que se me cobran».

Para resolver se considera:

La ejecución tiene el siguiente origen: En el mes de julio de 1939 el señor Rubén Muñoz otorgó varias escrituras públicas de venta, entre ellas la marcada con el número 413 del día 11, autorizada por el Notario de Honda, por medio de la cual aparece transfiriendo a Silvestre Gutiérrez varios inmuebles por la suma de $ 6.000.

Como el Recaudador de Hacienda Nacional de la población nombrada, fuera i formado, por denuncio expreso que recibió de Próspero Mora, de que esa y las otras escrituras de venta que por los mismos días otorgó Muñoz, eran en realidad donaciones y no ventas, determinó investigar el denuncio, según la facultad del artículo 67 de la Ley 63 de 1936, orgánica de los impuestos sobre la masa global hereditaria, asignaciones y donaciones, a fin de hacer efectivo el impuesto de donaciones que hubiera tratado de eludirse. Basado en la investigación practicada, y especialmente en la propia declaración del interesado Gutiérrez, de que se trataba efectivamente de una donación, el Recaudador dictó la Resolución número 6 de 8 de agosto disponiendo el cobro del respectivo impuesto. En seguida formuló un reconocimiento por la suma de $ 780 contra Gutiérrez, que es el que sirve de título ejecutivo.

El hecho sometido como excepción al examen de la Corte es, como se ha visto, el de la nulidad del título de recaudo, proveniente de que la escritura dice que la enajenación que por ella hizo Rubén Muñoz a Silvestre Gutiérrez, es venta y no donación. Es decir que se intenta contradecir la resolución del Administrador de Hacienda, quien basado en la misma confesión de Gutiérrez, dispone que se cobren por la escritura los derechos fiscales de una donación, ya que la operación efectuada fue de esta clase, y no la de venta. Gutiérrez al ser notificado de la Resolución, la consintió manifestando que «está dispuesto a pagar». El acto administrativo obtuvo así plena firmeza.

Dicho acto, según la misma Ley 63 de 1936 pudo de no haberse consentido haber sido materia del recurso de apelación ante el Administrador Principal de Hacienda Nacional del Tolima, y todavía, en caso de no haber obtenido éxito en este recurso, le hubiera quedado al agraviado la acción de nulidad del acto ante los Jueces de lo Contencioso Administrativo (artículo 47 de la Ley y 48 del Decreto reglamentario 1020 de 1936) De estos recursos prescindió el demandado, al manifestar su asentimiento a la Resolución. Esta, por tal causa escapa a toda revisión por la vía contencioso-administrtiva. Y si ello es así, si los Jueces naturales llamados por la misma Ley a conocer de la acción de nulidad contra la Resolución, estarían hoy ya sin facultades de decisión sobre la mencionada acción, con menos razón la justicia ordinaria tiene semejantes poderes dentro del juicio ejecutivo.

La excepción propuesta es pues improcedente.

En segundo lugar se propone como excepción la consistente en que de acuerdo con los artículos del Código Civil que reglamentan la manera como los otorgantes de un instrumento deben sufragar los gastos o derechos que emanen de la celebración de un contrato, el impuesto de donación que se cobra en este juicio deben pagarlo por partes iguales el donante y el donatario.

La excepción carece de fundamento. La reglamentación del Código Civil citada por el excepcionante es impertinente. Sobre el Código Civil y reformándolo en el particular, está el artículo 24 de la Ley 63, a mérito del cual el impuesto de donaciones que en la ley se establece *recae* sobre el respectivo *donatario*. Y puede también cobrarse al donante, pero como deudor solidario.

Por 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, declara improcedentes las excepciones propuestas en esta ejecución, la cual debe seguir adelante.

No hay costas en el incidente de excepciones.

Publíquese, cópiese, notifíquese y devuélvase.

ANÍBAL CARDOSO GAITÁN, JOSÉ M. BLANCO NÚÑEZ, ARTURO TAPIAS PILONIETA. - *Manuel Pineda Garrido*, Secretario.

Prestación de caución para la protección de una propiedad industrial.

La acción de amparo administrativo sobre protección de la propiedad industrial se encuentra regulada por la Ley 31 de 1925 en sus artículos 67, 68, 69, 73, 74 y 76. Según estas disposiciones, reguladoras del amparo administrativo, éste puede conducir a la ejecución, al juicio ejecutivo, cuando la resolución definitiva de incursión en la fianza se ha dictado. Pero si ésta no se ha proferido no hay base legal para la ejecución.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, catorce de noviembre de mil novecientos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán).

Gilberto Alzate Avendaño, obrando con poder general concedido a él por la Compañía de Comercio «Myrurgia S. A.», domiciliada en Barcelona, España, demandó ejecutivamente al Departamento de Caldas ante el Tribunal Superior de Manizales, para que se accediera a las siguientes peticiones:

a) Que por la vía ejecutiva se prevenga al Departamento de Caldas, representado por el señor Agente del Ministerio Público, para que constituya la caución que por la suma de cincuenta mil pesos ($ 50.000.00), decretó el Alcalde Municipal de Manizales, en resolución posesoria de amparo, de fecha 17 de septiembre del año próximo pasado, a favor de la Sociedad «Myrurgia S. A.», de Barcelona, España.

b) Que si el Departamento de Caldas no cumple la obligación *de hacer* en el término fijado se autorice al peticionario, o a un tercero para ejecutar el hecho a expensas del deudor.

c) En subsidio de la petición anterior, en caso de que el Departamento de Caldas no preste tempestivamente la fianza, que se dicte mandamiento de pago contra dicha entidad, por el monto de los perjuicios causados a la Compañía antes citada, con el incumplimiento de la obligación, los que estima en la cantidad de cincuenta mil pesos ($ 50.000.00).

Los documentos que presenta para fundamentar la acción consisten en copias tomadas de la Alcaldía Municipal de Manizales, de la resolución posesoria de 17 de septiembre de 1941, en la cual *se previene al Departamento de Caldas*, representado en la persona del señor Gobernador del Departamento, para que a partir de la notificación de esa providencia y en lo sucesivo tal entidad se abstenga de usar la marca «Maderas de Oriente», cuyo registro corresponde a la Casa «Myrurgia S. A.» de Barcelona y le impone la obligación de dar una fianza por valor de cincuenta mil pesos, la cual deberá constituir dentro de los tres días siguientes a la notificación; un certificado expedido por el señor Alcalde de la misma ciudad, y su Secretario de Gobierno en que manifiestan que la resolución está vigente; y un certificado complementario en el que el mismo señor Alcalde afirma que por tratarse de la entidad Departamento de Caldas, representada legalmente por la persona del señor Gobernador, a la Alcaldía no le ha sido posible aplicar lo dispuesto en el artículo 69 de la Ley 31 de 1925 y, que el Departamento está en mora de prestar la caución decretada.

El Tribunal se negó a aceptar la demanda por considerar que no estaba ella dentro de lo dispuesto en el artículo 996 del Código Judicial que determina los requisitos de una obligación para que preste mérito ejecutivo. La providencia que así lo dispuso fue apelada por el actor y en esta virtud llegó a la Corte, en donde se procede a decidir después de la tramitación legal correspondiente.

La providencia apelada se fundamenta en que la demanda no está comprendida dentro de lo dispuesto en el artículo 996 del Código Judicial.

Como antecedentes de la acción que ahora se pretende deben mencionarse estos hechos: el señor apoderado de la Casa «Myrurgia S. A.» recurrió a la Alcaldía de Manizales para que se previniera al Departamento de Caldas a fin de que dicha entidad se abstuviera de usar la marca denominada «Maderas de Oriente», cuyo registro corresponde legalmente a la Casa «Myrurgia S.A.» que él representa; y, que para garantizar el cumplimiento de lo anterior se exigiese al Departamento de Caldas fianza por valor de cincuen-

ta mil pesos ($ 50.000). La Alcaldía, en decisión de 17 de septiembre de 1941, accedió a las peticiones enunciadas y dispuso que el Departamento prestara la fianza.

El demandante dice que ha presentado como título ejecutivo una obligación de hacer, que es clara, expresa y actualmente exigible, que proviene de una orden de autoridad competente y debe cumplirse; y que aunque haya sido proferida por un Alcalde Municipal no debe considerarse como administrativa, sino como judicial.

Se considera:

La acción de amparo administrativo intentada por el señor apoderado de «Myrurgia S. A.» se encuentra regulada por la Ley 31 de 1925 «sobre protección de la propiedad industrial», la que en sus artículos 67, 68, 69, 73, 74 y 76 establece:

«Artículo 67. Todo propietario de patente de invención ó de un certificado de marca de fábrica, de comercio o de agricultura, que se crea objeto de una usurpación ejecutada por cualquier individuo o asociación, y que lesione los derechos reconocidos por tales documentos, podrá ocurrir al Alcalde del domicilio del sindicado, pidiéndole amparo administrativo contra los actos infractores que violen el derecho adquirido por la respectiva patente de invención o certificado de marca.

«Artículo 68. La primera autoridad municipal, si se justifica la solicitud, dictará dentro de cuarenta y ocho horas, una resolución posesoria de amparo por medio de la cual prevendrá al sindicado que se abstenga de ejecutar los hechos infractores por que ha sido denunciado, y le exigirá una fianza de que así lo hará, cuya cuantía no será menor del doble del valor del fraude probado en la información presentada.

«Artículo 69. Si el sindicado se negare a prestar la fianza, la primera autoridad municipal le detendrá mientras la otorgue».

«Artículo 73. Confirmada por el superior la resolución apelada, el sindicado usurpador podrá probar la legitimidad de su proceder, en acción que ha de intentar ante el Poder Judicial contra el poseedor de la patente o certificado ya dichos; y mientras no obtenga una sentencia definitiva, prevalecerá la resolución administrativa que decretó el amparo.

«Artículo 74. Cuando no obstante la fianza dada, el infractor continuare defraudando al propietario de la patente o de la marca ya expresada o reincidiere en tal fraude, el dicho propietario podrá, probando sumariamente el hecho, pedir a la primera autoridad municipal que declare al reo incurso en tal fianza, y dicha autoridad así lo hará. De esta determinación podrá apelar el culpado dentro del tercero día, para ante el Gobernador respectivo, y la primera autoridad municipal concederá en ambos efectos tal apelación. El actor también podrá apelar de toda resolución que le sea contraria.»

«Artículo 76. Es entendido que toda resolución definitiva de incursión en una fianza de las ya mencionadas, prestará mérito ejecutivo en favor del actor, por lo cual él podrá, con copia auténtica de ella, ocurrir al Juez competente pidiéndole la efectividad correspondiente en juicio ejecutivo».

Según las disposiciones transcritas, que regulan el amparo administrativo, éste puede conducir a la ejecución, al juicio ejecutivo, cuando la resolución definitiva de incursión en la fianza se ha dictado. Pero si ésta no se ha proferido no hay base legal para la ejecución.

En el caso de autos apenas se ha dictado una resolución que previene prestar la fianza. La otra no existe. En tal virtud, con fundamento en las normas sobre procedimiento de amparo administrativo —que como especiales exigen su acatamiento preferente— no es posible reconocer viabilidad procesal a la acción intentada.

Aquí no se contempla tampoco el caso de una pretendida obligación común *de hacer*, a que quiere acogerse el demandante, porque en virtud de lo dicho y previsto en las disposiciones citadas, esas obligaciones no corren en el particular, según las reglas generales, sino que se someten a lo establecido en esta ley; no se trata pues, conforme a ella, de una obligación *exigible*, ya que las de su género en esta clase de negocios no lo son tales, sino una vez en firme la providencia que declare al obligado incurso en la fianza. El medio coercitivo que se pretende para que ésta se preste, no se halla autorizado en la ley especial que regula la materia.

Por estas consideraciones ha de confirmarse la providencia apelada.

En consecuencia, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, *confirma* el auto proferido por el Tribunal Superior de Manizales que fue objeto del recurso.

Notifíquese, cópiese y devuélvase.

ANÍBAL CARDOSO GAITÁN, JOSÉ M. BLANCO NÚÑEZ, ARTURO TAPIAS PILONIETA.—*Manuel Pineda Garrido*, Secretario.

Excepciones—Práctica de pruebas—Copias de documentos.

1. El Juez no puede negarse a decretar la práctica de pruebas que en tiempo hábil han pedido las partes, sino cuando se trata de las que son ostensible, notoriamente inconducentes. El momento de calificar el mérito de ellas viene cuando se haya de pronunciar el fallo de fondo. Antes, no sólo se incurriría en un prejuzgamiento, sino que podría exponerse a las partes al peligro de perder sus derechos, por el rechazo anticipado, por medio de una calificación que podría ser caprichosa, de los medios de defensa que les brindan las leyes. 2 El artículo 636 del Código Judicial enseña cómo deben pedirse las copias de documentos públicos no acompañados a la demanda o a la contestación, o a los memoriales sobre excepciones; pero como este requisito no tiene otro fin que el de que las partes se aseguren, en la mejor forma, acerca de la *autenticidad* de tales documentos, al presentarse éstos en forma distinta de la anotada consienten el auto en que se haya aceptado, esa situación procesal es invariable, porque la voluntad expresa o tácita de las partes es la suprema ley del juicio cuando no se trata de cuestiones en que esté interesado el orden público o en que no se requieren solemnidades especiales.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales — Bogotá, noviembre diez y ocho de mil novecientos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente, doctor José M. Blanco Núñez).

El doctor Tobías Monroy, como apoderado del señor Gregorio Jaramillo, presentó demanda contra el Departamento de Boyacá, ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, para que se decretara mandamiento de pago a favor del demandante por la suma de $ 20.302.69 moneda corriente.

En firme el auto ejecutivo que profirió el Tribunal de la causa, la entidad ejecutada, por medio del respectivo Agente del Ministerio Público, promovió oportunamente un incidente de excepciones, el cual fue desatado por dicho Tribunal en sentencia del 29 de mayo de 1942, en el sentido de declarar no probadas las excepciones propuestas.

Por apelación de este proveído, ha sido enviado el asunto a esta Superioridad; y agotada como se encuentra la tramitación correspondiente se procede a resolver el recurso interpuesto.

EXCEPCIONES PROPUESTAS

El texto del pliego de excepciones, en lo pertinente, es como sigue:

«I. Que el Departamento de Boyacá tiene derecho a deducir del monto de la ejecución por capital e intereses, la cantidad de siete mil cuatrocientos veintinueve pesos con siete centavos, ($ 7.429.07) que está obligado a pagarle el señor Gregorio Jaramillo, según sentencias ejecutoriadas, dictadas a favor del Departamento de Boyacá y en contra del señor Gregorio Jaramillo por los Recaudadores de Rentas Departamentales de Santa Rosa de Viterbo, Corrales, Paipa, El Cocuy, Belén, Soatá y Guateque, así: *a*) Por la Recaudación de Rentas Departamentales de Corrales, en sentencia del 10 de octubre de 1939, $ 853.46. *c*) Por la Recaudación de Rentas Departamentales de Paipa, en sentencia del 30 de octubre de 1939, $ 1.497.75; *d*) Por la Recaudación de Rentas Departamentales de El Cocuy, en sentencia del 11 de octubre de 1939, $ 1.150.73. *e*) Por la Recaudación de Rentas Departamentales de Belén, en sentencia del 10 de octubre de 1939, $ 1.968.96; *f*) Por la Recaudación de Rentas Departamentales de Soatá, en sentencia del 7 de octubre de 1939, $ 379.68; *g*). Y por Recaudación de Rentas Departamentales de Guateque, en sentencia del 13 de octubre de 1939, $ 979.82.

«II. Que por virtud de esta compensación de capital e intereses de parte de la obligación que Gregorio Jaramillo persigue ejecutivamente contra el Departamento de Boyacá, se levante el secuestro de la cantidad de siete mil cuatrocientos veintinueve pesos con siete centavos ($ 7.429.07), más los intereses compensados de esta suma, y se ordene al Banco de la República entregarla al señor Tesorero General del Departamento.

«III. Que si el ejecutante Gregorio Jaramillo se opone a que se verifique esta compensación, sea condenado en costas.

«Los hechos en que se fundan estas excepciones los enumero así:

«1.° Las Recaudaciones de Rentas Departamentales de Corrales, Santa Rosa de Viterbo, Paipa, El Cocuy, Belén, Soatá y Guateque, condenaron a Gregorio Jaramillo a pagar al Departamento de Boyacá la cantidad de siete mil cuatrocientos veintinueve pesos con siete centavos ($ 7.429.07), y los intereses de esta suma, más las costas de la ejecución por jurisdicción coactiva en sentencias ejecutoriadas dictadas con todas las formalidades legales con fechas 13 de octubre, 10 de octubre, 30 de octubre, 11 de octubre, 10 de octubre, 7 de octubre y 13 de octubre, respectivamente, por los saldos arriba expresados;

«2.° El señor Gregorio Jaramillo no ha pagado ni ha querido allanarse al pago de la suma de siete mil cuatrocientos veintinueve pesos con siete centavos ($ 7.429-07), procedente de los saldos deducidos en su contra y a favor del Departamento en las sentencias antes expresadas;

«3.° El Departamento de Boyacá tiene derecho a la compensación de la expresada cantidad de siete mil cuatrocientos veintinueve pesos con siete centavos ($ 7 429.07) y de sus intereses del monto de la ejecución por capital e intereses que le adelanta Gregorio Jaramillo al Departamento de Boyacá ante este Tribunal Superior, por tratarse de cantidades líquidas y exigibles».

LA SENTENCIA RECURRIDA

La sentencia que es objeto del presente recurso se basa en el hecho de que la parte excepcionante no adujo, o no fueron aportadas en la forma prescrita por la ley, las pruebas de los hechos en que se apoyan las excepciones.

Desestimó el Tribunal *a quo* las pruebas acompañadas al memorial de petición presentado por el Fiscal del Tribunal, pruebas consistentes en copias de unas providencias proferidas por los Recaudadores de Rentas Departamentales de Corrales, Guateque, Paipa, Santa Rosa de Viterbo, El Cocuy, Belén y Soatá, en consideración —dijo el Tribunal— a que tales providencias eran instrumentos públicos o documentos auténticos, a tenor del artículo 632 del Código Judicial; y a que, por lo mismo, debieron ser traídas a los autos en la forma indicada por el artículo 636 del Código citado.

En esta segunda instancia, el señor Procurador Delegado en lo Civil, como representante legal del Departamento ejecutante, solicitó, dentro del término de fijación en lista, la apertura del juicio a pruebas, fundado en lo previsto en el artículo 505 —numeral 2.°— del Código Judicial, y con motivo de que el Tribunal de la causa, después de haber ordenado tener como pruebas por parte del Departamento, las copias de esos documentos públicos presentadas dentro del término respectivo, las desestimó en la sentencia por no haber venido al juicio en la forma ordenada por el artículo 636 del citado Código.

El suscrito Magistrado ponente declaró inaceptable tal solicitud, por estimar que en el caso contemplado no se trataba de una omisión en la práctica de una prueba, sino de la calificación por el Tribunal de primera instancia, de unas pruebas, pedidas por la parte ejecutada, y decretadas por el Magistrado del conocimiento antes del fallo de fondo, en el cual fueron calificadas y desestimadas.

Llegado ahora el momento de revisar en el fondo este fallo, sobre el particular la Corte considera:

A menos que se trate de pruebas, ostensible, notoriamente inconducentes, el Juez no puede negarse a decretar la práctica de las que en tiempo hábil pidan las partes. El momento de calificar el mérito de ellas, viene cuando se haya de pronunciar el fallo de fondo. Antes, no sólo se incurriría en un prejuzgamiento, sino que podría exponerse a las partes al peligro de perder sus derechos, por el rechazo anticipado, por medio de una calificación que podría ser caprichosa, de los medios de defensa que les brindan las leyes.

Por eso mismo, y aplicando estas ideas al caso presente, el Magistrado ponente del Tribunal de primera instancia no podía menos que decretar que se recibieran las copias de los documentos que presentó la parte demandada, a reserva de calificar su mérito cuando fallara el negocio. Según sucedió al proveer en el sentido que lo hizo, él no podía advertir ni a la parte demandante que las copias debían pedirse por su conducto a las oficinas de origen, ni a la parte demandada, que tales copias no las había pedido en la forma prevista en el artículo 636 del Código Judicial.

Este artículo enseña cómo deben pedirse las copias de documentos públicos no acompañados a la demanda o a la contestación, o a los memoriales sobre excepciones; pero como este requisito no tiene otro fin que el de que las partes se aseguren, en la mejor forma, acerca de *la autenticidad* de tales documentos, si al presentarse éstos en forma distinta de la anotada, consienten el auto en que se haya aceptado, como aquí fue el caso, esa situación procesal es invariable, porque la voluntad expresa o tácita de las partes es la suprema ley del juicio cuando no se trata de cuestiones en que esté interesado el orden público o en que no se requieran solemnidades especiales.

Por tanto, no fue legal la desestimación que el fallo apelado hace de las copias de las providen-

cias dictadas por los Recaudadores de Rentas Departamentales ya mencionados. Estas copias deben ser estimadas, en cuanto a la forma, como prueba idónea, porque lleva el asentimiento de las partes el auto en que se las aceptó del modo como las presentó la parte demandada para que obraran en el juicio.

Otra cosa es conocer la fuerza probatoria que tales documentos comporten para los fines de la excepción de compensación propuesta.

En el asunto debatido actualmente, se quiere hacer valer como apoyo de las excepciones de compensación propuestas, unas providencias proferidas por Recaudadores de Hacienda Departamental, pronunciadas en diferentes juicios ejecutivos, seguidos contra el señor Gregorio Jaramillo y a favor del Departamento de Boyacá, por los Recaudadores de Rentas Departamentales de Corrales, Guateque, Paipa, Santa Rosa de Viterbo, El Cocuy, Belén y Soatá. Estas sentencias disponen en su parte resolutiva:

1.° Aprobar la liquidación del crédito y de las costas practicadas en cada juicio;

2.° Llevar adelante la ejecución, el remate o adjudicación, y entrega de los bienes embargados en cada juicio, como de propiedad del ejecutado Jaramillo;

3.° Pasar copia de los fallos en cada juicio, una vez ejecutoriados, a los señores Contralor, Secretario de Hacienda y Cajero de la Tesorería General del Departamento, a fin de que se procediera a la entrega de las cantidades de dinero al Departamento de Boyacá; y

4.° Decretar el desembargo y el levantamiento del secuestro «en el exceso».

Las providencias administrativas en cuestión hacen referencia como fundamento, causa u origen de las deudas que se pretende compensar, a un contrato celebrado por el señor Gregorio Jaramillo con el Departamento de Boyacá sobre producción, expendio y consumo de bebidas fermentadas, de fecha 11 de noviembre de 1933, protocolizado luégo según escritura pública número 715 del 18 de noviembre del mismo año, en la Notaría Primera del Circuito de Tunja; pero no consta en autos que las sumas que se imputan a cargo del señor Jaramillo provengan de saldos líquidos que se deducen a este señor como consecuencia de incumplimiento del contrato que se invoca, o por cualquiera otra razón, previa una decisión de esta naturaleza, ni consta tampoco que él las deba según el contrato ni que él las haya aceptado a su cargo. No es clara, así, una obligación de esta clase ni se conoce su exigibilidad actual.

Por medio de una decisión unilateral administrativa que emana de una de las partes contratantes —el mismo Departamento que es deudor de Jaramillo por razón de un contrato que tiene la misma fecha del que se menciona como base de las providencias de que se trata, 11 de noviembre de 1933, y que fue objeto de anteriores fallos de la Corte—, no se puede imponer a Gregorio Jaramillo una obligación con el carácter de clara y exigible para obtener en todo o en parte la compensación de lo demandado por dicho señor con lo que, a su vez alega el Departamento que aquél le debe, tanto más cuanto no se trata de reconocimientos por razón de impuestos, ni de multas (artículo 1059 del Código Judicial). Los alcances líquidos y definitivos a que se refiere este artículo, no son los que se originen de contratos con la administración, que no se conocen.

En el expediente no figura el contrato aludido, y por consiguiente se ignora si éste autoriza por medio de sus cláusulas, al Departamento de Boyacá para deducir alcances al señor Gregorio Jaramillo por virtud de incumplimientos en lo estipulado contractualmente. De ahí que para la Corte, toda obligación controvertida, que no sea aceptada por las partes en forma bilateral, debe ser establecida por la justicia ordinaria para que pueda exigirse ejecutivamente y, en consecuencia, oponerse la compensación, cuando fuere el caso.

No se encuentran, pues, reunidos los requisitos que exige el artículo 1715 del Código Civil para que la Corte Suprema de Justicia declare probada la excepción de compensación alegada, y por tal razón, ella, en su Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, y por este solo motivo *confirma* la sentencia materia del presente recurso.

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

ANÍBAL CARDOSO GAITÁN, JOSÉ M. BLANCO NÚÑEZ; ARTURO TAPIAS PILONIETA.—*Manuel Pineda Garrido*, Secretario en propiedad.

Excepciones—Multas—Créditos personales estimados en la declaración del patrimonio.

1.º Entre la Ley 78 de 1935 y su Decreto reglamentario número 818 de 1936 se advierte una notoria contradicción proveniente de que en aquella Ley no se previó la formalidad de los 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. 2.º Tanto el artículo 98 del Decreto número 818 de 1936 como la Ley 78 de 1935 establecen que los créditos personales se computan para la declaración y estimación del patrimonio, por su valor nominal. Para que prospere una estimación por un valor inferior al nominal hay que demostrar demérito efectivo de los créditos, o rebajas voluntarias por el acreedor, o insolvencia del deudor.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, veinticuatro de noviembre de mil novecientos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán).

En la tramitación de dos juicios ejecutivos por jurisdicción coactiva que la Administración de Hacienda Nacional del Magdalena inició contra Miguel J. Caldas se produjo su acumulación, y cumplido el procedimiento a que dieron origen las excepciones que en ellos se propusieron, es llegada la oportunidad de fallarlas, a lo cual se procede haciendo las consideraciones de rigor.

Uno de los juicios ejecutivos tiene por objeto el cobro de la cantidad de $ 502.83, a que se contrae el mandamiento ejecutivo de pago fechado el 2 de junio de 1941, y el otro tiende a hacer efectiva la cantidad de $ 2.402.47, según mandamiento del 1.º de octubre del mismo año. Ambas ejecuciones se refieren al cobro de impuestos de la renta y patrimonio y exceso de utilidades deducidos al señor Caldas como correspondientes al año de 1939.

El señor Miguel J. Caldas presentó denuncio de renta el 25 de febrero de 1940 (folio 1, cuaderno 5) y agregó una relación de deudas por cobrar, que él calificó deudas sin valor o deudas malas, y que ascienden, de acuerdo con su propio denuncio, a la suma de $ 105.903.76. Con base en el denuncio, en los documentos allegados con el mismo y en otros obtenidos por la Administración de Hacienda del Magdalena, ésta liquidó al señor Caldas su impuesto para 1939 así:

Impuesto de la renta de 1939	$ 45 77
Patrimonio en 1939	257 06
Multa	200 00
Suma	$ 502.83

Posteriormente la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales, por medio de la Resolución número 1049 de 1941, revisó la liquidación del inferior y la modificó haciendo una liquidación adicional por la cantidad de $ 2 402.47. La Resolución explica los motivos por los cuales eleva la cuantía de los impuestos. Dice, refiriéndose a la declaración del señor Caldas correspondiente a 1938, que en ella relacionó un patrimonio de $ 103.204.62. Entonces el señor Caldas declaró como créditos por cobrar la cantidad de $ 73.380.45. Para 1939 el señor Caldas declaró una utilidad líquida de $ 4.108.32, y como créditos a su favor la suma de $ 105.903.76. La Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales, tomando los propios datos aducidos por el señor Caldas en su denuncio, y comparándolos con el denuncio hecho por el interesado respecto al año de 1938, anota que de ellos aparece un aumento de patrimonio de $ 19.148.46 en un año. El denunciante sostiene que sólo obtuvo una utilidad de $ 4.108.32 en el año de 1939, pero la Jefatura de Rentas observa que el aumento de patrimonios entre 1938 y 1939 se halla sin explicación de ninguna naturaleza y que no se puede justificar sino por haber obtenido renta en la misma cuantía del aumento patrimonial, o sea, en $ 19.148.46. Aplicando el método de la comparación de patrimonios, la Jefatura de Rentas e Impuestos hace la siguiente liquidación:

Renta.

Patrimonio líquido en 31 de diciembre de 1939.....$	122.353.08
Patrimonio líquido en 31 de diciembre de 1938.....	103.204.62
Diferencia o utilidad capitalizada en 1939.....$	19.148.46

Patrimonio.

El determinado como gravable en primera instancia.....$	122.353.08

Exceso de utilidades.

Renta gravable.....$		19.148.46
Menos: 12% patrimonio...$	14.682.37	
Impuesto renta.....	749 65	
Impuesto patrimonio.....257.06		15.689.08
Base.....$		3.459.38

Resumen.

Impuesto sobre la renta.....$	749.65
Impuesto patrimonio.....	257.06
Exceso de utilidades (10% sobre $ 3.459.38).....	345.94
Ciento por ciento de recargo (artículo 20, Ley 78 de 1935).....	1.352 65
Multa impuesta en primera instancia y no reclamada.....	200.00
Total a su cargo.....$	2.905.30
Vale la liquidación primitiva.....	502.83
Cóbresele adicionalmente.....$	2.402.47

La Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales fijó, en la Resolución mencionada, en la cantidad de $ 2.905.30 el valor del impuesto sobre la renta y complementarios por el año de 1939 que corresponde pagar al señor Caldas, advirtiendo que como cobro adicional se hará el de $ 2.402.47 teniendo en cuenta que la liquidación primitiva asciende a $ 502.83.

Estas dos cifras de $ 502.83 y de $ 2.402.47 constituyen el recaudo ejecutivo en las dos ejecuciones acumuladas.

Oportunamente el interesado presentó excepciones, motivo por el cual el negocio vino a la Corte. De ellas es la fundamental la que concierne a lo que denomina error de cuenta en las liquidaciones, y que la Sala examinará con la atención debida.

Liquidación por $ 502.83

En esta liquidación, como se ha visto, las partidas que la integran son: $ 45.77 por impuesto de la renta, $ 257.06 por patrimonio y $ 200 como multa. El reparo de las excepciones a este primer cómputo de $ 45.77 se examina más adelante; respecto al de $ 257.06 por patrimonio se formulan también adelante algunas consideraciones; y en cuanto a la multa de $ 200 se observa: a folios 2 vuelto y 3 del cuaderno número 4 aparece un certificado de la Administración de Hacienda Nacional del Magdalena conforme al cual el señor Caldas registró en esa Administración, el 19 de enero de 1937, el libro de Inventarios y Avalúos, y el 4 de enero de 1939 el libro de Ingresos y Egresos; y a folios 6 y 6 vuelto se halla el acta de la inspección ocular practicada por el Juez de Circuito de Santa Marta acompañado de peritos sobre los libros del señor Caldas, y allí se lee: «El señor Miguel J. Caldas lleva libros de Relación y Data e Inventarios y Balances, que están registrados el primero el día cuatro de enero del año de mil novecientos treinta y nueve y el segundo el día diez y nueve de enero de mil novecientos treinta y siete..... En el libro de Relación y Data, aparecen descritas diariamente las operaciones comerciales del señor Miguel J. Caldas desde el primero de enero de mil novecientos treinta y nueve hasta el treinta y uno de diciembre del mismo año». Como la multa por $ 200 se impuso por no llevar libros el obligado, la Sala considera, en razón de las pruebas allegadas, que esa partida carece de fundamento y ha de declarar fundadas las excepciones en este punto. Además, la Corte ha declarado ya y reitera ahora la inaplicabilidad de la disposición en que se basó la multa. «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 78 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 en el juicio de la Nación contra Carlos Rodríguez Maldonado, Sala de Negocios Generales, junio 2 de 1942).

En cuanto a la fijación en $ 19.148.46 de la utilidad capitalizada en el patrimonio del señor Cal-

das en 1939, la Corte no encuentra razón alguna que desvirtúe las que muy claramente expone la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales en virtud de las cuales, acogiendo los datos suministrados por el propio interesado, y verificando la comparación de patrimonios, entre el confesado en 1938 y el declarado en 1939, se constató un aumento equivalente en esa cantidad, y con esa base se fijó el patrimonio gravable en $ 122.353.08. Y como bien lo anota dicha Oficina, el aumento de patrimonios no se justifica sino por haber obtenido el denunciante una renta de la misma cuantía del aumento patrimonial, o sea de $ 19.148.46, en vez de la utilidad de $ 4.108.32 que él declara para el año de 1939. Son sus propios datos los que llevan a esta deducción.

Observa el señor apoderado del excepcionante que la suma de $ 105.903.76 a que ascienden las deudas por cobrar, que el denunciante calificó sin valor o deudas malas, no deben integrar el patrimonio gravable, porque el impuesto «debe versar sobre una verdadera riqueza del contribuyente, sobre bienes tangibles e incuestionables, y para el caso, la Administración de Hacienda partió de la base de que los $ 105.903.76 moneda corriente que desde hace años y años tiene el señor Caldas en litis, en juicios ejecutivos, en diferentes Juzgados de Santa Marta, como aparece de la relación arriba memorada, conforman un verdadero patrimonio, tan preciso e indiscutible que lo sumó al verdadero patrimonio, que aparece en la denuncia de renta, con la cantidad de $ 16.449.32..... Jamás podrá tenerse la larga lista o serie de juicios pendientes, como un real, verídico y tangible patrimonio, en lo que hace a sus cuantías, porque todo pleito es aleatorio, en todo juicio caben excepciones, puede haber pérdida de la demanda en lo sustantivo o rebajas de cuantías, por tasación legal.

Y descendiendo al caso *sub judice*, obsérvese cómo los propios Juzgados en que esas acciones han sido promovidas, han agregado al finalizar la lista de los juicios pendientes, unas certificaciones que dicen: «No tienen constancia de que el demandante Caldas esté recibiendo beneficio actualmente, ni nada que signifique ganancias»; (folio 25 vuelto del cuaderno número tres). «No hay constancia de que en los mencionados juicios haya recibido el señor Miguel J. Caldas beneficio, interés o cualquiera otra cosa que signifique ganancias» (folio 24 vuelto del mismo cuaderno número tres); el Juez 2.° Civil Municipal dice al final de su certificación: «Se deja constancia también de que en los juicios ejecutivos detallados en este informe no aparece comprobación alguna de que el señor Caldas estuvo recibiendo beneficio» (folio 32 vuelto, cuaderno número tres); en igual sentido se pronuncia el Juzgado Unico Civil, al folio 22 vuelto.

Observa la Sala que el hecho de que los créditos a favor del señor Caldas no le hubieran producido utilidad en el tiempo a que el gravamen se refiere, no implica que ellos no hayan de ser legalmente considerados elementos patrimoniales que deban integrar el cómputo del patrimonio. Dice el artículo 98 del Decreto 818 de 1936, reglamentario de la Ley 78 de 1935, que tanto para la declaración de patrimonio que debe hacer el contribuyente, como para la estimación de ese patrimonio por el empleado liquidador, a falta de aquella declaración, se seguirán las reglas siguientes:

«*a*) *Bienes raíces.* Se declararán y estimarán por el valor que tengan en el catastro respectivo.....

«*ñ*) *Créditos personales, por su valor nominal.*

«Tanto los créditos hipotecarios como los personales, podrán estimarse por un valor inferior al nominal, cuando el contribuyente demuestre satisfactoriamente *que han sufrido un demérito efectivo, bien por rebajas voluntarias concedidas por el acreedor, o por insolvencia absoluta o relativa del deudor*».

Es pues norma obligatoria la de que los créditos personales —en este caso los que a su favor tiene el señor Caldas— se computan para la declaración y estimación del patrimonio, *por su valor nominal.* Para que prospere una estimación por un valor inferior al nominal hay que demostrar demérito efectivo de los créditos, o rebajas voluntarias por el acreedor, o insolvencia del deudor, y ninguna de estas circunstancias se ha establecido en los autos. Las comprobaciones que a ellos vinieron acerca de que los créditos perseguidos en algunos juicios no le produjeron utilidad al denunciante, no son las que exige la ley. Es específica la prueba en estos casos, la del demérito efectivo, la rebaja, la insolvencia. Y como ellas no se produjeron, no hay base para estimar los créditos personales a favor del señor Caldas por una cuantía inferior al valor nominal. Y ese valor nominal lo dio el propio contribuyente: $ 105.903.76, que fue el que sirvió a las Oficinas liquidadoras para el cómputo del gravamen. Lo que pone de manifiesto que la excepción de que aquí se trata es infundada.

Liquidación por $ 2.402.47.

En esta liquidación las partidas sobre impuesto de la renta y sobre impuesto de patrimonio son una consecuencia de la firmeza de los cómputos ya analizados acerca de la utilidad obtenida por

el denunciante en 1939 y respecto a su patrimonio real. No es por tanto necesario agregar consideración alguna en relación con estas partidas de $ 749.65 y $ 257.06.

Por exceso de utilidades se fija la cantidad de $ 345.94, la que tampoco merece reparo en opinión de la Corte, pues tal suma equivale al 10 por 100 sobre $ 3.459.38, cantidad a que se llega teniendo en cuenta los factores del 12 por 100 del patrimonio, el impuesto sobre la renta y el de patrimonio, los que hay que considerar para el cómputo del de exceso de utilidades (artículos 13 y 17, Ley 78 de 1935).

La partida de $ 1.352.65, denominada en la liquidación adicional que se estudia, «ciento por ciento de recargo», no la halla justificada la Corte, por no sujetarse al precepto del artículo 20 de la Ley 78 de 1935, que dice: «La sola inexactitud en la declaración del patrimonio o de la renta, dará lugar a un recargo del ciento por ciento (100 por 100)». El recargo se establece para los casos de *inexactitud* en la declaración, y como acertadamente lo anota el señor apoderado del excepcionante, los documentos que forman el proceso no permiten deducir que el señor Miguel J. Caldas, al presentar sus declaraciones de rentas hubiese incurrido en inexactitud. El informativo no ha descubierto datos distintos de los que suministró el denunciante, y toda la controversia se ha desarrollado en torno a la apreciación que los documentos aducidos le han merecido tanto al señor Caldas como a la Administración de Hacienda del Magdalena y a la Jefatura de Rentas Nacionales. Precisamente la elevación en el cómputo del impuesto sobre la renta resulta de los datos dados por el denunciante en 1938 y en 1939; y el cómputo del impuesto patrimonial resulta también elevado, en relación con los deseos del señor Caldas, con base en la relación que él mismo hizo y que no se ha demostrado ser inexacta, de las acreencias a su favor de que se ha hecho mérito en este fallo. No habiendo inexactitud en las declaraciones sobre renta y patrimonio hechas por el excepcionante, no puede aplicársele la sanción prevista en el artículo 20 citado. Por lo tanto, prospera la excepción en lo que se refiere a la partida de $ 1.352.65.

Como al fijar en $ 19.148.46 la utilidad capitalizada por el denunciante en 1939 y calcular sobre ella el impuesto de la renta correspondiente, que aparece en la liquidación adicional, se comprende toda la renta obtenida por éste y por consiguiente todo el impuesto que a ella corresponde, la partida por $ 45.77 que por idéntico concepto aparece en la primera liquidación, no debe tenerse en cuenta, para no cobrar dos veces la misma cantidad.

En virtud 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, declara fundadas las excepciones por error en las partidas de $ 45.77 por impuesto de la renta y de $ 200, como multa, de la primera liquidación, y de $ 1.325 65, como recargo del ciento por ciento, en la liquidación complementaria; y con estas deducciones, ordena seguir la ejecución por las cantidades restantes.

Publíquese, notifíquese, cópiese y devuélvase.

ANÍBAL CARDOSO GAITÁN, JOSÉ M. BLANCO NÚÑEZ, ARTURO TAPIAS PILONIETA. - *Manuel Pineda Garrido*, Secretario.

Comentario del artículo 721 del Código Judicial.

El artículo 721 del Código Judicial contiene una presunción legal de error de parte de los peritos que hacen un avalúo cualquiera en cifra numérica, cuando entre las cantidades fijadas por los expertos hay una disparidad tan enorme como la contemplada en ese precepto. Desde el momento que los dos extremos que fijan los peritos principales dan tal diferencia, existe legalmente un error en los dictámenes rendidos por ellos. El dictamen pericial obtenido con el tercer perito, sea que conceptúe de conformidad con el uno o con el otro de los principales, daría siempre lugar a tal diferencia excesiva al tener en cuenta los extremos de los avalúos. De artículo 721 del Código Judicial se deduce claramente que debe tomarse el medio aritmético cuando hay desacuerdo entre los peritos principales mas si la diferencia entre los dos extremos excede en un cincuenta por ciento de la cantidad menor, ya no es el dirimente quien puede sanear la irregularidad o error de que necesariamente tiene que estar afectado uno de los dos dictámenes de los peritos principales por la magnitud de la diferencia entre las dos cantidades, y de ahí que en tal caso ese mismo artículo diga que el Juez haga la regulación por sí mismo o por medio

de otros peritos que él designe. La primera parte del precitado artículo, aunque no hace diferencia acerca de los dos peritos cuyo dictamen uniforme, explicado y debidamente fundamentado debe hacer plena prueba, no puede entenderse sino de acuerdo con la segunda de dicho artículo que queda comentada, y de la cual, ni en su letra ni en su espíritu puede deducirse que el desacuerdo debe ser entre los tres peritos para que tenga lugar la intervención del Juez o la de los nuevos peritos de que allí se trata.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, noviembre veinticinco de mil novecientos cuarenta y dos.

En el juicio ordinario de Julio Berrío París contra la Nación por perjuicios, pide el señor Procurador Delegado en lo Civil, reposición del auto del dos de octubre del año en curso.

El auto reclamado decretó un nuevo avalúo, en consideración a que los peritos doctores Francisco Espinel y José J. Gómez avaluaron los perjuicios que alega haber sufrido el demandante, en cantidades distintas cuya diferencia entre sí excede de un cincuenta por ciento de la cantidad menor.

Sustenta el citado funcionario el recurso interpuesto de la siguiente manera:

«Considera la Procuraduría que en presencia del desacuerdo de los dos peritos principales, lo que primeramente procede es el nombramiento y el dictamen del perito tercero, a efecto de saber si con él puede obtenerse el dictamen *uniforme, explicado y debidamente fundamentado de dos peritos.*

«En otros términos, entiende el suscrito que la aplicación del artículo 721 del Código Judicial, en cualquiera de los eventos que él contempla, no puede tener lugar sino después de que hayan actuado todos los peritos que en caso de desacuerdo de los principales deben actuar. Es decir, después de que se haya dado aplicación al artículo 716 del mismo Código —inciso segundo— el cual dispone: "El perito tercero que, si es el caso, acompaña a los principales en las diligencias correspondientes, *emite su opinión sobre los puntos en que discuerden los principales*" (subrayo). Bien se comprende que el perito tercero puede adherirse al dictamen de uno de los principales, y si ese dictamen dual es uniforme, explicado y debidamente fundamentado, podrá llegar a formar plena prueba, según lo dicho anteriormente».

Estima el suscrito Magistrado que el artículo 721 del Código Judicial contiene una presunción legal de error de parte de los peritos que hacen una evaluación cualquiera en cifra numérica, cuando existe entre las cantidades fijadas por los expertos una disparidad tan enorme como la contemplada en el citado precepto.

Desde el momento que los dos extremos que fijan los peritos principales dan tal diferencia, existe legalmente un error en los dictámenes rendidos por ellos. El dictamen pericial obtenido con el tercer perito, sea que éste conceptúe de conformidad con el uno o con el otro de los principales, daría siempre lugar a tal diferencia excesiva al tener en cuenta los extremos de los avalúos.

Del artículo 721 del Código Judicial se deduce claramente que debe tomarse el medio aritmético cuando hay desacuerdo entre los peritos principales; mas si la diferencia entre los dos extremos excede en un cincuenta por ciento de la cantidad menor, ya no es el dirimente quien puede sanear la irregularidad o error de que necesariamente tiene que estar afectado uno de los dos dictámenes de los peritos principales por la magnitud de la diferencia entre las dos cantidades, y de ahí que en tal caso ese mismo artículo diga que el Juez haga la regulación por sí mismo o por medio de otros peritos que él designe.

La primera parte del precitado artículo, aunque no hace diferencia acerca de los dos peritos cuyo dictamen uniforme, explicado y debidamente fundamentado debe hacer plena prueba, no puede entenderse sino de acuerdo con la segunda parte de dicho artículo que queda comentada, y de la cual, ni en su letra ni en su espíritu puede deducirse que el desacuerdo debe ser entre los tres peritos para que tenga lugar la intervención del Juez o la de los nuevos peritos de que allí se trata.

Por lo expuesto no se repone el auto de dos de octubre del presente año, materia de la referida reclamación.

Se concede el recurso de súplica interpuesto subsidiariamente.

Notifíquese.

JOSÉ M. BLANCO NÚÑEZ. - *Manuel Pineda Garrido*, Secretario en propiedad.

Responsabilidad civil del Estado por perjuicios causados en la tragedia de aviación del campo de Santa Ana.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, noviembre veintisiete de mil novecientos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente, doctor José M. Blanco Núñez).

Wenceslao Medina Grillo y Beatriz Medina Barrera, por medio de apoderado, presentaron demanda ordinaria contra la Nación, representada por el respectivo Agente del Ministerio Público, y ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, para que se la condenara al pago de gravísimos perjuicios, así: indemnización a favor de Wenceslao Medina Grillo y de sus siete hijos Ana Luisa, Juana Berta, Mercedes, Beatriz, María Concepción, Edmundo y María Ester Medina Barrera, por la muerte de la señora Ana Barrera de Medina, esposa del primero y madre de los demás, ocurrida a consecuencia de la tragedia aérea de Santa Ana del 24 de julio de 1938; e indemnización de los daños ocasionados a la señorita Beatriz Medina Barrera por las heridas recibidas en ese mismo accidente.

La gestión judicial que inició este juicio adolecía de la irregularidad de no ser legítima la personería relativa a los hijos mayores del señor Wenceslao Medina Grillo; en el proceso ha quedado debidamente ratificada esta causal de nulidad. (Folios 27 a 30 del cuaderno número 1).

Admitida la demanda, evacuado el correspondiente traslado, terminó el trámite de la primera instancia con fallo del 24 de septiembre de 1940, en que absolvió el Tribunal de la causa a la Nación en lo atinente a los perjuicios alegados por el señor Medina Grillo y sus siete hijos, y se la declaró responsable de los sufridos por la señorita Beatriz Medina Barrera.

Por apelación de ambas partes interpuesta contra el referido fallo, ha subido el negocio a esta Superioridad, la cual procede a decidir la alzada, una vez que se encuentra agotada la tramitación de la segunda instancia, y la del incidente relativo al impedimento que el suscrito Magistrado ponente manifestó para abstenerse de conocer del presente litigio, manifestación de impedimento que fue declarada inadmisible por la Sala Dual.

Debidamente comprobados aparecen de autos los siguientes hechos que fueron aducidos como fundamentales de la demanda:

1.° Que en el accidente aéreo de Santa Ana (Usaquén) acaecido el 24 de julio de 1938, pereció la señora Ana Barrera de Medina y sufrió graves heridas la señorita Beatriz Medina Barrera. (Folios 5, 6 y 14 del cuaderno número 5).

2.° Que el avión que originó dicha tragedia era de propiedad de la Nación y estaba manejado por un empleado de ésta. (Cuaderno número 3 y cuaderno número 5, folio 8 vuelto).

Consta también en el expediente que para la celebración del cuarto centenario de la fundación de Bogotá, el Gobierno Nacional ordenó una parada militar, con participación del Ejército y de las Fuerzas Aéreas Nacionales, en la cual tuvo lugar y con ocasión de ella, el accidente mencionado. (Folios 49 a 51 del cuaderno número 3).

***

CAUSAS DEL ACCIDENTE

Da cuenta el informativo, con base en documentos que obran en autos, de origen oficial, y por tanto de suficiente eficacia probatoria, que fueron causas del accidente de aviación de que se trata:

a) Imprudencia, temeridad, desobediencia e indisciplina del Teniente Abadía quien piloteaba el avión de la tragedia; *b*) negligencia de los funcionarios encargados de la dirección, preparación y realización de la revista militar en que se causó el referido siniestro, por cuanto violaron los reglamentos sobre tránsito aéreo y vuelos acrobáticos relativos al lugar y altura permitidos en tales vuelos; *c*) mala elección por parte de los funcionarios del Ministerio respectivo, del Comandante de la Escuadrilla —Teniente Abadía—, autor directo de los daños causados.

Del informe rendido por el Mayor Jorge Méndez Calvo, como Director General de Aviación (folios 17 a 22 del cuaderno número 3); del dictamen que rindieron los señores Capitán José I. Forero, Capitán Francisco Santos C., Luis Gómez Grajales (ingeniero) y Justino Mariño (Inspector

Técnico), «acerca de las causas inmediatas de orden técnico que originaron el lamentable siniestro aéreo de Santa Ana, teniendo en cuenta las circunstancias de las maniobras objetivamente apreciadas durante la revista» (folios 23 a 25, ibidem); del informe que rindió la Comisión Investigadora, nombrada por Resolución número 687 de 17 de agosto de 1938 para determinar las posibles causas del accidente aéreo ocurrido en el Campo de Marte el 24 de julio de ese año (folios 26 a 28, ibidem); y del *memorándum* del General Luis Acevedo y del Mayor Ernesto Buenaventura relativo a las investigaciones hechas por las comisiones técnicas con motivo del mismo accidente de aviación, se desprende lo siguiente:

El Director General de Aviación citó a los Comandantes de Escuadrón y de Escuadrilla a una reunión que tuvo lugar el 22 de julio de 1938, y a la cual asistieron numerosos Oficiales del Ejército, y dejó de concurrir el Teniente César Abadía, Comandante de la Escuadrilla de Caza (Hawk). Esta reunión tenía por objeto recomendar a los aviadores que habían de participar en el desfile y en las acrobacias aéreas, el exacto cumplimiento de las órdenes dadas por el señor Inspector General del Ejército y por el Director General de Aviación, relativas al lugar en que deberían verificarse las maniobras, altura mínima, etc. Más tarde el Teniente Abadía recibió individualmente tales instrucciones relativas a las maniobras aéreas.

El Teniente Abadía desatendió dichas recomendaciones, y desobedeció las órdenes recibidas en cuanto al lugar en que debían verificarse las acrobacias y también en cuanto a la altura mínima a que debía maniobrar.

Por su parte, los altos funcionarios del Ministerio de Guerra, con la autorización expresa que contiene el radiograma que en seguida se transcribe, transgredieron los reglamentos de aeronáutica que rigen en Colombia, particularmente en lo que concierne a la altura mínima de 500 metros para vuelos acrobáticos y a la prohibición de esta clase de vuelos sobre agrupaciones de personas al aire libre.

El referido radiograma es del tenor siguiente:

«*Capitán García—Techo—Repítole orden maniobras deben efectuarse al norte del campo sobre tanque estación Usaquén altura no menor 150 metros (ciento cincuenta metros). Informarásele permanentemente estado revista.* Mor. *Méndez*, Dirgenav». (Folio 8 vuelto, cuaderno número 5).

Para mayor claridad y abundamiento sobre el tanto de culpa que corresponde al Estado por los actos de sus funcionarios del Ministerio de Guerra que ordenaron las maniobras aéreas y dirigieron el desfile de aparatos de aviación y permitieron las acrobacias que motivaron el accidente en cuestión, conviene citar aquí los artículos 4.° y 5.° del Reglamento de Vuelos, Sección C, sobre Acrobacias:

«4.° *Altura mínima:* Toda maniobra acrobática debe terminar a una altura no menor de 500 metros.

«5.° *Prohibición:* No podrá volar un avión acrobáticamente sobre: *a*) Ciudades, poblaciones, etc.; *b*) Aeródromos, parques, estadios, etc.; *c*) Agrupaciones de personas al aire libre». (Folio 8, cuaderno número 5).

Las causas científicas del accidente se hacen consistir en un deslizamiento sufrido por el avión al salir del llamado «rollo», deslizamiento motivado por no encontrarse los comandos de dirección en posición normal en el momento y después de restablecer el avión de la maniobra; en haber iniciado una maniobra acrobática a baja altura —unos 30 metros—, sobre un campo recalentado por el sol y colmado de multitud, donde podría preverse la presencia de zonas atmosféricas enrarecidas por efectos térmicos, lo cual constituye un error técnico por parte de cualquier piloto experto en acrobacia; el mantenerse en vuelo invertido, aunque fuera por pocos instantes, dentro de las circunstancias anotadas, y especialmente, a la altura en que se encontraba sobre el campo, una verdadera temeridad del piloto.

La *mala elección* que se hizo al escogerse al Teniente Abadía para comandar la escuadrilla que dirigió el día de la revista, resulta evidente al considerar la calificación que sus superiores tenían respecto de sus aptitudes: «le falta seriedad para comandar». (Folio 8 vuelto del cuaderno número 5).

* * *

LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

Sobre este particular la Corte confirma aquí lo ya expresado en fallos recaídos en otros juicios de esta misma naturaleza en que se persigue indemnizaciones de perjuicios ocasionados en la referida tragedia de Santa Ana, especialmente lo dicho por esta Sala en la sentencia de fecha 15 de mayo del presente año en el litigio de Encarnación Martínez de Fandiño contra la Nación:

«Las entidades de derecho público se obligan por actos de imprudencia o de negligencia con los cuales se cause daño a un tercero.

«Estas personas jurídicas que son creaciones de la ley, capacitadas para adquirir derechos y desprenderse de ellos, actúan siempre por intermedio de personas naturales —agentes o representantes—, que comprometen a aquéllas en los beneficios y en las responsabilidades. Al delegar

su personería, ofrecen a terceros la garantía de su responsabilidad, que no se deriva del nexo contractual de la figura jurídica del mandato, sino del hecho natural que origina deberes y obligaciones a la persona en cuyo nombre se está obrando.

«El Código Civil en los artículos 2341, 2347 y 2356, sienta las relaciones de responsabilidad por la culpa extracontractual; los casos en que una persona se obliga por los actos culposos de otra y cómo se verifica la reparación del perjuicio imputable a malicia o imprudencia del agente. Son las disposiciones que se aplican a las entidades de derecho público para fijar su responsabilidad en el daño causado a terceros por sus funcionarios.

«La responsabilidad del Estado en el siniestro, lo dijo la Corte en sentencia de 30 de junio del año pasado, "sea ante las disposiciones del Código Civil que reglamentan la culpa aquiliana, y a cuya luz la jurisprudencia colombiana ha venido examinando y juzgando los actos culposos de los agentes del Estado que en tal calidad infieren daño a terceros; o sea ante la teoría que el Derecho Administrativo suministra para establecer la responsabilidad del Estado ante el daño a terceros por los actos de sus agentes y llamada "de faltas del servicio", con cualquiera de esos dos criterios que se emplee, aun del subjetivo del Código Civil, resulta gravemente comprometida....."

«La responsabilidad del Estado en el Código Civil se basa, por aplicación en los artículos 2347, primer inciso, y 2349, en cuanto del contenido de dichos preceptos, examinados con un criterio de científica interpretación, se puede inferir el principio de que por razones de subordinación y dependencia, la culpa personal del empleado que ocasione daño a tercero con motivo del servicio prestado, repercute sobre el empleador, quien solidariamente con el primero está obligado a reparar el perjuicio. Además de la falta personal del empleado regulada por el artículo 2341, existe la del empleador, quien en ese caso se hace responsable por razón de una presunción de culpa consistente en *falta de vigilancia y mala elección* de su representante, mandatario o dependiente.

«.....

«Por tanto, "antes de haberse desvirtuado la presunción de culpa en contra del Estado por falta de vigilancia y mala elección, los documentos oficiales..... dejan establecido no ya una presunción sino la plena prueba de que al desarrollo de aquella tragedia contribuyó la circunstancia de no haberse tomado por parte de los superiores del Teniente Abadía aconsejadas medidas de previsión. De manera que con la responsabilidad personal del Teniente Abadía corre parejas la indirecta del Estado, derivada del hecho de que el primero causó el daño con ocasión del servicio que estaba prestando, de volar y hacer ante la multitud que presenciaba las maniobras militares en el campo de Santa Ana, ejercicios acrobáticos. Que el aviador, en un momento dado de sus evoluciones aéreas, quebrantara determinada orden superior, no es circunstancia que lo coloque fuera de la misión que se le confió, hasta el punto de desvincular al Estado del daño causado; esa circunstancia apenas significa que el servicio se prestó mal, y esa falta es precisamente la base en que descansa la responsabilidad del Estado".

«.....

«La desobediencia de Abadía fue sin duda ilícita y punible. Mas esas circunstancias propias del radio de sus obligaciones estrictamente militares y tocantes con sus deberes de Oficial del Ejército en sus relaciones de dependencia jerárquica, no alcanzan a modificar las reglas dadas por la doctrina y sentadas en el derecho, conforme a las cuales el acto imperfectamente cumplido por un dependiente no libra de responsabilidad civil a la persona o entidad de quien es subordinado, ya que, se repite, el hecho ejecutado por Abadía, contrario a la orden, apenas implicaba una indebida e imperfecta ejecución del encargo que se le había dado de ejecutar acrobacias en la revista.

«Ante la teoría del Derecho Administrativo, el servicio mal prestado —a título de fuente administrativa—, obliga a la Nación en el siniestro, ya que se trata de la presentación de una revista militar oficial, que es un acto de gobierno administrativo y fue durante ella cuando se cometió el hecho culposo. Responden *in solidum*, a la luz de esta teoría, los herederos del Teniente Abadía y el Estado. En el caso, el Estado, por ser la persona escogida por la demandante para que responda».

***

LOS PERJUICIOS

La acción instaurada se encamina a obtener la indemnización de perjuicios, tanto morales como materiales, que los demandantes estimaron en la suma de $ 40.000 moneda legal.

Dos son las fuentes de que hacen derivar tales perjuicios, y en dos peticiones pueden considerarse divididas las pretensiones de la demanda, así:

Primera. Indemnización de perjuicios a favor de Wenceslao Medina Grillo y de sus siete hijos Ana Luisa, Juana Berta, Mercedes, Beatriz, María Concepción, Edmundo y María Ester, por la muerte de la señora Ana Barrera de Medina, esposa del primero y madre de los demás, acaecida en el siniestro de Santa Ana.

Segunda. Indemnización de perjuicios a favor

de la señorita Beatriz Medina Barrera, por las heridas que recibió en el mismo siniestro.

Los señores Juan de J. Bernal, Jesús María Laurens atestiguan que la señora Ana Barrera de Medina gozaba de perfecta salud cuando fue muerta en la tragedia del campo de Santa Ana, el 24 de julio de 1938 (folios 5 y 6 del cuaderno número 5). Y de la copia del Juzgado 2.° Superior de Bogotá tomada del proceso en averiguación del siniestro tántas veces mencionado, aparece que dicha señora fue una de las víctimas que fallecieron a consecuencia del accidente. (Folio 14 ibídem).

Que la señorita Beatriz Medina Barrera padeció graves lesiones en el mismo accidente es hecho que queda demostrado en este juicio mediante las siguientes pruebas:

a) Copia expedida por el Juzgado 2.° Superior de Bogotá, tomada del proceso en averiguación del siniestro citado, y de la cual resulta que la señorita Beatriz Medina fue una de las personas heridas en ese accidente. (Folio 13 vuelto, ibídem).

b) Las diligencias de reconocimiento practicado por la Oficina Central de Medicina Legal en la persona de la citada señorita y en las cuales se lee:

«*Oficina Central de Medicina Legal—Bogotá, octubre 17 de 1938—10597.*

«Beatriz Medina reconocida en su casa de habitación presenta quemaduras extensas en la pierna izquierda de segundo grado y que están terminando su período de cicatrización. En la cara interna del muslo derecho y en su tercio inferior una cicatriz un poco hipertrófica de cinco centímetros de longitud (sic). En la región postero-interna de la pierna derecha amplias cicatrices consecutivas a quemaduras de segundo grado. En la región postero-interna del antebrazo izquierdo, una cicatriz de seis centímetros de longitud que está un poco hipertrófica y es consecutiva a una quemadura de segundo grado. Fue lesionada el 24 de julio pasado, y actualmente se encuentra todavía incapacitada para trabajar». (Folio 13 vuelto, ibídem).

«*República de Colombia—Ministerio de Gobierno. Oficina Central de Medicina Legal—Bogotá, mayo 12 de 1939.*

«Hoy se le practicó un nuevo reconocimiento a la señorita Beatriz Medina Barrera quien tiene reparadas las quemaduras que recibió. La incapacidad definitiva para trabajar fue de seis (6) meses. Le han quedado en la pierna izquierda cicatrices hipertróficas y un poco retráctiles, como también un estado varicoso en su cara externa; lo cual constituye una deformidad física y una perturbación funcional permanentes. En el antebrazo izquierdo en su tercio inferior, le queda una cicatriz un poco hipertrófica, que constituye una deformidad física permanente». (Folios 9 del cuaderno número 2, y 12 vuelto del cuaderno número 5).

c) Copia de la Resolución número 90 de 1939 del Ministerio de Gobierno, en la que figura la señorita Beatriz Medina Barrera como uno de los damnificados en el siniestro de Santa Ana, y en la cual se reconoce a dicha señorita la suma de $ 534.95 por concepto de gastos de drogas, servicios médicos y de enfermera, causados con motivo de las heridas que sufrió. (Folio 5 del cuaderno número 3).

Demostrada, como lo está, la responsabilidad de la Nación, como empleadora del Teniente Abadía, y sin que se haya descargado de la presunción de culpa que la grava, debe responder de los perjuicios morales y materiales que la víctima del accidente, señorita Beatriz Medina Barrera, haya sufrido con motivo de las lesiones que padeció, conforme a las normas de los artículos 2341, 2347 y 2356 del Código Civil.

Por las mismas razones, y con fundamento en las precitadas disposiciones legales, la Nación debe responder de los perjuicios morales y materiales que el señor Wenceslao Medina Grillo y sus siete hijos ya enumerados hayan sufrido a virtud de la muerte trágica de la señora Ana Barrera de Medina, esposa y madre respectivamente, calidad ésta que está debidamente comprobada en el proceso a folios 3, 7, 8, 9 y 10 del cuaderno número 1).

***

MONTO DE LA INDEMNIZACIÓN

(Ponencia a cargo del Magistrado doctor Aníbal Cardoso Gaitán).

a) *Perjuicios materiales ocasionados por causa de la muerte de la señora Ana Barrera de Medina.*

En la demanda, el señor Wenceslao Medina Grillo y sus siete hijos arriba enumerados, piden indemnización de «los gravísimos perjuicios» que sufrieron con la muerte de la señora Ana Barrera de Medina. Esta petición general es preciso entenderla como una reclamación por perjuicios tanto morales como materiales.

En relación con los perjuicios materiales, el hecho tercero, fundamento de la demanda, afirma que la señora Barrera de Medina era maestra de escuela al servicio activo del Departamento de Cundinamarca, que ganaba un sueldo de ochenta pesos ($ 80.00) moneda corriente, y que a cargo de ella y de una de sus hijas —Beatriz Medina

Barrera— estaba el cuidado y manutención del resto de su familia, inclusive su padre. Está debidamente comprobado en el proceso que la señora Ana Barrera de Medina ganaba ochenta pesos ($ 80.00) mensuales como maestra de escuela al servicio del Departamento de Cundinamarca (cuaderno número 1, folio 6; cuaderno número 2, folio 12 vuelto).

Para que los hijos y el esposo de la señora Barrera de Medina tengan derecho a reclamar perjuicios materiales por causa de su muerte, deben acreditar que ellos recibían de dicha señora un apoyo efectivo y que con su sueldo contribuía a la subsistencia y alimentación de los demandantes. No está comprobado debidamente que ellos hayan sufrido perjuicios de carácter estrictamente patrimonial, y tampoco en el informativo está demostrado que la occisa sostenía a sus hijos mayores. En consecuencia, la Corte nada puede decidir respecto a los daños materiales que alegan haber padecido los demandantes Edmundo, Ana Luisa, Beatriz, Clemencia Mercedes y Juana Berta Medina Barrera, ya que, como lo anota el señor Procurador Delegado en lo Civil, no es presumible la existencia de tales perjuicios por el mero hecho de la muerte del obligado a prestar alimentos, con sólo alegar el carácter abstracto de acreedor alimentario, o la simple calidad de heredero. En tales casos es necesario que quien demanda por dicho concepto, evidencie su condición concreta de acreedor alimentario o de que recibía el apoyo del occiso.

Cosa distinta sucede con relación a las hijas de la difunta señora Barrera Medina —señoritas María Concepción y María Ester—, quienes al tiempo de ocurrir la tragedia de Santa Ana y al momento de la muerte de dicha señora, no habían cumplido aún la mayor edad. En este caso es de presumirse, de conformidad con la organización de la familia, tanto desde el punto de vista social como desde el punto de vista de la legislación positiva, que los padres asumen la obligación de crianza, educación y establecimiento de sus hijos. Consecuencialmente, en concepto de la Corte, existe la lesión patrimonial alegada por las señoritas María Concepción y María Ester, consistente en la pérdida del apoyo económico que de acuerdo con la ley estaban recibiendo de su difunta madre, para su congrua subsistencia y su posterior establecimiento. Este último daño no ha sido avaluado, pero es susceptible de ser regulado en su cuantía por el procedimiento previsto en el artículo 553 del Código Judicial, para lo cual se tendrá en cuenta lo demostrado en relación con el sueldo que la señora Ana Barrera de Medina devengaba al tiempo de morir, en su calidad de maestra de escuela de Cundinamarca, y en consideración a la ayuda que como madre prestara para el sustento, educación y establecimiento de sus menores hijas.

En lo concerniente al señor Wenceslao Medina Grillo está demostrado que del sueldo que ganaba la occisa, ésta contribuía a la sustentación de dicho señor, su esposo, quien por su avanzada edad estaba incapacitado para trabajar; mas no está establecido cuál era la suma con la cual dicha señora ayudaba a su esposo. Por tanto, es claro que éste ha sufrido un daño patrimonial consistente en la pérdida de la ayuda económica prestada por su cónyuge. La evaluación de este perjuicio debe ser materia también del incidente previsto en el artículo 553 del Código Judicial, teniendo en cuenta lo comprobado en relación con el sueldo de ochenta pesos devengado por la señora de Medina Grillo al tiempo de morir, la ayuda que le prestara con ese sueldo a su marido y el probable límite de vida que a dicho señor le quedaba.

b) Perjuicios materiales ocasionados a la señorita Beatriz Medina Barrera.

Como ya se vio, la señorita Beatriz Medina Barrera fue una de las víctimas del accidente aéreo de Santa Ana, habiendo sufrido graves lesiones en las piernas y en el antebrazo izquierdo, lesiones que le han producido perjuicios materiales que no han sido determinados en el proceso, pero que son susceptibles de fijarse en un incidente separado, de acuerdo con lo previsto en el artículo 553 del Código Judicial, según las siguientes bases:

El valor de los gastos que la señorita Beatriz Medina Barrera hubiere hecho con ocasión de las heridas que sufrió; el valor de lo que dejó de producir o de ganar a causa de las incapacidades físicas que le ocasionaron las lesiones recibidas y por la disminución o merma de su primitiva capacidad para el trabajo y de su productividad o rendimiento económico, según el límite probable de vida que podía quedarle.

PERJUICIOS MORALES

a) Perjuicios morales sufridos por los demandantes con ocasión de la muerte de la señora Ana Barrera de Medina.

Aplicando a la acción instaurada por los demandantes por la muerte de la señora Ana Barrera de Medina, la doctrina de la Corte establecida ya en numerosos fallos, sobre la reparación de los perjuicios morales, y teniendo en cuenta, por otra parte, que el medio probatorio adecuado pa-

ra la demostración del daño moral subjetivo, no puede ser directo sino a base de simples presunciones, es de justicia y razón presumir que los demandantes en el presente juicio han sufrido ese daño moral subjetivo, por la vinculación consanguínea, por el mutuo afecto y el apoyo recíproco que implica el parentesco muy cercano entre madre e hijo y entre cónyuges. Para este daño moral subjetivo, la Corte reconocerá a los señores Wenceslao Medina Grillo y a sus siete hijos, una satisfacción pecuniaria que se fijará en la parte resolutiva de este fallo.

En cuanto al daño moral objetivado, a juicio de esta Sala, no es el caso de hacer ninguna condenación porque no se ha demostrado.

b) Perjuicios morales sufridos por la señorita Beatriz Medina Barrera por lesiones recibidas.

Las pruebas que obran en el informativo dan base para considerar que las heridas sufridas por la señorita Beatriz Medina Barrera en las piernas y especialmente las recibidas en el antebrazo izquierdo, le produjeron un daño moral no objetivado. Los médicos de la Oficina Central de Medicina Legal de Bogotá afirman que dicha señorita padeció seis meses de incapacidad, y que las cicatrices consecutivas a las quemaduras que recibió en el accidente constituyen una *deformidad física permanente.* Este hecho da lugar a suponer que la víctima quedó colocada en una situación de notoria inferioridad, lo cual se traduce en un perjuicio moral subjetivo. Es presumible que tal daño ha sido causado, y a esta conclusión llega la Corte mediante la aplicación de la doctrina que ya tiene establecida en lo que atañe a la indemnización del daño moral y teniendo en cuenta que la demostración del daño moral subjetivo no puede ser directa sino a base de simples presunciones. La satisfacción del daño moral subjetivo padecido por la señorita Beatriz Medina Barrera se hará igualmente, por medio de un reconocimiento pecuniario en la parte resolutiva de esta providencia.

En cuanto al daño moral objetivo de la precitada señorita por las lesiones recibidas, en concepto de esta Sala, por cuanto no se ha demostrado, no existe y en consecuencia no es el caso de hacer condenación alguna.

En mérito de las consideraciones anteriores, 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 sentencia apelada, y falla la presente controversia del siguiente modo:

Primero: Declárase que la Nación es civilmente responsable de la muerte de la señora Ana Barrera de Medina, y de las lesiones padecidas por la señorita Beatriz Medina Barrera, en el accidente aéreo de Santa Ana, Municipio de Usaquén, el 24 de julio de 1938.

Segundo: Condénase a la Nación, como consecuencia de la trágica muerte de la señora Ana Barrera de Medina, a pagar al señor Wenceslao Medina Grillo y a las señoritas María Concepción Medina Barrera y María Ester Medina Barrera, los perjuicios materiales que han sufrido con ocasión de la defunción de su señora esposa y madre respectivamente. La cuantía de estos perjuicios materiales se fijará según lo prescrito en el artículo 553 del Código Judicial, debiendo tenerse en cuenta al hacer la estimación, las consideraciones que para fijarlos se consignan en la parte motiva de esta sentencia.

Tercero: Por la causa indicada en el punto anterior, condénase a la Nación a pagar, seis días después de la ejecutoria de la presente providencia, al señor Wenceslao Medina Grillo la cantidad de mil pesos ($ 1.000) moneda legal; a la señorita Ana Luisa Medina Barrera la suma de ochocientos pesos ($ 800) moneda legal; a la señorita Juana Berta Medina Barrera la cantidad de ochocientos pesos ($ 800) moneda corriente; a la señorita Mercedes Medina Barrera la suma de ochocientos pesos ($ 800) moneda legal; a la señorita Beatriz Medina Barrera la cantidad de ochocientos pesos ($ 800) moneda legal; a la señorita María Concepción Medina Barrera la suma de ochocientos pesos ($ 800) moneda corriente; a la señorita María Ester Medina Barrera la suma de ochocientos pesos ($ 800) moneda legal, y al señor Edmundo Medina Barrera la cantidad de ochocientos pesos ($ 800) moneda corriente, como valor de los perjuicios morales no objetivados que recibieron.

Cuarto: Por no haberse demostrado se absuelve a la Nación de los perjuicios materiales y morales objetivados que alegan haber sufrido las señoritas Ana Luisa, Juana Berta, Mercedes, Beatriz Medina Barrera, y el señor Edmundo Medina Barrera por la muerte trágica de la señora Ana Barrera de Medina.

Quinto: Condénase a la Nación a pagar a la señorita Beatriz Medina Barrera los perjuicios materiales sufridos por ella en el accidente aéreo de Santa Ana, Municipio de Usaquén, el 24 de julio de 1938. La cuantía de los perjuicios materiales en referencia se fijará según lo prescrito en el artículo 553 del Código Judicial, debiendo tenerse en cuenta al hacer la estimación, las consideraciones que para fijar tales perjuicios se consignan en la parte motiva de este fallo.

Sexto: Condénase a la Nación a pagar a la señorita Beatriz Medina Barrera, seis días después de la ejecutoria de la presente providencia, la

cantidad de ochocientos pesos ($ 800) moneda legal como valor de los perjuicios morales no objetivados que recibió por la causa señalada en el punto quinto que antecede.

Séptimo: Por no haberse demostrado, se absuelve a la Nación de los perjuicios morales objetivados que alega haber sufrido la señorita Beatriz Medina Barrera con motivo de las lesiones recibidas en el citado accidente aéreo.

Octavo: De las indemnizaciones reconocidas deben descontarse las sumas que los demandantes hayan recibido de la Nación por concepto de auxilios, según la Ley 100 de 1938.

Noveno: Dése al Gobierno Nacional la comunicación que ordena el artículo 554 del Código Judicial.

Publíquese, notifíquese, cópiese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

ANÍBAL CARDOSO GAITÁN, JOSÉ M. BLANCO NÚÑEZ, ARTURO TAPIAS PILONIETA.—*Manuel Pineda Garrido*, Secretario.

ALCANCES DEFINITIVOS

Solamente los alcances *definitivos* prestan mérito ejecutivo. No pueden considerarse como tales aquellas providencias en que se declara el alcance pero sin haber sido notificadas personalmente al responsable, de conformidad con los artículos 43 a 61 de la Resolución número 248 de 28 de mayo de 1940, proferida por la Contraloría Nacional.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, noviembre treinta de mil novecientos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta).

La Administración de Hacienda Nacional de Manizales, en auto número 141 de 23 de agosto de 1938 feneció las cuentas de la Inspección General de Telégrafos de la 9.ª Zona, correspondientes al mes de noviembre de 1936, con un alcance de $ 550 a cargo del cuentadante señor Arcadio López. Esta providencia declaratoria del alcance fue confirmada por la Contraloría General de la República en la de fecha 20 de enero de 1939, distinguida con el número 112.

Con base en las providencias aludidas el Juez Nacional de Ejecuciones Fiscales de Bogotá decretó mandamiento de pago a favor de la Nación y contra el señor López, por la expresada suma de $ 550; por los intereses sobre dicha cantidad a la rata del 12 por 100 anual desde el día 24 de febrero de 1939, y por las costas del juicio, si se causaren. La ejecución se hizo extensiva en contra del doctor Aquiles Arrieta en su carácter de fiador solidario del principal responsable Arcadio López.

En tiempo oportuno fue propuesto un pliego de excepciones por el apoderado especial del señor López. Por tal motivo el negocio fue remitido a esta Sala de la Corte para los efectos de la tramitación y fallo del incidente.

Las defensas del ejecutado se formulan bajo la denominación de *ineficacia del documento que sirve de recaudo ejecutivo, y cobro de lo no debido.*

Los respectivos hechos se exponen así:

a) La providencia de la Contraloría número 112 de fecha 20 de enero de 1939, en cuya virtud fue confirmada la número 141 contentiva del fenecimiento con alcance a cargo del señor López, no fue notificada personalmente a éste, sino por edicto que se fijó por el término de dos días. Se trata por lo tanto de un caso en que no aparece notificada en debida forma la providencia que constituye el recaudo.

El excepcionante cita en apoyo de su afirmación algunas doctrinas que sobre el particular ha sentado esta misma Sala de la Corte.

b) Es indebido el cobro del alcance materia de esta ejecución, comoquiera que la suma respectiva fue gastada por el señor López en la compra de varios postes de madera con destino a un servicio nacional y se libró, con el pago, a la Nación de una obligación en su contra. Si hubo alguna irregularidad al hacer aquel pago, el empleado pagador podría haberse hecho acreedor a una multa como sanción, pero en manera alguna puede ésta consistir en la obligación de pagar a la Nación la suma entregada por López para librar al Tesoro de una obligación por razón del suministro de bienes destinados a un servicio público.

Para resolver se considera:

Prescribe el artículo 1059 del Código Judicial que prestan mérito ejecutivo en los juicios por jurisdicción coactiva «los *alcances líquidos y de-*

finitivos deducidos contra los responsables del Erario por el Departamento de Contraloría, los demás Tribunales de Cuentas Nacionales, Departamentales o Municipales».

De consiguiente, el que sea *definitivo* el respectivo alcance es requisito esencial para que con base en él pueda librarse la correspondiente ejecución.

Ahora bien: es incuestionable que un alcance sólo puede ser *definitivo*, para los efectos del artículo 1059 del Código Judicial, cuando se halla ejecutoriada la providencia que lo decreta, esto es, cuando no hay contra ella recurso alguno en el respectivo juicio de cuentas, o se han dejado pasar los términos sin interponerlo. Pero es obvio que la ejecutoria de dicha providencia no puede producirse sino con posterioridad a la notificación de ésta al cuentadante, notificación que debe hacerse en los precisos términos previstos por la ley o el reglamento. De tal suerte que si este requisito esencial se cumple en forma distinta de la consagrada por las disposiciones legales o reglamentarias pertinentes, el alcance correspondiente no puede considerarse *definitivo*, resultando por lo tanto desprovisto de la condición que exige perentoriamente el citado artículo del Código Judicial para que con base en él sea viable el recaudo ejecutivo en el respectivo juicio por jurisdicción coactiva.

Para constatar si la providencia contentiva del alcance deducido a cargo del señor López, ha sido notificada en debida forma, basta recurrir a las disposiciones legales o reglamentarias normativas del juicio de cuentas. En este punto la Sala observa lo siguiente:

La ley orgánica de la Contraloría Nacional no contiene normas especiales en materia de notificaciones, motivo por el cual este vacío de la ley ha sido llenado por los reglamentos expedidos por aquella entidad fiscalizadora en uso de potestad legal. Actualmente rige para el juicio de cuentas la Resolución número 248 de 28 de mayo de 1940, cuyas normas en lo atinente a notificaciones se hallan consagradas en los artículos 43 a 61.

El artículo 44 de dicha Resolución dice así en lo pertinente:

«*Deben notificarse personalmente* a los responsables, apoderados, fiadores y herederos, según los casos que se prevén adelante, estos autos:

«..... c) *El auto de fenecimiento con alcance*, por deducir cuestiones sustantivas relacionadas con la responsabilidad del empleado, y para que éste pueda hacer uso de los recursos concedidos por la ley y reglamentados en la presente Resolución».

Analizado el caso de autos a la luz de la precedente disposición normativa del juicio de cuentas, se deduce sin esfuerzo que era ineludible la *notificación personal* al señor López de la providencia número 112 de fecha 20 de enero de 1939, proferida por la Contraloría, y en cuya virtud se confirmó y declaró ejecutoriado el auto de fenecimiento con alcance dictado por la Administración de Hacienda Nacional de Manizales. Si dicha notificación la exige la Resolución número 248 de 1940 en atención a que el auto de fenecimiento con alcance deduce «cuestiones sustantivas relacionadas con la responsabilidad del empleado» y con el objeto de que el cuentadante «pueda hacer uso de los recursos concedidos por la ley» y reglamentados por la misma Resolución, es incuestionable que la precitada providencia de la Contraloría pertenece precisamente a la categoría de las que deben notificarse personalmente al interesado, ya que en su virtud se resolvieron definitivamente y en segunda instancia cuestiones sustantivas relacionadas directamente con la responsabilidad del señor López. Además, esa era la notificación adecuada para que el responsable pudiera hacer uso de los recursos legales pertinentes.

Pero acontece que la Contraloría se limitó a notificar *por edicto* la providencia contentiva del fenecimiento con alcance, colocándose así aquella entidad en contradicción con los preceptos que ella misma ha dictado en lo atinente a la notificación de sus propias decisiones. De consiguiente, la Sala tiene que convenir con el excepcionante en que la providencia que sirve de base al recaudo ejecutivo no ha sido notificada en debida forma al responsable, lo que se traduce entonces en la ineficacia del mandamiento de pago, por estar éste fundado en un alcance que no es *definitivo*.

Las doctrinas de esta Sala a que alude el excepcionante son en realidad perfectamente aplicables al caso de autos, ya que fueron sustentadas con base en el artículo 1.° de la Resolución número 86 de 1928, dictada por la misma Contraloría Nacional, disposición que vino a ser sustituída por el memorado artículo 44 de la Resolución número 248 de 1940. La disposición contenida en aquel artículo, que en lo esencial coincide con la que hoy rige, era del siguiente tenor: «Los autos que dicte la Contraloría en los juicios de cuentas, a excepción de aquellos que no contengan multa o alcance, serán *notificados personalmente al responsable*». En relación con la aplicación de este precepto puede verse, entre otros, el fallo proferido por esta Sala el día 24 de agosto de 1940, *Gaceta Judicial*, tomo L, números 1961, 1962 y 1963, páginas 205 a 208.

Está probada, pues, la excepción que el ejecutado hizo valer bajo la denominación de *ineficacia del documento que sirve de recaudo ejecutivo*. Y encontrándose probada dicha excepción, no hay necesidad de examinar la otra propuesta por el ejecutado, según lo dispone el artículo 344 del Código Judicial.

SENTENCIA

Por 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, declara probada la excepción propuesta por el ejecutado señor Arcadio López basada en el hecho de que no es definitivo el alcance que por la suma de $ 550 dedujo contra aquél la Administración de Hacienda Nacional de Manizales, por no aparecer notificada en debida forma la providencia de la Contraloría General de la República en virtud de la cual se confirmó y declaró ejecutoriado el auto de fenecimiento con alcance número 141 de 23 de agosto de 1938. En consecuencia, cése la ejecución y desembárguense los bienes trabados en el juicio para responder del pago.

Publíquese, notifíquese, cópiese y devuélvase el expediente a la oficina de origen.

ANÍBAL CARDOSO GAITÁN, JOSÉ M. BLANCO NÚÑEZ, ARTURO TAPIAS PILONIETA. - *Manuel Pineda Garrido*, Secretario.

Competencia prorrogable por parte de compañías extranjeras que tienen su domicilio industrial en Colombia.

No pudiéndose fijar la competencia del juicio a que aluden los autos por el domicilio social de la compañía, ya que ésta se encuentra en el Extranjero, debe hacerse por el domicilio industrial. Pero como la competencia por razón del lugar es prorrogable por parte del demandante, el Tribunal ante quien se inició la acción tiene jurisdicción para conocer de ella, sin que a esto se oponga lo establecido por el artículo 153 del Código Judicial que prohibe a los Agentes del Ministerio Público prorrogar la jurisdicción, porque no es a ellos a quienes corresponde hacerlo en el presente caso sino a la parte demandante. Debe anotarse también que existiendo la norma general de la prórroga de jurisdicción por parte del demandante, cuando ésta se determina por razón del lugar, mayor aplicación debe tener el precepto que así lo establece (artículo 153 del Código Judicial) cuando se trata de acciones contra el Estado, ya que él no tiene propiamente domicilio y que los respectivos Agentes del Ministerio Público lo representan ante cualquiera de las entidades que son competentes para que ante ellos comparezca en calidad de demandado.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, tres de diciembre de mil novecientos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán)

Dentro del juicio ordinario propuesto por la Sociedad Industrial Franco-Belga contra la Nación para que se condene a esta entidad «a pagar la suma de veinticuatro mil ciento cinco pesos con cincuenta y un centavos ($ 24.105.51) moneda legal colombiana pagada por los impuestos de patrimonio del trust de acreedores extranjeros de la Sociedad Industrial Franco-Belga, liquidados por los años de 1935, 1936 y 1937; o (petición subsidiaria) la suma de doce mil doscientos cincuenta y cinco pesos ochenta y cinco centavos ($ 12.255.85) moneda legal colombiana pagados en exceso por el gravamen patrimonial correspondiente a la Sociedad Industrial Franco-Belga y liquidado por los años de 1935, 1936 y 1937», iniciado ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, el señor Fiscal propuso la excepción dilatoria de *declinatoria de jurisdicción*.

Expresa dicho funcionario que conforme a lo dispuesto en el artículo 155 del Código Judicial en las acciones qne se adelanten contra el Estado, el Tribunal competente es el del domicilio del demandante, y como la Sociedad Industrial Franco-Belga tiene su domicilio en Amberes (Bélgica) y el centro de explotación de sus negocios dentro de la comprensión municipal de Suaita, el Tribunal de Bucaramanga no tiene competencia para conocer del juicio intentado ya que ninguno de esos lugares está dentro de la jurisdicción del Distrito Judicial mencionado, y advierte que no prorroga la jurisdicción, por la prohibición que establece el artículo 153 del Código de Procedimiento Civil.

El Tribunal, en providencia de trece de agosto

próximo pasado, declaró no probada la excepción propuesta, providencia que fue apelada por el señor Fiscal, por lo cual el negocio pasó al conocimiento de esta corporación.

El señor Procurador Delegado en lo Civil manifiesta que se abstiene de impugnar el auto apelado por encontrarse de acuerdo con las tesis en que se funda.

La Sala considera:

El demandante, al dar respuesta a la excepción de que se trata, la contestó así:

«*El domicilio social* de la Sociedad Industrial Franco Belga es la ciudad de Amberes en el Reino de Bélgica, y es obvio que a esa circunstancia no puede atenderse para fijar el Tribunal competente que haya de conocer del presente juicio. La Sociedad tiene su principal centro de explotación en el Corregimiento de San José de Suaita, perteneciente al Municipio de Suaita, y puede admitirse que allí tiene su *domicilio industrial* en Colombia.

«Pudiera aceptarse que por esta última razón la competencia corresponde al Tribunal Superior de San Gil. Pero aunque ello fuera en verdad así, aquí tendría aplicación la norma del artículo 153 del Código Judicial según la cual "la competencia que se fija por razón del lugar es prorrogable, y se entiende prorrogada por parte del demandante, por el hecho de ejercitar la acción"».

La Corte encuentra jurídica la apreciación de la parte demandante; al no poderse fijar la competencia de este juicio por el domicilio social de la compañía, ya que éste se encuentra en el extranjero, debe hacerse por el domicilio industrial. Pero como la competencia por razón del lugar es prorrogable por parte del demandante, el Tribunal ante quien se inició la acción tiene jurisdicción para conocer de ella, sin que a esto se oponga lo establecido por el artículo 153 del Código Judicial que prohibe a los señores Agentes del Ministerio Público prorrogar la jurisdicción, porque no es a ellos a quienes corresponde hacerlo en el presente caso sino a la parte demandante, que es la Sociedad Industrial Franco Belga.

Debe anotarse también que existiendo la norma general de la prórroga de jurisdicción por parte del demandante, cuando ésta se determina por razón del lugar, mayor aplicación debe tener el precepto que así lo establece (artículo 153 del Código Judicial) cuando se trata de acciones contra el Estado, ya que él no tiene propiamente domicilio y que los respectivos Agentes del Ministerio Público lo representan ante cualquiera de las entidades que son competentes para que ante ellos comparezca en calidad de demandado.

Debe pues reconocerse al demandante la facultad que tiene de prorrogar la jurisdicción al Tribunal de Bucaramanga.

Por las razones que acaban de exponerse, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia confirma la providencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga el trece de agosto pasado en el presente juicio.

Notifíquese, cópiese y devuélvase.

ANÍBAL CARDOSO GAITÁN, JOSÉ M. BLANCO NÚÑEZ, ARTURO TAPIAS PILONIETA. - *Manuel Pineda Garrido*, Secretario.

Responsabilidad del Estado por perjuicios causados en el accidente de aviación del campo de Santa Ana.

(La primera parte de la doctrina que contiene este fallo ha sido expuesta al principio de otros similares que fueron publicados en números anteriores. A esa doctrina nos referimos).

La Dirección.

El incidente previsto por el artículo 553 del Código Judicial no está consagrado para que las partes rectifiquen los aspectos desfavorables del acervo probatorio del juicio principal anterior, sino única y exclusivamente para que por la parte favorecida se haga una «liquidación motivada y especificada» respecto de una sentencia que sobre el particular sólo se limita a condenar al pago de "una cantidad ilíquida por frutos, perjuicios u otra causa semejante». Y es claro que esta condena no puede ser sino el resultado de la existencia en el correspondiente litigio de pruebas con arreglo a las cuales está debidamente justificado el derecho a la reparación, faltando solamente el detalle de concretar y acreditar en cifras numéricas la cuantía de dicha reparación.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, diciembre tres de mil novecientos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta).

La señorita Ana Elisa Barón B. demanda a la Nación para que en juicio ordinario se le condene a pagarle los perjuicios de toda clase que la Nación le causó por ser responsable civilmente de las heridas e incapacidades que la demandante recibió en el siniestro aéreo del campo militar de Santa Ana, Municipio de Usaquén, ocurrido el 24 de julio de 1938, con motivo de haberse estrellado sobre la multitud que asistía allí a una revista militar, el avión piloteado por el Teniente de Aviación César Abadía.

La primera instancia fue fallada por el Tribunal de Bogotá en sentencia del 20 de septiembre de 1941, cuya parte resolutiva es del siguiente tenor:

«1.° La Nación colombiana es civilmente responsable de los perjuicios materiales y morales que la demandante señorita Ana Elisa Barón B., recibió como consecuencia de las lesiones que sufrió el 24 de julio de 1938, en el campo militar de Santa Ana, cuando el avión militar que piloteaba el Teniente de la Aviación César Abadía, se estrelló sobre la multitud.

«2.° En tal virtud condénase a la Nación a pagarle a la mencionada señorita la cantidad de setecientos cincuenta pesos ($ 750) moneda corriente a título de reparación del daño moral meramente subjetivo.

«3.° Condénase igualmente a la Nación a pagarle a la demandante, señorita Ana Elisa Barón B., los perjuicios materiales que recibió a consecuencia de las lesiones por ella sufridas, que se liquidarán por el procedimiento que indica el artículo 553 del Código Judicial.

«4.° No se hace condenación en costas».

Contra la precedente resolución interpuso apelación el señor Fiscal del Tribunal *a quo*, motivo por el cual los autos fueron remitidos a esta Sala de la Corte donde están agotadas las formalidades de la segunda instancia.

CAPITULO I

LOS HECHOS ACREDITADOS

Con las pruebas allegadas en la primera instancia se establece:

1.° Que la revista militar del campo de Santa Ana, realizada por el Ejército en cooperación con la Aviación militar, el día 24 de julio de 1938, fue ordenada por el Gobierno Nacional en conmemoración de la fiesta nacional de ese día, y a ella se invitó al Cuerpo Diplomático, los altos funcionarios públicos y al público en general.

2.° Que dentro del programa de la revista figuraron unas pruebas de acrobacia a cargo de una escuadrilla de caza de la Aviación militar, comandada por el Teniente César Abadía.

3.° Que cuando este aviador ejecutaba una maniobra de «rollo lento» sobre las tribunas, a una altura inferior a 150 metros, el avión que piloteaba chocó contra el borde occidental de la tribuna que ocupaba el Cuerpo Diplomático, a consecuencia de lo cual se vino a tierra, rodando incendiado por espacio de muchos metros.

4.° Que en el Ministerio de Guerra existe un reglamento de vuelos y acrobacias, con las siguientes prescripciones:

«4. Altura mínima. Toda maniobra acrobática debe terminar a una altura no menor de 500 metros.

«5. Prohibición. No podrá volar un avión acrobáticamente sobre: *a*) Ciudades, poblaciones, etc. *b*) Aeródromos, parques, estadios, etc.; *c*) Agrupaciones de personas al aire libre.

«6. Cerca a ciudades, aeródromos, etc. Cuando se efectúen maniobras acrobáticas cerca a aeródromos, ciudades, etc., la distancia horizontal mínima calculada desde los límites de éstos no debe ser menor de mil (1.000) metros».

5.° Que la orden de operaciones dictada por el Capitán García Bonilla, en su carácter de Comandante del escuadrón aéreo que tomaba parte en la revista, contenía los siguientes números que los aviadores debían ejecutar:

«*Orden de desfile y maniobras*

«1.° Se hará una pasada del conjunto de máquinas por sobre las tribunas, así:

«Aviones P. T., 150 metros.
«Aviones Falcon, 250 metros.
«Aviones Hawk, 350 metros.
«Aviones JU-52, 450 metros.

«Las formaciones serán de acuerdo con el esquema anterior.

«2.° Terminada la primera pasada en conjunto del escuadrón, los aviones JU procederán a aterrizar.

«3.° Después de la primera pasada los aviones P. T. regresarán a las tribunas en escalón de máquinas y a una altura de 300 metros iniciarán un Lufberry de cuatro vueltas, saliendo de él las máquinas unas tras otras y procederán a aterrizar.

«Los Falcon, también después de la primera pasada y en escalón de máquinas regresarán a

las tribunas e iniciarán un Lufberry de cuatro vueltas y en sentido opuesto al de las P. T. Saldrán las máquinas una tras otra y procederán a aterrizar. Altura para esta maniobra, 600 metros.

«Los señores Comandantes de las escuadrillas de P. T. y Falcon cuidarán de que mantengan la altura de 300 y 600 metros, respectivamente, durante la ejecución del Lufberry.

«4.° Terminado el Lufberry de los P. T. y Falcon, el Comandante y ala número 2 de la tercera patrulla de Hawks se separarán del conjunto y ejecutarán maniobras de combate sobre las tribunas. Altura mínima, 500 metros. Tiempo, 10 minutos.

«Terminadas estas maniobras las tres máquinas de la 3.ª patrulla formarán de nuevo en -V-, en espera de que las máquinas de que trata el punto 5.° terminen su demostración.

«5.° Seguidamente, la primera patrulla de Hawk más el Comandante y ala número 3 de la segunda patrulla, quienes formarán en -V- de máquinas, ejecutarán Loops en formación y Fleur de lis, a una altura que en ningún caso debe ser menor de 500 metros. Tiempo, 10 minutos.

«6.° A continuación, la tercera patrulla y el ala número 2 de la segunda patrulla se unirán a las cinco máquinas de acrobacia y en formación de escalón de máquinas, los nueve Hawks vendrán sobre las tribunas y ejecutarán una carrera de ratón a una altura no menor de 500 metros. Tiempo, 15 minutos. Terminadas estas maniobras las máquinas procederán a aterrizar». (Firmado) *Jesús M. García B.*, Jefe Sección Operaciones».

6.° Que el Director General de Aviación, momentos antes de iniciarse la revista, dirigió al Comandante del escuadrón, Capitán García Bonilla, el siguiente radiograma: «Campo de Santa Ana, 24 de julio de 1938. Capitán García. Techo., Repítole orden maniobras deben efectuarse al norte del campo sobre tanque estación Usaquén altura no menor ciento cincuenta metros. Informarásele permanentemente estado revista. Mayor *Méndez*, Dirgenav».

7.° En la hoja de servicios del Teniente Abadía figuraba como uno de los mejores pilotos de la Aviación militar, pero con esta advertencia: «Le falta seriedad para comandar..... Es un verdadero militar en campaña; en paz es muy *juguetón*».

8.° En uno de los ensayos preliminares de la revista el Teniente Abadía violó el reglamento de vuelos y por tal causa se le aplicaron sanciones disciplinarias.

9.° Que entre las víctimas de la tragedia de Santa Ana figura la demandante señorita Barón, quien recibió quebraduras en la cara y en las dos piernas, motivo por el cual fue trasladada a su casa de habitación en donde estuvo sometida a un tratamiento médico curativo durante dos meses.

CAPITULO II

LAS CAUSAS DE LA TRAGEDIA

De las comprobaciones del expediente surgen patentes las causas tanto directas como indirectas de la lamentable tragedia del campo militar de Santa Ana. Debiéronse las primeras a la conducta misma del Teniente Abadía, quien contrariando la orden superior hace sus peligrosas y arriesgadas acrobacias a alturas menores de 150 metros y sobre el propio campo en donde se agrupaba una densa multitud. Sobre el particular es muy diciente el informe que rindió al Ministerio de Guerra la Comisión Técnica nombrada por el Gobierno para establecer el origen y los motivos del siniestro, compuesta de dos aviadores, un ingeniero y un Inspector Técnico, la cual llegó a las siguientes conclusiones:

«Los suscritos pasan a rendir el dictamen que que se les solicita, *acerca de las causas inmediatas de orden técnico que originaron el lamentable siniestro aéreo de Santa Ana, teniendo en cuenta las circunstancias de las maniobras objetivamente apreciadas durante la revista y lo hace, unánimemente*, en la siguiente forma:

«El Teniente Abadía dirigía en calidad de Comandante la escuadrilla de caza que estaba efectuando maniobras acrobáticas, y en el momento a que nos referimos ejecutaba la *carrera de ratón*, una vez terminada la acrobacia en formación.

«El Teniente Abadía terminó una *picada*, a unos 30 metros de altura sobre el nivel del suelo e inició un rollo lento descendente en dirección Norte a Sur. Terminada la primera parte del rollo se mantuvo algunos instantes en vuelo invertido, sensiblemente a la horizontal, y luégo ejecutó la segunda parte del rollo en la misma inclinación. Al terminarlo perdió altura debido a una pequeña patinada a la salida de tal maniobra e inmediatamente inició un viraje sobre la derecha.

«El conjunto de las maniobras descritas tuvo lugar al norte de las tribunas y frente a la marcada con el número 9 en el plano del Campo de Marte. Al terminar dichas maniobras la altura del avión sobre el techo de la mencionada tribuna era aproximadamente de unos 10 metros, lo que hace unos 20 metros sobre el suelo.

«El viraje que inició entonces debía colocarlo con frente al Noroeste y llevarlo sobre el campo de las maniobras militares por encima de las tribunas y pasando muy cerca del extremo oeste de la tribuna número 2. Para ejecutar con éxito esta maniobra sólo podía perder unos cinco metros de

altura pero debido a la densidad atmosférica (presión normal en la Sabana 560 milímetros) y al corto espacio de que disponía para terminar esta curva con éxito (100 metros aproximadamente) la máquina patinó y fue a chocar con la rueda derecha contra el borde occidental de la tribuna número 9 (diplomáticos). Al chocar la rueda mencionada contra el techo metálico y el maderamen que constituía ese borde y gracias a la sustentación que tenía la máquina por la velocidad que llevaba ésta saltó invirtiendo el sentido de la curva, seguramente ayudada por la acción de los comandos en el mismo sentido, por parte del piloto. Perdiendo la velocidad cayó entonces hacia el Suroeste llevándose con la punta del ala derecha la escalera de acceso al segundo piso de la tribuna presidencial. Este nuevo choque cambió la dirección del aparato ligeramente hacia el Oeste haciéndolo chocar contra el suelo detrás de la tribuna presidencial donde se inició el incendio. El avión saltó incendiándose para ir a caer cerca del lugar donde se encontraba la estación de radio de campaña al servicio de la Dirección General de Aviación y siguió de ahí, arrastrándose sobre el suelo por efecto de la fuerza de inercia, hasta el lugar donde se encuentran hoy los despojos.

«El hecho de iniciar una maniobra acrobática a unos 30 metros de altura sobre el suelo de la Sabana de Bogotá, con una presión atmosférica de sólo 560 milímetros y sobre un campo recalentado por el sol y colmado de multitud, donde podía preverse la presencia de zonas atmosféricas enrarecidas por efectos térmicos, constituye un error técnico por parte de cualquier piloto experto en acrobacias.

«El mantenerse en vuelo invertido, aunque fuera por pocos instantes, dentro de las circunstancias anotadas y especialmente a la altura en que se encontraba sobre el campo, constituye una nueva temeridad que también debe considerarse como error en un piloto experimentado.

«La terminación del rollo lento no ofrece crítica ninguna y la pérdida de altura por patinada a su terminación es normal en tal ejercicio dada la la altitud y las condiciones atmosféricas en que se ejecutaba.

«Lo que resulta incalificable, por la magnitud del error que comprende, es la última maniobra de viraje de ciento treinta grados que pretendió ejecutar entonces, a sólo 20 metros de altura y casualmente sobre la zona en que era casi segura la presencia de un enrarecimiento atmosférico proveniente de la irradiación del sol sobre un piso desnudo de vegetación y colmado de gentes. Se agrega además, como agravante, la presencia de esa muchedumbre y el reducido espacio de que disponía para poder coronar con éxito su temerario intento.

«Dentro de las condiciones anotadas resulta normal la patinada sufrida por la máquina como consecuencia de fenómenos puramente aerodinámicos y en ningún caso como falla en el funcionamiento mecánico del aparato, cuyos órganos motores así como su estructura y comandos se encontraban en excelentes condiciones.

«El incendio que se produjo como consecuencia del choque sufrido contra los postes de la cerca que se encontraba al pie de la tribuna, resultó de la rotura de los tanques de gasolina y se produjo al contacto con los exostos incandescentes de los cilindros del motor. La volatilidad e inflamabilidad de la gasolina etílica de 87 octanas que llevaba el avión y el momento en que ésta entró en contacto con los exostos explica la rapidez del incendio y su aspecto explosivo. El carácter particularmente tóxico de esta clase de combustible agravó las consecuencias de las quemaduras sufridas por las víctimas.

«La forma rápida en que se provocó el incendio, la ausencia de rastros de fuego sobre el terreno en el lugar en que éste se produjo, y el hecho de no haberse encontrado ninguna víctima carbonizada, indican que el motor estaba funcionando cuando el combustible se derramó de los tanques rotos. Lo mismo indica la posición en que encontramos el switch en los escombros. Por otra parte, la manivela del acelerador estaba en el máximum de su apertura. Todo lo cual y la forma como aconteció el siniestro según lo dejamos descrito, nos demuestra que el Teniente Abadía trató de controlar su máquina hasta el último momento; sus esfuerzos contribuyeron, en parte, a que el desenlace de aquél no alcanzara proporciones mayores.

«El examen detenido de los restos del avión nos confirma en la fundada opinión de que el material se encontraba en perfecto estado de servicio pues todas las roturas aparecen como consecuencia de los repetidos y fortísimos golpes recibidos por éste y no como resultado de vicios o defectos (cristalización, grietas, venceduras, etc).

«En esta forma dejamos concluído el dictamen que se nos solicita haciendo constar que el Inspector Técnico, Justino Mariño, no estuvo presente en la revista por encontrarse en el aeródromo de Techo llenando las funciones de su cargo y que los conceptos emitidos por él se basan en las observaciones hechas durante la visita ocular que verificamos en el sitio del siniestro durante la tarde de ayer y que fueron ampliamente discutidos con los demás miembros de la Comisión y aceptados por ellos.

«Como anexos enviamos el informe que nos rindió el Servicio Aerológico de la Dirección General de Aviación sobre la presión atmosférica en Bogotá en las horas del siniestro.

«Bogotá, julio 27 de 1938.

«Capitán *José I. Forero;* Capitán *Francisco Santos C.; Luis Gómez Grajales,* Ingeniero; *Justino Mariño,* Inspector Técnico».

Y la responsablilidad indirecta de la tragedia radica esencialmente en los funcionarios militares del arma aérea que prepararon la revista, que incurrieron en imprudencias palpables, como son:

1.° Haber elaborado el orden del desfile para las maniobras de los aviadores, incluyendo números tan peligrosos para los aviadores y el numeroso público que los iba a contemplar, como el de la «carrera del ratón» y otros, permitiendo algunas de esas evoluciones sobre las tribunas, según se comprueba con la lectura de dicho documento, copiado en el punto *quinto* del capítulo anterior; con lo cual se apartaron del reglamento de vuelos y acrobacias que existe en el Ministerio de Guerra, que proscribe, naturalmente que por su peligrosidad, efectuar vuelos en avión acrobáticamente sobre ciudades, parques, estadios, agrupaciones de personas al aire libre, etc.

2.° Haberle confiado el comando de la escuadrilla a un piloto que aunque experto oficialmente era considerado como indisciplinado y lo más grave aún «falto de seriedad para comandar» quien en los ensayos de la revista había también violado órdenes superiores, con lo cual la imprudencia de mantenerlo a la cabeza de la escuadrilla el día de la revista llegó al más alto grado.

3.° Haberse apartado de la prescripción del citado reglamento de vuelos que prohibe los vuelos acrobáticos a alturas inferiores a 500 metros. Aun cuando en un principio se ordenó que los vuelos guardaran esta altura, el día de la revista se permitió expresamente que los aviadores bajaran a 150 metros. Esta nueva orden está dada en el radiograma del 24 de julio, del Mayor Méndez para el Capitán García, en el que además se advierte que «las maniobras deben efectuarse al norte del campo sobre tanque estación Usaquén». Advertencia que hubiera sido más satisfactoria y quizá mejor comprendida y observada por los pilotos, si en vez de darse en un telegrama de última hora, se expresa con la debida anticipación en una orden que hubiera derogado detalladamente todos los puntos peligrosos del programa elaborado para el desfile y las maniobras por el Comandante del escuadrón aéreo, pues tal programa fue básico en el desarrollo de las maniobras y con arreglo a él éstas se cumplieron, según se desprende del «memorándum relativo a las investigaciones hechas por dos comisiones técnicas con motivo del accidente de aviación ocurrido en el campo de Santa Ana el 24 de julio de 1938», documento o informe que bajo ese título presentaron al Ministerio de Guerra el General Luis Acevedo y el Mayor Ernesto Buenaventura el 3 de septiembre del año citado.

CAPITULO III

APLICACIÓN DEL DERECHO

En la sentencia del 30 de junio del año próximo pasado, pronunciada en el juicio promovido por la señora Paulina Martínez v. de Jiménez contra la Nación por los perjuicios provenientes de la muerte trágica de su hijo Luis Alberto Jiménez Martínez ocurrida en el mismo accidente de aviación de Santa Ana (*Gaceta Judicial,* número 1977, tomo LII, páginas 109 a 122), se tuvo la oportunidad de examinar por esta misma Sala la responsabilidad civil de la Nación, habiéndose llegado a la conclusión, con base en los mismos documentos que aquí también están acreditados, de que sobre el Estado pesa la obligación de reparar el daño causado.

Esta tesis que hoy se reafirma se basa en que aun con el criterio clásico del Código Civil que reglamenta la responsabilidad civil derivada de la culpa *personal,* y de sus repercusiones o efectos en cuanto compromete también la responsabilidad de tercero, resulta comprometida la responsabilidad del Estado por una presunción de culpa consistente en *falta de vigilancia* o en *mala elección.*

«Antes que haberse desvirtuado la presunción de culpa en contra del Estado por falta de vigilancia y mala elección, —dijo la Corte en la memorada sentencia del 30 de junio de 1941— los documentos oficiales en que la actora se apoya, dejan establecido no ya una presunción, sino la plena prueba de que al desarrollo de aquella tragedia contribuyó la circunstancia de no haberse tomado por parte de los superiores del Teniente Abadía aconsejadas medidas de previsión. De manera que con la responsabilidad personal del Teniente Abadía corre parejas la indirecta del Estado, derivada del hecho de que el primero causó el daño con ocasión del servicio que estaba prestando, de volar y hacer ante la multitud que presenciaba las maniobras militares en el campo de Santa Ana, ejercicios acrobáticos. Que el aviador en un momento dado de sus evoluciones aéreas, quebrantara determinada orden superior, no es circunstancia que lo coloque fuera de la misión que se le confió, hasta el punto de desvincular al Estado del daño causado; esa circunstancia ape-

nas significa que el servicio se prestó mal, y esa falta es precisamente la base en que descansa la responsabilidad del Estado».

—

Ahora, si el hecho se juzga con un criterio de estricto Derecho Administrativo, en que más que a la falta *personal* del subalterno se atiende a la culpa *impersonal* de la Administración, generada en las fallas y deficiencias de un servicio público que en un momento dado se revela mal organizado, la responsabilidad del Estado por la tragedia de Santa Ana resulta de mayor evidencia. Porque tal como el acontecimiento tuvo su desarrollo, no cabe abrigar la menor duda de que obedeció fundamentalmente a notorias faltas del servicio de aviación militar. Probadas irregularidades en la preparación de la revista y luégo en el momento de ejecutarse. Indisciplina y transgresión de elementales normas de prudencia tanto por superiores como por inferiores. Y no se arguya que el piloto cometió una falta personal. Pues esa falta siempre fue cometida al ejecutar el piloto la función que le correspondía y con ocasión de ella.

CAPITULO IV

LOS PERJUICIOS

Daño material.

El Tribunal hizo una condena *in genere* respecto del daño material sufrido por la demandante, en atención a que su cuantía no se estableció en la primera instancia. La situación probatoria en esta segunda instancia continúa siendo la misma sobre el particular. Empero, la Corte estima necesario sentar en este punto las bases necesarias para la fijación del monto de los perjuicios materiales sufridos por la parte demandante, lo cual se echa de menos en la sentencia apelada.

Ante todo es preciso tener en cuenta la clase de lesiones que sufrió la señorita Barón a consecuencia del siniestro aéreo de Santa Ana. A este respecto obran en el proceso los siguientes reconocimientos médicos:

El día 12 de septiembre de 1938 fue practicado por los médicos de la Oficina Central de Medicina Legal de esta ciudad el primer reconocimiento de la señorita Barón, con el siguiente resultado:

«Número 9430—Septiembre 12 de 1938—La señorita Ana Barón reconocida en su casa de habitación tuvo múltiples quemaduras de segundo grado en la cara que no le han dejado sino una cicatriz de la región preauricular derecha de tres centímetros de longitud, y un ligero enrojecimiento de la región infraorbitaria derecha. En la pierna derecha tuvo extensas quemaduras de segundo grado ya cicatrizadas. En la pierna izquierda tiene varias cicatrices consecutivas a quemaduras de segundo grado. En la región maleolar externa izquierda y en la cara externa de la misma pierna, tiene amplias quemaduras de segundo grado que no han cicatrizado aun a pesar del buen tratamiento que ha tenido. Se encuentra incapacitada para trabajar desde el día 24 de julio pasado, y hoy continúa en estado de incapacidad a consecuencia de las quemaduras.

«Su incapacidad definitiva no podrá fijarse sino hasta que termine el proceso de cicatrización, lo mismo que las consecuencias que puedan quedarle».

El 25 de noviembre del mismo año fue practicado un segundo reconocimiento de la demandante, habiendo conceptuado así la citada Oficina:

«Número 12013.—Noviembre 25 de 1938—La señorita Ana Barón reconocida nuevamente en su casa de habitación tiene reparadas las quemaduras que recibió. La incapacidad definitiva para trabajar fue de noventa días.

«Le han quedado cicatrices amplias de ambas piernas que constituyen una deformidad física permanente.

«La pierna izquierda está un poco edematosa y con algunas perturbaciones circulatorias, que le dificultan la marcha y que hoy constituyen un defecto funcional, que pudiera modificarse con el tiempo y mediante tratamiento».

Ahora bien: ¿Qué clase de perjuicios patrimoniales sufrió la demandante a consecuencia de las lesiones de que se acaba de hacer mérito? En el particular sólo existe la prueba de que la señorita Barón se vio obligada a someterse a un tratamiento médico por espacio de dos meses, recurriendo para ello a los servicios profesionales de los doctores Rogelio Salcedo, Pedro González Pizarro y Arturo Durán (folios 20 vuelto, 21 y 22 del cuaderno número 2). Es obvio que ese tratamiento tuvo que demandar la erogación por parte de la actora de sumas de dinero, cuya cuantía no se ha acreditado. De tal suerte que con ocasión de la liquidación de los perjuicios materiales será cuando podrá concretarse en cifras numéricas la precisa cuantía de aquella erogación.

Empero, fuera de lo indicado no existe en el proceso prueba alguna que induzca a considerar la existencia de otros daños materiales. En la demanda (hecho 20) se dice que las lesiones sufridas por la actora «disminuyen su capacidad productora para ganarse la vida en *cualquiera actividad a que quisiera dedicarse*». Esta frase del libelo unida a la absoluta ausencia de pruebas acerca del trabajo a que estuviera dedicada la señorita Barón con anterioridad a la fecha del accidente aéreo de Santa Ana, inducen a considerar que en

realidad la demandante no estaba consagrada para esa fecha a ninguna actividad productiva, cuya cesación parcial o total hubiera de atribuírse a las lesiones de que resultó víctima en aquel siniestro.

De consiguiente, no es posible legalmente la condena *in genere* de la Nación por el aspecto analizado, ya que de lo contrario se incurriría en el injurídico extremo de remitir a las partes a un nuevo debate probatorio, cuyas bases generales han debido establecerse en este juicio. El incidente previsto por el artículo 553 del Código Judicial no está consagrado para que las partes rectifiquen los aspectos desfavorables del acervo probatorio del juicio principal anterior, sino única y exclusivamente para que por la parte favorecida se haga una «liquidación motivada y especificada» respecto de una sentencia que sobre el particular sólo se limita a condenar al pago «de una cantidad ilíquida por frutos, perjuicios u otra causa semejante». Y es claro que esta condena no puede ser sino el resultado de la existencia en el correspondiente litigio de pruebas con arreglo a las cuales el derecho a la reparación está debidamente justificado, faltando solamente el detalle de concretar y acreditar en cifras numéricas la cuantía de dicha reparación.

No existiendo en este juicio ningún elemento de convicción que pueda servir de base a la Corte para hacer una condena *in genere* de perjuicios distintos de los relativos al costo del tratamiento médico de la señorita Barón, a la Nación sólo se le puede obligar a que pague por concepto de daños materiales lo que en el incidente del citado artículo 553 del Código Judicial se demuestre que pagó la demandante a los facultativos que la atendieron durante los dos meses en que estuvo al cuidado de éstos, con ocasión de las lesiones que sufrió en el siniestro de aviación en referencia.

DAÑO MORAL

El daño moral de carácter subjetivo sufrido por la demandante es incuestionable. En el caso de autos ese daño se presenta con entidad propia y autónoma de los daños materiales u objetivados, comoquiera que consiste sustancialmente en la depresión psíquica a que estará en adelante sometida por causa de la cicatriz de la región preauricular derecha y por las lesiones de ambas piernas que constituyen, al decir de los facultativos de la Oficina Central de Medicina Legal, «una deformidad física permanente». A lo cual debe agregarse que en concepto de los mismos facultativos en la pierna izquierda existían perturbaciones circulatorias, constitutivas de un defecto funcional «que pudiera modificarse con el tiempo y mediante tratamiento». Todas estas lesiones y sus inevitables consecuencias contra la integridad corporal y funcional de la persona humana no pueden menos que constituir en la señorita Barón una causa de permanente preocupación y de pesar en su sér interior.

Bien conocidas son ya las tesis de esta Sala acerca de la reparación del daño moral expuestas en repetidos fallos, que han sido también acogidos por la Sala de Casación Civil. No hay para qué repetir lo que ya está dicho con el fin de justificar la reparación del daño moral y el modo de satisfacerlo, atendiendo a que como carece de materialidad no es posible jurídica ni racionalmente su avalúo por peritos.

En el presente caso, y dentro de las precitadas doctrinas de la Corte, el Tribunal condenó a la Nación a pagar a la señorita Barón la suma de $ 750, a título de satisfacción por el daño moral subjetivo proveniente de las deformaciones e incapacidades de que resultó víctima la demandante. Esta condena la encuentra la Corte perfectamente justificada, por lo cual el fallo de primer grado en esta materia será confirmado.

CAPITULO V

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, falla el recurso de apelación pendiente en este negocio de la siguiente manera:

1.° Confírmanse los numerales 1.° y 2.° de la parte resolutiva de la sentencia apelada.

2.° Los perjuicios patrimoniales o materiales se liquidarán en el incidente previsto en el artículo 553 del Código Judicial, teniendo en cuenta estas bases: 1.° Que la señorita Barón estuvo sometida a un tratamiento médico durante dos meses, como consecuencia de las lesiones que sufrió en el siniestro aéreo de Santa Ana; y 2.° Que la indemnización por perjuicios materiales a que tiene derecho la actora solamente puede traducirse en la suma que se compruebe que ella erogó en el curso de aquel tratamiento médico.

De las indemnizaciones reconocidas deben descontarse las sumas que la demandante haya recibido por concepto de auxilio, según la Ley 100 de 1938.

3.° Dése al Gobierno la comunicación que ordena el artículo 554 del Código Judicial.

Publíquese, cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al inferior.

ANÍBAL CARDOSO GAITÁN, JOSÉ M. BLANCO NÚÑEZ, ARTURO TAPIAS PILONIETA. - *Manuel Pineda Garrido*, Secretario.

JUECES EJECUTORES

Los Jueces Ejecutores carecen de facultad legal para hacer los reconocimientos de que habla el artículo 1059 del Código Judicial, pues es ésta una atribución de los Recaudadores o Administradores de Rentas Nacionales.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, diciembre siete de mil novecientos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente, doctor José M. Blanco Núñez).

El Juzgado de Rentas Nacionales de Bogotá, con fecha 10 de enero de 1940, reconoció a favor de la Nación y a cargo de la sociedad Casa Toro S. A. la cantidad de $ 1.218.98 moneda legal «según registros definitivos de impuesto sobre la renta» durante el año de 1937 (folio 1.°, cuaderno número 1).

Con base en dicho reconocimiento, el mismo Juzgado libró orden de pago por la vía ejecutiva a favor de la Nación y a cargo de la expresada Compañía, por dicha suma y sus correspondientes recargos.

El señor Gregorio Jaramillo, en representación de la parte demandada, se notificó del mandamiento de pago (folio 2 ibidem) y posteriormente presentó dentro del término legal, un pliego de excepciones. En tal virtud, ha venido el negocio a esta Superioridad, donde se procede a decidir el incidente respectivo, agotada como se encuentra la tramitación de rigor.

EXCEPCIONES PROPUESTAS

Varios fueron los medios de defensa alegados por la parte ejecutada, pero la Corte se limita a estudiar solamente uno de ellos, pues encontrando fundada una excepción perentoria, no hay lugar a entrar en el análisis de las otras, según lo estatuye el artículo 344 del Código Judicial.

El excepcionante se expresa en la siguiente forma:

«Además, el reconocimiento base de la ejecución no está firmado por el Administrador de Hacienda Nacional de Cundinamarca sino por el Juez de Rentas que lo expidió, y por lo tanto, no presta mérito ejecutivo, ya que solamente lo prestan las copias de los reconocimientos hechos por los Recaudadores de Hacienda a cargo de los deudores de impuestos, conforme a lo dispuesto por el numeral 2.° del artículo 1059 del Código Judicial. La atribución que concede, esta disposición es personalísima e indelegable. Así, pues, el Juez de Rentas sólo tiene jurisdicción coactiva para cobrar los créditos del Fisco, pero jamás para firmar los reconocimientos como en el presente caso».

Considera la Corte:

Los Jueces Ejecutores carecen de facultad legal para hacer los reconocimientos de que habla el artículo 1059 del Código Judicial, pues es ésta una atribución de los Recaudadores o Administradores de Rentas Nacionales.

Es principio constitucional que los funcionarios públicos no pueden ejercer otras funciones ni ejecutar actos para los cuales no tienen la competencia correspondiente. Los actos así ejecutados por tales funcionarios por cuanto rebasan sus facultades legales y constitucionales son ineficaces.

Y este es el caso que se contempla en el presente juicio. Por tanto, el título que sirve de base a la presente ejecución, adoleciendo de ese vicio, no puede ser considerado como suficiente para exigir ejecutivamente el impuesto que se cobra, y en consecuencia, procede declararlo así.

Por lo que queda dicho, 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 de incompetencia de jurisdicción que se hizo consistir en haber sido expedido el reconocimiento, base de la ejecución, por el Juez Ejecutor, quien carece de competencia para ello.

Publíquese, notifíquese, cópiese y devuélvase.

ANÍBAL CARDOSO GAITÁN, JOSÉ M. BLANCO NÚÑEZ, ARTURO TAPIAS PILONIETA.—*Manuel Pineda Garrido*, Secretario.

Responsabilidad civil del Estado por perjuicios causados en la tragedia de aviación del campo de Santa Ana.

Como la doctrina que contiene este fallo es exactamente igual a la de otros similares publicados en números anteriores de la *Gaceta Judicial*, nos referimos al completo extracto que de aquélla hizo el Relator de la Corte.

La Dirección.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales—Bogotá, diez de diciembre de mil novecientos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente, doctor José M. Blanco Núñez).

El doctor Jorge Lozano A., en su propio nombre y en representación de su hija menor Emma Lozano Pulecio, por medio de apoderado judicial, ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, promovió demanda ordinaria contra la Nación, representada por el Fiscal respectivo, para que se hiciesen las siguientes declaraciones, mediante los trámites del correspondiente juicio:

«Primera. Que la Nación es responsable y debe pagar al doctor Jorge Lozano A., seis días después de ejecutoriada la sentencia que ponga fin a este juicio, los perjuicios, tanto materiales como morales, ocasionados al demandante, por razón de la muerte de su esposa, la señora Angelina Pulecio de Lozano, ocurrida el 24 de julio de 1938, a consecuencia del siniestro de aviación que tuvo lugar el día citado en el Campo de Marte o Santa Ana, situado en jurisdicción del Municipio de Usaquén, perjuicios que serán tasados por peritos en el término probatorio de este juicio.

«Segunda. Que la Nación es responsable y debe pagar al doctor Jorge Lozano A., seis días después de ejecutoriada la sentencia que ponga fin a este juicio, los perjuicios, tanto materiales como morales, ocasionados al demandante, por razón de la muerte de su hija Beatriz Lozano Pulecio, ocurrida el 24 de julio de 1938, a consecuencia del siniestro de aviación que tuvo lugar el día citado en el Campo de Marte o Santa Ana, situado en jurisdicción del Municipio de Usaquén; perjuicios que serán tasados por peritos en el término probatorio de este juicio.

«Tercera. Que la Nación es responsable y debe pagar a la menor Emma Lozano Pulecio, representada por su padre doctor Jorge Lozano A., seis días después de ejecutoriada la sentencia que ponga fin a este juicio, los perjuicios, tanto materiales como morales, ocasionados a la citada menor, por la muerte de su madre, la señora Angelina Pulecio de Lozano y de su menor hermana, Beatriz Lozano Pulecio, ocurrida el 24 de julio de 1938, a consecuencia del siniestro de aviación que tuvo lugar el día citado, en el Campo de Marte o Santa Ana, situado en jurisdicción de Usaquén, perjuicios que serán tasados por peritos en el término probatorio de este juicio».

Como hechos fundamentales de la demanda se alegaron los siguientes:

«1.° Jorge Lozano A. contrajo matrimonio por los ritos de la religión católica con la señora Angelina Pulecio Leyva, en la población del Guamo (Tolima) el 15 de julio de 1922.

«2.° De ese matrimonio nacieron Emma y Beatriz Lozano Pulecio.

«3.° El Gobierno Nacional, por conducto del Ministerio de Guerra ordenó y ejecutó en el Campo de Marte o Santa Ana, situado en jurisdicción del Municipio de Usaquén, en las horas de la mañana del día 24 de julio de 1938, una revista militar en la que tomó parte, con pruebas de acrobacia, el Cuerpo de Aviación Militar.

«4.° El Ministerio de Guerra hizo invitaciones especiales y al público en general, para que asistiera a la revista.

«5.° Al hacer las maniobras aéreas el Cuerpo de Aviación Militar, el avión marca Hawk número 826, piloteado por el Teniente César Abadía, se precipitó en forma inesperada contra la tribuna destinada al Cuerpo Diplomático y cayó sobre el terreno adyacente a dicha tribuna, causando la muerte y heridas de muchas personas de las que presenciaban la revista.

«6.° Entre las personas que murieron a consecuencia del siniestro citado en el punto anterior, se encuentran la señora Angelina Pulecio de Lozano y su menor hija Beatriz Lozano Pulecio.

«7.° El doctor Jorge Lozano A., distinguido odontólogo, a la fecha del siniestro ejercía su

profesión en el Municipio del Guamo y tenía negocios en la ciudad de Bogotá y en el Departamento del Tolima.

«8.° Con el fin de proveer en forma eficiente a la educación de las menores Emma y Beatriz Lozano Pulecio, sus padres resolvieron abrir casa en Bogotá desde el año de 1933, dedicándose la señora Angelina Pulecio de Lozano a la atención diaria, directa y personal de sus hijos.

«9.° El demandante Jorge Lozano A., por razón de la muerte de su esposa y de una de sus hijas, se vio obligado a interrumpir los estudios de su menor hija Emma, para radicarse con ella, en forma permanente en el Municipio del Guamo, teniendo que abandonar su domicilio y sus negocios de Bogotá.

«10. Por razón de la muerte de la señora Angelina Pulecio de Lozano, la atención de su menor hija Emma, en su educación y desarrollo, exige una fuerte y continuada erogación por parte de su padre para reemplazar, en forma imperfecta, el apoyo moral y material de la madre de la citada menor.

«11. La terminación del hogar del demandante Jorge Lozano A., por la muerte de su cónyuge y una de sus hijas, le obliga a mantener a su lado en forma permanente a su hija Emma para que ella sea consuelo de tan rudo golpe.

«12. Por la razón indicada en el hecho anterior, no le es dado al demandante internar a su hija en un colegio, sino que se ve obligado, para cumplir los deseos de educar a su hija, a sostener una institutriz competente que se encargue de la labor de instrucción y cuidado permanente de dicha menor.

«13. El Teniente César Abadía, en el momento del siniestro, obraba como miembro del Ejército en la Aviación Militar y el avión que comandaba pertenecía a la Nación.

«14. Las maniobras que ejecutó el Teniente César Abadía el 24 de julio de 1938 sobre el Campo de Marte o Santa Ana, en jurisdicción del Municipio de Usaquén, se hicieron violando los reglamentos militares y los de técnica para esa clase de maniobras. Así lo sostienen las comisiones nombradas por el Gobierno y la Cámara de Representantes que investigaron la causa del siniestro.

«15. El Gobierno, por conducto del Ministerio de Guerra, sabía que el Teniente César Abadía era un piloto atrevido e insubordinado en sus vuelos, hasta el punto de que en los ensayos preparatorios de la revista, fue sancionado por sus superiores.

«16. Ya el Ministerio de Guerra en las Resoluciones números 821 y 922 de fechas 22 de septiembre y 18 de noviembre de 1938, dictadas en el expediente levantado con motivo de la solicitud formulada por la señora viuda del Teniente Abadía para que se le reconociera el seguro militar, declaró en forma categórica que el siniestro no obedeció a causas fortuitas, sino a violación de las órdenes y reglamentos militares por parte del aviador, o sea, reconoce el Ministerio, en resoluciones ejecutivas, que el siniestro fue causado por culpa manifiesta de sus agentes».

Como fundamentos de derecho de la demanda fueron invocadas las siguientes disposiciones: Título 34, Libro IV, del Código Civil; Ley 89 de 1938; artículos 114 de la Ley 94 de 1938 y 92 y siguientes de la Ley 95 de 1936.

El representante legal de la entidad demandada contestó al correspondiente libelo, aceptando los hechos 1.°, 2.°, 3.°, 4.° y 13.°; diciendo no constarle los hechos 5.°, 6.°, 7.°, 8.°, 9.°, 10, 11 y 12; y negando el hecho 14, el 15 y el 16. Igualmente negó el derecho, causa o razón de la demanda.

Finalizó la instancia ante el Tribunal con sentencia del 26 de agosto de 1940 mediante la cual se condenó a la Nación al pago de los perjuicios morales y materiales reclamados por la parte demandante, cuya cuantía se determinaría por el procedimiento indicado en los artículos 553 y 554 del Código Judicial.

Apelada esta sentencia por el Agente del Ministerio Público, ha subido el negocio a esta Superioridad. Es la oportunidad de decidir la alzada, agotada como está la tramitación de la segunda instancia, incluso la tramitación del incidente relativo al impedimento que el suscrito Magistrado ponente manifestó para abstenerse de conocer del presente asunto, manifestación de impedimento que fue declarada inadmisible por la mayoría de esta Sala.

Debidamente comprobada resulta de autos la personería legal del doctor Jorge Lozano A. para reclamar en su propio nombre los perjuicios que le fueron causados por la muerte trágica de su señora esposa y de su menor hija Beatriz, y en nombre de su menor hija Emma, los daños inferidos a ésta por el mismo motivo. (Folios 1 a 3 del cuaderno número 1).

Igualmente está acreditado en el proceso que el Gobierno Nacional ordenó y ejecutó en el campo de Santa Ana, jurisdicción del Municipio de Usaquén, el 24 de julio de 1938, una revista militar con participación de la Aviación; que al efectuarse las maniobras aéreas, el avión piloteado por el Teniente César Abadía se precipitó contra el numeroso público que fue invitado a presenciar dicha revista; y que a consecuencia del accidente murieron y fueron heridas muchas personas, encontrándose entre los muertos la señora Ange-

lina Pulecio de Lozano y su menor hija Beatriz Lozano Pulecio. (Documentos oficiales que obran a folios 7 vuelto a 19 del cuaderno número 1; copia auténtica expedida por el Juzgado 2.° Superior de Bogotá, de una diligencia judicial en averiguación del siniestro ocurrido en Santa Ana el 24 de julio de 1938, folios 8 a 9 del cuaderno número 2).

CAUSAS DEL ACCIDENTE

Da cuenta el informativo, con base en documentos de origen oficial, que fueron causas del accidente de aviación de que se trata: *a*) Imprudencia, temeridad, desobediencia e indisciplina del Teniente Abadía; *b*) Negligencia y culpa de los funcionarios encargados de la dirección, preparación y realización de la revista militar, por cuanto violaron los reglamentos vigentes en Colombia sobre tránsito aéreo y vuelos acrobáticos en relación con el lugar y altura permitidos en tales vuelos; y *c*) Mala elección por parte de los funcionarios del Ministerio de Guerra, del Teniente Abadía para comandar la escuadrilla que debía verificar las acrobacias de la aviación en esa revista.

En efecto:

Del informe rendido por el Mayor Jorge Méndez Calvo, como Director General de Aviación (folios 17 a 22, cuaderno número 3); del que rindió la Comisión Investigadora, nombrada por Resolución número 687 de 17 de agosto de 1938 para determinar las posibles causas del accidente aéreo ocurrido en el Campo de Marte el 24 de julio de ese año (folios 110 a 113, ibídem); del dictamen que rindieron los señores Capitán José I. Forero, Capitán Francisco Santos C., Luis Gómez Grajales (ingeniero) y Justino Mariño (Inspector Técnico, «acerca de las causas inmediatas de orden técnico que originaron el lamentable siniestro aéreo de Santa Ana, teniendo en cuenta las circunstancias de las maniobras objetivamente apreciadas durante la revista» (folios 36 a 38, ibídem) y del *memorándum* del General Luis Acevedo y del Mayor Ernesto Buenaventura relativo a las investigaciones hechas por las comisiones técnicas con motivo del mismo accidente de aviación (folios 104 a 109, ibídem), se desprende lo siguiente:

El Director General de Aviación citó a los Comandantes de Escuadrón y de Escuadrilla a una reunión que tuvo lugar el 22 de julio de 1938, y a ésta asistieron numerosos Oficiales del Ejército, y dejó de concurrir el Teniente César Abadía, Comandante de la Escuadrilla de Caza (Hawk). Esta reunión tenía por objeto recomendar a los aviadores que habían de participar en el desfile y en las acrobacias aéreas, el exacto cumplimiento de las órdenes dadas por el señor Inspector General del Ejército y por el Director General de Aviación, relativas al lugar en que deberían verificarse las maniobras, altura mínima, etc. Más tarde el Teniente Abadía recibió individualmente tales instrucciones relativas a las maniobras aéreas.

El Teniente Abadía desatendió las recomendaciones que recibió, y desobedeció las órdenes impartidas en cuanto al lugar en que debían efectuarse las acrobacias, y también en cuanto a la altura mínima a que debía maniobrar.

Por su parte, los altos funcionarios del Ministerio de Guerra, con la autorización expresa que contiene el radiograma que en seguida se transcribe, transgredieron los reglamentos de aeronáutica que rigen en Colombia, particularmente en lo que concierne a la altura mínima de 500 metros para vuelos acrobáticos; a la prohibición de volar acrobáticamente sobre agrupaciones de personas al aire libre; y al lugar o distancia en que tales acrobacias deben efectuarse.

El referido radiograma es del tenor siguiente:

«*Capitán Garcia—Techo.*

Repitole orden maniobras deben efectuarse al norte del campo sobre tanque estación Usaquén altura no menor ciento cincuenta (150) metros (stop). Informarásele permanentemente estado revista.

«Mayor *Méndez*, Dirgenav».

Para mayor claridad y abundamiento sobre el tanto de culpa que corresponde al Estado por los actos de sus funcionarios del Ministerio de Guerra que ordenaron las maniobras aéreas y dirigieron el desfile de aparatos de aviación y permitieron las acrobacias que motivaron el accidente en cuestión, conviene citar aquí los artículos 4.° y 5.° del Reglamento de Tránsito Aéreo, vigente en 1938, y que regulan la materia relativa a *Acrobacias*.

Tales artículos prescriben respectivamente lo siguiente:

«Artículo cuarto. Altura mínima. Toda maniobra acrobática debe terminar a una altura no menor de 500 metros.

«Artículo quinto. Prohibición. No podrá volarse un avión acrobáticamente sobre: *a*) Ciudades, poblaciones, etc. *b*) Aeródromos, parques, estadios, etc. *c*) Agrupaciones de personas». (Folio 20, cuaderno número 1).

Además, el artículo 6.° del mencionado Reglamento ordena que «cuando se efectúen maniobras acrobáticas cerca a ciudades, aeródromos, etc., la distancia horizontal mínima calculada desde

los límites de éstos no debe ser menor de 1.000 metros» (ibídem); y habiéndose dispuesto que las acrobacias se efectuasen sobre el tanque de Usaquén, también se violó dicho artículo, pues de autos aparece que «la medida exacta que existe en el límite del campo de Santa Ana y el tanque de Usaquén en metros, es de trescientos ochenta y cinco metros con cinco centímetros (385,05 metros)». (Folio 9, cuaderno número 5).

Las causas científicas del accidente se hacen consistir en un deslizamiento sufrido por el avión al salir del llamado «rollo», deslizamiento motivado por no encontrarse los comandos de dirección en posición normal en el momento y después de restablecer el avión de la maniobra; en haberse iniciado una maniobra acrobática a baja altura (unos 30 metros), sobre un campo recalentado por el sol y colmado de multitud, donde podría preverse la presencia de zonas atmosféricas enrarecidas por efectos térmicos, lo cual constituye un error técnico por parte de cualquier piloto experto en acrobacias; el mantenerse en vuelo invertido, aunque fuese por pocos instantes, dentro de las circunstancias anotadas, y, especialmente, a la altura en que se encontraba sobre el campo, una verdadera temeridad del piloto.

La mala elección que se hizo al escogerse al Teniente Abadía para comandar la escuadrilla que dirigió el día de la revista, resulta evidente al considerar el significativo antecedente de que el citado Teniente, en el último ensayo de la revista en el propio campo de Santa Ana, se hizo acreedor a una sanción que consistió en una llamada de atención, de acuerdo con el Reglamento de Vuelo, por haber hecho maniobras muy atrevidas (folios 7 a 8, cuaderno número 1). Además de que, según lo manifiesta el Director General de Aviación, Mayor Jorge Méndez Calvo, «su carácter siempre jovial y bromista le había merecido el sobrenombre de "loco"».

***

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

Sobre este particular la Corte confirma aquí una vez más lo ya expuesto en fallos recaídos en otros juicios de esta misma naturaleza en que se persiguen indemnizaciones de perjuicios ocasionados en la referida tragedia de Santa Ana, especialmente lo dicho por esta Sala en la sentencia de fecha quince de mayo del presente año en el litigio de Encarnación Martínez de Fandiño contra la Nación:

«Las entidades de derecho público se obligan por actos de imprudencia o de negligencia con los cuales se cause daño a un tercero.

«Estas personas jurídicas que son creaciones de la ley, capacitadas para adquirir derechos y desprenderse de ellos, actúan siempre por intermedio de personas naturales —agentes o representantes—, que comprometen a aquéllas en los beneficios y en las responsabilidades. Al delegar su personería, ofrecen a terceros la garantía de su responsabilidad, que no se deriva del nexo contractual de la figura jurídica del mandato, sino del hecho natural que origina deberes y obligaciones a la persona en cuyo nombre se está obrando.

«El Código Civil en los artículos 2341, 2347 y 2356, sienta las relaciones de responsabilidad por la culpa extracontractual; los casos en que una persona se obliga por los actos culposos de otra y cómo se verifica la reparación del perjuicio imputable a malicia o imprudencia del agente. Son las disposiciones que se aplican a las entidades de derecho público para fijar su responsabilidad en el daño causado a terceros por sus funcionarios.

«La responsabilidad del Estado en el siniestro, lo dijo la Corte en sentencia de 30 de junio del año pasado, "sea ante las disposiciones del Código Civil que reglamentan la culpa aquiliana, y a cuya luz la jurisprudencia colombiana ha venido examinando y juzgando los actos culposos de los agentes del Estado que en tal calidad infieren daño a terceros; o sea ante la teoría que el Derecho Administrativo suministra para establecer la responsabilidad del Estado ante el daño a terceros por los actos de sus agentes y llamada 'de faltas de servicio', con cualquiera de esos dos criterios que se emplee, aun el subjetivo del Código Civil, resulta gravemente comprometida".

«La responsabilidad del Estado en el Código Civil se basa, por aplicación de los artículos 2347, primer inciso, y 2349, en cuanto del contenido de dichos preceptos, examinados con un criterio de científica interpretación, se puede inferir el principio de que por razones de subordinación y dependencia, la culpa personal del empleado que ocasione daño a tercero con motivo del servicio prestado, repercute sobre el empleador, quien solidariamente con el primero está obligado a reparar el perjuicio. Además de la falta personal del empleado regulada por el artículo 2341, existe la del empleador, quien en ese caso se hace responsable por razón de una presunción de culpa consistente en *falta de vigilancia y mala elección* de su representante, mandatario o dependiente.

«.....

«Por tanto, "antes de haberse desvirtuado la presunción de culpa en contra del Estado por falta de vigilancia y mala elección, los documentos oficiales.... dejan establecido no ya una presunción sino la plena prueba de que al desarrollo de aquella tragedia contribuyó la circunstancia de no haberse tomado por parte de los superio-

res del Teniente Abadía aconsejadas medidas de previsión. De manera que con la responsabilidad personal del Teniente Abadía corre parejas la indirecta del Estado, derivada del hecho de que el primero causó el daño con ocasión del servicio que estaba prestando, de volar y hacer ante la multitud que presenciaba las maniobras militares en el campo de Santa Ana, ejercicios acrobáticos. Que el aviador, en un momento dado, de sus evoluciones aéreas, quebrantara determinada orden superior, no es circunstancia que lo coloque fuera de la misión que se le confió, hasta el punto de desvincular al Estado del daño causado; esa circunstancia apenas significa que el servicio se prestó mal, y esa falta es precisamente la base en que descansa la responsabilidad del Estado".

«.....

«La desobediencia de Abadía fue sin duda ilícita y punible. Mas esas circunstancias propias del radio de sus obligaciones estrictamente militares y tocantes con sus deberes de Oficial del Ejército en sus relaciones de dependencia jerárquica, no alcanzan a modificar las reglas dadas por la doctrina y sentadas en el derecho, conforme a las cuales el acto imperfectamente cumplido por un dependiente no libra de responsabilidad civil a la persona o entidad de quien es subordinado, ya que, se repite, el hecho ejecutado por Abadía, contrario a la orden, apenas implicaba una indebida e imperfecta ejecución del encargo que se le había dado de ejecutar acrobacias en la revista.

«Ante la teoría del Derecho Administrativo, el servicio mal prestado —a título de fuente administrativa—, obliga a la Nación en el siniestro, ya que se trata de la presentación de una revista militar oficial, que es un acto de gobierno administrativo y fue durante ella cuando se cometió el hecho culposo. Responden *in solidum*, a la luz de esta teoría, los herederos del Teniente Abadía y el Estado. En el caso, el Estado, por ser la persona escogida por la demandante para que responda».

***

LOS PERJUICIOS

Los perjuicios que se reclaman por parte del doctor Jorge Lozano A., y por su menor hija Emma Lozano Pulecio, por la muerte de la señora Angelina Pulecio de Lozano, esposa y madre, respectivamente, de los demandantes, y por la muerte de Beatriz, hija del citado doctor Lozano y hermana de Emma, son los de carácter material y los de orden moral. Con relación a ellos la Corte observa:

Perjuicios morales. Los autos no suministran prueba alguna acerca de la existencia de perjuicios morales objetivados con relación al demandante doctor Jorge Lozano ni con relación a su hija Emma Lozano Pulecio por razón de la muerte de la señora Angelina Pulecio de Lozano, ni por la de Beatriz Lozano Pulecio, pero para la Corte es evidente que la desaparición eterna de las víctimas, por los estrechos y tan próximos vínculos de consanguinidad que los unían con los demandantes, sí ha ocasionado a éstos un daño en su patrimonio afectivo, ya que se ven privados de su asistencia, apoyo moral y afectos. La circunstancia de la menor edad de la demandante Emma Lozano, no modifica el fundamento de esta afirmación, pues partiendo de las naturales relaciones de la familia y de las múltiples y variadas exigencias sociales, es de presumirse que, por lo menos, hasta cierta edad el recuerdo doloroso de una madre y de una hermana, fallecidas en forma tan trágica, no sólo no desaparecerá de la mente de una hija y de una hermana, sino que la falta de esos seres queridos podrá hacerse más notable y sensible para esta última en el curso de su vida.

En atención a lo dicho, la Corte estima que se ha causado a los demandantes Jorge Lozano A. y Emma Lozano Pulecio un perjuicio moral de carácter subjetivo y, en consecuencia, en la parte resolutiva de este fallo se les concederá una reparación por tal concepto.

Perjuicios materiales. No se han causado con relación a la demandante Emma Lozano, pues no aparece de autos ninguna prueba sobre el particular. Con respecto a su padre, esos perjuicios serán los que efectivamente él haya recibido por razón de su viudez y de la orfandad en que quedó su hija Emma, tales como los gastos para el cuidado e instrucción de dicha menor por medio de una institutriz, dada la corta edad en que quedó dicha menor.

Con respecto a la merma en el rendimiento de los negocios y en el ejercicio de la profesión de odontólogo del demandante Lozano, por la suspensión de sus actividades profesionales, aunque se alegan en la demanda, no aparecen comprobados tales hechos en autos, pues la única prueba que se aportó fue el testimonio de José Caicedo S., quien, además, depuso en su mayor parte, como testigo cuyo conocimiento lo obtuvo "por referencias".

No hay base suficiente, pues, para poder establecer la existencia de tales perjuicios materiales ni su cuantía; razón por la cual deben negarse, en este particular, los correspondientes pedimentos de la demanda.

Por todas las consideraciones que se dejan hechas, 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 decide, en lugar de éste:

Primero. La Nación es civilmente responsable de la muerte de la señora Angelina Pulecio de Lozano y de la menor Beatriz Lozano Pulecio, a consecuencia del accidente de aviación del 24 de julio de 1938 en el campo de Santa Ana, Usaquén.

Segundo. Condénase a la Nación a pagar al doctor Jorge Lozano A. los perjuicios materiales que efectivamente hubiere recibido con motivo de su viudez y de la orfandad en que quedó su hija Emma Lozano Pulecio por la muerte de la señora Angelina Pulecio de Lozano. La cuantía de tales perjuicios se determinará de acuerdo con el artículo 553 del Código Judicial conforme a las bases determinadas en la parte motiva del presente fallo.

Tercero. Condénase a la Nación a pagar a Jorge Lozano A. y a Emma Lozano Pulecio, la suma de dos mil pesos ($ 2.000) a cada uno de ellos, en concepto de perjuicios morales subjetivos por la muerte de Angelina Pulecio de Lozano y de la menor Beatriz Lozano Pulecio. De esta suma se deducirá lo que los demandantes hubieran recibido a tenor de las disposiciones de la Ley 100 de 1938.

Cuarto. Dése al Gobierno Nacional el aviso de que trata el artículo 554 del Código Judicial.

Quinto. Absuélvase a la Nación de los demás pedimentos y cargos de la demanda.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la *Gaceta Judicial* y devuélvase el expediente.

ANÍBAL CARDOSO GAITÁN, JOSÉ M. BLANCO NÚÑEZ, ARTURO TAPIAS PILONIETA.—*Hernando García Pachón*, Oficial Mayor.

INDICE

SALA DE CASACIÓN EN LO CIVIL

Págs.

Acción de perjuicios. La condición se da por cumplida cuando median las circunstancias exigidas en el inciso final del artículo 1538 del Código Civil.—No se casa la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, el 29 de noviembre de 1941, en el juicio ordinario de Abraham Bonilla contra Fortunato Lozano. Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza 1

Reivindicación.—Se casa parcialmente la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, el día 8 de octubre de 1941, en el juicio ordinario de Miguel Ortiz Erazo contra José Guerrero, Manuel Erazo y otros. Magistrado ponente, doctor José Miguel Arango 5

Reivindicación. Error de hecho y error de derecho. No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, el 19 de octubre de 1941, en el juicio sobre reivindicación adelantado por Liborio Gutiérrez Cruz contra José y Aureliano Sosa y Alfonso Jaramillo. Magistrado ponente, doctor Hernán Salamanca 9

Reivindicación, registro, títulos anteriores a la posesión. Se casa la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira el 26 de febrero de 1941, en el juicio reivindicatorio de Julio Londoño contra Lorenzo Moreno, Roberto Duque y otros. Magistrado ponente, doctor Liborio Escallón 12

Acción petitoria de pago de una suma de pesos. No se casa la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali el 10 de octubre de 1941, en el juicio ordinario de Marco A. Puente V. contra Damián Bejarano y Abelardo Manzano. Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza 18

Acción petitoria de pago de una suma de pesos por perjuicios.—No se infirma la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el 5 de septiembre de 1941, en el juicio de perjuicios promovido por Carlos Ballesteros contra The Anglo South American Bank. Magistrado ponente, doctor José Miguel Arango 22

Petición de herencia. Posesión notoria de un estado civil.—Se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el 12 de septiembre de 1941, en el juicio de petición de herencia iniciado por Julio Barrera Saba contra Elvira Barrera de Otero y otros. Magistrado ponente, doctor Hernán Salamanca 24

Reivindicación. Madre natural. Régimen de tierras conforme a la Ley 200 de 1936. Se casa parcialmente la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, el 11 de julio de 1941, en el juicio reivindicatorio de Luis F. Vivas contra Natalia Lozano viuda de Coutin. Magistrado ponente, doctor Fulgencio Lequerica Vélez 31

Cuantía de la acción para el recurso de casación.—Se deniega el recurso de hecho y se estima bien denegado el de casación interpuesto por Pedro Díaz en el juicio que le promovió Máxima Díaz S. Magistrado ponente, doctor Fulgencio Lequerica Vélez 38

Recurso de hecho para obtener el de casación. Cuantía para el recurso de casación.—Se declara bien denegado el recurso de casación interpuesto por Carlos Mesa Castro, en el juicio de perjuicios que éste le promovió al Municipio de Medellín. Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza 39

Reivindicación.—No se infirma la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el 26 de septiembre de 1941, en el juicio reivindicatorio de Ascensión Rojas de Niño contra Elisa y Soledad Calderón. Magistrado ponente, doctor José Miguel Arango.... 40

Acciones de nulidad por simulación. Apreciación de pruebas. Régimen patrimonial de la sociedad conyugal.—Se casa parcialmente la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el 17 de abril de 1941, en el juicio por simulación instaurado por Natalia Criollo viuda de Murcia, contra Alfonso Espinosa. Magistrado ponente, doctor Liborio Escallón 42

Responsabilidad civil. Perjuicios.—No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el 18 de septiembre de 1941, en el juicio por indemnización de perjuicios seguido por Alfredo Perry contra la Compañía de Samacá, S. A. Magistrado ponente, doctor Hernán Salamanca 46

Sociedad conyugal bajo el imperio de las disposiciones anteriores a la Ley 28 de 1932. Sub-

Págs.

rogación. Se casa parcialmente la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el 27 de septiembre de 1941, en el juicio ordinario seguido por Leonidas Borrero Durán contra Ulpiano Soto y Sara Santos de Soto, Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza 51

Propiedad de los frutos percibidos durante la indivisión de los bienes herenciales relictos. Se casa la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el 23 de mayo de 1941, en el juicio que para el pago de una suma de pesos promovió el doctor Avelino Manotas contra el señor Juan B. Castaño. Magistrado ponente, doctor Fulgencio Lequerica Vélez 53

Acciones de cobro y de simulación. Desglose. Interés del acreedor en solicitar la simulación de actos o contratos por parte de su deudor. No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el 20 de agosto de 1941, en el juicio de simulación instaurado por Leonidas Borrero Durán contra Ulpiano Soto, Pablo Santos y Sara Santos de Soto. Magistrado ponente, doctor Fulgencio Lequerica Vélez 62

Acción sobre indemnización de perjuicios.—Se infirma parcialmente el fallo dictado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el 26 de noviembre de 1941, en el juicio que sobre indemnización de perjuicios iniciaron María Carlina Lara de Rodríguez y otros contra Ignacio Ramírez Vargas. Magistrado ponente, doctor José Miguel Arango 69

Acción petitoria de dominio de unas aguas. Causal 2.ª de casación.—No se casa la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona, el 17 de noviembre de 1941, en el juicio ordinario promovido por Domingo Pérez Hernández contra el Municipio de Pamplona. Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza 73

Acción de impugnación de un estado civil y de petición de herencia.—Se casa parcialmente la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, el 29 de abril de 1941, en el juicio de filiación natural iniciado por José Isabel Castellanos contra José Luis Devia. Magistrado ponente, doctor Isaías Cepeda.. 78

Acción de nulidad de un contrato.—No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, el 10 de diciembre de 1941, en el juicio de nulidad promovido por Mesías Medina contra Laura Maya viuda de Suárez. Magistrado ponente, doctor Hernán Salamanca 81

Filiación natural.—Se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, el 21 de noviembre de 1940, en el juicio de filiación natural instaurado por Peregrino Coral contra Zenón y Trinidad Realpe. Magistrado ponente, doctor Isaías Cepeda 85

Salvamento de voto.—Magistrado doctor Ricardo Hinestrosa Daza..... 100

Salvamento de voto.—Magistrado doctor Hernán Salamanca 101

Cuentas.—Se casa parcialmente la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el 8 de mayo de 1941, en el juicio que para la aprobación de las cuentas presentadas por el actor en su calidad de albacea dirigió contra Alcides Suárez. Magistrado ponente, doctor Isaías Cepeda..... 101

Acción sobre cumplimiento de un contrato de mandato.—Se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, el 18 de junio de 1941, en el juicio ordinario seguido por Nicolaus Bensmann, en su carácter de Gerente de la sociedad Bensmann & Linzen & Cía. contra Miguel Angel Muñoz. Magistrado ponente, doctor Fulgencio Lequerica Vélez 104

Acción negatoria de servidumbre de aguas.—Se casa parcialmente la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, el 10 de octubre de 1941, en el juicio de servidumbre dirigido por Francisco Barbés contra la Magdalena Fruit Company. Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza 113

Reivindicacion. Simulación. Donación.—Se casa parcialmente la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el 4 de abril de 1941, en el juicio ordinario de Aurelio, Teodoro y Tulia Ortiz contra Antonio Manrique y Aurelia Manrique de Ortiz. Magistrado ponente doctor Liborio Escallón 118

Acción petitoria de dominio.—No se infirma la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, el 7 de octubre de 1941, en el juicio sobre dominio de unas casas instaurado por Justina Trujillo contra Ramón Vera Vargas. Magistrado ponente, doctor José Miguel Arango 124

Filiación natural.—Se casa la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, el 30 de junio de 1941, en el juicio de filiación natural seguido por María del Carmen Polanía contra Teresa Valdés, Visitación Molina y Félix Antenor Rodríguez. Magistrado ponente, doctor Fulgencio Lequerica Vélez 126

Salvamento de voto.—Magistrados Ricardo Hinestrosa Daza y Hernán Salamanca..... 139

Objeciones a una partición.—No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, el 12 de julio de 1941, en el juicio que para objetar la partición

Págs.

verificada en la sucesión de Miguel Caicedo A. propusieron Jacinta Rodríguez viuda de Caicedo y María Josefa de Mosquera. Magistrado ponente, doctor Hernán Salamanca 139

Simulación. Nulidad absoluta. Apreciación de los indicios.—No se casa la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el 28 de octubre de 1941, en el juicio de simulación instaurado por Antonio Dorsonville contra María Zárate. Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza 147

Acción de nulidad de un testamento. Demencia del testador. Demencia senil—No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, el 11 de septiembre de 1940, en el juicio de nulidad seguido por Jesús María, Valentina y Adelina Cano contra Benigno Cano Arriguí y Samuel Agustín Tovar. Magistrado ponente, doctor Liborio Escallón. ... 151

Declaración de inadmisibilidad de un recurso de casación.—No es admisible el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, de 12 de mayo de 1942, en los juicios reivindicatorio y de petición de herencia promovidos recíprocamente por Aurelio Vásquez y Victoria Torres de Vásquez contra José de Jesús Córdoba, María Vargas de Córdoba y Rafael Vargas Páez 159

Acción por perjuicios morales. Acumulación de acciones diversas como son la de indemnización de daños contractuales y la de perjuicios morales.—No se infirma la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el 21 de noviembre de 1941, en el juicio de indemnización de perjuicios dirigido por la sociedad «Salomón Gattas e Hijos» contra las Compañías The London & Provincial Marine & General Insurance Company Limited y Colombiana de Seguros. Magistrado ponente, doctor José Miguel Arango 162

Acción para el pago de una suma de pesos.—No se casa la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, el 27 de octubre de 1941, en el juicio sobre pago de una suma de pesos seguido por el doctor Mario S. Vivas contra Ricardo León, Ana Cecilia y Luz Noemí Arboleda. Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza 166

Acción de resolución de un contrato de compraventa.—No se casa la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, con fecha 19 de febrero de 1941, en el juicio de resolución de un contrato adelantado por Josefina Ajiaco contra Luis Sánchez Meneses y Juana Velosa. Magistrado ponente, doctor Isaías Cepeda 168

Acción de nulidad de un testamento cerrado. No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, el 1.° de julio de 1940, en el juicio de nulidad propuesto por Lorenzo Reyes contra Heliodoro Morales. Magistrado ponente, doctor Hernán Salamanca 171

Acciones de nulidad absoluta e inexistencia por simulación de un contrato.—No se casa la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el 10 de julio de 1941, en el juicio de nulidad promovido por Carlos S. Valenzuela y Aurelio Ferré Amigó contra la sucesión ilíquida de Marcos Ferré Salvadó. Magistrado ponente, doctor Fulgencio Lequerica Vélez 174

Confesión presunta conforme al artículo 618 del Código Judicial.—Se casa parcialmente la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, con fecha 29 de marzo de 1941, en el juicio que para el pago de suma de pesos instauró Eladio Borrero contra Octavio Perdomo S. Magistrado ponente, doctor Isaías Cepeda 180

Acción de nulidad por simulación. Confesión. Error de hecho y de derecho. No se casa la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, el 12 de diciembre de 1941, en el juicio de simulación dirigido por Roberto Mariño contra María Luz y Aura María González Mariño. Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza 185

Perjuicios morales. Su indemnización y avalúo. Se casa parcialmente la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, con fecha 11 de septiembre de 1941, en el proceso por indemnización de perjuicios que adelantó Mario Ojeda y Rosa Julia Castro contra Jorge Ricardo Vejarano, propietario de la Empresa de Energía Eléctrica de Villavicencio. Magistrado ponente, doctor Liborio Escallón. 188

Aclaración de la anterior sentencia—Magistrado doctor Liborio Escallón 194

Juicio ordinario de José Ignacio Pérez contra Nicolás Rosanía, sobre pago de una suma de pesos.—No se declara desierto el recurso del demandante recurrente. Magistrado doctor Liborio Escallón 195

Acción para el pago de perjuicios—No se casa la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el 18 de febrero de 1942, en el proceso por perjuicios que enderezó Eduardo Coradine contra el Municipio de Bogotá. Magistrado ponente, doctor Fulgencio Lequerica Vélez 195

Reivindicación.—No se infirma la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, con fecha 6 de octubre de 1941 y en el juicio reivindicatorio de Absalón Linares contra la sucesión de Lisandro González. Magistrado ponente, doctor José Miguel Arango 199

Págs.

Acción para el pago de perjuicios materiales y morales. Abuso del derecho. Licitud de ciertos denuncios criminales.—No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, con fecha 10 de octubre de 1941, en el juicio de indemnización de perjuicios instaurado por José Domingo Pulido contra Campo Elías Fandiño. Magistrado ponente, doctor Hernán Salamanca..... 203

Acción para el pago de una suma de pesos.—No se casa la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, con fecha 17 de marzo de 1941, en el juicio que para el pago de una suma de pesos inició José Celedonio Castañeda contra el Banco Agrícola Hipotecario. Magistrado ponente, doctor Isaías Cepeda. 209

Recurso de revisión.—Se declara infundado el recurso de revisión propuesto por Isabel Rodríguez de Albarracín contra la sentencia de la Corte dictada el 23 de noviembre de 1939. Magistrado ponente, doctor Isaías Cepeda..... 214

Minas. Juicios ordinarios de minas. Restauradores de minas. Posesión ordinaria en Derecho Minero.—No se casa la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, el 25 de agosto de 1942, en el juicio ordinario seguido por Germán Molina Callejas contra la sociedad Frontino Gold Mines Limited. Magistrado ponente, doctor Fulgencio Lequerica Vélez..... 222

Acción de perjuicios. Incongruencia.—No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, con fecha 16 de septiembre de 1941, en el proceso por indemnización de perjuicios instaurado por Pedro L. Rodríguez y Abigaíl O. de Rodríguez contra The Santa Marta Railway Company Limited. Magistrado ponente, doctor Hernán Salamanca..... 232

Acción de nulidad de un contrato. Eficacia e imperio de la cosa juzgada.—No se casa la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el 6 de noviembre de 1941, en el juicio de nulidad propuesto por María Luisa del Carmen Gaitán contra Gustavo Gaitán y Jorge Enrique Rojas, Magistrado ponente, doctor Fulgencio Lequerica Vélez..... 236

Acción de rendición de cuentas.—No se casa la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, el 12 de mayo de 1942, en el juicio de rendición de cuentas seguido por Lisandro Prieto contra Próspero Agudelo Salcedo. Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza..... 240

Recurso de casación contra la sentencia aprobatoria de una partición.—No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, el 28 de marzo de 1942, en el juicio ordinario de José María Franco contra Emperatriz Cáceres viuda de Franco. Magistrado ponente, doctor Hernán Salamanca. 244

Págs.

Filiación natural.—No se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, con fecha 19 de febrero de 1942, en el juicio de filiación natural instaurado por Luis Angel Cortés o Monje contra Abraham, María, Sara y Teresa Cortés. Magistrado ponente, doctor José Miguel Arango..... 247

Reglas para la interpretación de los contratos. No se casa la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, el 26 de noviembre de 1941, en el juicio de indemnización de perjuicios dirigido por Jesús M. López V., Juan Elkin, José y María Rodríguez Arango y Ana Arango viuda de Rodríguez contra Angel María Díaz Lemos. Magistrado ponente, doctor Fulgencio Lequerica Vélez..... 250

Reivindicación para la sociedad conyugal de bienes vendidos por uno solo de los cónyuges.—Se casa parcialmente la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el 26 de julio de 1941, en el juicio ordinario de María Carmen Montaña de Alfaro contra Fernando Alfaro y Lisandro Ortiz. Magistrado ponente, doctor Isaías Cepeda..... 254

Acciones acumuladas de petición de dominio de unas minas, de nulidad de un contrato. Mandato para negocios de minas.—Se casa la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, el 20 de mayo de 1941, en el juicio promovido por Luis Chedé contra Gonzalo Lourido y Román Gómez L. Magistrado ponente, doctor Liborio Escallón..... 260

Aclaración de la anterior sentencia. Magistrado doctor Liborio Escallón..... 275

Acción para el pago de una suma de pesos. Requisitos que deben cumplir las compañías extranjeras de negocios permanentes en Colombia.—No se infirma el fallo proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, con fecha 4 de noviembre de 1941, en el juicio para el pago de una suma de pesos seguido por la Compañía Echavarría Incorporated, S. A. contra Antonio J. Duque B. y Ana Berenice Hencker. Magistrado ponente, doctor José Miguel Arango..... 277

Acción petitoria de pago de perjuicios.—No se casa la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el 25 de julio de 1941, en el proceso por perjuicios promovido por Pedro Joaquín Páez, Concepción López de Páez y María de Jesús Páez de Parra contra la Compañía de Samacá. Magistrado ponente, doctor Isaías Cepeda..... 280

Perjuicios.—Se casa la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el 16 de febrero de 1942, en el juicio de indemnización de perjuicios seguido por Humberto Sanabria contra el Municipio de Bogotá. Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza..... 286

Págs.

Reivindicación —No se infirma la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, con fecha 11 de diciembre de 1941, en el juicio reivindicatorio de Carlos Julio Cepeda contra Francisco Díaz, Eusebio Cortés y Antolina Herrera. Magistrado ponente, doctor José Miguel Arango..... 291

Acción de nulidad de un contrato por simulación.—Se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, el 14 de junio de 1941, en el juicio de nulidad propuesto por Víctor González Yara contra los hijos de la sucesión de Polidoro Gómez. Magistrado ponente, doctor Liborio Escallón..... 294

Acción de resolución de un contrato.—No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, con fecha 9 de mayo de 1941, en el juicio de resolución de un contrato dirigido por Roberto Sanmiguel contra Lucrecia Vanegas de Velandia. Magistrado ponente, doctor Isaías Cepeda..... 299

Acción de resolución de un contrato y de indemnización de perjuicios.—Se casa parcialmente la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el 9 de marzo de 1942, en el juicio de indemnización de perjuicios instaurado por José María Castro y Alfredo Cruz contra Pablo Emilio Morales. Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza..... 303

Acción petitoria de ineficacia de una presunta repudiación de herencia. Aceptación tácita de la herencia —Se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el 15 de noviembre de 1941, en el juicio ordinario seguido por María Parra de Barrera contra Mercedes Ordóñez de Ordóñez y Carolina Ordóñez de Azuero. Magistrado ponente, doctor Hernán Salamanca..... 307

Acción de nulidad por simulación - No se casa la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, el 29 de enero de 1942, en el juicio de simulación instaurado por Felipe Quesada y Bibiana Avila de Quesada contra José Suárez Ch. Magistrado ponente, doctor Fulgencio Lequerica Vélez..... 313

Acción para el pago de perjuicios por culpa. —No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, con fecha 23 de julio de 1941, en el juicio de indemnización de perjuicios promovido por José Abel Posada y otros contra el Municipio de Medellín. Magistrado ponente, doctor Liborio Escallón..... 319

Acción para el pago de perjuicios por culpa extracontractual.—No se infirma la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, el 4 de febrero de 1942, en el proceso de indemnización dirigido por Justiniana de Montoya y otros contra el Municipio de Medellín. Magistrado ponente, doctor José Miguel Arango..... 324

Recurso de revisión de una sentencia proferida en Sala Civil de Unica Instancia.—Se declara infundado el recurso de revisión contra la sentencia de la Corte fechada el 26 de marzo de 1942, en el juicio ordinario de Jorge Martínez Landínez contra la Nación. Magistrado ponente, doctor Fulgencio Lequerica Vélez..... 327

Acción de restitución de un dinero.—No se casa la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, con fecha 8 de febrero de 1941, en el juicio promovido por Bernardo Alvarez Gallo contra Jorge E. Mora. Magistrado ponente, doctor Isaías Cepeda..... 331

Acción de nulidad de unos contratos.—No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el 27 de mayo de 1942, en el juicio ordinario de Mariano Juxtinico contra Salvador y Honorato Juxtinico y Alejandro Ospina. Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza..... 334

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

Jurisdicción y competencia en asuntos referentes a prestaciones sociales.—Se declara incompetente la Corte para conocer del juicio seguido por Santos Camelo contra la Nación. Magistrado ponente, doctor José M. Blanco Núñez..... 337

Término para practicar las pruebas.—Se confirma el auto de 3 de junio de 1942, dictado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el juicio ordinario de Alfonso Garzón contra el Departamento de Cundinamarca. Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán..... 339

No se repone el auto anterior.—Magistrado doctor Aníbal Cardoso Gaitán..... 340

Aviso de exploración de petróleo Tierras abandonadas de resguardos de indígenas. Su condición jurídica. Ley 55 de 1905. No es fundada la pretensión de la Compañía Socony Vacuum Oil Company de Colombia para explotar petróleo en tierras del llamado resguardo indígena de Galapa, que considera de propiedad particular. Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán..... 342

Acción petitoria de dominio --Se confirma la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, el 17 de marzo de 1941, en el juicio sobre dominio instaurado por la Compañía Urbanizadora Industrial contra la Nación. Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán..... 347

Págs.

Excepciones viables ante la justicia ordinaria en ejecuciones por alcances. – Se declaran improcedentes las excepciones propuestas por el ejecutado, señor Diego Silva Parra, en el ejecutivo adelantado por la Nación contra éste y el señor Alberto Escobar Camacho. Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta..... 354

Excepciones viables ante la justicia ordinaria en ejecuciones por alcances —Se declaran improcedentes las excepciones propuestas por Raúl Castilla en el juicio ejecutivo que adelanta la Nación contra éste y contra Carlos Arturo Perdomo F. Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta..... 360

Se declara fundada la pretensión de la Compañía de Petróleo Shell de Colombia para explotar petróleo en la finca "Bledonia".—Se decide que es fundada la pretensión de la Compañía de Petróleo Shell de Colombia, de explorar y explotar petróleo en las tierras de la finca *Bledonia*, situada en el Municipio de Lérida, Departamento del Tolima. Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán..... 365

Excepciones.—Se declaran infundadas las excepciones propuestas por el señor Antonio Vega Lara en el juicio ejecutivo que le promovió la Nación. Magistrado ponente. doctor Aníbal Cardoso Gaitán..... 372

Revocación de un auto ejecutivo. Notificaciones a los contribuyentes.—Se revoca el mandamiento de pago proferido el 11 de julio de 1940, en el juicio ejecutivo que instauró la Nación contra Pedro Martínez B. Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán..... 375

Responsabilidad civil por perjuicios en la tragedia de aviación del campo de Santa Ana. – Se declara civilmente responsable a la Nación de los perjuicios morales no objetivados sufridos por Alejandrino Hoyos, con motivo del siniestro de aviación del campo de Marte. Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán..... 377

Competencia privativa de los Tribunales Administrativos para el conocimiento de ciertas acciones.—Se confirma el auto del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, que declaró inadmisible la excepción de declinatoria de jurisdicción, propuesta en el juicio de Juancho Gutiérrez contra el Departamento de Antioquia. Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta..... 383

Excepciones. Fianza.—Se revoca la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, el 9 de mayo de 1942, en el juicio ejecutivo del Departamento de Nariño contra Flavio E. Sánchez y Zoila Rosa Carvajal de Navarrete. Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta..... 386

Responsabilidad civil del Estado por perjuicios causados en la tragedia de aviación del campo de Santa Ana – Se revoca la sentencia pronunciada por el Tribunal Supêrior del Distrito Judicial de Bogotá, el 5 de febrero de 1941, en el juicio de indemnización de perjuicios instaurado por Rafael Miranda Florián contra la Nación. Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta..... 388

Responsabilidad civil del Estado por perjuicios causados en la tragedia de Santa Ana.—Se revoca la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el 3 de octubre de 1940, en el proceso de indemnización de perjuicios seguido por María de Jesús Alcázar y Ligia Escobar Alcázar contra la Nación. Magistrados ponentes, doctores José M. Blanco Núñez y Aníbal Cardoso Gaitán..... 394

Sentencia de prelación de créditos.—Se decreta la prelación de créditos en el juicio ejecutivo de la Nación y Jorge Barrault contra Ramón Díaz Morales, Isidoro Rodríguez y Evaristo Sarmiento. Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta..... 399

Agencia oficiosa.—Se declara probada la excepción de nulidad de la hipoteca constituída por escritura 104 de 3 de noviembre de 1933, en el juicio ejecutivo seguido por la Nación contra Luis R. López y la señora Hilda María Vallarino. Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán..... 400

Sociedades de responsabilidad limitada. No se les puede gravar con impuestos —Se declara probada la excepción de inexistencia de la obligación propuesta por el ejecutado en el juicio que le promovió la Nación a la sociedad limitada Trilladora América Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán..... 402

Pensión.—Se revoca el auto dictado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el 14 de marzo de 1942, en el juicio ordinario seguido por Amelia Sánchez Mora contra el Departamento de Cundinamarca. Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán..... 404

Excepciones Resoluciones de los Administradores de Hacienda.—Se declaran improcedentes las excepciones propuestas por el ejecutado, en el juicio que con jurisdicción coactiva sigue la Nación contra Silvestre Gutiérrez. Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta..... 405

Prestación de caución para la protección de una propiedad industrial —Se confirma el auto proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, en el juicio ejecutivo que adelantó la Compañía de Comercio "Mirurgia S. A.", contra el Departamento de Caldas. Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán. 407

Excepciones. Práctica de pruebas. Copias de documentos.—Se confirma la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, el 29 de mayo de 1942, en el

Págs.

ejecutivo de Gregorio Jaramillo contra el Departamento de Boyacá. Magistrado ponente, doctor José M. Blanco Núñez 409

Excepciones. Multas. Créditos personales estimados en la declaración del patrimonio.—Se declara fundada la excepción de error en algunas partidas indebidamente cobradas por la Administración de Hacienda del Magdalena, en el juicio ejecutivo de la Nación contra el señor Miguel J. Caldas. Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán..... 412

Comentario del artículo 721 del Código Judicial No se repone el auto de 2 de octubre de 1942, en el juicio que por indemnización de perjuicios dirige Julio Berrío París contra la Nación. Magistrado ponente, doctor José M. Blanco Núñez..... 415

Responsabilidad civil del Estado por perjuicios causados en la tragedia de aviación del campo de Santa Ana. - Se revoca la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el 24 de septiembre de 1940, en el juicio de indemnización de perjuicios promovido por Wenceslao Medina Grillo y Beatriz Medina Barrera contra la Nación. Magistrados ponentes, doctores José M. Blanco Núñez y Aníbal Cardoso Gaitán 417

Alcances definitivos. - Se declara probada la excepción de ineficacia del documento que sirve de recaudo ejecutivo, propuesta por Arcadio López en el juicio ejecutivo que le sigue la Nación.

Págs

Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta..... 423

Competencia prorrogable por parte de las compañías extranjeras que tienen su domicilio industrial en Colombia. - Se confirma la providencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, el 13 de agosto de 1942, en el juicio ordinario de la Sociedad Industrial Franco-belga contra la Nación. Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán ... 425

Responsabilidad del Estado por perjuicios causados en el accidente de aviación del campo de Marte. - Se confirman los numerales 1.° y 2.° de la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el 20 de septiembre de 1941, en el juicio de indemnización seguido por la señorita Ana Elisa Barón B. contra la Nación. Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta..... 426

Jueces Ejecutores. - Se declara probada la excepción de incompetencia de jurisdicción propuesta por la Casa Toro S. A, en el juicio ejecutivo con jurisdicción coactiva que le sigue la Nación. Magistrado ponente, doctor José M. Blanco Núñez 433

Responsabilidad civil del Estado en la tragedia de aviación del Campo de Marte.—Se revoca el fallo proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el 26 de agosto de 1940, en el juicio de indemnización instaurado por Jorge Lozano A. contra la Nación. Magistrado ponente, doctor José M. Blanco Núñez 434

GACETA JUDICIAL

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

DIRECTOR: JULIAN MOTTA SALAS

TOMO LIV-bis — BOGOTA — ENERO DE 1948

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
EXTRACTO DE LAS DOCTRINAS CONTENIDAS EN EL TOMO LIV-BIS

POR

JULIAN MOTTA SALAS

RELATOR DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

— A —

ABUSO DEL DERECHO

— 1 —

En la legislación colombiana no está consagrada en fórmulas positivas la teoría del abuso del derecho. Lo que hasta hoy existe en esta materia en el derecho nacional es producto de la estructuración jurisprudencial de la teoría jurídica sobre principios generales consignados en el Código Civil y que imponen la obligación de reparar todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia, es decir, la aplicación al ejercicio del derecho, como a cualquiera otra clase de actividades, de las nociones técnicas de la culpa en que está cimentado el régimen legal de la responsabilidad civil. La expresión "abuso del derecho", de términos antagónicos o inconciliables en concepto de algunos expositores, cifra cabalmente los dos extremos de licitud e ilicitud en que se puede mover la conducta culposa, la noción honesta del ejercicio del derecho y la necesidad ética de no ser indiferentes a las consecuencias dañinas de su ejercicio abusivo o excesivo. Siendo indispensable la adopción de un criterio técnico en la calificación de los hechos para saber si pueden o no considerarse como constitutivos de un error de conducta, corresponde necesariamente al arbitrio judicial indagar, averiguar a través de todas las pruebas la intención y los móviles para poder deducir si el uso de un derecho objetivamente legal es acto lícito por moverse dentro de la órbita jurídica normal, o ilícito, capaz de ser fuente de responsabilidad, por desviarse de sus fines honestos y serios en forma inmoral o antisocial. El derecho de denunciar criminalmente, constitutivo también de obligación o deber legal, no es de por sí un acto que pueda comprometer la responsabilidad civil del denunciante; pero puede llegar a constituír una culpa cuando no ha sido hecho con un objetivo serio y de justicia y con buena fe y sobre hechos reales, pues asume entonces la naturaleza peculiar y las consecuencias del acto abusivo.

Es necesario en esta ocurrencia producir la prueba plena de las circunstancias constitutivas de la culpa. Quien con incuestionable buena fe lleva a conocimiento de la justicia ciertos hechos sospechosos y adecuados para base de investigación, y mejor que sean en propia defensa porque así el conocimiento es más completo, no compromete su responsabilidad aunque la investigación criminal no concluya en la existencia de ningún delito, si los hechos son ciertos y en su denuncio no se procedió temerariamente o con torcidos fines. Mientras el denunciante proceda de buena fe y sobre hechos evidentes que por su naturaleza puedan dar base a investigaciones legales, debe ser inmune a la responsabilidad civil, porque de otra manera se esterilizaría la necesaria iniciativa particular, que también es deber legal, en el campo de las investigaciones penales. (Casación, LIV-bis, octubre 23 de 1942) 205, 2ª

ACEPTACION TACITA DE LA HERENCIA

— 2 —

Nada impide la posibilidad de que ocurra el fenómeno de la aceptación tácita de una herencia, esto es, por interpretación de los hechos, durante el plazo para deliberar que el artículo 1389 del Código Civil concede al asignatario para manifestar si acepta o repudia, a petición de cualquiera persona interesada en ello. El silencio o falta de declaración que en el artículo 1290 **ibídem** sirve de base a la presunción de repudio, no ha de entenderse como ausencia de palabras solamente, sino también de aquellos actos que de acuerdo con la ley implican necesariamente en el presunto heredero la intención de aceptar la herencia. "Si mientras transcurre el término —dice el comentador Vélez refiriéndose al **jus deliberandi**— ejecuta el heredero un acto que implique aceptación, juzgamos que debe entenderse que acepta". (Vélez, **Derecho Civil Colombiano**, Tomo V, página 45). La ley autoriza dos formas de declaración volitiva, la expresa y la tácita, de las cuales puede el heredero hacer uso con igual eficacia e indistintamente durante el plazo de opción, cuando ha sido demandado para el efecto.

La aceptación tácita consiste, según el artículo 1298 del Código Civil, en la ejecución de un acto que supone en el asignatario necesariamente su intención de aceptar, y que no hubiera tenido derecho de ejecutar sino en su calidad de heredero. Para la apreciación y calificación de lo que ha de entenderse como "acto de heredero" (**pro herede gerendo**) la ley da normas de interpretación de los hechos e iniciativas del asignatario, a fin de restringir un poco la gran libertad calificadora que para el Juez se desprende de los términos de la definición legal. Expresamente está definido como acto de heredero la enajenación de cualquier efecto hereditario, aun para objeto de administración urgente, sin permiso del Juez y sin protesta de no querer obligarse como heredero (artículo 1301 del Código Civil, y la cesión a cualquier título del derecho de suceder (artículo 1287 del Código Civil). Se establece asimismo, como regla de diferenciación, que los actos puramente conservativos, los de inspección y administración provisoria urgente, no son actos que suponen por sí solos la aceptación de la herencia (artículo 1300 del Código Civil), de donde puede deducirse que no solamente los actos de enajenación o de disposición de bienes hereditarios son actos de heredero sino que también encajan dentro de esta calificación los administrativos que no correspondan o no puedan considerarse como de administra-

ción provisoria urgente. El criterio que según el precepto legal ha de aplicarse para calificar judicialmente los actos de aceptación tácita, dando cabal significado a la exigencia de que deben suponer necesariamente la intención de aceptar, es el de analizar el acto del asignatario para deducir si ha sido ejecutado por el heredero en su carácter jurídico de propietario o solamente como heredero presunto o con cualquier otro título.

Refiriéndose la Corte al negocio especial sobre que versa el pleito, agrega que no es el acto en sí mismo lo que debe ser objeto de consideración sino la intención que revele. El hecho de conferir un mandato el heredero presunto para realizar un acto y su nombre y representación, no es constitutivo por sí solo de acto de heredero que pueda afectar el derecho de opción del signatario; es necesario, para calificar acertadamente este acto jurídico (**Negotium juris**) tener en cuenta el objeto y los límites del mandato, sin perder de vista que lo que el mandatario ejecute, dentro de las autorizaciones de su encargo, se considera como ejecutado por el mandante. La calidad con que se surte la notificación que establece el artículo 1434 del Código Civil no puede ser, según los términos de esa disposición, sino la de heredero, para poder seguir adelante el juicio ejecutivo de venta. (Casación, LIV bis, diciembre 9 de 1942). 311, 1ª y 2ª

ACCIONES CONTRA EL HIJO DE FAMILIA

— 3 —

Conforme al artículo 307 del Código Civil, en las acciones civiles contra el hijo de familia el actor se dirige al padre para que autorice o represente al hijo en la litis, y sólo si el padre no puede o no quiere prestar su autorización o representación, puede el Juez suplirla y da al hijo un curador para la litis. El artículo 246 del Código Judicial, que es de carácter excepcional y por lo mismo de interpretación restricta, establece curatela **ad litem** para los eventos en él contemplados cuando se trata de un juicio universal. (Casación, LIV-bis, octubre 9 de 1942) 167, 1ª

ACTAS DE ESTADO CIVIL

— 4 —

La tesis del Tribunal sentenciador que trae a cuento el artículo 407 del Código Civil y la sentencia judicial necesaria para enmendar las equivocaciones en que se haya incurrido en un acta de estado civil (bautizo, era el caso), cuando no se ha hecho y salvado la corrección al extenderlas como permite el artículo 374 de esa obra, y cita además del Decreto número 28 de la Conferencia Episcopal reunida en Bogotá en 1927 que para aquel fin exige sentencia eclesiástica, es inobjetable. (Casación, LIV-bis, diciembre 15 de 1942) 335, 2ª

ACTAS DE REGISTRO DEL ESTADO CIVIL

— 5 —

Las actas de registro del estado civil extendidas en otro país pueden referirse a extranjeros o a colombianos. Los extranjeros que tengan que probar su estado civil deben acreditarlo con documentos extendidos conforme a la ley del país donde se cumplieron los hechos constitutivos de su estado, conformidad que se presume si se presen-

tan debidamente autenticados. Los colombianos que quieren hacer constar fehacientemente en Colombia los hechos constitutivos de su estado civil ocurridos fuera del territorio nacional, pueden hacerlo en conformidad con la correspondiente ley extranjera, observando sus requisitos, o de acuerdo con la ley colombiana extendiendo sus actas de estado civil según las reglas del Código ante un funcionario diplomático o consular de la República. La sujeción a la ley extranjera es, pues, facultativa para los colombianos, pero en cuanto a la producción de pruebas de un estado civil originado en hecho constitutivo cumplido fuera del territorio colombiano. La prueba principal del estado civil de los colombianos solamente puede originarse, respecto de hechos constitutivos cumplidos en el país, del registro civil colombiano o de los libros parroquiales. La disposición del artículo 382 del Código Civil se refiere exclusivamente al estado civil adquirido en el extranjero, pero en manera alguna al adquirido por colombianos dentro del territorio nacional, para cuya prueba está naturalmente excluída cualquier acta proveniente de empleados oficiales de país extranjero, cuya jurisdicción al efecto, como en Colombia, es territorial y fundada en el principio **locus regit actum.** (Casación, LIV-bis, agosto 21 de 1942).

30, 1ª y 2ª

AGENCIA OFICIOSA

— 6 —

Según doctrina de la Corte, en los casos de extralimitación de funciones del mandatario, no ratificada por el mandante, cuando la gestión redunda en provecho de éste, hay agencia oficiosa que obliga al interesado ante terceros. En los demás casos (cuando la gestión no redunda en provecho del mandante), el acto es ineficaz y no puede obligarlo. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LIV-bis, noviembre 13 de 1942).

402, 1ª

AGUAS

— 7 —

Un Municipio no puede ser el demandado en acción petitoria de dominio de unas aguas que son de uso público, sino la Nación. (Casación, LIV-bis, septiembre 21 de 1942) 78, 1ª

ALCANCES DEFINITIVOS

— 8 —

Solamente los alcances definitivos prestan mérito ejecutivo. No pueden considerarse como tales aquellas providencias en que se declara el alcance pero sin haber sido notificadas personalmente al responsable, de conformidad con los artículos 43 a 61 de la Resolución número 248 de 28 de mayo de 1940, proferida por la Contraloría Nacional. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LIV-bis, noviembre 30 de 1942) 424, 1ª

AMANUENSE

— 9 —

En el ordinal 9º del artículo 1068 del Código Civil no se entiende comprendido el copista o escribiente que frecuentemente acude a las Notarías en busca de trabajo ocasional o incierto por el cual recibe un estipendio variable, y conforme al cual sólo se aplica tal calificativo a los empleados que el Notario ocupa de manera permanen-

te y por una remuneración fija, que son los únicos que por estar así en estado de subordinación deben considerarse como de sospechosa veracidad en razón de la influencia de su superior, que es la razón que justifica y explica la inhabilidad consagrada en el numeral 9º del artículo citado. Así lo había resuelto antes la Corte en sentencia de casación del 18 de marzo de 1936. (Casación, LIV-bis, octubre 9 de 1942). 173, 2ª

APRECIACION DE PRUEBAS

— 10 —

Si bien no es admisible la tesis de que el Tribunal es absolutamente soberano en la apreciación de las pruebas, tesis que revaluó y restringió posteriormente la Corte, también lo es que cuando la convicción del Tribunal está respaldada en pruebas, esa convicción es inatacable; en eso existe la soberanía del fallador, y lo que debe averiguarse es si hubo errónea o incompleta apreciación legal de las pruebas o factores procesales en que fundó su convicción. En tratándose de la prueba indicial aparece con más claridad lo anterior y en ese caso el ataque y el estudio en casación no es otro sino el de establecer si los hechos indiciales están probados o son recibidos como pruebas. (Casación, LIV-bis, septiembre 7 de 1942) 43, 2ª

— B —

BALDIOS

— 11 —

La Ley 200 de 1936 consagró el reconocimiento de la propiedad privada y la renuncia del Estado en relación con las tierras baldías. Sus disposiciones fijaron las normas que deben tenerse en cuenta para averiguar si determinado inmueble es o no del dominio de los particulares, y señalaron, al mismo tiempo, cuáles son los requisitos indispensables para acreditar dicha propiedad, sea que se trate de predios situados en la extensión territorial rural o que se hallen ubicados en el perímetro urbano. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LIV-bis, octubre 13 de 1942) 350, 1ª

BALDIOS

— 12 —

Al tenor del artículo 44 del Código Fiscal se denominan baldíos y en tal concepto pertenecen al Estado los terrenos situados dentro del territorio nacional, que carecen de otro dueño. Quiere esto decir que la mera formalidad administrativa de adjudicar como baldío un territorio no concede ni otorga al adjudicatario la garantía indiscutible de que lo adjudicado por el poder administrativo sea en realidad de verdad baldío, ni menos que carezca de otro dueño, en virtud de adjudicación anterior o de una titulación del dominio legal e insospechable. El Estado lo transmite al particular partiendo de la simpre presunción de que el lote adjudicado hace parte del territorio de propiedad del Estado, pero contra esta presunción es admisible la prueba tendiente a demostrar que lo adjudicado como baldío no lo es porque sobre él puede existir un dominio privado debidamente legalizado. Así lo estatuye expresamente el artículo 7º de la Ley 98 de 1928, cuando dice que el hecho de hacerse una adjudicación de baldío ni demuestra que el terreno lo sea, de lo cual no responde el Estado, ni prueba que con ello perdió su derecho sobre el mismo. De

ahí también que el artículo 47 del Código Fiscal establezca que el Estado no garantiza la calidad de baldíos de los terrenos que adjudica y que la adjudicación en ningún caso perjudica a terceros y deja a salvo los derechos de los cultivadores y colonos.

La Ley 200 de 1936 se ha inspirado sobre todo en el anhelo de dar una justa solución a los problemas de carácter social que ha venido creando el dominio, la posesión y el debido aprovechamiento de la propiedad territorial, dentro de la nueva concepción filosófica que a ésta le reconoce la Carta Fundamental, como función social. Ha querido consagrar sobre bases más firmes de justicial social los derechos de los trabajadores que explotan la tierra, lo mismo que orientarla en orden a estabilizar la propiedad privada revistiéndola de algunas garantías de que careció durante nuestro anterior sistema jurídico. Antes de expedirse la Ley 200 era difícil en muchos casos acreditar el dominio privado de la tierra, por la imposibilidad casi absoluta de producir la prueba diabólica. Pero ahora, contra la presunción legal de ser baldíos los predios no poseídos económicamente, autoriza el artículo 3º que se acredite la propiedad privada y se desvirtúe dicha presunción mediante uno de estos medios: 1º el título originario expedido por el Estado y que no haya perdido su eficacia legal; 2º los títulos inscritos anteriores a la Ley 200 en que consten tradiciones de dominio sobre particulares por un lapso de tiempo no menor del término señalado en las leyes para la prescripción extraordinaria. En las controversias en que se dispute acerca de la propiedad territorial, para decidir si ésta pertenece al Estado en calidad de baldío, o si a los asociados por haber entrado válidamente al patrimonio privado, la expedición de la Ley 200 inició una nueva etapa que habrá de influír en la claridad de este oscuro problema, de suyo complejo y de máxima importancia para la estabilidad de uno de los derechos que más se relacionan con el progreso de los pueblos y el bienestar social, de suerte que en casos como el de autos la exhibición de títulos de dominio privado con anterioridad mayor de treinta años, ai acredita propiedad privada sobre la respectiva extensión territorial, a pesar de la adjudicación de un baldío, en virtud de esta presunción legal a favor del propietario consagrada en el artículo 3º de la Ley 200. (Casación, LIV,bis, agosto 28 de 1942).

35, 2ª

BALDIOS

— 13 —

La discusión sobre el extremo de si un predio es o no baldío, entraña una controversia entre la Nación y el poseedor, controversia que no puede suscitarse entre dos particulares, en una acción civil reivindicatoria. No puede un particular alegar contra otro, que se ampara en títulos inscritos, la calidad de baldío de un inmueble con el objeto de entrar a poseerlo, por cuanto mientras aquéllos tengan eficacia y no hayan sido desvirtuados por algún medio legal o no se interponga la prescripción, el poseedor inscrito es amparado, en su derecho de dominio, por tales títulos, si éstos son anteriores a la posesión que se le enfrenta. (Casación, LIV-bis, agosto 12 de 1942).

15, 2ª

— C —

CABILDOS

— 14 —,

No es del resorte del Organo Judicial indicar a los Cabildos qué pueden o qué no

pueden hacer en el ejercicio de sus funciones; ni de su resorte es en ningún caso corregir una medida no tomada aún por ellos. De conformidad con las leyes sobre jurisdicción contencioso-administrativa, es a la respectiva entidad de ese ramo adonde los acuerdos municipales que lesionan derechos, que no se ajustan a las respectivas disposiciones de la Constitución, leyes y ordenanzas, se llevan para que el yerro cese y, con él, en su caso, el quebranto del derecho que se haya lesionado o desconocido. (Casación, LIV-bis, septiembre 21 de 1942) 77, 2ª

CASACION

— 15 —

Los artículos 697 y 702 del Código Judicial 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 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 e 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 cuya cita, que indudablemente contribuyen a dar luz cuando se hace, no es necesaria, y cuyo quebrantamiento, cíteseles o no, es lo que constituye precisamente el error de derecho en su apreciación.

El artículo 702 del Código Judicial por sí mismo no es una disposición de carácter sustantivo que reconozca un derecho y así lo declare. Es un norte jurídico que la ley señala a los falladores, o una regla de conducta que deben seguir, cuando se presentare el caso de exposiciones de testigos de una y otra parte, contradictorias entre sí. Con esta ocasión, el Juez, atendiendo las condiciones de las exposiciones, la calidad, número, fama o ilustración de los deponentes, resuelve si hay plena prueba testimonial o meros indicios y si debe prescindir de ella al fallar el asunto. Ha dicho la Corte que cuando un fallador aplica el artículo 702, obra dentro de la órbita de las reglas generales de la sana crítica, y que para que pueda modificarse la apreciación del Tribunal en este caso, es necesario que haya interpretado equivocada o erróneamente las pruebas que figuran en autos. En otros términos, para que pueda prosperar en casación el reparo consistente en que el Tribunal aplicó mal ese artículo, es indispensable que se demuestre que el Juez no tuvo en cuenta la calidad, número, fama o ilustración de los testigos cuyas deposiciones le sirvieron de prueba, incurriendo, por lo tanto, con este proceder, en error de hecho en su apreciación, o que prescindió de ellos, siendo el caso de tenerlas en consideración. (Casación, LIV-bis, septiembre 10 de 1942) 71, 2ª

CASACION

— 16 —

Es doctrina uniforme de la Corte que cuando ella llega a la misma conclusión del

Tribunal, no se infirma el fallo sino que se rectifica la doctrina, sin casarlo, por ser inútil, ya que en instancia se habrá de confirmar el fallo materia del recurso. (Casación, LIV-bis, agosto 17 de 1942) 23, 1ª

CASACION

— 17 —

La interpretación buena o mala, jurídica o injurídica que un sentenciador de segunda instancia dé a un fallo de la Corte Suprema, no es reparo que pueda hacerse valer en casación. Ella cuando más es una interpretación o una opinión del Tribunal sobre el fallo de la Corte, que por sí sola no puede violentar ninguna disposición del Código Civil.

Los artículos 343 y 344 del Código Judicial son disposiciones que le señalan al Juez determinada línea de conducta para la prosecución de los juicios civiles, y por tanto son disposiciones puramente adjetivas que escapan a la casación. (Casación, LIV-bis, julio 30 de 1942) 7, 1ª

COMPETENCIA PRIVATIVA DE LOS TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS PARA EL CONOCIMIENTO DE CIERTAS ACCIONES

— 18 —

Por la razón de que los Tribunales Administrativos tienen jurisdicción privativa para conocer de las acciones de reparación originadas en actos, hechos u operaciones de carácter administrativo, provenientes de autoridades municipales, departamentales o nacionales, según las leyes de competencia establecidas en el nuevo Código (artículos 84, numeral 10, 51, 54, numeral 2º, 67 y 68), la justicia ordinaria carece hoy de poder de decisión sobre los mismos negocios, aunque versen sobre reparaciones de índole estrictamente civil. Estas acciones en adelanto deben proponerse ante los Tribunales de lo Contencioso Administrativo, dentro del término de cuatro meses, pasado el cual prescriben. (Artículo 83). (Auto, Sala de Negocios Generales, LIV-bis, octubre 29 de 1942) 384, 2º

COMPETENCIA PRORROGABLE POR PARTE DE COMPAÑIAS EXTRANJERAS QUE TIENEN SU DOMICILIO INDUSTRIAL EN COLOMBIA

— 19 —

No pudiéndose fijar la competencia del juicio a que aluden los autos por el domicilio social de la compañía, ya que ésta se encuentra en el Extranjero, debe hacerse por el domicilio industrial. Pero como la competencia por razón del lugar es prorrogable por parte del demandante, el Tribunal ante quien se inició la acción tiene jurisdicción para conocer de ella, sin que a esto se oponga lo establecido por el artículo 153 del Código Judicial que prohibe a los Agentes del Ministerio Público prorrogar la jurisdicción, porque no es a ellos a quienes corresponde hacerlo en el presente caso sino a la parte demandante. Debe anotarse también que existiendo la norma general de la prórroga de jurisdicción por parte del demandante, cuando ésta se determina por razón del lugar, mayor aplicación debe tener el precepto que así lo establece (artículo 153 del Código Judicial) cuando se trata de acciones contra el Estado, ya que él no tiene propiamente domicilio y que los respectivos Agentes del Ministerio Público lo representan ante cualquiera de las entidades que son competen-

tes para que ante ellos comparezca en calidad de demandado. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LIV-bis, diciembre 3 de 1942) 462, 1ª

COMUNERO

— 20 —

No cabe demandar uno de los comuneros la declaración de cierto derecho exclusivo para la comunidad escogiendo por demandado para ese fin a otro comunero, al que no puede considerársele despojado de su propio interés de tal y aun convertido en adversario por el hecho de que el que asume el papel de demandante tenga a bien asignarle el de demandado. Actor y reo, en cuanto comuneros, tienen un mismo interés en cuanto atañe a la integridad de la cosa común a la existencia y vigencia del derecho común. (Casación, LIV-bis, septiembre 21 de 1942) 77, 2ª

CONDICION

— 21 —

Por excepción, la condición se da por cumplida cuando median las circunstancias exigidas en el inciso final del artículo 1538 del Código Civil. (Casación, LIV-bis, julio 30 de 1942) 3, 1ª

CONFESION

— 22 —

Por confesión no puede entenderse en un litigio sino la afirmación o reconocimiento por una de las partes de un hecho que la perjudica y que consiguientemente aprovecha a su contrario. (Casación, LIV-bis, octubre 20 de 1942) 186, 1ª

CONFESION PRESUNTA CONFORME AL ARTICULO 618 DEL CODIGO JUDICIAL

— 23 —

Para la Corte es incuestionable que la declaración sobre presunción de ser ciertos los hechos preguntados, de que trata el artículo 618 del Código Judicial, no es natural hacerla, lógica y jurídicamente hablando, contra quien desde la iniciación del juicio se sabe que no tiene vecindad conocida y que se ignora su residencia. Del contexto de las disposiciones que reglamentan esta materia se deduce que tal declaración no debe pronunciarse legalmente sino contra quien se halla procesalmente presente, porque lo contrario sería aberrante, se prestaría a cometer abusos incalificables, y equivaldría, en el fondo, a violar el precepto constitucional que prohibe condenar a nadie sin ser oído ni vencido en juicio. El artículo 619 del Código Judicial impide hacer dicha declaración, cuando se pruebe que quien debía comparecer no lo hizo porque hubo fuerza mayor o caso fortuito. ¿Y qué mayor fuerza puede haber cuando de antemano y a través de toda la actuación judicial se sabe que quien debe comparecer se halla ausente, que no tiene vecindad conocida y que se ignora su residencia? Otra cosa es que quien ya se ha hecho presente personalmente en el proceso, se ausente o esconda con el fin de que no pueda ser citado para absolver posiciones personalmente. Contra él, llenados los requisitos de la citación, sí tienen toda su fuerza y eficacia los preceptos legales que ordenan tener por ciertos los hechos preguntados, porque es claro que él trata de esquivar la acción de la justicia. No así contra quien seguramente ignora inclusive que ha sido demandado. El mismo artículo 621 del Código Judicial, que determina las diligencias que deben llenarse para dar por hecha

la notificación personal para que alguien comparezca a absolver posiciones, dice en su inciso final: "Lo dispuesto en este artículo no es aplicable al demandado que por falta de notificación personal de la demanda esté representado por curador ad litem. ¿Por qué? Porque ese demandado no ha estado ni está procesalmente presente, y la ley no permite que en esas condiciones se le declare confeso. Similarmente, análogamente, lo mismo ocurre en el caso a que aluden los autos en que el actor manifestó en su demanda que la vecindad del demandado era desconocida y que se ignoraba su residencia, y pidió que el juicio se siguiera con el apoderado general de éste, el cual no estuvo presente en el juicio en ningún momento, ni intervino personalmente en ninguna de sus actuaciones. De consiguiente, no es jurídico aplicarle los preceptos que reglamentan la declaración de presunción de que se ha venido hablando. (Casación, LIV-bis, octubre 16 de 1942) 184, 1ª

CONTRATOS DE TRABAJO

— 24 —

Las leyes sociales prohiben a los empleados u obreros renunciar en favor de sus patrones los derechos provenientes de los contratos de trabajo, pero no los procedentes de otras causas o fuentes. (Casación, LIV-bis, noviembre 26 de 1942) 285, 1º

COPIAS DE DOCUMENTOS PUBLICOS

— 25 —

El artículo 636 del Código Judicial enseña cómo deben pedirse las copias de documentos públicos no acompañados a la demanda o a la contestación, o a los memoriales sobre excepciones; pero como este requisito no tiene otro fin que el de que las partes se aseguren, en la mejor forma, acerca de la autenticidad de tales documentos, al presentarse éstos en forma distinta de la anotada consienten el auto en que se haya aceptado, esa situación procesal es invariable, porque la voluntad expresa o tácita de las partes es la suprema ley del juicio cuando no se trata de cuestiones en que esté interesado el orden público o en que no se requieren solemnidades especiales. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LIV-bis, noviembre 18 de 1942) 410, 2ª

COSA JUZGADA

— 26 —

Para que sea aplicable el artículo 474 del Código Judicial es indispensable, entre otras cosas, que haya identidad jurídica entre las personas de los litigantes, y por ésta se entiende el que las partes en el segundo pleito sean causahabientes a título universal de las que figuraron en el primero, a título singular por legado, o por enajenación efectuada después del registro de la demanda, tratándose de inmuebles. (Casación, LIV-bis, diciembre 3 de 1942) 293, 1ª

COSTAS

— 27 —

Reiteradamente ha dicho la Corte que la condenación o no condenación en costas, por sí sola y aisladamente, no puede ser motivo de casación, ya que ese es problema que el Juez debe apreciar con criterio propio y subordinado a la cuestión de fondo que se haya ventilado en el juicio. (Casación, LIV-bis, noviembre 26 de 1942) 285, 2ª

CREDITOS PERSONALES ESTIMADOS EN LA DECLARACION DEL PATRIMONIO

— 28 —

1º Entre la Ley 78 de 1935 y su Decreto reglamentario Nro. 818 de 1936 se advierte una notoria contradicción proveniente de que en aquella Ley no se previó la formalidad de los 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. 2º Tanto el artículo 98 del Decreto número 818 de 1936 como la Ley 78 de 1935 establecen que los créditos personales se computan para la declaración y estimación del patrimonio, por su valor nominal. Para que prospere una estimación por un valor inferior al nominal hay que demostrar demérito efectivo de los créditos, o rebajas voluntarias por el acreedor, o insolvencia del deudor. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LIV-bis, noviembre 24 de 1942).

414, 2ª

CUANTIA DE LA ACCION

— 29 —

El señalamiento de la cuantía en cifra precisa por el demandante queda en firme cuando no se formulan o no prosperan las objeciones a que el artículo 206 del Código Judicial autoriza al demandado. Así, cuando se reconoce el derecho del actor y no se ha comprobado satisfactoriamente sobre el **quantum**, la condena que se hace en abstracto deja para tramitación ulterior la determinación de aquél y precisamente advierte que no puede pasar de ese límite. Y cuando se reconoce al actor el derecho que ejercita y se ha comprobado el monto en avalúo pericial que lo señala en más de tal límite, la sentencia no pasa de éste. Para ello, que es el proceder reglamentario, se halla el correspondiente ordenamiento legal en la prohibición de fallar **ultra petita.** (Auto, Sala de Casación Civil, LIV-bis, septiembre 2 de 1942) 40, 1ª

CUANTIA DE LA ACCION

— 30 —

Reiteradamente ha dicho la Corte que cuando el actor fija y determina en un guarismo preciso la cuantía total de su acción es porque quiere dejar bien definido ese elemento, respecto del cual establece ya una situación procesal, que por su parte y por su propia iniciativa no admite debate posterior. De manera que si el demandado, al contestar la demanda y crearse por lo tanto el lazo de instancia, no la objeta o la discute, queda en firme para todos los efectos, incluso para apreciar la viabilidad del recurso de casación. (Auto, Sala de Casación Civil, IV-bis, agosto 31 de 1942).

38, 2ª y 39, 1ª

CUENTAS

— 31 —

El juicio ordinario de cuentas surge de su rendición, de las objeciones del actor y de la inconformidad del demandado con éstas. Cada cual se esfuerza en su secuela, mediante sus alegaciones, y sobre todo con sus probanzas, en justificar sus propias afirmaciones ya sobre cuáles han sido los bienes administrados, cuál el monto de sus productos, cuál el de los pagos hechos por el administrador, en una palabra, sobre el pro-

ducto efectivo en vista de sus cargos y descargos. Ante situación tan clara salta a la vista que el sentenciador no puede denegarse a tomar en cuenta las pruebas levantadas dentro del juicio ordinario sobre cualquiera de esos extremos sin faltar a preceptos legales como los contenidos en los artículos 471, 472, y 593 del Código Judicial. Si, como se acaba de decir, es procedente el esfuerzo probatorio que en ese juicio se haga por el actor para acreditar cuáles fueron los bienes administrados, esfuerzo que se impone principalmente cuando el administrador omite en sus cuentas lo que a tales o cuales bienes corresponde, cual si no los hubiese administrado, es inaceptable que el demandante no pueda objetar las cuentas por las omisiones en que el administrador haya incurrido al rendirlas, entre otras razones porque el cumplimiento de obligación tan estricta quedaría a merced del administrador. Claro es que si se han administrado diversos bienes y se demanda expresa y exclusivamente la rendición de las cuentas correspondientes a tales o cuales de ellos, no puede después dentro del juicio ordinario que, en su caso, subsiga, involucrarse lo tocante a los demás bienes. (Casación, LIV-bis, noviembre 5 de 1942) 242, 1ª

— D —

DEMANDA

— 32 —

Una demanda sobre nulidad de un contrato tiene que proponerse contra todos los que intervinieron en el acto que se trata de invalidar. Doctrinariamente es inobjetable esta tesis porque la acción de nulidad es personal y, en consecuencia, debe proponerse y desarrollarse con intervención y audiencia de todos los que concurrieron como partes a la celebración del contrato, que son con quienes ha de discutirse y probarse la validez y legalidad de la común fuente de sus obligaciones y derechos para que la sentencia que defina la querella pueda producir las consecuencias naturales de la nulidad judicialmente declarada. (Casación, LIV-bis, septiembre 21 de 1942) 83, 1ª

DERECHO DE RETENCION

— 33 —

Viola el artículo 970 del Código Civil la sentencia del Tribunal que revoca la del Juez que ha ordenado el pago de unas mejoras reconociendo sobre ellas el derecho de retención, pues la disposición de ese artículo reconoce expresamente el derecho de retención sobre las mejoras puestas por el poseedor vencido. (Casación, LIV-bis, julio 30 de 1942) 8, 1ª

DESGLOSE

— 34 —

La determinación del sentenciador de no decretar un desglose no puede ser rectificada en casación dentro de la libertad de apreciación que para tales casos tiene el juzgador, mientras no se haya incurrido en errores manifiestos de hecho o de derecho, a través de los cuales se haya cometido una transgresión de la ley. Y como el precepto del artículo 648 del Código Judicial permite que se traiga en copia un documento que figure en otro proceso, siempre que a juicio del fallador no se pueda o no convenga obtener el desglose, no adolece tal determinación de yerro alguno, ni esa exclusiva circunstancia le resta de por sí a ese medio probatorio su virtualidad. (Casación, LIV-bis, septiembre 10 de 1942) 66, 2ª

DICTAMEN PERICIAL

— 35 —

Cuando se está en presencia de una regulación en cifra numérica y el experticio es uniforme, explicado y debidamente fundamentado, hace bien el juzgador de instancia al reconocerle el mérito de plena prueba que le asigna el artículo 721 del Código Judicial. Y dentro de la técnica del recurso de casación esa prueba pericial es inatacable, y no puede modificarse su justipreciación mientras no se evidencie que al apreciarla se equivocaron o tergiversaron los términos claros del dictamen o se le otorgó un mérito probatorio que la ley procesal no le reconoce. (Casación, LIV-bis, octubre 22 de 1942). 198, 2ª

DICTAMEN PERICIAL

— 36 —

El artículo 721 del Código Judicial contiene una presunción legal de error de parte de los peritos que hacen un avalúo cualquiera en cifra numérica, cuando entre las cantidades fijadas por los expertos hay una disparidad tan enorme como la contemplada en ese precepto. Desde el momento que los dos extremos que fijan los peritos principales dan tal diferencia, existe legalmente un error en los dictámenes rendidos por ellos. El dictamen pericial obtenido con el tercer perito, sea que conceptúe de conformidad con el uno o con el otro de los principales, daría siempre lugar a tal diferencia excesiva al tener en cuenta los extremos de los avalúos. Del artículo 721 del Código Judicial se deduce claramente que debe tomarse el medio aritmético cuando hay desacuerdo entre los peritos principales, mas si la diferencia entre los dos extremos excede en un cincuenta por ciento de la cantidad menor, ya no es el dirimente quien puede sanear la irregularidad o error de que necesariamente tiene que estar afectado uno de los dos dictámenes de los peritos principales por la magnitud de la diferencia entre las dos cantidades, y de ahí que en tal caso ese mismo art. diga que el Juez haga la regulación por sí mismo o por medio de otros peritos que él designe. La primera parte del precitado artículo, aunque no hace diferencia acerca de los dos peritos cuyo dictamen uniforme, explicado y debidamente fundamentado debe hacer plena prueba, no puede entenderse sino de acuerdo con la segunda de dicho artículo que queda comentada, y de la cual, ni en su letra ni en su espíritu puede deducirse que el desacuerdo debe ser entre los tres peritos para que tenga lugar la intervención del Juez o la de los nuevos peritos de que allí se trata. (Auto, Sala de Negocios Generales, LIV-bis, noviembre 25 de 1942) 461, 2ª

— E —

ERROR DE HECHO

— 37 —

El error de hecho, ha dicho la Sala de Casación en numerosos fallos, consiste en la creencia equivocada de que sucedió una cosa que en realidad no ha ocurrido, o que no ha ocurrido un hecho que manifiestamente resulta establecido con las pruebas; y el error de derecho, en atribuírle a una prueba un mérito distinto del que le señala la ley o apreciarla sin estar legalmente producida. Cuando en concepto de un recurrente el dictamen de los peritos sí determina manifiestamente el predio o cosa objeto de la reivindicación, contra lo que consideró el

Tribunal sentenciador, la acusación procedente sería por error de hecho, pero en manera alguna por habérsele negado el valor de plena prueba al dictamen que, en el caso de autos, no se le negó. (Casación, LIV-bis, agosto 4 de 1942) 11, 2ª

ERROR DE HECHO

— 38 —

El error, cuando es de hecho, ha de aparecer de modo manifiesto en los autos, y cuando es de derecho consiste en que la prueba no se ha estimado como ordenan las respectivas disposiciones legales. (Casación, LIV-bis, octubre 20 de 1942) 186, 2ª

ESCRITURAS PUBLICAS

— 39 —

La circunstancia de reglamentar, como lo hace la Ley 153 de 1887, lo relativo a la prueba escrita en relación con la de testigos a que se refiere el artículo 1767 del Código Civil, en manera alguna modificó el artículo 1766 cuyo inciso 1º establece que "las escrituras privadas hechas por los contratantes para alterar lo pactado en escritura pública, no producirán efecto contra terceros". Esta disposición corrobora lo que el artículo 1759 del mismo Código establece sobre la plena fe que las declaraciones del instrumento público hacen contra los declarantes. La guarda y amparo de los terceros se confirma en el inciso 2º del artículo 1766, conforme al cual tampoco producirán efecto contra ellos ni las contraescrituras públicas, salvo que se hayan llenado los requisitos que en la mira de aquella defensa allí mismo se exigen, que son anotación al margen de la matriz de la escritura modificada, y también en la copia de ella en cuya virtud ha obrado el tercero. (Casación, LIV-bis, agosto 17 de 1942) 21, 1ª

ESTIPULACION PARA OTRO

— 40 —

La Corte se separa de la afirmación del recurrente en cuanto éste dice que la aceptación de la estipulación para otro no produce efecto retroactivo, porque no faltando sino la intervención del tercero, cuando ésta viene, no puede decirse que la validez faltara en el contrato mismo y que llegue sólo con la aceptación, de suerte que entre tanto fuera inválido el contrato. Lo indudable es que el contrato tuvo su plena eficacia contractual, desde el momento de su celebración y sus consecuencias jurídicas corresponden a la fecha en que fue celebrado. Se refuerza este concepto recordando, como casos análogos, que una tradición que en principio fue inválida por faltar el consentimiento del adquirente, se valida retroactivamente por la ratificación (artículo 743 del Código Civil); y que la validación por ratificación u otro medio legal se retrotrae a la fecha en que fue conferido el título (artículo 767 ibídem). (Casación, LIV-bis, agosto 28 de 1942) 35, 1ª

EXCEPCIONES

— 41 —

En los casos en que el reclamo de una liquidación del impuesto sobre la renta se hace sin conocimiento de la Administración de Hacienda Nacional, la cual queda en libertad de iniciar el juicio en el tiempo que determina la ley, y también con violación expresa de los artículos 14 de la Ley 81 de

1931 y 113, 114 y 115 del Decreto número 818 de 1936, no cabe alegarse ineficacia o nulidad de un título que se formó de acuerdo con la ley y con observancia integral de sus preceptos. Además, y como lo dice el señor Procurador, cuyo concepto prohija la Corte, "dentro de la mecánica de estos procesos administrativos de carácter fiscal, es bien sabido que con las resoluciones de los funcionarios inferiores (ya se trate de las así llamadas, ya de fenecimientos, reconocimientos, etc.), que constituyan una especie de fallo de primera instancia, se opera una ejecutoriedad que, si de valor relativo o temporal por estar sujetas a revisión por el superior jerárquico, genera base suficiente para proceder al juicio ejecutivo. Tal ejecutoriedad no excluye, pues, que a la par de la acción coactiva se lleve el proceso a la revisión por el superior inmediato del acto que fundamenta la acción. De tal manera que, revisado y modificado tal acto en la segunda instancia del proceso administrativo, tal modificación no alcanza a dejar sin efecto la ejecutoriedad del acto primo sino que ha de entenderse que sólo modifica los términos de éste, no quedando así afectada la viabilidad del juicio ejecutivo sino sólo sujeto a la respectiva modificación de las bases que la informan".

La excepción de error de cuenta se propone cuando hay error aritmético en la cantidad, o inclusión indebida de partidas, o equivocados elementos en la formación de la cuenta.

La excepción que suele llamarse innominada no puede admitirse, pues la Corte tiene sentada jurisprudencia constante en el sentido de que es impropio alegarla en juicios ejecutivos. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LIV-bis, octubre 28 de 1942).

373, 2ª

EXCEPCIONES VIABLES ANTE LA JUSTICIA ORDINARIA EN EJECUCIONES POR ALCANCES

— 42 —

Como lo había dicho la Corte en otra ocasión, "las excepciones en los juicios ejecutivos por jurisdicción coactiva, provenientes de alcances deducidos por las autoridades correspondientes, no pueden servir de recurso de revisión de providencias de estricto carácter administrativo, en que se contemplan problemas ajenos a la jerarquía judicial para los cuales la ley creó una jerarquía especial: la de los Tribunales Contencioso-Administrativos. Es ante esta jerarquía y mediante los respectivos recursos que la ley da, ejercitados oportunamente, ante la que obliga discutir los juicios de cuentas. A las autoridades judiciales que conocen del incidente de excepciones, promovido para el pago de un alcance, les basta la resolución administrativa con carácter ejecutorio, de la autoridad competente que haya deducido el alcance. Ante el Poder Judicial no es posible proponer cuestiones referentes al valor legal de tales pronunciamientos, porque ello equivaldría a revivir, ante autoridad incompetente, controversias juzgadas y resueltas por vías propias y especiales determinadas en la ley. Las únicas excepciones viables en ejecuciones por alcances deducidos en juicios de cuentas son las que se basen y tengan origen en hechos que por su naturaleza fueron ajenos a la controversia administrativa, y que encarnen cuestiones de mero derecho privado. Con ese fin autoriza la ley el incidente de excepciones ante la justicia ordinaria. Mas en manera alguna para hacer entrechocar y romper las órbitas en que se mueven, en concierto que debe ser armonioso, las distintas jerarquías del poder público.

Los alcances contra los funcionarios que manejan fondos del Tesoro Público, deducidos por los organismos revisores de las cuentas, son ostensiblemente actos administrativos, que caen bajo el control de la jurisdicción contencioso-administrativa y sobre los cuales la justicia ordinaria carece del poder de revisión. Esto es indiscutible. Y lo es desde la vigencia de la Ley 130 de 1913, que convirtió al Consejo de Estado y a los Tribunales Seccionales en Jueces de segunda instancia de los juicios de cuentas, como puede verse de los artículos 19, ordinal c), y 40, ordinal b), de esa Ley, los cuales fueron complementados por los artículos 7º, de la Ley 42 y 20 de la 109 de 1923, 6º de la 90 de 1935 y 20 de la 77 de 1926, dictadas por la supresión de los antiguos Tribunales de Cuentas y creación del Departamento de Contraloría Nacional y Contralorías Departamentales. El nuevo Código Contencioso-Administrativo, o Ley 167 de 1941, acentúa el sistema de las citadas Leyes de conferirles a los Jueces administrativos el conocimiento de la segunda instancia en los juicios de cuentas mediante el recurso de apelación.

Ni obsta para esta conclusión el artículo 1060 del Código Judicial, pues hay que armonizar esta disposición con los principios normativos de la justicia administrativa, y entonces resulta claro que son inadmisibles como defensas oponibles por los ejecutados en el incidente de excepciones, medios que se encaminen a que la justicia ordinaria revise lo que ya fue revisado por la respectiva jerarquía contencioso-administrativa, o que dejó de revisarse por ella a virtud del abandono del interesado que omitió proponer en la debida oportunidad el recurso a que tuvo derecho. De consiguiente, en casos tales se le podrán plantear al Juez ordinario cuestiones o medios de defensa propios de su fuero, ajenos al aspecto administrativo del acto base del recaudo, como, por ejemplo, la extinción de la fianza, la nulidad o eficacia de la misma, el pago o el cumplimiento de la obligación, la compensación, la prescripción, etc. En casos dudosos la regla general que inspire el estudio del asunto singular podrá ser entonces la de que los hechos que fueron susceptibles de sometimiento a estudio y análisis por los Tribunales Administrativos, en atención a su conexidad con los cargos hechos y la responsabilidad deducida, están descartados del debate judicial, no obstante que estén normados por disposiciones civiles, o tengan algún aspecto de derecho civil, comoquiera que aquellos Tribunales, en el ejercicio de sus funciones, tienen por misión aplicar todo el derecho en la misma medida y extensión y con el mismo poder con que lo aplica el Juez civil. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LIV-bis, octubre 23 de 1942) 356, 2ª

— F —

FIANZA

— 43 —

La fianza, como obligación personal accesoria, puede sufrir limitaciones tanto en la cuantía como en el tiempo, en relación con la obligación principal y, como contrato, sus cláusulas deben interpretarse unas por otras, dándoles el sentido que mejor convenga a éste en su totalidad. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LIV-bis, noviembre 2 de 1942) 387, 1ª

FILIACION NATURAL

— 44 —

En fallos de fechas 26 de abril de 1940 y 30 de junio de 1941, sentó la Corte la doctrina, que ahora confirma, de que la acción

de filiación natural no puede establecerse sino durante la vida del presunto padre, y muerto éste puede adelantarse contra sus herederos siempre que él haya fallecido antes de la sentencia. Esas sentencias y otras que ha proferido la Corte en el mismo sentido, por ser más de tres dictadas sobre un mismo punto de derecho, constituyen doctrina probable de acuerdo con el artículo 4º de la Ley 169 de 1896.

Las decisiones de la Corte al respecto están consignadas en los fallos citados, publicados en los números 1955 y 1937 de la Gaceta Judicial, y en las sentencias de fechas 22 y 30 de septiembre de 1942). (1) (Casación, LIV-bis, noviembre 18 de 1942).

248, 1ª y 2ª y ss.

FILIACION NATURAL

— 45 —

Sólo debido a una errada interpretación del artículo 12 de la Ley 45 de 1936 se ha venido dando intervención, como demandado, al Ministerio Público en los juicios sobre filiación natural, cuando únicamente debe considerarse como parte en los que sean iniciados por él, en virtud de lo dispuesto en el artículo 12.

Los cinco casos en que con criterio de justicia social admite la Ley 45 de 1936 la acción de investigación de la paternidad son similares en su esencia a los de la ley francesa de 1912, de suerte que las exposiciones de algunos expositores franceses como Josserand, Planiol y Ripert, Colin y Capitant sobre el particular tienen completa actualidad y aplicación al texto colombiano. Mas difieren las dos legislaciones en relación con los términos procesales para el ejercicio de la acción de estado y con la viabilidad y procedencia de la misma. Nuestra legislación no señala, como la francesa, términos perentorios para el ejercicio de la acción de investigación y, en cuanto a la viabilidad de la acción de investigación contra los herederos del presunto padre natural no es una misma la doctrina, pues en tanto que los tratadistas y la jurisprudencia franceses no admiten el fallecimiento del pretendido padre como causa extintiva del derecho del hijo, entre nosotros no cabe admitir lo mismo. Dentro del sistema normativo francés la doctrina y la jurisprudencia son rigurosamente lógicas. Tales doctrina y jurisprudencia, fundadas en el silencio de la ley francesa y en el señalamiento de plazos cortos prescriptivos, no pueden tener aplicación en nuestro país, dado que la ley colombiana se apartó en tales extremos de la francesa. Al efecto, el estatuto patrio no fijó términos perentorios para el ejercicio de la acción; y en cambio la Ley 45 sí señaló de manera tácita o implícita la muerte del padre natural como causa de extinción de la acción.

Los artículos 403 y 404 del Código Civil, a los cuales quiso darles estricta y obligatoria aplicación la Ley 45 de 1936, son de tan diáfana claridad que no es necesario acudir a reglas complicadas de hermenéutica para conocer e interpretar su sentido. Estatuyen y consagran que en controversias de esta índole sólo es legítimo contradictor el padre contra el hijo o viceversa, y que siempre

(1) Esta doctrina fue totalmente abrogada por la Corte afirmando que sí puede establecerse la acción de filiación después de muerto el padre, como puede verse en las sentencias de fechas 29 de julio de 1946, tomo LX, números 2034, 2035 y 2036, G. J., 3 de septiembre de 1946, números 2038 y 2039, tomo LXI, 5 de noviembre de 1946, números 2040 y 2041, tomo LXI, y en otras posteriores. Rectificó así la Corte su doctrina anterior que, a partir de la sentencia del 26 de abril de 1940, había venido sosteniendo que muerto el padre natural no es viable la acción de filiación natural. La nueva jurisprudencia es fruto del tesonero empeño de los Magistrados Hinestrosa Daza y Salamanca, que desde aquella época salvaron su voto a lo acordado en las sentencias cuya doctrina ha sido abrogada. — (El Relator de la Corte).

que esté comprometida la paternidad "deberá intervenir el padre forzosamente". En consecuencia, siempre que en una cuestión esté comprometida la paternidad del hijo natural, deberá el padre intervenir, so pena de nulidad. Aunque la Corte comparte, en principio, la tesis general sobre la legitimidad de la personería de todo el que tenga interés jurídico sobre la materia, en perfecta armonía con ella acepta y sostiene que en estas acciones de investigación de la paternidad el Código colombiano ha sentado una expresa, definida y concreta excepción a ese principio general de derecho procesal. Tal excepción está consagrada por los arts. 403 y 404 del Código Civil, sin que el más ilustrado y generoso criterio jurisprudencial pueda modificar la interpretación y alcance de esos textos legales. En ellos se ha dispuesto que sólo puede ser legítimo contradictor el padre, so pena de nulidad, y que los herederos únicamente representan al contradictor legítimo que ha fallecido antes de la sentencia. No hay fuerza de dialéctica que tenga la operancia de oscurecer o modificar el sentido natural y obvio de tales preceptos, que establecen en una norma procesal especial esta clase de controversias sobre filiación. Y si el artículo 7º de la Ley 45 dispone perentoriamente que tales reglas del Código sean de obligatoria aplicación a los juicios de filiación natural, no es posible hacer un esguince a tan imperativos preceptos, para ir a derogarlos con el pretexto de darles aplicación a simples reglas de derecho procesal, que no se compadecen con nuestro sistema normativo en la materia.

En el artículo 403 se reconoce como exclusivo y legítimo contradictor en estos juicios al mismo padre, o a sus herederos o representantes, si fallece antes de fenecer el proceso. Si no fuera ésta la única interpretación que puede dársele al mencionado texto, quedaría sin sentido ni aplicación el artículo 404, en cuya virtud los herederos representan al contradictor legítimo que ha fallecido antes de la sentencia; lo que quiere decir que la acción tiene que iniciarse en vida del pretendido padre. Estima la Corte que al artículo 401 no puede dársele otra interpretación distinta de la que los fallos en esta clase de juicios deben siempre producir efectos obligatorios para toda persona, **erga omnes**, aunque no hayan estado representados en el litigio, porque la naturaleza intrínseca de esta clase de controversias y la trascendencia de la declaración de filiación así lo exigen. Para esto sólo es necesario que se haya proferido la sentencia contra legítimo contradictor (art. 402), pues bien claro resulta que si no existe en la parte opositora capacidad jurídica para ser parte, ningún resultado puede producir la declaración judicial de paternidad. Los fallos de filiación, para que prosperen, siempre han de seguirse contra legítimo contradictor, so pena de nulidad, y esos fallos siempre producirán efectos **erga omnes**.

Si en Francia nadie discute que el hijo tiene derecho a obtener la declaración de su filiación natural después de muerto el padre, eso se explica en presencia de determinados preceptos como el artículo 1351 del Código Civil francés y la Ley de 16 de noviembre de 1912; pero en Colombia resulta que nuestro Código Civil, en sus artículos 401 a 403, y la Ley 45 de 1936 en su artículo 7º, disponen cosa distinta. El artículo 401 del Código Civil colombiano consagra no la teoría del legítimo contradictor, sino el principio de los efectos absolutos de las sentencias sobre filiación; de manera que la regla pragmática del artículo 17 del Código Civil no es aplicable a los procesos sobre filiación legítima o ilegítima, porque el legislador colombiano así lo ha querido al consagrar la regla de excepción del artículo 401, que atribuye efectos absolutos a esta clase de fallos.

Por esa circunstancia no pueden tener aplicación en Colombia las reglas del derecho francés, ni puede adoptarse la jurisprudencia francesa sobre relatividad de estas decisiones, ni caben las observaciones de los doctrinantes franceses.

No comparte la Corte el concepto de que la teoría del legítimo contradictor nada tiene que ver con el derecho del hijo a ejercitar la acción de reconocimiento ante los herederos del padre, porque nuestro legislador quiso precisamente que estas acciones sobre reconocimiento de la paternidad natural se siguieran con el supuesto padre, como legítimo contradictor en el proceso, y ante esa exigencia perentoria de nuestro sistema normativo es claro que la tesis del legítimo contradictor sí tiene que ver con la pretendida facultad del hijo para ejercitar la acción ante los herederos del padre.

El estado civil de hijo natural no puede adquirirse después de fallecido quien debía aceptarlo o rechazarlo, quien debía ser vencido en juicio por quien lo pretendiera, y una cosa es la transmisibilidad a los herederos de los derechos y obligaciones del de cujus, y otra totalmente distinta el estado civil, que no es derecho transmisible.

Al rechazar la Corte cualquiera interpretación de los textos legales citados que se base en teorías transaccionales francesas o en determinadas interpretaciones jurisprudenciales que no sean las que claramente establecen los preceptos de nuestro Código Civil, no admite la distinción que pretende establecer entre la tesis del legítimo contradictor y la viabilidad misma de la acción, pues si nuestra ley dijera en alguna de sus normas que los fallos sobre filiación tienen efectos absolutos cuando interviene el contradictor legítimo y sólo relativos cuando se obtiene contra los herederos o causahabientes, habría razón para formular esa glosa. Pero como lejos de aceptar esa distinción consagra en el artículo 401 que esta clase de procesos sólo pueden adelantarse contra legítimo contradictor, aparece evidente que esa conclusión o distinción es infundada porque nuestra ley no la hace en texto alguno.

Nadie nace hijo natural respecto de su padre y para adquirir ese estado se requiere el cumplimiento de alguno de los dos requisitos que establece el artículo 1º de la Ley 45 de 1936: reconocimiento voluntario del padre por alguno de los medios solemnes que estatuye taxativamente el artículo 2º, o declaración judicial de filiación natural, hecha conforme a lo dispuesto en la citada Ley.

Por lo demás, la tesis de la Corte, que es la consagrada en textos expresos de nuestra legislación civil, resulta mucho más generosa, más eficaz y más protectora que las adoptadas en otras legislaciones, como las de Francia, Alemania, Bélgica, Suiza, etc., dado que en nuestro país y con aplicación de esta doctrina, la acción de reconocimiento puede ejecutarse durante toda la vida del pretendido padre, mientras que en aquellas legislaciones se han fijado términos cortos para su viabilidad y ejercicio. Ni se ajusta a la realidad del cargo de que se ha adulterado el pensamiento que tuvo el legislador al dictar esa Ley 45 de 1936, porque éste no tuvo la voluntad, ni menos el propósito de asignarle al nuevo estatuto la extensión y la eficacia a que aspira con la interpretación que se pretende. Ni la doctrina de la Corte puede tacharse de exegética porque no está reñida con el método de interpretación científica.

A lo anterior agrega la Corte que el artículo 401 del Código Civil consagra, no la teoría del legítimo contradictor, sino el principio de los efectos absolutos de las sentencias sobre filiación; de manera que la regla pragmática del artículo 17 del Código Civil no es aplicable a los procesos sobre filiación

legítima o ilegítima, porque el legislador colombiano así lo ha querido al consagrar la regla de excepción del artículo 401, que atribuye efectos absolutos a esta clase de fallos. Por esa circunstancia, no pueden tener aplicación en Colombia las reglas del derecho francés, ni puede adoptarse la jurisprudencia francesa sobre relatividad de estas decisiones, ni caben las observaciones de los doctrinantes franceses. Bien se explica, por otra parte, que en Francia nadie discuta que el pretendido hijo pueda perseguir la declaración, muerto el supuesto padre, porque el legislador francés, al atenuar el principio de la prohibición de la investigación de la paternidad natural, fijó los breves plazos extintivos de la acción consagrada en los ordinales 11, 12 y 13 del artículo 340 del Código Francés, plazos que en ese caso sí establecen un claro derecho sustantivo de acción procesal a favor de los interesados y que no pueden ser desconocidos por el juzgador, ni menos estar sometidos a la contingencia de la muerte del supuesto padre. En suma, la Corte expone tres argumentos más que refuerzan la doctrina que la Sala ha venido sosteniendo: a) El inciso final del artículo 4º de la Ley 45 de 1936 indica que únicamente el presunto padre, desde luego mientras viva, puede ser demandado para que se declare judicialmente la paternidad natural; b) De acuerdo con lo ordenado en el artículo 7º de la Ley 45 de 1936, las reglas de los artículos 401, 403 y 404, entre otros, del Código Civil, se aplican al caso de la filiación natural. No se aplica, por tanto, lo dispuesto en el artículo 402. ¿Por qué? Sin duda porque el legislador quiso que los fallos sobre declaración de paternidad natural produzcan siempre efectos erga omnes, conforme al artículo 401, porque deben siempre pronunciarse contra el legítimo contradictor de que habla el artículo 403, o sea contra el presunto padre. De lo contrario, no se explicaría el que no se apliquen a esos fallos las reglas del artículo 402; c) Sostiene el doctor Zuleta Angel que "en todos los juicios que se refieran a la paternidad deberá intervenir forzosamente el padre si vive, y si éste ha muerto, sus herederos", porque, en su sentir, "siendo los sucesores a título universal continuadores de la persona del de cujus, aquéllos sustituyen completamente a éste tanto desde el punto de vista pasivo como del punto de vista activo, de suerte que todos los derechos, bienes, obligaciones y cargas del de cujus pasan en principio a sus sucesores, pues la sucesión no es sino una transmisión de todos los bienes y cargas, salvo de aquellos que por disposición de la ley o por la convención se extingan con la muerte del de cujus". Acepta la Sala que la tesis del doctor Zuleta Angel es exacta, como regla general de derecho, pero ella no tiene cabida en los casos de filiación natural, porque los artículos 401 a 404 constituyen una verdadera excepción a dicha regla general, y como tal excepción es de aplicación restrictiva. Desde luego que el artículo 404 dice que "los herederos representan al contradictor legítimo que ha fallecido antes de la sentencia", está afirmando claramente que no lo representan cuando el juicio se inicia después de muerto aquél, porque si no fuera así sobraría completamente el citado artículo 404.

(Casación, LIV-bis, septiembre 22 de 1942) 90 y ss.

FRUTOS

— 46 —

La Corte considera que la discusión planteada por las doctrinas que informan el recurso de casación frente a las que sustentan el fallo del Tribunal de Bogotá, respecto a la pertenencia de los frutos percibidos

durante la indivisión de los bienes relictos, o sea desde la delación de la herencia hasta el registro de la sentencia aprobatoria de la partición, es bastante teórica, pues si se cotejan a fondo las dos doctrinas, resultan acordes. Que se diga que los aludidos frutos pertenecen a la sucesión, que es la tesis del Tribunal, o que se afirme que pertenecen a los herederos, que es la doctrina del recurrente; que se diga que los frutos en cuestión forman parte de la masa hereditaria indivisa, según la sentencia, o que forman parte de la hijuela de cada heredero a prorrata de su cuota, como lo cree el recurrente, es usar de modalidades que no afectan la realidad consistente en que siempre es al patrimonio de los herederos a donde la ley conduce la definitiva radicación de la propiedad de los frutos, junto con la de los demás bienes que quepan dentro del haber líquido, transmisible y distribuíble para ellos.

El artículo 1395 del Código Civil no define ninguna cuestión de propiedad aunque la presuponga por razón de reglas generales que con anterioridad el Código ha venido dictando, sino que se concreta a regular la forma y cuantía de dividir tales frutos: "Los frutos percibidos después de la muerte del testador y durante la indivisión, se dividirán del modo siguiente", dice ese precepto. Y en seguida regula la forma y cuantía como ellos han de dividirse, según se trate de asignatarios de especies, de legatarios de cantidades o géneros, o de herederos de verdad. Y la expresión que para cada caso usa el artículo y que reproduce con naturalidad es que tales interesados en la asignación, en el legado o en la herencia "tendrán derecho a los frutos" o "tendrán derecho a ellos", expresión que indudablemente legitima la atribución de su dominio, y al mismo tiempo es una regla que proporciona la cuantía atribuída según la calidad del partícipe, no con acción in re sino ad rem, a los frutos. De ahí resulta la regla 3ª del artículo 1395 del Código Civil.

La sucesión por causa de muerte es un modo de adquirir el dominio, pero no para la sucesión misma, sino para las personas llamadas a sustituír al de cujus. Si la doctrina que fluye de los textos legales y que la jurisprudencia vivifica a través de ciertas figuras jurídicas, ve la conveniencia de designar en ocasiones a la sucesión con el nombre de "patrimonio autónomo", o de "entidad" y casi, casi hasta de "persona jurídica", o con cualquiera otra metáfora, no es porque la considere como un asiento y cofre de radicación de derechos y obligaciones al modo de un sér humano o físico dotado de la capacidad de adquirir derechos y de contraer obligaciones, sino por necesidades transitorias, como transitorio es todo modo o manera, encaminada sólo a llenar ciertos fines, como reconstruír un patrimonio, fijar las cuotas de la división, pagar impuestos y distribuír entre los llamados a participar en el patrimonio líquido, los bienes, derechos y obligaciones del de cujus, que no sufren un momento siquiera de solución de continuidad en su titularidad, ya que la herencia se defiere al heredero o legatario en el momento de fallecer la persona de cuya sucesión se trata, y el efecto del registro de las hijuelas es declarativo y no constitutivo. No puede, pues, ver la Corte en la tesis del Tribunal, por este aspecto de la pertenencia de los bienes relictos y de sus frutos y accesiones, el fondo violador de la ley de que habla el recurrente, porque la misma tesis de éste, consistente en atribuír la propiedad a los herederos, por exclusión y contraposición a la propiedad radicada en la masa hereditaria, concurre a reconocer lo que el Tribunal afirma, o sea, el derecho del heredero a esos bienes, en proporción a la cuota que en la herencia le correponda.

Como ya se dejó dicho por la Sala, el ordinal 3º del artículo 1395 del Código Civil, sin atribuír propiedad sobre los frutos, pero también sin dudar de que éstos van a aumentar esa propiedad, no la cuota o proporción del heredero en los bienes deferidos, sino la cuantía de éstos, los distribuye a prorrata de sus cuotas con esta expresión: "Los herederos tendrán derecho a..." Al reconocerles la ley a los herederos este derecho, por ello mismo les concede una acción de cobro, personal o de crédito sobre los frutos en proporción a la respectiva cuota. No se ve, pues, por qué pueda carecer de acción o derecho el heredero para percibir de los frutos una cuota proporcional a su derecho de herencia. El llevar los frutos a la masa hereditaria, mediante una acción dirigida a favor de la masa y para ésta, como lo exige el Tribunal, no tendría otro fin u objeto que el de integrarlo al haber común para incluírlos como parte de este haber y repartirlos en seguida entre los herederos, deducidos los gastos y expensas con que carga la sucesión, entre los herederos a prorrata de sus cuotas hereditarias. Se explica así que durante la indivisión la acción de recobro de los frutos haya de ejercitarse a favor de la masa y para ella, no porque la masa tenga precisamente un derecho de propiedad sobre los frutos, como antes se aclaró, sino porque aún no se sabe cuáles de esos frutos le corresponden a cada heredero y cuántos. Pero una vez hecha la liquidación de la masa y la adjudicación de bienes a todos y a cada uno de los copartícipes, carece de objeto que sobre los frutos y accesiones se haga una nueva reintegración de masa, liquidación y distribución, por cuanto estas operaciones ya se verificaron sobre los mismos bienes que forman la masa hereditaria, que fueron los deferidos por el de cujus al momento de su muerte. La proporción o cuota hereditaria es un divisor ya determinado por la participación que fija la cuota o proporción conforme a la cual deben distribuírse los frutos.

Durante la proindivisión de los bienes los herederos apenas tienen un derecho a los frutos en igual proporción que su derecho herencial sobre los bienes relictos, y si se aprovechan de los frutos tomándolos para sí en mayor proporción de la cuota que sobre la herencia les corresponde, han de restituír el exceso a favor de aquel o aquellos herederos que no hayan percibido la totalidad de la cuota que a su vez les corresponde. (Casación, LIV-bis, septiembre 8 de 1942). ... ... 57, 1ª y 2ª

— I —

IMPUESTO SOBRE LA RENTA

— 47 —

Cuando el Estado, los Departamentos y los Municipios tasan a cada ciudadano el impuesto con que debe contribuír a las necesidades públicas, ponen en conocimiento del contribuyente el monto del impuesto para que en oportunidad haga los reparos que juzgue convenientes. Sólo después de cumplido este requisito pueden proceder coactivamente. El numeral 3º del artículo 12 de la Ley 81 de 1931 ordena hacer llegar a todos los contribuyentes del impuesto aviso detallado de la cuantía de la renta gravable, con el fin primordial de que conforme al artículo 14 ibídem, presenten reclamo en lo que consideren injusto el impuesto. Y en materia de notificaciones a los contribuyentes rige el artículo 3º de la Ley 48 de 1937, que reforma el 13 de la Ley 81 de 1931 y el 11 de la 78 de 1935. La ley establece como norma para poner en mora al contribuyente la notificación, elemento de rigor en la confección del título ejecutivo. (Auto, Sala de Negocios Generales, LIV-bis, octubre 28 de 1942) 375, 2ª

INCONGRUENCIA

— 48 —

Repetidamente ha dicho la Corte que al motivo 2º de los del artículo 520 del Código Judicial no da lugar el simple hecho de que a tal o cual de las personas litigantes o a todas ellas desagrade o no satisfaga la sentencia recaída en su pleito, y que esa causal es procedente cuando efectivamente aquella consonancia falta porque la sentencia deja de decidir sobre algo de lo puesto **sub judice** o porque falla **ultra petita**, ya extendiéndose sobre algo no contenido, o al fallar sobre lo controvertido lleva la condena o declaración más allá de la respectiva súplica. La Corte, además, ha observado por punto general que una sentencia absolutoria no puede recibir la acusación de esa falta de consonancia. (Casación, LIV-bis, octubre 20 de 1942) 187, 2ª

INCONGRUENCIA

— 49 —

El motivo 2º del artículo 520 del Código Judicial no consiste en que la sentencia deje de agradar o satisfacer a una de las partes litigantes o a ambas, sino en que no falle sobre algo de lo debatido, con abstención inmotivada, o falle sobre algo no pedido o al decidir sobre lo que sí fue materia de pedimento se salga de los límites trazados por éste. (Casación, LIV-bis, noviembre 5 de 1942) 242, 1ª

INCONGRUENCIA

— 50 —

La absolución es decisión y, por ende, cualquiera que sea su motivo, impide conceptuar que hay falta de consonancia entre la sentencia y las pretensiones de los litigantes a que la ley se refiere en el motivo 2º del artículo 520 del Código Judicial. (Casación, LIV-bis, septiembre 8 de 1942).

52, 1ª

INDICIOS

— 51 —

Cuando se trata de indicios se analizan uno a uno para ver si está comprobado cada cual satisfactoriamente (artículo 666 del Código Judicial); en seguida se establece la conexión que, en su caso, quepa lógicamente entre ellos, a fin de saber si, así relacionados, constituyen la prueba que pretende erigir quien los presenta. (Casación, LIV-bis, octubre 20 de 1942) 187, 1ª

INDICIOS

— 52 —

Conforme al artículo 593 del Código Judicial, el sentenciador debe tomar en cuenta todos los elementos llegados debidamente al proceso, a lo cual se agrega que cuando se trata de indicios y no hay uno con la calidad de necesario y de fuerza probatoria plena que a éste asigna el artículo 663 ibídem, es de la conexión armónica entre los varios comprobados en el expediente de donde se deduce la opinión del juzgador, según el artículo 665 de la misma obra. En la estimación de los indicios ha de considerarse en primer lugar si cada uno de ellos está debidamente comprobado, y después es cuando se relacionan entre sí para formar el concepto correspondiente. En casación puede acusarse por violación de ley sustantiva en razón de mala apreciación de tales o cuales pruebas por error de derecho o por error de

hecho que aparezca de modo manifiesto en los autos. Esta causal de casación limita lo que ha solido calificarse de soberanía del Tribunal en la estimación de las pruebas. Numerosos son los fallos en que la Corte ha traído a cuento estas nociones consabidas para indicar cuán limitada es su esfera de acción en el recurso de casación cuando los cargos arrancan de error en la apreciación de las pruebas, singularmente cuando éstas son indicios, y para llamar la atención hacia el proceso mental en que consiste la labor de valorarlos y, más aún, la de relacionarlos entre sí. (Casación, LIV-bis, octubre 6 de 1942) 149, 2ª

INDICIOS

— 53 —

En la apreciación de indicios no necesarios, pero graves, conexos y debidamente relacionados entre sí, no está sujeto el juzgador a una pauta precisa y goza de libertad para estimarlos y darles el mérito que estime conveniente, dentro de las reglas de la sana crítica, sin que pueda modificarse esa justipreciación sino cuando a través de manifiestos errores de hecho o de derecho, que pugnen con la evidencia manifiesta de los demostrados en otra forma en el proceso, se haya transgredido la ley sustantiva. De ahí que la Corte, al tenor de una jurisprudencia reiterada constantemente, sea muy precavida al estudiar un recurso en que se ataque un fallo de instancia por errada interpretación de hechos indiciarios, porque el criterio de justipreciación del juzgador no puede ser rectificado sino cuando el error de estimación sea manifiesto. (Casación, LIV-bis, septiembre 10 de 1942) 68, 2ª

INTERPRETACION DE LOS CONTRATOS

— 54 —

Cuando por virtud de diversas apreciaciones de las partes sobre el sentido y la intención de las cláusulas de un contrato le dan a éstas diferentes interpretaciones o discrepan también en cuanto a su operancia o a sus efectos, tiene el juzgador en nuestra legislación una serie de reglas para fijar el alcance de un contrato, las cuales pueden resumirse así:

1ª Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse más a ésta que a lo literal de las palabras. (Artículo 1618, Código Civil).

2ª Las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándoles a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad. (Artículo 1622, ibídem).

3ª En aquellos casos en que no apareciere voluntad contraria, deberá estarse a la interpretación que mejor cuadre con la naturaleza del contrato. (Artículo 1621, ibídem). (Casación, LIV-bis, noviembre 20 de 1942). 252, 2ª

INTERVENCION VOLUNTARIA ADHESIVA

— 55 —

La intervención voluntaria adhesiva (ad adjuvandum) está reconocida y autorizada en nuestra ley de procedimiento civil. (Art. 233, Código Judicial). (Casación, LIV-bis, septiembre 21 de 1942) 83, 1ª

— J —

JUECES EJECUTORES

— 56 —

Los Jueces Ejecutores carecen de facultad legal para hacer los reconocimientos de

que habla el artículo 1059 del Código Judicial, pues es ésta atribución de los Recaudadores o Administradores de Rentas Nacionales. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LIV-bis, diciembre 7 de 1942).

434, 2ª

— M —

MADRE NATURAL

— 57 —

En el año de 1903 no tenía la madre natural la patria potestad sobre sus hijos menores ni la representación legal de éstos. Tampoco existe ni ha existido en nuestra legislación civil la nombrada "curaduría nata" de la madre natural sobre sus hijos menores. Lo que reconocía únicamente el artículo 458 del Código Civil a la madre natural era el derecho a la guarda legítima del hijo natural menor de edad, siendo necesario el discernimiento judicial para que la madre adquiriera los derechos y obligaciones del guardador y la representación del hijo. (Casación, LIV-bis, agosto 28 de 1942)

35, 1ª

MANDATO

— 58 —

Según el artículo 1984 del Código de Napoleón, el mandato o procuración es un acto por el cual una persona da a otra poder de hacer alguna cosa para el mandante y en su nombre. La doctrina francesa ha hallado incompleta esta definición, que no separa los actos jurídicos de los materiales y ve siempre en el mandato algo representativo. Dos graves glosas al concepto del Código francés. Planiol y Ripert proponen sea definido como convención por la cual una persona, llamada mandante, da a otra, llamada mandatario, poder de ejecutar, en su nombre y lugar, uno o varios actos jurídicos. Pero el mandato, tal como lo comprende y organiza el Código de Francia, implica representación. Es imposible, observa Josserand, ver en el no representativo un verdadero mandato; "expurgado de su característica natural no es más que la sombra de sí mismo". Descartando esa noción, admiten los expositores franceses que las partes pueden asumir dos actitudes. Una ostensible, como el comisionista declarado, porque quienes contratan con él saben que detrás de su personalidad existe la del comitente, aunque no les importe saberlo porque es la solvencia de aquél, no la de éste, lo que ellos toman en cuenta. Otra secreta, como el testaferro que presta su nombre para un negocio en realidad de tercero. "Organo pero no representante jurídico del comitente." Más comprensivo el Código de Colombia, define el mandato diciendo que es un contrato mediante el cual una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera. No lo confunde con la procuración. Lo deslinda del arrendamiento de servicios porque en vez de actos habla de negocios. Distingue la representación del interés al no exigir que el mandatario actúe en nombre del mandante sino apenas por cuenta y riesgo del último. Si en la ley francesa el apoderado no es sino la imagen del comitente, hasta el punto de que, según la expresión del jurisconsulto Tarrible, aquél desaparece como un andamio después de concluído el edificio, en la colombiana puede contratar en su cabeza, como si el asunto le afectase a él solo. Así lo enseñan el artículo 2146, cuando dice que el negocio puede interesar al mandatario únicamente, y el 2177, cuando dice que el apoderado puede contratar a su propio nom-

bre. Por tanto, en Colombia el mandato no es esencialmente representativo. En su estructura caben el comisionista ostensible y el secreto; el testaferro; la interposición en todas sus formas lícitas; y aun el acto jurídico del mandatario como único interesado, siempre que el procurador tenga voluntad de obligarse. Del contenido del artículo 2177 es de rigor sacar las siguientes consecuencias: a) que el mandatario en Colombia puede contratar en nombre propio, en ejercicio del encargo recibido y por cuenta y riesgo del mandante; b) que si contrata a nombre propio, pero por cuenta y riesgo del mandante, aun sin conocer al tercero que se entiende con un mandatario, el mandante adquiere directamente los derechos que surgen de la tradición, pero no contrae directamente obligaciones para con el tercero. (1) (Casación, LIV-bis, septiembre 23 de 1942). 110, 2ª

MANDATO PARA NEGOCIOS DE MINAS. MANDATO SIN REPRESENTACION

— 59 —

El mandato es un contrato consensual que puede constituírse hasta verbalmente y que, aplicado a la legislación minera, es más amplio que en la civil, puesto que según el artículo 7º del Código de Minas los descubrimientos de éstas bien pueden hacerse por el individuo que pretenda la adjudicación para sí, bien por otro que obre en su nombre y como recomendado suyo; pero la denominación y el carácter de descubridor pertenece siempre al individuo por cuya cuenta se hace el descubrimiento. Concorde con este precepto se halla el inciso 4º del artículo 6º ibídem, que preceptúa que si una persona da el aviso de que tratan los artículos 8º, 79, 346 y 367, debiendo darlo en nombre de otra persona, ya por estar trabajando en el descubrimiento de la mina por cuenta de ella, ya por recibir encargo o recomendación suya para dar dicho aviso, se entenderá que éste se dio por el interesado respectivo, y será completamente ineficaz para favorecer al que lo hizo extender indebidamente en nombre propio. En consecuencia, en este caso, se reputará como primer descubridor, y será considerado como tal, para los efectos legales, el referido interesado; es decir, la persona por cuya cuenta se estaba haciendo el descubrimiento de la mina, o que había hecho la recomendación para dar el aviso correspondiente.

El artículo 117 ibídem corrobora lo anterior al disponer que el que dé el aviso de que habla el artículo 8º adquiere por este solo hecho un derecho a dicha mina, preferente al de toda otra persona salvo los casos del inciso 4º del artículo 6º.

En el caso de autos existió un mandato sin representación, en virtud del cual si ostensiblemente adquiría Gómez no lo hacía para sí, sino para su mandante. Del contenido del artículo 2177 del Código Civil es de rigor sacar las siguientes consecuencias: a) que el mandatario en Colombia puede contratar en nombre propio, en ejercicio del encargo recibido y por cuenta y riesgo del mandante; b) que si contrata a nombre propio, pero por cuenta y riesgo del mandante, aun sin conocer al tercero que se entiende con un mandatario, el mandante adquiere directamente los derechos que surgen de la tradición, pero no contrae directamente obligaciones para con el tercero.

En el mandato sin representación el mandatario no es más que el órgano de la voluntad del mandante, y propiamente no puede decirse que sea parte contratante. Es evidente que en principio el mandatario que contrata en su propio nombre y así obtiene

(1) Esta doctrina corresponde a los razonamientos de instancia.—El Relator.

la tradición con la inscripción del título, adquiere aparentemente para sí, pero sólo mientras no se establezca plenamente que obró en ejercicio de un mandato. La acción del mandante, en este caso, para beneficiarse de los efectos del contrato, se ejercita naturalmente sobre la base jurídica de la completa validez del acto o contrato celebrado a su nombre, porque nace de la supervivencia y validez de éste y es una acción personal contra el apoderado para que se declare, al tenor de un completo haz probatorio, que los efectos del pacto le corresponden a él y lo benefician exclusivamente. En un fallo de 29 de julio de 1913 (Gaceta Judicial, tomo XLIII, página 113), se sostuvo con dos votos distidentes la tesis contraria a ésta y se concluyó entonces, en un caso idéntico, que era el mándatario quien había adquirido el dominio del inmueble por haberse realizado a su favor la tradición en virtud de la inscripción del título, y porque era su consentimiento directo el único que como requisito esencial había intervenido en la convención. No comparte la Sala ese criterio para interpretar los artículos 673, 765, 2157 y 2177 del Código Civil.

La venta de cosa ajena es válida al tenor del artículo 1871 del Código Civil, pero el contrato en que ella consta no es oponible al verdadero dueño de la cosa vendida, y ese es el alcance de tal norma, o sea que quien vende cosa ajena responde al comprador por el incumplimiento del contrato y queda ligado con él por las obligaciones que emanan de la compraventa entre el vendedor y el comprador, pero el dueño de la cosa no queda perjudicado por esa venta, y entonces por esa razón el contrato no le es oponible y continúa como titular y como poseedor de la cosa que otro vendió mientras sus derechos no se extingan por la prescripción. (Casación, LIV-bis, noviembre 23 de 1942) 267, 2ª

MINAS. — JUICIOS ORDINARIOS DE MINAS. — RESTAURADORES DE MINAS. — POSESION ORDINARIA EN DERECHO MINERO

— 60 —

Por el trámite de un 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 Código de Minas.

Los principales juicios ordinarios sobre minas que deben tramitarse conforme a lo preceptuado por el Capítulo II del Título XVIII del Libro II del Código Judicial, son los siguientes:

1º Aquellos en que se ventile la posesión y la propiedad de las minas, teniendo en cuenta que siempre que se demande la posesión debe entenderse demandada la propiedad, y viceversa.

2º Aquellos en que se ventile el mejor derecho a la adjudicación de una mina por razón de un descubrimiento anterior y que se inician a virtud de las oposiciones a que se refiere el Código, en el artículo 66.

3º Aquellos en que se ventile la validez o nulidad de los títulos, por haberse incurrido en alguna de las causales enumeradas en el artículo 94 del Código.

4º Aquellos en que se ventile la validez o nulidad de la adjudicación misma, por haberse verificado con violación de preceptos legales de obligatorio cumplimiento, según lo explicado al comentar el artículo 94 de este Código.

5º Aquellos en que se impugna la línea fijada en un juicio de deslinde, conforme a

lo establecido por el artículo 411 del Código.

6º Aquellos en que se trata de obtener la declaración de las indemnizaciones debidas por causa de daños que ocasionan la perturbación o despojo de la posesión de minas, según lo preceptuado por el artículo 442 de este Código.

7º Aquellos en que se ventile la justificación de la interrupción del término para entregar al comisionado el despacho en que se manda dar la posesión de la mina, según lo estatuído por los artículos 47 y 456 del Código.

Lo primero que debe hacer el que quiere adquirir una mina abandonada es presentarse al Alcalde del Distrito donde ella esté situada, a darle el aviso de que quiere adquirir dicha mina y que piensa denunciarla (artículo 346 del Código de Minas). Es restaurador de una mina el que da el aviso de que habla el precepto del artículo 347 ibídem. Dentro de noventa días contados desde aquel en que se dio el aviso de que habla el artículo 346, debe el restaurador de una mina presentar el escrito de denuncio ante la Gobernación del respectivo Departamento (artículo 352 ibídem).

La posesión ordinaria en Derecho Minero se adquiere desde el momento en que se dé el aviso de la mina. Es una posesión sui generis, reconocida únicamente en el derecho minero, y para gozar de ella no es necesaria la tenencia u ocupación material de la mina. Esta posesión ordinaria se pierde cuando el avisante no ejecuta las diligencias necesarias para la adquisición de la mina, dentro de los términos perentorios que para cada una de tales formalidades señala la ley; es decir, como no es una posesión material, se pierde de la misma manera que se adquirió. (Casación, LIV-bis, noviembre 2 de 1942). 227, 2ª

— N —

NEGACION INDEFINIDA

— 61 —

Aseverar que determinados bienes inmuebles y muebles adjudicados en una hijuela, no se le han entregado al adjudicatario, no es una negación indefinida, porque él puede demostrar que los bienes se hallan en poder de otro. No es precisamente lo negativo lo que excusa la prueba, sino lo indefinido cuya dificultad de demostración aparezca como imposible y aun como ímproba carga, realmente no susceptible de demostración, a juicio del Juez. (Casación, LIV-bis, septiembre 8 de 1942) 60, 2ª

NULIDAD

— 62 —

El artículo 1749 del Código Civil, que contempla los efectos de la nulidad judicialmente declarada, consagra el principio de que el beneficio de la anulación es enteramente personal, por lo cual establece que la nulidad declarada en favor de un contratante no aprovecha por sí misma a los otros, ya que la invalidación puede provenir de causas personales de uno de los contratantes que en nada afecten a los demás, como ocurriría en el caso de que uno solo de varios compradores o vendedores, por ejemplo, haya sido el único engañado o violentado o incapaz por minoridad o porque los demás contratantes quieran ratificar el contrato. (Casación, LIV-bis, septiembre 21 de 1942) 83, 2ª

NULIDAD DEL TESTAMENTO. DEMENCIA DEL TESTADOR. DEMENCIA SENIL

— 63 —

El inciso 2º del artículo 553 del Código Civil establece la presunción de validez respecto de todos los actos o contratos celebrados por una persona, a menos de probarse que el que los ejecutó o celebró estaba entonces demente. El adverbio entonces ha sido tomado por la jurisprudencia y la doctrina, en ese artículo, en su primitiva significación, en su primera acepción que significa "en aquel tiempo u ocasión", que es también la más recta acepción de su correspondiente latino tunc. No expresa, por lo tanto, tal vocablo, indispensablemente el acto coetáneo a la ejecución de un hecho, sino que abarca un período más amplio. Ciertas enfermedades mentales como la demencia, no se producen, según los expositores de psiquiatría y de medicina legal, de una manera repentina, sino que constituyen una progresión ascendente que lleva desde ligeras e insignificantes perturbaciones hasta la obnubilación completa del entendimiento. Por eso, en cierta clase de demencias progresivas, se ha llegado a establecer por la ciencia que, además de no admitir intervalos lúcidos, la enfermedad avanza más cada día; y la doctrina y la jurisprudencia, basadas en ese postulado, y cuando se demuestra técnica y científicamente que una persona estaba demente cierto día, anula o invalida los actos de ella posteriores a ese estado mental anterior. Existen otros actos anulables por incapacidad mental de quien los ejecuta, no ya porque adolezca de demencia sino porque sea víctima de una perturbación transitoria en sus facultades y que generalmente no deja huella al desaparecer el efecto, como la ebriedad en el caso contemplado por el artículo 1061 citado, en su numeral 3º. No deben, por lo tanto, confundirse las acciones de nulidad emanadas de los artículos 553 y 1061, inciso 3º, que contemplan situaciones distintas aunque la solución sea la misma, en uno y otro caso, cuando se prueba la falta de sano juicio en quien ejecutó el acto acusado.

La perturbación mental permanente, la demencia senil, son enfermedades como muchas otras que no pueden establecerse o diagnosticarse ciertamente sino por medio de la ciencia. Es el dictamen pericial médico, en cada caso, el que puede llevar al juzgador a una conclusión fundada, y el que permite, cuando es unánime, darle el carácter de plena prueba como enseña el artículo 722 del Código Judicial. Es difícil, en realidad; y hasta muy grave, que el juzgador en virtud de apreciaciones testimoniales, de personas no expertas en la ciencia médica, pueda concluír que una persona adolezca de una enfermedad. Como el juzgador no es experto tampoco en esas materias, de ahí que deba asesorarse de peritos y atenerse a lo que ellos digan en cada materia o dictamen en virtud de su arte, profesión u oficio. Si le bastaran únicamente las declaraciones que se adujeran a los autos, de personas inexpertas, no sólo fallaría el Juez como técnico en asuntos que desconoce, sino haría innecesario el dictamen pericial, conclusión inadmisible. Pueden, es cierto, los expertos médicos, cuando no han conocido o recetado o atendido al paciente, basar su dictamen sobre la enfermedad de éste en declaraciones de los que conocieron o trataron al enfermo, pero, como es obvio, los elementos de hecho o de apreciación los coordinan los médicos con los principios científicos que poseen, que conocen, y entonces en virtud de esos dos factores deducen las conclusiones en cada caso, lo que no puede hacer

el juzgador por lo que no es experto en esas materias.

Las prohibiciones a que se refiere el artículo 1068 del Código Civil van encaminadas a asegurar la independencia y libertad del testador y a establecer, cuando fuere el caso, la veracidad y hasta el sentido de sus declaraciones. Se comprende que dos testigos instrumentales, padre e hijo, pueden estar interesados, para no contradecirse, en mantener unos mismos puntos de vista, cuando se les llame a declarar el modo y forma como el testador consignó su última voluntad, y esa es una de las razones de la prohibición a que se refiere el numeral 15 del artículo citado. Pero cuando ese interés desaparece, por cuanto se prescinde o puede prescindirse de uno de esos dos testimonios, sin que se afecte el acto externo del testamento por quedar tres testigos, no hay razón suficiente para anular un acto testamentario. En materia de nulidades, y especialmente en las referentes a los testamentos, el criterio debe ser siempre restricto y jamás de ampliación, por lo grave que es dejar, sin fundamentos muy sólidos y sin razones muy evidentes, ineficaz o inoperante la última voluntad del testador. Y no puede sostenerse, porque sería adoptar el criterio de ampliación de que se ha hecho mérito, que aunque se prescinda de un testigo ligado con otro por el vínculo de parentesco a que se refiere la ley, también queda éste inhabilitado para el caso, por cuanto sería, como acaba de expresarse, extender infundadamente esa norma, aplicándola cuando ha desaparecido la razón de la inhabilidad que ella considera.

La inhabilidad a que se refiere el numeral 14 del artículo 1068 no puede ser otra que la que provenga de una completa dependencia económica y hasta personal, que se traduzca en un obedecimiento completo, por esa razón, a las órdenes del amo. (Casación, LIV-bis, octubre 6 de 1942).....154, 1ª y 2ª

— P —

PARTICION

— 64 —

Antes de procederse a la partición de una herencia es necesario determinar exactamente quiénes son partícipes y cuáles son los bienes sometidos a división, porque el Juez en los trámites de partición en juicios sucesorios no tiene propiamente la misión de resolver controversias de fondo sobre intereses encontrados, y porque la partición herencial es un acto especial no constitutivo de una verdadera acción en justicia, ni el partidor tiene atribuciones para resolver asuntos o problemas que competen a la justicia ordinaria. Las cuestiones previas que han de resolverse se refieren, ya a las cosas comprendidas en la comunidad (artículo 1388 del Código Civil), ya a los derechos de los mismos (artículo 1387 ibídem), esto es, a las controversias sobre derechos a la sucesión por testamento o abintestato, desheredación, incapacidad o indignidad de los asignatarios. Es incuestionable que todo lo que afecte los derechos de los partícipes o su extensión, como su calidad misma de tales, debe ser materia de previa resolución judicial a fin de que pueda haber certidumbre sobre la condición y derecho de los coasignatarios para poder liquidarle lo que a cada uno de ellos se deba.

Decidida a favor de la herencia una cuestión sobre propiedad de una cosa en que alguien alega un derecho exclusivo, no siendo el caso en que haya habido lugar a suspender la partición, se continuará después ésta dividiendo la cosa entre los partícipes con arreglo a sus respectivos derechos, lo mismo

que en el caso de omisión involuntaria de cosas partibles (artículos 1388 y 1604 del Código Civil). Estas particiones adicionales no pueden considerarse desconectadas del juicio sucesoral a que acceden o que complementan, como si se tratara de uno nuevo en que fuera procedente la renovación de todos los trámites y la reconsideración de todas las cuestiones que fueron materia de la liquidación herencial, en lo referente a la determinación de los derechos de los partícipes. Este punto es constitutivo de pauta obligatoria para la nueva partición o distribución que haya de hacerse, con ocasión de la cual no podrán suscitarse nuevamente cuestiones de la sucesión, ya decididas, y que no se relacionen exclusivamente con la división de la cosa adicionada a la masa partible por la sentencia que decidió a su favor el litigio sobre propiedad. Las objeciones que pueden formularse a la partición adicional no procederán, por consiguiente, sino en referencia con las normas legales que regulan la distribución propiamente dicha entre los partícipes con arreglo a sus derechos predeterminados en el juicio en que se dejaron establecidas las bases para la liquidación de la herencia. Reabrir la controversia o discusión sobre todos los aspectos vinculados al derecho de los coasignatarios con oportunidad de una partición adicional, conduciría a quebrantar los principios de la cosa juzgada o cuando menos a dar ocasión a la irregularidad de proponer objeciones, no presentadas en su única oportunidad procedimental, contra un trabajo de partición aprobado por sentencia definitiva. (Casación, LIV-bis, octubre 3 de 1942) . . . 142, 2ª

PARTICION

— 65 —

Los actos legales de partición constituyen justo título y son, además, títulos traslaticios de dominio (artículo 765, Código Civil). (Casación, LIV-bis, agosto 12 de 1942). 15, 1ª

PARTIDOR

— 66 —

Para el partidor son obligatorios los datos y material comprendidos en la diligencia de inventarios. (Casación, LIV-bis, noviembre 18 de 1942) 245, 2ª

PERJUICIOS

— 67 —

Puede decirse que es cosa definitivamente resuelta por la Corte que se presume culpa de la persona a quien se imputa un daño por malicia o negligencia, daño que debe ser reparado por ésta, de donde se deduce, como corolario, que la carga de la prueba no corresponde al damnificado, sino que corre por cuenta del agente negligente, imprevisivo o descuidado, y que para exonerarse de esa responsabilidad tiene que comprobarse, o el caso fortuito, la fuerza mayor, o la intervención de elementos extraños que pudieran desvirtuar la responsabilidad del agente.

Con razón ha dicho la Corte que "el conocimiento o aviso del riesgo o peligro es un elemento subjetivo indispensable para deducir o no la culpa de la víctima, y ese elemento entraña en cada caso una cuestión de hecho que debe estimarse ante las pruebas del proceso y que no permite sentar ninguna regla sobre el particular, porque cada caso entraña por su naturaleza una cuestión distinta y, por lo tanto, una solución diversa". Casación, noviembre 18 de 1940, Gaceta Judicial, números 1964 y 1965. (Casación, LIV-bis, diciembre 11 de 1942) 327, 1ª

PERJUICIOS

— 68 —

Según lo ha establecido la Corte, el quantum del pretium doloris tiene un máximo de acuerdo con el artículo 95 del Código Penal, del que no puede pasarse el juzgador. La estimación de los perjuicios, no pasando del máximo fijado por ese artículo, depende del criterio del fallador.

En el caso a que alude el proceso, se trata de una culpa contractual por parte del Municipio de Medellín, por cuanto al tomar pasaje Carmen Pizarro de Posada en el tranvía de ese Municipio, se verificó el contrato de transprte entre el Municipio y la Pizarro de Posada y, por lo tanto, nació un vínculo contractual entre el transportador, el Municipio y la transportada. No se trata, pues, de una culpa extracontractual, como se planteó en la demanda. (Casación, LIV-bis, diciembre 10 de 1942) 321, 2ª

PERJUICIOS

— 69 —

Los Municipios están obligados a responder ante terceros por los perjuicios que causen las obras públicas ejecutadas por sus agentes autorizados, según reiterada jurisprudencia de la Corte. (Casación, LIV-bis, noviembre 26 de 1942) 289, 2ª

PERJUICIOS

— 70 —

Para que nazca en casos de infracción contractual la obligación de indemnizar perjuicios, son necesarios estos requisitos: a) que exista la infracción de la obligación; b) que tal infracción sea imputable al deudor; c) que se demuestre que dicha infracción ha originado efectivamente un perjuicio al acreedor. (Casación, LIV-bis, noviembre 20 de 1942) 254, 2ª

PERJUICIOS

— 71 —

Es jurisprudencia de la Corte que no se pueden acumular o instaurar a un mismo tiempo la acción por indemnización de daños contractuales y la indemnización por perjuicios morales. (Casación, LIV-bis, octubre 9 de 1942) 165, 1ª

PERJUICIOS

— 72 —

Se refiere el artículo 2342 del Código Civil a los casos de responsabilidad civil generada por delitos o culpas que causen daños en las cosas para determinar el sujeto activo de la acción, esto es, quién puede demandar el derecho a la reparación del perjuicio, sobre la base del interés personal como motivo legítimante de toda acción judicial, y para esto contempla el citado precepto las diversas maneras como puede vincularse el derecho a las cosas, en forma que pueda deducirse el alcance de la indemnización sobre la verdadera realidad del daño. Es claro que las condiciones de la reparación varían según sea la situación jurídica de la víctima en relación con la cosa dañada. Si se acciona con base en el dominio absoluto el derecho indemnizatorio abarca ilimitadamente todas las lesiones que afectan la cosa, en tanto que si el demandante en la acción de responsabilidad es mero usufructuario, usuario, habitador o tenedor del bien a título precario, su interés y por tanto su acción estará limitada en la medida que haya sido perjudicado su derecho especial.

Tratándose por ejemplo, de daños en un fundo, si el actor vincula su demanda a su derecho de dominio exclusivo será procedente considerar los deterioros que afectan al inmueble mismo de manera permanente y que reducen su valor, en tanto que si hace provenir su acción del hecho de haber sido perjudicado en su derecho de disfrute como arrendatario, no habrá lugar a tener como elementos de la indemnización los deterioros relacionados con el valor mismo de la finca, porque en esa parte, de acuerdo con la teoría de los riesgos, el daño hiere el interés del propietario y es a él, por consiguiente, a quien corresponde la acción reparadora. Pudiendo ser diversa en su alcance e intensidad la forma en que refluye en el patrimonio de quien se presenta como víctima el daño causado en una cosa, es lógico e indispensable que el demandante de la indemnización determine su posición jurídica respecto de esa cosa dañada, indicando en su libelo la calidad con que pide y las demás condiciones de existencia de la responsabilidad civil que demanda. Esta determinación es en estos casos uno de los fundamentos de derecho que ha de expresar todo demandante y constituye uno de los presupuestos inmodificables para el desarrollo del litigio. (Casación, LIV-bis, septiembre 8 de 1942).

48, 2ª

PERJUICIOS

— 73 —

No pueden proponerse en una misma demanda acciones tan distintas como son la referente a responsabilidad por violación de un contrato y la encaminada a obtener indemnización de perjuicios por culpa extracontractual. Las dos acciones están expresamente diferenciadas por la ley y la doctrina. (Gaceta Judicial, tomo LIII, página 82). (Casación, LIV bis, noviembre 4 de 1942).

234, 1ª y 2ª

PERJUICIOS

— 74 —

Para que sea aplicable el artículo 2357 del Código Civil, es indispensable que el damnificado se haya expuesto imprudentemente al daño. (Casación, LIV-bis, octubre 22 de 1942) 197, 1ª

PERJUICIOS MORALES. — SU INDEMNIZACION Y AVALUO

— 75 —

Los perjuicios tanto materiales como morales no son de la sucesión del muerto, porque nunca estuvieron en el patrimonio de éste, sino que corresponden a título de indemnización a los que hayan sufrido tales perjuicios por la muerte.

La Corte tiene sentada ya como doctrina que la indemnización o reparación por los daños morales, y el **pretium doloris** o los perjuicios no objetivados, no pueden entenderse ni configurarse como compensación económica, como entidad meramente patrimonial. Al verificar la tasación de los perjuicios no objetivados, el fallador no puede pasarse del máximo de dos mil pesos, porque entonces ese límite, que es rígido, se trocaría en indefinido, pues estaría en relación no sólo con el perjuicio moral en sí mismo considerado, sino con el número de demandantes, estableciéndose una progresión en sentido directo: a mayor número de demandantes, mayor indemnización, y hasta podía llegarse al caso de multiplicar el máximo fijado por la ley por el número de actores, lo cual no puede admitirse, tanto por lo dicho como porque no se ve cómo el dolor pueda parcelarse para dar a cada demandante el precio de ese dolor. El artículo 95 del Código Penal consagra una norma general respecto de la máxima cuantía de la in-

demnización, por perjuicios morales no objetivados. El principio en que se informa tal artículo ha sido acogido también, para casos particulares, por el legislador francés, puesto que en Francia se vio, como en Colombia, la necesidad de una limitación al respecto, para que la indemnización por perjuicios morales no se constituya en una verdadera fuente de enriquecimiento y no de reparación, que es la naturaleza y configuavaluación de los perjuicios, se expresa así ración jurídica de aquélla. En cuanto a la el expositor Lalou: "Salvo disposiciones excepcionales, el poder de los Jueces para fijar el monto de la reparación de un delito o de un cuasidelito, es absoluto. Esta libertad de apreciación se ejerce, ya se refiera al perjuicio material o al perjuicio moral. Ella es necesaria para los imponderables, tales como el pretium doloris". Esta tesis, en lo que se refiere a los perjuicios morales no objetivados, es la misma que consagra el artículo 95 de nuestro Código Penal. Esos imponderables tienen un límite en cuanto se traducen en una cuantía y dentro de aquél, y en cada caso particular, el Juez la determina. "La fijación de una indemnización (por esa causa) no está limitada sino por la conciencia y la prudencia de los magistrados", dice el autor citado, quien observa asimismo que no se debe exagerar la cuantía porque la exageración puede constituír en esos casos una manifestación de venganza, tesis que encuentra muy acertada la Corte, entre otras razones, porque la indemnización de perjuicios morales no objetivados es, más que compensatoria, reparatoria, hasta donde esto puede ser posible. Debe observarse, además, que no es de rigor ni menos tiene carácter de axioma la condenación a una cantidad de dinero, por el concepto de perjuicios morales. No; esa reparación puede consistir en otra cosa muy distinta y que en ocasiones puede satisfacer más quien sufre el dolor. Cuando la Corte, por primera vez, hizo viable la acción de perjuicios morales, condenó al demandado, un Municipio, a que pagara una suma para que con ella se erigiera un monumento en el cementerio de Bogotá, en memoria de la que había sido la mujer del demandante. Lo que sucede es que generalmente, y por ser más fácil la reparación, se compensa en dinero, aunque realmente el dinero no tiene eficacia para hacer compensaciones de orden moral. (Casación, LIV-bis, octubre 20 de 1942).

190, 2°

POSESION NOTORIA DE UN ESTADO CIVIL

— 76 —

Poseer un estado civil es gozar notoriamente del título y de las ventajas que la ley determina y asigna al mismo estado. Para el caso, el artículo 397 del Código Civil señala precisamente los elementos o hechos que esencialmente constituyen la posesión del estado civil de hijo legítimo, los cuales, irrefragablemente establecidos y reunidos constituyen la posesión de ese estado o calidad que servirá de medio probatorio para establecerlo a falta de la prueba principal y de la supletoria directa sobre el hecho constitutivo. Esta disposición, reproduciendo propiamente los elementos tradicionales de nomen, tractatus y fama, dice en qué consiste la posesión notoria del estado de hijo legítimo. Esta posesión, para que pueda legalmente recibirse como prueba del estado civil, deberá haber durado diez años continuos por lo menos (artículo 398), y deberá probarse en juicio mediante un conjunto de testimonios dignos de fe que la establezcan de un modo irrefragable (artículo 399). Estos caracteres de la posesión, determinados en el Código para cada caso especial, constituyen asimismo condiciones de esencia de esta última prueba supletoria del estado ci-

vil, detalladamente reglamentada en la ley. Cuando en el orden supletorio que establece el Código es procedente ocurrir a la prueba por posesión notoria para demostrar el estado civil de hijo legítimo, es preciso probar la posesión con todas sus características y condiciones especiales respecto de la madre igualmente. La necesidad de esta doble comprobación se desprende tanto de la forma plural que usa la disposición legal en el artículo 397 del Código Civil como de la naturaleza misma de la filiación legítima que es el producto o resultado de una relación bipersonal, que da nacimiento por sí a vinculaciones jurídicas de un individuo no respecto de una persona simplemente, sino en referencia a una familia.

No basta demostrar el tratamiento de padre y madre con el hijo y la fama para tener por establecido el estado civil de que se trata; se requiere, además, establecer con el mismo mérito probatorio que los hechos en que consiste la posesión han durado diez años continuos por lo menos, que es el término mínimo en que la ley presume formarse de manera aceptable la fama pública.

Para establecer la legitimidad del hijo es preciso demostrar su filiación materna y paterna; el matrimonio de sus padres; que su madre lo dio a luz y que fue concebido durante el matrimonio. El casamiento y el parto son probables de manera positiva y directa con las partidas correspondientes de matrimonio y nacimiento; no así la época de la concepción y su autor, que por ser susceptible de prueba directa las ha hecho la ley materia de presunciones, presumiendo de derecho la fecha de la concepción por la duración del embarazo (artículo 92), y si ésta cae dentro del matrimonio, que es hijo del marido y, por consiguiente, legítimo (artículos 213 y 214). (Casación, LIV-bis, agosto 21 de 1942) ... ... 27, 1ª y 2ª

PRECIO DE LA COMPRAVENTA

— 77 —

La circunstancia de que el Notario y los testigos no presencien la entrega del precio de la compraventa no es por sí sola indicio necesario o siquiera grave que pueda tener la virtud de destruír la declaración instrumental respectiva de pago del precio y que conduzca a la conclusión de que el contrato deba resolverse por incumplimiento de dicha prestación por parte del comprador. (Casación, LIV-bis, diciembre 10 de 1942). 318. 2ª

PRESTACIONES SOCIALES

— 78 —

Una vez más reafirma la Corte su doctrina de que la jurisdicción y la competencia en los juicios provenientes de las prestaciones sociales se determinan teniendo en cuenta únicamente la cuantía del asunto y la vecindad de las partes, sin consideración a la calidad de los litigantes. Y esto por más que manifieste el actor que la acción iniciada es una acción ordinaria de indemnización de perjuicios; basta que, como en el presente caso, alegue el hecho de encontrarse al servicio de la empresa de un ferrocarril cuando le sobrevino la lesión que dice haber sufrido para considerar que su derecho está jurídicamente gobernado y protegido, no por la norma del Código Civil concerniente a la responsabilidad civil por los delitos y culpas (Título 34, Libro 4º), sino por las leyes especiales que rigen en materia de accidentes de trabajo, leyes que, por otra parte, tienen sus reglas procedimentales, singularmente establecidas y consagradas de una manera especial y expresa en la Ley 45 de 1939). (Auto, Sala de Negocios Generales, LIV-bis, esptiembre 2 de 1942) ... ... 338, 1ª y 2ª

PROPIEDAD INDUSTRIAL

— 79 —

La acción de amparo administrativo sobre protección de la propiedad industrial se encuentra regulada por la Ley 31 de 1925 en sus artículos 67, 68, 69, 73, 74 y 76. Según estas disposiciones, reguladoras del amparo administrativo, éste puede conducir a la ejecución, al juicio ejecutivo, cuando la resolución definitiva de incursión en la fianza se ha dictado. Pero si ésta no se ha proferido no hay base legal para la ejecución. (Auto, Sala de Negocios Generales, LIV-bis, noviembre 14 de 1942) 408, 1ª

PRUEBAS

— 80 —

El Juez no puede negarse a decretar la práctica de pruebas que en tiempo hábil han pedido las partes, sino cuando se trata de las que son ostensible, notoriamente inconducentes. El momento de calificar el mérito de ellas viene cuando se haya de pronunciar el fallo de fondo. Antes, no sólo se incurriría en un prejuzgamiento, sino que podría exponerse a las partes al peligro de perder sus derechos, por el rechazo anticipado, por medio de una calificación que podría ser caprichosa, de los medios de defensa que les brindan las leyes. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LIV-bis, noviembre 18 de 1942). 410, 2ª

— R —

RECURSO DE CASACION

— 81 —

Conforme al inciso final del artículo 519 del Código Judicial, "también pueden ser objeto del recurso las sentencias proferidas en el mismo grado de jurisdicción por los Tribunales en juicios ordinarios que versen sobre el estado civil", es decir, cuyo fin principal o único sea calificar y resolver dicha cuestión. En los juicios de petición de herencia y en varios otros puede ser necesario discutir, estudiar y calificar el estado civil de las personas, para poder fallar el asunto en el fondo, sin que ello quiera decir que tales juicios versen sobre ese punto determinado. Así lo ha resuelto la Corte en varios casos. (Auto, Sala de Casación Civil, LIV-bis, octubre 6 de 1942) ... ... 160, 1ª y 2,

RECURSO DE CASACION

— 82 —

Es doctrina reiterada de la Corte la que establece que en el recurso de casación contra sentencias aprobatorias de particiones tiene el carácter de medio nuevo toda cuestión distinta de las que fueron debatidas en las instancias con ocasión de las objeciones oportunamente propuestas al trabajo de partición. (Casación, LIV-bis, noviembre 18 de 1942) 246, 2ª

RECURSO DE REVISION

— 83 —

El numeral 1º del artículo 542 del Código Judicial admite la revisión de la sentencia ejecutoriada si después de pronunciada se recobran piezas decisivas detenidas por fuerza mayor o por obra de la parte favorecida. La anterior norma contiene dos extremos, a saber: recobro de una pieza decisiva, y detención de ésta por fuerza mayor o por obra de la parte favorecida.

Recobrar, según la acepción gramatical, filológica y jurídica, equivale a adquirir lo que antes se poseía. En ese sentido está empleada por el Código Civil en muchas normas, entre ellas las consagradas en los ar-

tículos 972 y 976. No es, pues, lo mismo recuperar una prueba que producirla o mejorarla. El recurso extraordinario de revisión no es procedente para esto. De lo contrario, no habría jamás cosa juzgada, porque bastaría que el litigante vencido en un juicio mejorara la prueba en el de revisión, o produjera otra. La prueba eficaz en revisión y desde el punto de vista que se está tratando, debe tener existencia desde el momento mismo en que se entabla la acción ordinaria. O, por lo menos, al tiempo de vencer el último término de prueba en el respectivo juicio ordinario. Mas no basta que la prueba exista para que la retención sea viable, sino que es necesario para ello que haya sido imposible aducirla, o por un hecho independiente de las partes, o por un hecho doloso de la parte favorecida. El hecho independiente de la fuerza mayor, que está siempre condicionada por lo imprevisible a que no es posible resistir, por un elemento que se sale de la esfera de actividad que pueden controlar las partes. Así, en un caso semejante al de autos, podría constituír la fuerza mayor el hecho de que una autoridad bajo cuya custodia está una actuación o un documento que puede servir como factor decisivo para el juicio, se denegara a expedir copia de él, a entregarlo cuando fuera el caso, o a facilitar su exhibición.

La retención por obra de la parte favorecida implica dos elementos: la existencia del documento que puede servir de prueba, en poder de esa parte durante la tramitación del juicio ordinario, y la obra de esa parte en la retención, que acusa dolo en ella. Tal sería el caso en que pidiendo una de las partes a la otra la exhibición de un documento que la primera afirma que está en su poder, aquélla negara ese hecho, y esa negativa hubiera sido decisiva para impedir la exhibición por no haber podido quien la solicitó aducir ninguna otra prueba al respecto. Si fallado el pleito ordinario se recobra luego esa pieza que estaba en poder de la parte favorecida, puede proceder la revisión, siempre que se presente el factor de que en seguida se trata.

No es cualquier prueba que se recobre la que da lugar a la revisión. No. La prueba recobrada debe ser decisiva, o sea, que debe tener tal eficacia legal que hubiera sido bastante para fallar el litigio de una manera contraria o muy distinta a como fue resuelto. Y es tan evidente esto, que esa prueba es la que influye para invalidar el fallo cuya revisión se impetra. Si, pues, se presenta una prueba en el juicio de revisión que no tenga esa operancia decisiva, el recurso no puede prosperar.

Finalmente, no sólo por la calidad de la prueba está limitado el recurso de revisión, sino por el tiempo, dentro de los dos años siguientes al pronunciamiento del fallo. (Artículo 543 del Código Judicial).

El numeral 2º del artículo 542 hace viable el recurso de revisión cuando el fallo recayó en virtud de documentos que al tiempo de dictarse no eran conocidos como falsos por una de las partes, o cuya falsedad se ha reconocido o declarado después. En virtud de esta norma, la revisión prospera si la sentencia se ha basado en documentos falsos, cuya falsedad no era conocida. No basta, pues, que uno de los documentos sea después reconocido o declarado falso, sino que es preciso que la convicción del juzgador se haya fundado en la apreciación legal de esos documentos, y que esa apreciación total haya dado como resultado el fallo, basado en tales documentos. Es también indispensable que esa falsedad se demuestre o se declare, y esa declaración debe ser anterior al juicio sobre revisión. (Sentencia, Sala de Casación Civil, LIV-bis, octubre 29 de 1942)

214, 2ª y ss.

REGIMEN PATRIMONIAL EN EL MATRIMONIO

— 84 —

La Ley 28 de 1932 consagró un nuevo régimen patrimonial entre el marido y la mujer, pero no acabó con la sociedad conyugal; llegado el 1º de enero de 1932, por efecto de la vigencia de la Ley 28 cesó la relativa incapacidad de la mujer casada y en virtud de esto tiene per se la aptitud, la personería para ejercer las acciones tendientes a obtener la reintegración al patrimonio social de los bienes sociales de que el marido por sí solo haya dispuesto con posterioridad a la vigencia de dicha ley; por haber perdido el marido 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 administrativas y dispositivas sobre el conjunto de los bienes de la antigua sociedad conyugal, lo cual significa 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 aquélla conforme al derecho que les otorga el artículo 7º de la misma Ley 28. (1) (Casación, LIV-bis, septiembre 7 de 1942) 44, 1ª

REGISTRO

— 85 —

En un acto sometido al registro deben distinguirse dos cosas, según lo ha sostenido la Corte: el acto o contrato en sí mismo considerado y el registro de éste. El acto o contrato queda perfecto desde que las partes convienen en lo pactado y desde que firman la escritura pública cuando el contrato es solemne. El registro no da solemnidad al acto sino que tiene el fin u objeto a que se refiere el artículo 2637 del Código Civil. Servir de medio de tradición del dominio es uno de los objetos del registro, pero la tradición es una de las consecuencias u obligaciones de todo contrato de venta, y en tratándose de cierta clase de bienes se verifica por el registro, artículo 756 del Código Civil, que sienta el principio general y que desarrolla y precisa aún más el artículo 759 ibídem. La tradición puede verificarse mucho tiempo después de la celebración del contrato, y, verificada, se retrotrae a la época del pacto, efecto retroactivo que no se produce cuando entre la celebración del contrato y su registro ha habido interferencia de otro registro. La eficacia legal de un título sometido al registro no surge o no tiene operancia sino cuando se ha verificado éste; por eso enseña el artículo 2673 que ningún título sometido al registro podrá tenerse como prueba sino cuando se halle debidamente registrado, y el artículo 630 del Código Judicial preceptúa que la escritura pública, para ser estimada como prueba, debe presentarse con la nota de haberse hecho el registro en la forma debida. Mas la apreciación de la eficacia de esa clase de títulos, como de toda prueba, la hace el juzgador al pronunciar la sentencia, teniendo en cuenta si el título sometido al registro está registrado o no, cuando vaya a pronunciar su fallo.

Preceptúa el artículo 1587 del Código Civil que la venta de bienes raíces, de servidumbres, de una sucesión hereditaria, no se reputan perfectas ante la ley mientras no se haya otorgado escritura pública. Verificado ese contrato solemne, queda entonces

(1) La Corte abrogó la parte final de esta doctrina en virtud de la interpretación del Legislador hecha en la Ley 68 de 1946, como puede verse en sentencias de casación de fechas 14 de julio de 1947, julio 29 de 1947, 8 de octubre de 1947, publicadas en los números 2050, 2051, y 2053—2054 de la G. J.

perfecto, y es menester luego registrar el instrumento, registro que se hace después de perfeccionado el contrato, artículo 2652 ibídem, de donde se ve claramente que si el registro es indispensable para la eficacia probatoria del acto no atañe a éste mismo, el cual, en sí, para su validez, está sometido a otras normas, como las de capacidad de las partes, libertad de consentimiento, existencia de causa, causa lícita, etc. Quien presenta un instrumento que ha debido registrarse, sin esta formalidad del registro, y apoya en él su intención, no comprueba su derecho porque no hace fe el instrumento que debiendo ser sometido al registro no lo ha sido. Este punto es materia de apreciación y decisión en el fallo, de modo que si cuando se dicta la sentencia el instrumento ha sido registrado y esa comprobación existe en autos, el fallador debe apreciar la prueba. (Casación, LIV-bis, diciembre 3 de 1942) 296, 2ª

REGISTRO

— 86 —

Existe en nuestra legislación positiva un sistema jurídico debidamente reglamentado que permite a cualquier persona conocer en todo momento el estado y situación de todos los actos y contratos pasados ante los Notarios, cual es los correspondientes libros que de acuerdo con la ley deben llevar los registradores y en los cuales se anota no solamente la evolución de la propiedad raíz, sino también todos los actos o contratos que requieren cierta publicidad para garantizar y salvaguardiar la buena fe de los terceros. (Casación, LIV-bis, octubre 23 de 1942).

202, 2ª y 203, 1ª

REGISTRO

— 87 —

Según lo tiene ya establecido la jurisprudencia de la Corte, la incorrección de que pueda adolecer una escritura por no llevar al pie de ella la nota de registro, no deja de comprobar plenamente la formalidad de éste si se ha establecido realmente el hecho del registro. (Casación, LIV-bis, agosto 12 de 1942) 14, 1ª

REIVINDICACION PARA LA SOCIEDAD CONYUGAL DE BIENES VENDIDOS POR UNO SOLO DE LOS CONYUGES

— 88 —

Interpretando la Corte la Ley 28 de 1932 ha sentado como doctrina la de que "Por haber perdido el marido, desde el 1º de enero de 1933, 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. Esta doctrina se le presenta a la Corte como 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 solo, el artículo sería incongruente con el 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. Interpretadas 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 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 vigencia no han sido liquidadas provisionalmente conforme al artículo 7º".

De lo expuesto en los párrafos de la aludida sentencia concluye la Corte que la mujer tiene personería propia e independiente del marido para reivindicar, para la sociedad conyugal de que forma parte, los bienes pertenecientes a dicha sociedad, de que el marido haya dispuesto por sí solo, de manera ilegítima. (1) (Casación, LIV-bis, noviembre 20 de 1942) .... 257, 1ª y 2ª

REIVINDICACION PARA LA SOCIEDAD CONYUGAL DE BIENES VENDIDOS POR UNO SOLO DE LOS CONYUGES

— 89 —

La Corte reafirma su doctrina sentada en sus dos sentencias de 20 de octubre de 1937 (Gaceta Judicial, Tomo XLV, página 630) y 22 de agosto de 1940 (Gaceta Judicial, XLIX, página 842), de que la cónyuge no puede bajo el imperio de la Ley 28 de 1932 pedir la nulidad de la enajenación de bienes raíces pertenecientes a la sociedad conyugal verificada por el marido antes de la vigencia de esta Ley, pues antes del 1º de enero de 1933, fecha en que entró a regir ese nuevo estatuto de la sociedad de bienes entre cónyuges, el marido era jefe exclusivo y único administrador de la sociedad conyugal y dueño de los bienes sociales ante terceros, como si fueran propios. Lo cual no quiere decir que el marido que vendió antes de la vigencia de la Ley 28 carezca de acción para solicitar la nulidad de la enajenación, pues si como jefe único de la sociedad conyugal, dentro del antiguo régimen del Código Civil, celebró la compraventa de bienes pertenecientes a la masa social y actuó entonces como dueño exclusivo de tales bienes ante terceros, es claro que tiene ahora la plenitud del interés jurídico y el derecho sustantivo de acción procesal suficiente para pedir y obtener el reintegro de los inmuebles por simulación del contrato o por incumplimiento del comprador. Es claro que si como dueño único vendió, o si como tal simuló vender, que para el caso es lo mismo, conserva como estipulante vendedor la plenitud de su derecho para defender tanto el patrimonio social que le estaba exclusiva-

(1) Esta doctrina fue abrogada por la Corte en sentencia de casación de fechas 14 de julio, 29 de julio, 8 de octubre de 1947, en virtud de lo dispuesto por la Ley 68 de 1946, que constituyó un grave retroceso en la legislación y en la doctrina jurídica.

(El Relator de la Corte)

mente encomendado, como su propio peculio o el de su mujer legítima, que para entonces estaba sujeta a su potestad. Para ejercitar esas acciones no era necesario que actuara a nombre y representación de la sociedad conyugal propietaria de los inmuebles vendidos. Como fue vendedor a nombre propio y bajo su exclusiva responsabilidad y estaba a la fecha de la compraventa facultado por la ley para hacerlo, podía accionar para sí a nombre propio, sin perjuicio de que reintegrados esos bienes a sus manos fueran a aumentar efectivamente, no su propio peculio, sino el caudal de la sociedad conyugal, y quedaran sujetos a tal régimen de comunidad social, hasta tanto que ésta se disolviera o liquidara. En este último evento, que viene a ser el contemplado en los autos, la prosperidad o el éxito de las acciones incoadas o de alguna de ellas vendría a aprovechar realmente a la masa social y, por ende, a la otra cónyuge actora, sin que fuera indispensable para alcanzar este resultado reconocer personería o derecho de accionar a la sociedad conyugal o a la mujer legítima y copropietaria. Resulta de lo expuesto que no era el caso de declarar fundada la excepción de ilegitimidad de la personería sustantiva de la parte actora, aun cuando más bien debió reconocer la sentencia como demostrada en tal hipótesis la excepción de carencia de acción. (Casación, LIV-bis, diciembre 10 de 1942).....316, 2ª

REIVINDICACION

— 90 —

La acción de reivindicación ha de dirigirse necesariamente contra el actual poseedor.

El recurrente no puede hacer valer en casación motivo distinto de aquel en que se fundó la demanda. En efecto, si el demandante aseveró en su libelo que el demandado era poseedor del inmueble reivindicado, aseveración que equivale a una confesión que perjudica al demandante, puesto que con ella le atribuye a la contraparte el carácter de poseedor, es decir, reconoce la presunción legal de que el poseedor es reputado dueño mientras otra persona no justifique serlo, esa situación jurídica, planteada espontáneamente por el demandante al establecer la demanda, no puede ser variada por él en las instancias del juicio ni en casación. Correspóndele, dado el plano jurídico en que él mismo colocó al demandado, al llamarlo en justicia, comprobar que su acción llenaba todos los requisitos que exige la ley para obtener un fallo favorable a sus pretensiones. Es algo que parece contradictorio, que el mismo demandante haga valer un extremo que necesariamente ha de inhibir la acción intentada, porque si la acción reivindicatoria tiene que dirigirse contra el actual poseedor, y así se plantea en la demanda, no es lógico ni jurídico que el mismo demandante desquicie su acción tratando de probar, o alegando, que ella carece de uno de los miembros que la ley requiere para su éxito completo, cual es el carácter de poseedor de la parte demandada.

Al demandante en reivindicación le es indispensable presentar un título anterior a la posesión del demandado que destruya la presunción del dueño que a éste cobija por mandato del artículo 762 del Código Civil. (Casación, LIV-bis, septiembre 4 de 1942).

41, 2ª

RESGUARDOS DE INDIGENAS

— 91 —

En el régimen de la legislación indiana, anterior a la República, las tierras pertene-

cientes a los resguardos de indígenas que se extinguían y que quedaban por lo mismo abandonadas, revertían a la Corona. En el régimen republicano no hay disposición legal que autorice igual afirmación. Por consiguiente, los terrenos pertenecientes a los resguardos, abandonados por la extinción de los indígenas que formaban la comunidad, entraron en la categoría general de los bienes inmuebles abandonados por sus dueños, de los bienes llamados vacantes, y sujetos, por lo mismo, a lo que sobre esa categoría de bienes establecieron las leyes en la República, ya sea las nacionales o las de los Estados, en el período en que éstos fueron autónomos para legislar sobre esta materia.

Cedidos por la Nación a algunos Municipios determinados terrenos que antes habían sido de resguardos de indígenas, lo que verificó en virtud de la Ley 55 de 1905, tal cesión no incluyó el subsuelo petrolífero, en fuerza de lo dispuesto por el artículo 1116 del Código Fiscal de 1873, vigente cuando se publicó la Ley 55 de 1905. En consecuencia, lo adquirido por un Municipio sobre tierras de resguardos cedidas en virtud de la Ley 55 citada, no constituye título para acreditar el dominio en el subsuelo petrolífero de ellas. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LIV-bis, octubre 10 de 1942) 345, 1ª

RESOLUCIONES DE LOS ADMINISTRADORES DE HACIENDA

— 92 —

Las resoluciones de los Administradores de Hacienda que imponen el pago de una suma de dinero son susceptibles del recurso de apelación ante el Administrador Principal de Hacienda, conforme a la Ley 63 de 1936. Si no se obtiene éxito en este recurso, le queda al agraviado la acción de nulidad del acto ante los Jueces de lo Contencioso Administrativo, según el artículo 47 de esa Ley y el 48 del Decreto número 1020 de 1936. Si el ejecutado prescinde de esos recursos, la resolución del Administrador que condena al pago por impuesto de donación, escapa a toda revisión por la vía contencioso-administrativa y, consecuencialmente, por la vía ordinaria. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LIV-bis, noviembre 13 de 1942) 406, 2ª

— S —

SENTENCIA ABSOLUTORIA

— 93 —

Esta Corte ha repetido tesoneramente la doctrina de que la sentencia absolutoria resuelve todas las peticiones de la demanda y guarda consonancia con ellas, y que, por lo tanto, es improcedente hacer valer contra un fallo absolutorio la causal consistente en no estar la sentencia en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes. (Casación, LIV-bis, octubre 9 de 1942) 164, 1ª

SENTENCIA ABSOLUTORIA

— 94 —

Es jurisprudencia uniforme, reiterada y constante de la Corte, la de que la sentencia totalmente absolutoria no puede ser tachada de incongruente con las peticiones de la demanda. Si conforme al artículo 343 del Código Judicial, el juzgador puede declarar probada una excepción perentoria, aunque no haya sido propuesta ni alegada, es incuestionable que también puede declararla probada por motivos distintos de los alega-

dos por el excepcionante. (Casación, LIV-bis, diciembre 15 de 1942) 333, 1ª

SENTENCIA ABSOLUTORIA

— 95 —

La sentencia absolutoria de todos los cargos de la demanda, en que fueron tratados todos los puntos del juicio, no puede incurrir como se ha repetido insistentemente, en el vicio de incongruencia que contempla el numeral 2º del artículo 520 del Código Judicial, porque así no puede decirse que sea omisa, ni excesiva, ni impositiva de fórmulas **extra petita**. La invocación de este motivo es improcedente cuando lo que ha sucedido es que el Tribunal ha apreciado jurídicamente el problema **sub judice** de manera diferente a como lo estima el actor. Y entonces el motivo de casación habrá que buscarlo en la manera como la ley fue aplicada al sentenciar. (Casación, LIV-bis, noviembre 4 de 1942) 233, 2ª

SIMULACION

— 96 —

Las acciones de nulidad absoluta por simulación y la de resolución del contrato de venta, ejercitadas en una misma demanda, aquélla como principal y estotra como subsidiaria, no son incompatibles.

Al tenor de la doctrina reiteradamente expuesta por esta Corte y que tiene su fundamento en los artículos 1759 y 1766 del Código Civil y 91 de la Ley 153 de 1887, la verdad de las declaraciones que en el acto ostensible hayan hecho los contratantes no puede atacarse con éxito sino exponiéndole una prueba de igual categoría que destruya aquella plena fe, tal como el pacto literal oculto o la confesión del obligado o un principio de prueba por escrito, confesión o principio de prueba que entonces puede complementarse con testigos, presunciones o indicios y, en general, con todo medio probatorio. (Casación, LIV-bis, diciembre 10 de 1942) 317, 2ª

SIMULACION

— 97 —

Cuando existe la simulación relativa y se ostenta el pacto secreto es necesario que la existencia de éste se haya alegado, demostrado y surja de los autos, como cualquier otro pacto. Se le da eficacia legal al pacto secreto siempre que reúna esas circunstancias. (Casación, LIV-bis, septiembre 7 de 1942) 45, 1ª

SIMULACION

— 98 —

El acreedor tiene interés en demandar la simulación de los actos ejecutados por su deudor en perjuicio de sus intereses, según reiterada jurisprudencia de la Corte. (Casación, LIV-bis, septiembre 10 de 1942). 67, 1ª

SIMULACION

— 99 —

Ha sentado la Corte como doctrina, en varios fallos, entre otros el de 7 de septiembre de 1942, que en tratándose de simulación y cuando del estudio de ella surge el pacto secreto que disimula el ostensible, es necesario, o que ese pacto haya sido invocado por alguna de las partes, o que aparezca demostrado claramente en los autos. No es procedente, pues, inferir la existencia del pacto secreto, como mera apreciación del juzgador, si esa inferencia no está eviden-

temente respaldada en el proceso. Pero, además, para que el pacto secreto tenga eficacia y sea el vínculo que ligue en derecho a las partes, es necesario que por sí mismo tenga operancia legal y jurídica y no adolezca de ninguno de los vicios que hacen ineficaces y nulos los contratos. Así, aun demostrado el pacto secreto, no podría por esa sola circunstancia dársele efectividad legal si adoleciera de los vicios de que se ha hecho mérito, o pecara contra las buenas costumbres, el orden público, o de él resultara fraude a derechos de terceros. Dos son, pues, los factores que deben examinarse cuando se trata de simulación relativa: a) existencia o comprobación del pacto secreto; b) que ese pacto no está afectado por ninguno de los vicios de que se acaba de hacer mérito.

Del hecho de confesar una parte en posiciones que no dio dinero alguno para el pago del precio de la venta no se puede deducir que el contrato de compraventa contuviera una donación, pues ese hecho es por sí mismo equívoco, como que de él no se deduce la donación, la cual no se presume; por otra parte, puede haber muchos contratos aparentes de compraventa en que por el hecho de que se afirme por quien pregunta que no hubo precio, no se deduce que sea una donación.

En las donaciones, tanto revocables como irrevocables, la ley pone un límite a la generosidad o voluntad del donante en consideración a ciertas personas, como los legitimarios; de ahí la reforma del testamento cuando se disminuye una legítima; de ahí también la reducción o rescisión de las donaciones entre vivos cuando se afectan con ellas derechos de los legitimarios. Cuando se declara que un pacto de compraventa es simulado y que encubre una donación, no debe perderse de vista lo anterior, y por eso sólo se le puede dar validez en cuanto no afecte los derechos de los legitimarios, porque de no entender así las cosas, bastaría una simulación que encubriera una donación para que los derechos de los legitimarios quedaran desconocidos o mermados. Para evitar esto es para lo que se da precisamente acción a esos herederos, para intentar o impetrar la declaración de simulación. (Casación, LIV-bis, septiembre 23 de 1942) 121, 2ª

SIMULACION. — NULIDAD ABSOLUTA

— 100 —

Las diferencias que doctrinariamente puedan anotarse entre nulidad absoluta e inexistencia no tiene traducción práctica en nuestra ley; de suerte que, como es sabido y siempre sucede, ha de acudirse a las disposiciones sobre nulidad absoluta tanto cuando de ella se trata como cuando se trata de inexistencia, en fuerza de que para ésta no ha creado nuestro sistema legal una casilla peculiar y separada. (Casación, LIV bis, octubre 6 de 1942) ... ... 149, 1ª y 2ª

SOCIEDADES COMERCIALES

— 101 —

En casos como el de autos no se trata de aportar la plena comprobación procesal de la existencia y constitución legal de una sociedad comercial. Bien está que cuando se presenta directamente en juicio una entidad comercial, como demandante o como demandada, para ejercer una acción patrimonial o pedir directamente, con personería propia, el reconocimiento judicial de un derecho, se le exija en primer término y como un presupuesto procesal, la plena comprobación de su existencia legal y de la calidad que se atribuye o que se le atribuya como a tal. En dicho evento sí sería necesario demostrar judicialmente la existencia legal

de una sociedad comercial, en presencia de textos tan perentorios como los artículos 465, 469, 470, 471 y 480 del Código de Comercio, 36 de la Ley 40 de 1907 y 40 de la Ley 28 de 1931. Y esto es así, en el caso antes aludido, porque cuando se pretende adquirir un derecho u obtener su reconocimiento en juicio, lo mismo que lograr el cumplimiento de una obligación o prestación, resultaría ilógico y contrario a terminantes preceptos legales que pudiera decretarse el primero o reconocerse la segunda sin que el investido o el obligado, respectivamente, hubieran demostrado plenamente en un proceso que existen y que tienen vida legal, auténtica y legítima. En este sentido deben interpretarse las sentencias de 20 de noviembre de 1935 (Gaceta Judicial, Tomo XLIII, pág. 330) y de 4 de marzo de 1938) (Gaceta Judicial, Tomo XLVI, pág. 137). (Casación, LIV-bis, septiembre 23 de 1942). 107, 2ª

SOCIEDADES COMERCIALES

— 102 —

Para que la falta del requisito a que alude el artículo 5º del Decreto legislativo número 2 de 1906 induzca a la nulidad de que habla el artículo 6º del mismo, es necesario demostrar, por parte del acusador, una circunstancia de hecho indispensable para que la compañía o sociedad extranjera esté en la obligación de solicitar y obtener del Organo Ejecutivo la facultad o permiso para celebrar contratos en Colombia, previa la comprobación de que ella llenó los requisitos exigidos por las leyes colombianas y por los Decretos legislativos números 2 y 37 de 1906. Esa circunstancia vital es la de que la compañía, sociedad o corporación tenga o establezca empresas o negocios de carácter permanente en el territorio de la República, para que sea obligada a cumplir con los requisitos legales establecidos por estos Decretos; pero si los negocios de esas compañías o sociedades extranjeras en Colombia no son permanentes, no comportan o no están obligadas a solicitar del Organo Ejecutivo la declaración de que por su parte han cumplido con las formalidades prescritas en ese Decreto. (Casación, LIV-bis, noviembre 23 de 1942) ... ... 279, 1ª y 2ª

SOCIEDADES DE RESPONSABILIDAD LIMITADA. — NO SE LES PUEDE GRAVAR CON IMPUESTOS

— 103 —

Las sociedades de responsabilidad limitada están sujetas, respecto a impuestos, a las mismas disposiciones de las sociedades colectivas. (Artículo 6º de la Ley 78 de 1935). Esta disposición está complementada por la número 1º del Decreto 2881 de 1936. Las sociedades colectivas como las de responsabilidad limitada, deben presentar declaración de su renta y patrimonio, aunque no se les grave, según lo preceptuado en aquellos artículos y lo que previene el artículo 2º del Decreto número 2374 de 1936. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LIV bis, noviembre 13 de 1942) ... 403, 1ª 2ª

SUBROGACION

— 104 —

El artículo 1668 del Código Civil, contentivo de enumeración de casos en que especialmente se produce por ministerio de la ley la subrogación, indica como tales, con el consiguiente beneficio, el de pago de deuda ajena por quien a ella se halla obligado solidaria o subsidiariamente, y de quien la paga consintiéndolo expresa o tácitamente el deudor. Tales sus numerales 3º y 5º. La subrogación transmite los derechos del

acreedor a ese tercero pagador, según el artículo 1666 ibídem, derechos que se extienden a todos los accesorios para poner al acredor nuevo en el mismo pie y puesto del antiguo, según el artículo 1670 de la misma obra. (Casación, LIV-bis, septiembre 8 de 1942) 53, 1ª

— T —

TERMINO PARA PRACTICAR LAS PRUEBAS

— 105 —

Cuando en la sustanciación de un negocio no se señalan términos especiales para la práctica de determinadas pruebas, debe entenderse que estos términos son los ordinarios que la ley fija para la acción e instancia respectivas. El auto de citación para sentencia, en virtud del inciso 3º del artículo 597 del Código Judicial cierra todo debate ulterior sobre petición, práctica y perfeccionamiento de pruebas. (Auto, Sala de Negocios Generales, LIV-bis, octubre 9 de 1942) 339, 2ª

TITULOS ANTERIORES A LA POSESION

— 106 —

Al omitir el estudio de un título anterior a la posesión se quebrantan los artículos 576, 759 y 765 del Código Civil, por cuanto si la tradición del dominio de los bienes raíces se verifica por la inscripción del título y si los títulos traslaticios de dominio que deben registrarse no dan la posesión efectiva del respectivo derecho mientras no se hayan inscrito y si ,finalmente, el justo título es traslaticio de dominio, preciso es entonces examinar el que presenta el demandante como final de la cadena en que ampara su derecho. Si esto no se hace se omite el estudio de una prueba, de un documento que aparece de manifiesto en los autos, con lo cual se violan disposiciones sustantivas. (Casación, LIV-bis, agosto 12 de 1942).

14, 1ª

TRADICION DEL DOMINIO

— 107 —

No quebranta un Tribunal las reglas referentes a la tradición del dominio de los bienes raíces cuando los contratantes de un contrato de venta de una finca raíz convinieron posteriormente en declarar inválido el contrato. Así, pues, si el contrato de compraventa fue invalidado por el mutuo consentimiento de las partes, no pudo verificarse jurídicamente la tradición del dominio. (Casación. LIV-bis, octubre 23 de 1942)

202, 1ª

TABLA

DE LAS DISPOSICIONES LEGALES Y ADMINISTRATIVAS CITADAS, INTERPRETADAS O ALUDIDAS POR LA CORTE EN EL PRESENTE TOMO LIV-BIS DE LA "GACETA JUDICIAL"

Artículos	números
CODIGO CIVIL	
17	45
92	76
213	76
214	76
307	3
374	4
382	5
397	76
398	76
399	76
401	45
402	45
403	45
404	45
407	4
458	57
553	63
576	106
673	59
743	40
756	84
759	84, 106
762	90
765	59, 65, 106
767	40
970	33
972	83
976	83
1061	63
1068	9, 63
1287	2
1290	2
1298	2
1300	2
1301	2
1387	64
1388	64
1389	2
1395	46
1434	2
1538	21
1587	84
1604	64
1618	54
1621	54
1622	54
1668	104
1749	62
1759	39, 96
1766	39, 96
1767	39
1871	59
2146	58
2157	59
2177	58, 59
2342	72
2357	74
2637	84
2652	84
2637	84
CODIGO DE COMERCIO	
465	101
469	101
470	101
471	101
480	101
CODIGO FISCAL DE 1873	
1116	91
CODIGO FISCAL DE 1912	
44	12

Artículos	números
CODIGO DE MINAS	
7º	59
8º	59
47	60
66	60
79	59
94	60
117	59
346	59, 60
347	60
352	60
367	59
382	60
411	60
442	60
456	60
CODIGO ADMINISTRATIVO (LEY 167 DE 1941).	
34	18
83	18
CODIGO PENAL	
95	68
CODIGO JUDICIAL	
153	19
206	29
233	55
246	3
343	17, 94
344	17
471	31
472	31
474	26
519	81
520	48, 49, 50, 95
542	83
543	83
593	31, 52
597	105
618	23
619	23
621	23
648	34
663	52
665	52
666	51
697	15
702	15
721	35, 36
722	63
1059	56
LEYES ESPECIALES	
LEY 153 de 1887	
....	39
91	96
LEY 169 DE 1896	
4º	44
LEY 55 DE 1905	
....	91
LEY 40 de 1907	
36	101
LEY 130 DE 1913	
19	42
40	42
LEY 31 DE 1925	
67	79
68	79
69	79
73	79
74	79
74	79
76	79
LEY 42 DE 1923	
7º	42
LEY 190 DE 1923	
20	42
LEY 77 DE 1926	
20	42

Artículos	números
LEY 98 DE 1928	
7º	12
LEY 28 DE 1931	
40	101
LEY 81 DE 1931	
....	41
12	47
13	47
LEY 28 DE 1932	
....	84, 88, 89
1º	84, 88
7º	84, 88
LEY 78 DE 1935	
6º	103
....	28
11	47
LEY 90 DE 1935	
6º	42
LEY 45 DE 1936	
2º	45
4º	45
7º	45
12	45
LEY 63 DE 1936	
....	92
47	92
LEY 200 DE 1936	
....	11, 12
3º	12
LEY 48 DE 1937	
3º	47
LEY 45 DE 1939	
....	78
DECRETOS EJECUTIVOS	
DECRETO Nº 818 DE 1936	
98	28
113	41
114	41
115	41
DECRETO Nº 1020 DE 1936	
48	92
DECRETO Nº 2881 DE 1936	
....	103
DECRETO Nº 2374 DE 1936	
2º	103
DECRETO LEGISLATIVO Nº 2 DE 1906	
5º	102
6º	102
RESOLUCION Nº 248 DE 1940 DE LA CONTRALORIA NACIONAL.	
....	8
DECRETO ESPECIAL Nº 28 DE LA CONFERENCIA EPISCOPAL.	
....	4
CODIGO CIVIL FRANCES	
340	45
1351	45
1984	58

INDICE ALFABETICO

Págs.

A

Ajiaco Josefina contra Luis Sánchez Meneses y Juana Velosa. Ordinario sobre resolución de un contrato de compraventa 168

Alcázar María de Jesús y Ligia Escobar contra la Nación. Ordinario por perjuicios 394

Alvarez Gallo Bernardo contra Jorge E. Mora. Ordinario sobre restitución de un dinero 331

B

Ballesteros Carlos contra The Anglo South American Bank. Ordinario por perjuicios 22

Barbés Francisco contra la Magdalena Fruit Company. Ordinario sobre aguas 113

Barón B. Ana Elisa contra la Nación. Ordinario por perjuicios 426

Barrera Saba Julio contra Elvira Barrera de Otero y otros. Ordinario sobre petición de herencia 24

Bensmann Nicolaus contra Miguel Angel Muñoz. Ordinario sobre complimiento de un contrato de mandato 104

Bermúdez Leonidas contra Alcides Suárez. Ordinario sobre rendición de cuentas .. 101

Berrío París Julio contra la Nación. Ordinario por perjuicios 415

Bonilla Abraham contra Fortunato Lozano. Ordinario por perjuicios 1

Borrero Eladio contra Octavio Perdomo S. Ordinario para el pago de una suma de pesos 180

Borrero Durán Leonidas contra Ulpiano Soto, Pablo Santos y Sara Santos de Soto. Ordinario sobre simulación de un contrato 62

Borrero Durán Leonidas contra Ulpiano Soto y Sara Santos de Soto. Ordinario sobre pago de una suma de pesos 51

Págs.

C

Camelo Santos contra la Nación. Se declara incompetente la Corte para conocer del negocio. 337

Cano Jesús María, Valentina y Adelina contra Benigno Cano Arriguí y otros. Ordinario sobre nulidad de un testamento... 151

Castañeda José Celedonio contra el Banco Agrícola Hipotecario. Ordinario sobre pago de una suma de pesos 209

Castellanos José Isabel contra José Luis Devia. Ordinario sobre filiación natural... 78

Castilla Raúl. Excepciones en el juicio que contra éste y otro seguía la Nación.... 360

Castro José María y Alfredo Cruz contra Paulo Emilio Morales. Ordinario sobre resolución de un contrato 303

Cepeda Carlos Julio contra Francisco Díaz, Eusebio Cortés y Antolina Herrera. Ordinario de reivindicación 291

Compañía Urbanizadora Industrial contra la Nación. Ordinario petitorio de dominio 347

Compañía de Petróleo Shell de Colombia. Propuesta de exploración de petróleo.. 365

Compañía de Comercio "Mirurgia" contra el Departamento de Caldas. Ejecutivo..... 407

Coral Peregrino contra Zenón y Trinidad Realpe. Ordinario sobre filiación natural 85

Corradine Eduardo contra el Municipio de Bogotá. Ordinario por perjuicios 195

Cortés o Monje Luis Angel contra Abraham, María, Sara y Teresa Cortés. Ordinario sobre filiación natural 247

Criollo v. de Murcia Natalia contra Alfonso Espinosa. Ordinario sobre nulidad por simulación de un contrato 42

Ch

Chedé Luis contra Gonzalo Lourido. Ordinario sobre petición de dominio de unas tierras 260

Págs.

D

Departamento de Nariño contra Flavio E. Sánchez y Zoila Rosa Carvajal de Navarrete. Ejecutivo. Excepciones 386
Díaz Pedro. Recurso de casación en el juicio ordinario que le seguía Máxima Díaz S. 38
Dorsonville Antonio contra María Zárate. Ordinario sobre simulación de un contrato 147

E

Echavarría Incorporated S. A. contra Antonio J. Duque B. y Ana Berenice Hencker. Ordinario sobre pago de una suma de pesos 277

F

Franco José María contra Emperatriz Cáceres v. de Franco. Recurso de casación contra la sentencia aprobatoria de una partición 244

G

Gaitán María Luisa del Carmen contra Gustavo Gaitán y Jorge Enrique Rojas. Ordinario sobre nulidad de un contrato... 236
Garzón Alfonso contra el Departamento de Cundinamarca 339
González Yara Víctor contra los herederos de la sucesión de Polidoro Gómez. Ordinario sobre nulidad de un contrato por simulación 294
Gutiérrez Cruz Liborio contra José y Aureliano Sosa y Alfonso Jaramillo. Ordinario de reivindicación 9
Gutiérrez Juan contra el Departamento de Antioquia. Ordinario sobre devolución de impuestos 383

H

Hoyos Alenjandrino contra la Nación. Ordinario por perjuicios 377

J

Jaramillo Gregorio contra el Departamento de Boyacá. Ejecutivo. Excepciones 409

Págs.

Justinico Mariano contra, Salvador y Honorato Justinico y Alejandro Ospina. Ordinario de nulidad de unos contratos 334

L

La Nación contra Antonio Vega Lara. Ejecutivo. Excepciones 372
La Nación contra Pedro Martínez B. Ejecutivo cuyo mandamiento se revoca 375
La Nación contra Ramón Díaz Morales, Isidoro Rodríguez y otro. Ejecutivo. Excepciones 399
La Nación contra Luis R. López e Hilda María Vallarino. Ejecutivo. Excepciones .. 400
La Nación contra la sociedad limitada Trilladora América. Ejecutivo. Excepciones .. 402
La Nación contra Silvestre Gutiérrez. Ejecutivo. Excepciones 405
La Nación contra Miguel de J. Caldas. Ejecutivo. Excepciones 412
La Nación contra Arcadio López. Ejecutivo. Excepciones 423
La Nación contra la Casa Toro A. Ejecutivo 433
Lara de Rodríguez María Carlina y otros contra Ignacio Ramírez Vargas. Ordinario por perjuicios 69
Linares Absalón contra la sucesión de Lisandro González. Ordinario de reivindicación 199
Londoño Julio contra Lorenzo Moreno, Roberto Duque y otros. Ordinario de reivindicación 12
López V. Jesús M. y otros contra Angel María Díaz Lemos. Ordinario por perjuicios 250
Lozano A. Jorge contra la Nación. Ordinario por perjuicios 434

M

Manotas Avelino contra Juan B. Castaño. Ordinario sobre pago de una suma de pesos 53
Mariño Roberto contra María Luz y Aura María González Mariño. Ordinario sobre nulidad por simulación 185
Martínez Landínez Jorge contra la Nación. Ordinario de revisión de una sentencia proferida en Sala Civil de Unica Instancia 327
Medina Mesías contra Laura Maya v. de Suá-

Págs.

rez. Ordinario sobre nulidad de un contrato 81
Medina Grillo Wenceslao y Beatríz Medina Barrera contra la Nación. Ordinario por perjuicios 417
Mesa Castro Carlos. Recurso de casación en el juicio ordinario que le siguió al Municipio de Medellín por perjuicios 39
Miranda Florián Rafael contra la Nación. Ordinario por perjuicios 388
Molina Callejas Germán contra la sociedad Frontino Gold Mines Limited. Ordinario sobre derechos a una mina 222
Montaña de Alfaro María del Carmen contra Fernando Alfaro y Lisandro Ortíz. Ordinario de reivindicación 254
Montoya Justiniana y otros contra el Municipio de Medellín. Ordinario por perjuicios 324

O

Ojeda Mario y Rosa Julia Castro contra Jorge Ricardo Vejarano. Ordinario por perjuicios 188
Ortiz Erazo Miguel contra José Guerrero, Manuel Erazo y otros. Ordinario de reivindicación 5
Ortíz Aurelio, Teodoro y Tulia contra Antonio Manrique y Aurelia Manrique de Ortíz. Ordinario de reivindicación 118

P

Páez Pedro Joaquín y otros contra la Compañía de Samacá. Ordinario sobre pago de perjuicios 280
Parra de Barrera María contra Mercedes Ordóñez y Carolina Ordóñez de Azuero. Ordinario petitorio de ineficacia de una presunta repudiación de herencia 307
Pérez Hernández Domingo contra el Municipio de Pamplona. Ordinario sobre dominio de aguas..... 73
Pérez José Ignacio contra Nicolás Rosanía. Ordinario sobre pago de una suma de pesos 195
Perry Alfredo contra la Compañía de Samacá. Ordinario por perjuicios 46
Polanía María del Carmen contra Teresa Valdés, Visitación Molina y Félix Antenor Rodríguez. Ordinario sobre filiación natural 126
Posada José Abel y otros contra el Municipio de Medellín. Ordinario por perjuicios 319
Prieto Lisandro contra Próspero Agudelo Salcedo. Ordinario de rendición de cuentas 240
Puente V. Marco A. contra Damián Bejarano y Abelardo Manzano. Ordinario sobre pago de una suma de pesos 18
Pulido José Domingo contra Campo Elías Fandiño. Ordinario por perjuicios 203

Q

Quesada Felipe y Vibiana Quesada contra José Suárez Ch. Ordinario sobre nulidad por simulación 313

R

Reyes Lorenzo contra Heliodoro Morales. Ordinario sobre nulidad de un testamento cerrado 171
Rodríguez v. de Caicedo Jacinta y María Josefa de Mosquera. Objeciones a la partición verificada en la sucesión de Miguel Caicedo A. 139
Rodríguez de Albarracín Isabel. Recurso de revisión de una sentencia proferida en juicio civil 214
Rodríguez Pedro L. y Abigaíl O. de Rodríguez contra The Santa Marta Railway Company Limited. Ordinario por perjuicios 232
Rojas de Niño Ascensión contra Elisa y Soledad Calderón. Ordinario de reivindicación 40

S

"Salomón Gattas e Hijos contra las Compañías The London & Provincial Marine & General Insurance Company Limited y Colombiana de Seguros. Ordinario por perjuicios 162
Salvamento de voto del Magistrado doctor Ricardo Hinestrosa Daza a la sentencia por la cual se decidió el juicio ordina-

Págs.

rio sobre filiación natural promovido por Peregrino Coral contra Zenón y Trinidad Realpe 100
Salvamento de voto del Magistrado doctor Hernán Salamanca en el mismo asunto 101
Salvamento de voto del Magistrado doctor Ricardo Hinestrosa Daza a la sentencia por la cual se decidió el recurso de casación contra la sentencia proferida en el juicio ordinario seguido por María del Carmen Polanía contra Teresa Valdés y otros 139
Salvamento de voto del Magistrado doctor Hernán Salamanca en el mismo asunto 139
Sanabria Humberto contra el Municipio de Bogotá. Ordinario por perjuicios 286
Sanmiguel Roberto contra Lucrecia Venegas de Velandia. Ordinario sobre resolución de un contrato 299
Sánchez Mora Amelia contra el Departamento de Cundinamarca. Pensión 404
Silva Parra Diego. Ejecutivo que le seguía la Nación. Excepciones 354
Sociedad Industrial Franco Belga contra la Nación. Ordinario 425

Págs.

Socony Vacuum Oil Company. Juicio sumario sobre una propuesta de exploración y explotación de petróleo 342

T

Trujillo Justina contra Ramón Vera Vargas. Ordinario sobre petición de dominio ... 124

V

Valenzuela Carlos S. y Aurelio Ferré Amigó contra la sucesión ilíquida de Marcos Ferré Salvadó. Ordinario sobre nulidad absoluta e inexistencia de un contrato 174
Vásquez Aurelio y Victoria Torres de Vásquez contra José de Jesús Córdoba, María Vargas de Córdoba y Rafael Vargas Páez. Ordinario de reivindicación y petición de herencia 159
Vivas Luis F. contra Natalia Lozano v. de Coutin. Ordinario de reivindicación ... 31
Vivas Mario S. contra Ricardo León, Ana Cecilia y Luz Noemí Arboleda. Ordinario para el pago de una suma de pesos ... 166

ESTA REVISTA ES EDITADA EN LOS
TALLERES GRAFICOS "MUNDO AL DIA"
CALLE 14, Nº 13-56 — TELEFONO 43-25

Para pedidos y suscripciones llame al teléfono
Nº 43-25, y será atendido inmediatamente.